

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 1/2018

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
Fabio Merusi
Jorge Miranda
Dian Schefold
Franco Gaetano Scoca
Gaetano Silvestri
Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli
Flaminia Aperio Bella
Daniele Chinni
Tatiana Guarnier

SOMMARIO 1/2018

saggi

- Gustavo Zagrebelsky, *Validità, efficacia ed effettività* 1
- Fabio Francario, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo* 11
- Marco Ruotolo, *I diritti fondamentali, a settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione* 31

osservatorio

- Agata C. Amato Mangiameli, *La tutela del benessere animale nel diritto europeo* 53
- Giovanna Colombini, *L'università e il cacciatore con il fucile spianato* 71

attualità

- Marta Caredda, *Carta di Nizza e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Note a margine della sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale* 99

SAGGI

Gustavo Zagrebelsky

VALIDITÀ, EFFICACIA ED EFFETTIVITÀ*

SOMMARIO: 1. In omaggio di Franco Modugno. – 2. Fattualità e normatività. – 3. Validità come imputabilità. – 4. Nullità e invalidità. – 5. Scienza pratica. – 6. Una boutade e l'umiltà del diritto. – 7. Confini variabili. – 8. Costituzione, efficacia ed effettività.

1. *In omaggio di Franco Modugno*

Siamo qui presenti per l'invito degli allievi di Franco Modugno a prendere parte all'omaggio a uno studioso con la cui dedizione agli studi ameremmo identificarci. Un modello, un punto di riferimento che ci fa riflettere sul privilegio, che è di pochi, di poter svolgere la propria professione in un luogo, l'Università degli studi, che, a dispetto di tante circostanze sfavorevoli, ancora consente, anzi richiede a chi lo desidera, di coltivare liberi pensieri insieme al piacere della colleganza di maestri e allievi, di giovani, meno giovani e anziani uniti dalla passione per la ricerca intellettuale. Questa giornata che dedichiamo a Franco Modugno e, idealmente, ai Maestri dalla cui scuola anch'egli proviene, Vezio Crisafulli innanzi a tutti, Carlo Esposito e Costantino Mortati, ci fa del bene nel riconoscerci parti, con lui, d'un mondo che amiamo.

2. *Fattualità e normatività*

Ho scelto incautamente di trattare di validità, efficacia ed effettività nel diritto; incautamente perché pensavo di poter svolgere qualche considerazione lineare, riposante, in un territorio concettuale che frequentiamo abi-

* *Lectio magistralis* tenuta presso l'Università degli Studi Roma Tre il 3 maggio 2018, in occasione degli ottanta anni di Franco Modugno.

tualmente. Invece, non sarà così, perché io stesso mi sono accorto d'essermi addentrato su un territorio pieno di ambiguità, illusioni e sogni, perfino incubi, come suggerisce l'inquietante figura della giustizia di Gustav Klimt opportunamente posta come esergo al nostro incontro. Il fatto e la norma: come giuristi positivi, siamo abituati a dare valore ai fatti attraverso le norme. Forse dovremmo ammettere che si debba anche guardare alle norme attraverso i fatti, che la fattualità si prenda talora la rivincita sulla normatività.

3. *Validità come imputabilità*

Se è A, deve essere B. Mi addentro in una riflessione su il “deve essere” che diciamo sia il tratto caratteristico della materia giuridica e della scienza relativa, insieme a tutte le scienze che chiamiamo morali o, per parlare difficile, “deontiche”, distinguendole su questo punto dalle scienze naturali. Questa formuletta, alla quale è riconducibile ogni formulazione di norme giuridiche, collega due mondi che, a prima vista, appaiono l'uno agli antipodi dell'altro. La legge di Hume dice che le relazioni del mondo dell'essere non hanno a che vedere con il mondo del dovere. Che una cosa sia non dice affatto ch'essa debba essere, e viceversa. Con altre parole, i fatti e i valori sono separati da una cortina insuperabile. Se non contraddittori, essere e dover essere appartengono a realtà che vivono in mondi propri e separati. Le proposizioni di ciascuno di questi mondi hanno le loro regole di validità. La validità delle proposizioni che appartengono al mondo dell'essere è verificata alla stregua di valutazioni empiriche. La validità delle proposizioni normative, invece, è misurata con altro metro. Sinteticamente, questa loro validità dipende dalla riconducibilità al sistema che si considera loro proprio, riconducibilità che una terminologia illustre definisce come “imputabilità”. Una norma giuridica è validamente “imputabile” al mondo del “dover essere” quando essa è posta in essere nel rispetto di norme di competenza, di procedura e di contenuto. In questo caso, essa è riconosciuta come diritto valido. Al contrario, per invalidità della legge, come anche in generale di un atto giuridico, s'intende comunemente la situazione patologica di non corrispondenza dell'atto allo schema per esso astrattamente prefigurato, non corrispondenza che genera un “vizio” che chiamiamo, per l'appunto, invalidità¹.

¹ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano 1970, 81 s.

La validità in senso giuridico dipenderebbe da valutazioni esclusivamente normative condotte alla stregua dell'adeguatezza al "diritto sul diritto". La validità di una norma giuridica starebbe in un rapporto con altre norme. I meri fatti sarebbero esclusi dal panorama della validità. I meri fatti attengono alla effettività. Dunque, la questione su cui si svolgono (e forse naufragano) le considerazioni che seguono è: l'effettività non ha a che vedere con la validità?

4. *Nullità e invalidità*

Un primo spunto può trarsi dalla discussione circa la distinzione tra diritto invalido e diritto nullo o inesistente. La imputabilità è condizione del giudizio di validità. Diciamo che si può parlare di norme invalide solo se le si può dire esistenti cioè riconducibili, imputabili al "diritto sul diritto". Dove sia il criterio per distinguere quando vi sia violazione di questo diritto strumentale alla posizione d'altro diritto da quando manca addirittura la possibilità di una violazione per l'inesistenza della materia di cui verificare la validità, a quanto io sappia nessuno è riuscito a prestabilire incontrovertibilmente. Si usano parafrasi e metafore e si moltiplicano le parole: requisiti essenziali; deviazioni accidentali; elementi costitutivi o meri requisiti; fattori positivi, richiesti per il sorgere dell'atto, o elementi negativi da cui l'atto deve rifuggire; illogicità e arbitrio; «malattie» curabili o incurabili più o meno gravi; atti-fantoccio o atti nati morti, corpi con o senz'anima. Sono tutte espressioni allusive a qualcosa che è al di là del diritto positivo e, infatti, esse non trovano nel sistema legale alcun fondamento. Eppure, esse indicano un'esigenza e se ne è cercato il modo di soddisfarla nella logica. Forse, tuttavia, se guardiamo anche alla giurisprudenza costituzionale e ai pur non frequenti casi in cui l'esigenza di distinguere atti esistenti invalidi da atti inesistenti si è posta ai fini della stessa configurabilità di questioni di costituzionalità, possiamo concludere che ciò che davvero conta è l'effettività: effettività come operatività in atto o anche solo in potenza, cioè in prognosi. Se una norma, pur evidentemente viziata, si presta o si è prestata ad applicazioni, allora prevale la invalida esistenza; altrimenti, prevale la nullità-inesistenza.

Sono certo che il pensiero è corso alla desuetudine e all'abrogazione per desuetudine. Ma, di desuetudine si ha ragione di parlare nel campo del diritto consuetudinario. Nel campo del diritto legislativo è insensato, come è insensata, o è una discutibile e impropria estensione, l'espressione

“abrogazione per desuetudine” che troviamo spesso nei nostri manuali. Forse, è più giusto riconoscere che i fatti, attuali o potenziali, si riflettono necessariamente sulla stessa esistenza del diritto in generale. I criteri giuridici positivi di validità entrano in scena solo dopo.

5. *Scienza pratica*

Come spiegare questa influenza dei fatti sulle norme, dell'essere sul dover essere? Facile, se consideriamo che la giurisprudenza è una disciplina “pratica” nel senso aristotelico di essenzialmente rivolta a plasmare di sé la prassi. Quindi, mentre essa “fa se stessa”, contemporaneamente “fa il suo oggetto”. Chi nega radicalmente l'influenza dei fatti sulle norme (giuridiche), può pensare così solo a costo di concepire sterilmente la giurisprudenza come disciplina teoretica, ancora nel senso aristotelico. Questa distinzione, in generale, è ben nota a tutti e non è il caso di soffermarsi, se non per sottolineare che la natura pratica non è un accidente del diritto, ma ne è un aspetto costitutivo, *sine quo non*. Le norme morali non falliscono il loro scopo se non riescono a plasmare la prassi: il loro fondamento nella verità e nella giustizia le fa essere quelle che sono indipendentemente dall'esperienza. Esse possono, anzi devono, essere trattate teoreticamente. Tanto più sono disattese, tanto maggiormente se ne avverte l'urgenza. Le norme giuridiche, invece, falliscono il loro scopo se dimostrano la loro inconsistenza pratica. Il diritto dissociato dalla prassi ne contraddice la natura, lo trasforma in vacuità, in non-diritto.

Difficilmente si ammette, anzi per lo più non si ammette affatto, che nella sfera del diritto legislativo, avendo esso le sue regole, anch'esse di natura legislativa, sulla creazione e sulla distruzione delle proprie norme, l'inefficacia retroagisca sulla validità o sulla stessa esistenza della legge. Come possa giustificarsi l'ingresso del criterio di effettività nella teoria della validità come imputazione non è chiaro affatto. Eppure, perfino uno dei più rigorosi sostenitori della differenza categoriale di essere e dover essere, il più severo avversario d'ogni commistione dei due piani, colui che ha negato dignità scientifica all'espressione e al “concetto contraddittorio di scienza pratica” (se è scienza non può essere pratica e se è pratica non può essere scienza)² sia pure *en passant* ha riconosciuto che l'*effettività* (o “efficacia”, parola in questo contesto usata come

² Mi riferisco al Kelsen della postuma *Teoria generale delle norme* (1979), Torino 1985, 217.

equivalente) è condizione di validità del diritto. Questa condizionalità, nella concezione kelseniana, è perfettamente comprensibile se riferita all'intero ordinamento giuridico, cioè alla "norma fondamentale" che in certo senso lo riassume. Invece, alla luce di una teoria puramente normativa come quella kelseniana, è sorprendente ch'essa sia stata riferita alle singole norme. Poiché il concetto di validità, secondo quel punto di vista, coincide interamente con la *imputabilità*, cioè con la riconducibilità di una norma a un'altra norma preesistente autorizzativa effettivamente operante, e questa norma in ultima istanza è la super-norma costituzionale, la validità di una norma qualsivoglia è condizionata dall'esistenza effettiva di una costituzione. Così ragionando, si è pur sempre all'interno di una concezione *a priori* del diritto, per quanto agganciata a un dato fondante coincidente con quello che, nella terminologia corrente, si chiama "fatto normativo" e, nella terminologia kelseniana, *Grundnorm*. Kelsen riconosce che la validità dell'ordinamento inteso come insieme di norme dipende dalla normale, media, efficacia o effettività di queste come insieme, e che la loro diffusa inefficacia si riverbera sulla norma fondamentale e dunque sulla validità dell'intero ordinamento. Diversa è la questione se l'effettività sia condizione di validità *di ciascuna norma giuridica*. Quella che sembra, e forse è, un'incrinatura nella monolitica costruzione della *Dottrina pura* del diritto si può forse spiegare ancora ricorrendo al concetto di "imputabilità", ma non nel senso della riferibilità di una norma alle *norme interne* all'ordinamento che ne prevedono le condizioni di validità, ma nel senso dell'estraneità al campo degli atti e delle relazioni umane su cui il diritto può esercitare la sua funzione regolatrice pratica. Potremmo parlare, in questo caso, di non imputabilità come non riconducibilità all'ambito che del diritto è proprio.

Che cosa possiamo scorgere dietro questa resa della "purezza" kelseniana alla "impurità" dell'esperienza giuridica, se non l'affiorare della ragione stessa intrinseca o categoriale dell'esistenza delle norme giuridiche, cioè per l'appunto della loro funzione pratica? Che cosa dovremmo dire come giuristi, di leggi che, anche se imputabili all'ordinamento giuridico secondo i suoi criteri formali di validità, siano tuttavia prive di capacità conformative delle azioni umane: prive di capacità conformative non perché siano esposte alla violazione intenzionale o preterintenzionale più o meno diffusa, ma a causa dell'oggettiva impossibilità di tradurre in pratica le sue pretese?

Solitamente, si ritiene che la legge stessa possa "legittimamente" stabilire i confini del proprio intervento e che, quindi, non esistano ambiti in linea di principio sottratti al suo dominio. In altri termini, non si pensa

che esistano limiti, ancora prima che di modo della regolazione legislativa (per esempio, limiti posti da norme costituzionali inderogabili), limiti di estensione, limiti per così dire “territoriali” del diritto legislativo. L’estensione legittima della legge coincide forse con il fatto stesso dell’esistenza della legge? L’onnipotenza della legge implica, prima di tutto, poter decidere senza limiti spaziali se fare uso o non fare uso della propria potenza? Possiamo essere d’accordo con questa pretesa assolutistica della legge?

6. *Una boutade e l’umiltà del diritto*

All’inizio del suo *Manuale* di etica, Epitteto distingue tra “le cose che accadono” quelle *che dipendono (in tutto) da noi* da quelle *che non dipendono (in nulla) da noi*. Tra le prime colloca le opinioni, i moti dell’animo, i desideri, le avversioni; tra le seconde, i corpi, le proprietà di cui siamo dotati, la reputazione e “i poteri” (*arkài*: ritorneremo su questo punto). Se ci rivolgiamo al nostro tema, dobbiamo aggiungere una terza categoria intermedia: le cose che dipendono sia da noi sia da altri. Che cosa ci dice la formula: “se è A deve essere B”? Ci dice che B si colloca precisamente tra ciò che dipende da noi e da altri: da noi, perché di fatto ci sia possibile adeguarci, come anche ci sia possibile non adeguarci; da altri, cioè dal legislatore, al quale sia possibile prescrivere, cioè comandare, vietare, permettere questo o quello. Se dipendesse solo da noi, la legge sarebbe futile; se non dipendesse affatto da noi, sarebbe impotente. Il campo della legge è dunque limitato da questi cippi di confine.

La legge, dunque, opera nel campo della libertà: la libertà delle possibilità di coloro cui si rivolge di osservarne i contenuti o di violarli; del legislatore, di volere una cosa o un’altra. In breve, la legge non può fare a meno di radicarsi nella libertà, la libertà sia di chi subisce, sia di chi impone. Nella libertà presupposta stanno le cose che possono essere in un modo o in un altro. Una volta che, per effetto della legge, si passi dal presupposto a ciò che è “posto” cioè alla legge positiva, la libertà si contrae con esclusione delle possibilità alternative non previste. Le cose non devono più essere indifferentemente in un modo o in altro. In certo senso, il campo della legge è la libertà relativa.

Ciò riguarda sia i destinatari della legge sia il legislatore stesso. Il legislatore, una volta stabilita una possibilità, brucia le altre (fino a che non metta nuovamente mano alla legge). I destinatari della legge, simmetricamente, a loro volta. Ogni selezione di possibilità, infatti, è un’amputazio-

ne. Per il legislatore, deriva dall'esercizio di un potere; per i destinatari, dalla soggezione al potere.

Il terreno sul quale cresce la legislazione non è dunque illimitato e, soprattutto, la sua estensione non è nella disponibilità del legislatore. Non spetta a lui stabilire i confini del proprio potere. Talora, abbiamo davanti a noi alcune espressioni entrate nell'uso, che ripetiamo né più né meno che come *boutade* o banalità consolidate nell'uso, senza interrogarci se non celino verità più profonde di quella che appare a prima vista. Una di queste è "la legge può fare tutto, tranne che trasformare un uomo in donna, o una donna in uomo". È citata (riferendola a Jean-Louis de Lolme, autore di una *Constitution de l'Angleterre* pubblicata nel 1771) nel trattato di Albert V. Dicey³ con riguardo a una fase storica della costituzione inglese in cui il parlamento aveva assunto il massimo potere legislativo. Al di là di ciò che allora sembrava un motto di spirito, quell'espressione diceva dell'ormai acquisita quasi-onnipotenza parlamentare. Ma il "quasi" sta a dire che, in verità, l'onnipotenza della legge circa l'estensione del suo campo non esiste. Non esiste, perché psicologicamente ciascuno si sente uomo o donna (o, magari, né uomo né donna, o né solo uomo o donna) indipendentemente da ciò che pensa un qualsiasi legislatore: prima ipotesi di Epitteto. E non esiste, perché l'anatomia umana è data dalla natura: seconda ipotesi.

7. *Confini variabili*

Possiamo probabilmente concordare nel considerare invalido ciò che è assurdo, ancorché deliberato secondo le regole previste. Ma, che cosa è assurdo? Certo è assurdo ritenere che l'amore possa essere oggetto di prescrizioni giuridiche (anche se qualcuno ha ritenuto il contrario, in occasione della discussione della legge sulle unioni civili); oppure che le leggi della chimica, della fisica, della matematica, della medicina ecc. o dell'arte possano essere imposte per legge (anche se proprio questo è ciò che i regimi totalitari hanno cercato di fare). Tra questi estremi che si presentano con contorni piuttosto evidenti, c'è il grande spazio dell'opinabilità e della contestabilità dove non valgono astratte definizioni e dove valgono piuttosto i rapporti di forza.

Lo spazio è davvero molto grande, anzi sempre più grande in diretta proporzione al progresso della scienza e della tecnica che progressiva-

³ A.V. DICEY, *The Law of the Constitution*, London 1885, 5.

mente spostano i confini, allargandoli, di ciò che dipende da noi a detrimento di ciò che dipende dalla cieca natura. Perfino i fatti e gli atti che toccano la vita, la salute e la malattia, e la morte degli individui sono attratti nella sfera giuridica. La ricerca biologica ha ampliato le possibilità e la legge è chiamata a regolare forze un tempo inesistenti e oggi portatrici di promesse ma anche di minacce. Gli equilibri della terra, un tempo madre benigna, capace di rigenerarsi spontaneamente come un organismo vivente, sono minacciati dai suoi figli che cercano disperatamente moltiplicando le loro leggi di porre limiti alle insidie che vengono da loro stessi. Basterebbe consultare le “materie” giuridiche che si studiano e si insegnano nelle Università, e confrontarle con quelle di pochi decenni fa, per rendersi conto che siamo di fronte a un’esplosione.

Tuttavia, questa esplosione non coincide affatto con l’affermazione della legge. Al contrario, all’estensione crescente del campo delle leggi, che riduce a poco più di una patetica aspirazione il ricorrente appello alla riduzione e alla semplificazione legislativa, corrisponde un certo sfinimento della legge come forza regolatrice delle vicende sociali. Poiché, come giuristi, collochiamo nella legge le speranze della nostra professione, ameremmo non accorgerci della progressiva riduzione dell’effettività del diritto, cioè delle capacità regolatrici della legge. Altre e potenti, anzi pre-potenti, sono le forze che modellano i rapporti sociali. La nostra legge arranca: la legge, voglio ridire, alla quale siamo affezionati che presuppone la libertà del legislatore di orientarsi tra possibilità aperte per le sue scelte e implica la possibilità di noi destinarci a quelle scelte di adeguarci o di non adeguarci, accettando le conseguenze della nostra libertà.

Un grande preveggenze quale fu Fëdor Dostoevskij, nel 1864 dinanzi allo spettacolo del “Palazzo di cristallo” di Londra, un edificio insolentemente grandioso costruito per la prima Esposizione Universale del 1851, fagocitando gran parte dei giardini della “Royal Horticultural Society”, vi aveva visto il simbolo del mondo venturo, segnato dal progresso incessantemente e orgogliosamente promosso – avrebbe detto, cent’anni dopo, Martin Heidegger – dal “pensiero calcolante”. Il Palazzo di cristallo è rappresentato nelle *Memorie del sottosuolo*⁴ come un gigantesco crostaceo che stende le sue chele rapaci e, al tempo stesso, come un oggetto di fede, di fronte al quale si piega la ragione collettiva di una moltitudine omologata, razionalizzata, matematicizzata e pacificata dalla tecnica e dal commercio. Una moltitudine passiva i cui membri hanno perso la loro

⁴ M. HEIDEGGER, *Memorie del sottosuolo* (1864), Torino 2002, 26.

individualità e sono stati trasformati in “una specie di tasto di pianoforte o di una puntina d’organetto”. Una moltitudine, alla fin fine, divisa da feroci disuguaglianze, ma resa concorde dalla fede in un’unica unità di misura della vita degli uomini, unica perché senza alternative e, soprattutto, glorificata come idolo da una nuova religione monoteista. Allora, l’idolo era il denaro. Oggi, le cose sono più complicate e si riassumono nel “sistema”, dove accanto al denaro troviamo altre cose, che devono essere tenute insieme nelle loro molte connessioni. Il cemento è il terrore del crollo o il timore d’esserne espulsi, dimenticati.

“Senza alternative”: quante volte sentiamo dire che non ci sono alternative. L’imperativo categorico è “andare avanti ciecamente”, conseguenza dell’assenza di alternative. Ma, se è così, la legge degli uomini liberi manca di spazio. Dostoevskij si immaginava tasti di pianoforte o puntine d’organetto. Oggi vediamo all’opera il pensiero calcolante in macchine pensanti, i *big data*, che formulano algoritmi secondo logiche consequenziali che eliminano le alternative delle possibilità, cioè, nel campo del diritto, la libertà del legislatore di disporre questo o quello, e dei destinatari della legge non solo di conformarsi o non conformarsi ma anche di agire per cambiarla. La legge, il *nómos*, anzi il *nómos basiléus*, degrada in norma esecutiva e il diritto in un sub-sistema funzionalizzato a logiche di “governabilità” e di efficienza proprie di sistemi che hanno come loro finalità la propria sopravvivenza. La libertà del legislatore sovrano deve essere annullata e, salvi dettagli ancora negoziabili, la legge diventa esecuzione. Viviamo in un tempo esecutivo, non (più) legislativo. Non perché non vi siano (più) leggi, ché anzi ve ne sono fin troppe, ma perché della legge hanno la forma ma hanno perduta la sostanza della libertà. Quando si parla di “nichilismo giuridico”, si indica precisamente il tempo in cui la legge ha perduto la capacità di antivedere e progettare ed è degradata a funzione servente d’un ordine ch’essa non è in grado di controllare, modificare, indirizzare e, ove occorra, contrastare in nome di propri principi e valori. Come la legge, così anche la giurisprudenza e i giuristi.

Citando all’inizio Epitteto, tra le cose che non dipendono da noi, le cose rispetto alle quali non c’è libertà, si sono ricordate le *arkài*, le potenze. Ecco, siamo di fronte a una grande *archè* di cui anche il diritto deve subire la legge, che è legge non di libertà, ma di necessità.

8. Costituzione, efficacia ed effettività

Il diritto (interno) che più d’ogni altro è esposto al lavorio dell’effetti-

vità, cioè alla legge delle *arkài*, delle “potenze”, è il diritto costituzionale, il diritto che per lungo tempo è stato definito con l’ossimoro “diritto politico”. La ragione è semplice: con riguardo a tutto l’altro diritto si può parlare di efficacia; con riguardo alla costituzione no.

Per efficacia intendo qui la forza giuridica che è conferita da altre norme e stabilisce le posizioni reciproche nell’ordinamento giuridico. Per quanto efficacia ed effettività siano termini spesso usati l’uno per l’altro⁵, l’efficacia è qui intesa come dotazione giuridica, ciò che altrimenti si denomina forza e valore; l’effettività, invece, è capacità fattuale. Appartengono ad ambiti diversi.

Per quanto riguarda le norme sub-costituzionali, la loro efficacia è garantita dall’effettività della costituzione. È questo un modo diverso per dire la stessa cosa che Kelsen affermava dicendo che la validità delle norme giuridiche dipende dall’effettività della norma fondamentale. Ma, la norma fondamentale, cioè la costituzione, è esposta, per così dire, nuda alla verifica di effettività poiché non può appellarsi a qualche pretesa di efficacia presupposta. La sua validità, cioè il suo essere fattualmente norma fondamentale, coincide, si confonde interamente con la sua effettività. Per la costituzione, tra validità ed effettività non esiste il *medium* della efficacia.

Per questo, la responsabilità – qualunque cosa la parola in questo caso debba significare –, la responsabilità dei giuristi costituzionalisti nei confronti dell’oggetto affidato alle loro cure nei loro libri, nei loro commenti, nelle loro sentenze, è massima e immediata. La costituzione, questa “ancora dello stato” come la chiamavano gli Antichi, la costituzione dei moderni, che ha la sua ragion d’essere nella garanzia della libertà contro le pretese assolutistiche della necessità, è esposta ai rischi d’essere fagocitata dalla mera effettività delle potenze che vi si affollano intorno. Oggi, la responsabilità dei costituzionalisti – mi pare – è nel tentativo di puntare i piedi per resistere alle lusinghe dell’omologazione al “sistema” di cui abbiamo parlato.

Questa potrebbe essere una conclusione pratica che riguarda direttamente l’*ethos* della nostra professione, una professione sulla quale non cessiamo di riflettere criticamente e autocriticamente tutte le volte che chiediamo a noi stessi che cosa siamo come costituzionalisti.

E non cesseremo, caro professor Modugno, tutte le numerose volte in cui avremo ancora a lungo la grata possibilità di scambiarci i nostri pensieri e di metterli a confronto.

⁵ Si tratta di convenzione linguistica: ad es. F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino 1988, 105 ss.

IL DIRITTO ALLA SICUREZZA GIURIDICA.
NOTE IN TEMA DI CERTEZZA GIURIDICA
E GIUSTO PROCESSO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Formante legislativo e giurisprudenziale. – 3. Formante legislativo e nomofilachia. – 4. Formante giurisprudenziale e *stare decisis*. – 5. Fattori di crisi del diritto legislativo. – 6. Dal principio della certezza del diritto al diritto alla certezza (o sicurezza) giuridica. – 7. La disciplina “legale” del precedente come risposta al problema dell’incertezza. Profili problematici. – 8. La coerenza del sistema. – 9. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

Inteso nella sua accezione sostanziale, con riferimento cioè al profilo della giustizia intrinseca della decisione della lite, il principio del giusto processo presenta molteplici profili problematici se relazionato al principio della certezza giuridica.

Il rapporto tra i due principi può essere infatti indagato interrogandosi sul se e come l’attenzione al profilo sostanziale di giustizia della decisione metta in crisi gli istituti processuali tradizionalmente volti ad assicurare la certezza del diritto attraverso la definizione dei limiti alla possibilità di rimediare ad eventuali errori del giudicante e quindi alla ricerca della “verità” (il giudicato, la revocazione, i limiti dell’appello, i limiti all’impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato)¹.

La relazione tra giusto processo e certezza del diritto può essere però indagata anche con riferimento ai problemi posti dal sempre crescente ruolo sostitutivo o di supplenza assunto dalla giurisprudenza nei con-

¹ Sotto questo profilo il tema è stato oggetto delle “Giornate di studio sulla giustizia amministrativa” tenute a Modanella (Siena) il 19-20 maggio 2017, i cui atti sono raccolti nel volume di F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI (a cura), *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Napoli 2018.

fronti del legislatore, al fine di meglio comprendere e definire limiti e rimedi ai nuovi spazi conquistati dalla giurisdizione. Nel momento in cui ciò avviene con sempre maggiore frequenza ed intensità, il giurista non può evitare di domandarsi fino a che punto la giurisprudenza sia lasciata libera di muoversi negli spazi di diritto non occupati o lasciati liberi dal legislatore; come non può evitare di domandarsi se il crescente richiamo al vincolo del precedente giurisprudenziale possa sostituire ed offrire garanzie equivalenti a quelle del principio di legalità o, in ultima analisi, se vi siano dei limiti intrinseci, connaturati alla decisione giurisdizionale, tali che il loro superamento possa integrare la violazione di un diritto fondamentale dell'individuo alla sicurezza giuridica. Interrogativi di tal genere giustificano l'interesse per l'approfondimento del tema delineato dalla relazione tra i due principi.

2. *Formante legislativo e giurisprudenziale*

Nell'affrontare il tema della certezza del diritto, premessa d'obbligo è che, sul piano teorico, ci si debba muovere distintamente a seconda che ci riferisca ad un sistema di *civil law* o di *common law*.

È noto che i due modelli non si sono mai realizzati nella loro assolutezza e che le contaminazioni sono più frequenti e consistenti di quanto la classica schematizzazione lascerebbe intendere, ma la distinzione dei due sistemi, basata sul formante, legislativo o giurisprudenziale,² dei rispettivi ordinamenti giuridici, mantiene la sua importanza sul piano teorico ed aiuta a capire meglio cosa stia accadendo ai giorni nostri; a comprendere cioè come stiamo cercando di rispondere al problema creato dalla sempre crescente incertezza giuridica.

Il problema della certezza, dunque, si pone in maniera differente nei due sistemi. A rigore, si dovrebbe dire che si pone nel primo, non anche nel secondo.

3. *Formante legislativo e nomofilachia*

Gli studi ormai classici sul tema³ mettono in luce come l'esigenza di

² R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1992, 93 ss.

³ F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma 1942, rist., 3° ed. Milano 1968 integrata con i contributi di P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della*

certezza del diritto sia correlata al diritto legislativo; sia cioè un'esigenza intrinseca all'idea di diritto se ed in quanto questa si sostanzia nell'esistenza di un sistema di norme la cui portata deve risultare previamente determinata o determinabile nel contenuto precettivo e nella sfera di efficacia (temporale, territoriale e personale)⁴. Finché con lo Stato moderno non viene in essere la figura del Legislatore come soggetto portatore di una specifica volontà di regolamentare, autoritativamente e in termini generali e astratta, la vita associata, il problema di assicurare la certezza del diritto nemmeno si pone⁵. Solo quando la produzione del diritto viene riservata al legislatore e questi costruisce un sistema razionale di norme generali e astratte, dalle quali va di volta in volta dedotta la regola applicabile al caso di specie a seconda che questo sia riconducibile o meno nell'ipotesi normativa, si pone l'esigenza di assicurare la certezza del diritto, intesa come “*certezza della vigenza, della durata, della sufficienza e del significato della norma*”⁶. In questi termini, l'esigenza di certezza deve ritenersi propria e tipica di un sistema nel quale l'applicazione del diritto si fonda su regole generali e astratte che vengono statuite, autoritativamente, prima che qualsiasi decisione sia stata presa⁷. In un sistema così concepito, il giudice deve limitarsi ad interpretare la legge⁸ e i contrasti interpretativi vanno risolti o prevenuti attribuendo all'organo giudiziario di vertice la funzione nomofilattica di garantire l'uniforme interpretazione del diritto, ovvero “*l'esclusività della funzione d'interpretazione teorica*”⁹ in seno alla

dottrina, 167 ss.; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, 191 ss.; P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, 207 ss.; G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, 239 ss.

⁴ Così A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto. II) Profili applicativi*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma 1988, 2.

⁵ L'affermarsi dello Stato moderno, politicamente e amministrativamente accentrato, separando nettamente il sistema giuridico da quello religioso o di costume, pone prepotentemente l'esigenza di razionalizzazione formale del diritto, che viene soddisfatta mediante l'individuazione di un soggetto (il Legislatore) capace di statuire autoritativamente il diritto garantendone la laicità. Questo processo di “positivizzazione” del diritto è ben descritto da N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, 1972, tr. it., Bari 1977.

⁶ Così M. LONGO, *Certezza del diritto*, in *Noviss. dig. It.*, III, Torino 1959, 126.

⁷ Agendo in forma preventiva, la legge rende l'ordinamento più stabile e prevedibile e ciò rappresenterebbe un presidio ideale della sfera di libertà del cittadino contro i pericoli dell'esercizio arbitrario del potere; cfr.: F. LOPEZ DE ONATE, *op. cit.*; P. CALAMANDREI, *op. cit.*

⁸ È chiaro che il dilemma tra interpretazione e creazione del diritto si ripropone comunque almeno nel caso in cui le lacune dell'ordinamento impongono di trovare la norma inespressa (cfr.: R. GUASTINI, *Filosofia del diritto positivo. Lezioni* (a cura di V. Velluzzi), Torino 2017, 383 ss.). Sul problema v. anche quanto si osserva *infra, sub par. 5*.

⁹ Così L. ROVELLI, *Nomofilachia e diritto vivente*, in A. DIDONE, F. DE SANCTIS (a

giurisprudenza. Insomma, l'esigenza di certezza del diritto sembrerebbe esser propria e tipica dello Stato moderno fondato sul principio di legalità, sulla *rule of law*.

4. *Formante giurisprudenziale e stare decisis*

L'idea di certezza è invece in un certo senso aliena al sistema fondato sul valore del precedente giudiziario, nel quale il diritto tende a nascere sempre *ex post*, valutando il comportamento che le parti hanno tenuto in un caso concreto e formando la relativa regola. Il che significa, appunto, che, prima che un certo accadimento si verifichi e finché questo non viene portato all'attenzione di un giudice, di regola le parti si muovono in una situazione d'incertezza giuridica e nella imprevedibilità della decisione giudiziale¹⁰. Il principio di diritto espresso per via giudiziale proviene da un'operazione d'induzione dalla constatazione del fatto. Il diritto dev'essere trovato, scoperto, creato dal giudice; e non derivato, per deduzione, da un'ipotesi normativa generale e astratta. Per tale ragione si è soliti affermare che la decisione giudiziaria non soltanto risolve la controversia stessa, ma è "*fonte di diritto... mezzo per creare il diritto... aspetto vitale del procedimento di creazione del diritto*"¹¹. Un problema rimasto in verità

cura di), *I processi civili in Cassazione*, Milano 2018, 18. In tema v. anche R. RORDORF, *Nomofilachia e motivazione*, in Treccani, *Il Libro dell'anno del diritto 2012*, Roma 2012, 659 ss.; ID., *Nomofilachia e diritto vivente nell'esercizio della giurisdizione*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Milano 2014; CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 21 ss.; S. FURFARO, *Nomofilachia*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2011, 336 ss.; C. CONSOLO, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori – il "memorandum" del 15 maggio 2017: – ragionevole sogno o vere linee effettive?*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2017. Con specifico riferimento alla giurisdizione amministrativa v. E. FOLLIERI, *Nomofilachia e certezza del diritto con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars Interpretandi*, 2/2015, 103 ss.; ID., *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, in *Dir e proc amm.*, 2015, 17 ss.; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 345 ss.; C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2013, 976 ss.; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica, L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova 2011.

¹⁰ Cfr. P. STEIN, *Common law (paesi di)*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, 1988, 8.

¹¹ P.G. KAUPER, *La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti*, in G. TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1971, 216 ss. Andrebbe tuttavia precisato che, almeno secondo i *common lawyers* "classici", nel rendere la decisione, i giudici in realtà non creerebbero il diritto, ma non farebbero altro che scoprire ciò che il diritto, inteso come antica consuetudine spontanea *ab immemorabilia*; cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, I, Chicago 1979, 70 ss.

sempre aperto è quello del valore delle pronunce del giudice di *common law*, nel senso che non si è mai effettivamente chiarito se i precedenti abbiano efficacia solo persuasiva o vincolante¹². Non vi sono (ovviamente) norme scritte che obbligano i giudici di *common law* ad attenersi al diritto che in un caso simile sia stato già dichiarato da una precedente pronuncia, ma nella prassi i giudici si sono autoimposti l'osservanza della regola dello *stare decisis*. Il precedente dovrebbe pertanto vincolare il giudice delle cause future, ma è sempre quest'ultimo che deve decidere se i fatti rilevanti del caso anteriore siano gli stessi fatti rilevanti del caso in decisione e possano essere pertanto accomunati sotto una medesima *ratio decidendi*. Per definizione il giudice procede per induzione dal fatto e conserva il potere di distinguere caso da caso e questo gli consente di escludere la rilevanza del precedente. Per definizione, dunque, il sistema di *common law* è funzionalizzato ad assecondare meglio il cambiamento, il continuo divenire ed evolversi dei rapporti economici e sociali, senza che l'esigenza di certezza del diritto possa rappresentare un vincolo al cambiamento.

5. *Fattori di crisi del diritto legislativo*

Chiarire come il problema della certezza del diritto si ponga diversamente, sul piano teorico, nei due sistemi, aiuta una migliore comprensione del problema nell'attuale momento storico e, di conseguenza, le sue possibili soluzioni.

Che l'attuale contesto sociale, istituzionale ed economico sia caratterizzato da una profonda crisi del concetto di sovranità statale, è un fatto ormai pacifico. La crisi, è noto, è indotta sia dalla perdita di potere degli Stati nazionali nei confronti dei processi mondiali di globalizzazione¹³, che dalla creazione di un sistema di tutela dei diritti fondamentali al quale gli Stati nazionali si trovano assoggettati nell'ordinamento sovranazio-

¹² Cfr.: G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma 1990,4; U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1996; V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, Agg. 2002, 871 ss.; A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli 2018, 114.

¹³ Il fenomeno è ormai ampiamente descritto nella letteratura giuridica. Per una visione di sintesi v. M.R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011, 547. Tra gli studi più recenti v. anche L. CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna 2018 e G. CAPUZZO, *Modernismo giuridico e uniformazione del diritto. Ascesa e declino di un paradigma*, Napoli, 2018, 265 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

nale¹⁴; senza che sia per contro ravvisabile un ordine giuridico unitario, inteso come un sistema di norme gerarchicamente definito disposte da un ordine giuridico superiore agli Stati¹⁵. Il bisogno di regolazione che i singoli Stati non sono in grado di soddisfare viene appagato da Corti internazionali, giudiziarie o quasi – giudiziarie¹⁶, alle quali si imputa però un deficit di democraticità¹⁷, specie laddove la loro attività trasmoda dalla definizione di una specifica controversia alla tessitura di una vera e propria trama normativa

Il sistema delle fonti si è così complicato. Secondo alcuni si è “liquefatto”¹⁸. La legge statale comunque non è più l’unico strumento di produzione del diritto.

Sul versante interno dell’ordinamento, la crisi è poi acuita dal fatto che la legge smarrisce sempre più spesso e con gravità sempre maggiore

¹⁴ Cfr.: A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, *Enc. dir. Annali*, IV, 2011; E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, II ed, Torino 2015.

¹⁵ Per tutti v. G. CAPUZZO, *Modernismo giuridico*, cit., 265 ss.

¹⁶ Cfr.: S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma 2009, 93 ss. L’autore riprende l’espressione da R. HIGGINS, *A Babel of judicial voices? Ruminations from the bench*, in *International and comparative Law Quarterly*, LV, 2006, 4, 791. Più di recente sul tema del dialogo tra le Corti v anche F. PATRONI GRIFFI, *Convergenze tra le Carte e criticità tra le Corti nel dialogo tra Giudici supremi*, in *Federalismi.it*, 12/2017.

¹⁷ Che l’invasione della sfera riservata al legislatore nella “creazione” del diritto possa comportare una rottura del circuito democratico è considerazione sempre più spesso presente in dottrina. Il rischio che si degeneri in una tecnocrazia elitaria, se le norme vengono prodotte non perché si è legittimati dal voto politico, ma perché si è tecnici della materia, è stato di recente sottolineato, tra gli altri, da T. NICHOLS, *La conoscenza e i suoi nemici. L’era dell’incompetenza e i rischi per la democrazia*, tr. it. a cura di C. Veltri, Roma 2017, 214. L’opportunità di correggere il modello democratico con forme di governo epistocratico, che fondino cioè il potere politico in proporzione a conoscenza e competenza, è chiaramente teorizzato da J. BRENNAN, *Contro la democrazia*, Princeton University Press, 2016, trad. it. a cura di R. Bitetti e F. Morganti, Roma 2018. In tema v. anche S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano 2017, 31 ss.

¹⁸ Così R. FERRARA, *L’incertezza delle regole tra indirizzo politico e funzione definitoria della giurisprudenza*, in *L’incertezza delle regole*, *Annuario AIPDA* 2014, Napoli 2015, 43: “il sistema delle fonti del diritto (e non solo nel nostro paese, ovviamente) sembra trovarsi in una condizione di progressiva liquefazione, in uno stato esistenziale di manifesta liquidità. Ossia, quasi all’incrocio tra le buone ragioni della tradizione dello Stato di diritto, il cui baricentro era costituito dal ruolo conformativo giocato dalla legge... e le non meno buone ragioni che spingono a metter in campo strumenti di regolazione e di gestione degli interessi meno rigidi e cristallizzati, e pertanto capaci di una più immediata e pronta risposta (e cioè una risposta flessibile alle domande e talora agli imperativi, della globalizzazione”. Dichiarato il riferimento alla teorizzazione della società liquida: cfr.: Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari 2008; K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma 1996.

la capacità di selezionare e proteggere gli interessi meritevoli di tutela o, sotto il profilo della tecnica legislativa, le caratteristiche di conoscibilità, comprensibilità e stabilità, essenziali per garantire la certezza del diritto¹⁹. Crisi della sovranità statale, crisi della politica e disordine normativo hanno dunque fatto crescere a dismisura il bisogno di certezza giuridica²⁰.

Se sono questi i principali fattori causa dell'incertezza giuridica che contrassegna l'attuale momento storico, lo scenario che viene da essi disegnato, per un verso, sembra confermare che il problema sarebbe proprio soltanto dei sistemi di *civil law* e non anche di quelli di *common law*; per l'altro sembrerebbe mostrare che i sistemi di *common law* contengano in sé stessi l'antidoto per evitare l'insorgere del problema e quindi anche le risposte in grado di risolvere il problema.

Risulta così quasi naturale mutuare gli schemi della *common law* per dare soluzione al problema. Valorizzare il ruolo del giudice e privilegiare la ricerca della soluzione più giusta per il caso concreto dovrebbero infatti consentire di superare i limiti intrinseci di un modello che vorrebbe previamente tipizzate dal legislatore, in maniera generale e astratta, le ipotesi dei possibili conflitti tra interessi protetti e la loro composizione.

Al momento, si sta procedendo nella direzione di dare spazio al formante giurisprudenziale dell'ordinamento giuridico per supplire agli attuali limiti ed incapacità del legislatore²¹, secondo lo schema che si è visto tipico della *common law*. È però una soluzione che, come tutte le cose, ha i suoi pregi e i suoi difetti, che è opportuno evidenziare.

6. *Dal principio della certezza del diritto al diritto alla certezza (o sicurezza) giuridica*

Si può iniziare col notare che la valorizzazione del valore vincolante del precedente in un certo senso consente di escludere che, discorrendo della certezza del diritto, si parli soltanto di una mera illusione, di un "mito", che l'ordinamento aspira a raggiungere, ma che è in realtà irrea-

¹⁹ P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *L'incertezza delle regole*, cit., 2 ss.

²⁰ Particolare attenzione al tema è dedicata da M.A.SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a "Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale"*, in *Federalismi.it*, 11/2018; ID., *Conclusioni delle Giornate di studio su Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in *Federalismi.it*, 14/2018

²¹ V. *amplius sub par.* 5

lizzabile²²; e che non si sia pertanto in presenza di un valore (e meno che mai un diritto) immediatamente protetto dall'ordinamento.

È affermazione sicuramente condivisibile che la certezza del diritto rappresenti un principio generale. Un principio in base al quale ogni persona deve essere posta in condizione di valutare e prevedere, in base alle norme generali dell'ordinamento, le conseguenze giuridiche della propria condotta, e che costituisca pertanto un fine al quale lo Stato deve necessariamente tendere per garantire la libertà dell'individuo e l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge²³. Finché la certezza del diritto viene però risolta soltanto in un principio generale dell'ordinamento, in un principio di “*prevedibilità delle conseguenze che il diritto connette all'agire del soggetto*”²⁴, è impossibile che in tali termini essa assurga a contenuto di un diritto individuale. Finché rimane confinata nell'ambito dei principi generali dell'ordinamento, con una rilevanza quindi limitata tutt'al più all'interpretazione delle leggi, non ci si scosterebbe troppo da Kelsen e sembrerebbe effettivamente che si possa parlare soltanto di un'aspirazione (irrealizzabile) dell'ordinamento.

Per contro, si può osservare che, nei tempi più recenti, a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, le Corti sovra nazionali hanno apprestato tutela avverso violazioni del principio di certezza giuridica da parte degli Stati nazionali, delineando con ciò la possibilità di configurare un vero e proprio diritto alla sicurezza giuridica azionabile innanzi alle Corti. A onor del vero, anche la nostra Corte costituzionale sta collezionando pronunce con le quali riconosce la necessità di “*garantire alle persone la sicurezza giuridica delle consentite libere scelte d'azione*”²⁵.

²² H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1952, 282 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 146 ss.

²³ V. dottrina citata *sub* nota 3.

²⁴ Così M. CORSALE, *Certezza del diritto I) Profili teorici*, in *Enc giur Treccani*, VI, Roma 1988, 1.

²⁵ V. ad es. la recente pronuncia Corte cost. 31 05 2018 n. 115, che ha dichiarato senza mezzi termini che “*la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della regola Taricco nel nostro ordinamento*”, precisando che “*la persona, prendendo contezza dell'art. 325 TFUE, non potesse (e neppure possa oggi in base a quel solo testo) immaginare che da esso sarebbe stata estrapolata la regola che impone di disapplicare un particolare aspetto del regime legale della prescrizione, in presenza di condizioni del tutto peculiari. Se è vero che anche «la più certa delle leggi ha bisogno di «letture» ed interpretazioni sistematiche» (sentenza n. 364 del 1988), resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla praevia lex scripta, con cui si intende garantire alle persone «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione» (sentenza n. 364 del 1988). Ciò è come dire che una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente*

Mi limito a questa sola citazione della nostra Corte costituzionale ed evito anche di soffermarmi sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, secondo la quale il principio di certezza del diritto è comunque il fulcro della tutela del legittimo affidamento²⁶, per concentrare l'attenzione sul momento ai nostri fini più significativo, dato dalla giurisprudenza CEDU. Non sono sporadici i casi in cui la giurisprudenza CEDU soggettivizza il valore della certezza del diritto nel contenuto di un diritto fondamentale del cittadino, della cui violazione, nel caso, lo Stato può essere chiamato a rispondere se l'ingiustizia viene consumata dall'organo di vertice del sistema giudiziario.

È nota la prudente applicazione fatta dalla CEDU del principio del giusto processo, giustamente condizionata dalla tendenziale deferenza nei confronti del giudice nazionale di vertice e dall'impossibilità di rendere la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come un giudice di terza (o quarta istanza) rispetto al Giudice nazionale di ultimo grado. Pur entro tali limiti, la CEDU non ha però esitato a sussumere nell'ipotesi di cui all'art. 6 casi in cui le pronunce del giudice nazionale di ultima istanza hanno gravemente compromesso il principio di certezza del diritto o hanno operato accertamenti indubitabilmente inesatti.

Ciò che è singolare notare, ai fini del nostro discorso, è che l'ipotesi tipica in cui la violazione del principio di certezza giuridica viene ritenuta meritevole di tutela ai sensi dell'art 6 ricorre le volte in cui i giudici nazionali di ultima istanza, specie se con funzione nomofilattica, violano la regola dello *stare decisis* con riferimento alle proprie precedenti pronunce. In tali casi la decisione si assume ingiusta per violazione del principio del giusto processo se ed in quanto ha vanificato l'affidamento fatto sulla *regula juris* stabilita nel precedente²⁷.

ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso, diversamente da quanto accade con la "regola Taricco". Fermo restando che compete alla sola Corte di giustizia interpretare con uniformità il diritto dell'Unione, e specificare se esso abbia effetto diretto, è anche indiscutibile che, come ha riconosciuto la sentenza M.A.S., un esito interpretativo non conforme al principio di determinatezza in campo penale non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento".

²⁶ Per tutti al riguardo v. S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'unione europea*, Varese 2012, 55 ss.; J. VAN MEERBEECK, *The principle of legal certainty in the case law of the European Court of Justice*, in *European law review*, 41(2016), 2, S. 275-288.

²⁷ L'indirizzo della CEDU può essere ritenuto ormai costante nel senso indicato nel testo; *ex multis* v. *Kruslin c. Francia*, 24.04.1990; *Kopp c. Svizzera*, 25.03.1998; *Valenzuela Contreras c. Spagna*, 30.07.1999; *Alisi et al. v. Bosnia et al.*, 16.7.2014; *Nejdet Sahin e Perihan Sahin c. Turchia*, 20.10.2011; *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Roma-*

L'affermazione muove dalla considerazione che assicurare la certezza del diritto sia un dovere primario dello Stato; e da ciò si trae la conseguenza che, qualora si siano esauriti i rimedi interni senza che gli organi di ultima istanza ne abbiano assicurato l'osservanza, ma, al contrario, siano stati essi stessi causa della violazione del principio, la possibilità di agire nei confronti dello Stato ai sensi dell'art 6 della CEDU debba essere riconosciuta.

In tali termini, è senz'altro ragionevole ipotizzare la sussistenza di un diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale tutelabile innanzi alla CEDU²⁸.

nia, 29.11.2016; Hayati Çelebi e altri c. Turchia, 9 febbraio 2016; Ferreira Santos Pardal c. Portogallo, 30 7 2015; Salov c. Ucraina, 16.12.2005.

²⁸ In dottrina non mancano già riflessioni in tal senso: v. ad es. M. DE *Silva*, *La nozione di sicurezza giuridica nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, RInDU, 2001, 717, che, in relazione all'attività giudiziaria e alle decisioni giudiziali, evidenzia come la sicurezza giuridica di colui che è sottoposto o si rivolge alla giurisdizione «è, appunto, uno degli obiettivi della Cedu, perché si ricollega direttamente ad uno dei principi di interpretazione () proclamato nel Preambolo della Cedu» e definisce il concetto di sicurezza giuridica rilevando che «etimologicamente, il vocabolo sicurezza designa "lo stato d'animo fiducioso e tranquillo di colui che si crede al riparo dal pericolo", mentre l'aggettivo giuridico sembra precisare piuttosto l'origine del pericolo, vale a dire il pericolo derivante da una norma di natura legislativa, regolamentare oppure giurisprudenziale». In termini di diritto fondamentale si esprime anche S. Furfaro, *Nomofilachia*, in *Dig disc pubbl*, 2011, sebbene il riferimento sia fatto più all'art 8 che all'art 6 della CEDU: «Tra tali disposizioni, davvero fondamentale per ciò che qui interessa è quella di cui all'art. 8 CEDU [«Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata (...).»] che pone l'individuo come centro di attenzione e di tutela e compone qualsivoglia situazione di conflitto imponendo la predisposizione di una legge che preventivamente definisca e giustifichi gli spazi entro il quale l'individuo medesimo può aspettarsi o subire qualcosa da parte di chicchessia e principalmente da parte dell'autorità e dei pubblici poteri. Si individua, così, in quanto insito nel rispetto della vita privata, il diritto fondamentale alla «sicurezza giuridica» che, per l'ampiezza che assume, assurge a vero e proprio principio fondamentale di ogni relazione giuridicamente rilevante. Se – e nella misura in cui – ogni azione dell'autorità nei confronti di ciascuno deve essere, oltre che necessariamente contenuta e conoscibile, anche prevedibile, la situazione che ne consegue, nella prospettiva dell'unità del sistema della tutela dei diritti umani, si concreta, appunto, nel diritto dell'individuo alla propria sicurezza giuridica, intesa compiutamente come diritto alla conoscenza certa di tutte le conseguenze giuridiche alle quali si espone a seguito della sua condotta e alla prevedibilità delle decisioni che lo riguardano, non ultime (anzi, l'esatto contrario) quelle relative alla tutela giudiziale delle proprie posizioni soggettive, entro gli ovvi limiti dell'alea normalmente insita in ogni scelta o decisione affidata a terzi. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto in proposito che «uno degli elementi fondamentali della preminenza del diritto è il principio della sicurezza dei rapporti giuridici», ed ha offerto un concetto di sicurezza giuridica, che – ristretto solo apparentemente a causa, forse, della non numerosa casistica di riferimento – è comunque di tale significazione, da non lasciare dubbi sulla portata generale del diritto fondamentale espresso dalla formula, e sull'ampiezza delle possibili applicazioni di essa. Per la Corte, infatti, ciò che si tutela (*rectius*: ciò che per

Va sottolineato che ciò è un effetto dell'innesto della regola dello *stare decisis* nel sistema di *civil law*. L'occupazione dello spazio legislativo da parte della giurisdizione porta con sé l'applicazione della regola dello *stare decisis*, solo che, nel momento in cui tale regola s'incontra con il principio della nomofilachia, sembra irrobustirsi ed irrigidirsi fino al punto di non lasciare più alla discrezionalità del giudice la valutazione del carattere persuasivo o vincolante del precedente. Il precedente diventa vincolante ed origina un vero e proprio obbligo di osservanza, a fronte del quale diventa pertanto configurabile un vero e proprio diritto individuale alla certezza giuridica al quale è riconosciuta tutela in caso di violazione.

7. *La disciplina "legale" del precedente come risposta al problema dell'incertezza. Profili problematici*

Diversi sono i profili problematici creati dalla descritta valorizzazione del ruolo del precedente giurisprudenziale. Bisogna innanzi tutto sottolineare che l'operazione non appare corretta sul piano teorico. Il fatto che la valorizzazione del carattere vincolante del precedente giudiziario avvenga attraverso la disciplina di fonte legale è anzi, in un certo senso, un vero e proprio paradosso.

Come si è appena detto, la risposta che si sta fornendo tende a mutuare dal sistema di *common law* lo schema classico del precedente giudiziario; solo che questo viene però ibridato con l'innesto nella funzione nomofilattica. E tutto ciò avviene al fine o ha comunque l'effetto di rendere vincolante il precedente giudiziario.

*sicurezza giuridica si intende) è la condizione di tranquillità di chi si trova, alternativamente, o in una situazione giuridicamente rilevante che gli consente di sentirsi al riparo dai pericoli derivanti da una norma, da un'azione o da una decisione giudiziale, oppure (quasi conseguentemente) in una situazione tale da potere concretamente prevedere in termini di certezza quali possono essere le conseguenze pregiudizievoli derivanti da una sua condotta di vita ovvero da un suo agire in giudizio». Della sicurezza giuridica come "bene giuridico consistente nel sentirsi esente dal pericolo derivante (anche ma non solo) dal diritto, in quanto si è protetti dal diritto stesso" e protetto attraverso l'adeguato utilizzo del precedente giudiziario e più in generale della funzione nomofilattica parla anche A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli 2018, 166. Di "aspettativa (*rectius*, *pretesa*) alla sicurezza giuridica" parla anche R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e funzione definitoria della giurisprudenza*, in *L'incertezza delle regole*, Annuario 2014 AIPDA, Napoli, 2015, 68. Sul tema v. anche P. VERKINDT, *La sécurité juridique et la confection de la loi*, in *Droit social*, 2006, 6-7, 780 ss.*

Siffatta linea di tendenza è stata chiaramente rappresentata da Lamorgese nella relazione presentata al convegno tenuto a Modanella l'8 e 9 giugno 2018 sul valore del precedente nella giurisprudenza delle Corti nazionali. Ponendo l'accento sulle recenti disposizioni sulla formalizzazione del vincolo delle sezioni semplici al precedente delle Sezioni Unite (art. 374, co. 3, c.p.c.) o sulla previsione dell'inammissibilità del ricorso per cassazione quando il provvedimento impugnato decida le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offra elementi per confermare o mutare orientamento (art. 360 bis c.p.c.), l'A. giunge alla conclusione che *“le riforme processuali degli ultimi anni sono state dirette a rafforzare la funzione nomofilattica delle decisioni della Cassazione attraverso la formazione di “precedenti” autorevoli”*²⁹. Nella stessa prospettiva sembra del resto muoversi anche il codice del processo amministrativo nel momento in cui ha previsto che *“Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”* (art. 99, co. 3, c.p.a.) o ha introdotto la possibilità di decidere con sentenza in forma semplificata facendo riferimento *“ad un precedente conforme”* nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza o la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso (art. 74 c.p.a.)³⁰.

Si cerca dunque di rispondere al bisogno di maggiore certezza giuridica valorizzando la logica del precedente giudiziario e rinforzandone il valore vincolante, in un sistema nel quale il giudice non è però un nomoteta³¹ ed è soggetto alla legge, e soltanto alla legge, per norma costituzionale (art. 101 Cost.).

È evidente che una tale soluzione incontra forti perplessità, sul piano

²⁹ A. LAMORGESE, *Il valore del precedente nella giurisdizione ordinaria*, in *“Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica”*, Atti delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa, Modanella (Siena) 8-9 giugno 2018, in corso di pubblicazione. Si tratta di una constatazione comunque ormai pacifica. *Ex multis* v. anche L. ROVELLI, *Nomofilachia e diritto vivente*, in A. DIDONE, F. DE SANCTIS, *I processi civili in Cassazione*, Milano 2018, 17: *«da almeno un decennio il legislatore ha dato vita a riforme centrate sulla valorizzazione del precedente... che... disegnano sul piano normativo il passaggio da “precedente” (soltanto) “persuasivo” (nel senso che la sua capacità precedenziale è esclusivamente legata alla intrinseca forza persuasiva delle argomentazioni che la sorreggono) alla regola del “precedente vincolante”»*.

³⁰ E. FOLLIERI, *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, cit., 17 ss; C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, cit., 976 ss

³¹ G. SEVERINI, *Relazione alle Giornate di studio sul tema “Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica”*, cit.

teorico, per il fatto che il vincolo del precedente viene introdotto per effetto di previsioni di legge, laddove nel sistema di *common law* nasce come autovincolo del giudice (e non quindi perché una norma di legge lo preveda) e lascia in tal modo aperta la definizione del carattere persuasivo o vincolante del precedente³². Più in generale, è comunque evidente la difficoltà di rendere compatibili la logica del precedente e quella della nomofilachia, che sono modi diversi, istituti diversi, logiche diverse impiegate per garantire l'uniforme applicazione del diritto³³.

La disciplina legale del valore del precedente, rinforzando l'efficacia vincolante del precedente giurisprudenziale a scapito del valore persuasivo, rischia peraltro di spostare soltanto la fonte di produzione della norma destinata a regolare nel futuro i rapporti, dal legislatore al giudice.

Tutto ciò crea almeno due gravi problemi.

Il primo, che l'ordinamento perda proprio quella flessibilità tipica del sistema di *common law* che è stata invece vista come salvifica, poiché irrigidirebbe la possibilità di cambiamento. È vero che proprio l'esperienza del *common law* insegna che in fondo questo problema sarebbe relativo, stante la possibilità di temperamento comunque offerta dall'impiego delle tecniche del *distinguishing* o dell'*overruling*. Ma rimane il fatto che la distinzione o il mutamento d'indirizzo rimangono pur sempre nella disponibilità del giudice, il che ci porta al secondo problema.

Il secondo nodo problematico è legato al rischio di rendere il giudice non più soggetto (soltanto) alla legge, ma *legibus solutus*. Valorizzare oltre misura il ruolo del giudice, al fine di assicurare la giustizia del caso singolo, rischia cioè di finire col legittimare l'introduzione di una nuova fonte del diritto, e ciò non farebbe altro che aumentare il caos normativo e contribuire alla rottura della certezza del diritto che solo la legge può dare³⁴.

A questo punto sembra giusto porsi la domanda se la disciplina legale del valore vincolante del precedente sia una risposta efficace al problema; se cioè il rafforzamento del carattere vincolante del precedente serva effettivamente a diminuire l'incertezza del diritto o finisca col creare più problemi di quanti vorrebbe risolvere. Ovvero se possa essere in qualche modo migliorata.

³² V. ante, *sub* nota 9.

³³ G. ALPA, *La regola del precedente e i suoi "falsi amici"*, in *Contr. e impr.*, 4/2017.

³⁴ Sul problema v. le lucide osservazioni di M. Luciani svolte in *Garanzie ed efficienza della tutela giurisdizionale*, in *Riv AIC*, 4/2014 e in *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir. – Annali*, IX, Milano 2016.

Se si cercano soluzioni più efficaci, non si può non muovere da quanto ha scritto Gianformaggio, e cioè che risposta efficace è quella che contribuisce a creare “*un sistema coerente di regole sulle fonti, sull’interpretazione, di regole sull’argomentazione giuridica e del processo*”, essendo questa e non altre “*la condizione principe della certezza*”³⁵. È chiaro che, in questa prospettiva, giusta è la sentenza che si iscrive in un sistema che fornisca parametri certi per sindacarne la ragionevolezza, non la sentenza che sia libera di creare la regola più giusta per il caso concreto³⁶. Ed è proprio sotto questo profilo che la soluzione soltanto giurisprudenziale del problema mostra i suoi limiti. Come sottolineato lucidamente da Colesanti “*non sarebbe opportuno richiedere alla giurisprudenza ciò che essa, per la sua natura, non è in grado di offrire; e così in particolare non si potrà pretendere di rinvenire in essa una visione ampia e sistematica del diritto, mentre sarà in ogni caso da apprezzare favorevolmente l’aspirazione e la ricerca della soluzione più giusta per il singolo caso*”³⁷.

8. La coerenza del sistema

Diventa doveroso a questo punto interrogarsi sulle risposte fornite sotto questo profilo dalla dottrina.

Proprio chi ha dedicato forse maggiore attenzione alla problematica ha finito con il limitarsi ad indicare le cause dell’ormai insostenibile incertezza del diritto contemporaneo ed a spiegarne le ragioni, indicate nei fattori sopra già ricordati (crisi della politica; inadeguatezza del principio di legalità e complicazione e moltiplicazione del sistema delle fonti; crisi della sovranità in un sistema di produzione normativa e di tutele multilivello globalizzato etc.). Nel prendere atto del fenomeno, si è constatato

³⁵ L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino 1986, 157 ss. ripubbl. in E DICCIOTTI, V. VELLUZZI, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino 2018, 87.

³⁶ Sotto questo profilo si può convenire con Luciani che la sentenza “*non deve essere giusta dal punto di vista di un’inattinguibile giustizia sostanziale omnicondivisa, bensì semplicemente esatta o se si preferisce corretta, nel senso che deve assegnare correttamente il torto o la ragione sulla base del diritto positivo (che la sentenza sia esatta o corretta lo si può desumere dal consenso ottenuto in dottrina e in giurisprudenza, esattamente come la teoria scientifica è esatta perché e finché è riconosciuta tale dalla maggioranza degli esperti)*” (M. LUCIANI, *Il giusto processo amministrativo e la sentenza amministrativa giusta*, in *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, cit., 39; analogamente in *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 408 ss.

³⁷ V. COLESANTI, *Giurisprudenza*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 1102.

che gli istituti tradizionali non sono più in grado di spiegare il presente e che nel nuovo diritto transnazionale non abbia senso mantenere ad esempio la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico o, all'interno di quest'ultimo, tra diritto costituzionale ed amministrativo; ovvero ancora che lo stesso Sapere (soltanto) giuridico sia un inutile orpello della società contemporanea ormai liquida.

Che il diritto non debba essere avulso dal contesto culturale e sociale in cui è immerso e debba confrontarsi con le altre scienze sociali, quali la sociologia, la storia e l'economia è per certi versi scontato; così come deve ritenersi scontato che se gli ordinamenti giuridici sono in trasformazione gli istituti giuridici tradizionali possono rivelarsi inadeguati.

Che gli istituti e le categorie giuridiche tradizionali siano in una crisi anche profonda è un dato di fatto, ma ciò per un giurista deve essere solo il punto di partenza del ragionamento giuridico. Terminata la crisi, il nuovo ordinamento assumerà una forma sua propria e sarà compito innanzi tutto della dottrina, che non deve mai rinunciare ad indagare la logica del dato positivo, ricondurre a sistema il nuovo ordine.

Il rischio è che si rinunci a ricostruire secondo sistema le trasformazioni in corso; e il rischio diventa concreto se si finisce con il delegare espressamente alla giurisprudenza il compito di assicurare giustizia caso per caso, invitandola in pratica a mutuare interamente il modello tradizionale della *common law*.

Non è vero che nel nuovo diritto transnazionale le Corti si muovano in uno spazio vuoto di diritto e che siano il formante del nuovo ordine globale perché "libere" di creare le regole generali da osservare. Al contrario, si muovono in uno spazio riccamente popolato di regole giuridiche tipiche dell'apparato concettuale del diritto privato, impiegati per la costruzione del nuovo ordine in alternativa agli schemi ed ai principi del diritto pubblico legati all'idea della sovranità statale³⁸. Ciò sembra far effettivamente svanire la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico,

³⁸ "Il fatto è che non c'è un sovrano, nell'ordine internazionale. Nel diritto internazionale sono gli Stati, come persone giuridiche, a porre regole condivise e liberamente accettate. Si è spesso detto che il diritto internazionale mima le forme che erano tipiche dello Stato liberale: l'eguaglianza formale degli individui (gli Stati), liberi di accordarsi tra loro sul piano della perfetta parità, nasconde le evidenti enormi diversità di fatto e la prevalenza, se non la prepotenza, che le grandi potenze esercitano sugli Stati minori; ma, al contrario che nello Stato di diritto liberale, non c'è alcuna autorità sovrapposta che possa imporre il rispetto delle regole"; così R. BIN, *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna 2017 (2° ed.), 102. Di recente sul tema v. anche l'originale analisi di M. FRACANZANI, *L'identità. Diritti fondamentali tra corti europee e pubblica amministrazione*.

o meglio dissolvere l'idea del diritto pubblico in quanto correlata a quella della sovranità statale e, soprattutto, crea lo scottante problema della normazione prodotta da "esperti", al di fuori dal circuito democratico³⁹.

Si è scritto che "l'anatra è oggi definitivamente scomparsa"⁴⁰, alludendo al fatto che dovrebbe ritenersi definitivamente superata la distinzione tra diritto civile e diritto amministrativo, tra diritto privato e diritto pubblico o, più in generale, la possibilità di continuare ad impiegare categorie giuridiche tradizionali ovvero ad applicare metodo giuridico nello studio del diritto. Se ciò fosse vero, sarebbe però anche vero che al termine della crisi troverà nuova forma sua propria. E quali che siano le forme che il nuovo ordinamento assumerà al termine della crisi, una volta stabilito il nuovo ordine globale, ci sarà sempre qualcuno che dovrà provvedere alla cura degli interessi propri della collettività unitariamente considerata per assicurarne la conservazione o lo sviluppo. A questo punto, l'anatra, per continuare ad impiegare l'espressione di Goethe, dovrà necessariamente riemergere. Si riproporrà allora comunque la necessità di distinguere tra diritto privato e diritto pubblico e si riproporrà l'alternativa tra due modelli diversi: quello del Principe di Machiavelli, secondo il quale chi governa il popolo non deve preoccuparsi dei modi o mezzi attraverso i quali raggiunge il fine di assicurare la cura dell'interesse della collettività governata (il fine giustifica i mezzi)⁴¹; ovvero il modello del Romagnosi o del Cardinal De Luca, secondo il quale regola fondamentale "è far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità"⁴² ed

ne, Bologna 2016, 172 ss. e l'ampia ricostruzione operata da A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma 2015.

³⁹ Il rischio che si degeneri in una tecnocrazia elitaria, se le norme vengono prodotte non perché si è legittimati dal voto politico, ma perché si è tecnici della materia, è chiaramente prospettato da T. NICHOLS, *La conoscenza e i suoi nemici. L'era dell'incompetenza e i rischi per la democrazia*, trad. it. a cura di C. Veltri, Roma 2017, 214.

⁴⁰ Così S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto pubblico*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna 2016, 268 riprendendo l'espressione di Goethe con riferimento alla periodica riemersione del diritto romano come forza ordinante del diritto pubblico.

⁴¹ È noto che nel modello del Machiavelli il Principe più inganna il popolo, come la volpe, e più è autoritario, come un leone, e più risponde al modello ideale di buon governatore e non contano le regole dell'azione, perché agire con la forza e non secondo la legge è spesso dovere del buon Principe (N. MACHIAVELLI, *Il principe*, 1514).

⁴² Così G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Parma 1814, 14 il quale subito dopo aggiunge: "Lo che è sinonimo di far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della proprietà privata e libertà. Qui la prevalenza della cosa pubblica alla privata non colpisce il fine o l'effetto ma il semplice mezzo".

è essenziale che non diventi “*Vanum disputare de potestate*”⁴³. È evidente che un ordinamento può anche fare a meno del diritto amministrativo e dei suoi principi⁴⁴, ma bisogna aver ben presente che su questo piano si gioca il livello di civiltà dell’ordinamento medesimo⁴⁵.

Gli studi giuridici non devono dunque rinunciare ad interrogarsi con metodo giuridico sulle trasformazioni in atto⁴⁶. Al contrario, per evitare sterili esercitazioni accademiche, è richiesto maggior rigore al fine di tenere ben presente le ragioni della specialità delle discipline; in quanto quella stessa globalizzazione, cui è in gran parte imputabile la crisi del sistema attuale, riconosce la specialità di una disciplina solo se questa abbia una chiara e giustificata ragion d’essere, poiché tende ad imporre che i Saperi si omogenizzino quanto più possibile per agevolare la comunicazione e favorire il confronto.

Insomma, la dottrina non deve rinunciare a ricostruire la logica del dato positivo e deve sforzarsi di ricondurlo a sistema anche e proprio nel momento in cui ciò può risultare sommamente difficile; anche perché, ove mai la scienza giuridica rinunciasse a tale compito, ciò significherebbe lasciare sola la giurisprudenza nel colmare i vuoti lasciati dal legislatore. E la naturale inclinazione della giurisprudenza, s’è visto, è di procedere, secondo la logica del precedente e non secondo i principi generali della materia, la definizione dei quali è compito precipuo della dottrina, la cui attività non è finalizzata o pressata dalla necessità di decidere un caso concreto.

8. Osservazioni conclusive

Nell’età contemporanea, caratterizzata dal fenomeno della globalizzazione e dalla profonda crisi della politica, gli spazi lasciati liberi dal

⁴³ CARDINAL DE LUCA, *Summa sive compendium Theatri veritatis et iustitiae*, Roma 1679.

⁴⁴ La scarsa attenzione per la giustizia amministrativa nel contesto internazionale, nell’ambito di una più generale critica al diritto amministrativo, è ben sottolineata, tra gli altri, da M. CHITI, *L’efficienza in un sistema di tutele multilivello nazionale, europeo ed internazionale*, in *Giustizia amministrativa ed economia. Efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini. Profili di diritto interno e comparato* (a cura dell’Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa), Milano 2017, 54 ss. e da G. MONTEDORO, *Il giudice e l’economia*, Roma 2015, 75 ss.

⁴⁵ E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino 1992.

⁴⁶ Cfr.: F. FRANCIARI, *Considerazioni sul dibattito tra giovani studiosi sui concetti tradizionali del diritto amministrativo e sulla loro evoluzione*, in *Federalismi.it*, 11/2018.

legislatore tendono ad essere quasi naturalmente occupati dalla giurisdizione.

L'incapacità, l'impossibilità o la rinuncia del legislatore a prevenire la soluzione dei conflitti tra interessi fa sì che la definizione dei medesimi sia sempre più spesso demandata ad un giudice che tende così a diventare nomoteta.

Il problema dell'incertezza giuridica nasce e si alimenta dunque in uno scenario caratterizzato per un verso dalla impossibilità, incapacità o rinuncia del legislatore a normare le situazioni; per l'altro dalla esaltazione del ruolo del giudice nella soddisfazione dei bisogni di tutela presenti nella società⁴⁷.

È quanto sta avvenendo anche nel nostro Ordinamento, che, al fine di garantire il rispetto del principio della certezza del diritto, tende a rendere vincolante l'efficacia del precedente giudiziale attraverso una ibridazione della regola dello *stare decisis* con quella della nomofilachia.

Il problema che rimane tuttavia aperto è che, in mancanza di un insieme di regole previamente ordinate in un sistema logicamente coerente⁴⁸, l'intelligenza del giudice rimane incontrollabile ed esposta all'arbitrio (e diventa così solo fonte di ulteriore incertezza) se rimane libera di creare essa stessa le regole che è tenuta ad applicare al caso concreto.

Una soluzione più efficace vorrebbe che dottrina e giurisprudenza operassero facendo ciascuno la propria parte per colmare i vuoti lasciati da un legislatore incapace, impotente o rinunciatario.

A tal fine è però necessario che la scienza giuridica non perda la propria identità e non abbandoni mai l'opera di ricostruzione della logica del dato positivo, consentendo in tal modo alla creatività pretoria di potersi sempre muovere nei limiti della ragionevolezza desumibile dai

⁴⁷ A. PAJNO, *La specialità del diritto e della giustizia amministrativa*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto* Bologna 2016, 132. Non manca chi in dottrina parla anche di una vera e propria "vocazione" del nostro tempo per la giurisdizione: cfr. N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 41 ss.; F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 320 ss.; A. BARONE, *La vocazione unitaria delle giurisdizioni*, in E. FOLLIERI, A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del consiglio di stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Milano 2015, 2.

⁴⁸ Sulla problematicità del rapporto tra argomentazione e dommatica v. A. GENTILI, *L'argomentazione sul sistema delle fonti*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Il diritto come discorso*, in *Trattato di diritto privato*, Milano 2013, 10 ss.

principi generali della materia, sistematicamente ricostruiti dall'*opinio doctorum*⁴⁹.

Ferma restando la necessità che il legislatore recuperi la funzione d'indirizzo politico e cessi di attentare alla certezza del diritto attraverso una normazione inutilmente imponente e tecnicamente scoordinata⁵⁰.

⁴⁹ Cfr.: M. LUCIANI, *Il giusto processo amministrativo e la sentenza amministrativa giusta*, cit. *sub* nota 36.

⁵⁰ Già nel 1959 scriveva profeticamente Longo come “*si dia oggi in Italia una specie di stratificazione archeologica di norme giuridiche e come gran massa di queste costituiscano un vero e proprio ordinamento giuridico occulto. Ma non saremmo completi se non aggiungessimo che nulla fa credere che il fenomeno stia per venir meno e che al contrario, noi siamo addirittura portati a credere che nel prossimo avvenire esso verrà accentuandosi, sia perché le sue cause non sono facilmente eliminabili, sia perché esso è, per sua natura, di carattere progressivo*” (M. LONGO, *Certezza del diritto*, cit., 127).

Marco Ruotolo

I DIRITTI FONDAMENTALI, A SETTANT'ANNI
DALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA COSTITUZIONE*

SOMMARIO: 1. Premessa. Diritti fondamentali e qualità della vita a settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione. – 2. La centralità della persona nella trama della Costituzione. Il legame indissolubile tra diritti e doveri costituzionali. – 3. I diritti, vecchi e “nuovi”, dentro e oltre lo Stato. – 4. Diritti fondamentali e priorità costituzionali.

1. *Premessa. Diritti fondamentali e qualità della vita a settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*

Dieci anni fa si è tenuto ad Ascoli Piceno un Convegno intitolato «La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessanta anni dopo», organizzato dalla rivista *Costituzionalismo.it* in collaborazione con l'Università di Camerino¹. L'obiettivo allora proposto era senz'altro ambizioso: delineare l'efficacia dispiegata dagli enunciati della Costituzione repubblicana nella concretezza del vissuto delle donne e degli uomini del nostro Paese.

La prospettiva scelta imponeva uno sviluppo multidisciplinare, assicurato dalla partecipazione di giuristi della cattedra e delle supreme magistrature, sociologi ed economisti. Ma presupponeva anche la condivisione di un punto di partenza delle varie riflessioni, riguardante il concetto stesso di “costituzionalismo”: costituzionalismo non è «titolo neutro»², perché la parola “costituzione” non vale a designare qualsiv-

* Relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Camerino il 14 maggio 2018 nell'ambito del Convegno *La Costituzione presbite. Settant'anni della Costituzione italiana*.

¹ I cui atti sono pubblicati in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli 2008.

² Il riferimento era, nella specie, al titolo della Rivista *Costituzionalismo.it*: G. FER-

glia documento normativo che regoli l'esercizio dei pubblici poteri. Perché si possa parlare di "costituzione" è necessaria la previsione della tutela dei diritti e della separazione dei poteri, secondo lo schema dell'art. 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo del 1789, assunto «come principio di identificazione e legittimazione della disciplina giuridica che si offre come normativa costituzionale e come linea di discriminazione della scienza del diritto costituzionale dalle altre scienze»³. Un principio arricchito dall'obiettivo della giustizia sociale, riguardato come esigenza imprescindibile nelle Costituzioni del XX secolo, per una reale, concreta, affermazione dei diritti, che va di pari passo con le trasformazioni del tessuto sociale in senso pluralista⁴. È il «salto di qualità» del costituzionalismo, che si traduce in ambizione normativa non solo nei confronti del potere politico ma anche del potere economico, entrambi sottoposti ai limiti e alle regole del governo dello Stato sociale⁵. Il tutto in funzione della persona, della sua libertà reale; nella consapevolezza, espressa mirabilmente da Aldo Moro in Assemblea Costituente, che persona «non è soltanto singolo», «non è soltanto individuo», ma «società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato»⁶.

Queste premesse furono con sapienza sviluppate nel Convegno di Ascoli del 2008, senza sottrarsi agli interrogativi e alle preoccupazioni per il futuro del costituzionalismo, specialmente indagati alla luce del processo di integrazione europea e di quello della globalizzazione dell'economia, della liberalizzazione progressiva del commercio mondiale e dei capitali, nelle relazioni di Giuseppe Guarino e di Pierluigi Ciocca⁷, ma anche in quelle, ad esempio, di Angiolini e di Pugliese riguardanti le prestazioni sociali⁸.

RARA, *Le ragioni di una rivista nuova*, in *www.costituzionalismo.it*, fasc. 1/2003, 5 febbraio 2003, pubblicato anche in *Costituzionalismo.it. Archivio*, Torino 2006, 3.

³ G. FERRARA, *loc. ult. cit.*

⁴ Si tratta di aspetto più volte messo in rilievo da Paolo Ridola. Si veda, in particolare, P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, Torino 2006, 112.

⁵ M. RUOTOLO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, cit., 9 s.

⁶ A. MORO, seduta pomeridiana di lunedì 24 marzo 1947: CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. I, Roma 1970, 594.

⁷ G. GUARINO, *Sovranità della legge del Parlamento ed Unione europea. Criticità attuali e prospettive future (L'Unione Europea quale Stato federale)*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, cit., 207 ss; P. CIOCCA, *A 60 anni dalla Costituzione: il ristagno dell'economia e il diritto*, ivi, 231 ss.

⁸ E. PUGLIESE, *Le prestazioni sociali*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60*

Il punto di convergenza delle riflessioni proposte fu sempre quello delle ricadute dei precetti costituzionali (della loro attuazione e inattuazione) sulla “qualità della vita”. Basti ricordare l’indirizzo seguito nelle altre relazioni: l’analisi di Pace sul processo di progressivo arricchimento delle libertà individuali, condotta specie alla luce delle evoluzioni della giurisprudenza costituzionale e accompagnato dalla esplicitata preoccupazione sulla effettività di quell’arricchimento, messo in particolare in discussione da «fenomeni criminosi» e dalla «diffusa mancanza di buona educazione»⁹; i contributi di Schinaia e Sorace sulla “buona amministrazione”¹⁰, intesa come cura degli interessi dei cittadini, con specifica elaborazione sulla possibilità di intenderla come vero e proprio diritto della persona (le complicazioni c.d. burocratiche sono state in particolare riguardate da Sorace nel loro «impatto seriamente negativo sulla qualità della vita dei cittadini»); i lavori sulla giustizia, sviluppati in diverse direzioni da Bile e Cordero¹¹, con riflessioni, rispettivamente, sull’esigenza che la pluralità di giurisdizioni non si risolva in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione, della tutela giurisdizionale, e sulla necessità di difendere l’autonomia e l’indipendenza della magistratura (specie del PM dall’esecutivo) e l’obbligatorietà dell’azione penale; gli studi sulla produzione della ricchezza nazionale, nei quali si è tra l’altro sottolineato che «per la Costituzione... la politica non può determinare l’intero andamento del sistema economico, eppure resta proprio della politica guidare, non subire, i processi economici»¹² e che i diritti vengono «prima dei limiti finanziari alla loro stessa attuazione»¹³, anche se le regole della finanza pubblica stabilite a livello europeo finiscono per ostacolarne il finanziamento, generando «un dilemma costituzionale», che ha carattere anche politico e che si traduce nell’opzione tra la riduzione di altre funzioni pubbliche o dello stesso ambito di quei diritti (di qui l’invito di Pao-

anni, cit., 164 ss.; V. ANGIOLINI, *Sulle premesse culturali dell’inserimento dei “diritti sociali” nella Costituzione*, ivi, 191 ss.

⁹ A. PACE, *Libertà individuali e qualità della vita*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, cit., 17 ss., in particolare 19.

¹⁰ M. E. SCHINAIA, *La buona amministrazione*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, cit., 97 ss.; D. SORACE, *La buona amministrazione*, ivi, 119 ss.

¹¹ F. BILE, *La giustizia*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, cit., 139 ss.; F. CORDERO, *Miserie della procedura penale*, ivi, 149 ss.

¹² M. LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, cit., 243 ss., in particolare 270.

¹³ P. LEON, *La produzione della ricchezza nazionale*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, cit., 271 ss., in particolare 276.

lo Leon ad un intervento che alteri i tratti costituzionali dell'integrazione europea, ispirandosi a quelli propri della nostra Costituzione come anche di altre Costituzioni dei Paesi membri dell'Unione); gli approfondimenti sulla distribuzione della ricchezza socialmente prodotta, nei quali si è denunciato come «la nostra cultura giuridica non abbia avuto molto da dire sulla deriva autoritaria e l'orientamento classista dell'eurosistema, sulla rinuncia ad aspetti della sovranità nazionale cruciali per la qualità della vita»¹⁴ e si è tra l'altro proposto di sensibilmente incrementare la tassazione dei redditi da capitale, in virtù di una lettura combinata del principio della tassazione progressiva sancito dall'art. 53 Cost. e del dovere del lavoro socialmente utile di cui al secondo comma dell'art. 4 Cost.¹⁵; infine, le preoccupate considerazioni sul tema della determinazione della politica nazionale, le cui evoluzioni si sono tradotte in un esasperato ricorso ai «diritti della maggioranza autosufficiente», «tendendo all'estremo gli spazi utilizzabili per l'azione del governo e del suo leader»¹⁶, anche attraverso una significativa trasformazione della forma partito, che si muove in direzione opposta al «modello partecipativo inscritto in Costituzione», restringendo la democrazia, discreditando la politica e nuocendo sicuramente al Paese ¹⁷.

Naturalmente gli sviluppi di quei contributi sono assai più profondi e articolati di quanto sopra schematicamente riferito. Il richiamo ad essi vuole essere soltanto un dovuto «stato dell'arte» dal quale partire per l'odierna riflessione, unito al riconoscimento della perdurante attualità di quelle considerazioni che meriterebbero oggi di essere rilette integralmente. Nel convincimento – esplicitato da Gianni Ferrara nelle conclusioni del convegno ascolano – che «fare diritto costituzionale è precipuamente lottare per il diritto», «nel suo senso più alto, quello che lo accosta alla ragione e solo a questa condizione può legittimarne la forza»¹⁸.

¹⁴ M. PIVETTI, *La distribuzione della ricchezza socialmente prodotta*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, cit., 279 ss, in particolare 289.

¹⁵ G. U. RESCIGNO, *La distribuzione della ricchezza nazionale*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, cit., 291 ss., in particolare 304.

¹⁶ M. DOGLIANI, *La determinazione della politica nazionale*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, cit., 317 ss., in particolare 359.

¹⁷ A. TORTORELLA, *I partiti e la determinazione della politica nazionale*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, cit., 361 ss., in particolare 373.

¹⁸ G. FERRARA, *Conclusioni*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, cit., 375 ss., in particolare 377.

2. La centralità della persona nella trama della Costituzione. Il legame indissolubile tra diritti e doveri costituzionali

Quale paradigma si pone al centro della trama normativa costituzionale in tema di diritti fondamentali¹⁹? La risposta è semplice, ma le implicazioni della stessa sono molteplici. È la dignità della persona, che spetta all'uomo in quanto tale, che mai può essere perduta. La dignità prescinde dalle condizioni personali e sociali, deve essere, anzitutto, riguardata come «dote», quale bene intangibile, per usare l'espressione propria dell'art. 1, § 1, della Costituzione tedesca²⁰. Ciò non significa che i pubblici poteri debbano rimanere inerti, dovendo anzi promuovere le condizioni che permettano al singolo di esprimere appieno la propria personalità (la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscano il pieno sviluppo della persona umana è, come noto, preciso «compito della Repubblica»: art. 3, secondo comma, Cost. italiana). Né significa negare che le azioni umane incidano sul processo di realizzazione dell'uomo. Non è un caso che il richiamo allo svolgimento della personalità contenuto nella previsione riguardante il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili (art. 2 Cost.) sia accompagnato dalla richiesta dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Al punto che l'adempimento di quei doveri può essere considerato rilevante per la stessa dignità della persona, questa volta riguardata come risultato delle azioni umane. In altre parole – riprendendo una distinzione cara al pensiero cattolico²¹ e valorizzando la variegata

¹⁹ Utilizzo la locuzione «diritti fondamentali» assumendo la definizione «volutamente minimale e formale» proposta tra gli altri da G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, 12 e 15, quali «diritti soggettivi attribuiti, riconosciuti, istituiti, garantiti, ecc. da norme fondamentali, da norme cui è riconosciuto, nella cultura giuridica di riferimento, carattere fondamentale». Il riferimento non è soltanto alle “disposizioni” che riconoscono diritti fondamentali, ma propriamente alle “norme” da esse ricavabili, quali significati che possono essere tratti mediante l'interpretazione, specie di tipo evolutivo. Sui diversi approcci teorico-dottrinali alla tematica dei diritti fondamentali v. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino 2011, 3 ss., nonché gli atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa svoltosi a Cassino nei giorni 10-11 giugno 2016, pubblicati in V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli 2017.

²⁰ «La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla».

²¹ V., in particolare, L. GORMALLY, *La dignità umana: il punto di vista del cristiano e quello laicista*, in J. DE D. VIAL CORREA, E. SGRECCIA, (a cura di), *La cultura della vita: fondamenti e dimensioni*, Città del Vaticano 2002, 49 ss., il quale, con riferimento alla concezione cristiana classica, ritiene che la dignità possa essere definita: 1) come valore

riflessione sul tema proposta soprattutto dalla dottrina giuridica tedesca²² – alla dignità come «dote», elemento caratterizzante e non comprimibile di ciascun individuo, potrebbe affiancarsi una dignità intesa come «conquista», legata proprio all'adempimento dei doveri costituzionali, che dunque può essere non conquistata o perduta, nonché, ovviamente, riconquistata.

La dignità «innata» varrebbe a evitare che la persona possa mai divenire cosa, che le azioni o le mancate azioni possano mai giustificare un trattamento inumano o degradante nei suoi confronti. Non solo, la dignità «innata» varrebbe a negare la possibilità stessa di una completa privazione dei diritti, potendo la mancata conquista della dignità «acquisita» giustificare solo puntuali limitazioni, proporzionate alla gravità del comportamento tenuto.

Se si accede a questa lettura, che combina le due diverse matrici culturali del concetto in esame, si può dunque accettare, ma solo sul piano della dignità «acquisita» (come «conquista»), una differenziazione tra gli individui, frutto del merito o del demerito riscontrato nel loro processo di autodeterminazione, di autorealizzazione.

Questa riflessione – che ho già proposto in diversi lavori²³ – credo

che gli esseri umani possiedono in virtù della loro natura creata (*dignità ontologica o innata*); 2) come valore che appartiene a quegli esseri umani che vivono completamente in accordo con il fine o l'intento che Dio riserva agli esseri umani (*dignità esistenziale o acquisita*); 3) come valore che appartiene alla perfezione della vita umana in paradiso (*dignità definitiva*).

²² Per le due diverse impostazioni (dignità come «dote» e dignità come «prestazione» o risultato da raggiungere) v., rispettivamente: G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, 117 ss. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione* (1965), tr. it. a cura di G. Palombella e L. Pannarale, Bari 2002, 98 ss., specie 131. Sulle due richiamate teorie v. H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1999, 625 ss., il quale predilige la considerazione della dignità umana come concetto relazionale, promessa di riconoscimento reciproco nel contesto di una comunità che si riconosce in valori solidaristici. Una posizione mediana è quella di A. PODLECH, *sub Art. 1*, in *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Band 1, II ed., Neuwied 1989, 207 ss., il quale individua cinque elementi nei quali si specifica la garanzia della dignità: l'esistenza di condizioni di sicurezza sociale, l'eguaglianza sostanziale, la garanzia dell'autodeterminazione dei soggetti, la limitazione del potere pubblico (Stato di diritto), il rispetto dell'autonomia individuale con riferimento alla corporeità. Sulla posizione di Podlech e più in generale sui tentativi di concretizzazione della clausola della dignità nella dottrina tedesca v. le riflessioni di G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 801 ss., specie 819 ss. (e ivi nota 64, anche per ulteriori richiami bibliografici).

²³ M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli 2012, specie 121 ss.,

sia premessa utile anche per collocare nella giusta dimensione l'attributo «sociale» che nell'art. 3 Cost. accompagna l'affermazione della «pari dignità» di tutti i cittadini. Quella formula non significa soltanto che «il rispetto della dignità umana implica [...] la tutela dell'elementare, ma indisponibile, diritto di chiunque di essere trattato come uomo, da uomini suoi pari, quale che sia il rapporto sociale nel quale esso si venga a trovare»²⁴. Esprime anche l'esigenza di superare l'individualismo liberale proprio delle carte ottocentesche, proponendo di considerare il cittadino come uomo sociale, come punto di riferimento individuante la socialità dell'uomo²⁵. Un uomo che vive in società, vantando diritti, al pari degli altri, ma che al contempo è chiamato, sempre al pari degli altri, ad adempiere doveri ritenuti «inderogabili» di solidarietà politica, economica e, appunto, sociale. Qui si colloca pure, a mio giudizio, la chiara indicazione contenuta nell'art. 4, secondo comma, della Costituzione, per cui ciascuno ha il «dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società». È una specificazione importante, che vale ad esaltare il momento dell'autodeterminazione e dell'autorealizzazione anche per l'adempimento dei doveri, nel contesto di un processo di espressione e di svolgimento della personalità che tenga conto delle diverse inclinazioni di ciascuno.

Alla luce di queste coordinate essenziali, ben può dirsi che la nostra Costituzione elevi la «libertà-dignità» a principio supremo e che il substrato assiologico dell'attributo dell'invulnerabilità riguardante i diritti vada inteso come riferito al «patrimonio irretirabile della persona umana»²⁶. Lo stesso concetto di libertà assume anche la connotazione di «libertà positiva», quale autodeterminazione del singolo in tutte le possibili direzioni (civili, etico sociali, economico-politiche)²⁷. La rivendicazione concreta del soddisfacimento dei bisogni umani si traduce in una richiesta di riconoscimento dei diritti e in una stringente necessità di loro tutela espressa, anzitutto, attraverso l'impegno dei poteri pubblici alla rimo-

nonché, con specifico riferimento alla condizione detentiva, Id., *Dignità e carcere*, II ed., Napoli 2014, in particolare 9 ss.

²⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova 2003, 113 s.

²⁵ G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano 1974, 1098 s.

²⁶ A. BALDASSARRE, *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma 1990, 20; F. MODUGNO, I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale, Torino 1995, 107.

²⁷ F. MODUGNO, I «nuovi diritti», cit., 9.

zione degli ostacoli di carattere materiale che si frappongano alla loro effettività. È in questa chiave che si spiega il nesso, inscindibile, che non solo lega fra loro i diritti fondamentali ma anche questi al principio dello Stato sociale. L'imperativo è: «rendere effettivi i diritti», «assicurare agli individui un minimo di beni materiali, senza i quali non potrebbero realizzare in pratica la loro libertà»²⁸.

Qui si pone anche un altro problema, che riguarda la precisazione dell'area di espansione dei diritti costituzionali. Se si accetta l'idea che i diritti siano proiezione normativa dei bisogni umani, fino a qual punto può essere tollerata l'inerzia di un legislatore che non risponda alle nuove istanze di individuazione e di tutela dei diritti emergenti dalla società? È il tema, classico, dei c.d. nuovi diritti²⁹, che oggi riceve risposte sempre più complesse perché sviluppate su diversi livelli (nazionale, sovranazionale, globale), su diverse Carte (Costituzioni, Trattati UE, Convenzioni internazionali) e da diverse Corti (per ciò che ci interessa soprattutto Tribunali costituzionali, Corte EDU, Corte di Giustizia). Metodologicamente credo che la risposta più corretta sia quella che pretende che il “nuovo” diritto – emergente dall'evoluzione sociale – sia riconducibile ad un diritto enumerato e, a monte, riferibile ai valori sui quali si fonda la specifica Carta che viene in considerazione. Nel caso della Costituzione repubblicana è proprio al principio supremo di libertà-dignità che occorre riferirsi dopo aver ricondotto la situazione giuridica soggettiva emergente ad uno dei diritti enumerati, ovviamente interpretato in senso evolutivo³⁰. Certo è che quest'opera dovrebbe essere compiuta dal legislatore, al quale spetterebbe enucleare, specificare e proteggere esplicitamente il “nuovo” diritto. Ma ove ciò non accada può sopperire l'opera di interpretazione estensivo-evolutiva del giudice, nei termini sopra specificati. Egualmente si potrebbe dire per le altre Carte, tra cui anche, e

²⁸ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), tr. it. a cura di P. Ridola, Roma 1993, 50. Nella dottrina costituzionalistica italiana v. già M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano 1964, 805. Sulla questione della “interdipendenza” o della “indivisibilità” dei diritti v. ora G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna 2017, 200 ss.

²⁹ Magistrati sono le pagine di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, 9, sulle “generazioni” dei diritti, il cui elenco «va modificandosi col mutare delle condizioni storiche, cioè dei bisogni e degli interessi delle classi al potere, dei mezzi disponibili per la loro attuazione, delle trasformazioni tecniche e così via».

³⁰ F. MODUGNO, *I “nuovi diritti”*, cit., 2 e 107. Sulla dignità come «stella polare» nella ricerca dei nuovi diritti v. A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta OnLine*, fasc.2/2018, 398, e ivi ampi riferimenti bibliografici.

da ultimo, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, recepita nel Trattato di Lisbona del 2007, la quale, se è vero che consolida diritti "emergenti" (si pensi a quelli che interessano il campo della bioetica, nonché alla protezione dei dati personali, all'obiezione di coscienza, alla protezione dei consumatori, alla buona amministrazione, ecc.), nel tradurli quali diritti enumerati si apre ad ulteriori e non prevedibili evoluzioni, sempre secondo lo schema della riconducibilità del "nuovo" diritto ad uno già riconosciuto e della riferibilità, a monte, al valore della dignità umana, assunto espressamente come centrale nel Preambolo e nell'art. 1³¹.

È una metodologia, questa, che tiene conto del testo (necessaria riconducibilità ad esso del "nuovo" diritto emergente dalla realtà sociale) con la consapevolezza che la *libertà della persona* può assumere nel tempo diversi contenuti, legati all'evoluzione sociale, economica, tecnologica, attraverso i quali possono variamente esprimersi quelle esigenze di indipendenza, autodeterminazione e autorealizzazione che sono alla base del «pieno sviluppo della persona umana», della possibilità stessa di svolgere la propria personalità.

3. I diritti, vecchi e "nuovi", dentro e oltre lo Stato

Il punto da ultimo richiamato merita un minimo di sviluppo per cogliere quelle che possono essere le implicazioni dell'apertura del catalogo costituzionale dei diritti agli influssi del diritto internazionale e soprattutto europeo. Non vi è dubbio che la nostra Carta fondamentale si apra alla dimensione sovranazionale, originariamente attraverso gli art. 10 e 11 e poi anche con l'art. 117, primo comma³². Un'apertura che può essere letta positivamente anche in termini di "integrazione" del catalogo costituzionale³³, ma che deve essere vagliata criticamente per le contraddizioni

³¹ Il primo valore "indivisibile" e "universale" richiamato nel Preambolo come fondamento dell'Unione europea è proprio la «dignità umana». L'art. 1 della Carta recita: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

³² Apertura confermata nelle importanti sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, che, come è noto, hanno chiarito il significato del rispetto «dei vincoli derivanti... dagli obblighi internazionali» imposto alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni dall'art. 117, primo comma, Cost. come riformato dalla legge cost. n. 3 del 2001.

³³ V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi: la "internalizzazione" del diritto costituzionale*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2008, in *Astrid-Rassegna*, n. 63, 2008, 3. Lo specifico dibattito sui rapporti tra ordinamento europeo e ordinamento interno in materia di protezione dei diritti fondamentali sembra aver trovato nuova linfa

che possono accompagnare il processo di c.d. “internazionalizzazione del costituzionalismo”. L’unico modo per prevenire o contenere le contraddizioni mi sembra essere quello di un rinnovamento della riflessione sulle radici storiche di quella apertura, che si rinvergono nell’aderenza quasi completa dei principi che hanno ispirato le costituzioni democratiche degli Stati contemporanei e le convenzioni o dichiarazioni internazionali del secondo dopoguerra. Un punto di convergenza che, nel dopo Auschwitz, non poteva che essere rappresentato, *in primis*, dall’affermazione del principio supremo di dignità.

Quel paradigma fondamentale – il principio di dignità e la connessa centralità della persona – deve essere sempre tenuto presente nell’esame critico del processo di ampliamento dei diritti stimolato in particolare dalla giurisprudenza europea. All’orizzonte potrebbe, infatti, addirittura intravedersi il rischio della «negazione dei ... diritti in nome dei diritti stessi»³⁴ o meglio che i “vecchi” diritti subiscano compressioni intollerabili per l’effetto dell’emersione di altri diritti qualificati come “nuovi” ancorché non riferibili al «patrimonio irretrattabile della persona umana». Il rischio è, insomma, che si perda l’idea stessa dei «diritti umani come strumenti di garanzia della dignità umana contro gli abusi del potere, di qualunque natura» e che gli pseudo nuovi diritti divengano «strumento di esercizio del potere sulla persona umana»³⁵. Non solo: la “vaghezza” dei “nuovi” diritti, la loro “inflazione”, «pur essendo dettata dalla “generosità” di ampliare le tutele», rischierebbe «di togliere alla nozione di diritti dell’uomo il suo carattere operativo e di rendere più difficile la individuazione di titolari, oggetto, garanzie»³⁶.

in sede di commento alla sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale, nella quale si è operata una distinzione quanto ai compiti (e ai poteri) dei giudici che riscontrino una violazione del diritto europeo, a seconda che assuma rilievo il diritto dei trattati, il diritto europeo derivato o la Carta dei diritti fondamentali dell’UE. Tra i molti commenti si vedano quelli pubblicati o riprodotti su *Consulta OnLine* di: A. RUGGERI (3 note), C. CARUSO, L. SALVATO, A. GUAZZAROTTI, R. CONTI, G. SCACCIA, D. TEGA (2 note), L.S. ROSSI, M.L. FERRANTE, M. NISTICÒ, R. CONTI, A.-O. COZZI, A. ANZON DEMMING, V. PICCONE, F. FERRARI, R. G. CONTI, C. CHIARIELLO.

³⁴ G. PALOMBELLA, *The Abuse of Rights and the Rule of Law*, in A. SAJO (a cura di), *Abuse: the Dark Side of Fundamental Rights*, Utrecht 2006, 5 ss.

³⁵ M. CARTABIA, *In tema di “nuovi diritti”*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, vol. I, 643.

³⁶ Così A. CELOTTO, *Diritti (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento *****, Torino 2017, 269, che richiama P. ALSTON, *A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Laws?*, in *Netherlands International Law Review*, 29, 1982, 307.

Le preoccupazioni fin qui esposte sul piano teorico non possono essere sottovalutate.

Il proliferare dei diritti, nelle varie “generazioni” individuate dalla dottrina, pone senz'altro importanti problemi applicativi, oggi particolarmente avvertiti anche in ragione del continuo e rapido progresso tecnologico e scientifico, che oltre a riguardare la promozione dei diritti (si pensi al tema del diritto di accesso ad internet) interessano anche la loro difesa (si pensi al tema della garanzia dell'integrità genetica rispetto a manipolazioni ormai tecnicamente possibili). Il tema della difesa dei diritti si proietta peraltro in modo rilevante verso il futuro, imponendo anche la moderazione nell'uso delle risorse disponibili alla generazione presente in vista della tutela dei diritti delle generazioni future.³⁷

Ma la vera questione teorica non sta tanto, a mio giudizio, nella presunta “inflazione” dei diritti³⁸, quanto nei rischi connessi alla ricerca e al riconoscimento di un loro fondamento “costituzionale” anche laddove non siano riferibili al «patrimonio irretrattabile della persona umana».

Sarebbe condivisibile e soprattutto realistico auspicare *sul piano teorico* una sorta di “minimalismo dei diritti”³⁹? Pochi diritti e ben tutelati? Se i diritti “emergenti” avessero davvero una forza espansiva illimitata si potrebbe essere tentati di dare risposta affermativa. Ma, oltre al fatto che l'auspicio sarebbe destinato a rimanere tale – perché i diritti sono proiezione normativa (e anche giurisprudenziale per la via dell'interpretazio-

³⁷ In argomento v. G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino 2017, specie 120 ss., che invero denuncia l'inconsistenza giuridica (non già morale) dell'espressione “diritti delle generazioni future” spostando l'accento sui doveri di quelle presenti attorno ai quali costruisce il rapporto intergenerazionale. F. RIMOLI, *Retorica dei diritti e retorica dei doveri: qualche considerazione “scomoda”*, in *Lo Stato*, n. 9, 2017, 81, mette in dubbio la possibilità di fondare, anche sul piano etico, una «reale responsabilità di chi esiste nei confronti del non ancora esistente», dovendo il dovere giuridico, «entro un modello liberaldemocratico e pluralista... comunque tener conto del relativismo assiologico di una società composta e multiculturale (con il quale, peraltro, anche il paradigma dei doveri deve confrontarsi)».

³⁸ Scrive F. BELVISI, *Domande intorno alla crisi dell'età dei diritti. Un po' di realismo sui diritti*, in *Etica & Politica*, XV, 2013, 1, 21, che «a dispetto di qualsiasi “inflazione” o “proliferazione” dei cd. “nuovi diritti”, i diritti sono quelle pretese che riescono ad affermarsi in modo del tutto indipendente dai teorici dei diritti che pretendono di ridurre il numero o di imbrigliarne il significato a secondo delle loro concezioni antropologiche ed etiche».

³⁹ Richiamo qui, per tutti, M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani* (2001), Milano 2003, 42 ss. Per una severa critica a tale impostazione v. T. MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti. Pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, in *Ragion Pratica*, 26, 2006, 179 ss.

ne delle disposizioni che li contengono) di bisogni umani in continua evoluzione –, occorre prendere atto del fatto che «il discorso dei diritti contiene già in sé alcuni anticorpi contro una proliferazione inarrestabile dei diritti»⁴⁰.

Come è stato ben detto, «l'espansione di un diritto incontrerà inevitabilmente la forza di resistenza opposta da altri diritti, o anche da altri beni che non sono strettamente concettualizzabili in termini di diritti (l'ordine pubblico, la sicurezza, ecc.)»⁴¹. Si tratta di aspetto essenziale che con lungimiranza era già stato posto da Franco Modugno in un libro del 1995. Dopo aver sottolineato la centralità del ruolo del legislatore per l'enucleazione e la specificazione dei diritti emergenti ai fini del loro riconoscimento e protezione, si è altresì precisato che in caso di sua inerzia l'intervento del giudice, specie costituzionale, può rivelarsi indispensabile e soprattutto inevitabile. Il che non equivale ad affermare che l'emersione giurisprudenziale dei diritti porti alla creazione di situazioni giuridiche soggettive prive di limiti. Modugno ha con molta chiarezza precisato che i diritti nascono «intrinsecamente limitati», «soggetti a bilanciamento tra sé medesimi, l'uno rispetto agli altri, e tra sé e altri valori costituzionali»⁴².

Si tratta di due implicazioni pienamente colte nella successiva giurisprudenza costituzionale: «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. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro» (sent. n. 264 del 2012). Com'è scritto in una successiva decisione della Corte costituzionale, «se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sent. n. 85 del 2013)⁴³. È invece necessario un «continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi» (sent. n. 85 del 2013), «nel rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza» (n. 20 del 2017).

Si tratta di un bilanciamento che finisce per essere operato caso per caso con riferimento a tutti i diritti e gli interessi di volta in volta coinvol-

⁴⁰ G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna 2017, 202.

⁴¹ G. PINO, *loc. ult. cit.*

⁴² F. MODUGNO, *I “nuovi diritti”*, cit., 104 s.

⁴³ Passo ripreso nella più recente sent. n. 20 del 2017.

ti⁴⁴ e che risulta tanto più complesso in un periodo nel quale, come si è già sottolineato, sempre più ricorrente è la sovrapposizione dei livelli di tutela (Costituzione, CEDU, Carta dei diritti fondamentali UE) e delle interpretazioni delle Corti (Corte costituzionale, Corte EDU, Corte di giustizia)⁴⁵. È qui che si impone la necessità di una “integrazione” delle formule che esprimono i diritti nelle varie Carte, possibile attraverso un completamento reciproco nella interpretazione, proteso ad un ampliamento della loro tutela⁴⁶. È la via indicata in dottrina da Gaetano Silvestri, nella forma dell’auspicio verso la massima espansione delle garanzie dei diritti fondamentali⁴⁷, rivisitazione o meglio specifica implicazione di quel «principio di massima espansione delle libertà» che Paolo Barile aveva magistralmente ricavato dalla lettura complessiva delle disposizioni costituzionali in tema di diritti⁴⁸. È un discorso, questo, che tendendo verso la massima espansione delle tutele di tutti i diritti coinvolti nel bilanciamento ha anche precise implicazioni sul piano dei limiti all’esercizio dei diritti, perché comporta che la ragionevolezza delle previsioni che impongano un sacrificio o una restrizione di un diritto debba essere valutata alla stregua della maggiore realizzazione di altro interesse di pari rango⁴⁹.

Il problema, sin qui affrontato sul piano teorico (con alcuni riferimenti alle argomentazioni giurisprudenziali), deve però anche essere riguardato *sul piano pratico*, della “realtà possibile”. L’espansione dei diritti può essere sostenuta ignorando il «costo, economico, sociale e politico» degli

⁴⁴ Come si ricava dalla giurisprudenza costituzionale: a titolo di esempio, sentt. n. 168 del 1971, 467 del 1991, 141 del 1996, 202 del 2013, 20 del 2017.

⁴⁵ A. CELOTTO, *Diritti (diritto costituzionale)*, cit., 294, conclude così la sua recente voce, sottolineando tra l’altro come non sia agevole stabilire criteri di priorità fra le interpretazioni conformi alla Costituzione, al diritto UE e alla CEDU. Importanti in argomento sono i contributi, richiamati anche da Celotto, di G. PISTORIO, *Interpretazioni e giudici. Il caso dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, Napoli 2012, e di T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell’interpretazione costituzionale nell’ordinamento giuridico integrato*, Napoli 2014.

⁴⁶ Come affermato dalla Corte costituzionale con riguardo al rapporto tra CEDU e Costituzione: sent. n. 317 del 2009 e sent. n. 264 del 2012.

⁴⁷ G. SILVESTRI, *L’effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli 2009, 16 ss; ID., *I rapporti tra diritto interno e diritto internazionale: l’efficacia della CEDU nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 20, Seminario 2009, Torino, 2010, 63 ss; ID., *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, vol. IV, 3405 ss.

⁴⁸ P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 41.

⁴⁹ Chiara in tal senso è la sent. n. 143 del 2013 della Corte costituzionale.

stessi⁵⁰? Fino a quale punto si può «avere il coraggio dei nuovi diritti», «non lasciarsi intimidire da chi ne denuncia l’inflazione»⁵¹? Francesco Rimoli ci ha di recente invitato a mettere da parte la “retorica dei diritti”, a considerare come la loro effettività richieda «la creazione, il mantenimento e l’efficiente funzionamento di strutture complesse e costose»⁵². È un invito alla riflessione che, sull’assunto indiscutibile della «finitzza delle risorse» e della conseguente natura «condizionata» di molti diritti, investe anche il delicato tema dei suoi possibili destinatari per la parte che eccede la tutela dei beni primari ossia della «estensione soggettiva dei fruitori di taluni servizi a questi legati, tanto più in fasi sfavorevoli di congiuntura economica»⁵³. Ed è un invito che merita qui di essere raccolto su un piano specifico, quello della «selezione di priorità»⁵⁴, che interessa in particolare il tema dei diritti sociali e della loro effettività.

4. *Diritti fondamentali e priorità costituzionali*

Il tema della selezione delle priorità⁵⁵ è estremamente delicato e richiederebbe anche un analitico approfondimento sui “mezzi” sinora

⁵⁰ F. RIMOLI, *Retorica dei diritti*, cit., 86.

⁵¹ Un vero e proprio dovere secondo S. RODOTÀ, *L’età dei diritti. Le nuove sfide*, in AA.VV., *Lezioni Bobbio*, Torino 2006, 60 s. Occorre osservare che alla presunta “retorica dei diritti” si affianca ormai, quasi sovrastandola, una “retorica dell’inflazione dei diritti”. Negli ultimi mesi almeno tre libri evocano, sin dal titolo, la questione: V. POSSENTI, *Diritti umani. L’età delle pretese*, Soveria Mannelli 2017; A. CELOTTO, *L’età dei (non) diritti*, Cesena 2017; A. BARBANO, *Troppi diritti*, Milano 2018.

⁵² F. RIMOLI, *Retorica dei diritti*, cit., 83.

⁵³ F. RIMOLI, *op. cit.*, 91 s.

⁵⁴ Ancora F. RIMOLI, *op. cit.*, 94, che con riguardo alla questione della sfera soggettiva dei diritti (specie di *welfare*) conclude che il delicato problema della selezione delle priorità «dovrà essere infine riconnesso alla sempre problematica dimensione della cittadinanza, piuttosto che a una più suggestiva e generica appartenenza al genere umano».

⁵⁵ Sul tema fondamentale è la lettura del saggio di L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2013 (www.constituzionalismo.it, 4 giugno 2013), nel quale l’Autrice sottolinea come specie in tempi protratta crisi economica, l’unico punto di riferimento certo sia offerto dalla Costituzione, che deve continuare a orientare le scelte pubbliche. A giudizio di Carlassare, «si possono distinguere destinazioni di fondi costituzionalmente *doverose*, destinazioni *consentite*, e destinazioni addirittura *vietate*» (p. 3), assumendo a parametro della distinzione il principio di eguaglianza sostanziale, nonché il valore della persona e della sua dignità. La predetta distinzione dovrebbe essere valorizzata anche nel giudizio di costituzionalità, assumendo la “ragionevolezza” non come mera “coerenza” a livello legislativo, ma anzitutto come coerenza ai principi costituzionali (p. 12 ss.)

scelti per realizzare i fini imposti dai documenti costituzionali, su come le poche risorse siano state allocate, sul perché non si sia proceduto ad una revisione delle attuali prestazioni economiche in vista di un più efficiente ed equo sistema di protezione sociale.

È un approfondimento che trascende i confini di questa riflessione⁵⁶, nella quale non si può che partire dalla registrazione di un dato che riguarda nello specifico il nostro Paese: il fallimento delle politiche sociali. Per averne una plastica rappresentazione basterebbe guardare a chi sta in carcere e per quali reati⁵⁷. Il carcere «è nato, più che come sanzione, come pulizia della società dai suoi scarti», offerti in sacrificio all'ordine sociale⁵⁸. Non è ancora così oggi? Le politiche penali non sono forse disegnate come rimedio al fallimento dei programmi di inclusione sociale? Io temo di sì e ritengo che il discorso possa portarsi fuori dalle mura del carcere: il carcere ne è, in un certo senso, mera conseguenza. Conseguenza dell'abbandono di un impegno proteso ad assicurare la sicurezza dei diritti – come la Costituzione vorrebbe predicandone l'effettività – tradotto esclusivamente nella protezione di un preteso diritto individuale alla sicurezza⁵⁹, sottovalutando quelli che appaiono senz'altro i più rilevanti fattori criminogeni ossia la povertà, l'ignoranza, più in generale il disagio sociale. Non sarebbe forse la sicurezza dei diritti – la loro garanzia effettiva per tutti e non soltanto per pochi privilegiati – il migliore strumento per assicurare il diritto individuale alla sicurezza? Lo Stato sociale prefigurato dalla Costituzione lo imporrebbe, ma è ciò che non accade a partire dai primi anni di vita di ciascuno.

Come dimostrano i più recenti rapporti ISTAT⁶⁰, l'origine sociale

⁵⁶ Sia consentito rinviare a M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., 236 ss., nonché ID., *Povertà e diritto*, in *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, Napoli 2016, 873 ss.

⁵⁷ Per uno studio al riguardo rinvio a M. RUOTOLO, *Carcere e inclusione sociale*, in C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze 2012, 125-138. Per la considerazione del carattere «pesantemente classista della giustizia penale, quale risulta dalla composizione sociale della popolazione carceraria» v. L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari-Roma 2018, 82.

⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il tempo e lo spazio del "capro espiatorio". Del paradosso della dignità in carcere*, in *Diritto e Società*, fasc. 1/2015, 4.

⁵⁹ Fondamentali sul punto gli insegnamenti di A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano 2001, 23, che ho cercato di seguire nel mio *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., 16 ss.

⁶⁰ «I dati sulla mobilità sociale e sugli effetti occupazionali del percorso di studi testimoniano di un sistema sociale bloccato o altamente selettivo, nel quale l'accesso a un lavoro di qualità è scenario plausibile soprattutto per coloro che hanno condizioni di

condiziona ancora eccessivamente le opportunità dei singoli con ripercussioni già a livello scolastico⁶¹ e poi universitario e professionale⁶², creando o consolidando diseguaglianze che andrebbero combattute non soltanto sul versante redistributivo, che interessa il piano del reddito (specifiche misure di sostegno), ma anche con interventi che assicurino una reale premialità (borse di studio, esenzione dal pagamento delle tasse scolastiche e dei libri) in favore degli studenti “svantaggiati”⁶³.

A venire in gioco è l’impegno “costituzionale” di tutte le istituzioni repubblicane nella lotta alla marginalità sociale. Un impegno che dovrebbe interessare quelli che sono i principali luoghi di realizzazione del principio di eguaglianza, che poi sono, di riflesso, i luoghi ove più forte è il rischio della creazione o del consolidamento delle diseguaglianze: *scuola, sanità, previdenza e assistenza*. È qui che si collocano le *priorità di intervento*, come emerge da una pur superficiale lettura delle disposizioni costituzionali in tema di diritti. Basti pensare all’elenco delle situazioni di minorità sociale che Michele Ainis qualche anno fa ha identificato nelle seguenti categorie⁶⁴: i *malati*, cui l’art. 32 Cost. richiede siano assicurate «cure gratuite», qualora indigenti; i *disoccupati*, che l’art. 4, sancendo l’effettività del diritto al lavoro, vorrebbe «addirittura cancellare dalla faccia della terra, e che nel frattempo hanno diritto agli istituti di protezione sociale, a norma dell’art. 38»; gli *stranieri*, a favore dei quali si indirizzano le garanzie di cui agli artt. 6 e 10; i *detenuti*, ai quali si riferi-

partenza migliori e che, anche grazie a questo, riescono a concludere tutto il percorso di studi, meglio se nelle discipline tecnico-scientifiche» (ISTAT, *Rapporto annuale 2016. La situazione del Paese*, reperibile alla pagina web www.istat.it/it/files/2016/05/Ra2016.pdf, 209). Nel Rapporto ISTAT 2017 si sottolinea l’elemento della «ereditarietà nei livelli di istruzione» e nelle professioni: «il reddito familiare e, soprattutto, il livello di istruzione dei genitori condizionano in misura determinante le scelte negli indirizzi di istruzione secondaria, quella di iscrizione all’università, l’indirizzo scelto e anche la possibilità di completare il percorso di studi» (ISTAT, *Rapporto annuale 2017. La situazione del Paese*, reperibile alla pagina web <https://www.istat.it/it/files/2017/05/RapportoAnnuale2017.pdf>, 225.).

⁶¹ Cfr., in particolare, G. COINU, *Per un diritto costituzionale all’istruzione adeguata*, Napoli 2012, 220 ss., ove peraltro si mettono in risalto le profonde differenze fra le regioni settentrionali e quelle meridionali.

⁶² Sia consentito rinviare a M. RUOTOLO, *La “terza missione” dell’Università*, in *Lo Stato*, n. 10 (2018), 117 ss.

⁶³ Cfr. E. GRANAGLIA, *Non solo opportunità e contrasto alla povertà. Le tante ragioni per occuparsi delle diseguaglianze di reddito*, in *La Rivista delle Politiche sociali*, fasc. 3-4/2016, 21 ss.

⁶⁴ M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano 1999, 11 ss.

scono sia l'art. 13, quarto comma, sia l'art. 27, terzo comma; gli *studenti* che anche se privi di mezzi e qualora capaci e meritevoli hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi (art. 34 Cost.); le *donne*, «la cui domanda d'eguaglianza non a caso viene raccolta da ben cinque disposizioni costituzionali (artt. 3, 29, 37, 48, 51)»; i *bambini*, oggetto di specifica “protezione” da parte della Repubblica (art. 31)⁶⁵; gli *anziani*, ai quali devono essere assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita (art. 38); i *poveri*, ai quali tra l'altro si riferisce la disposizione per cui «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale» (art. 38)⁶⁶. «Diversi» sono indicati da Ainis i soggetti sopra elencati; diversi «rispetto a un parametro di normalità sociale costruito attorno agli assi della cittadinanza, dell'età, delle inclinazioni sessuali, della salute psico-fisica, del lavoro»⁶⁷.

Il problema è che risulta sempre più difficile definire un “parametro di normalità sociale”, individuare il “margine” che consenta di chiaramente indirizzare il compito della Repubblica verso la rimozione delle disuguaglianze di fatto.

Basti pensare che non è sufficiente possedere o addirittura essere proprietari di beni per essere collocati “nel margine”, potendosi persino considerare “poveri” tutti quei soggetti che – pur possedendo – si trovano nella impossibilità di usare i beni essenziali per la vita. Ciò rende difficile pure una definizione giuridica di povertà, poiché quest'ultima si viene sempre più configurando come condizione di fatto, subita anche da chi qualcosa ha, ma non riesce ad usarla⁶⁸.

⁶⁵ Protezione che interessa più in generale la famiglia e le madri lavoratrici, attraverso gli impegni ad: agevolare con «misure economiche e altre provvidenze» le famiglie, specie quelle numerose (art. 31, primo comma); proteggere «la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo» (art. 31, secondo comma); garantire alla madre lavoratrice e al bambino «una speciale adeguata protezione» (art. 37, primo comma).

⁶⁶ Di fondamentale importanza è anche la previsione per cui devono essere assicurati ai non abbienti «i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione» (art. 24, terzo comma).

⁶⁷ M. AINIS, *op. cit.*, 12.

⁶⁸ M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., specie 213, nonché più di recente ID., *Povertà e diritto*, cit., 873 ss. Per un'analisi sulle odierne condizioni della povertà v. M. FRANZINI, *Disuguaglianze inaccettabili. L'immobilità economica in Italia*, Roma-Bari 2013; M. FRANZINI, M. PIANTA, *Disuguaglianze. Quante sono e come combatterle*, Roma-Bari 2016; M. DOGLIANI, C. GIORGI, *Costituzione italiana: articolo 3*, Roma 2017, 15 ss.; nonché, in prospettiva globale, T. POGGE, *Povertà mondiale e diritti umani. Responsabilità e riforme cosmopolite* (2008), Roma-Bari 2010.

Si pensi, ancora, alla posizione di quei lavoratori che ricevono una bassa remunerazione o che non possono contare su un'assunzione stabile, i quali si trovano in una condizione di impotenza quanto al soddisfacimento dei bisogni essenziali nel medio-lungo periodo. Un tempo si sarebbe detto – ma anche oggi si dovrebbe dire in base al dettato dell'art. 36 Cost. – che chi ha un lavoro non può essere collocato nell'ambito della marginalità sociale. Così non è più, essendo crescente il fenomeno dei *working poor*, di persone alle quali non è evidentemente garantito il diritto a una retribuzione non solo proporzionata ma «in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa» (come richiede, appunto, l'art. 36, primo comma). Quanto mai essenziale e ancora inattuata si rivela così la previsione per cui occorre assumere misure che rendano «effettivo» il diritto al lavoro (art. 4, primo comma), ponendo questo tema al centro di politiche che intendano realizzare il doveroso obiettivo della giustizia sociale. È il lavoro, infatti, che consente alla persona di rendersi «parte attiva della società», di poter realizzare la sua personalità, di procurarsi i mezzi per un'esistenza dignitosa⁶⁹.

Ecco che l'ambito del “fuori margine” rischia di ampliarsi notevolmente, specie se oggetto della riflessione è la “marginalità sociale” e non soltanto la “povertà”. Si amplia, di conseguenza, il novero dei soggetti che rivendicano diritti essenziali alla loro stessa sopravvivenza e si pone, drammaticamente, il problema della sostenibilità degli interventi stante la finitezza delle risorse. Un problema che rischia di generare – se non ha già generato – un «conflitto distributivo», una vera e propria competizione tra i titolari dei diritti (in specie sociali) per accedere alle risorse disponibili⁷⁰. È qui che la politica non può abdicare al suo ruolo, dovendo avere consapevolezza delle priorità costituzionali e, sulla base di esse, individuare i mezzi per fronteggiare quella che è una vera e propria emergenza nella effettiva fruizione dei diritti fondamentali. È un'emergenza che – proprio al fine del reperimento delle risorse – giustifica l'applicazione dei principi della gradualità e della proporzionalità nell'erogazione delle prestazioni sociali a favore di chi si trova fuori dal confine della “marginalità sociale”, come avviene quando si applica la c.d. clausola del possibile e del ragionevole⁷¹, resa ancor più stringente dall'esigenza per

⁶⁹ L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano 2012, 65.

⁷⁰ Così G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, in A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma 2016, 278.

⁷¹ La clausola o riserva del possibile e del ragionevole vincola il legislatore nel gra-

lo Stato di assicurare «l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio» (art. 81, primo comma, Cost.)⁷². «Condizionando» i diritti di alcuni per soddisfare i bisogni essenziali di altri, come impone il dovere di solidarietà. Per rendere consistente l'obiettivo costituzionale della rimozione delle diseguaglianze di fatto, concreta premessa per un'effettiva pari dignità sociale, nonché per realizzare una precisa finalità dell'Unione europea, che all'art. 34, comma III, della Carta dei diritti fondamentali, riconosce il diritto «a un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti», mirando, come si legge nell'art. 8 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, a «eliminare le ineguaglianze»⁷³.

Probabilmente si tratta, su un piano specifico di politica economica, di rivedere il sistema di distribuzione delle risorse, privilegiando tra l'altro la creazione di una rete generale di protezione che assorba alcune delle tutele parziali sin qui fornite, nonché di adottare forme diverse di misurazione della situazione economica del singolo ai fini dell'accesso alle prestazioni assistenziali che comprendano fattori ulteriori rispetto al reddito e che siano quantificabili in modo omogeneo⁷⁴.

duare l'attuazione dei diritti sociali mediante un bilanciamento con altri valori primari, tenendo conto delle esigenze finanziarie, fatto salvo il nucleo incompressibile di quei diritti. La clausola può operare sul *quomodo* e sul *quando* della garanzia effettiva ma non sull'*an* e sul *quid* della stessa. Cfr. al riguardo A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma 1989, 30 ss., anche con riguardo al controllo della Corte costituzionale su tale bilanciamento. Più di recente, tra i molti, C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, Atti del XXVIII Convegno AIC, Padova, 17-19 ottobre 2013, ora in AIC, *Spazio costituzionale e crisi economica*, Annuario 2013, Napoli 2015, 153 ss.

⁷² Esigenza che peraltro, come si è in parte anticipato nella precedente nota, non può mai giustificare la compressione del nucleo indefettibile di garanzie dei diritti sociali (c.d. nucleo essenziale). Esempio sul punto la sent. n. 275 del 2016 della Corte costituzionale, riguardante la tutela dei diritti delle persone disabili e in particolare la garanzia del servizio di trasporto scolastico essenziale per l'effettività del diritto all'istruzione: «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione».

⁷³ Come è noto, l'Unione europea, oltre a promuovere «un mercato interno» e «l'instaurazione di un'unione economica e monetaria», ambisce a garantire «il benessere dei suoi popoli», la «crescita economica equilibrata», «piena occupazione» e «qualità dell'ambiente» (art. 3 del Trattato sull'Unione europea). Ancora: mira a «eliminare le ineguaglianze», perseguendo «un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana» (articoli 8 e 9 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

⁷⁴ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 383, che ricorda come a tale fine, per l'eroga-

Redistribuzione della ricchezza ed equa distribuzione dei sacrifici dovrebbero andare di pari passo, proponendosi di risolvere le «cause strutturali della povertà», «non solo per una esigenza pragmatica di ottenere risultati e di ordinare la società, ma per guarirla da una malattia che la rende fragile e indegna e che potrà solo portarla a nuove crisi»⁷⁵. Le parole di Papa Francesco appena richiamate sono ancora un invito al realismo, che muove dalla considerazione delle diseguaglianze prodotte da una globalizzazione dell'economia e della finanza priva di un adeguato governo da parte della sfera pubblica⁷⁶. Si tratta di una lezione di razionalità pratica che vorrei conclusivamente collegare all'insegnamento di un grande Maestro del diritto costituzionale. «Chi ha scelto i mezzi, ha scelto i fini: se i mezzi sono impropri gli obiettivi diventano inconsistenti», scriveva Leopoldo Elia oltre trenta anni fa, immaginando «nuovi sacrifici collettivi, nuovi doveri», necessari «se non vogliamo rassegnarci a una società in cui due terzi delle persone vivono dignitosamente e un terzo, invece, versa in gravi disagi»⁷⁷. È un monito che va tenuto ancora presente, continuando a rispondere negativamente alla domanda «Si può rinunciare allo Stato sociale?», che il Maestro si poneva nel citato saggio.

zione di talune misure, sia stato utilizzato l'ISEE – indicatore della situazione economica equivalente.

⁷⁵ Paragrafo 202 dell'esortazione apostolica *Evangelii Gaudium* di Papa Francesco dedicato a "Economia e distribuzione delle entrate", 2013, reperibile in w2.vatican.va.

⁷⁶ Al riguardo v. L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., X, che rileva come la crescita delle discriminazioni e delle diseguaglianze a livello planetario sia dovuta al «crollo della politica, che in questi anni ha abdicato al suo ruolo di tutela degli interessi generali e di governo dell'economia e si è assoggettata alle leggi del mercato». Di qui l'auspicio per cui il «progetto dell'eguaglianza» possa divenire oggi «la base di una rifondazione della politica», capace di far fronte alla sfera globale dalla quale dipende il nostro futuro. «È nell'interesse di tutti – perfino, nei tempi più lunghi, dei più ricchi e dei più potenti – che la politica ponga un freno, con un'equa redistribuzione della ricchezza socialmente prodotta, alla sua iniqua distribuzione capitalistica e alla sua appropriazione da parte di pochi e di sempre più pochi. Per questo è una necessità di ragione, oltre che un dovere morale e un obbligo giuridico, che la politica prenda finalmente sul serio il principio di eguaglianza: colmando, a livello non solo statale ma anche internazionale, quella gigantesca lacuna di garanzie e di istituzioni di garanzia dei diritti fondamentali dalla cui effettività dipende il futuro della pace, della democrazia e della generale sicurezza (XI). È il preludio all'adesione alla prospettiva di un costituzionalismo globale, sostenuto tra gli altri da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 3, che Ferrajoli rivendica «in attuazione delle tante carte sovranazionali dei diritti di là e al di sopra del costituzionalismo degli Stati» (108).

⁷⁷ L. ELIA, *Si può rinunciare allo "Stato sociale"?*, in R. ARTONI, E. BETTINELLI, *Povertà e Stato*, Roma 1987, 117 s. Ho già accostato la riflessione di Elia alla successiva esortazione evangelica in M. RUOTOLO, *Povertà e diritto*, cit., 882 ss.

È un invito che chiama in causa anche il ruolo del giurista, tenuto a descrivere “ciò che è” senza tradurlo in un “che così sia”⁷⁸, «senza fughe nell'utopia, ma anche senza rassegnarsi all'esistente»⁷⁹.

Altrimenti il realismo si tradurrà in mero cinismo.

⁷⁸ Per questa lettura, nella prospettiva di un rinnovato impegno per la realizzazione dello Stato sociale, rinvio a M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., spec. 243 ss.

⁷⁹ L. ELIA, *Si può rinunciare allo “Stato sociale”?*, cit., 118. Non troppo lontana pare la prospettiva di chi oggi suggerisce di «distinguere tra ciò che è improbabile, a causa della mancanza di volontà politica, e ciò che è impossibile: per non legittimare ciò che accade come privo di alternative e per non deresponsabilizzare la politica in ordine al suo operato o alla sua latitanza» (L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., XI). Come scrive ancora L. FERRAJOLI, *loc. ult. cit.*, «nulla è più irrealistico ... dell'idea che la realtà possa rimanere come è, e che la corsa del mondo verso lo sviluppo insostenibile possa a lungo continuare senza concludersi nell'autodistruzione».

Agata C. Amato Mangiameli

LA TUTELA DEL BENESSERE ANIMALE
NEL DIRITTO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Brevi cenni introduttivi. – 2. La tutela degli animali: scenari ed itinerari normativi. – 3. L'articolo 13 del TFUE. Genesi e sviluppo di una prospettiva ulteriore. – 4. Tra principi e deroghe. – 5. Un primo bilancio.

1. *Brevi cenni introduttivi*

Sono tanti i libri, molte le raccolte di saggi, numerosi gli scritti sulla *liberazione animale*¹ e sulla *vita degli animali*², vita che è stata ed è scandita da due fondamentali visioni: ora della superiorità umana, di qui lo sfruttamento e il dominio, ora della comune appartenenza all'albero della vita, di qui l'empatia e il rispetto.

Gli animali non parlano, non pregano, né piangono: è Ulisse che piange per Argo³, eppure essi sentono e soffrono⁴, ed è anche per que-

¹ Riprendendo il titolo di P. SINGER (*Animal Liberation: A New Ethics for Our Treatment of Animals*, New York 1975).

² Si pensi al testo, con le due conferenze (I poeti e gli animali – I filosofi e gli animali) tenute dal personaggio immaginario Elizabeth Costello, di J.M. COETZEE (*The Lives of Animals*, Princeton 1999).

³ Si veda R. GRENIER, *Les larmes d'Ulysse*, Paris 1998.

⁴ È su questo che, com'è noto, insisteva BENTHAM: "*The day has been, I grieve to say in many places it is not yet past, in which the greater part of the species, under the denomination of slaves, have been treated by the law exactly upon the same footing as, in England for example, the inferior races of animals are still. The day may come, when the rest of the animal creation may acquire those rights which never could have been withholden from them but by the hand of tyranny. The French have already discovered that the blackness of the skin is no reason why a human being should be abandoned without redress to the caprice of a tormentor. It may come one day to be recognized, that the number of the legs, the villosity of the skin, or the termination of the os sacrum, are reasons equally insufficient for abandoning a sensitive being to the same fate. What else is it that should trace the insuperable line? Is it the faculty of reason, or, perhaps, the faculty of discourse? But a full-grown horse or dog*

sto che non possono essere svalutati a meri oggetti totalmente disponibili, né assimilati a beni di consumo e di proprietà⁵. Come Flush, oggetto spirituale al di là di ogni prezzo e di ogni interesse⁶, gli animali appartengono a quel raro ordine di beni che non può essere messo in relazione in modo semplicistico col denaro, come se si trattasse di beni *mobili*, perché sono il segno della vita e con essa delle sensibilità, con cui si percepisce e/o si condivide con altri quel qualcosa (un evento, una condizione, un'azione) di esterno a sé stessi, ma anche di interno, e che provoca emozioni di vario tipo: ansia, inquietudine, piacere, gioia, dolore, paura.

Filosofia, letteratura, scienza, ma anche diritto e politica, tutti à *l'épreuve de l'animalité*⁷, perché l'odierna sensibilità richiede che gli animali siano considerati *fini*, e non *mezzi*, portatori di diritti e interessi fondamentali alla vita, alla libertà, alla non-sofferenza⁸, così da *svuotare* definitivamente *le gabbie*, anziché renderle semplicemente *più grandi*!⁹

Anche di qui i diversi sviluppi normativi in tema di protezione degli animali, o di loro custodia nelle più diverse circostanze¹⁰, sviluppi ai quali – come vedremo – non sembra si sia potuta, né d'altra parte si è voluta, sottrarre l'Unione europea, nonostante le tante difficoltà e le diverse problematiche.

is beyond comparison a more rational, as well as a more conversable animal, than an infant of a day, or a week, or even a month, old. But suppose the case were otherwise, what would it avail? the question is not, Can they reason? nor, Can they talk? but, Can they suffer?" (*The Principles of Moral and Legislation*, London, Oxford 1907, cap. XVII, sez. I, n. 122).

⁵ Sull'eventuale riconduzione degli animali a oggetti di proprietà e possesso cfr. la sentenza della United States Court of Appeals, *Bilida v. McLeod*, 211 F.3d 166 (1st. Cir. 2000), riguardante il noto caso del procione Mia.

⁶ Così scriveva V. WOOLF, *Flush: a biography*, London 1933.

⁷ Riprendo l'espressione da E. DE FONTENAY, *Le Silence des bêtes. La philosophie à l'épreuve de l'animalité*, Paris 1999.

⁸ Vedi in tal senso: G.L. FRANCIONE, *Animals, Property, and the Law*, Philadelphia 1995; S.M. WISE, *Rattling the Cage. Toward Legal Rights for Animals*, Cambridge 2000.

⁹ Questo l'appello di T. REGAN, *Empty Cages: Facing the Challenge of Animal Rights*, New York 2004.

¹⁰ Compreso il divorzio e la separazione, nel caso degli animali d'affezione: cfr. M. RANDOLPH, *Every Dog's Legal Guide: a must-have for your owner*, Berkeley 2012; D. ROOK, *Who Gets Charlie? The Emergence of Pet Custody Disputes in Family Law: Adapting Theoretical Tools from Child Law*, in *International Journal of Law Policy and the Family*, v. 28, no. 2 (2014), 177 ss.

2. La tutela degli animali: scenari ed itinerari normativi

Legislatori e giudici, nelle diverse età, si sono posti non di rado la questione animale e in particolare quella della violenza del rapporto uomo/animale. I primi segnali di una mutata considerazione e sensibilità nei confronti degli animali, destinatari quantomeno di un maggiore grado di rispetto, si osservano nell'ambito del diritto internazionale, soprattutto fra gli anni Sessanta e Settanta, e culminano con la *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale* (1978). Un atto simbolico¹¹ che – pur integrando semplicemente una dichiarazione politica di intenti, dichiarazione preceduta da quella del Forum di Delhi del 1953 – con i suoi 14 articoli, segna un passo decisivo nel rispetto e nella protezione di ogni forma di vita, introducendo un'ineludibile assunzione di responsabilità dell'uomo nei confronti degli animali, poiché per un verso il riconoscimento da parte della specie umana del diritto all'esistenza delle altre specie animali costituisce il fondamento della coesistenza delle specie nel mondo e per l'altro il rispetto degli animali è legato al rispetto degli uomini tra loro.

La dichiarazione è chiara: ogni animale nasce uguale davanti alla vita e ha un medesimo diritto all'esistenza (art. 1); ha diritto al rispetto, alla considerazione, alle cure e alla protezione dell'uomo (art. 2 a, c); ha il diritto a non essere sottoposto a maltrattamenti e ad atti crudeli, e nel caso di soppressione, laddove necessaria, deve essere istantanea, senza dolore, né angoscia (art. 3). Ogni animale ha diritto di vivere e di crescere secondo il ritmo e nelle condizioni di vita e di libertà che sono proprie della sua specie (art. 5), allo stesso modo ha diritto a ragionevoli limitazioni di durata e intensità di lavoro, ad un'alimentazione adeguata e al riposo (art. 7). In generale, l'animale ha una dignità, incompatibile con la sperimentazione medica, scientifica, commerciale, che implichi sofferenza fisica o psichica (art. 8), come pure con esibizioni e spettacoli a scopo ludico (art. 10). In particolare, ogni animale che appartiene a una specie selvaggia ha il diritto a vivere libero nel suo ambiente naturale terrestre, aereo o acquatico e ha il diritto di riprodursi (art. 4); ogni animale che l'uomo ha scelto per compagno ha

¹¹ Per la precisione si tratterebbe di un "primo atto simbolico, ma pur storicamente influente, nel lungo percorso verso la giuridificazione dello statuto dei non-umani" (così M. TALLACHINI, *Dignità, etica science-based, democrazia: la tutela animale nella società europea della conoscenza*, in A.G. CHIZZONITI, M. TALLACHINI (a cura di), *Cibo e religione: diritto e diritti*, Roma 2010, in part. 307).

diritto a una durata della vita conforme alla sua naturale longevità (art. 6). Si aggiunga inoltre: l'uomo, in quanto specie animale, non può attribuirsi il diritto di sterminare gli altri animali o di sfruttarli violando i loro diritti (art. 2 b); non può attribuirsi il diritto di abbandonarli (art. 6); deve nutrirli, alloggiarli, trasportarli e ucciderli, nel caso di animali per l'alimentazione, senza far provare loro ansietà e dolore (art. 9). Di qui la dichiarazione che ogni atto che comporti l'uccisione di un animale senza necessità è un delitto contro la vita, un *biocidio* (art. 11), che comporti l'uccisione di un numero di animali selvaggi è un delitto contro la specie, un *genocidio* (art. 12), e che i diritti dell'animale devono essere difesi dalla legge come i diritti dell'uomo (art. 14). Di qui ancora l'obbligo che l'animale morto sia trattato con rispetto e che le scene di violenza sugli animali siano proibite al cinema e alla televisione, ad eccezione di quelle immagini che intendono mostrare le tante violazioni dei diritti dell'animale (art. 13).

Alla dichiarazione del 1978, si aggiungono, poi, le convenzioni di stampo generale, finalizzate alla tutela dell'ambiente, in cui gli animali vengono presi in considerazione solo in via subordinata, in quanto elementi annessi al territorio (è il caso della *Convenzione sulle zone umide di Ramsar* (1971)¹², della *Convenzione di Montego Bay* (1982)¹³ e del *Protocollo di Kyoto* (1997)¹⁴), e quelle volte alla protezione di singole specie (si pensi alla *Convenzione per la caccia alle balene* (1946)¹⁵, alla *Convenzione per la protezione delle foche antartiche* (1972)¹⁶, alla *Convenzione sul commercio della flora e della*

¹² Un trattato intergovernativo che fornisce il quadro per l'azione nazionale e per la cooperazione internazionale finalizzata alla conservazione e all'uso "razionale" delle zone umide del pianeta e delle loro risorse. Si tratta dell'unico trattato internazionale sull'ambiente che si occupa della tutela di questi peculiari ecosistemi, che, oltre a conservare la diversità biologica, forniscono l'acqua e la produttività primaria da cui innumerevoli specie di piante e di animali dipendono per la loro sopravvivenza (cfr. https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/scan_certified_e.pdf).

¹³ Un trattato internazionale che definisce i diritti e le responsabilità degli Stati nell'utilizzo dei mari e degli oceani e la gestione delle risorse minerali (http://www.miamambiente.it/sites/default/files/Convenzione_10_dicembre_1982.pdf).

¹⁴ Ovvero, l'unico accordo internazionale volto a sancire una limitazione delle emissioni responsabili dell'effetto serra, dei cambiamenti climatici e del surriscaldamento globale, attualmente ratificato da 192 Stati.

¹⁵ Consultabile in rete al seguente link: <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19460200/200301190000/0.922.74.pdf>.

¹⁶ A cui ha aderito anche l'Italia (cfr. <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/269336.pdf>).

fauna selvatica a rischio estinzione (1973)¹⁷ e alla *Convenzione sulle specie migratrici* (1979)¹⁸.

Parallelamente all'evoluzione normativa registratasi in ambito internazionale, a partire dagli anni Settanta, se ne registra una ugualmente significativa anche nel panorama europeo. Va detto subito che nel Trattato di Roma del 1957, che istituisce la comunità economica europea, alla materia ambientale – della quale gli animali sono comunque parte – non si faceva nemmeno cenno, anche perché lo scopo del Trattato era quello di creare un mercato comune e di garantire le quattro libertà di circolazione (di persone, di beni, di servizi e di capitali).

I primi segnali di una mutata sensibilità e di un approccio diverso alla tutela e al benessere degli animali, al di là di pagine e ricostruzioni *animalliste* importanti e precedenti¹⁹, si riscontrano solo nel 1964 in Inghilterra, successivamente alla pubblicazione del libro-denuncia di Ruth Harrison, *Animal machines*²⁰. L'opera, infatti, sconvolge a tal punto l'opinione pubblica da indurre il governo inglese a istituire un'apposita commissione tecnica, alla quale si deve la redazione del *Rapporto Brambell* (1965). Rapporto che individua le c.d. *five freedoms*, ovvero le cinque libertà fondamentali di cui tutti gli animali dovrebbero poter sempre godere, in quanto condizioni imprescindibili alla possibilità e alla realizzazione del loro benessere. Si tratta delle libertà: 1) dalla sete, dalla fame e dalla cattiva nutrizione; 2) di avere un ambiente fisico e un riparo adeguato; 3) dal dolore, dalle ferite e dalle malattie; 4) di manifestare le proprie caratteristiche comportamentali specifiche; 5) dalla paura e dal disagio.

Tralasciando questi segnali iniziali, il primo strumento giuridico europeo posto a tutela del benessere animali è individuato dalla *Con-*

¹⁷ Convenzione nota anche con l'acronimo CITES, che ha lo scopo di regolamentare il commercio internazionale della fauna e della flora selvatiche a rischio di estinzione e che interessa la commercializzazione di esemplari sia vivi che morti (di esemplari interi, di parti di organismi o di prodotti da essi derivati), mirando ad impedire lo sfruttamento commerciale delle specie in pericolo.

¹⁸ Con la quale si incoraggiano accordi internazionali di protezione delle specie che migrano da un paese ad un altro, sottolineando l'importanza delle attività locali quali la ricerca scientifica, il monitoraggio, la regolamentazione della caccia, la tutela e, laddove necessario, il ripristino dei siti di sosta e di riproduzione, sottolineando la necessità di ridurre gli ostacoli alla migrazione e di controllare tutti quei fattori che potrebbero integrare dei potenziali pericoli.

¹⁹ Si pensi a proposito di etica anti-specista al contributo, già a partire dalla prima metà del secolo scorso, di autori come Marcucci, Capitini, Pioli, Baglietto, Martinetti (v. E. MARCUCCI, *Che cos'è il vegetarianismo?*, Roma 2011).

²⁰ Formato Kindle, 2013.

venzione europea sulla protezione degli animali durante il trasporto internazionale (1968)²¹ (riveduta nel 2006²²). Ad essa seguono, nell'ordine: la *Convenzione europea sulla protezione degli animali negli allevamenti* (1976)²³; la *Convenzione europea sulla protezione degli animali da macello* (1979)²⁴; la *Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia* (1987)²⁵; il *Protocollo addizionale alla Convenzione europea sulla*

²¹ Di cui meritano d'esser qui ricordati alcuni fondamentali passaggi tratti dalle *Disposizioni generali*: “prima di caricarli per un trasporto internazionale, gli animali devono essere ispezionati da un veterinario autorizzato del paese esportatore che riscontra la loro idoneità al trasporto. [...] Il carico dev'essere effettuato conformemente alle condizioni approvate dal veterinario autorizzato” (art. 3); “gli animali che devono partorire nel periodo di trasporto o che hanno partorito meno di 48 ore prima dello stesso non devono essere considerati idonei al trasporto” (art. 4); “gli animali devono disporre di uno spazio sufficiente e devono, salvo speciali indicazioni contrarie, potersi coricare. [...] I mezzi di trasporto o gli imballaggi devono essere previsti in modo da proteggere gli animali dalle intemperie e dalle grandi discrepanze climatiche. La ventilazione e la cubatura dell'aria devono essere adeguate alle condizioni di trasporto e appropriate alla specie di animali trasportata. [...] Durante il trasporto, gli animali devono essere abbeverati e ricevere un'alimentazione adeguata ad intervalli regolari. Tali intervalli non devono superare 24 ore; questo limite può tuttavia essere prolungato, se il trasporto può giungere al luogo di scarico in un termine ragionevole” (art. 6). (Il testo integrale della convenzione è disponibile al seguente indirizzo: <https://rm.coe.int/1680072381>).

²² Consultabile in rete al seguente link: <https://rm.coe.int/16802f423f>.

²³ Con la quale sono state gettate le basi normative per la tutela del benessere degli animali da allevamento e, in modo particolare, di quelli sottoposti ai sistemi di allevamento intensivo. Si tratta di un provvedimento che impone l'adozione di misure atte a garantire il benessere degli animali, ribadendo la necessità di evitare loro inutili dolori o lesioni, e riaffermandone il diritto a vedere rispettate le loro esigenze fisiologiche ed etologiche.

²⁴ Che stabilisce alcuni obblighi: “[...] Durante le attese nei mezzi di trasporto essi devono essere posti al riparo da condizioni climatiche eccessive e beneficiare altresì di un'aerazione adeguata [...]” (art. 3); “gli animali devono essere scaricati ed avviati con ogni cura. [...] Gli animali non devono essere né impauriti né eccitati [...] è proibito sollevare gli animali per la testa, per le zampe o per la coda in modo tale che questo provochi loro dolori o sofferenze” (art. 4); “Non si devono avviare gli animali verso i locali di macellazione se non quando il loro abbattimento può essere praticato al più presto” (art. 6).

²⁵ Nella quale si afferma: “Nessuno causerà inutilmente dolori, sofferenze o angosce ad un animale da compagnia. Nessuno deve abbandonare un animale da compagnia” (art. 3); “Ogni persona che tenga un animale da compagnia o che abbia accettato di occuparsene sarà responsabile della sua salute e del suo benessere. Ogni persona che tenga un animale da compagnia o se ne occupi, deve provvedere alla sua installazione e fornirgli cure ed attenzione, tenendo conto dei suoi bisogni etologici secondo la sua specie e la sua razza ed in particolare: a) rifornirlo in quantità sufficiente di cibo e di acqua di sua convenienza; b) procurargli adeguate possibilità di esercizio; c) prendere tutti i ragionevoli provvedimenti per impedire che fugga” (art. 4).

protezione degli animali nel trasporto internazionale (1989)²⁶; la Dichiarazione sulla protezione degli animali (1991) approvata a Maastricht poco prima dell'adozione dell'omonimo Trattato; la Convenzione europea sulla protezione degli animali vertebrati utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici (1991)²⁷; il Protocollo di emendamento alla Convenzione europea sulla protezione degli animali negli allevamenti (1992)²⁸; la Direttiva sulla protezione degli animali durante la macellazione o l'abbattimento (n. 119 del 1993)²⁹; il Regolamento sulla protezione della flora e della fauna selvatiche mediante il controllo del loro commercio (n. 338 del 1997)³⁰; la Direttiva sulla custodia di animali selvatici nei giardini zoologici (n. 22 del 1999)³¹; il Regolamento relativo alle condizioni di polizia sanitaria applicabili ai movimenti a carattere non commerciale di animali da compagnia (n. 998 del 2003)³²; il Protocollo di emendamento alla Convenzione europea sulla protezione degli animali vertebrati utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici (2005)³³; il Regolamento di protezione degli animali durante il trasporto e le operazioni correlate (n. 1 del 2005)³⁴; il Regolamento sul divieto di commercializzazione, importazione ed esportazione pellicce di

²⁶ Per la cui consultazione si rinvia al seguente link <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/103>.

²⁷ Che mira a ridurre il numero degli animali impiegati a fini scientifici, che prospetta il ricorso agli esperimenti sugli animali come *ultima* ed *extrema ratio* e che incoraggia l'impiego di metodi e tecniche alternative, ribadendo l'obbligo di evitare che animali (usati come cavie) possano essere sottoposti a sofferenze inutili.

²⁸ Volto ad estendere il campo di applicazione della Convenzione agli allevamenti biotecnologici e ad adattarne le disposizioni alla mutata situazione in materia di allevamento (testo disponibile in rete: https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/145?_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_languageId=it_IT).

²⁹ La Direttiva prevede che agli animali vengano risparmiati dolori, sofferenze e eccitazioni evitabili e stabilisce che gli impianti e le installazioni di stordimento (o di abbattimento) siano progettati in maniera da favorire uno stordimento e una morte rapidi (cfr. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0119&from=IT>).

³⁰ Disponibile online al link: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997R0338&from=IT>.

³¹ Che si articola in 11 articoli e che ha “lo scopo di proteggere la fauna selvatica e di salvaguardare la biodiversità prevedendo che gli Stati membri adottino misure in materia di licenze e ispezioni dei giardini zoologici nella Comunità, potenziando così il ruolo dei giardini zoologici in fatto di conservazione della biodiversità” (v. <http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1999/22/oj/ita/pdf>).

³² Il testo è stato successivamente abrogato dal Regolamento n. 576 del 2013.

³³ Che ha aggiornato quanto era stato previsto dalla Convenzione alla luce delle più recenti applicazioni scientifiche (cfr. https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/170?_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_languageId=it_IT).

³⁴ http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_1134_allegato.pdf.

cane e gatto e prodotti che le contengono (n. 1523 del 2007)³⁵; il *Regolamento recante norme sanitarie relative ai sottoprodotti di origine animale e ai prodotti derivati non destinati al consumo umano* (n. 1069 del 2009)³⁶; e, non da ultimo, la *Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici* (n. 63 del 2010)³⁷.

Questo rapidissimo e sintetico *excursus* dimostra come, all'interno dell'*acquis* europeo, l'attenzione agli animali e al loro benessere abbia avuto uno sviluppo decisamente articolato. Un lungo e variegato *iter* dottrinale, legislativo e giurisprudenziale, che – pur culminando con il *Trattato di Lisbona* e con l'articolo 13 del *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea* – affonda le radici in alcune disposizioni precedenti.

Già nel *Trattato di Maastricht* (1992) si rinviene la Dichiarazione (n. 24 allegata all'Atto finale della Conferenza Intergovernativa) nella quale si invita: “il Parlamento europeo, il Consiglio, la Commissione, nonché gli Stati membri a tener pienamente conto, all'atto dell'elaborazione e dell'attuazione della legislazione comunitaria nei settori della politica agricola comune, dei trasporti, del mercato interno e della ricerca delle esigenze in materia di benessere degli animali”. Dichiarazione, questa, nella quale – per la prima volta – si rintraccia un espresso e incondizionato monito alle tre principali istituzioni europee, come pure agli Stati membri, affinché tengano conto del benessere degli animali.

Con il *Trattato di Amsterdam* (1997) si compie un passo successivo. Infatti, su impulso del governo del Regno Unito, il testo della Dichiarazione n. 24 viene trasfuso quasi integralmente all'interno del Protocollo n. 10 “sulla protezione e il benessere degli animali”. Non a caso, nell'*incipit* del Protocollo si legge: “le Alte parti contraenti, desiderando garantire maggior protezione e rispetto dei diritti degli animali, in quanto esseri senzienti, hanno convenuto la seguente disposizione, che è allegata al TCE”, in base alla quale, “nella formulazione e nell'attuazione delle politiche comunitarie nei settori dell'agricoltura, dei trasporti, del mercato interno e della ricerca, la Comunità e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le

³⁵ Consultabile online al seguente indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R1523&from=IT>.

³⁶ Con il quale è stato abrogato il *Regolamento sui sottoprodotti di origine animale* n. 1774 del 2002.

³⁷ Disponibile in rete al link: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0063&rid=1>.

consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale”.

Com'è evidente, con il Protocollo allegato al Trattato di Amsterdam vengono introdotte due importantissime novità: 1) il richiamo alla tutela delle esigenze di benessere degli animali, in quanto esseri senzienti; 2) l'ampliamento del novero dei destinatari contemplati dalla disposizione, che, infatti, non si rivolge più semplicemente al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione, ma alla Comunità europea nella sua interezza. Si aggiunga, inoltre, che – a differenza delle Dichiarazioni che esprimono un impegno di natura prettamente politica e programmatica e che, solitamente, sono volte alla formazione di una coscienza comune che dovrebbe in seguito tradursi nell'adozione di una norma giuridica *ad hoc* – i Protocolli hanno lo stesso valore e lo stesso rango dei Trattati.

Di contro, però, non si può certo non notare che a fare da contrappeso (e in un certo senso anche da freno) a questi nuovi elementi, fa il suo ingresso anche una significativa deroga applicativa, individuata dalla necessità di rispettare le disposizioni e le consuetudini degli Stati membri in tema di riti religiosi, tradizioni culturali e patrimonio regionale.

Perché la tutela del benessere degli animali in quanto esseri senzienti trovi finalmente spazio all'interno del Trattato, bisognerà, attendere l'elaborazione e l'approvazione del Trattato che adotta la *Costituzione per l'Europa* (2003), con l'articolo III-121. Fra gli aspetti inediti introdotti dall'articolo III-121: 1) un significativo e decisivo ampliamento del novero delle politiche interessate, che abbracciano anche la pesca, lo sviluppo tecnologico e lo spazio; 2) l'inserimento – per la prima volta in un Trattato – di un riferimento alla senzienza degli animali; 3) la sostituzione dell'espressione singolare “patrimonio regionale” con il plurale “patrimoni regionali”; 4) e, ovviamente, l'uso del termine “Unione” in luogo di “Comunità”. Si tratta di una disposizione – quella contenuta nell'articolo III-121 – che sebbene non sia mai entrata in vigore è stata ripresa integralmente dal Trattato di Lisbona, eccezion fatta per la formula “patrimoni regionali” che torna a essere declinata al singolare.

3. *L'articolo 13 del TFUE. Genesi e sviluppo di una prospettiva ulteriore*

Frutto della lunga e travagliata evoluzione normativa sin qui ripercorsa e di una sempre più matura attenzione al mondo animale, l'articolo 13 del TFUE, così afferma: “nella formulazione e nell'attuazione delle po-

litiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale”.

Particolarmente significativo e denso tale articolo – controbilanciando le lacune delle Costituzioni degli Stati membri (eccezion fatta per l'art. 20a *Grundgesetz*³⁸) – sancisce il valore del benessere degli animali in quanto esseri senzienti, prevedendo che l'Unione Europea e gli Stati membri ne tengano *pienamente* conto in sede di formulazione e di attuazione delle politiche in materia di agricoltura, di pesca, di trasporti, di mercato interno, di ricerca e sviluppo tecnologico, di spazio.

Come è evidente, si tratta di una disposizione che segna un notevole cambiamento di prospettiva nella relazione uomo/animale, in quanto supera (a suo modo) la radicalità dei pregiudizi antropo- e bio-centrici³⁹ e riconosce – per la prima volta – agli animali lo *status* di esseri degni di attenzione e di protezione giuridica, indipendentemente dalle esigenze legate alla salute umana, alla tutela dei consumatori, alle garanzie di concorrenza, alla salvaguardia della biodiversità o al mantenimento dell'equilibrio di un determinato ecosistema. E in tal senso è importante sottolineare subito che – pur non giungendo ad attribuire agli animali una vera e propria soggettività giuridica – l'articolo in commento segna comunque un importante e decisivo passo in avanti non solo nell'esten-

³⁸ Introdotto nel 1994 e modificato nel 2002, art. 20a GG intende proteggere le basi naturali della vita e gli animali in considerazione della responsabilità che lo Stato ha rispetto alle generazioni future. E infatti l'art. 20a così recita: “*Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung*” (si veda: A. EPINEY, *Art. 20a*, in H. VON MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK (Hrsg.), *Bonner Grundgesetz Kommentar*, Band 2, München 2000; D. MURSWIEK, *Art. 20a*, in M. SACHS (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, München 2003).

³⁹ Secondo la visione antropocentrica, in nome dello stato morale privilegiato dell'*homo sapiens*, secondo la visione biocentrica, in nome della superfluità del genere umano, così sinteticamente espressa da Taylor: se guardassimo dal punto di vista della natura e dessimo voce al suo interesse, la conclusione della nostra epoca, lunga sei-pollici, sarebbe salutata con molta probabilità con un caloroso ‘buon viaggio!’ (*The Ethics of Respect for Nature*, in M.E. ZIMMERMAN ET AL. (eds.), *Environmental Philosophy: From Animal Rights to Radical Ecology*, New Jersey 1998, 76-77).

sione, ma anche e soprattutto nella qualità della tutela giuridica che ad essi viene riservata. A riprova di ciò, basti pensare che le politiche sulle quali la disposizione in esame è destinata a trovare applicazione (ovvero quelle riguardanti l'agricoltura, la pesca, i trasporti, il mercato interno, la ricerca e lo sviluppo tecnologico, lo spazio) sono quelle che, in base all'articolo 4 TFUE, rientrano tra i settori di competenza concorrente e che come tali sono soggette al principio di sussidiarietà (articolo 5 TUE).

Collocato all'interno del Titolo II e, dunque, fra le *Disposizioni di applicazione generale*, l'articolo 13 individua una clausola di portata diffusa che va ad aggiungersi a tutte le altre disposizioni di principio (fra cui, l'articolo 8 sull'eliminazione dell'ineguaglianza e sulla promozione della parità tra uomini e donne, l'articolo 11 sulla tutela dell'ambiente e sullo sviluppo sostenibile, l'articolo 12 sulla protezione dei consumatori, l'articolo 15 sulla trasparenza, l'articolo 16 sulla tutela dei dati personali, l'articolo 17 sul rispetto delle chiese, delle associazioni o comunità religiose, delle organizzazioni filosofiche e non confessionali). E proprio in virtù di questa sua peculiare collocazione sistematica, la norma in esame assume una posizione di preminenza gerarchica rispetto alle diverse politiche comunitarie. Nello specifico, si tratta di una disposizione di portata orizzontale che, come tale, è destinata a trovare applicazione trasversale in tutti i provvedimenti che afferiscano alle politiche dell'Unione.

Al di là dell'evidente affinità con altre norme di analoga ampiezza applicativa contenute nel Titolo II (come, ad esempio, il già menzionato articolo 11), è importante sottolineare che nell'articolo 13 si riscontrano tre aspetti assolutamente singolari che lo differenziano da tutte le disposizioni del TFUE e che concorrono a farne una sorta di *ἀπαξ* nell'ambito dell'*acquis* europeo.

Il primo aspetto distintivo è costituito dal fatto che l'articolo in commento rappresenta la sola disposizione del Trattato che non si indirizza unicamente all'Unione Europea ma che si rivolge in maniera esplicita e diretta anche agli Stati membri.

Il secondo, invece, è dovuto alla presenza, al suo interno, di una duplice limitazione applicativa, determinata dalla presenza – oltre che di un elenco tassativo di politiche sulle quali la disposizione incide – anche di una deroga espressa individuata dalla necessità di tener conto delle disposizioni legislative, amministrative e delle consuetudini degli Stati membri in particolare in tema di riti religiosi, tradizioni culturali e patrimonio regionale.

Infine, il terzo elemento di distinzione è costituito dal fatto che, di-

versamente dalle altre norme del Titolo II, l'articolo 13 non ripropone la classicaendiadi data dalla formula "politiche e azioni", ma si riferisce semplicemente alle politiche senza fare cenno alle azioni.

Per completezza, va detto che l'articolo 13 – per quanto sia il più significativo ed importante – non rappresenta la sola disposizione del TFUE a fare riferimento agli animali. Un rinvio ad essi, infatti, si ritrova anche nell'articolo 36 TFUE, con il quale si prevede che i divieti di cui agli artt. 34 e 35 TFUE (ovverosia i divieti di restrizioni qualitative e quantitative alle importazioni e alle esportazioni) lascino impregiudicata la possibilità degli Stati membri di mantenere e/o prevedere divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito che siano giustificati dalla tutela della salute e della vita delle persone e degli animali.

4. *Tra principi e deroghe*

È importante porre l'accento sul fatto che l'articolo 13 TFUE prende in considerazione e tutela gli animali come *enti in sé*, indipendentemente dalla loro possibile appartenenza ad alcune determinate specie (ad esempio, le specie a rischio di estinzione e quelle cd. vulnerabili) o a particolari biosistemi.

Di qui, il superamento di quella concezione antropocentrica che, prospettando gli animali come enti "nella" e "a" disposizione dell'uomo, non solo non riconosceva loro alcun diritto e alcuna tutela, ma di fatto determinava una loro sostanziale equiparazione alle cose⁴⁰. E sempre di qui, anche l'emergere di un diritto degli animali che – per quanto sia logicamente connesso e implicitamente collegato al diritto ambientale (sancito dagli artt. 11, 191, 192 e 193 TFUE) – si affranca da quest'ultimo acquisendo una valenza ed un rilievo del tutto autonomi. In altri termini, un diritto che trascende il mero interesse delle persone a vivere in un ambiente salubre o a promuovere uno sviluppo che sia sostenibile.

L'articolo 13 riconosce in capo agli animali la qualità di esseri senzienti, rappresenta così una importante base giuridica per distinguere gli animali dalle cose e dai beni materiali. La norma non fornisce però alcuna definizione della nozione di senzienza: non ne individua i contorni e nemmeno offre dei criteri che possano rivelarsi utili a coglierne appieno il significato.

⁴⁰ V. di recente B. DRIESSEN, *Foundamental Animal Rights in European Law*, in *European Law*, 23, 3, 2017, 547 ss.

La stessa cosa si verifica anche con riguardo all'espressione benessere degli animali. Pur affermandone l'importanza e la necessità che l'Unione e gli Stati membri ne tengano pienamente conto in sede di formulazione e di attuazione delle politiche, la nozione di benessere degli animali non viene esplicitata e chiarita né dalla norma in commento né, a maggior ragione, dal diritto derivato. Si tratta di un'indeterminatezza che è tipica delle disposizioni generali, ma che a ben vedere apre il varco a diverse letture (estensive o, al contrario, restrittive) e rischia di prestare il fianco a interpretazioni e applicazioni non sempre uniformi e adeguatamente rispettose di quel che si intende in realtà tutelare.

Perché ciò non accada, e siano presi sul serio tanto il significato di senienza quanto i risvolti del benessere, si rende necessario rinviare ad alcune brevi considerazioni.

In via generale, si può affermare che con le espressioni esseri senzienti e benessere degli animali si fa riferimento a un insieme di condizioni e di situazioni che riguardano gli animali non-umani, perché esseri capaci di provare esperienze positive o negative e che proprio a queste capacità e consapevolezza (di provare qualcosa, di trarre beneficio, di avere esperienza, di essere danneggiato) è legato il loro benessere. La senienza rende decisamente diversi gli animali dagli oggetti e dalle macchine. Il linguaggio lo dimostra: nel caso, ad esempio, di malfunzionamento di un oggetto o di una macchina, si adopera il termine *danneggiato*, e invece nel caso del(l'animale) seniente si usa il termine *ferito*, proprio in quanto può provare dolore e può essere a conoscenza del danno che gli è stato provocato. Anche di qui la necessità di intendersi sul significato di benessere, la cui portata non può non essere assai ampia, dal momento che allude ad uno stato favorevole che abbraccia tanto la sfera biologica e fisica, quanto quella psicologica, relazionale e comportamentale.

A tal proposito, deve essere ricordata la definizione di benessere⁴¹ adottata nel 1976 dall'Organizzazione mondiale per la salute animale: “[...] *animal welfare means how an animal is coping with the conditions in which it lives. An animal is in a good state of welfare if (as indicated by scientific evidence) it is healthy, comfortable, well nourished, safe, able to express innate behaviour, and if it is not suffering from unpleasant states such as pain, fear, and distress*”. Com'è agevole notare, l'espressione benessere, oltre alle esigenze fisiologiche, rinvia a una condizione di com-

⁴¹ B.O. HUGHES, *Behaviour as an index of welfare*, in *Proceedings of the VI European Poultry Conference*, Malta 1976, 1005-1018.

pleto equilibrio e di piena salute (fisica e mentale), tale da consentire agli animali non-umani di vivere in armonia con l'ambiente e con gli animali che li circondano.

Si tratta di una nozione articolata e complessa, nata dal dibattito teorico-dottrinale sulla questione animale, in particolare dalla disputa tra visione antropocentrica e teorie che accordano una considerazione morale agli animali non-umani, anche proponendo una *teoria allargata dei diritti umani* in forza di diritti dell'uomo che, se giustificati nella loro obbligatorietà, non possono essere appannaggio esclusivo dell'uomo⁴². Nel ritenere degni di uno status morale si attribuiscono agli animali non-umani bisogni, interessi e diritti, verso i quali si è obbligati, non solo perché la loro protezione può essere di beneficio per noi umani, ma perché quel loro benessere è moralmente importante di per sé⁴³.

Al di là delle diverse etiche (distinte in generale in "etica della liberazione" e "etica della responsabilità umana"⁴⁴) e delle ragioni di tutela degli animali non-umani fondate su loro caratteristiche (ad esempio: qualche attitudine cognitiva, certe capacità emotive, alcune predisposizioni a provare piacere e/o dolore), l'odierna idea di distinguere gli animali dalle cose⁴⁵ si accompagna agli sviluppi della nozione di benessere animale. Nozione questa che è centrale nel cd. metodo delle 3R da seguire allorché si elabora un protocollo della ricerca scientifica: oltre al *replacement* (sostituzione là dove possibile del modello animale con altro modello) e al *reduction* (riduzione degli animali sottoposti a sperimentazione al loro numero minimo necessario), il *refinement* richiede che siano migliorate le condizioni degli animali al fine del loro benessere, sia prima, che durante e dopo la stessa procedura sperimentale. In realtà, la nozione ha un ben più ampio raggio d'azione, non rilevando solo nell'ipotesi di sperimentazione, bensì ogniqualvolta c'è un utilizzo dell'animale o anche un'interazione uomo/animale, come mostrano gli studi specialistici che si richiamano alle scienze e alle teorie sul benessere animale, ormai indispensabili per formulare norme e linee-guida, come pure per interpretarle.

⁴² P. CAVALIERI, *La questione animale. Per una teoria allargata dei diritti umani*, Torino 1999.

⁴³ M.A. WARREN, *Moral Status. Obligations to persons and other living things*, Oxford 1997.

⁴⁴ L. BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, Roma-Bari 1997, in part. 35 ss.

⁴⁵ J.-P. MARGUENAUD, O. DUBOS (a cura di), *Les animaux et les droits européens au-delà de la distinction entre les hommes et es choses*, Paris 2009.

L'articolo 13 TFUE sancisce il valore del benessere degli animali in quanto esseri senzienti e – grazie all'uso dell'avverbio “pienamente” – concorre a far sì che questa tutela giuridica diventi un obiettivo primario non solo dell'Unione Europea, ma pure degli Stati membri, aprendo il varco alla sua realizzazione anche a livello nazionale (nel frequente caso, come detto, in cui essa non sia già prevista).

Da un altro lato, però, in virtù della sua peculiare formulazione, l'articolo in commento lascia un ampio margine di discrezionalità applicativa agli Stati membri. Un margine di valutazione e di ponderazione che può risultare sin troppo ampio e che, in determinati casi, rischia di ridurre notevolmente l'effettività delle garanzie previste.

Pur affermando la necessaria tutela del benessere degli animali, infatti, l'articolo 13 TFUE prevede la possibilità che essa sia sottoposta a deroghe da parte degli Stati membri. Deroghe che si sostanziano nella necessità di rispettare le disposizioni normative, amministrative e le consuetudini dei diversi Stati, soprattutto con riguardo ai riti religiosi, alle tradizioni culturali e al patrimonio regionale. In pratica, il perseguimento e la realizzazione concreta del benessere degli animali ad opera degli Stati membri può essere oggetto di limitazioni laddove sia necessario ottemperare alle disposizioni interne (di natura legislativa e amministrativa, come pure consuetudinaria) e, in particolare, a quelle che riguardano i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale. Ambiti che, da sempre, sono particolarmente controversi e conflittuali, divengono, così, un ineludibile termine di confronto/ostacolo alla tutela del benessere animale e producono delicate questioni di bilanciamento. Si pensi all'impiego degli animali negli spettacoli, nelle manifestazioni di carattere sportivo, culturale, religioso, come pure alle differenti pratiche di macellazione rituale.

Corride, pali, giostre: qualche volta sanguinari, oltre che violenti. La tutela giuridica degli animali incontra un fondamentale ostacolo: l'essere dipendente, in senso esclusivo, dalla percezione che l'uomo ha dell'altro, l'essere subordinata in modo incondizionato alle intenzioni che l'uomo manifesta nei confronti dell'altro, e ciò a prescindere dal livello di intelligenza e di capacità che l'altro può avere o può sviluppare⁴⁶. Nella *dis-*

⁴⁶ Osserva a tal proposito DRIESSEN: “Many people would not want to forgo their bacon and for that reason treat pigs as food, no matter how intelligent they are. The point is that there is an element of selectivity in the treatment we mete out to animals that does not depend on the level of their innate abilities or intelligence but on factors relating to our perception and use of them. This has an impact on animal welfare, which is thus more

senting opinion del giudice Catherine Fraser, nel caso dell'elefante Lucy e dello zoo di Edmonton, si legge senza giri di parole: “*And yet, it must be conceded that the basic animal welfare model still involves attempting to balance animal pain against human need or pleasure. This approach is reflected in a number of areas: economic (farming, food production, animal husbandry, etc.); scientific (research, medicine, genetics, etc.); and social (entertainment, hunting, exhibition, etc.). Whether and in what circumstances the balancing of competing values should be re-calibrated, or other values weighed in that balance, or perhaps an entirely different model adopted that places greater emphasis on animal rights, is largely a question for the Legislature. [...] That said, in examining the arc of history and the relationship between humans and animals, it is clear that the development of the law has been influenced, and will continue to be, by mankind’s deepened understanding of our place in the universe. Humans may be at the top of the evolutionary chain. But with rights come responsibilities and one of them is that we are stewards of the environment. That stewardship is reflected in the legal obligations we have assumed not only to the physical biosphere but also to the animals with whom we share the Earth. Should moral, ethical or spiritual considerations not serve as adequate motivation in shaping those legal obligations, then the fact that this also happens to be in humanity’s own collective enlightened self-interest ought to suffice. Indeed, all evidently have*”⁴⁷.

5. Un primo bilancio

Ricco di implicazioni e di ricadute l’art. 13 TFUE rappresenta senza dubbio una importantissima novità ed un’autentica inversione di rotta rispetto al passato⁴⁸. Tale disposizione è frutto di una più matura e

geared towards humans’ perceptions and concerns than to the species’ needs” (Fundamental Animal Rights in European Law, cit., in part. 554).

⁴⁷ *Reece c. City of Edmonton*, 2011 ABCA 238, Dissenting Reasons for Judgment Reserved of The Honourable Chief Justice Fraser, 57-58.

⁴⁸ Dal punto di vista giurisprudenziale, è interessante ricordare che il primo riferimento esplicito della Corte di Giustizia all’articolo 13 TFUE si è registrato nella sentenza del 14 giugno 2012, C-533/11, *Brouwer*, resa in via pregiudiziale e concernente la portata della Direttiva 91/629/CEE del Consiglio sulla tutela dei vitelli, così come modificata dal successivo Reg. (CE) 806/2003 del Consiglio. Con riguardo alla giurisprudenza di merito – e con specifico riguardo alla necessità di tutelare gli animali anche durante il trasporto effettuato in tratte percorse in Stati – si segnalano le note sentenze della Corte di Giustizia

consapevole attenzione giuridica alle esigenze degli animali quali esseri senzienti. Attenzione, peraltro, testimoniata già dalla collocazione della norma fra le disposizioni generali: scelta che concorre a conferirle una spiccata centralità, favorendone come detto un'applicazione diffusa e trasversale.

Si tratta di un articolo con il quale ha inizio un percorso giuridico che, “pur restando ancora largamente da scrivere”⁴⁹, mette finalmente in relazione gli interessi umani e quelli degli animali⁵⁰, riconoscendo l'importanza della loro considerazione e della loro tutela⁵¹.

Un percorso che, accanto alle cinque libertà (si ricordi: 1) dalla sete, dalla fame e dalla cattiva nutrizione; 2) di avere un ambiente fisico e un riparo adeguato; 3) dal dolore, dalle ferite e dalle malattie; 4) di manifestare le proprie caratteristiche comportamentali specifiche; 5) dalla paura e dal disagio), tenga soprattutto conto del diritto che ogni animale ha di non essere violentato e ucciso per ragioni innaturali.

Naturale/innaturale e teoria morale: non si può rimproverare il leone, il lupo, in generale l'animale, per comportamenti ed esigenze naturali, anche se questo implica l'uccisione di una gazzella, di un cervo, e talvolta persino di un uomo. È del resto inutile affermare che le specie da ultimo citate abbiano il diritto di non essere uccisi dalle prime. Allo stesso modo non è di per sé meno morale l'uccisione di animali per mano dell'uomo (che per sua natura è onnivoro) di quanto lo sia quella compiuta da tigri o scimpanzé.

Ma se è inutile rivendicare per l'animale il diritto di non essere ucciso, non è altrettanto inutile e improprio dire che un animale ha il diritto di non essere ucciso per motivi innaturali, e cioè senza che vi sia una reale necessità né una vera urgenza. È la dialettica naturale/innaturale a costituire il vero discrimine tra quel che è consentito e ciò che non lo è, e che

del 17 gennaio 2008, C-37/06 e C-58-06, *Viamex Agrar Handel et ZVK*; del 25 novembre 2008, C-455/06, *Heemskerk BV*; del 23 aprile 2015, C-424/13, *Zuchtvieh-Export GmbH*.

⁴⁹ M. TALLACHINI, *Dignità, etica science-based, democrazia: la tutela animale nella società europea della conoscenza*, cit., 322.

⁵⁰ Sul punto cfr. A. ADINOLFI, *Il trattamento degli animali nel diritto dell'Unione Europea tra interessi commerciali, protezione ambientale e “benessere”: verso lo sviluppo di valori condivisi?*, in A. BIANCHI, M.A. CABIDDU, E. CASTRUCCI, C. CORSI, M.A. FODDAI, D. SICILIANO, M. TALLACHINI, G. ZAMPERETTI (a cura di), *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova 2016, 19 ss.

⁵¹ Osserva LOMBARDI VALLAURI: “gli animali sono meritevoli di tutela in base a due criteri: il valore e la soggettività” (*La questione animali come questione filosofico-giuridica*, in *Rivista di filosofia del diritto*, III, 2/2014, 523).

può essere in sintesi riassunta grazie all'espressione della Corte europea dei diritti dell'uomo: "*opposition to hunting cannot be equated with opposition to the slaughtering of animals for human consumption*"⁵².

C'è certo differenza tra uomo, animale, cosa, e c'è evidente differenza tra *qualcuno* e *qualcosa*. I diversi *qualcuno* entrano in competizione per la loro esistenza e per la loro perpetuazione. Solo gli individui che riescono ad avere la meglio sugli altri arrivano a riprodursi, trasmettendo alla generazione successiva i caratteri ereditari che ne hanno favorito l'esistenza.

Pur nella lotta, i diversi *qualcuno* si riconoscono: accade così che l'ultimo kantiano della Germania nazista sia proprio un cane, Bobby⁵³, e nella lotta vengono tracciate alcune linee di continuità. L'originale e provocatoria poesia *Attenti al cane!* di Stig Dagerman ne è a suo modo conferma: "*Certo è deplorabile/ che gente che vive di sussidi/ tenga poi un cane,/ ha dichiarato un responsabile della Previdenza Sociale/ nel Värmland./ La legge ha i suoi difetti./ I poveri han diritto di tenere un cane./ Potrebbero tenere dei topi, invece:/ van bene anche loro e sono esentasse./ Se ne stanno in anguste stanzette/ coi loro costosi bastardi./ Perché non giocano con le mosche?/ Non sono animali da compagnia?/ E al Comune tocca pagare./ Bisogna farla finita/ o c'è da temere/ che si comprino delle balene./ Una decisione va presa:/ abbattere i cani! Non è una buona idea?/ Il prossimo provvedimento: abbattere i poveri./ Così il Comune risparmierà qualcosa*".

⁵² Sentenza del 26 giugno 2012 (G.C.), *Herrmann v. Germany*, C-9300/07, punto 92.

⁵³ E. LÉVINAS, *Nom d'un chien ou le droit naturel*, in *Difficile Liberté*, Paris 1976, 213

Giovanna Colombini

L'UNIVERSITÀ E IL CACCIATORE
CON IL FUCILE SPIANATO

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica. – 2. Poche luci e molte ombre sulla riforma del Fondo di finanziamento ordinario delle Università (FFO). – 2.1. Quota base e costo standard. – 2.2. Quota premiale. – 3. (segue) La ricerca tra finanziamento del FFO e finanziamenti ministeriali. – 3.1. Il finanziamento della formazione alla ricerca. – 3.2. I finanziamenti ministeriali dei progetti di ricerca. – 4. Riflessioni sul cacciatore con il fucile spianato.

1. *Premessa metodologica*

Non più tardi di qualche anno fa, a chiusura di una ricerca sull'Università che aveva visto coinvolte diverse Università statali del centro e del sud, scrivevo nella introduzione al volume sul *Finanziamento delle Università*¹, che per svolgere le attività di ricerca e di didattica, non si può prescindere dal considerare il finanziamento pubblico, posto che i principi affermati dalla costituzione, circa il riconoscimento *alle istituzioni di alta cultura di darsi ordinamenti autonomi, ai capaci e meritevoli anche privi di mezzi, il diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi*, alla Repubblica di *promuovere lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica*, rimangono lettera morta se lo Stato non si fa carico di garantire i finanziamenti necessari per la loro realizzazione.

¹ Cfr. G. COLOMBINI, *Il finanziamento della Università: un "non-sistema"*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università, Il finanziamento della università*, vol. II, Napoli 2013, 3-51; ID. (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università, Criticità del sistema e incertezze per il futuro*, vol. III, Napoli 2013; E. PICOZZA, A. POLICE (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Torino, 2013; M. D'ORSOGNA, E. GUISELIN, S. CIMINI, A.F. DI SCIASCIO, (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università, La mutation de la gouvernance des universités en France et en Italie*, vol. I, Napoli 2013.

All'epoca la ricerca nasceva dalla constatazione che il quadro normativo che si era andato affermando dopo la riforma del 2010 aveva assunto una connotazione ipertrofica, caratterizzata da una pluralità ed eterogeneità di fonti giuridiche statali, tutte finalizzate ad una *iper-regolazione* della *governance, dello stato giuridico del corpo docente, del reclutamento, delle regole contabili*, fatta eccezione per le regole di finanziamento, la cui genericità e mancanza di chiarezza non consentiva la individuazione di un sistema di finanziamento stabile. Il tutto era poi aggravato dal fatto che la riforma avrebbe dovuto realizzarsi senza oneri per la finanza pubblica.

Nel constatare i rischi di un finanziamento pubblico non ancorato a regole certe, chiare e stabili, avevo richiamato le parole pronunciate nel 1950 da Piero Calamandrei nel suo discorso "*Difendiamo la scuola democratica*", non soltanto per la loro impressionante attualità ma anche per la ragione che lui stesso, nell'individuare i pericoli del disfacimento della scuola, indicava tra le cause, oltre al discredito, alla sfiducia, alla scarsa attenzione da parte delle istituzioni pubbliche, anche e soprattutto l'impovertimento dei bilanci. Calamandrei per rendere efficaci le sue parole richiamava le figure allegoriche della "*foresta*" e del "*cacciatore nascosto con il fucile spianato*", ravvisando però nei giovani, nei professori, nei maestri, una prospettiva positiva che doveva indurci a non disperare per l'avvenire.

Ebbene, facendo tesoro di queste parole, la ricerca si poneva la domanda se la mancanza di norme chiare e stabili sul finanziamento pubblico delle Università a fronte dell'ipertrofia normativa statale su tutti gli altri aspetti del sistema universitario, non richiamasse proprio la *foresta ed il cacciatore con il fucile spianato*, e nell'esaminare i singoli istituti, si formulava l'auspicio che il sistema, una volta andato a regime, potesse produrre effetti positivi laddove dava spazio nei criteri di finanziamento, al criterio della *premieria*, ancorandola ad una serie di parametri oggettivi riferiti al merito e all'eccellenza nella ricerca, e laddove enunciava anche un sistema che avrebbe dovuto, sulla base dell'introduzione dei costi *standard per studente*, riequilibrare i divari esistenti tra Nord, Centro e Sud.

Rimaneva ovviamente l'incertezza sul *se* e sul *come* tutti questi obiettivi si sarebbero perseguiti, posto che nel 2013, anno in cui sono stati pubblicati i risultati della ricerca, la situazione non si poteva ritenere stabilizzata a causa del susseguirsi di interventi legislativi che andavano a modificare la stessa legge di riforma, tant'è che mentre il volume era

in stampa fu necessario inserire una nota integrativa relativa alle norme introdotte con decreto legge sulla semplificazione in materia di università e ricerca, sullo sviluppo del sistema universitario, sulle borse di mobilità per il sostegno degli studenti capaci e meritevoli, sulla semplificazione e sulle procedure di valutazione del sistema universitario e sul *sistema unico di finanziamento multifondo*, insomma su aspetti rilevanti, per non dire fondamentali, della riforma che si andava attuando². Cionostante si auspicava che il sistema, una volta andato a regime, potesse assumere una sua stabilità ed una funzione riequilibratrice dei divari esistenti anche nel finanziamento.

Ebbene tale auspicio è stato completamente disatteso dato che il legislatore ha continuato e continua ad intervenire sul sistema universitario modificando di anno in anno criteri e modalità di finanziamento con un progressivo *disinvestimento*, giustificato, inizialmente, dalla crisi economica e finanziaria del 2008, e successivamente dalla applicazione di nuovi criteri di “merito” nella composizione del fondo di finanziamento ordinario (FFO), in una prospettiva di competitività (talvolta distorta) tra Atenei, i cui effetti hanno acuito, invece di aver risolto, le differenze da sempre esistenti tra Università del Nord e Università del Sud³.

Non è casuale che in una interessante indagine sugli Atenei svolta dalla Fondazione RES, si sia parlato di *declino* delle Università rispetto agli altri paesi più avanzati, evidenziandone le cause attraverso l'analisi dei principali indicatori quali: gli iscritti, i laureati, il corpo docente, i finanziamenti per la ricerca e per il sistema universitario nel suo complesso⁴.

Declino che non riguarda ovviamente soltanto le Università del Mezzogiorno, ma tutto il sistema universitario italiano, e la cui responsabilità ha radici profonde e lontane e va ricondotta sia alle azioni dei governi nazionali del passato per non aver sostenuto, e accompagnato, il passaggio da una università di *elite* ad una università di massa, sia all'affermazione dell'autonomia senza responsabilità degli Atenei italiani, che ha portato ad una crescita della spesa ed i cui oneri inizialmente finanziati a piè di lista sul bilancio dello Stato, hanno concorso, una volta istituito il Fondo di finanziamento ordinario (FFO), alla determinazione della c.d. *spesa storica*.

Si potrebbe andare avanti enunciando tutte le criticità del passato ma questo rischierebbe di offuscare quelle che invece sono le criticità

² Gli articoli interessati sono gli artt.57,58,59,60 del d.l. n.69 del 2013

³ Cfr. M. FIORENTINO, *La questione meridionale dell'Università*, Napoli 2015.

⁴ Cfr. G. VIESTI (a cura di), *Nuovi divari. Un'indagine sulle Università del Nord e del Sud*, Sintesi del Rapporto RES, 2015,

del presente e che hanno portato, alcuni commentatori, ad affermare che il sistema universitario è praticamente al “collasso” e che le modalità di finanziamento pubblico dell’intero sistema universitario ledono non solo l’autonomia delle Università ma anche lo sviluppo economico e sociale del territorio di riferimento.⁵

2. *Poche luci e molte ombre sulla riforma del Fondo di finanziamento ordinario delle Università*

L’introduzione con il d.l. n. 63 del 2013 (art. 60) del *sistema unico di finanziamento multifondo* ha comportato che dal 2014 il Fondo di finanziamento ordinario complessivo (FFO), costituito da una quota base, una quota premiale⁶ ed una quota perequativa, abbia subito una doppia e sostanziale modifica nelle voci che lo compongono.

Infatti, per un verso, si sono introdotti criteri nuovi di determinazione delle rispettive quote, come il *costo standard* per studente per la quota base, i risultati della valutazione della ricerca VQR per la quota premiale in percentuali crescenti; per altro verso, sono confluite nel FFO voci che precedentemente trovavano allocazione in specifici capitoli del bilancio dello Stato, come il Fondo per il sostegno giovani e per la mobilità, gli stanziamenti per i Dottorati e gli assegni di ricerca, la programmazione triennale (*vale a dire gli obiettivi triennali stabiliti dal governo con decreto ministeriale*)⁷, i finanziamenti destinati agli interventi di edilizia universi-

⁵ Cfr. A. SANDULLI, *Il cantiere giuridico dell’Università*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2016, 635 ss.

⁶ La quota premiale è stata introdotta dal d.l. n. 180 del 2008 conv. in l. n.1 del 2009 nella misura del 7% ed è arrivata oggi al 22% del peso della valutazione della ricerca.

⁷ Cfr. DM dell’8 agosto 2016 n. 635 individua gli obiettivi del sistema universitario sulla base dell’art. 1-ter del decreto-legge 31 gennaio 2005, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 marzo 2005, n. 43, e in particolare: il comma 1, prevede che “le Università (...) adottano programmi triennali coerenti con le linee generali d’indirizzo definite con decreto del Ministro dell’istruzione, dell’università e della ricerca, sentiti la Conferenza dei rettori delle università italiane, il Consiglio universitario nazionale e il Consiglio nazionale degli studenti universitari (...)”; il comma 2, prevede che “i programmi delle università di cui al comma 1 (...) sono valutati dal Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca e periodicamente monitorati sulla base di parametri e criteri individuati dal Ministro dell’istruzione, dell’università e della ricerca, avvalendosi dell’(ANVUR), sentita la Conferenza dei rettori delle università italiane (...) Dei programmi delle università si tiene conto nella ripartizione del fondo per il finanziamento ordinario delle università”.

taria derivanti dagli *Accordi di programma siglati dalle Università con il MIUR* (praticamente le obbligazioni contratte e che devono essere pagate per gli esercizi finanziari interessati dall'Accordo di programma a suo tempo sottoscritto dal Ministero e dalle singole Università).

La riunione in un unico Fondo di tutte queste voci di spesa avrebbe dovuto determinare un significativo incremento, nel bilancio dello Stato, dello stanziamento destinato al Fondo di finanziamento ordinario “*complessivo*”, e l'avvio di un processo di razionalizzazione e di trasparenza del finanziamento pubblico del sistema universitario, seppur con l'incognita del “Multifondo” che lasciava aperta la questione del “sezionamento” del FFO con Fondi a destinazione vincolata.

Senonché questo processo “riformatore” ha mostrato sin da subito le sue palesi contraddizioni sia sul versante del finanziamento, sia sul versante della razionalizzazione e della trasparenza delle assegnazioni agli Atenei, sia ancora sul versante dell'autonomia decisionale degli Atenei.

Infatti, sul versante della spesa, lo stanziamento nel bilancio dello Stato del Fondo di finanziamento ordinario complessivo (di sistema), su cui sono andati a confluire oltre ai fondi sopra menzionati anche i finanziamenti dei Consorzi universitari (CINECA, ALMA LAUREA e GARR) e gli interventi a favore dell'ANVUR (questi ultimi fino al 2016), invece di aumentare è progressivamente diminuito passando da un importo di circa 7.250 milioni nel 2008, a 6.970 milioni nel 2011 a circa 6.680 milioni nel 2016, a 6.982 milioni nel 2017 (+0,9%), per arrivare a circa 7.318,5 milioni nel 2018.

Numeri che indicano fino al 2017 una riduzione di circa il 13,9% in termini nominali che, calcolata rispetto all'inflazione del periodo, arriva ad una riduzione in termini reali di circa il 22,5%.

Modalità che fanno emergere anche il valore relativo dell'aumento di +0,75 del FFO registrato nel 2017, determinato (quasi del tutto) dalla introduzione del “Fondo vincolato” destinato a compensare i mancati introiti degli Atenei derivanti dalla applicazione della *no-tax area* e la cui assegnazione della *quota parte* dei 55 milioni di euro stanziati è stata comunicata a fine anno, come spesso capita per le assegnazioni del Miur, nonostante che tutte le Università fossero state costrette dalla legge di bilancio per il 2016 ad emanare i nuovi regolamenti sulla contribuzione studentesca per l'anno 2017 ed a predisporre il bilancio di Ateneo senza conoscere la quota che sarebbe loro spettata⁸.

⁸ L'Università di Pisa, prima ancora che fosse introdotta la *no tax-area*, aveva già

In sostanza, dunque, negli ultimi dieci anni, il finanziamento pubblico del sistema universitario si è ridotto sensibilmente, ma quello che è più grave è che tale riduzione è stata accompagnata da una serie di misure di contingentamento della spesa, particolarmente penalizzanti per la competitività e la sostenibilità del sistema universitario, come il blocco e la successiva limitazione del *turnover* del personale docente, ricercatore e tecnico amministrativo, ed il congelamento del meccanismo degli incrementi stipendiali per il personale docente, ricercatore e tecnico amministrativo. Misure che insieme alla diversa modalità di determinazione delle quote del FFO hanno concorso a rendere sempre più critico ed inadeguato il sistema di finanziamento pubblico delle Università.

Così della quota base(storica), calcolata sul *peso* di ciascuna Università, una parte è stata determinata, come si è detto, dal valore in percentuale del *costo standard* per studente calcolato sulla base di determinati parametri stabiliti annualmente con decreto del Miur, mentre la quota premiale originariamente prevista nella misura del 7% rispetto alla quota base, è andata crescendo in percentuale ed in valore assoluto fino a raggiungere attualmente il 22% del FFO, determinata sulla base della valutazione dei risultati riferibili in parte a quelli conseguiti nella VQR, in parte riferibili alla valutazione delle politiche di reclutamento (tutte effettuate dall'Anvur).

Quanto al Fondo perequativo, c'è da dire che essendo stato istituito con la finalità di aiutare gli Atenei che risultano *sotto finanziati*, in realtà un qualche effetto positivo l'ha continuato a svolgere in termini di attenuazione delle sperequazioni esistenti tra Nord e Sud⁹.

previsto una esenzione fissando il tetto ISEE a 18.000 euro, mentre la legge di bilancio del 2016 ha indicato come tetto base 13.000 euro.(comunque le Università hanno adottato un tetto base diversificato non necessariamente riconducibile a quello di 13.000 euro).

⁹ 1. *A decorrere dal 2011, allo scopo di accelerare il processo di riequilibrio delle università statali e tenuto conto della primaria esigenza di assicurare la copertura delle spese fisse di personale di ruolo entro i limiti della normativa vigente, una quota pari almeno all'1,5 per cento del fondo di finanziamento ordinario e delle eventuali assegnazioni destinate al funzionamento del sistema universitario è destinata ad essere ripartita tra le università che, sulla base delle differenze percentuali del valore del fondo di finanziamento ordinario consolidato del 2010, presentino una situazione di sottofinanziamento superiore al 5 per cento rispetto al modello per la ripartizione teorica del fondo di finanziamento ordinario elaborato dai competenti organismi di valutazione del sistema universitario. L'intervento perequativo viene ridotto proporzionalmente laddove la situazione di sottofinanziamento derivi dall'applicazione delle misure di valutazione della qualità di cui all'articolo 5 della presente legge e all'articolo 2 del decreto-legge 10 novembre 2008, n. 180, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 gennaio 2009, n. 1. Il calcolo degli squilibri finanziari dei singoli atenei può*

A queste quote che compongono il FFO, si devono poi aggiungere i vincoli che derivano da interventi stabiliti di volta in volta nelle leggi annuali di bilancio, ora nel settore della ricerca, ora nel settore della didattica e che, ad oggi, si sono sostanziate con l'introduzione nell'ambito del FFO di Fondi a destinazione vincolata quali il "Fondo per il finanziamento delle attività di ricerca di base" a decorrere dal 2017, il "Fondo di finanziamento quinquennale dei dipartimenti di eccellenza" a partire dal 2018, il "Fondo vincolato destinato a compensare i mancati introiti degli Atenei derivanti dall'applicazione della *no-tax area*" per il 2017, il "Fondo vincolato per le cattedre Natta" istituito nel 2016. Tutti Fondi che evidenziano il ritorno ad una *politica accentrata*, fortemente lesiva dell'autonomia costituzionalmente garantita alle Università, che rimette, in sostanza, al Miur le decisioni non solo sulla costituzione o meno dei Fondi a destinazione vincolata e sulle modalità financo in termini percentuali del loro utilizzo, ma anche le decisioni circa la possibilità di procedere ad operazioni contabili di *compensazione* e di *storno* tra un fondo e l'altro.

Ne è un esempio eclatante, la discutibile vicenda dell'istituzione, in occasione della legge di stabilità del 2016, di un Fondo *ad hoc* nell'ambito del Fondo di finanziamento ordinario complessivo (FFO), c.d. "*Fondo per le cattedre universitarie del merito Giulio Natta*", che avrebbe dovuto finanziare con uno stanziamento di 38 milioni di euro nel 2016 e con 75 milioni di euro all'anno dal 2017, cinquecento super professori, secondo criteri e modalità di reclutamento e trattamento economico profondamente diversi rispetto al personale docente universitario. Il condizionale è d'obbligo, in quanto al momento il progetto si è arenato con conseguente storno di una parte degli stanziamenti su altri Fondi, a seguito del parere del Consiglio di Stato (n. 2303 del novembre 2016), nel quale si è praticamente "smontato" lo schema di decreto ministeriale attuativo dell'art. 1, comma 7 della legge di stabilità per il 2016, che doveva regolare l'avvio delle procedure di reclutamento dei "super professori". Il Consiglio di Stato, ravvisando nella norma il mancato rispetto dell'autonomia universitaria costituzionalmente garantita, puntualizzava che tale lesione non poteva essere risolta dal Consiglio di Stato, non rientrando nelle sue competenze l'accertamento della legittimità costituzionale di una legge, e

tenere conto delle specificità delle università sede di facoltà di medicina e chirurgia collegate ad aziende ospedaliere nate da ex policlinici a gestione diretta, escludendo ogni intervento per il ripiano di eventuali disavanzi previsto dall'articolo 5, comma 4, lettere g), h), i), l) e m), della presente legge. 2. Il Ministro provvede con proprio decreto alla ripartizione della percentuale di cui al comma 1.

nel richiamare anche il rispetto dell'art. 76 della costituzione, adombrava un eccesso di delega rispetto alla norma primaria¹⁰. È evidente che le motivazioni del parere del Consiglio di Stato, hanno indotto il governo a non proseguire nella predisposizione del regolamento, ma tutto ciò non è valso ad indurre il parlamento e il governo ad abrogare definitivamente la norma istitutiva del Fondo vincolato cattedre Natta che ad oggi rimane, pertanto, ancora in piedi.

Ma a contraddizione si aggiunge contraddizione, ragione per cui sia nelle richiamate manovre di bilancio del 2016 e del 2017, sia ancora in quella del 2018, una parte degli stanziamenti del Fondo cattedre Natta è stata, come accennato, stornata per coprire l'aumento dell'importo delle borse di dottorato (circa 5 milioni rispetto allo stanziamento dei 20 milioni)¹¹, e *l'una tantum* a compensazione dei mancati scatti stipendiali dei professori associati ed ordinari, ancorché questi ultimi disciplinati dalla legge di bilancio per il 2018 con modalità penalizzanti. Infatti l'art.1, commi 629-631-632, della legge di bilancio per il 2018, pur riducendo gli scatti stipendiali a due anni anziché a tre anni, prevede che gli effetti economici decorrano dal 2020 con la maturazione della classe successiva, e per gli anni 2018 e 2019, prevede un importo *ad personam* in relazione alla classe che si sarebbe potuta maturare negli anni di blocco, in due

¹⁰ La vicenda origina dalla istituzione di 500 cattedre universitarie intitolate al fisico Giulio Natta e rivolte a esperti di elevato merito scientifico attraverso la costituzione del Fondo per le cattedre Giulio Natta, nella legge di stabilità del 2016, art. 1, c. 7. La legge in questione autorizzava il governo ad emanare un regolamento per la disciplina delle procedure concorsuali. Sullo schema di regolamento il Consiglio di Stato ha espresso il parere n. 2303 del 4 novembre 2016, nel quale ha messo in luce il mancato rispetto dell'autonomia universitaria precisando che "*non spetta al Consiglio di Stato esprimersi sulla legittimità costituzionale della legge che autorizza il regolamento, compete a quest'organo assicurare che lo stesso sia coerente con il contesto costituzionale, favorendo, quindi, tra le varie opzioni di implementazione della riforma, quelle che ne valorizzano l'attuazione secundum constitutionem*". Il parere prosegue adombrando anche un eccesso di delega rispetto alla norma primaria che non ha previsto deroghe all'ordinario *status* di professore universitario. Il CUN nel parere espresso sul disegno di legge del bilancio per il 2018, il 22 novembre 2017, ha formulato l'auspicio che l'iniziativa per le cattedre del merito sia abbandonata definitivamente e che l'intero importo del Fondo Natta confluisca nel FFO complessivo per far fronte agli oneri indifferibili degli Atenei.

¹¹ Il finanziamento di 20 milioni di euro per le borse di dottorato è sicuramente un segnale significativo di investimento nella ricerca anche se si tratta di una misura che è andata a compensare l'erosione della borsa dovuta all'incremento delle aliquote INPS sulla gestione separata, passate in pochi anni dal 27,78% al 33,23% fino ad arrivare nel 2018 al 34,23%. Va comunque precisato che la somma in parte finanziata dal Fondo delle cattedre Natta, è stata finanziata anche dal Fondo per il finanziamento delle attività di ricerca di base (FFABR) e per una quota residuale di 2 milioni di euro a regime dal FFO.

rate (febbraio 2018 e febbraio 2019), importi per cui la legge prevede in bilancio un incremento del FFO, di 50 milioni di euro per il 2018 e di 40 milioni di euro per il 2019, e che dovrebbe comportare un incremento del FFO di 80 milioni di euro per l'anno 2020, di 120 milioni di euro per l'anno 2021, e di 150 milioni di euro a partire dall'anno 2022.

Disposizioni sicuramente da apprezzare rispetto al "nulla" del passato, ma comunque tutte da verificare nella loro attuazione, non soltanto per la compatibilità di tali impegni finanziari con gli equilibri di bilancio e più in generale con il rispetto dei saldi di finanza pubblica, ma anche per la ragione che, nell'ipotesi che tali stanziamenti vengano confermati, non si eviterebbe comunque una situazione di criticità dato che tali disposizioni restringono il margine di manovra del FFO da parte del singolo Ateneo, in quanto da una stima dell'onere finanziario a regime, sembrerebbe che gli stanziamenti previsti siano insufficienti, con il rischio, dal 2020 in poi, che gli oneri non coperti dal finanziamento statale del FFO complessivo, vadano a gravare sul FFO del singolo Ateneo incidendo anche sulla possibilità di un *turnover* al 100%¹².

Ed ancora va compresa fino in fondo quale sarà l'incidenza nell'ambito del FFO della Sezione destinata al finanziamento dei *dipartimenti di eccellenza* con una dotazione annua di 271 milioni di euro a decorrere dal 2018, prevista nella legge di bilancio del 2017, sulla base della valutazione della qualità della ricerca (VQR) effettuata dall'ANVUR e della valutazione dei *progetti di sviluppo* presentati dai dipartimenti delle Università¹³.

¹² La legge di bilancio per il 2018, ha previsto 50 milioni di euro per l'anno 2018 e 40 milioni di euro per l'anno 2019, da attribuire ai docenti universitari in servizio alla data di entrata in vigore della legge, a titolo di *una tantum* un importo di 2.500 euro per compensare i mancati scatti stipendiali degli ultimi anni. La legge di bilancio per il 2018 prevede anche la rimodulazione biennale, anziché triennale della dinamica stipendiale del personale docente a partire dalla classe conseguita dopo il 31 dicembre 2017. Ebbene questo meccanismo rischia di avere un effetto perverso se si considera che la disposizione normativa lascia spazio al principio per cui gli incrementi degli stipendi possono non essere coperti da un adeguato aumento del FFO con l'effetto di scaricarsi sugli atenei e determinare una situazione conflittuale che potrebbe spingere gli atenei in difficoltà a introdurre criteri restrittivi (se non premiali) considerato che la legge n.240 del 2010 ne rimette la disciplina ai regolamenti dei singoli atenei.

¹³ Infatti con la legge di bilancio del 2017 sono stati stanziati 271 milioni di euro a decorrere dal 2018, nell'ambito del FFO è stata prevista una sezione destinata a finanziare i dipartimenti di eccellenza sulla base dei risultati della qualità della ricerca VQR effettuata dall'ANVUR e della valutazione dei progetti dipartimentali di sviluppo presentati dalle università. Ebbene i dipartimenti che si candidano all'eccellenza, devono indicare: gli obiettivi di carattere scientifico, l'utilizzo del finanziamento per il reclutamento di

Tale modalità consente ai dipartimenti di eccellenza di utilizzare le risorse relative ai *progetti di sviluppo* presentati per il finanziamento di personale e di infrastrutture per cinque anni. Aspetti senza dubbio positivi che comunque, nel tempo, possono costituire elementi di *rigidità* del bilancio di Ateneo a scapito delle risorse destinate agli altri dipartimenti, posto che l'assunzione di personale, deve avere la garanzia del finanziamento per quindici anni mentre il finanziamento del dipartimento di eccellenza ha una durata di cinque anni. Proprio ad evitare effetti del genere, nella relazione tecnica si fa riferimento al principio in forza del quale, da parte degli Atenei, dovrà essere valutato l'impatto finanziario del numero dei docenti da reclutare con il finanziamento attribuito. In sostanza il finanziamento attribuito nei cinque anni dovrà essere diviso per il costo stipendiale dei quindici anni della figura che si vuole reclutare come professore o come ricercatore di tipo b. A questo vincolo si aggiunge l'altro del 25% dell'impiego delle risorse alla chiamata di professori esterni all'Università cui appartiene il dipartimento.

Quali le conseguenze di questo modo di procedere? Ebbene fatti salvi questi incrementi del FFO complessivo nel bilancio 2018, da interpretare come un implicito riconoscimento della inadeguatezza del finanziamento del sistema universitario, è evidente che la questione del personale e del reclutamento del corpo docente affrontata nel bilancio per il 2018, con la previsione dell'assunzione di 1.615 *ricercatori di tipo b*, di cui 80% nelle Università e il restante 20% negli enti pubblici di ricerca, appare del tutto inadeguata se si considera che dalle stime fatte risulta che in otto anni le Università hanno perduto 12.366 unità a cui bisogna aggiungere altre 3.000 unità perdute nel biennio successivo, con una media di diminuzione del personale delle Università di 1.500 unità all'anno¹⁴.

2.1. *Quota base e Costo standard*

Per quanto riguarda la quota base-storica, va anzitutto riconosciuto

professori e ricercatori (ex art. 18 e 24 della legge n.240/2010, e art. 1, c. 9, legge n. 230 del 2005), nonché del personale tecnico amministrativo, e investimenti in infrastrutture e in attività didattiche di alta qualificazione anche in chiave di Industria 4.0. Di quelli selezionati, 180 dipartimenti sono stati ritenuti eccellenti e finanziati, di cui 106 sono di università del nord, 49 del centro, e 25 del sud.

¹⁴ Secondo i dati della World Bank, l'Italia ha 2.018 ricercatori per ogni milione di abitanti: meno della metà di Germania (4.431), Regno unito (4.470) e Stati uniti (4.700), meno dei due quinti del Giappone (5.230); meno di un terzo rispetto alla Finlandia (6.816), Svezia (7.021), Corea del sud (7.087), e Danimarca (7.483).

che la decisione nella legge di riforma del 2010 (l. n. 240/2010) di superare il criterio della “spesa storica”, è stata una decisione senza dubbio positiva e condivisibile, posto che tale spesa rappresentava il “*frutto di un lungo sedimentarsi di decisioni discrezionali e del perpetuarsi dei loro effetti distorsivi*” che avevano determinato una profonda disomogeneità tra gli Atenei¹⁵.

Pertanto il riferimento nell'art.5 della legge di riforma alla delega in materia di interventi per la qualità e l'efficienza del sistema universitario, con l'introduzione, tra i principi e criteri direttivi, di meccanismi premiali nella distribuzione delle risorse pubbliche sulla base di criteri oggettivi definiti *ex ante*, nonché del *costo standard* di formazione per studente¹⁶, non poteva che essere salutata come una innovazione che avrebbe dato una base condivisa di riferimento a tutto il sistema.

Senonché il d.lgs. n. 49 del 2012¹⁷ non ha proceduto alla disciplina del *costo standard* ma ne ha rinviata (art. 8) la disciplina ad una ulteriore attuazione normativa, di livello ministeriale, limitandosi a stabilire che il *costo standard* attribuito al singolo studente iscritto entro la durata normale del corso di studio, sarebbe stato determinato tenendo conto della tipologia di corsi di studi, delle dimensioni dell'Ateneo e dei differenti contesti economici, territoriali e infrastrutturali in cui opera l'Università,

¹⁵ Cfr. Sintesi Rapporto RES 2015, *Nuovi divari. Un'indagine sulle Università del Nord e del Sud*, XXXII.

¹⁶ Il riferimento al *costo standard per studente* risale alla prima riforma del sistema di finanziamento pubblico delle Università avvenuta con la legge n. 573 del 1993 che introduceva un nuovo meccanismo di determinazione e quantificazione a livello centrale delle risorse da destinare al sistema universitario. Tale meccanismo aveva come obiettivo quello di riaccordare il criterio della spesa storica ad un principio di riequilibrio destinato a crescere in prospettiva temporale e che prevedesse l'assegnazione di una parte delle risorse secondo i costi *standard* di produzione dei servizi e delle attività dei soggetti finanziati. Il riferimento pertanto era sia alla attività didattica che alla attività di ricerca. Dal 1994 pertanto nello stato di previsione della spesa del Ministero erano previsti tre Fondi: il Fondo per il finanziamento ordinario (FFO), il Fondo per l'edilizia universitaria e per le grandi attrezzature, il Fondo per la programmazione e per lo sviluppo del sistema universitario. Il Fondo per il finanziamento ordinario era a sua volta suddiviso in una quota base attribuita automaticamente alle Università ed una quota di riequilibrio da ripartirsi sulla base di criteri determinati con decreto del Ministro relativi a *standard* di costi di produzione per studente...

¹⁷ Il d.lgs. n.49 del 2012 disciplina la programmazione, il monitoraggio e la valutazione delle politiche di bilancio nonché il reclutamento degli atenei, e prevede una serie di controlli e di sanzioni funzionali al rispetto dell'equilibrio di bilancio. Equilibrio, peraltro da ricondurre alle nuove regole di finanza pubblica sancite dalla riforma costituzionale del 2012 (l.cost.n.1 del 2012) che ha introdotto l'equilibrio di bilancio per lo Stato (art.81), per gli enti territoriali (art.119) e per tutte le amministrazioni pubbliche (art.97).

con una mera riproposizione, in sostanza, dei criteri già enunciati nell'art. 5 della legge delega.

L'effetto negativo che ne è conseguito è stato duplice. Da un lato la mera riproposizione dei criteri indicati nella legge di delega ha comportato una indeterminatezza degli aspetti essenziali della nuova disciplina, dall'altro, il rinvio della funzione legislativa delegata spettante al governo, ad una fonte sub-legislativa rimessa al ministro competente, ha determinato una violazione del dettato costituzionale contenuto nell'art. 76. Aspetto aggravato dalla validità triennale del decreto ministeriale.

Criticità che ovviamente non sono sfuggite alle Università e che inevitabilmente sono arrivate alla Corte costituzionale che, investita della questione con ordinanza del TAR del Lazio nell'ambito del ricorso promosso dall'Università di Macerata per l'annullamento del decreto ministeriale n.893 del 2014 (costo standard) e del decreto ministeriale n. 815 del 2014 (ripartizione quota FFO), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 8 e 10 del d.lgs. n.49 del 2012 per violazione dell'art. 76, argomentando che l'art. 8 si limitava a corredare quanto stabilito nella legge di delega senza che ci fosse una precisa individuazione delle spese da includere nel computo del *costo standard* ,nonché dei criteri per la ponderazione di ciascuna voce, mentre l'art. 10 nel prescrivere il collegamento del *costo standard* ad una percentuale del FFO diversa dalla quota premiale, non forniva alcuna precisazione in merito alla quota di FFO da distribuire in base al *costo standard* , nemmeno nella forma dell'indicazione di un minimo e di un massimo, o nella rappresentazione di una sua incidenza dinamica, anche solo tendenziale, sul complesso del finanziamento da distribuire tra gli Atenei¹⁸.

Peraltro la Corte costituzionale nel censurare gli artt. 8 e 10 del d.lgs. n. 49 del 2012, rilevava anche che “... *nelle determinazioni relative ai costi standard i profili tecnici, indubbiamente consistenti, delicati e mutevoli, sono frammisti ad altri criteri di natura politica quali le decisioni in merito al ritmo della transizione dal criterio della spesa storica a quello dei costi standard o quelle relative all'identificazione e al peso delle differenze tra i contesti economici, territoriali e infrastrutturali in cui operano le varie università*”, mettendo così in evidenza che è il parlamento a dover decidere in via legislativa le questioni politiche, mentre il governo e il Miur possono esercitare le proprie determinazioni sugli aspetti più squisitamente tecnici.

¹⁸ Cfr. Corte costituzionale sentenza n. 104 del 2017.

La questione, come è noto, è stata superata sul piano giuridico con la presentazione del decreto legge per il Mezzogiorno (d.l. n. 91 del 2017), nel quale si è configurato il nuovo *costo standard*, ma non lo è stata sul piano sostanziale più generale in quanto l'approvazione, in sede di conversione del decreto legge, di alcuni emendamenti diretti a correggere almeno gli errori più gravi del precedente metodo di calcolo del *costo standard*, che avevano creato distorsioni e penalizzazioni soprattutto per “... gli Atenei collocati in aree del territorio nazionale poco attrattive o comunque meno accessibili per carenze infrastrutturali, e dunque con una domanda più debole...”¹⁹, non è valsa ad affrontare alla radice alcune questioni di fondo, peraltro emerse nel corso del dibattito parlamentare, come quella relativa alla conflittualità applicativa tra l'algoritmo del *costo standard* e l'algoritmo del *turnover* ed il cui superamento era stato proposto con l'emendamento n. 12.28 bocciato dalla Commissione bilancio del Senato a seguito del parere negativo del Mef²⁰.

Resta il dato inconfutabile che l'art. 12, c. 4 del d.l. n. 91 del 2017 nel confermare le assegnazioni già disposte per gli anni 2014,2015,2016

¹⁹ Criteri dunque sbagliati la cui applicazione per ben quattro anni ha contribuito, secondo alcuni, al calo delle immatricolazioni che si è registrato in quelle aree del paese.

²⁰ A venire in rilievo sono soprattutto le Università del Mezzogiorno, e le Università nelle aree interne del Centro e perfino in alcune province del Nord, come la Liguria ed il Friuli. In sede di conversione del d.l. n. 91 del 2017 nella discussione al Senato l'on. Tocci ha messo in luce che la riappropriazione da parte del parlamento della potestà legislativa, a seguito della sentenza della Corte costituzionale, ha consentito di emendare il testo per correggere almeno gli errori più gravi del metodo di calcolo. Il primo errore consiste nel calcolare il fabbisogno degli Atenei escludendo il conteggio degli studenti fuori corso. Con l'approvazione dell'emendamento 12.25, secondo l'on. Tocci, si amplia il calcolo ai fuori corso di un anno, perché si tratta di solito di studenti che continuano a frequentare i corsi e che spesso devono solo completare la laurea. Il secondo errore riguarda il fatto che il Ministero ha applicato il *costo standard* agli Atenei riferendosi al fabbisogno del singolo Ateneo, mentre, secondo i rilievi dell'on. Tocci, si deve certificare ogni anno il fabbisogno totale di tutti gli Atenei e ritenere questo valore il punto di riferimento per la discussione sugli stanziamenti in bilancio. Il terzo errore, sempre secondo l'on. Tocci, è quello tra i più gravi e riguarda “... il modello di calcolo dell'algoritmo in quanto il riferimento al numero di studenti per corso nasconde una grave distorsione dimensionale priva di qualsiasi giustificazione relativa ai costi: due corsi di due atenei, il primo con cento studenti, il secondo con cinquanta studenti. Il primo riceve un finanziamento doppio rispetto al secondo pur affrontando entrambi gli stessi costi perché hanno gli stessi docenti...”. Il quarto errore riguarda la regola secondo la quale quando il numero degli studenti supera il numero massimo, il decreto sull'accreditamento dei corsi impone di aumentare quota parte del numero dei docenti ma contemporaneamente il decreto sul *turnover* può impedire l'assunzione dei docenti previsti. In sostanza secondo l'on. Tocci, “se l'ateneo riceve un finanziamento aggiuntivo in base al *costo standard*, questo può trovarsi nell'impossibilità di assumerlo, per le regole del decreto sul *turnover*”.

a valere sul FFO definito dai precedenti decreti ministeriali, in relazione al *costo standard*, ha reso retroattivamente coerenti le assegnazioni precedenti con quelle future. Come pure fa riflettere il permanere, in sede di conversione, del riferimento (nella ripartizione del FFO) al rapporto del numero degli studenti rispetto al numero ottimale ritenuto tale dal Ministero, posto che questo potrebbe comportare effetti distorsivi qualora il corso non raggiungesse il valore massimo. In quel caso, infatti, secondo alcune analisi, si determinerebbe una diminuzione della contribuzione statale.

Un sistema del genere, come è stato rilevato, comporta, come effetto tendenziale, quello di premiare i grandi Atenei e disincentivare i piccoli, in quanto prescinde dal valore che un determinato insegnamento può avere in rapporto al territorio o al valore innovativo della disciplina. Il tutto in palese contrasto con i risultati della valutazione che spesso segnalano criticità proprio nelle strutture più grandi²¹.

Comunque in relazione ai nuovi criteri del *costo standard* il riparto del FFO dovrebbe oscillare tra il 19% e il 22% del relativo finanziamento al netto degli interventi con vincolo di destinazione.

2.2. Quota premiale

Non meno critica si presenta la determinazione della quota premiale. I criteri di riparto della quota premiale nel 2017 hanno costituito il 22% del FFO, e sono stati suddivisi nella misura del 60% in base ai risultati della valutazione della qualità della ricerca (VQR), nella misura del 20% in base alla valutazione della qualità delle politiche di reclutamento relative al triennio, nella misura del 20% in base ai risultati relativi alla valorizzazione dell'autonomia responsabile ai sensi del DM n. 635 del 2016.

Ma anche in questo caso, è stato evidenziato che l'esclusivo riferimento alla VQR non fornisce una misura oggettiva della produttività scientifica da intendersi come rapporto tra la produzione e le risorse impiegate in quanto il parametro di sintesi (IRFS) elaborato dall'ANVUR per ciascun Ateneo è composto da due diversi tipi di parametri che non si raccordano pienamente tra loro. Infatti mentre il primo parametro IRAS1, dipende dalla *produzione scientifica* delle diverse aree scientifiche e, concettualmente, è stato ritenuto un indicatore idoneo a garantire una certa oggettività

²¹ Le considerazioni riportate nel testo sono riconducibili alle analisi svolte dall'on. Walter Tocci, *La rete e il castello*, parte II, La valutazione mite dell'università, luglio 2016.

vità, gli altri parametri che misurano alcune funzioni gestionali non sono stati ritenuti idonei per le intrinseche difficoltà di raccordo. In particolare i parametri IRAS 2-4-5, noti come parametri che misurano alcune funzioni gestionali della ricerca, in realtà rilevano aspetti molto parziali delle politiche di finanziamento del personale, con la conseguenza che alcuni commentatori hanno rilevato che “*il set di funzioni prescelto*” è rivolto “... a comporre un insieme di variabili tra loro incommensurabili”²². A venire in rilievo, secondo tale analisi, è proprio l'indicatore gestionale che sembrerebbe condizionare il risultato finale per la ragione che presenta una *varianza* dei risultati rispetto al primo indicatore²³. In sostanza mentre l'indicatore IRAS 1 rappresenta i *risultati* della ricerca, gli indicatori gestionali (IRAS 2-4-5) rappresentano alcuni *fattori di produzione* della ricerca, senza però che sia stato chiarito il significato di “produttività della ricerca”. Ed anche in questo caso a venire in rilievo sono gli “algoritmi” che non si ricordano tra loro tant'è che lo stesso ANVUR nella VQR 2011-2014 ha ridotto il peso degli indicatori gestionali (IRAS 2-4-5-6) dal 35% al 6%²⁴.

Problemi dunque, solo apparentemente tecnici, in quanto da questi algoritmi dipende (aspetto non banale) la distribuzione dei fondi²⁵.

Peraltro tali criticità sono alimentate anche dalla numerosità dei parametri di volta in volta utilizzati dal Ministero arrivati, in questi ultimi anni, a ventidue, e dalla scarsa trasparenza della procedura seguita. Infatti il ricorso a parametri diversi comporta l'impossibilità di poter para-

²² Cfr. sempre W. TOCCI, *La rete e il castello*, parte II, La valutazione mite dell'università, luglio 2016.

²³ Cfr. A. BANFI, G. Viesti, *Il finanziamento delle università*, in G. VIESTI (a cura di), *Università in declino. Un'indagine sugli atenei da Nord a Sud*, Fondazione Res, Roma 2016, 329 ss.

²⁴ Cfr. W. TOCCI, *La rete e il castello*, parte II-Porte chiuse all'ateneo, Link. Scheda sul sito del senato, 27 luglio 2017, nonché ID., *La valutazione mite dell'Università*, luglio 2016.

²⁵ Un esempio di quanto affermato lo si ritrova nell'articolo di V. Della Sala, *Università, l'algoritmo che manda l'87% dei soldi agli atenei del nord*, in *il Fatto Quotidiano*, 14 gennaio 2018, dove si richiama il caso dell'Università di Pescara, dipartimento di Chieti, che, sulla base dei criteri della valutazione della ricerca e dei progetti presentati (*nel caso di specie si trattava dei dipartimenti di eccellenza*), è risultato tra i migliori nella ricerca in fisica, nonostante che a Chieti non ci sia un corso di laurea in Fisica. Paradosso che si spiega se si considera che i risultati della ricerca nelle diverse aree disciplinari non sono direttamente comparabili, proprio per la ragione della diversità delle procedure di valutazione, in quanto in alcune discipline viene dato un maggior peso ad alcuni parametri rispetto ad altri. Così può accadere che due articoli riferiti ad ambiti disciplinari differenti, abbiano un punteggio diverso a seconda del loro ambito scientifico.

gonare i risultati della prima VQR con la seconda VQR, e dunque di non poter costruire una serie storica attendibile, mentre la procedura seguita dall'ANVUR di modificare i parametri dopo aver raccolto i dati, alimenta il dubbio che i parametri possano essere adattati, di volta in volta, ai risultati che l'ANVUR intende perseguire.

Sullo sfondo a far da cornice a queste criticità, primeggia la ipertrofia normativa vale a dire la definizione per norma dei parametri ottimali dei dipartimenti, dei corsi di studio, delle carriere... insomma di tutto, con uno spostamento della valutazione, dal piano della effettività della concorrenza e della competitività e della qualità dei servizi, al piano della *convergenza* verso la norma²⁶.

A tutto questo si aggiunge il fatto che i finanziamenti sono assegnati a ciascun Ateneo secondo il posizionamento delle *rispettive aree disciplinari rispetto a quelle nazionali*, con la conseguenza che nelle Università deboli c'è il rischio di penalizzare il dipartimento che è una eccellenza nella disciplina mentre un dipartimento inadeguato non subisce danni significativi se fa parte di una Università forte. Ed anche in questo caso è stato evidenziato che *l'algoritmo* prende in esame *non il valore assoluto* ma il *posizionamento relativo* dell'area disciplinare rispetto a quella nazionale per evitare il fenomeno della varianza che aumenta nei settori a prevalenza non bibliometrica, con il risultato, tuttavia, che "... *per risolvere una incongruenza se ne è creata un'altra in quanto i valori posizionali non dovrebbero essere sommati né sottoposti a valori di media*"²⁷.

Il problema vero è che il legislatore ha voluto creare un *modello standard* di Ateneo costruito su un *set* parziale (e per molti commentatori controverso) di funzioni, tutte dirette alla valorizzazione della ricerca sulla didattica, ovvero della capacità di un Ateneo di compensare i tagli con risorse esterne, od ancora della capacità di aumento delle tasse²⁸.

²⁶ Cfr. lo studio del CUN su *Università: le politiche perseguite, le politiche attese*, Roma 2017.

²⁷ W. TOCCI, *La rete ed il castello*, II parte, cit.

²⁸ Una nota positiva si può registrare per le Università del Sud, in quanto dai dati desumibili dalle tabelle del decreto sui fondi statali alle Università, risulta che le Università del Sud nel 2017 hanno avuto un incremento dei finanziamenti: per cui delle 21 Università che hanno avuto un incremento di FFO, 11 sono meridionali mentre 40 devono rinunciare a finanziamenti comunque nell'ambito ammesso dalla clausola di salvaguardia di flessione entro il 2,5% (nel 2017 la flessione massima è stata di 1,87%). Se si guarda alla quota premiale 28 Atenei hanno visto aumentare la propria assegnazione e 18 di questi sono del Sud mentre le diminuzioni più significative si sono registrate allo IUAV di Venezia e all'Università di Verona.

Volendo chiudere le considerazioni sugli indicatori e sui parametri della quota premiale, un'ultima considerazione merita, in materia di *performance* degli Atenei, la novità introdotta per la prima volta nel 2017, relativa al criterio dell'autonomia "responsabile" nella programmazione triennale (20%). Si tratta di una innovazione che nella sostanza rimette alla singola Università la scelta, tra gli indicatori previsti dal Decreto ministeriale (*didattica, ricerca, internazionalizzazione*), di quelli che dovrebbero consentire di valorizzare le proprie peculiarità formative e di ricerca²⁹.

3. (segue) *La ricerca tra il finanziamento del FFO e i finanziamenti ministeriali*

Le considerazioni che precedono hanno messo in luce come le innovazioni più significative che hanno interessato il funzionamento del sistema universitario riguardino principalmente le modalità di finanziamento del FFO. Per un quadro completo è però necessario soffermarsi anche sul finanziamento della ricerca, considerato che anche la Corte dei conti, nel suo Referto al parlamento "Sul sistema universitario" presentato nel novembre del 2017³⁰, ha rilevato che in Italia la ricerca si scontra con il "*nodo delle risorse finanziarie*" sia sul versante pubblico che sul versante privato, in quanto rispetto alla media europea dello 0,71% gli investimenti in ricerca e sviluppo si attestano in Italia intorno allo 0,56%³¹. Il

²⁹ Attualmente è in corso il triennio di programmazione 2016-2018 che, nelle finalità del Ministero, costituisce un triennio di forte impulso alla autonomia responsabile delle Università. Con il DM n.635 del 2016, relativo alle *Linee generali di indirizzo della programmazione delle Università 2016-2018*, e *gli indicatori per la valutazione periodica dei risultati*, gli Atenei sono stati impegnati a scegliere, tra i tre obiettivi strategici di sistema, i due per cui concorrere al finanziamento (complessivamente 303 milioni di euro) nel corso del triennio. Gli obiettivi del triennio 2016-2018 sono: Azioni di orientamento in ingresso e in *itinere* delle studentesse e degli studenti e internazionalizzazione dell'offerta formativa; Modernizzazione degli ambienti di studio e ricerca e innovazione delle metodologie didattiche; Valorizzazione dei docenti e reclutamento dei giovani.

³⁰ Cfr. Corte dei conti Sezioni riunite in sede di controllo, Referto sul sistema universitario, novembre 2017.

³¹ Cfr. Nel Referto sul sistema universitario presentato al parlamento dalle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti, novembre del 2017, la Corte evidenzia come emerge dal rapporto *Country Report* della Commissione europea 2017, che gli investimenti in ricerca e sviluppo risultino in Italia ancora inferiori a quelli degli altri paesi europei, con un divario registrato per la spesa pubblica di 0,56% contro una media europea dello 0,71%.

fenomeno va dunque analizzato sia in termini di formazione e reclutamento, sia in termini di progetti di ricerca.

3.1. *Il finanziamento della formazione alla ricerca*

Venendo al profilo della formazione alla ricerca, a venire in rilievo sono indubbiamente i finanziamenti previsti nel FFO per i dottorati di ricerca, essendo il dottorato lo strumento essenziale per qualificare non soltanto le attività di un Ateneo orientate alla ricerca, ma anche per alimentare il progresso culturale, scientifico, tecnologico ed economico di un paese. Ed è proprio in relazione a questo ruolo primario dei dottorati nella formazione alla ricerca, che devono leggersi i finanziamenti che dal 2016 hanno riguardato il FFO, finanziamenti che, al di là del *quantum*, denotano una attenzione maggiore ai profili di internazionalizzazione e di collegamento con il mondo del lavoro, attenzione che è venuta a sostanzarsi con l'introduzione dei c.d. *Dottorati innovativi* a caratterizzazione industriale, ai quali, nell'ambito della Sezione del FFO, è stata riservata una prevalenza nella misura del 60% del finanziamento rispetto al finanziamento dei dottorati tradizionali.

A mero titolo esemplificativo si riportano alcuni dati: nel FFO del 2016, sono stati destinati 135.435.762 milioni di euro per *Borse post lauream*, di cui non più del 10% per gli assegni di ricerca e dei restanti 128.435.765 milioni di euro per i Dottorati da suddividere tra istituzioni universitarie e 7.000.000 milioni da suddividere tra le Scuole Superiori ad ordinamento speciale, di cui almeno il 60% per i dottorati innovativi nell'ambito dei percorsi che possano essere progressivamente adeguati alle finalità del Piano nazionale della ricerca 2015-2017. Ugualmente nel FFO del 2017, sono stati previsti finanziamenti per le *Borse post lauream* con un leggero incremento (139.929.114 milioni di euro) ed ugualmente sono state previste le stesse percentuali per gli assegni e per i dottorati innovativi.

Finanziamenti a cui si devono aggiungere anche quelli dei Fondi europei, sia a livello centrale attraverso i bandi del Miur, sia a livello regionale con i bandi delle regioni. Così nel 2018 il Miur ha emanato un bando per 18.006.050 milioni di euro sull'asse *Investimenti in capitale umano, dottorati innovativi* del FSE (per 12 milioni sul Fondo sociale europeo e 5 milioni sul Fondo di rotazione) di cui 15.873.591 milioni riservati alle regioni meno sviluppate e 2 milioni alle regioni in transizione³², mentre le

³² Il MIUR ha emanato nel 2018 un Bando per l'attuazione delle misure per il so-

regioni nell'ambito del Programma operativo regionale (Por) del Fondo sociale europeo (FSE) 2014-2020 hanno emanato bandi per il finanziamento di dottorati con caratterizzazione industriale³³.

Iniziative, queste, tutte apprezzabili, che tuttavia lasciano aperta la questione del rapporto finanziario tra ricerca di base dei dottorati tradizionali e ricerca applicata dei dottorati innovativi, posto che il *favor* riservato alla ricerca applicata rispetto alla ricerca di base, potrebbe, se non adeguatamente bilanciato con le esigenze della ricerca di base, assumere caratteri di dubbia compatibilità con l'autonomia e la libertà della ricerca quale affermata dagli artt. 9 e 33 della costituzione³⁴.

Quanto all'altro aspetto del finanziamento che ha interessato i dottorati, vale a dire l'incremento dell'importo della borsa di dottorato, c'è da dire che lo stanziamento di 20 milioni di euro nell'ambito del FFO per il 2018 in realtà è solo in apparenza un incremento effettivo, posto che nella sostanza si è trattato di una compensazione dell'erosione che la borsa ha subito a causa dell'incremento delle aliquote contributive INPS sulla gestione separata, passate in pochi anni dal 27,78% al 34,23% nel 2018.

Non solo ma anche in questo caso si tratta di un incremento frutto non tanto di una volontà di aumentare lo stanziamento del FFO, quanto di uno storno deciso dal Miur per 5 milioni dal Fondo cattedre Natta, per una parte dal Fondo per la ricerca di base (FFABR), e per 2 milioni a regime dal FFO.

Il tutto da ricondurre ai nuovi criteri di valutazione e di accredita-

stegno del capitale umano previste all'interno del Programma operativo Nazionale FSE-FESR "Ricerca e innovazione 2014-2020" ricompreso nel Programma nazionale della ricerca 2015-2020 approvato dal Governo nella seduta straordinaria del 1° maggio 2016. Attraverso questo decreto le Università potranno proporre dottorati la cui frequenza dovrà svolgersi obbligatoriamente all'estero (da un minimo di 6 mesi ad un massimo di 8 mesi) e presso imprese (per la stessa durata). Il fine è quello di qualificare in senso industriale le esperienze formative e di ricerca, per migliorare la occupabilità e conseguentemente l'intero tessuto produttivo. Tali finanziamenti per tali tipi di dottorati sono rivolti alle Regioni in ritardo di sviluppo (Basilicata, Calabria, Campania, Puglia e Sicilia) e alle regioni in transizione (Abruzzo, Molise, Sardegna).

³³ A titolo meramente esemplificativo si segnala che nel 2018, la regione Toscana ha previsto un *budget* complessivo di 5 milioni e 400 mila euro per corsi di dottorato realizzati da partenariati fra università ed enti di ricerca, in collaborazione anche con imprese. Si tratta di borse che oltre a consentire un rapporto di osmosi tra ricerca e mondo del lavoro, alimentano il processo di internazionalizzazione, con la programmazione di soggiorni di studio e ricerca all'estero, e con l'obbligatorio utilizzo della lingua inglese.

³⁴ La letteratura su questi profili è amplissima. Da ultimo si segnala F. COSTANTINO, *Libertà di scienza tra autonomia universitaria e centralizzazione amministrativa*, Napoli 2018.

mento che dal 2014 sono stati rimessi all'ANVUR, secondo le linee guida dettate dal Miur con DM n.45 del 2013, linee e criteri che tuttavia, stando ai riscontri effettuati dalla Corte dei Conti nel Referto sul sistema universitario, sembrerebbero aver dato vita ad un sistema di valutazione articolato su indicatori e soglie numeriche nella fase iniziale di accreditamento, e su pochi parametri quantitativi (sommari e generici) nella valutazione *ex post* della qualità dei risultati, con l'effetto di un sistema funzionale alla ripartizione dei finanziamenti piuttosto che alla misurazione del miglioramento della qualità dei corsi di dottorato³⁵.

E comunque, al di là delle criticità dell'accREDITAMENTO, resta il dato inconfutabile che tra il 2013 ed il 2014 si è registrata una contrazione del numero dei corsi di dottorato addirittura del 40%, con una flessione più accentuata negli Atenei del Sud e delle Isole (-54,3%) e del Nord-Ovest (-43%) mentre è stata meno sensibile nelle Università del Nord-Est (-32%) e negli Atenei del Centro (-18,7%)³⁶.

Proseguendo sul piano della formazione alla ricerca, una considerazione a parte merita anche il Fondo per la ricerca di base (FFABR-istitui-

³⁵ A decorrere dal 2014, i criteri di ripartizioni sono stati modificati in accordo con quanto previsto dall'art. 13 del DM n. 45 del 2013, nel senso che è stato dato un maggior peso alla qualità della ricerca svolta dai membri del collegio dei docenti (40%), al grado di attrattività e di internazionalizzazione del dottorato (20% e 10%) e al grado di collaborazione con il sistema delle imprese e di ricaduta del dottorato sul sistema socio-economico (10%). Il restante 20% è stato attribuito alla dotazione dei servizi, risorse infrastrutturali e risorse finanziarie a disposizione del dottorato e dei dottorandi. Ebbene tali novità hanno prodotto anche sul numero degli studenti di dottorato un impatto negativo nel senso che il numero delle borse è nettamente diminuito, anche in riferimento al numero dei posti senza borsa.

³⁶ Cfr. sul punto Corte dei conti, Referto cit., 127 ss. Nella Nota integrativa alla legge di bilancio per l'anno 2017 e per il triennio 2017-2019, si è disposto che l'azione del Dipartimento per la formazione superiore e per la ricerca sarà rivolta: nel settore Università e formazione post-universitaria a: supportare, con una semplificazione delle regole di riferimento, 1) la capacità delle istituzioni del sistema universitario di elaborare e realizzare una programmazione strategica che valorizzi l'autonomia a livello locale entro un quadro di riferimento coerente con le linee di indirizzo definite a livello ministeriale anche ai fini della ripartizione delle risorse premiali; 2) semplificare le figure pre-ruolo del sistema universitario garantendo il merito e favorendo l'ingresso dei giovani nel mondo della ricerca; 3) rivedere i processi di accreditamento spostando l'attenzione verso la valutazione *ex post* e a semplificare le regole di accreditamento iniziale dell'offerta formativa; 4) sostenere, con meccanismi di incentivazione finanziaria, l'attività dei migliori dipartimenti di ciascuna area disciplinare nello sviluppo della ricerca e nella promozione dei migliori ricercatori; 5) rafforzare strumenti di reclutamento quali chiamate dirette e attrazione di vincitori dei programmi ERC; 6) riallineare, compatibilmente con le risorse disponibili, le dinamiche retributive dei professori e dei ricercatori delle università rispetto al blocco del periodo 2011-2015.

to a decorrere dal 2017), per la ragione che tale Fondo, nonostante la denominazione, non si caratterizza per il finanziamento di singoli progetti di ricerca, ma per il finanziamento *premiabile individuale*. Il Fondo, istituito con uno stanziamento di 45 milioni di euro, avrebbe dovuto garantire un finanziamento annuale di 3.000 euro a 15.000 ricercatori e associati (75% del fondo destinato alle domande dei ricercatori ed il 25% alle domande dei professori associati). Fondo che già con il d.l. n.50 del 2017 e la legge di bilancio n.205 del 2017, ha visto la sua dotazione ridotta a 20 milioni nel 2018 e 19 milioni nel 2019, con la precisazione che dal 2018 il numero dei beneficiari dei finanziamenti sarà determinato in relazione all'importo complessivo.

Ebbene tale iniziativa, in teoria condivisibile, nella sua attuazione pratica si è rivelata un quasi fallimento. Infatti il bando, con la riconduzione della logica premiabile a criteri di valutazione diversi da quelli utilizzati in altre procedure (ASN e VQR), vale a dire con una valutazione basata su indici bibliometrici, e con l'assegnazione sul numero delle domande e non sugli aventi diritto, si è subito rivelato poco chiaro. Ad aumentare l'incertezza si è aggiunta anche la singolarità della procedura, che prevedeva una prima fase in cui i ricercatori dovevano caricare i prodotti della ricerca ed una seconda fase in cui gli stessi dovevano, a distanza di mesi, confermare il proprio interesse a partecipare alla selezione, pena la esclusione. Il concorso di tutti questi "fattori" ha fatto sì che molti o non hanno fatto domanda o non hanno confermato la propria partecipazione, con il risultato che dei 30 milioni stanziati soltanto la metà sono stati assegnati a 7.500 ricercatori e 2.500 associati, con un risparmio di 15 milioni di euro rientrati nella piena disponibilità decisionale del Miur e utilizzati in parte per operazioni di storno da un Fondo all'altro.

3.2. I finanziamenti ministeriali dei progetti di ricerca

Ma se la situazione del finanziamento della formazione alla ricerca è critica, ancora più critica si presenta la situazione dei finanziamenti ministeriali dei progetti di ricerca.

La criticità è dimostrata dalle vicende che hanno caratterizzato i finanziamenti di FIRST, PRIN, FIRB, non solo in termini di risorse ma anche in termini di discontinuità temporale, variabilità delle modalità di predisposizione del progetto e della relativa durata, nonché delle modalità di valutazione.

Così da una selezione prevalentemente locale, basata su quote asse-

gnate agli Atenei, si è passati ad una soluzione intermedia con una prima preselezione dell'Ateneo, fino ad arrivare al ritorno ad una selezione puramente nazionale, a cui si sono aggiunte tutte quelle variabili sopra richiamate che, combinate con l'esiguità delle risorse, hanno finito per finanziare i soli progetti che avevano conseguito il *punteggio pieno* (praticamente numeri irrisori), con l'aggravante dell'opinabilità del punteggio a fronte della scarsa omogeneità delle metodologie di giudizio e dell'opacità dei criteri di nomina dei comitati di selezione.

Ma al di là delle parole contano i fatti e un breve *excursus* dei finanziamenti dal 2007 ad oggi, vale a rendere palese quanto sia grave la situazione del finanziamento della ricerca in Italia.

Ebbene con la legge finanziaria n. 296 del 2006, art. 1, commi 870-874, è stato istituito il *Fondo per gli investimenti nella ricerca scientifica e tecnologica* (FIRST), al fine di garantire la massima efficacia degli interventi nel settore³⁷.

Tale Fondo, nel quale erano confluite tutte le risorse destinate al sostegno delle attività di ricerca industriale e di ricerca di base (FAR, FIRB, PRIN), doveva finanziare interventi a sostegno della *ricerca di base*, interventi a sostegno della *ricerca industriale*, interventi di *innovazione sociale*, *interventi integrati di ricerca*, *formazione di capitale umano*, *trasferimento tecnologico* e *spin-off* (finalizzati allo sviluppo di *cluster* tecnologici nazionali), nonché *progetti di ricerca inseriti in accordi e programmi comunitari e internazionali*.

A tale fine la legge finanziaria per il 2007 (l. n. 296/2006) aveva previsto anche risorse integrative per un importo di 300 milioni per gli anni 2007 e 2008, e di 360 milioni per il 2009. Sennonché con l'entrata in vigore della riforma del sistema universitario (legge n.240 del 2010) a partire dal 2010 gli stanziamenti previsti per la ricerca non sono stati riconfermati, al punto che le esigue somme stanziare nel bilancio annuale hanno consentito quasi esclusivamente il finanziamento dei progetti di ricerca di interesse nazionale (PRIN), nel cui ambito la legge n.240 del 2010 e la legge n.35 del 2012 (d.l. n. 83/2012) hanno previsto (DM n. 15 del 2013), riserve di risorse da destinare per almeno il 5% ai progetti internazionali e per almeno il 10% ai progetti coordinati da giovani ricercatori *under-40*. Praticamente percentuali da calcolare sul quasi-nulla!

La conseguenza di questo processo è stata che, nonostante le prege-

³⁷ Disposizioni procedurali per la concessione delle agevolazioni a valere sulle relative risorse finanziarie, a norma degli articoli 60, 61, 62 e 63 del d.l. n.82 del 2012 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 134 del 2012, a cui segue il D.M. n. 115 del 2013.

voli finalità che il Fondo FIRST avrebbe dovuto perseguire, e nonostante che, con il DM n. 593 del 2016, siano state approvate le disposizioni per la concessione delle agevolazioni finanziarie previste dal d.l. n. 83 del 2012, in forma di *contributi a fondo perduto, finanziamenti agevolati, garanzie, voucher di innovazione e credito di imposta*³⁸, le risorse assegnate al FIRST, ripartite nel settembre 2016 sono state ancora ridotte rispetto al 2015, raggiungendo i 58,8 milioni di cui 9 milioni sono stati destinati a specifici interventi riguardanti progetti di cooperazione internazionale, 10 milioni alle linee di azione del nuovo Piano nazionale di ricerca (Fare ricerca in Italia) e appena 39,8 milioni sono stati finalizzati a supporto della ricerca fondamentale nell'ambito degli Atenei (PRIN), di cui 6 milioni destinati ad una specifica linea di intervento riservata ai giovani ricercatori under-40, a valere su altri fondi gestiti dal Ministero.

La situazione del Fondo FIRST si è presentata in termini ancora più critici se si considera che l'indagine condotta dal CUN ha rilevato che, con l'eccezione dei PRIN e dei FIRB, non è stato possibile avere riscontri sulle altre azioni effettive e sui risultati conseguiti dal FIRST sino a tutto il 2016³⁹.

Venendo pertanto a considerare gli unici due finanziamenti della ricerca su cui sussistono riscontri effettivi, vale a dire PRIN e FIRB, è sufficiente fare riferimento all'ammontare dei finanziamenti per avere un quadro significativo della situazione della ricerca di base.

Partendo dai PRIN, i dati dei finanziamenti degli ultimi dieci anni, evidenziano un costante disinvestimento nella ricerca aggravato da due fattori: quello della mancata previsione di soluzioni di recupero per gli anni (2013/2014) in cui addirittura non ci sono stati bandi, e quello della modifica della durata dei progetti passata da due a tre anni. Così nel bando PRIN 2008 (DM 4 dicembre 2008 n. 992), l'importo complessivo ammontava a 95.994.000 euro per progetti di durata biennale; nel bando PRIN 2009 (DM 19 marzo 2010 n.51), l'importo complessivo ammontava a 105.977.007 euro per progetti di durata biennale; nel bando PRIN 2010-2011(DM 12 gennaio 2012, n. 2), l'importo complessivo del finanziamento ammontava a 169.671.851 euro per progetti di durata triennale (progetti preselezionati dagli Atenei 673, progetti approvati 247, con una

³⁸ Con Decreto Direttoriale n.2759 del 2017, sono state fissate anche le Linee guida per le agevolazioni finanziarie.

³⁹ Cfr. lo studio del CUN su *Università: le politiche perseguite e le politiche attese*, cit., 46.

percentuale di successo del 36% e con un finanziamento medio per progetto di 688 mila euro).

Ma la situazione più critica si è raggiunta nel 2012, quando il bando PRIN 2012 (DM 28 dicembre 2012 n.957), è arrivato ad un importo complessivo di 38.259.894 euro al netto della quota per il funzionamento (1.183.296 euro) sempre per progetti di durata triennale (progetti preselezionati dagli Atenei 1444, progetti approvati 141, con una percentuale di successo del 10%, e con un finanziamento medio per progetto di 271 mila euro.

Nel bando PRIN 2015 (DD 4 novembre 2015, n.2488), si è registrato un leggero recupero con un importo complessivo di 91.908.209 euro netti per progetti di durata triennale. Progetti presentati 4431, progetti approvati 300, percentuale di successo 6,8%, con un finanziamento medio per progetto di 306 mila euro.

L'unica inversione di tendenza sembrerebbe registrarsi nel bando PRIN 2017 (DM 27 dicembre 2017, n.3728), ove l'importo complessivo di circa 390 milioni di euro è risultato il quadruplo dei finanziamenti disponibili nell'ultimo decennio. Risultato dunque positivo. Tuttavia anche in questo caso il condizionale è d'obbligo posto che i nuovi criteri, o meglio, i vincoli introdotti rispetto ai bandi precedenti, quali le limitazioni del numero delle unità di ricerca e dei docenti esterni all'università cui appartiene l'unità, nonché la istituzione di una linea per il Sud e la possibilità anche per i ricercatori non strutturati di poter presentare progetti nella linea giovani, compreso il personale degli enti pubblici di ricerca vigilati dal Miur, hanno conferito al bando le caratteristiche proprie dei finanziamenti a pioggia, con l'aggravante di aver fatto venir meno, con il limite delle unità, anche quella osmosi che veniva a configurarsi attraverso progetti che mettevano insieme più unità di ricerca appartenenti al centro, al nord ed al sud⁴⁰.

Ma se la situazione dei PRIN delinea un quadro non edificante del finanziamento della ricerca di base, ancora meno edificante si presenta la situazione dei FIRB (Fondo per gli investimenti della ricerca di base) che dopo il bando del 2010, si è concretizzata soltanto con il *programma SIR nel 2014*. In pratica dallo studio del CUN, risultano esperiti il bando FIRB 2010 "Futuro in ricerca" per giovani ricercatori (DM 9 aprile

⁴⁰ Il bando Prin 2017 ha previsto una ripartizione dei finanziamenti secondo questi importi: Linea principale con una dotazione di 305 milioni di euro, Linea giovani con una dotazione di 22 milioni di euro, Linea Sud con una dotazione di 64 milioni (rivolta a tutte le regioni in ritardo di sviluppo o in transizione).

2010 n. 85), per un importo complessivo di 50 milioni, ed il bando sul *Programma SIR (Scientific Independence for young Researchers)* per un importo complessivo di 54 milioni (bando Sir 2014, DD 23 gennaio 2014 n. 197).

4. *Riflessioni sul cacciatore con il fucile spianato*

Le considerazioni sin qui svolte più che portarci a delle conclusioni ci portano a fare delle riflessioni su di un sistema, quello universitario, sempre più diretto dal Miur e dall'Anvur che, nell'applicare criteri meritocratici attraverso il ricorso a formule e logaritmi, spesso incomprensibili ai più, hanno cercato di giustificare un processo di disinvestimento del sistema universitario accompagnato da una parallela riduzione dei margini di autonomia decisionale dei singoli Atenei.

Ed infatti, a completamento di questo "processo" che, purtroppo, ci riporta ad un lontano passato, sovrviene anche l'*armonizzazione* dei bilanci pubblici di cui all'art. 117, c. 1 lett. e, della costituzione, che con una inversione di rotta rispetto all'ampia autonomia regolamentare che era stata introdotta con la legge n.168 del 1989, ha previsto con il d.lgs. n. 91 del 2011 (art. 5, c. 5, lett. a) una normativa specifica che ha imposto a tutte le Università "*l'introduzione di un sistema di contabilità economico-patrimoniale e analitica, del bilancio unico del bilancio consolidato di Ateneo, sulla base dei principi contabili e schemi di bilancio stabiliti, ed aggiornati dal Miur di concerto con il Mef, sentita la Crui...*".

Ebbene il nuovo sistema adottato con due anni di ritardo (dlgs.n.18 del 2012), ha introdotto dal 1° gennaio del 2015 la contabilità economico-patrimoniale ed analitica, secondo criteri di rappresentazione uniforme per tutti gli Atenei⁴¹. Uniformità più che comprensibile se si considerano le esigenze di coordinamento e di controllo degli equilibri di finanza pubblica⁴², ma che lascia alquanto perplessi se si considera che le

⁴¹ Tale uniformità è rappresentata da: a) bilancio unico di Ateneo di previsione annuale autorizzatorio composto dal *budget* economico e dal *budget* degli investimenti, b) bilancio unico di Ateneo di previsione, c) bilancio unico di Ateneo d'esercizio, redatto con riferimento all'anno solare composto dallo stato patrimoniale, conto economico, rendiconto finanziario, nota integrativa e corredato da una relazione sulla gestione, d) bilancio consolidato con le proprie aziende, società o gli altri enti controllati, con o senza titoli partecipativi, qualunque sia la forma giuridica, composto da stato patrimoniale, conto economico e nota integrativa.

⁴² Peraltro proprio nella linea dell'armonizzazione va l'art. 4 del d.lgs. n.18 del

attività del sistema universitario non sembrano propriamente riconducibile a quella impostazione squisitamente economico-patrimoniale tipica delle aziende.

Ed infatti per ovviare a questa incongruenza il legislatore ha adottato una soluzione di *compromesso*, imponendo alle Università l'adozione di un bilancio unico di previsione annuale con carattere *autorizzatorio* dei costi e degli investimenti dell'esercizio, vale a dire un bilancio redatto secondo il criterio della competenza economica che però ha il valore giuridico tipico della competenza finanziaria. L'effetto di una soluzione del genere è stato ovviamente quello di non attribuire chiarezza e trasparenza alle voci di bilancio, generando nel contempo incoerenze per gli aspetti inerenti la rilevanza che la cassa riveste nei bilanci di natura economica, e per gli aspetti di carattere metodologico in quanto ha determinato che *"...nella predisposizione di un bilancio preventivo economico... le stime dei costi e le previsioni di ricavi present(i)ano margini di discrezionalità superiori alle previsioni di spesa e di entrata tipiche del bilancio finanziario..."*. Margini di discrezionalità, particolarmente significativi soprattutto su poste rilevanti del bilancio, come quelle relative alle componenti monetarie quali gli ammortamenti, le svalutazioni e le plusvalenze, nonché sulle poste relative agli investimenti⁴³. Peraltro, in quest'ultimo caso, secondo le considerazioni svolte dalla Corte dei conti nel Referto sul sistema universitario *"... il criterio della competenza economica nell'imputare le quote di prevedibile realizzo degli investimenti nel corso dell'esercizio e la totalità delle risorse acquisite da terzi finanziatori, potrebbe evidenziare differenze di valore nella imputazione dell'anno con il rischio di rendere meno trasparente la gestione in conto capitale"* tenuto conto che il budget ha la funzione di indicare le fonti di *copertura* nell'esercizio considerato.

Del resto che il legislatore non abbia tenuto conto delle specificità del sistema universitario e che, nella sostanza, abbia costruito un sistema che ha messo *sotto tutela* le Università, lo si ricava anche dall'aver pedissequamente esteso alle Università le norme del Testo unico sulle partecipate (d.lgs. n.175 del 2016) su i cui effetti negativi, specie in riferimento ai

2012, in forza del quale le università sono tenute alla predisposizione di un apposito prospetto, da allegare al bilancio unico di Ateneo, contenente la classificazione della spesa complessiva per missioni e programmi corredati con l'indicazione della corrispondente codificazione della nomenclatura COFOG di II livello sulla base di un elenco e di criteri definiti con decreto dal Miur.

⁴³ Cfr. Corte dei conti, Referto sul sistema universitario, cit., 43.

piani di razionalizzazione e dismissione, sarebbe necessaria una ulteriore e specifica riflessione non possibile in questa sede.

Volendo dunque chiudere le riflessioni sul sistema universitario, merita un'ultima considerazione la vicenda della *proroga* della sospensione del regime di tesoreria unica c.d. misto⁴⁴, inizialmente fissata al 31 dicembre 2017 e successivamente spostata, con la legge di bilancio 2018, al 31 dicembre 2021. Ebbene tale *proroga* che sicuramente sarà oggetto di ulteriori "*proroghe*", in realtà ha trasformato, nella sostanza, il regime di tesoreria misto delle Università, che sono passate, senza il clamore che avrebbe suscitato un intervento legislativo di soppressione della sistema di tesoreria misto, al regime di *tesoreria unica*, che impone alle amministrazioni pubbliche il versamento di tutte le entrate, comprese le entrate proprie, sul conto di tesoreria delle sezioni di tesoreria provinciale dello Stato. Il che ha comportato per le Università un effetto negativo su due fronti: quello finanziario, con la perdita delle ulteriori risorse derivante dagli interessi attivi sulle giacenze (delle entrate proprie) presso l'Istituto Cassiere, quello politico, con la perdita del governo della liquidità, passata ora interamente nelle mani del Mef.

Ma se così è, e l'analisi sin qui condotta non sembra lasciare dubbi, è evidente che il sistema universitario è stato messo *sotto tutela* in tutti i suoi aspetti e non soltanto sotto quello finanziario, e la risposta che è possibile dare all'interrogativo che si era posto all'inizio di questa analisi, se cioè la riforma e le successive leggi di attuazione e di modifica, potessero rappresentare "la foresta e il cacciatore nascosto con il fucile spianato", è una sola: il cacciatore non soltanto c'è, ma, nello *spianare il fucile*, non si è neppure nascosto.

⁴⁴ Il sistema di tesoreria c.d. misto consente di non versare in tesoreria dello Stato le entrate proprie e di versarle presso il conto intestato all'Università presso l'Istituto Cassiere.

ATTUALITÀ

Carta di Nizza e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Note a margine della sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale

Marta Caredda

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Le violazioni della Carta dei diritti fondamentali *come* questioni di costituzionalità. – 3. Le possibili ragioni e finalità del nuovo indirizzo. – 4. Sul futuro non certo: tra adesioni e resistenze.

1. *Premesse.* – La sentenza n. 269 del 14 dicembre 2017 della Corte costituzionale ha deciso con una pronuncia di rigetto una questione, sollevata in via incidentale, riguardante la legittimità costituzionale del sistema di finanziamento dell’Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM). Tra gli altri profili affrontati, c’è quello, che qui più interessa, della compatibilità tra diritto europeo e diritto italiano.

In particolare, nel giudizio principale una parte aveva richiesto l’applicazione diretta del diritto dell’Unione europea (con conseguente non applicazione della norma interna che regola la materia), mentre il giudice, non ritenendo le norme italiane in contrasto con quelle sovranazionali, aveva deciso di sollevare questione di legittimità costituzionale per la violazione di due articoli della Costituzione italiana. Il diritto europeo in questione era rappresentato dagli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione. La Corte costituzionale, ritenendo di doversi pronunciare nel merito, premette alla decisione vera e propria una “precisazione” che riguarda la possibilità per i giudici ordinari di applicare direttamente le norme della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione europea, sostituendole per il caso concreto al diritto nazionale con esse eventualmente contrastante. Allora, tale breve ma importante passaggio della motivazione non è servito tanto alla soluzione del caso di specie, però, in cambio, ha affermato qualcosa di nuovo in termini di rapporti tra l’ordinamento italiano e quello europeo, in materia di diritti umani, e anche tra Corti nazionali e Corte di Giustizia dell’Unione.

I contenuti della pronuncia, sul punto, sono molto simili a quelli di una decisione del giudice costituzionale austriaco risalente al 2012: può dirsi che entram-

be le Corti hanno avuto qualcosa da chiarire in ordine al ruolo che intendono ricoprire all'interno del sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali.

2. *Le violazioni della Carta dei diritti fondamentali come questioni di costituzionalità.* – Sembra che la Corte abbia voluto distinguere, per la prima volta, la situazione in cui il giudice sospetti la violazione del diritto europeo primario e derivato, quando direttamente applicabile, dalla situazione in cui sospetti invece il contrasto con la Carta di Nizza. La «precisazione» intende dunque chiarire le idee ai giudici sulla possibilità di disapplicare immediatamente la legge interna asseritamente incompatibile con le norme della Carta dei diritti (punto 5.2 della motivazione in diritto).

La CDFUE, è questo il punto, è *materialmente* speciale, avendo un «contenuto tipicamente costituzionale»: «i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)». «Pertanto, le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte»; «questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE».

Nelle ipotesi di contrasto tra una disposizione di legge nazionale e il diritto dell'Unione, si era abituati a distinguere i casi in cui la legge interna andava disapplicata da quelli in cui era doveroso sollevare questione di legittimità costituzionale in forza della distinzione tra norme europee direttamente applicabili e norme europee non direttamente applicabili¹: alle prime va riconosciuto il primato sulla legislazione interna e la applicazione immediata. La Corte costituzionale sembra affermare che nei casi di contrasto con gli articoli della CDFUE, che pure ha assunto valore giuridico pari a quello dei Trattati, però, da adesso in poi, si deve tenere presente la natura del contenuto, “tipicamente costituzionale” delle norme, e non la loro struttura o efficacia (criterio sostanziale e assiologico riferito alla appartenenza alla “materia” costituzionale)²: la violazione di nor-

¹ Sul punto, in particolare, si veda la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 9 marzo 1978 C-106/77, cd. sentenza Simmenthal e, per l'Italia, la successiva sentenza n. 170 del 1984, cd. sentenza Granital. Ricorda e ribadisce i criteri per la soluzione dei contrasti tra diritto interno ed europeo anche la stessa Corte costituzionale nella sentenza che si commenta, al punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

² Così A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme*

me (sostanzialmente) costituzionali viene verificata dal giudice costituzionale. In questo modo non si valorizza la distinzione, marcata dalla stessa Carta (cfr. le Spiegazioni alla CDFUE), tra “rights” and “principles”, e sino a momenti recenti tenuta in considerazione dalla Corte costituzionale stessa. La diretta applicabilità del diritto europeo, infatti, rappresentava un requisito di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata: come dire, non avrebbe senso giudicare la costituzionalità di una norma che non troverà applicazione nella controversia *a quo* (secondo le norme del processo costituzionale, la questione sarebbe carente del requisito della rilevanza)³.

La sentenza n. 269, comunque sia, propone delle riflessioni che in dottrina si andavano affermando, non esprimendo, dunque, una posizione inedita o completamente isolata⁴; è facilmente riconoscibile «l'*humus* nel quale essa è maturata»⁵. La stessa decisione, poi, dichiara di assumere la posizione da tempo espressa da altre Corti costituzionali europee, in particolare dalla Corte austriaca, richiamando la decisione U 466/11-18; U1836/11-13. In effetti, essa ha affermato che «the CFREU has now enshrined right as they are guaranteed by the Austrian Constitution in a similar manner as constitutionally guaranteed rights» e che «it follows from the equivalence principle that the rights guaranteed by the CFREU may also be invoked as constitutionally guaranteed rights». Precisa anche che

dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in Rivista di Diritti comparati, 3/2017, § 3.

Si può aggiungere che è ad ogni modo di rilievo, almeno per quanto riguarda il dibattito giuridico-dottrinale italiano, che si sia preso posizione sull'esistenza di una *materia costituzionale* o, se si vuole, di una Costituzione “in senso materiale” capace di discostarsi dalla dimensione “formale” della Carta fondamentale. Per dare uno sguardo “aggiornato” all'idea, che come è noto si deve a Costantino MORTATI (*La Costituzione in senso materiale*, Milano 1998, prima ed. 1940; voce *Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, 1962), si può vedere il Volume di A. CATELANI, S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di una idea*, Milano 2001, 21 ss.

³ Cfr., da ultimo, Corte cost. sent. n. 111 del 2017. D'altro lato, la Corte di Cassazione italiana ha recentemente domandato alla Corte di Giustizia dell'UE, ex art. 267 TFUE, se l'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione, sul divieto di *bis in idem* in materia penale, sia direttamente applicabile dai giudici italiani o non lo sia (cfr. Corte di cassazione civile, ordinanza n. 23232 del 15/11/2016; Corte di cassazione civile, ordinanza n. 23233 del 15/11/2016).

⁴ Si legga, in proposito, un recente contributo di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 4/2017, che scriveva che «potrebbe essere riconosciuto alla Corte italiana il potere di valutare l'eventuale contrasto delle norme nazionali – per il tramite interposto dei principi europei coinvolti – con le norme costituzionali che prescrivono il vincolo degli obblighi comunitari (vale a dire gli artt. 11 e 117 primo comma)», precisando però che «allorché l'antinomia riguardi un norma nazionale in contrasto con principi (od obbiettivi), diventa appropriato il coinvolgimento delle Corti costituzionali». Si veda anche M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, che, in via generale, affermava che «la materia costituzionale che la Carta ha introdotto nel tessuto dei trattati spiega [...] il ritorno delle Corti costituzionali nazionali sulla scena europea», 15.

⁵ Così R.G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, dicembre 2017, 2. Il lavoro citato è compreso all'interno del dibattito promosso dal Forum di QC, che ha accolto altri pregevoli commenti alla decisione n. 269.

«this is true if the guarantee contained in the CFREU is similar in its wording and purpose to rights that are guaranteed by the Austrian Constitution» e che di conseguenza «one would therefore have to decide on a case-by-case basis which right of the CFREU constitutes a standard of review for proceedings before the Constitutional Court». La Corte costituzionale italiana, forse, si esprime più genericamente, assumendo che, in virtù del suo contenuto, le violazioni della CDFUE si risolvano quasi sempre in casi di “doppia pregiudizialità”⁶.

3. *Le possibili ragioni e finalità del nuovo indirizzo.* – A seconda di quali profili della argomentazione si valorizzino, sono possibili diverse letture. Non appare ora chiara, e solo il tempo potrà disvelarla, la finalità della “precisazione”.

Immediatamente, viene da pensare che così il giudice costituzionale italiano voglia recuperare una posizione di centralità, per «evitare che il rapporto diretto fra la Corte di Giustizia e i Giudici comuni porti ad aggirare (*contourner*) le funzioni delle Corti costituzionali»⁷, andando, per quanto direttamente concerne la Carta dei Diritti, in senso contrario a quanto stabilito dalla sent. Granital, per intendersi. Come a voler reagire ad una impressione secondo cui, nelle ipotesi di doppia pregiudizialità, il principio del primato del diritto europeo e il connesso strumento della disapplicazione delle norme interne da parte dei giudici finiscono per depistare dal controllo di costituzionalità delle leggi potenzialmente lesive di diritti fondamentali. La decisione, infatti, secondo autorevole dottrina, «certamente segna un ritorno al ruolo centrale della Corte costituzionale nella tutela dei diritti fondamentali»; «al contempo in qualche misura chiude la via all’applicazione diretta sia delle disposizioni costituzionali che di quelle sovranazionali attinenti ai diritti»⁸.

Ma è ben possibile anche che la Corte italiana intenda così incrementare le occasioni di collaborazione con la Corte di Giustizia dell’Unione, in materia di diritti, garantendosi però un dialogo “tra pari”, tra soggetti che hanno eguale potere di garantire i diritti per il tramite della Carta di Nizza. «La Corte» – è scritto – «giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l’ordine di volta in volta appropriato [...]»,

⁶ G. PISTORIO, *Conferme e precisazioni nel «cammino comunitario» della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, in *diritticomparati.it*, 11.01.2017, sembra diversamente attribuire all’indicazione della Corte costituzionale un ambito applicativo specificamente limitato: dal fatto che «i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana» deriverebbe il dovere di sollevare le questioni di costituzionalità solo «qualora una norma nazionale contrasti tanto con una norma della Carta, quanto con una norma della Costituzione», come se fosse sempre richiesta una puntuale verifica della coincidenza tra i contenuti delle norme italiana ed europea.

⁷ A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 3.

⁸ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna 2018, 220.

«il tutto, peraltro, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)». Questo richiamo espresso alle occasioni in cui la Corte costituzionale ha richiesto il parere in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia potrebbe leggersi come un vero e proprio “impegno” al dialogo⁹, che escluderebbe la volontà di realizzare un “monopolio” nella protezione dei diritti fondamentali.

Cambiando poi prospettiva, togliendo attenzione al ruolo svolto dalle Corti e guardando bensì ai rapporti tra ordinamenti giuridici (al diritto, in senso oggettivo), si può ritenere che in Italia si voglia evitare quello che è stato definito “effetto di traboccamento” («una sorta di *spill-over effects*»)¹⁰; si voglia evitare cioè che la Carta dei diritti venga applicata direttamente dai giudici comuni al di fuori del suo ambito applicativo – circoscritto alle materie di rilevanza comunitaria – che essa stessa ha segnato all’art. 51. È stato recentemente notato che alle volte i giudici utilizzano la Carta per decidere le controversie, anche sostituendola alle norme costituzionali, cioè richiamandola in casi in cui lo stesso diritto è garantito anche in un articolo della Costituzione. E’ capitato, dunque, che si disapplicasse la norma in contrasto con la CDFUE invece di sollevare una questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale¹¹, anche senza curarsi di verificare se l’oggetto della lite appartenesse alle aree di competenza dell’Unione europea.

«Quale [è] il valore di una Costituzione se non riesce a mantenersi nella coscienza collettiva quale sede principale dei diritti fondamentali del cittadino?»¹², ci si è di recente chiesti proprio in riferimento al tema di cui ci stiamo occupan-

⁹ Cfr. Ordinanza n. 103 del 2008, Ordinanza n. 207 del 2013, Ordinanza n. 24 del 2017 (citata nella sentenza). Sulla collaborazione tra Corti Supreme e costituzionali degli Stati membri e Corte di Giustizia dell’UE per la protezione dei diritti fondamentali a seguito dell’entrata in vigore della Carta di Nizza si veda M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., 2 ss.

¹⁰ Cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 4.

¹¹ Per un’analisi dell’evoluzione del fenomeno della disapplicazione di norme interne per contrasto con la Carta di Nizza, dopo il 2009, si veda T. GUARNIER, *I giudici italiani e l’applicazione diretta della Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, in L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Napoli 2013, 137 ss., spec. 150 ss.

¹² A. BARBERA, *op. cit.*, 4, che precisa che, senza particolari differenze, giudici ordinari, amministrativi e tributari fanno un uso per così dire generalizzato della Carta di Nizza. Come si ricorderà, invece, la Corte costituzionale ha dato indicazioni precise sull’ambito di applicazione della Carta da parte dei giudici comuni, ad esempio nella nota sent. n. 80 del 2011: «Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all’esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell’Unione» poiché «in sede di modifica del Trattato si [è] inteso evitare nel modo più netto che l’attribuzione alla Carta di Nizza dello “stesso valore giuridico dei trattati” abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell’Unione».

Secondo altre opinioni, diversamente, il fenomeno della applicazione “spregiudicata” della CDFUE a scapito della legge italiana è poco consistente e non dovrebbe preoccupare in questo senso. Così, ad esempio, V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223*

do. A ben vedere, un problema simile si era posto con la CEDU: è capitato che venisse applicata direttamente, comportando una disapplicazione incontrollata di leggi nazionali; è capitato poi che venisse evocata come parametro di legittimità costituzionale anche nei casi in cui vi erano norme costituzionali che proteggevano gli stessi diritti. Si scriveva, infatti, che era necessaria una valorizzazione del parametro interno, quando possibile, per evitare che la Costituzione sembrasse sempre aver bisogno di “integrazioni” dal diritto internazionale anche quando così in effetti non era. La CEDU, si scriveva, «dovrebbe, insomma, intendersi come “residuale”, concretamente evocabile o comunque utilizzabile quale autonoma ragione della dichiarazione di incostituzionalità, solo ove il vincolo da esso discendente non sia ricavabile da altro disposto costituzionale»¹³.

Pare che la valorizzazione del parametro costituzionale interno, quando lo stesso diritto sia tutelato *anche* da altre Carte dei diritti, sia la premessa logica anche della “precisazione” che qui si commenta. Anzi, in maniera più chiara e netta, la sentenza n. 269 del 2017 conclude che «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)», come in verità aveva già sottolineato anche la Corte austriaca nella decisione prima richiamata¹⁴.

4. *Sul futuro non certo: tra adesioni e resistenze.* – Qualcosa di nuovo, insomma, nel panorama dei rapporti tra ordinamento italiano e (una parte del) diritto dell’Unione europea. Sembra opportuno ragionare, allora, sul seguito di questa pronuncia, per come è verosimile immaginarlo in questo momento. È forse possibile pensare a due scenari. I due opposti obiettivi – (ri)acquisizione di centralità o intensificazione del dialogo – compaiono infatti come termini di un medesimo ragionamento, nel momento in cui si afferma che, quando si tratti della violazione di diritti garantiti dalla Costituzione e dalla CDFUE, «*debba* essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, *fatto salvo il ricorso* al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 267 del TFUE».

Da un lato, si potrebbe considerare che è sempre possibile percorrere la via della richiesta del parere ex art. 267 TFUE, poiché la Corte di Giustizia rimane ad ogni effetto un “terminale facoltativo” del dialogo, dando consisten-

del 21 febbraio 2018. *L’interpretazione conforme come strumento di “sutura” post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1/2018, 298.

¹³ Cfr. M. RUOTOLO, *L’incidenza della CEDU sull’interpretazione costituzionale. Il “caso” dell’art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2013, 7.

¹⁴ Cfr. punto 5.2 del *Considerato in diritto*, sentenza n. 269; punto 5.5 delle *Considerations*, decisione della Corte costituzionale austriaca U 466/11-18; U 1836/11-13 del 14 marzo 2012.

za al rischio che l'indicazione (: l'invito a sollevare la questione di legittimità costituzionale in casi di doppia pregiudizialità) venga sostanzialmente ignorata. D'altronde, oramai i giudici si riconoscono nel compito, affidatogli proprio dalla Corte di Giustizia, di applicare preferenzialmente e direttamente il diritto dell'Unione¹⁵, tenendo presente la possibilità di chiedere indicazioni sulla sua interpretazione ed applicazione al giudice naturale del diritto europeo, quando necessario. Dall'altro lato, invece, non si deve escludere che l'inaugurato orientamento suggerisca ai giudici: invero, pur comparando in un *obiter dictum*, il messaggio è espresso in maniera chiara e rotonda, e potrebbe indurli a non applicare più direttamente la Carta di Nizza dando il passo all'intervento del giudice costituzionale¹⁶. Su un piano puramente ipotetico, la "precisazione" contenuta nella sent. 269 potrebbe avere anche delle "potenzialità espansive". Se, infatti, si valorizzasse il criterio sostanzialistico utilizzato nell'argomentazione della Corte costituzionale, si potrebbe giungere a ritenere di dover sollevare questione di legittimità costituzionale in ogni caso in cui la legge nazionale contrasti con norme europee "materialmente costituzionali" o comunque aventi un contenuto assimilabile ad una o più previsioni costituzionali, pur se appartenenti ad altri "corpi" normativi europei (per esempio il TUE o il TFUE). Si tratterebbe, come è evidente, di una tendenza di assai improbabile percorribilità, esistendo varie ragioni di perplessità sulla sua appropriatezza e legittimità, relative sia alla certezza in ordine al primato del diritto europeo su quello interno che al ruolo di interprete e applicatore del diritto dei Trattati svolto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Fino ad ora, sono state sollevate dalla Corte di Cassazione due questioni di legittimità costituzionale proprio perché si riscontrava la "doppia pregiudizialità" (costituzionale ed europea)¹⁷. Nella motivazione dell'ordinanza, peraltro, i giudici della Cassazione chiedono dei chiarimenti sui significati del nuovo orientamento espresso nella sentenza n. 269: in particolare, chiedono alla Corte costituzionale se rimanga in astratto possibile, una volta concluso il giudizio di costituzionalità, nell'ipotesi in cui la legge italiana venga ritenuta non incostituzionale, richiedere successivamente anche il parere in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia sulle questioni rilevanti per il diritto europeo¹⁸.

¹⁵ «Per coloro che sono cresciuti a "pane e Simmenthal", il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza [...] qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale»: così V. PICCONE, *op. cit.*, 298.

¹⁶ In questo senso anche P. FARAGUNA, *Constitutional Rights First: The Italian Constitutional Court fine-tunes its "Europarechtsfreundlichkeit"*, in *VerfBlog*, 14/3/2018, il quale ritiene che le affermazioni della Corte costituzionale abbiano un «ambivalent meaning», tra passaggi che mirano a rafforzare i rapporti di connessione con il giudice europeo e passaggi che invece valorizzano il ricorso prioritario alla giustizia costituzionale domestica.

¹⁷ Cfr. Corte di Cassazione civile, ordinanza n. 3831 del 2018.

¹⁸ R. G. CONTI, *op. cit.*, 5, andando ancora oltre, evidenzia che la Corte costituzionale non ha

D'altro canto, in due occasioni simili, si è deciso di non sollevare questioni di costituzionalità¹⁹. «Questa Corte», si legge in una delle pronunce cui ci siamo da ultimo riferiti, dal tono deciso e quasi sfidante, «ritiene che il principio affermato nel punto 5.2 della citata sentenza (discussa in dottrina per i suoi effetti in ordine all'immediato e tempestivo esercizio dei poteri che al Giudice ordinario attribuisce l'ordinamento dell'Unione onde garantire una pronta effettività ai diritti che sono garantiti a livello sovranazionale) costituisca un mero *obiter dictum* [...] e quindi non ha natura obbligatoria per il giudice ordinario offrendo solo una proposta metodologica».

Intanto, come visto, la Corte costituzionale è stata chiamata a rispondere a una domanda simile a questa: quando la giurisdizione della Corte costituzionale viene invocata, vuol dire che, per quanto riguarda i punti da essa affrontati, ha diritto all' "ultima parola"? L'impressione, al netto delle varie interpretazioni possibili che si è tentato di individuare, non è quella che la Corte voglia appropriarsi del ruolo di garante dei diritti a scapito della Corte di Giustizia, tentando di inibire il ricorso al giudice europeo, bensì che intenda scoraggiare tendenze di diffusione del controllo di legittimità costituzionale²⁰. Ad ogni modo si avrà presto l'occasione di fare chiarezza, a fronte di questo genere di "preoccupazioni". Nella richiamata ordinanza n. 3831 sembra proprio contenersi una sorta di suggerimento nel senso di lasciare aperta la strada al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE²¹, anche perché – si avverte – decidendo altrimenti potrebbe non essere semplice evitare il contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, per i casi di doppia pregiudizialità, ammetterebbe il (previo) ricorso al giudice costituzionale in un sistema che, però, non precluda in nessun momento ai giudici la possibilità di adire la Corte europea per risolvere i dubbi di compatibilità tra diritto nazionale e diritto dell'Unione.

dato nessuna indicazione su come agire nel caso (a dire il vero assai particolare) in cui, coinvolgendo sia la Corte europea che quella nazionale, il giudice comune si trovasse davanti a due decisioni inconciliabili.

¹⁹ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, ordinanza n. 13678 del 2018; Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, sentenza n. 12108 del 2018 (si vedano, in particolare, i punti 12 e 13).

²⁰ Così anche L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 2018, che sostiene appunto che la Corte costituzionale non avrebbe messo in discussione la possibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia; avrebbe piuttosto così deciso al fine di promuovere il controllo di legittimità costituzionale delle leggi indipendentemente dalla natura direttamente applicabile o meno delle norme europee rilevanti nel caso concreto.

²¹ «L'anticipazione della questione incidentale di costituzionalità sulla questione pregiudiziale è compatibile con il diritto eurounitario purché ciò non impedisca a tutti gli altri organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte», e di ciò la Corte costituzionale, nel richiamare proprio la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sembra consapevole. Per approfondire sul punto, v. il ricco commento di G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, anticipato in *Osservatorio AIC*, 2/2018, 4 ss.

ABSTRACT

Gustavo Zagrebelsky, *Validità, efficacia ed effettività*

Si tratta della *lectio magistralis* tenuta dall'A. il 3 maggio 2018, presso l'Università degli Studi Roma Tre, in occasione degli ottanta anni di Franco Modugno. Le riflessioni dell'A. sono dedicate a un tema – quello del rapporto tra la norma e il fatto – abituale per gli studiosi del diritto costituzionale, ma che ancora oggi si sviluppa lungo un «territorio pieno di ambiguità, illusioni e sogni, perfino incubi». L'A. si sofferma sui concetti di validità, nullità e inesistenza, mettendoli in rapporto a quelli, talora da alcuni sovrapposti, di efficacia ed effettività. Si compiono considerazioni, alla luce di quei concetti, sul ruolo e sui limiti della legge (e del legislatore), rilevando come all'estensione crescente del campo del diritto legislativo corrisponde però una progressiva riduzione dell'effettività del diritto, che lascia spazio ad altre forze nel modellare i rapporti sociali; fenomeno, questo, cui deve rifuggire, invece, la costituzione, che è valida, e dunque fattualmente norma fondamentale, solo se effettiva.

Validity, Efficacy and Effectiveness

This is the *lectio magistralis* held by the Author in May 3, 2018, at the University of Roma Tre, on the occasion of the celebration of the eighty years of Franco Modugno. The reflections of the Author are dedicated to a theme - the relationship between norm and fact - usual for scholars of constitutional law, but that still develops along a “territory full of ambiguities, illusions and dreams, even nightmares”. The Author dwells on the concepts of validity, nullity and inexistence, in relation to those of efficacy and effectiveness, sometimes overlapping. In the light of those concepts, considerations are made on the role and the limits of the law (and of the legislator), observing that the growing extension of the field of legislative law goes along with the progressive reduction of the effectiveness of law, leaving room for other forces in shaping social relationships. This phenomenon, however, must be avoided by the Constitution, which is valid (and, therefore, factually the fundamental rule) only if it is effective.

Fabio Francario, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*

Il problema dell'incertezza giuridica proprio dell'età contemporanea, caratterizzata dal fenomeno della globalizzazione e dalla profonda crisi della politica, nasce e si alimenta in uno scenario caratterizzato, per un verso, dalla impossibilità, incapacità o rinuncia del legislatore a normare le situazioni; per l'altro, dalla esaltazione del ruolo del giudice nella soddisfazione dei bisogni di tutela presenti nella società. La tendenza in atto è di garantire il rispetto del principio della certezza del diritto rendendo vincolante l'efficacia del precedente giudiziale attraverso una ibridazione della regola dello *stare decisis*, tipica della *common law*, con quella della nomofilachia, tipica della *civil law*. L'apporto della dottrina in questa fase è essenziale per evitare che la creatività pretoria possa muoversi oltre il limite della ragionevolezza, desumibile dai principi generali della materia sistematicamente ricostruiti.

The Right to Legal Certainty

Globalization and crisis of politics damage the principle of legal certainty and make the judge naturally expand in the field of lawmaker. To preserve the principle of legal certainty, the rule of *stare decisis* is mixing with the rule of nomofilachia, but this is not a good solution if the scholar leaves its own role of research general principles and systematic reconstruction about legal matter. Without, jurisdiction can be unlimited.

Marco Ruotolo, *I diritti fondamentali, a settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*

Il saggio affronta il tema dell'evoluzione dei diritti fondamentali, a settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, ponendo anzitutto in risalto il legame indissolubile con i doveri inderogabili. È approfondita la questione della "espansione" dei diritti e della loro effettività, offrendo, nelle conclusioni, una riflessione sulle priorità costituzionali che interessa soprattutto il tema dei diritti sociali.

Fundamental Rights, Seventy Years after the Entry into Force of the Constitution

The essay deals with the theme of the evolution of fundamental rights, seventy years after the entry into force of the Constitution, stressing first of all their indissoluble link with the mandatory duties. It is deepened the issue of the "expansion" of rights and of their effectiveness offering, in the conclusions, a reflection on the constitutional priorities to be accorded, first of all, to social rights.

Agata C. Amato Mangiameli, *La tutela del benessere animale nel diritto europeo*

Legislatori e giudici si sono interessati spesso alla questione animale, soffermandosi, in modo particolare, sul rapporto di dominio (e, non di rado, anche di violenza) fra uomo e animale. In ambito europeo, i primi segnali di una mutata considerazione e sensibilità nei confronti degli animali risalgono alla *Convenzione europea per la protezione degli animali durante i trasporti internazionali* (1968); convenzione alla quale ha fatto seguito una lunga serie di provvedimenti normativi e di trattati culminata con l'introduzione dell'articolo tredici del TFUE. Frutto di una più matura e consapevole attenzione ai bisogni e ai diritti degli animali, tale articolo – oltre a sancire il valore degli animali come esseri senzienti – va anche a colmare le varie lacune presenti nelle Costituzioni degli Stati membri. Nonostante la sua indubbia importanza, tuttavia, l'articolo tredici rappresenta semplicemente l'inizio di un percorso giuridico che, in gran parte, è ancora da scrivere.

Animal Welfare In The European Legislation

Legislators and judges have always concerned about animal welfare. In particular, they've been considering the amount of violence involved in the relationship between human and animals. In this field, the first European regulation has come with the *European Convention for the Protection of Animals during International Transport* (1968). From that very first convention European States have been providing many other laws and treaties on animal welfare. The latter, and probably the most important, is article thirteen of the TFUE. As a matter of fact, this article fills many gaps in the Constitutions of the Member States, as it establishes the value of animal as sentient beings. Article thirteen is the result of a more mature and conscious legal attention to the needs and rights of animals. It represents the start of a new legal era, although the story of animal welfare it's still largely to be written.

Giovanna Colombini, *L'Università ed il cacciatore con il fucile spianato*

Il presente lavoro, partendo dalla riforma del Fondo di finanziamento ordinario (FFO) delle Università, avvenuta con il d.l. n. 63 del 2013, cerca di individuare le criticità che da tale riforma sono derivate. In particolare il lavoro si concentra sulla sostanziale modifica che l'istituzione di un Sistema unico di finanziamento multifondo, ha comportato nelle voci che compongono il FFO (quota base, quota premiale e quota perequativa). Nell'analizzare i nuovi criteri introdotti nella determinazione delle rispettive quote (costo standard per studente nella quota base e VQR per la quota premiale), il lavoro di ricerca evidenzia come a queste innovazioni si sia aggiunta anche quella del multifondo,

vale a dire la riconduzione nel FFO complessivo di molte voci di finanziamento che trovavano prima allocazione in distinti capitoli del bilancio dello Stato. Innovazione quest'ultima che avrebbe dovuto determinare un incremento dell'ammontare del FFO ed una maggiore trasparenza ma che al contrario si è tradotta in un progressivo disinvestimento del finanziamento pubblico del sistema universitario ed in una crescita dei fondi a destinazione vincolata, che hanno portato ad una forte riduzione dell'autonomia decisionale delle Università. Per rappresentare la criticità dell'attuale situazione, il lavoro chiude richiamando le figura allegorica della foresta e del cacciatore con il fucile spianato evocata da Piero Calamandrei nel suo discorso "Difendiamo la scuola democratica".

The University and the Hunter with the Flat Rifle

Moving from the reform of the Universities Fund of Ordinary Financing (FFO), occurred with the law decree no. 63/2013, this paper aims to identify the critical issues deriving from the mentioned reform. In particular, this paper focuses on the substantial changes that have been involved by the establishment of a unique multi-fund financing system in the items that are part of the FFO (base fee, prize sharing and equalization sharing). Analyzing the new criteria introduced in the determination of quotas (standard cost per student in the basic quota and VQR for the prize sharing), this paper will show that was also introduced the multifund innovation, that is bringing back in the overall FFO many financing items that were firstly allocated in separate chapters of the state balance. This latter innovation should have led to an increase in the total amount of FFO and also a greater transparency, but conversely it has involved a gradual disinvestment of public funding of the university system and an increase in allocated funds, which led to a strong reduction of the decision-making autonomy of the Universities. Actual situation is so critical that this paper closes recalling the allegorical figure of the forest and the hunter with the flat rifle used by Piero Calamandrei in his speech "Difendiamo la scuola democratica".

Marta Caredda, *Carta di Nizza e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Note a margine della sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale*

Il lavoro offre una breve analisi dell'importante *obiter dictum* contenuto nelle motivazioni in diritto della sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale. Nei casi in cui la legge italiana sia sospettata di contrastare con la Costituzione e al contempo con uno o più articoli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (si parla, infatti, di doppia pregiudizialità, costituzionale ed europea), la Corte costituzionale ha affermato la necessità di un suo intervento con efficacia *erga omnes*, suggerendo così ai giudici di sollevare questione di legittimità costituzionale, anche nell'ipotesi in cui le norme della Carta di Nizza siano suscettibili di diretta applicazione. Il contributo considera le ragioni che

possono aver condotto il giudice costituzionale a formulare tale nuova indicazione, con riflessioni attinenti al ruolo delle *Corti* e delle due *Carte*. Dall'applicazione diretta della Carta di Nizza al sindacato di legittimità costituzionale: come volti della stessa medaglia, si osserva il tentativo di arginare, da un lato, elementi di diffusione del sindacato di costituzionalità, dall'altro, l'applicazione diretta della Carta europea laddove può trovare applicazione, *in primis*, la Carta costituzionale. Si conclude con una riflessione sul possibile seguito della decisione, considerando che le prime pronunce giurisprudenziali successive alla stessa non hanno dato segnali univoci. Sono state recentemente sollevate questioni di costituzionalità che daranno a breve occasione alla Corte di tornare sul punto, magari chiarendo ulteriormente alcuni aspetti risultati controversi nel dibattito sviluppatosi a seguito della sentenza in commento.

The Charter of Fundamental Rights of the EU and the Incidental System of Constitutional Review. A brief commentary on the Italian Constitutional Court judgment n. 269 of 14 December 2017

The aim of this paper is to give a brief analysis of a significant excerpt of the Italian Constitutional Court judgment of 14 December 2017, n. 269. Indeed, the Court identifies the new criteria for the application of the EU law, in particular the norms of the Charter of Fundamental Rights of the EU, by the lower judges. In cases when a national law is potentially infringing both the Italian Constitution and the CFREU (so-called Dual Preliminary), the Italian Constitutional Court has affirmed the need for its *erga omnes* intervention, even if the CFREU norms would be susceptible of direct application. Once clarified the main content of the new case-law, the analysis wonders on the following of this decision, also because the Constitutional Court seems to affirm that, on the one hand, the question of constitutionality must be raised, but, on the other hand, that is left in place the possibility of making a referral for a preliminary ruling for matters of interpretation or invalidity of European Union law (art. 267 TFEU). Soon there will be occasion to better clarify the roles played by both the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice, when dealing issues concerning fundamental rights.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

GUSTAVO ZAGREBELSKY, Presidente emerito della Corte costituzionale

FABIO FRANCARIO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Siena

MARCO RUOTOLO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre

AGATA C. AMATO MANGIAMELI, Professore ordinario di Filosofia del diritto, Informatica giuridica e Biogiuridica, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

GIOVANNA COLOMBINI, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Pisa

MARTA CAREDDA, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in 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 Francario, Colombini, Amato Mangiameli e Caredda.

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 2018: Italia euro 120,00, estero euro 280,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di luglio 2018
da *La Buona Stampa* – Napoli