

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 1/2020

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

Giuseppe Caia
Beniamino Caravita di Toritto
Marta Cartabia
Antonio D'Atena
Guido Greco
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo

Comitato scientifico

Marino Breganze	Fabio Merusi
Paolo Carnevale	Jorge Miranda
Giuseppe de Vergottini	Alejandro Saiz Arnaiz
Michele Della Morte	Dian Schefold
Thierry Di Manno	Franco Gaetano Scoca
Laurence Folliot Lalliot	Gaetano Silvestri
Pietro Giuseppe Grasso	Karl-Peter Sommermann
Natalino Irti	Federico Sorrentino
Anne-Marie Le Pourhiet	Mario Rosario Spasiano
Stelio Mangiameli	Aldo Travi

Comitato di Redazione

Daniele Chinni
Tatiana Guarnier
Coordinatori

Flaminia Aperio Bella
Marta Cerioni
Francesco Crisafulli
Guglielmo Aldo Giuffrè
Paolo Provenzano
Enrico Zampetti

SOMMARIO 1/2020

saggi

- Stelio Mangiameli, *Stato, integrazione europea e globalizzazione. Le nuove sfide del costituzionalismo* 1
- Francesco Rimoli, *Governabilità e mercati: brevi considerazioni sul futuro della democrazia italiana* 33
- Marco Ruotolo, *Corte costituzionale e Legislatore* 53
- Edoardo Caruso, *La tutela sociale e del lavoro nell'aggiudicazione dei contratti pubblici* 75
- Natale Vescio, *Istituzioni e legislazione sociale nel pensiero del giovane Giuseppe Salvioli* 123

osservatorio

- Anna Simonati, *Le cose e i beni. Brevi note sul ruolo del diritto pubblico, fra nozioni disaggreganti e (contro)tendenze universalistiche* 159

attualità

- Giancarlo Montedoro, *Economia e società circolare: quali trasformazioni dello Stato e del diritto amministrativo?* 175



SAGGI

Stelio Mangiameli

STATO, INTEGRAZIONE EUROPEA E GLOBALIZZAZIONE. LE NUOVE SFIDE DEL COSTITUZIONALISMO

SOMMARIO: 1. I caratteri del costituzionalismo. – 2. Il costituzionalismo e la forma Stato: federalismo, democrazia ed economia. – 3. *Segue*: la dimensione soprannazionale e quella internazionale. – 4. *Segue*: tecnologia ed economia globale. – 5. La crisi della sovranità degli Stati e la perdita del controllo della ricchezza nazionale. – 6. Gli interrogativi cui bisogna rispondere e la necessaria presenza dello Stato. – 7. La globalizzazione e l'integrazione europea: la necessità di costituzionalizzare l'Europa. – 8. La costituzionalizzazione dei processi internazionali.

1. *I caratteri del costituzionalismo*

I giuristi sono abituati ad occuparsi di temi alquanto specifici che analizzano e affrontano, tanto secondo il punto di vista delle norme positive, quanto secondo quello della realtà giuridica all'interno della quale queste norme operano. Si tratta in genere dell'esame di un campo d'indagine preventivamente delimitato.

Il tema delle relazioni tra globalizzazione, integrazione europea, Stato e costituzionalismo, invece, porta ad un'analisi di carattere *generale*; il rischio, pertanto, è quello di essere superficiali e di fare affermazioni alquanto scontate. Questa difficoltà si palesa già se si vogliono definire i termini di “costituzione”¹ e di “costituzionalismo”², espressioni legate

¹ In base all'insegnamento di G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin 1922, 505, „Die Verfassung des Staates umfasst demnach in der Regel die Rechtssätze, welche die obersten Organe des Staates bezeichnen, die Art ihrer Schöpfung, ihr gegenseitiges Verhältnis und ihren Wirkungskreis festsetzen, ferner die grundsätzliche Stellung des einzelnen zur Staatsgewalt“.

² V. W.H. HAMILTON, *Constitutionalism*, in *Encyclopedia of the Social Sciences*, New York 1930-1935, 4, 255; O. BEAUD, *Constitution et constitutionnalisme*, in PH. RAYNAUD, S. RIALS (Eds.), *Dictionnaire de Philosophie Politique*, Paris 2003, 133; G. CASPER, *Constitutionalism*, in L.W. LEVY et al. (Eds.), *Encyclopedia of the American Constitution*, New

agli eventi che portarono, alla fine del XVIII secolo, alla nascita di due principi cardine di un modello peculiare di costituzione: il riconoscimento dei diritti di libertà e il principio della divisione dei poteri, entrambi in grado di fondare il principio di legalità dell'azione dello Stato³.

I due principi menzionati hanno trovato una prima formulazione nell'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 dove si è affermato che uno Stato che non riconosce i diritti dell'uomo e che non ammette la divisione dei poteri non ha una costituzione; è ovvio che il termine costituzione non veniva assunto in senso teoretico, come ciò che costituisce un qualunque ordinamento nella forma Stato, ma nel senso di puntuali contenuti che la costituzione avrebbe dovuto avere⁴. Questo modello di costituzione così importante, situato in una dichiarazione che ancora oggi ha un suo valore normativo, quantomeno nell'ordinamento francese, ha informato tutto il pensiero costituzionale del XIX e del XX secolo: ne sono una prova le costituzioni degli Stati del mondo borghese occidentale⁵.

In queste costituzioni sono riconoscibili due parti, la prima relativa ai diritti e ai doveri dei cittadini e la seconda relativa all'ordinamento dello Stato. Questa struttura delle costituzioni del primo (costituzione di Weimar) e del secondo dopoguerra (Costituzione italiana e *Grundgesetz*) ha influenzato anche le altre costituzioni che sono nate in Europa nel recente passato (come quella spagnola e quella portoghese) e corrisponde al modello originario del costituzionalismo.

Accanto ai due elementi, che potremmo definire originari e che nel tempo si sono in una qualche misura mantenuti, sia pure con le modifiche

York 1986, 2, 473 ; U.K. PREUSS, *Constitutionalism*, in *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, London 1998, 2, 618; *Konstitutionalismus*, in J. RITTER, K. GRÜNDER, G. GABRIEL (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel 1989, 4, 1005.

³ Sulla fondazione del principio di legalità v., per primo, O. VON MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, Leipzig 1895, 67.

⁴ La "costituzione in senso storico-politico", secondo l'accezione di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Padova 1970; si tratta di un insegnamento comune alla tradizione occidentale, v. CH. H. MCILWAIN, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, rev. ed., Ithaca 1947; F.D. WORMUTH, *The Origins of Modern Constitutionalism*, New York 1949; K.C. WHEARE, *Modern Constitutions*, Londra 1951; M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Londra 1967; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino 1976; H. C. MANSFIELD, JR., *Constitutionalism and the Rule of Law*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1985, 8, 323-326.

⁵ Per la cui descrizione può rinviarsi alle pagine di C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad.it., Milano 1984, 60.

richieste dall'affermazione dello Stato sociale, però, occorre aggiungere almeno altri due caratteri, per comprendere l'essenza di ciò che oggi definiamo costituzionalismo: uno, la cui problematica contemporanea tocca non solo lo Stato al suo interno, ma anche le relazioni esterne a questo ed è il principio federale; l'altro, che si è affermato per tutto il XIX e poi per il XX secolo, attraverso la conquista del suffragio parlamentare, prima, e di quello universale, poi, è il principio democratico⁶.

Il federalismo è un istituto antichissimo che risale al diritto romano, ed è conosciuto forse da prima ancora, nella forma della stabile alleanza delle città etrusche, ma nel senso moderno è legato alla storia americana, alla Dichiarazione d'indipendenza del 4 luglio 1776 e alla formazione della Costituzione americana del 1787⁷. Il federalismo americano disegna uno Stato diverso da quello unitario che emerge con il modello statale francese, erede delle grandi monarchie nazionali, e afferma una teoria dello stato dove, accanto all'aggregazione dal basso, con il conferimento di poteri ad un'entità superiore, si assicura una decentralizzazione delle funzioni, per cui esistono contemporaneamente due entità politiche con poteri distinti, che si ricompongono a sistema in una unità che viene definita "stato federale" (c.d. "federalismo *duale*")⁸. Il federalismo, perciò, si collega al principio della divisione dei poteri: quest'ultimo determinerebbe una divisione orizzontale del potere, mentre il federalismo opererebbe una divisione verticale, riconoscendo più livelli e creando una sorta di governo limitato in base al territorio⁹.

Il principio democratico, l'altro carattere che tipizza il moderno costituzionalismo, è legato, nella tradizione occidentale, all'affermazione della soggettività individuale e ai fenomeni che questa ha prodotto, quali, ad esempio, la secolarizzazione dello Stato, e si basa sulla "regola" che i soggetti, chiamati a legittimare le decisioni collettive, sono gli stessi che dovranno subirne le conseguenze¹⁰. Questo principio è legato nei sistemi moderni ai canoni della rappresentanza, in contrapposizione alla partecipazione popolare diretta, e ha attraversato l'evoluzione dello Stato costi-

⁶ V. G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano 1993; ID., *Democrazia e definizioni*, Bologna 1957.

⁷ V. A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *The federalist Papers* (1787-88), New York 1982.

⁸ V. Corte Suprema US, *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824).

⁹ V. B. ACKERMANN, *The New Separation of Powers*, in *Harvard Law Review*, 2000, 113, 634-729.

¹⁰ V. C. ESPOSITO, *Commento all'Articolo 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 1.

tuzionale¹¹. Il suo pieno compimento è avvenuto con l'affermazione del suffragio universale e, per comprendere come si tratti di una acquisizione recente, basti pensare che in Italia questo si realizza solo con l'elezione dell'Assemblea Costituente e il referendum istituzionale del 2 giugno del 1946.

2. *Il costituzionalismo e la forma Stato: federalismo, democrazia ed economia*

Questi quattro elementi si situano all'interno di un unico contesto rappresentato dallo Stato. Il contenitore del costituzionalismo è, dunque, lo Stato, e non ve ne possono essere altri. La stessa evoluzione del principio federale, che lega insieme diverse entità politiche, li porta a sintesi all'interno di uno Stato (federale) e, di certo, in un ordinamento il connubio tra la natura statutale e l'idea federale crea dei problemi. Infatti, la forza di unificazione insita nella statualità tende a ridurre la sostanza federale a mera forma, con una vera incidenza sul carattere decentrato e articolato dell'ordinamento¹².

Già all'inizio della seconda metà del secolo scorso un eminente costituzionalista tedesco, *Konrad Hesse*, parla dello "Stato federale unitario"¹³; lo stesso *Hans Kelsen*, nel descrivere il federalismo austriaco, nel commento alla Costituzione del 1920¹⁴, ne parla come di uno Stato unitario decentrato e *Costantino Mortati*, quando analizzerà il nostro regionalismo mettendolo a confronto con l'ordinamento federale, nelle sue Istituzioni di diritto pubblico¹⁵, dirà che non sussiste una differen-

¹¹ V. V. ZANGARA, *Lo Stato di diritto in evoluzione*, in *Diritto e società*, 1983, 193-252.

¹² Sottolinea questo aspetto C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 507, dove fa riferimento all'unione di democrazia e organizzazione statale federale, che condurrebbe ad un tipo peculiare ed autonomo di organizzazione statale, allo Stato federale senza fondamento federativo. Scrive Schmitt: "Apparentemente è questo un concetto contraddittorio. Invece, si tratta di un elemento costituzionale nel carattere statale federale, in cui sono ripresi nella nuova forma di Stato elementi da una precedente organizzazione federale. Formazioni politiche come gli Stati Uniti d'America o il Reich tedesco della costituzione di Weimar non sono più una federazione" (508). Molto interessante è anche il riferimento al Federalista N. 49, 1788.

¹³ V. K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe 1962.

¹⁴ V. H. KELSEN, *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich: mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen*, Bd. 1, Wien-Leipzig 1920; v. anche Id., *Österreichisches Staatsrecht: Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, Tübingen 1923.

¹⁵ V. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, IX ed., Padova 1976, II, 991.

za apprezzabile tra regionalismo e federalismo: si tratta di ordinamenti parimenti unitari che si distinguono, semmai, per il livello di decentrazione.

Un discorso analogo, inoltre, pone il principio democratico che, nel permeare lo Stato costituzionale, finisce con il tendere anch'esso ad una forma di unificazione che nuoce all'idea di una pluralità di livelli di governo abilitati, secondo le rispettive competenze, ad assumere le decisioni pubbliche vincolanti¹⁶.

In una qualche misura può dirsi che all'interno dello stato moderno, contro il pluralismo istituzionale e sociale, operano diversi miti, come quello della nazione, della classe rivoluzionaria, della sovranità popolare; questi, peraltro, vengono contrapposti solo alla presenza del singolo. È l'idea illuministica dell'eliminazione dei diversi vincoli degli individui all'interno dello stato, che opera da catalizzatore della forza unificante della democrazia rappresentativa, che trasforma il cittadino in elettore e riduce la partecipazione al voto per il parlamento. Al fondo si situa la proiezione secolare della riforma, per la quale così come il credente viene posto davanti a Dio, il cittadino si trova nei confronti dello Stato senza alcuna intermediazione¹⁷. La formazione della "volontà generale", poi, renderebbe, subalterne e poco significative le altre volontà pubbliche, rappresentanti di forme limitate e limitabili di autonomie¹⁸.

Questa struttura dello Stato moderno trova nello sviluppo dell'economia capitalista un potente fattore che alimenta la sua capacità di unificazione. Già *Adam Smith* aveva con chiarezza evidenziato, parlando della ricchezza delle Nazioni, il collegamento che esiste tra i due elementi: lo Stato nasce come il protettore della ricchezza nazionale, attraverso i suoi compiti di difesa, di giustizia e come realizzatore di opere pubbliche e gestore di pubbliche istituzioni; la sovranità dello Stato sull'economia si estrinseca, indubbiamente, in tanti modi, il più significativo dei quali risiede nella capacità dello Stato di determinare i valori degli scambi: la sovranità monetaria rappresenta la sintesi della capacità dello Stato di regolare il mercato, insieme alle previsioni di restrizioni alle importazioni, alla istituzione e riscossione delle imposte e alla realizzazione della politica di bilancio (e del debito pubblico).

¹⁶ V. J. ELSTER, R. SLAGSTAD (Eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge 1988.

¹⁷ V. J.H. KAISER, *Die Repräsentation organisierter Interessen*, Berlin 1956, 63.

¹⁸ V. S. ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato* (1930), ora in *Scritti minori*, II, Milano 1950, 351.

Neppure questo incontro tra Stato ed economia capitalista, in realtà, è stato un connubio sereno, anzi storicamente non lo è mai stato: per un verso, l'economia capitalista tendeva a vendicarsi dello Stato e il suo sviluppo ciclico portava a momenti in cui si richiedeva di ridurre la capacità dello Stato di regolare l'economia, in nome delle libertà economiche e del funzionamento autonomo del mercato (principio del *laisser faire*); per l'altro, invece, altrettanto ciclicamente, si invocavano le capacità dello Stato per interventi nei momenti di crisi (principio del protezionismo), mostrando così i limiti dell'idea liberista della mano invisibile¹⁹.

È esemplare, in proposito, l'evoluzione che ha portato alla crisi del 1929 e le risposte ad essa date in termini di intervento pubblico²⁰, in

¹⁹ V. F. GALGANO, *Le Istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna 1974.

²⁰ Con la crisi del 1929 si ridussero considerevolmente e su scala mondiale la produzione, l'occupazione, i redditi, i salari, i consumi, gli investimenti, i risparmi, ovvero tutte le grandezze economiche il cui andamento caratterizza di norma lo stato di progresso o di regresso dell'economia di un paese. Ciò che rese unica questa crisi fu che la contrazione dell'attività economica avvenne in modo così rapido e radicale come mai era accaduto. In proposito, è sufficiente considerare che sul piano internazionale, la crisi si manifestò con la contrazione del commercio (importazioni-esportazioni: da 68.606 milioni di dollari-oro nel 1929 a 24.175 nel 1933) che comportò, come prima conseguenza, l'adozione di dazi doganali nei confronti dei prodotti esteri, soprattutto dei cereali con la conseguente caduta delle esportazioni cerealicole per i paesi più poveri (soprattutto dell'Europa dell'est). La crisi commerciale, peraltro, non poteva non ripercuotersi in crisi finanziaria prima e monetaria poi. Ciò determinò il fallimento delle maggiori banche europee (la *Credit Anstalt* di Vienna, la *Dresdner Bank* e la *Darmstadter und National Bank*), con ripercussioni sul mercato di Londra, dove furono richiamati tutti i prestiti a breve, per cui emerse una debolezza prima non immaginata, in quanto il mancato afflusso di denaro comportò l'incapacità di rientro anche perché i capitali da rifondere erano stati investiti a medio e lungo termine. La richiesta di una moratoria nel settembre del 1931, da parte della Banca d'Inghilterra e del Governo laburista, comportò, da un lato, la sospensione dei pagamenti (con conseguente ulteriore crollo dei creditori) e, dall'altro, una considerevole svalutazione della sterlina (30,68% rispetto al dollaro e l'abbandono del Gold Standard). Il terremoto finanziario finì così con il coinvolgere tutte le monete mondiali. A ciò si aggiunga, poi, che non si dà crisi (borsistica o finanziaria, bancaria o monetaria, commerciale o industriale) che non scarichi a massa i suoi effetti (v. L. DE ROSA, *La crisi economica del 1929*, Firenze 1979).

Secondo i dati della Società delle Nazioni, infatti, la disoccupazione superò nel 1932 i 25 milioni di unità cui bisognava aggiungere i milioni di lavoratori agricoli e di contadini che, se non disoccupati, erano occupati quasi ovunque solo parzialmente. La disoccupazione, in ogni caso, risultò aggravata dalle politiche deflazionistiche, adottate per evitare conseguenze sul bilancio statale e basate sulla riduzione degli stipendi, sull'aumento della tassazione diretta, anche sui salari, e sulla drastica riduzione della spesa pubblica (si veda, per esempio, l'operato del governo Brüning in Germania). Il passaggio dalla crisi sociale che seguì alle misure deflative, alla crisi politica fu breve; è, infatti, al malcontento che essa suscitò che va attribuito, in Germania, il primo successo ottenuto da Hitler nelle

quanto sono particolarmente significative con riferimento all'elaborazione di una presenza dello Stato nell'economia²¹. Pigou²² elabora la sua tesi del *Welfare State*, dello Stato sociale, e Keynes²³ formula la teoria della moneta secondo il principio del *public spending*, per la quale lo Stato crea una domanda aggiunta, rimette in moto il ciclo economico e, in tal modo, implementa la produzione, il consumo, il risparmio, l'investimento e l'occupazione.

Sul piano strettamente ordinamentale, con l'intervento dello Stato nell'economia emergono alcune significative tendenze che fanno evolvere la teoria del federalismo verso forme di unificazione. Lo Stato federale originario, sorto per aggregazione di precedenti Stati, si caratterizzava come "federalismo *duale*", per il quale vi sarebbero due sfere perfettamente divise: in ognuno dei due ambiti, le autorità legislative, esecutive e giudiziarie godrebbero di una totale autonomia e di uno *status* quasi di indipendenza. L'ipotesi che possano sorgere conflitti tra questi due livelli viene, inizialmente, sottovalutata.

Con lo sviluppo dei problemi dell'economia in modo particolare con la crisi del '29 la teoria costituzionale del federalismo subisce una profonda trasformazione. Il federalismo duale viene abbandonato, in primo luogo dai politici (si pensi al celebre *new deal*) e, in secondo luogo, dalla Corte suprema americana che pronuncerà una serie di sentenze di sostegno aperto al nuovo corso²⁴. Il "nuovo corso" si basava su due espressioni tra loro non direttamente compatibili: il federalismo cooperativo e quello

elezioni del luglio 1932. Successo che si rinnovò e accrebbe nelle nuove elezioni del novembre, anche se, nel frattempo, a partire dagli inizi del settembre, il cosiddetto «piano di Von Papen» aveva cercato di imprimere numerosi stimoli alla domanda interna, e, con la riduzione del tasso di sconto al 4% e alcune agevolazioni creditizie, aveva favorito la ripresa industriale.

²¹ In contrario alla politica di contenimento della spesa pubblica e di salvaguardia del valore della moneta (promossa da Hoover), che è da considerarsi una delle principali cause della ingente disoccupazione mondiale. La spinta popolare a favore della presenza dello Stato nell'economia, negli Stati Uniti, nel quadro delle elezioni presidenziali del novembre del 1932, portò alla sconfitta di Hoover e alla vittoria di F. D. Roosevelt, al quale si deve la svolta del *New Deal* (v. L. DE ROSA, *La crisi economica del 1929*, cit.).

²² V. A.C. PIGOU, *Economia del benessere* (1912), trad. it., Torino 1947.

²³ V. J.M. KEYNES, *Occupazione Interesse e Moneta. Teoria generale* (1936), trad. it., Torino 1947.

²⁴ V. Corte Suprema US, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379 (1937); *National Labor Relations Board v. Jones e Laughlin Steel Corporation*, 301 US 1 (1937); *Steward Mach. Co. v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937); *United States v. Darby*, 312 US 100 (1941); *Wickard v. Filburn*, 317 U. S. 111, 128-129 (1942); *Oklahoma v. United States Civil Service Commission*, 330 U.S. 127 (1947).

competitivo, anche se in entrambi i casi si realizzava un ampliamento del potere federale. Nel primo caso la relazione tra Stati membri e Federazione non è più di separazione, ma di collaborazione all'interno di un progetto unitario; a ciò consegue una serie di interferenze tra le competenze statali e quelle federali che determinano uno sbilanciamento del potere a vantaggio delle seconde. Nel caso del federalismo competitivo, invece, si assiste a una applicazione del principio di concorrenza al principio federale, basata sulla spinta a competere dei diversi Stati membri per ottenere a favore del loro territorio una maggiore quantità di risorse federali; e anche in questo modo si consente alla Federazione di incidere sull'autonomia costituzionale degli Stati membri.

3. *Segue: la dimensione sopranazionale e quella internazionale*

Ma la crisi economica, oltre a comportare una concentrazione dei poteri a discapito delle sue articolazioni, come accadeva nel caso dello Stato federale, determinava un altro fenomeno. Infatti, dagli effetti della crisi emerge anche che, per fare progredire l'economia, lo Stato, quale istituzione in grado di offrire un quadro unitario e sintetico, comincia a diventare insufficiente per dimensioni e capacità.

L'idea dell'integrazione europea, che muove i suoi primi passi sulla base dell'esigenza di consolidare la pace nel vecchio continente, giunge ad effetto attraverso un potere sopranazionale di governo dell'economia. La teoria economica posta a fondamento del processo europeo viene elaborata negli anni '30 dalla scuola di Friburgo²⁵, in parallelo alle tesi keynesiane, e diventerà norma con il trattato istitutivo della comunità economica europea²⁶.

L'idea è quella del mercato regolato. Il mercato è il luogo in cui si devono formare e scambiare dei valori, ma perché questo possa accade-

²⁵ V. F.A. VON HAYEK, *The Economic Conditions of interstate Federalism*, in *New Commonwealth Quarterly*, V, No.2 (September, 1939), 131-149.

²⁶ La scuola di Friburgo sostiene che l'impegno dello Stato deve essere minimo, ma sufficientemente forte per proteggere il mercato e l'economia tutta dalle indebite pressioni dei gruppi di potere; un potere quindi tale da garantire che il mercato sia giusto, *fair* direbbero gli anglosassoni, e che dia a ciascun individuo delle opportunità, in modo da consentire e facilitare l'integrazione sociale e la stabilità politica (v. N. GOLDSCHMIDT, *Wirtschaft, Politik und Freiheit: Freiburger Wirtschaftswissenschaftler und der Widerstand*, Tübingen 2005; M. VATIERO, *The Ordoliberal Notion of Market Power: An Institutional Reassessment*, in *European Competition Journal*, 2010, 6, 3, 689-707).

re, non può essere abbandonato totalmente a sé stesso; occorre che sia regolato, non tanto nel suo funzionamento, quanto nelle sue possibili degenerazioni, derivanti dalla formazione di concentrazioni in grado di dominare i rapporti economici e politici, a discapito della concorrenza e dei consumatori.

Per raggiungere le finalità del mercato regolato viene creata una entità sopranazionale gestita dagli Stati e dotata di una autorità che garantisca l'efficacia della concorrenza anche nei confronti dell'azione degli Stati medesimi. Lo strumento di cui si munisce, o viene munita, questa entità sopranazionale è un diritto direttamente efficace all'interno degli Stati membri, di portata generale e vigilato da un giudice comune in grado di farne valere la forza giuridica²⁷. Questo diritto non è un diritto internazionale, così come non fa parte dell'ordinamento interno; esso, pur nella sua distinzione dagli ordinamenti degli Stati membri, adotta uno schema istituzionale di tipo federale, ricalcato dal principio di supremazia della Costituzione americana.

Su queste basi viene costruita una dimensione che travalica gli ambiti degli Stati membri e la cui configurazione federale, nel tempo, si è evoluta, non solo per via della crescita dei compiti, non più limitati alla semplice sfera economica, e per la fondazione di una cittadinanza europea comune, quanto soprattutto per le problematiche che è stata in grado di aprire sul tema della sovranità nazionale, rispetto alla dimensione sopranazionale. L'integrazione europea, in tale contesto, si è progressivamente costituzionalizzata sempre più, assumendo una soggettività peculiare (e in parte inedita) nell'ambito del diritto internazionale.

Per queste ragioni, può dirsi come l'integrazione europea, che non è certamente una dimensione globale, ma regionale, nasca sì per evitare successive guerre, attraverso il controllo della produzione del carbone e dell'acciaio, ma sulla base di una tradizione specifica, quale è appunto quella europea, e sia rivolta al recupero dell'identità del vecchio continente, così come dell'idea stessa di Europa²⁸.

Dal punto di vista internazionale, invece, i fenomeni che lo sviluppo dell'economia produce appaiono ancora più complessi, anche se affondano la loro origine pure essi nella crisi economica del '29.

Il mondo aveva già raggiunto, prima della grande guerra, un interscambio di merci considerevole, che gli eventi bellici fecero precipitare e

²⁷ V. S. MANGIAMELI, *Diritto costituzionale e integrazione europea*, Milano 2001.

²⁸ V. F. CHABOD, *Storia dell'idea d'Europa*, Bari 1961.

da ciò anche il sopraggiungere della crisi economica. Quando nel 1933 si registrarono i sintomi di ripresa, con la produzione industriale in crescita rispetto all'anno precedente e con l'occupazione in generale aumento, si tentò anche di ricomporre il sistema mondiale degli scambi.

Tuttavia, la Conferenza economica e monetaria mondiale, apertasi a Londra nel giugno 1933 dopo una lunga preparazione, sanzionò l'effettiva frantumazione del mercato mondiale, segnando *il definitivo fallimento di ogni tentativo di collaborazione internazionale*²⁹.

Fu così che il 1933 diventò l'anno cruciale per il mondo, nel quale furono gettate le premesse per il nuovo conflitto mondiale; gli eventi che hanno determinato la tragicità della storia sono soprattutto tre: la caduta del dollaro, l'ascesa di *Hitler* al potere e, soprattutto, l'interventismo statale nell'economia³⁰. Così, alla fine della seconda guerra mondiale, il mondo si ritrovò, per ragioni storiche diverse e sia pure su basi politiche profondamente differenti, di fronte a sistemi economici chiusi, in ogni senso, nell'orizzonte statale: statale era il mercato prevalente e statali erano i soggetti dell'economia.

²⁹ La Conferenza si era scontrata sul problema se bisognasse stabilizzare le varie monete e attuare nuovamente il «ritorno all'oro», come base del sistema monetario e delle transazioni internazionali, e si chiuse con la deliberata svalutazione del dollaro (10%) fermamente perseguita da Roosevelt e l'ostinata difesa dell'oro da parte della Francia. Dalla Conferenza uscirono tre blocchi principali con differenti politiche economiche: 1) dell'area del dollaro (Roosevelt voleva usare la svalutazione per operare una diminuzione dei debiti interni e per accrescere il potere d'acquisto dei ceti agricoli, in modo che essi potessero intensificare gli acquisti di prodotti industriali, e quindi contribuire attivamente alla ripresa); 2) dell'area della sterlina (la Gran Bretagna affermava esplicitamente che la politica monetaria non doveva essere rivolta al mantenimento della stabilità dei cambi esteri, ma solo ad assicurare credito abbondante e a buon mercato); 3) del blocco aureo: Francia, Belgio, Italia, Svizzera, Paesi Bassi e Polonia (questi Paesi miravano a garantire la stabilità e solidità della moneta, perseguita attraverso l'equilibrio nel bilancio statale e nella bilancia dei pagamenti, anche a costo di attuare politiche deflazionistiche).

³⁰ L'interventismo statale assunse in primo luogo la caratteristica di un aumento della spesa pubblica. La riduzione della spesa pubblica era stata uno dei punti fermi delle politiche deflazionistiche adottate nella prima fase della crisi. Ora, nell'ultima fase, in molti paesi si ritornò a privilegiare la spesa pubblica, ma con notevoli differenze tra paese e paese. Tra le forme efficaci di interventismo vi fu anche l'assistenza a favore di industrie particolarmente depresse, sia con finanziamenti agevolati sia con interventi rivolti a migliorarne l'organizzazione interna. Dovunque furono incoraggiate le industrie di esportazione, ma in taluni paesi, come nel caso dell'Italia, l'intervento dello Stato raggiunse forme anche più dirette. In Italia, dopo la costituzione, nel 1931, dell'I.M.I. vi fu, nel gennaio 1933, quella dell'I.R.I. Con l'I.M.I. e soprattutto con l'I.R.I. si mirò, ad un tempo, da un lato, allo smobilizzo finanziario e, dall'altro, alla riorganizzazione gestionale e produttiva del sistema industriale (v. L. DE ROSA, *La crisi economica del 1929*, cit.).

Il commercio internazionale, con la pace, però, venne progressivamente riorganizzato con la rinegoziazione degli accordi internazionali sulla circolazione delle merci e con la creazione delle istituzioni internazionali dell'economia³¹. Prende così corpo il mercato globale, che tale sarà realmente solo dopo la caduta del muro di Berlino (1989), la fine dell'ideologia sovietica e con la conversione della Cina a un capitalismo senza liberalismo.

4. *Segue: tecnologia ed economia globale*

Il volume mondiale degli scambi delle merci raggiunto prima della grande guerra è stato eguagliato (e superato) solo alla fine degli anni '60, ma l'internazionalizzazione dell'economia ha assunto una fisionomia completamente diversa rispetto a quella in cui erano presenti gli Stati di fine '800. Infatti, i processi economici si misureranno con lo sviluppo delle tecnologie, che sono state in grado di modificare la circolazione del capitale finanziario e di superare i confini della *Nationalökonomie*, di implementare una nuova *lex mercatoria* e di consentire il fenomeno più recente e complesso della delocalizzazione delle attività produttive.

Il motore di questa trasformazione è dato dall'idea della rete, che, con la contrazione della dimensione tempo-spazio, determina non solo il superamento dell'economia nazionale, ma anche dell'autorità territoriale per eccellenza, lo Stato³²; come è stato giustamente osservato "qualsiasi cosa che si muova ad una velocità vicina a quella dei segnali elettronici è praticamente libera da vincoli connessi al territorio del quale ha avuto origine, verso il quale si dirige, attraverso il quale passa"³³.

³¹ In questo contesto si può ricordare che il commercio globale, a livello internazionale, è ormai ampiamente regolato; gli interventi possibili sono stati disciplinati dall'«*Arrangement on guidelines for officially supported export credits*», poi brevemente noto come «*Consensus*» (un *Gentlemen Agreement* cui aderirono i Paesi industrializzati e che la Comunità recepì attraverso una Decisione), nonché dall'*Agreement on subsidies and countervailing measures* della *World Trade Organization* che, nel vietare le sovvenzioni alle esportazioni, fa salve le iniziative pubbliche conformi al *Consensus*.

³² Il capitale non ha una fissa dimora e i flussi finanziari sono largamente fuori del controllo dei governi; così, molte delle leve della politica economica non funzionano più (v. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Stati post-moderni e diritto dei popoli*, Torino 2004).

³³ Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione: Le conseguenze sulle persone* (1998), trad. it., Bari-Roma 2001, 63.

Se la velocità di circolazione delle merci è comunque delimitata dalla loro stessa fisicità, la velocità degli scambi finanziari è tale da potersi parlare in senso compiuto di *globalizzazione*³⁴; ma l'internazionalizzazione di un fattore ha conseguenze mondiali complesse, anche perché opera su realtà profondamente diverse, soprattutto in ragione della ineguaglianza, che consente di realizzare maggiori profitti, utilizzando in modo estremo il fattore umano. Se tutti fossero pagati allo stesso modo non ci sarebbe motivo di spostare le imprese o di *delocalizzare* la produzione. Ciò accade perché la carenza di diritti, in una parte del mondo, consente un trattamento degli uomini meno oneroso; ed è così che la *delocalizzazione* dell'impresa realizza due povertà: la prima nel luogo in cui l'impresa viene tolta, la seconda nel luogo in cui si insedia, perché l'impresa si sposta per sfruttare le ricchezze umane e non per elargire ricchezza³⁵.

5. *La crisi della sovranità degli Stati e la perdita del controllo della ricchezza nazionale*

La dimensione globale della finanza ha messo in crisi la sovranità degli Stati, l'esercizio dei diritti di libertà, civili e politici, viene appannato e i diritti sociali risultano non sostenibili³⁶. *G.H. von Wright* osserva "sembra che lo stato-nazione si vada erodendo, o forse inaridendo. Le forze erosive sono *transnazionali*"³⁷.

³⁴ Osserva U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione*, trad. it., Roma 1999, 24, con la globalizzazione gli stati nazionali vengono condizionati e connessi trasversalmente da attori transnazionali, dalle loro chance di potere, dai loro orientamenti, identità e reti.

³⁵ La specificità del processo di globalizzazione consiste nell'estensione, densità e stabilità, empiricamente rilevabili delle reti di relazioni reciproche regional-globali e della loro definizione massmediale, così come degli spazi sociali e dei loro flussi d'immagine a livello culturale, politico, finanziario, militare ed economico (U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione*, cit., 25).

³⁶ Z. BAUMAN (*Intervista sull'identità*, trad. it., Roma-Bari 2002, 30) osserva: «Pensiamo alla famosa triade di diritti di Thomas Marshall: i diritti economici sono oramai fuori dal controllo dello Stato, i diritti politici che gli Stati possono offrire sono strettamente limitati e compresi all'interno di quello che Pierre Bourdieu ha definito il pensiero unico del neoliberismo e del libero mercato senza alcuna regola, mentre i diritti sociali vengono rimpiazzati uno per uno dal dovere individuale di provvedere a se stessi ed essere sempre un passo avanti agli altri».

³⁷ «le forze di carattere transnazionale sono in gran parte anonime e quindi difficili da identificare e non formano un sistema o un ordine unificato. Sono un agglomerato di sistemi manipolati da attori in larga parte "invisibili" (...). Le forze in questione non hanno unità o coordinamento volto a uno scopo (...). Il "mercato" non è tanto determinato

Queste forze, inoltre, sarebbero in grado di dotarsi di un proprio ordinamento, distinto da quello degli Stati e dall'ordinamento internazionale, da loro stessi prodotto e in grado di pretendere obbedienza alla stessa maniera delle disposizioni statuali. *Francesco Galgano* ha definito la "nuova *lex mercatoria*" come il "diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati"³⁸.

Inoltre, è stato messo in luce criticamente che teorie incentrate sull'idea di un diritto transnazionale in grado di regolare il commercio non costituirebbero una novità, ma – nel contesto attuale – sostenere che la globalizzazione possa svilupparsi basandosi esclusivamente sull'attività transnazionale autoregolata da attori privati e indipendentemente dalle istituzioni pubbliche, potrebbe mettere a rischio la razionalità dei sistemi sociali "con la conseguenza che l'intero sistema economico transnazionale potrebbe cadere in una crisi drammatica"³⁹.

È per questo motivo che è stata criticata una delle tesi più note, tendente a fornire un supporto teorico alla globalizzazione che ha individuato nella *lex mercatoria* un regime legale idoneo a stabilire un sistema economico globale e autoreferenziale che si presenterebbe come un "*Global law without a State*"⁴⁰. Infatti, sembra irrefutabile che sia necessario mantenere un controllo sul sistema economico globale da parte delle Istituzioni pubbliche che rappresentano interessi comuni, al fine di evitare che dall'economia transnazionale derivino crisi economiche come quella vissuta di recente⁴¹.

Dal punto di vista più strettamente giuridico, il nucleo delle tensioni

da un'interazione tra forze in concorrenza che effettuano trattative, quanto dalle spinte e dagli strappi di una domanda manipolata, da bisogni creati artificialmente, e dal desiderio di rapidi profitti» (G.H. VON WRIGHT, *The Crisis of social Science and the Withering Away of the Nation State*, in *Associations*, 1997, 49 ss.).

³⁸ V. F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna 2001.

³⁹ V. A. V. BOGDANDY, S. DELLAVALLE, *The Lex Mercatoria of Systems Theory: Localisation, Reconstruction and Criticism from a Public Law Perspective*, in *Transnational Legal Theory*, 2013, 4:1, 59-82, 77.

⁴⁰ V. G. TEUBNER, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford 2012.

⁴¹ A. V. BOGDANDY, S. DELLAVALLE, *The Lex Mercatoria of Systems Theory: Localisation, Reconstruction and Criticism from a Public Law Perspective*, cit. 77, che concludono: "La crisi economica deriverebbe quindi dalla mancanza di governo pubblico e non dalla sua arroganza".

generate dalla globalizzazione si connette al tema della “sovrانيتà”, ma queste tensioni non sarebbero derivate dalle relazioni reciproche tra Diritto statale, europeo e internazionale, bensì dal complesso relazionarsi tra i diversi “mondi” che si sono costituiti nelle società e a cui qualche autore⁴² attribuisce un carattere istituzionale, ma non politico, per il quale è stato coniata l’espressione “costituzioni civili”. Una tesi, questa, che metterebbe in seria discussione il valore delle istituzioni della politica internazionale e di quelle della politica statale, così come di quelle della politica europea.

Con la globalizzazione, la distinzione tra mercato interno e mercato globale, o più in generale tra ciò che è interno e ciò che è esterno allo Stato, diventa estremamente difficile da mantenere, se non nel senso più ristretto di controllo di polizia del territorio e della popolazione.

L’idea di globalizzazione, inoltre, rimanda al carattere indeterminato, ingovernabile e autopropulsivo degli affari mondiali e fa pensare all’assenza di un centro, di una sala di comando, di un consiglio di amministrazione, di un ufficio di direzione. La globalizzazione è “il nuovo disordine mondiale” di *Kenneth Jowitt*⁴³. La società mondiale, in tal senso, non è una megasocietà nazionale, che contiene e annulla in sé tutte le società nazionali, ma un orizzonte mondiale, caratterizzato dalla molteplicità e dalla non integrazione, che si manifesta solo quando viene prodotto e conservato nella comunicazione e nell’agire⁴⁴.

Lo Stato era il regolatore dell’economia e il suo ruolo consisteva nella difesa dell’equilibrio dinamico, mentre oggi opera per assicurare l’equilibrio del bilancio; lo Stato di ieri poteva permettersi l’indebitamento e l’inflazione, così come la svalutazione monetaria, che potevano rappresentare una soluzione a certi problemi; quello di oggi non deve essere troppo indebitato, deve avere una moneta stabile e deve controllare la crescita dei prezzi⁴⁵. Lo Stato non è più il controllore della ricchezza na-

⁴² V. G. TEUBNER, *Das Projekt der Verfassungssoziologie: Irritationen des national-staatlichen Konstitutionalismus*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2012.

⁴³ V. K. JOWITT, *The New World Disorder: The Leninist Extinction*, Berkeley 1992.

⁴⁴ V. U. BECK, *Che cos’è la globalizzazione*, cit., 25.

⁴⁵ «Colpisce maggiormente che, tra le funzioni abbandonate dallo Stato ortodosso o strappate al suo controllo, ci sia la difesa dell’“equilibrio dinamico”: quella che Castoriadis ha descritto come “l’approssimativa eguaglianza tra i ritmi di crescita dei consumi e dell’aumento della produttività”, che in vari momenti ha indotto gli Stati sovrani ad imporre ora vincoli alle importazioni ora alle esportazioni ... il controllo di tale equilibrio dinamico è ora al di là della portata, anzi al di là delle ambizioni, della stragrande maggioranza degli Stati, peraltro verso sovrani (nel senso ristretto che attiene all’ordine pubblico)» (Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, cit., 73-74).

zionale, ma si limita ad appurare la povertà dell'economia nazionale ed è messo in difficoltà dagli effetti della globalizzazione⁴⁶.

Grazie alla diffusione indiscriminata e inarrestabile di regole a favore della libertà commerciale e soprattutto della libertà di movimento dei capitali e della finanza, l'“economia” sfugge progressivamente al controllo politico; in realtà, il significato primo che il termine “economia” ha assunto è “ciò che attiene all'area del non politico”. Quanto resta della politica dovrebbe essere affrontato dallo Stato, ma lo Stato non può toccare nulla che riguardi la vita dell'economia; qualsiasi passo in quella direzione vedrebbe una immediata e furente reazione punitiva dei mercati mondiali. L'impotenza economica dello Stato sarebbe ancora una volta messa immediatamente in luce, umiliando i governi *pro tempore* in carica.

Oggi, gli Stati-nazione non riescono a fare quadrare i conti, quando a prevalere nella sfera della propria sovranità sono gli esclusivi interessi della popolazione. E per questo, sempre di più, si trasformano in esecutori e plenipotenziari di forze che non hanno alcuna speranza di controllare sul piano politico. Grazie alla nuova “porosità” di tutte le pretese “economie nazionali” e alla natura effimera, elusiva e non territoriale dello spazio in cui operano, i mercati finanziari globali “impongono le proprie leggi e regole all'intero pianeta. La ‘globalizzazione’ non fa altro che estendere la loro logica alla totalità degli aspetti della vita”. Gli Stati non hanno sufficienti risorse o libertà di manovra per sopportare la pressione e ciò per la semplice ragione che esistono poteri economici che possono affermare: “pochi minuti sono sufficienti a far crollare le imprese e gli stati stessi”⁴⁷.

Ciò ha fatto dire che non c'è più una sovranità forte dello Stato e alcuni autori sostengono che “non c'è alcuna contraddizione né logica né pratica tra la nuova extraterritorialità del capitale ed il nuovo proliferare di stati deboli ed impotenti”. Anzi, si è sviluppato “un interesse rilevante

⁴⁶ L'unico compito che lo stato può svolgere e ci si aspetta che svolga in campo economico è di assicurare l'«equilibrio di bilancio», tenendo sotto controllo le pressioni che vengono esercitate localmente per più energici interventi dello stato nella gestione delle imprese e per la difesa della popolazione dalle conseguenze più sinistre dell'anarchia del mercato.

⁴⁷ Secondo i calcoli di R. PASSET (*Ces promesses des technologies de l'immatériel*, in *Le Monde diplomatique*, luglio 1997, 26), le transazioni finanziarie valutarie puramente speculative raggiungono il volume di 1.300 miliardi di dollari al giorno, cinquanta volte maggiore del volume degli scambi commerciali e quasi pari al totale di 1.500 miliardi di dollari cui ammontano le riserve complessive di tutte le «banche centrali» mondiali. «Nessuno stato» conclude Passet « può quindi resistere più di pochi giorni alle pressioni speculative dei ‘mercati’ ».

per la ‘debolezza statale’, per stati *deboli* ma tuttavia tali da *rimanere stati*”, perché “quasi-stati deboli possono essere facilmente ridotti all’(utile) ruolo di commissari locali di polizia, che assicurano quel minimo ordine necessario per mandare avanti gli affari anche se non vanno temuti come freni efficaci per la libertà delle imprese globali”⁴⁸.

In sintesi, non c’è alcuna contraddizione, né logica né pratica, tra la nuova extraterritorialità del capitale (completa nel caso della finanza, quasi completa per il commercio e molto avanzata per la produzione industriale) e il nuovo proliferare di stati sovrani deboli e impotenti. La frammentazione politica non è un “bastone tra le ruote” dell’emergente “società mondiale”, le cui connessioni sono date dalla libera circolazione delle informazioni.

Per la loro libertà di movimento e la possibilità illimitata di perseguire i propri fini, la finanza, il commercio e l’industria delle informazioni globali dipendono dalla frammentazione politica, avendo tutti sviluppato un interesse rilevante per la “debolezza statale”, e dunque per stati *deboli* ma tuttavia tali da *rimanere stati*.

Questa riconfigurazione del ruolo dello Stato ha, ovviamente, delle grandi conseguenze sulla crisi della democrazia interna, la quale non ha più un ruolo effettivo come capacità di prendere delle decisioni. In proposito, *Claus Offe* sostiene che invece di chiederci cosa potremmo fare, dovremmo forse chiederci se c’è qualcuno che sia in grado di farlo, dato che i confini sono diventati permeabili, le sovranità nominali, il potere anonimo e la sua sede vuota. Questo processo sarebbe connesso alla tendenza ad abbandonare la regolamentazione giuspubblicistica: il diritto pubblico sembra, da tempo, recessivo. Non a caso, negli ultimi anni, abbiamo parlato continuamente di *deregulation*. Dice ancora *Offe* che la caratteristica dominante, oggi, è quella di allentare i freni: “deregolamentazione, liberalizzazione, flessibilità, fluidità crescente, semplificazione delle transazioni sui mercati finanziari, immobiliari e del lavoro, diminuzione degli oneri fiscali, etc. etc.”⁴⁹.

L’affermazione di questa sorta di “stato debole” dovrebbe sollevarci: finalmente, abbiamo più libertà e meno autorità, ma in realtà, una

⁴⁸ «Aprire tutte le porte e abbandonare ogni idea di autonomia nella politica economica è tuttavia la precondizione, che docilmente si accetta, per essere ammessi all’assistenza finanziaria delle banche mondiali e dei fondi monetari. Il nuovo ordine mondiale ... ha bisogno proprio di stati deboli per conservarsi e riprodursi» (Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, cit., 76-77).

⁴⁹ C. OFFE, *Modernity and the State: East, West*, Cambridge 1996, 37.

situazione del genere ci preoccupa, perché la libertà non è pensabile a prescindere dal diritto pubblico.

Gli Stati-nazione, perciò, restano le uniche forze la cui iniziativa politica può avere un'efficacia.

Si apre in questo modo la *querelle* tra la globalizzazione e lo Stato come unità politica. E se, per un verso, la globalizzazione viene interpretata come un processo da affrontare, una sorta di “male necessario” che dobbiamo subire⁵⁰; per l'altro, la presenza dello Stato viene vissuta come l'unica forma che possa consentire una convivenza accettabile nel sistema globale⁵¹.

6. *Gli interrogativi cui bisogna rispondere e la necessaria presenza dello Stato*

Da questo punto di vista occorre avere chiaro quali siano gli interrogativi cui bisogna rispondere all'interno della globalizzazione e, sulla base di questi, costruire le istituzioni che appaiono più adeguate a offrire una soluzione.

È in questo contesto, ovviamente, che può giocare un ruolo decisivo il “costituzionalismo”, come elemento proprio della tradizione culturale occidentale e come strumento di confronto con le altre culture, tenendo conto che anche nel mondo occidentale, in cui le istituzioni del costituzionalismo (diritti fondamentali, democrazia e prossimità del potere) sono proprie, queste subiscono uno snaturamento per effetto dei processi di globalizzazione, per cui si assiste ad una perdita di senso della stessa tradizione occidentale rappresentata dallo Stato di diritto sociale decentrato⁵².

Sulla base di questa precisazione, peraltro, appare chiaro che gli interrogativi della globalizzazione sono identici nel mondo occidentale, in quello islamico e in quello orientale, così come nel terzo e quarto mondo, nonostante le profonde e diverse condizioni che sussistono in questi.

⁵⁰ È difficile trovare un autore che esalti la globalizzazione in tutti i suoi aspetti, tutti tendono a essere critici; eppure, nessuno appare in grado di ipotizzare una qualche misura che blocchi o che eviti i disagi della globalizzazione.

⁵¹ V. J. STIGLITZ, *Ridefinire il ruolo dello Stato. Cosa deve fare? Come deve agire? Come dovrebbero essere prese le decisioni?*, in *Global & Local Economic Review*, 2001, 11-49.

⁵² V. S. MANGIAMELI, *Appunti sullo Stato sociale sussidiario*, in *Teoria del Diritto e dello Stato*, 2002, 235-249.

La prima questione cui nell'ordine globale si deve dare una risposta è quella della *pace*⁵³, non solo come condizione che consente di costruire l'ordine stesso, quanto soprattutto come considerazione della guerra quale strumento illecito che non modifica la sua natura se vi è un fine che la giustifica. Nell'ordine internazionale fini e mezzi devono essere entrambi leciti.

Il secondo interrogativo riguarda i *diritti fondamentali*, con una particolare attenzione a quello alla vita e all'identità individuale e di gruppo.

Il terzo e fondamentale quesito concerne il tema della *povertà* e della distribuzione delle ricchezze⁵⁴.

Rispondere a tali quesiti attraverso lo Stato, e la tradizione del costituzionalismo – l'unica forma istituzionale possibile per la tutela dei diritti fondamentali – pone anche una riconsiderazione delle possibili politiche necessarie a costruire un diverso ordine mondiale. In particolare, la tradizione del costituzionalismo, grazie ai (quattro) principi sopra richiamati, può risultare utile, per ricollocare la globalizzazione, che si caratterizza per essere davvero disordinata e diseguale, nell'idea di "ordine".

In un simile contesto, inoltre, si può già notare come già da tempo si sia manifestata, con il dissolvimento del dominio coloniale, prima, e con la dissoluzione della realtà dei blocchi (e dell'URSS e della Jugoslavia), poi, l'emersione di una molteplicità di Stati la cui formazione è avvenuta – a volte anche solo sulla carta – sulla base del riconoscimento della libertà e della democrazia.

Infine, la c.d. crisi della sovranità dello Stato (intesa come espressione della totale autonomia di questo), dovuta alle interconnessioni e ai condizionamenti determinati dalla dimensione globale, non solo non causa la scomparsa dello Stato come garante dei diritti fondamentali, ma anzi va vista nel collegamento tra lo Stato e l'ordine internazionale, grazie al quale sono i governi degli Stati che, in forza della tradizione del costituzionalismo, pongono il tema dei diritti fondamentali in un ordinamento

⁵³ V. H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto* (1944), trad. it., Torino 1990.

⁵⁴ Al riguardo non va dimenticato che, secondo Human Development Report delle Nazioni Unite del 1998, le ricchezze complessive dei primi 358 «miliardari globali» equivalgono al reddito complessivo dei 2,3 miliardi delle persone più povere (il 45% della popolazione mondiale); inoltre, solo il 22% della ricchezza complessiva appartiene ai paesi in via di sviluppo che rappresentano circa l'80% della popolazione mondiale e 85% della popolazione mondiale ha ottenuto solo il 15% del reddito; e infine, il 20% dei paesi più poveri ha visto diminuire la propria ricchezza all'1,4% di quella globale, mentre trent'anni fa possedeva ancora il 2,3% (v. Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, cit., 79).

in cui, in via di principio, gli individui non avrebbero una propria soggettività giuridica⁵⁵.

Il problema, perciò, non è la forma Stato in sé, ma semmai la debolezza dello Stato medesimo di fronte alle decisioni che si devono assumere in relazione ai fenomeni della globalizzazione e alla possibilità che questi hanno di produrre effetti negativi nei confronti del popolo e non, invece, come pare auspicabile (e possibile) a suo favore.

Tuttavia, pure la debolezza degli Stati sovrani appare un fenomeno verso il quale i principi organizzativi del costituzionalismo si muovono efficacemente, spingendo, anche da questo punto di vista, al superamento della netta distinzione tra ordine interno e ordine internazionale. Infatti, la tradizione del costituzionalismo, così come richiede che lo Stato sia conformato secondo precise regole organizzative, che determinano la pratica democratica e la decisione, per quanto possibile, più prossima ai cittadini, a sua volta esige anche che, quando la sovranità degli Stati si apra – come mostrano molte costituzioni – verso un ordine internazionale che “assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni”, i governi degli Stati diano vita a istituzioni sopranazionali e internazionali di collaborazione e di promozione dei principi universali⁵⁶.

In questa prospettiva, perciò, la stessa legittimazione degli Stati democratici dipende dalla capacità degli apparati pubblici e delle classi dirigenti di plasmare coerentemente con i principi del costituzionalismo la politica nazionale e quella estera.

7. *La globalizzazione e l'integrazione europea: la necessità di costituzionalizzare l'Europa*

In tale contesto, il processo di integrazione europea finisce col porsi al centro della relazione tra presenza e ruolo dello Stato e globalizzazione. Il fenomeno europeo è giunto storicamente ad un livello piuttosto ambiguo, in quanto risulterebbe in grado di muoversi su un doppio bi-

⁵⁵ V. la risalente condanna da parte delle Nazioni Unite dell'apartheid in Sudafrica (c.b.b., *International Recognition and Protection of Fundamental Human Rights*, in *Duke Law Journal*, 1964, 846-866).

⁵⁶ V. G. CAPOGRASSI, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il suo significato*, ora in *“La città fraterna”*, testi presentati da U. Villani, Milano 1988, 57-71; N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna 1979, 129; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari 1988.

nario: per alcuni versi amplificherebbe sulle economie degli Stati membri gli effetti della globalizzazione, attraverso la disciplina della concorrenza, la politica doganale e la negoziazione commerciale con i paesi terzi; per altri, porrebbe la questione della ripresa del ruolo dello Stato, a livello sopranazionale, con la politica estera di sicurezza e di difesa comune, la cooperazione in tema di giustizia e polizia e il coordinamento delle politiche sociali.

La fase attuale del processo di integrazione europea, perciò, appare incerta e non sembra del tutto in grado di assolvere alle esigenze che emergono dagli Stati membri e dai processi internazionali⁵⁷.

In questo quadro, peraltro, diventa decisiva la questione della legittimazione dell'ordinamento europeo. Secondo la tradizione delle organizzazioni internazionali anche il sistema europeo ha trovato la sua autorità e la sua capacità di azione nella volontà degli stati membri e, per essi, dei rispettivi governi che hanno svolto in ambito sopranazionale anche il ruolo di legislatore; ma questa configurazione, che andava bene nel caso di una Comunità di stati assai limitata e per ambiti di competenza ben determinati, risulta ampiamente insufficiente nel caso di una Unione di Stati più estesa e dotata di attribuzioni così ampie quanto quelle degli Stati stessi che la compongono. La teoria, tanto cara al Tribunale costituzionale federale tedesco, dell'Unione europea come *Staatenverbund* e della legittimazione europea ancorata ai parlamenti degli Stati membri, che eserciterebbero competenze sufficienti e controllerebbero i rispettivi esecutivi per la loro azione a livello europeo (*Maastricht-Urteil*), appare ormai completamente insufficiente e comunque poco credibile⁵⁸.

Di conseguenza, per l'ordinamento, prodotto dal diritto europeo, si pone concretamente il tema della natura giuridica dell'Unione europea, alla luce anche della realizzazione dei presupposti dello Stato di diritto, della democrazia e del riconoscimento dei diritti fondamentali, secondo quanto previsto dall'art. 2 TUE⁵⁹.

Da questo punto di vista le strade percorribili appaiono essenzial-

⁵⁷ Espressione di questa condizione di incertezza è il *Libro bianco sul futuro dell'Europa. Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025*, in occasione dei 60 anni dei Trattati di Roma (Commissione europea, COM (2017) 2025 del 1° marzo 2017).

⁵⁸ V. BVerfG. Urteil vom 12. Oktober 1993, Az. 2 BvR 2134, 2159/92 (cfr.: I. WINKELMANN (Hrsg.), *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993. Dokumentation des Verfahrens mit Einführung*, Berlin 1994).

⁵⁹ V. S. MANGIAMELI, *The Union's Homogeneity and Its Common Values in the Treaty on European Union*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (Eds.), *European Union after Lisbon*, Heidelberg 2011, 21-46.

mente due e contrapposte: la prima richiederebbe un ripristino dei poteri dei singoli Stati membri e, perciò, si porrebbe in evidenza l'idea di non alimentare un quadro costituzionale europeo; essa culminerebbe in una politica europea di sottrazione di quante più competenze possibile al livello sopranazionale, riducendo questo al ruolo di mero garante delle condizioni del mercato comune. La seconda via, invece, consisterebbe nell'organizzare la dimensione europea secondo il modello del costituzionalismo per offrire una compiuta garanzia costituzionale ai diritti fondamentali e assicurare una partecipazione degli Stati membri nei processi decisionali; essa dovrebbe basarsi su una legittimazione di tipo democratico delle fonti del diritto europeo.

Verso il primo modello ha spinto la scelta di favorire l'allargamento dell'Unione sino a 28, a discapito dell'approfondimento dell'Unione e cioè della sua costituzionalizzazione⁶⁰. Non è un segreto che, dopo il fallimento del Trattato Costituzionale (Roma 2004), l'Unione europea ha rallentato il suo processo di integrazione e il Trattato di Lisbona ha seguito di fatto questo orientamento, creando nei rapporti tra l'Unione e gli Stati membri una condizione di reciproca tensione: l'Unione voleva mantenere le competenze acquisite e gli Stati membri volevano condizionare il loro esercizio⁶¹.

Così, nel pieno della crisi economica, che ha investito l'Europa subito dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, entrambi, l'Unione europea e gli Stati membri, non hanno avuto la capacità di porre rimedio agli effetti della crisi. Infatti, le Istituzioni europee non sono state in grado di realizzare una politica anticiclica, per la mancanza di capacità fiscale, ma anche gli Stati membri, che pure avrebbero potuto attuare una politica fiscale anticiclica, non hanno potuto realizzarla a causa dei vincoli europei che gravavano sui bilanci nazionali. Si è realizzata così una condizione di impotenza che poteva travolgere l'intero sistema europeo e la moneta unica, se non fosse stato per la Banca centrale europea che, agendo come una Istituzione autenticamente fede-

⁶⁰ V. H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI, *Governing Europe under a Constitution. The Hard Road from the European Treaties to the European Constitutional Treaty*, Berlin-Heidelberg-New York 2006, 1-20.

⁶¹ V. I. PERNICE (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform de EU ohne Verfassung?*, Baden Baden 2008; P. CRAIG, *The Lisbon Treaty*, Oxford 2010; J.C. PIRIS, *The Lisbon Treaty*, Cambridge 2010; H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI, *European Union after Lisbon*, Heidelberg 2011; A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY, *EU Law after Lisbon*, Oxford 2012.

rale, ha potuto realizzare una politica monetaria di difesa dell'Unione europea⁶².

Questa impostazione, che è stata alla base del revanscismo durante la stesura del Trattato di Lisbona e che ha espresso diversi orientamenti presenti anche nel *Libro bianco sul futuro dell'Europa. Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025*, in occasione dei 60 anni dei Trattati di Roma⁶³, perciò, spingerebbe tutti gli Stati membri a non cedere ulteriori quote di sovranità senza immediate contropartite e vantaggi; e la via che si offrirebbe al sistema europeo sarebbe quella di consolidare il mercato interno, tralasciando l'integrazione politica e costituzionale.

L'Unione, però, così correrebbe il rischio di diventare un soggetto debole e, come elemento di integrazione debole, diverrebbe un amplificatore degli effetti negativi della globalizzazione. Il modo più evidente di questa debolezza risiede nella scelta avanzata sul piano europeo a favore di una Istituzione puramente di cura dello scambio economico⁶⁴.

In questo modo l'Europa potrebbe risultare una presenza istituzionalmente meno invasiva, in quanto non regolerebbe tutti i comportamenti e non disciplinerebbe tutte le politiche, come fa lo Stato, ma al contempo risulterebbe così condizionante, dal punto di vista economico, da fare risaltare ancora di più la mancanza di una efficace tutela dei diritti fondamentali e particolarmente di quelli sociali. Globalizzazione e *governance* europea finirebbero con l'interagire, producendo un effetto di amplificazione dei limiti che l'economia globalizzata genera dal punto di vista sociale e politico. Una riduzione reale della sfera dei diritti, infatti, socialmente genera insicurezza e attenua la solidarietà, mentre dal punto di vista politico peggiora le possibilità di partecipazione dei cittadini e restringe la democrazia entro il mero formalismo elettorale⁶⁵.

Se si considera seriamente questa prospettiva, gli Stati che hanno costituito l'ordinamento europeo, non possono non porsi concretamente il problema di come colmare un vuoto che si sta progressivamente determinando nel processo di integrazione sovranazionale.

⁶² S. MANGIAMELI, *Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?*, in *Dir. Soc.*, 2016, 11-58.

⁶³ Commissione europea, COM(2017) 2025 del 1° marzo 2017.

⁶⁴ V. D. WEBBER, *How likely is it that the European Union will disintegrate? A critical analysis of competing theoretical perspectives*, in *European Journal of International Relations*, 2014, Vol. 20(2) 341-365.

⁶⁵ Per un esame dettagliato della problematica si rinvia al nostro *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *www.rivistaaic.it*, 2013.

In questa prospettiva, perciò, appare sicuramente più adeguata alla realtà dei problemi posti dalla globalizzazione, anche se politicamente più complessa, la seconda via sopra indicata, legata all'organizzazione costituzionale della dimensione europea secondo il principio della tutela dei diritti fondamentali e della divisione dei poteri, in modo da assicurare una partecipazione degli Stati membri nei processi decisionali e sulla base di una legittimazione di tipo democratico delle fonti del diritto, sviluppando l'idea che l'Unione agisca come una "comunità di diritto"⁶⁶. Questa prospettiva appare più coerente, non solo con le problematiche poste dalla globalizzazione, ma anche con quelle che emergono storicamente dal processo di integrazione europea, ed è in grado di rispondere in modo qualitativamente diverso, alle domande degli Stati e dei cittadini dell'Unione⁶⁷.

Una evoluzione di questo genere, difficile per Stati nazionali con una tradizione ancorata al mito della sovranità, dovrebbe coincidere con una costituzionalizzazione consapevole della dimensione sopranazionale e con una integrazione politica la quale potrebbe richiedere ulteriori trasferimenti di poteri da parte degli Stati membri⁶⁸.

Invero, negli anni della crisi non è mancata anche una riflessione in tal senso. Basti pensare alla proposta della Commissione, resa nota alla fine di novembre 2012, con il documento intitolato: *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union. Launching a European Debate*⁶⁹.

Il documento richiamato è veramente importante perché mostra una chiara percezione da parte della Commissione, che l'Unione europea debba essere riformata per continuare a esistere e che debba diventare

⁶⁶ V. Corte di Giustizia, sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts/Parlamento*, in Racc., 1986; anche parere del 14 dicembre 1991, in Racc., 1991, I-6079, p.to 19.

⁶⁷ V. T. ISIKSEL, *Europe's Functional Constitution. A Theory of Constitutionalism Beyond the State*, New York 2016;

⁶⁸ V. J. PRIBÁN, *Sovereignty in Post-Sovereign Society. A System Theory of European Constitutionalism*, Surrey-Burlington 2015; S. MANGIAMELI, *The Constitutional Sovereignty of Member States and European Constraints: The Difficult Path to political Integration*, in S. MANGIAMELI (Ed.), *The Consequences of the Crisis on European Integration and on Member States. The European Governance between Lisbon and Fiscal Compact*, Heidelberg 2017, 189-216.

⁶⁹ Commissione europea, *Un piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita. Avvio del dibattito europeo*, COM(2012) 777 final/2, 30.11.2012 Su cui v. la scheda del Servizio studi del Senato reperibile su <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00940028.pdf>.

più democratica e politicamente più significativa degli stessi Stati nazionali che la supportano. Anche le altre Istituzioni europee, che hanno in questi anni elaborato le risposte alla crisi, hanno maturato il medesimo convincimento di una riforma del sistema istituzionale europeo nel senso di rafforzare non solo la moneta, la coesione sociale e la politica economica europea, ma pure la politica fiscale, con l'autonomia del bilancio europeo, e un controllo democratico, in grado di dare piena legittimità al diritto sovranazionale, accompagnato dal rafforzamento istituzionale del sistema europeo⁷⁰.

Le modifiche ipotizzate per adeguare i Trattati europei al grado di responsabilità finanziaria (“l’ulteriore condivisione delle prerogative finanziarie presuppone una commisurata integrazione politica”) che si richiede alle Istituzioni europee sono consapevolmente ancorate al tema del trasferimento di sovranità dagli Stati membri (“il livello di responsabilità democratica deve rimanere commisurato al grado di trasferimento della sovranità dagli Stati membri all’Unione europea”) e all’attribuzione della “responsabilità al livello al quale è adottata la decisione esecutiva interessata, tenendo in debito conto anche il livello su cui incide la decisione”. Ciò vuol dire che se una decisione è di responsabilità europea spetta alle Istituzioni, ma, se si riflette sugli Stati membri, essa non può non considerare l’opinione di ciascuno di questi su quella decisione.

Inoltre, si affermano le premesse per una politica fiscale (di bilancio) europea finanziata con risorse proprie derivanti da un’imposizione europea e la creazione “di una struttura analoga ad un “Tesoro” dell’UEM in seno alla Commissione”, al fine di “dare una direzione politica e accrescere la responsabilità democratica”, in modo che l’Unione venga posta in condizione di resistere a eventuali futuri shock economici.

Ne consegue che, nell’ottica della riforma, innanzi tutto, “il Parlamento europeo ha il ruolo precipuo di garantire la legittimità democratica di tutte le decisioni prese a livello dell’Unione, in particolare dalla Commissione”.

Tuttavia, il limite dell’intero progetto sarebbe dato dalla tempistica con cui lo si intenderebbe realizzare. Infatti, questo verrebbe articolato su tre scadenze temporali: la prima si fonderebbe sul rafforzamento della politica di sorveglianza in atto (1° luglio 2015-30 giugno 2017); la seconda riguarderebbe la possibilità di creare una vera capacità fiscale auto-

⁷⁰ V. in tal senso la Relazione dei cinque presidenti, *Completare l’unione economica e monetaria dell’Europa* (22 giugno 2015).

ma dell'UEM per sostenere l'attuazione delle scelte politiche derivanti dal maggiore coordinamento (in un orizzonte di cinque anni); infine, la terza, più a lungo termine (entro il 2025), prevedrebbe la realizzazione di "un'adeguata condivisione di sovranità, responsabilità e solidarietà al livello europeo", e la formazione di "un bilancio autonomo della zona euro".

Questa impostazione, che subordina il processo politico dell'integrazione e la costituzionalizzazione dell'Unione europea a vincoli di carattere economico e alle politiche di bilancio, nasconde lo scopo evidente di posticipare la revisione dei Trattati europei (del Trattato di Lisbona), spostando in avanti la democratizzazione dell'ordine europeo; così, anche la democrazia sovranazionale rimane, alla fine, solo un obiettivo a lungo termine dichiarato sulla carta⁷¹.

Ma le incertezze conseguenti agli effetti della lunga crisi economica e le difficoltà esistenti per una modifica degli attuali Trattati europei possono rappresentare solo un ostacolo temporaneo alla costituzionalizzazione dell'Europa, che richiederà probabilmente tempi di realizzazione più lunghi. Non potranno però determinare l'abbandono della prospettiva dell'integrazione politica, poiché questa è l'unica soluzione che, con Istituzioni europee adeguatamente conformate, può garantire, per un verso, la realizzazione dei diritti fondamentali dei cittadini europei e la crescita delle forme di tutela e, per l'altro, la cooperazione tra i popoli d'Europa, nel rispetto dell'autonomia costituzionale degli Stati membri⁷².

8. *La costituzionalizzazione dei processi internazionali*

La globalizzazione richiede che anche l'economia internazionalizzata sia garantita dal diritto e che vi siano Istituzioni internazionali in grado di verificare che le regole del mercato globale non vengano violate. Ma l'ordine globale tende ad apparire come un ordine anonimo, dove le forze che esercitano il dominio economico sugli esseri umani sembrano inafferrabili. Anche le istituzioni internazionali (fondo monetario, Banca mon-

⁷¹ Così, J. HABERMAS, *Democracy, Solidarity and the European Crisis*, Lecture delivered on 26 Aprile 2013 in Leuven., che sottolinea anche il ruolo strategico di un simile piano per la tecnocrazia europea che continuerebbe a rafforzarsi e a sottrarsi al controllo democratico.

⁷² S. MANGIAMELI, *Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?*, in *Dir. Soc.*, 2016, 11-58.

diale, WTO, OCSE, ecc.) appaiono deprivate di ogni capacità politica e si presentano quasi come esecutori tecnici di un sistema apparentemente privo di referenti.

La questione della conoscenza e della pubblicità del potere politico comincia dentro gli Stati, dove si pone, in primo luogo, l'esigenza di un potere con un "volto" conoscibile, perché sia possibile affrontare il tema della tracciabilità del comando e del rispetto delle regole economiche. Il primo aspetto, connesso alla sopportabilità del potere, richiede che il tema della democrazia, all'interno degli Stati, anche di quelli "liberati", venga affrontato non in modo formale, come celebrazione del rito elettorale⁷³, ma sempre in modo collegato al primato della persona, e cioè come sostanza della decisione pubblica compatibile con il riconoscimento dei diritti fondamentali e posta al servizio della loro salvaguardia. Il secondo elemento, accompagnato dalla pubblicità delle scelte economiche e delle strategie di impegno su determinati aspetti (ad esempio, il modo e il luogo di produzione e, soprattutto, l'utilizzazione della ricerca scientifica), deve porre in collegamento il mercato con alcuni fattori politici ed economici, come, ad esempio, la valutazione del *rating* delle aziende anche in relazione ad azioni sociali e alla trasparenza delle politiche, e considerare l'efficacia del sistema sanzionatorio per l'abuso di posizioni dominanti.

Tuttavia, la questione della conoscenza del potere e della pubblicità, sia sul versante della politica, che su quello dell'economia, non pare confinabile entro i soli confini degli Stati, ma richiede di essere esteso pure al diritto internazionale; ciò ha comportato, e comporta tuttora, la referenza dei principi del costituzionalismo anche in questo ambito⁷⁴, sino al punto di propugnare un "diritto costituzionale globale" composto da

⁷³ V. C. CROUNCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari 2005.

⁷⁴ V. M. KUMM, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, in *The European Journal of International Law*, 2004 Vol. 15, no.5, 907-931; A. VON BOGDANDY, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in *Harvard International Law Journal*, 2006, Vol. 47 No. 1, 223-242; M. KNAUFF, *Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?*, in *ZaöRV*, 2008, 68, 453-490; A. STONE SWEET, *Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, Vol. 16 #2, 621-645; A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, *Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung*, in *ZaöRV*, 2010, 70, 1-49; J. HABERMAN, *Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas*, in *ZaöRV* 72 (2012), 1-44; G. ZICCARDI CAPALDO, *From International Constitutionalism to Global Constitutionalism: Vision and Modernity of the Thought of Rolando Quadri*, in G. ZICCARDI CAPALDO (ed.), *The Global Community. Yearbook for International Law and Jurisprudence*, 2014-II, 230-255.

“un sottoinsieme di regole e principi internazionali che sono così importanti da meritare l’etichetta ‘costituzionale’”⁷⁵.

Il diritto internazionale, nella sua origine, non era un ordinamento che includeva tutte le entità che, di fatto, erano in condizione di esercitare, in modo territorialmente definito, forme di supremazia, ma richiedeva l’esistenza di un substrato, la partecipazione a determinati principi e il riconoscimento da parte della comunità degli Stati⁷⁶. La sovranità, in questa logica, era comunque collegata ad una dimensione giuridica, che la trascendeva e il suo esercizio trovava giustificazione (e limiti) solo nel contesto dei principi cui la dimensione giuridica del diritto internazionale si ispirava.

Nel prosieguo di tempo, con l’affermazione dei principi del positivismo, questi elementi vennero offuscati e si riconobbe la soggettività internazionale a qualunque autorità territoriale, purché effettiva. In questo modo si dava della sovranità statale una interpretazione di pura situazione di fatto che si legittima da sé, senza alcun collegamento anche nell’ordine interno alla posizione dell’individuo.

Il diritto internazionale, così, veniva privato di qualunque riferimento giuridico fondativo e ridotto a semplice strumento di coordinamento tra gli Stati, nel quale primeggiava in modo assoluto la regola che nel diritto internazionale, alla fine, solo la volontà degli Stati è decisiva e non esistono possibilità di un vincolo a valori più elevati.

⁷⁵ Con l’avvertenza che “Whether these norms (rules and principles) of potential constitutional quality are superior to ordinary international norms; whether they are created by states or by other actors as well; whether they are always ‘hard’ legal norms; whether they embody a specific set of material principles; and whether they are ‘constitutional’ only to the extent that they are enforceable by some form of judicial review, remains to be seen” (A. PETERS, K. ARMINGEON, *Introduction-Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, Vol. 16 #2, 385-395; A. PETERS, *The Merits of Global Constitutionalism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, Vol. 16 #2, 397-411; ID., *Foreign Relations Law and Global Constitutionalism*, in *American Journal of International Law*, 2017, 331-335). L’espressione “costituzionalismo globale” caratterizzerebbe “un’agenda accademica e politica che identifichi e sostenga l’applicazione dei principi costituzionalisti, come lo stato di diritto, i controlli e gli equilibri, la protezione dei diritti umani e, eventualmente, la democrazia, nella sfera del diritto internazionale al fine di migliorare l’efficacia e l’equità dell’ordine legale internazionale”.

⁷⁶ Si vedano in proposito gli insegnamenti di Francisco de Vitoria e Francisco Suárez sui caratteri del diritto internazionale (v. G. BARBERINI, *Principi di diritto internazionale nella teologia cattolica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012; C. BRANDÃO, *Introdução ao estudo dos direitos humanos*, in C. Brandão (Coord.), *Direitos Humanos e Fundamentais em perspectiva*, São Paulo 2014, 1-14; A.M. PALAMIDESI, *Alle origini del diritto internazionale. Il contributo di Vitoria e Suárez alla moderna dottrina internazionalistica*, Roma 2010, 94-112).

Due conflitti mondiali con le loro catastrofi, però, hanno messo in ombra questo modo di intendere il diritto internazionale che aveva comportato, da parte degli Stati, un uso distorto della forza, sia verso il loro interno, e sia verso l'esterno. Con la fine della seconda guerra mondiale, in particolare, si avvia una critica ad un diritto internazionale basato su una concezione stato-centrica e su una visione assoluta della sovranità degli Stati; e questo è il veicolo per introdurre nei processi internazionali forme di costituzionalizzazione, per le quali "il singolo individuo, e non lo Stato, deve essere – d'ora in avanti – il soggetto e l'unità morale centrale del diritto internazionale"⁷⁷.

Per quanto la volontà degli Stati, come strumento di azione del diritto internazionale, non si possa ignorare, si assiste progressivamente all'emersione dei principi democratici, della *rule of law* e dei diritti umani come presupposti del riconoscimento degli Stati nell'ordinamento internazionale⁷⁸. Da questo punto di vista la prassi del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, di considerare un pericolo per la pace la destituzione di un governo democraticamente scelto, appare una conferma della crescente costituzionalizzazione dell'ordinamento internazionale.

I principi del costituzionalismo nel diritto internazionale essenzialmente producono due effetti: per un verso, portano ad una diversa concezione dell'uso della forza; e, per l'altro, promuovono un assetto internazionale, dove grazie all'emersione dei diritti, si assiste alla formazione di strutture e sistemi regionali di salvaguardia che sempre più permeano le relazioni tra gli Stati.

Con riferimento al primo aspetto, la codifica principale del principio del rifiuto della forza si rinviene nell'art. 2, n. 4, dello Statuto delle Nazioni Unite, per il quale "i membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualun-

⁷⁷ U. HALTERN, *Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende*, in *AöR*, 2003, 541.

⁷⁸ V. Convenzioni ONU – Patto internazionale sui diritti civili e politici, art. 25 «Ogni cittadino ha il diritto, e deve avere la possibilità, senza alcuna delle discriminazioni menzionate all'articolo 2 e senza restrizioni irragionevoli: a) di partecipare alla direzione degli affari pubblici, personalmente o attraverso rappresentanti liberamente scelti; b) di votare e di essere eletto, nel corso di elezioni veritiere, periodiche, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, che garantiscano la libera espressione della volontà degli elettori; c) di accedere, in condizioni generali di eguaglianza, ai pubblici impieghi del proprio paese» (Patto adottato dall'Assemblea Generale il 16 dicembre 1966; entrato in vigore il 23 marzo 1976; Stati parte al 2000: 147).

que altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite”, mentre nell’art. 51 si ritrova “il diritto naturale di autodifesa individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite”, e soprattutto il principio che spetta al Consiglio di Sicurezza la competenza a prendere “le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale”⁷⁹ nel caso di una loro violazione e con gli strumenti che lo stesso Capitolo VII della Carta disciplina.

L’attribuzione del compito di mantenere la pace e la sicurezza internazionale ad una autorità, concordata dagli Stati, rappresenta un elemento formativo del processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale, che, anche se profondamente imperfetto, e spesso sofferente, costituisce una evoluzione non facilmente reversibile: può infatti ritenersi che, secondo l’ordinamento internazionale, l’uso della forza non si qualifica da sé, per i risultati cui di fatto approda, ma è soggetto ad una valutazione secondo principi che prescindono dalla volontà del singolo Stato; e questi principi nel recente passato hanno trovato una loro applicazione anche sul versante interno agli Stati, definendo una efficacia diversa del vecchio principio della non ingerenza negli affari interni di uno Stato, che la Carta appunto accoglie senza pregiudizio dell’“applicazione di misure coercitive a norma del capitolo VII” (art. 2, n. 7).

L’altro versante del processo di costituzionalizzazione dell’ordinamento internazionale è rappresentato dai molteplici riconoscimenti dei diritti degli individui nei confronti degli Stati che trascendono il diritto interno e sono espressioni, tanto di atti generali di diritto internazionale (la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo 1948; la CEDU 1950; il Patto sui diritti politici e civili 1966), quanto di atti di carattere settoriale che possono riguardare questioni economiche, sociali e ambientali (la Commissione internazionale per le balene; la FAO e l’Organizzazione Mondiale della Sanità; ed ancora l’accordo ONU sul diritto del mare e la convenzione sulla protezione dell’ambiente)⁸⁰.

A ciò si aggiunga che gli Stati nell’ambito del diritto internazionale vanno assumendo impegni a realizzare principi di portata universale

⁷⁹ Per queste ragioni, la seconda parte della medesima disposizione prevede che «Le misure prese da Membri nell’esercizio (del) diritto di autodifesa sono immediatamente portate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza e non pregiudicano in alcun modo il potere ed il compito spettanti, secondo il presente Statuto, al Consiglio di Sicurezza, di intraprendere in qualsiasi momento quella azione che esso ritenga necessaria per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale».

⁸⁰ D. HELD, *Democrazia e ordine globale*, trad. it., Trieste 1999, 106 ss.

sul versante politico, militare, economico e sociale (ad esempio, i dieci principi dell'Atto finale di Helsinki del 1975; la Carta di Parigi del 1990; la Convenzione sulle mine antiuomo); creano autorità giudicanti, cui si sottopongono, per fattispecie determinate, a volte anche di una certa ampiezza come nel caso dello Statuto di Roma sulla Corte penale internazionale (1998-99), e, più in generale, disseminano i vari accordi, convenzioni, trattati, ecc., di meccanismi di conciliazione delle controversie.

Questo processo di costituzionalizzazione che ha investito la Comunità internazionale ha avuto conseguenze anche di carattere strutturale per l'ordinamento di questa, la cui formazione non appare più semplicemente legata agli atti volontà degli Stati. Infatti, le norme del diritto internazionale che condizionano i comportamenti degli Stati non sono solo quelle prodotte dagli Stati medesimi, ma vi sono norme che obbligano gli Stati senza che questi vi abbiano partecipato e che sono – in un modo o nell'altro – l'espressione di uno *standard* (la pratica internazionale, i principi fondamentali riconosciuti dalle “nazioni civili”, ecc.).

Ciò fa sì che, anche nell'ambito del diritto internazionale, sussista un collegamento tra il riconoscimento di diritti agli individui e la produzione normativa, che comincia ad essere governata da un principio di gerarchia delle fonti. In questo ambito, peraltro, si fanno strada quelle che vengono definite “forme internazionali di aiuto costituzionale”⁸¹, grazie alle quali la Comunità internazionale, attraverso forme di pressione multilaterale, riesce progressivamente ad assicurare, in situazioni di crisi, lo sviluppo democratico e il riconoscimento dei diritti fondamentali all'interno degli Stati⁸².

⁸¹ V. J.A. FROWEIN, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, in K. DICKE, W. HUMMER, D. GIRSBERGER, K. BOELE-WOELKI, C. ENGEL, JOCHEN A. FROWEIN (Hrsg.), *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System: Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, Heidelberg 2000, 427-447.

⁸² In questo ambito si deve fare rientrare anche quella particolare forma (europea) di aiuto costituzionale rappresentata dalla Convenzione di Lomé, per la quale i Paesi dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (nel complesso 78 stati) intrattengono rapporti stabili con l'Unione europea e hanno stabilito un partenariato stretto, profondo e complesso. La cooperazione, in particolare, si articola intorno a due poli principali: la cooperazione economica e commerciale e la cooperazione allo sviluppo. Ma ciò che maggiormente rileva è che nella sua più recente forma l'ultima convenzione di Lomé, quella di Lomé IV, firmata nel 1989 per una durata di 10 anni, ha introdotto, tra le numerose innovazioni, la promozione dei diritti umani e il rispetto della democrazia, quali elementi chiave del partenariato, mentre nella cooperazione sono stati inseriti nuovi obiettivi, come ad esempio il potenziamento del ruolo delle donne e la protezione ambientale. Un'altra importante innovazione è stata la c.d. cooperazione decentrata, espressa dalla partecipazione al processo di sviluppo di altri attori, come ad esempio la società civile.

Quanto sin qui esposto mostra che sussiste una tensione significativa tra globalizzazione e costituzionalismo: entrambi si muovono trasversalmente dentro gli Stati e nell'ambito della Comunità internazionale, cui questi danno vita.

Questa tensione può trovare un utile punto di equilibrio, distribuendo vantaggi e limitando gli effetti negativi sui sistemi sociali di tutto il mondo, a condizione che gli Stati reagiscano in modo coordinato e solidale. Ciò che si richiede è che essi facciano applicazione del *principio di collaborazione*; soprattutto in quanto il coordinamento solidale appare possibile, perché gli individui e le nazioni scoprono di avere sempre più interessi in comune⁸³.

Il costituzionalismo può servire a costruire un ordine interno e internazionale capace di supportare questa collaborazione. Esso può essere la misura per costruire ambiti territoriali in grado di sostenere, in modo adeguato, la popolazione che vi vive sopra, garantendo uno *standard* di vita civile comparabile. I sistemi locali, misurati secondo questa unità di giudizio, realizzerebbero a pieno il principio di autonomia, in quanto non solo risulterebbero capaci di assicurare condizioni di vita accettabili, ma soprattutto perché consentirebbero di conservare tutti i profili che caratterizzano le identità. I sistemi locali sarebbero, così, in condizione di essere un fattore attivo dell'ordine globale⁸⁴. Inoltre, sul versante internazionale, può rendere possibile l'obiettivo di sostituire, alla realtà della globalizzazione, quella dell'"universalizzazione"; concetto questo che ha racchiuso in sé la speranza, l'intenzione e la determinazione a creare un ordine ragionevole, giusto e, soprattutto, umano; un ordine unico, rispettoso delle molteplici differenze e delle identità che la terra ha creato⁸⁵.

⁸³ V. G. SCHWARZENBERGER, *The Frontiers of International Law*, London 1962; W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, New York 1964; P.M. DUPUY, *International Law: Torn between Coexistence, Cooperation and Globalization. General Conclusions*, in *European Journal of International Law*, 1998, 9, 278-286; K. RAUSTIALA, *The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law*, in *Virginia Journal of International Law*, 2002; K.A. MINGST, H. ELKO MCKIBBEN, I.M. ARREGUÍN TOFT, *Essentials of International Relations*, Eighth Edition, New York 2018.

⁸⁴ S. MANGIAMELLI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, cit.

⁸⁵ Secondo i principi espressi da I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795/6), Kommentar von Oliver Eberl und Peter Niesen, Berlin 2011; per i quali v. anche M. KOSKENNIEMI, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2007, 8.1, 9-36.



SAGGI

Francesco Rimoli

GOVERNABILITÀ E MERCATI: BREVI CONSIDERAZIONI SUL FUTURO DELLA DEMOCRAZIA ITALIANA*

SOMMARIO: 1. Un po' di storia recente – 2. La democrazia italiana e le riforme – 3. Dove vanno le costituzioni? – 4. Stabilità politica e mercati finanziari – 5. Una domanda finale.

1. *Un po' di storia recente*

Il tema della governabilità è uno dei più trattati, ripetuti e ambigui tra quelli inerenti all'assetto del sottosistema politico-istituzionale; è un *mantra* usato dai politici (e sovente anche da politologi e giuristi) senza alcuna reale contestualizzazione, e per lo più in forma strumentale per giustificare acquisizioni di potere. Dal punto di vista sistemico, esso attiene essenzialmente all'efficacia e all'efficienza di tale sottosistema, intese rispettivamente come capacità del medesimo di raggiungere fini prestabiliti e come capacità di raggiungerli riducendo al minimo i costi necessari. Usando il lessico di David Easton, l'efficacia è la capacità di un sottosistema di fornire *outputs* (ossia decisioni) adeguati, sia sotto il profilo della tempestività che sotto quello della qualità dell'intervento, rispetto agli *inputs* posti dall'ambiente, e di tradurli poi in *outcomes* (ossia, potremmo dire, effetti concreti) apprezzabili¹. È palese però che questi criteri non possono essere modellati in termini assoluti, dovendo piuttosto essere correlati al contesto politico entro cui sono di volta in volta osservati e alle opzioni assiologiche di fondo del medesimo: così il problema dell'efficacia/efficienza entro un regime democratico assume tratti affatto diversi rispetto a quelli che lo caratterizzano entro un modello di tipo

* Questo saggio è destinato agli Scritti in onore di Antonio Ruggeri.

¹ Si veda D. EASTON, *L'analisi sistemica della politica* (II ed., 1979), tr. it., Casale Monferrato, 1984.

autoritario, e questi sono a loro volta alquanto differenti rispetto a quelli propri di un modello totalitario². Nondimeno, le pressioni dell'ambiente, gli *inputs*, possono essere tali da indurre a un progressivo scivolamento dei parametri. In linea di principio, in un regime democratico pluralista il primo criterio di efficacia/efficienza del sottosistema dovrebbe essere quello misurato sulla capacità integrativo-inclusiva dello stesso, laddove invece entro un modello autoritario³ il parametro principale è quello della rapidità e della univocità delle decisioni, nonché della loro inderogabilità. Dunque, seppur con molta approssimazione, potrebbe dirsi che mentre nel modello autoritario si ha maggiore (ma non esclusivo) riguardo alla *quantità e tempestività* delle decisioni, in quello democratico/pluralista si ha maggiore (ma non esclusivo) riguardo alla *qualità e integratività* delle stesse. Di qui derivano anche le opzioni in ordine all'assetto istituzionale (forma di governo) preferite in ciascun regime.

Ora, è frequente che l'ambiente, costituito dalla pluralità e dall'interazione degli altri sottosistemi, più o meno strutturalmente accoppiati con quello politico, agisca nel senso di produrre pressioni talmente forti e incombenti su quest'ultimo da imporre una trasformazione, anche radicale, degli assetti effettivi del medesimo: sta qui la ragione sistemica delle metamorfosi istituzionali, sommariamente distinte per *evoluzione* o per *rivoluzione*⁴. Ossia, per il giurista, delle revisioni costituzionali (nel caso più semplice) o delle rivoluzioni politiche, che travolgono ogni illusione costituzionalistica di *Sollen* nel procedere del *Sein*, anzi del divenire della storia (tra i due estremi si pone l'ipotesi, suscettibile di diversi esiti, del colpo di Stato, inteso come risposta adattiva minimale e immediata di un sottosistema politico all'incapacità del sottosistema istituzionale di fornire *outputs* efficaci all'ambiente stesso)⁵.

² Sul tema G.M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nell'ordinamento costituzionale*, Torino 1999.

³ Per una classificazione dei regimi autoritari si veda il noto studio di J.J. LINZ, *Sistemi totalitari e regimi autoritari. Un'analisi storico-comparativa* (2000), tr. it., Soveria Mannelli 2006, 233 ss.

⁴ Sul tema, per una sintesi, M. RICCIARDI, *Rivoluzione*, Bologna 2001; con prospettive diverse, d'obbligo il riferimento ai noti studi di H. ARENDT, *Sulla rivoluzione* (II ed., 1965), tr. it., Torino 1999; R. ARON, *L'oppio degli intellettuali* (1955), tr. it., Torino 2008; H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* (1983), tr. it., Bologna 1998; più recente lo scritto di P. PRODI, *Il tramonto della rivoluzione*, Roma-Bari 2015; sia consentito altresì rinviare a F. RIMOLI, *La transizione estrema. Appunti sul fenomeno rivoluzionario come modalità di adattamento sistemico*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2017.

⁵ Sia permesso qui il rinvio a F. RIMOLI, *Il coup d'État come modalità di adattamento*

È in questo quadro che si pone il nostro concetto di *governabilità*, insieme a quello affine (ma in realtà distinto) della *stabilità*: ambedue, come detto, significanti ambigui, poiché capaci di assumere tratti e valenze affatto diverse in diversi contesti. In più, bisogna precisare che *la stabilità non è un valore in sé*, ossia in senso assoluto, giacché in presenza di una classe politica debole o corrotta, incompetente o antidemocratica, e che riesca tuttavia a diventare egemone, la stabilità può essere un fattore di ulteriore devastazione del sistema politico.

E comunque, puntualizzando ulteriormente: anzitutto, è evidente che entrambi i concetti non possono essere banalmente identificati con la durata temporale degli esecutivi, giacché, per fare solo un esempio, nulla fu più stabile, nella storia italiana della (cosiddetta) prima Repubblica, del predominio democristiano, con governi che tuttavia si avvicendavano con cadenza media meno che annuale⁶. Le vicende degli ultimi vent'anni invece, pur ricche di sforzi di stabilizzazione (nel continuo succedersi di legislazioni elettorali, ispirate a modelli tanto diversi quanto confusi e contraddittori) hanno visto una sostanziale fragilità delle coalizioni, nel quadro di un bipolarismo incompiuto prima e di un tripolarismo rissoso poi (forse già superato?), con esiti che, allo stato attuale, si preannunciano disastrosi sia per il quadro politico interno che per la posizione europea e internazionale del Paese (con il decisivo aggravamento della situazione economico-finanziaria complessiva, ora in prospettiva moltiplicato dalla pandemia di CoViD-19 e dalla crisi globale che ne seguirà).

Ciò è l'ennesima riprova del fatto che la legislazione elettorale condiziona i comportamenti preelettorali dei partiti, ma muta in misura minima l'assetto effettivo del quadro complessivo, e dunque incide ben poco sulla "stabilità" del sottosistema politico. Il tutto però ha fatto emergere anche in Italia, negli ultimi cinque lustri, accanto a un diffuso sentimento antipartitico e alla conseguente svalutazione degli istituti rappresentativi⁷, tendenze criptoautoritarie di vario genere, dissimulate prima sotto il rassicurante volto paternalistico-aziendalista del primo berlusconismo,

sistemico: qualche considerazione su una forma peculiare di transizione costituzionale, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2014.

⁶ Sul tema, tra molti, M. COTTA, L. VERZICHELLI, *Il sistema politico italiano*, II ed., Bologna 2011, spec. 131 ss.; P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Bologna 1997; L. ELIA, *La forma di governo e il sistema politico italiano* (1982), ora in Id., *Costituzione, partiti, istituzioni* (raccolta di saggi), Bologna 2009, 331 ss.

⁷ Sul tema, di recente, C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Napoli 2018.

poi sotto le (vere o presunte) competenze delle fallimentari ed eterodirette tecnocrazie nostrane, in seguito sotto l'accattivante quanto ingenuo e superficiale efficientismo giovanilista di un ambizioso "rottamatore", sostituito poi per breve tratto da una singolare quanto pericolosa mistura di misoneismo e utopia della decrescita da un lato, e di cupo realismo xenofobo e sovranista dall'altro, e infine da un'ulteriore, inedita alleanza tra il populismo antipolitico della prima e il conformismo europeista delle sinistre più tradizionali, sempre in cerca di una rinnovata identità. Se ne dirà meglio oltre; peraltro, al di là dell'attualità, le incerte trasformazioni complessive della funzione sistemica (e della forma stessa) dei partiti e dell'intero meccanismo di una rappresentanza ormai di fatto depotenziata comunque dalle vorticosi dinamiche della politica nella società digitale rendono il quadro ancora più complesso e irto di difficoltà interpretative in ordine ai suoi potenziali sviluppi futuri⁸.

⁸ Problema di estrema delicatezza, sul piano teorico come su quello pratico: per un quadro dell'evoluzione storica recente del partito politico, O. MASSARI, *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari 2004; per il contesto italiano, S. BONFIGLIO, *I partiti e la democrazia. Per una rilettura dell'art.49 della Costituzione*, Bologna 2013; P. POMBENI (a cura di), *Storia dei partiti italiani*, Bologna, 2016; P. IGNAZI, *I partiti in Italia dal 1945 al 2018*, Bologna, 2018; P. RIDOLA, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico* (2008), ora in ID., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, 23 ss.; E. D'ALBERGO, *Sociologia della politica. Attori, strutture, interessi, idee*, Roma 2014, 105 ss.; sulle trasformazioni impostesi nella prospettiva populista, N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia* (2019), Bologna 2020; P. ROSANVALLON, *Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, Paris, 2020; F. FUKUYAMA, *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi* (2018), tr. it. Torino, 2019; meno recenti testi di E. LACLAU, *La ragione populista* (2005), tr. it., Roma-Bari, 2008, e Y. MENY, Y. SUREL, *Populismo e democrazia* (2000), tr. it., Bologna, 2001; su profili più strettamente giuridici, M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Democrazia, oggi* (Anuario AIC 2017 – Atti del XXXII Convegno annuale), Napoli, 2018, 3 ss.; L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, ivi, 57. Sui problemi di democraticità della struttura interna del partito, F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017; sul punto del rapporto con gli istituti rappresentativi (e con la progressiva "giurisdizionalizzazione" dello Stato), tra molti, A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e "stato giurisdizionale" (nota minima su un'annosa e irrisolta questione)*, in *www.federalismi.it*, n. 23/2018. Sul rapporto tra politica e *web*, in una letteratura ormai immensa, i recenti saggi di M. BARBERIS, *Come Internet sta distruggendo la democrazia*, Milano, 2020; M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Roma-Bari 2019; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: quale futuro per le libertà?*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto* (*www.rivista.biodiritto.org*), n. 2/2019, 63 ss.; M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, ivi, 101 ss.; F. BALAGUER CALLEJON, *Social network, società tecnologiche e democrazia*, in *Nomos* (*www.nomos.it*), n. 3/2019 (ma già S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari 2004, e A. D I GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune ri-*

2. La democrazia italiana e le riforme

Quello delle riforme è un altro *mantra* costantemente ripetuto, sia dall'esterno che dall'interno: l'Europa chiede riforme di sistema che rendano il contesto italiano più omogeneo (e soprattutto più funzionale) a quello dei Paesi egemoni nell'area dell'Unione; all'interno, il tipo di trasformazione verso cui – per le ragioni che diremo tra poco – il sistema politico-istituzionale per lo più si rivolge blandisce la voglia di potere che strutturalmente anima la classe politica, e quello della “Grande Riforma” resta un miraggio che da sempre attira chi, magari per una breve quanto intensa stagione, riesca a salire sul podio elettorale e cerchi di consolidare la posizione così faticosamente (e magari fortunatamente) raggiunta. Il dibattito sul tema delle riforme, che da ormai da quasi quarant'anni assilla le cronache politiche e l'attività istituzionale italiana (nonché buona parte dei commentatori, politologi e giuristi, che hanno scritto e detto proflui di parole peraltro rapidamente destinate all'oblio), è stato pietra d'inciampo per governanti di diversa area, da D'Alema a Berlusconi a Renzi, ha creato divisioni e tensioni, ma non ha affatto prodotto i risultati sperati, non ha risolto problemi, e piuttosto – come nel caso dell'unica, pasticciata riforma di ampio respiro giunta in porto, quella del titolo V della seconda parte della Carta, operata nel 2001 – ne ha generati di nuovi⁹.

L'ultimo *leader* politico a scontrarsi con un consistente tentativo di riforma fallito è stato, com'è noto, Matteo Renzi, che il 4 dicembre del 2016 ha trovato, nella bocciatura referendaria del suo disegno di profonda revisione della seconda parte della Costituzione, un ostacolo esiziale a un'ascesa che fino ad allora era parsa irresistibile. Non è il caso qui di tornare sulle (poche) luci e le (molte) ombre di quel testo¹⁰:

flessioni, in *Diritto e Società*, 1995, 399 ss.); su profili più ampi del rapporto tra società digitale e libertà, BYUNG-CHUL HAN, *La società della trasparenza* (2012), tr. it., Milano 2014.

⁹ La letteratura sulle riforme è immensa: fino ai primi anni duemila, sia permesso, per una rapida ricostruzione, il rinvio a F. RIMOLI, *Le riforme*, Roma-Bari 2002; il referendum del 4 dicembre 2016, che ha bocciato la riforma Renzi-Boschi, non ha tuttavia eliminato la necessità di interventi più circoscritti e ponderati: sul tema G. DI COSIMO, *Le riforme istituzionali dopo il referendum*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 1/2017; G. AZZARITI, *Dopo il referendum costituzionale: crisi della rappresentanza e riforma del Parlamento*, *ibidem*.

¹⁰ Tra i molti *instant books* pubblicati sulla riforma Renzi-Boschi, si vedano quelli di E. ROSSI, *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa 2016; S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Aspettando il referendum (con il fiato sospeso). Limiti e contenuti della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, Torino 2016; A. APOSTOLI, M. GORLANI,

basti qui rilevare che, al di là delle fondate critiche che gli furono mosse, ciò che rileva, a distanza, è l'evidente tendenza di quella riforma alla riduzione degli spazi e dei tempi del confronto parlamentare, al sostanziale depotenziamento dell'organo legislativo (con un Senato assai diminuito d'importanza concreta, e in oggettivo concorso con una legislazione elettorale per la Camera – il c.d. *Italicum*, legge 6 maggio 2015, n.52, poi dichiarata in parte illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 35 del 2017 – che rendeva troppo facile raggiungere maggioranze assolute), al rafforzamento dell'esecutivo e del Presidente del Consiglio.

Solo pochi anni sono passati, eppure il panorama, dopo il referendum del 2016, è totalmente cambiato: prima un Governo di transizione (presieduto da Paolo Gentiloni), poi una nuova legge elettorale (legge 3 novembre 2017, n.165, il c.d. *Rosatellum*, a impianto misto ma prevalentemente proporzionale, con soglie di sbarramento), nuove elezioni nel marzo 2018, incerto esito tripolare con l'esplosione dei movimenti populistici e/o "sovranisti", faticosa costruzione di un nuovo Governo (presieduto dal fin lì sconosciuto Giuseppe Conte) con una componente maggioritaria del Movimento 5 Stelle e una minoritaria (ma determinante in sede parlamentare) della Lega. Il tutto con il vincolo di un inedito e improbabile "contratto" di governo¹¹ a suggellare una difficile convivenza tra forze eterogenee, foriera di nuove tensioni e instabilità, accentuate come detto dall'esito delle elezioni del Parlamento europeo che il 26 maggio del 2019 hanno rovesciato i rapporti di forza tra le due componenti di un Esecutivo fin dall'inizio molto precario e progressivamente indotto a una sostanziale paralisi (se non per scelte elettoralmente proficue ma finanziariamente assai rischiose), contribuendo infine alla problematica crisi di mezza estate provocata dalla spregiudicata (e strategicamente incauta) scelta del *leader* leghista Salvini di "capitalizzare" in sede nazionale il consenso ottenuto in tutt'altra sede elettorale, ma aperta formalmente dalle (fin troppo pronte) dimissioni di Conte il 20 agosto 2019. L'esito è stato quello di resuscitare inopinatamente un

S. TROILO (a cura di), *La Costituzione in movimento. La riforma costituzionale tra speranze e timori*, Torino 2016.

¹¹ Sul punto, tra molti commenti, si vedano quelli contenuti nel volume di A. MORELLI (a cura di), *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Napoli 2018, e in T. GUARNIER, "Contratto di governo", *azione governativa e rapporto fiduciario* (relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli 14-15 giugno 2019), in www.gruppodipisa.it.

Partito democratico (e in particolar modo di una sua corrente interna, facente capo a Matteo Renzi, con abile mossa del suo *leader* divenuta vera arbitra del futuro prossimo) da tempo in grave crisi di ruolo, nonché una sinistra radicale da ancor più tempo relegata a mero elemento esornativo del panorama politico italiano. Così, il nuovo Governo presieduto dallo stesso Conte, fondato su una maggioranza affatto diversa ma non meno eterogenea e potenzialmente conflittuale rispetto alla precedente (dopo che Partito democratico e sinistre minori sono prontamente e a ogni costo corse al governo con il Movimento 5 Stelle in sostituzione della Lega, nel comune interesse di evitare la fine anticipata della legislatura e una probabile sconfitta elettorale), che ha preso vita agli inizi del settembre 2019, in un contesto interno di sostanziale debolezza e confusione ma con il significativo gradimento dell'*establishment* istituzionale europeo, già alla metà di novembre si è trovato in grave affanno, stretto tra la Scilla della manovra economica e la Cariddi di una contestata e opinabile riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità, tanto da rendere necessaria una “verifica” interna alla nuova maggioranza già a pochi mesi dalla nascita, all’inizio del 2020. Inoltre, la scissione dal PD operata da Renzi già nel settembre 2019 con la creazione del nuovo partito personale di Italia Viva, peraltro dimostratosi finora deludente nei sondaggi, ha ulteriormente complicato il quadro¹². La pandemia in atto, poi, ha certo rafforzato il Governo in carica per la fase emergenziale, ma non gli risparmiierà una prova durissima nel periodo successivo, allorché la crisi economico-sociale che ne conseguirà raggiungerà il suo culmine.

Di ciò che sarà non è comunque dato sapere ora; ma, guardando oltre la cronaca, dinanzi a un quadro così incerto e poco rassicurante sembra ravvivarsi dell’esigenza di un più efficace strumento di governabilità, reso necessario dalle già menzionate connessioni tra quadro politico-istituzionale e mercati finanziari, per il tramite dell’ambigua natura economico-politica dell’Unione europea. Tuttavia, l’apparato di riforme con cui si intende di solito assicurarlo (depotenziamento del legislativo e rafforzamento dell’esecutivo, legge elettorale selettiva e tendenzialmente *majority assuring*)¹³ facilmente inclina il sottosistema politico verso un

¹² Su profili particolari dei due Governi in esame, B. CARAVITA DI TORITTO, *I governi Conte: aspetti problematici di diritto costituzionale*, in www.osservatorioaic.it, n. 5/2019.

¹³ La riduzione drastica del numero dei parlamentari, punto forte della proposta politica del Movimento 5 Stelle, è oggetto di una legge di revisione approvata in via definitiva l’8 ottobre 2019 (e ora da sottoporre al referendum ex art. 138 Cost. richiesto da 71 senatori, con un esito che appare tuttavia prevedibilmente scontato). Tale riduzione,

tipo a pluralismo limitato, che è insieme effetto e causa di una torsione criptoautoritaria del medesimo, laddove invece, potrebbe dirsi (ma è asserzione che richiederebbe assai maggiori approfondimenti, qui impossibili da proporre), un certo grado di instabilità controllata, particolarmente in un contesto complesso ed eterogeneo come quello italiano, in cui concentrazioni di potere prolungate hanno avuto quasi sempre esiti nefasti, sarebbe la garanzia migliore per il mantenimento di un assetto democratico. In tal senso l'orientamento proporzionalistico che ora, per motivi affatto contingenti e senza alcuna considerazione effettiva di lungo periodo, sembra assumere la prospettiva politica italiana secondo le più recenti vicende, può costituire, paradossalmente, un dato positivo: una legge elettorale di tipo proporzionale, con una soglia di sbarramento non troppo bassa e senza ambigui diritti "di tribuna" avrebbe il pregio di essere chiara e di favorire un'aggregazione limitata, escludendo frammentazioni eccessive o concentrazioni pericolose. Favorirebbe, certo, il trasformismo (già l'attuale legge ne ha dato ampia prova, consentendo che uno stesso Presidente del Consiglio fosse a capo di due maggioranze di opposto colore; e d'altronde i politici italiani sono stati sempre maestri in ciò), peraltro in sé garantito dalla pur preziosa disposizione dell'art. 67 Cost.¹⁴, ma allontanerebbe tentazioni autoritarie: il che, in Italia, non è risultato da poco. In più, potrebbe – forse – rivitalizzare la funzione dei partiti, e soprattutto delle forze di centro (il modello proporzionale su cui si è retto il sistema politico italiano per quasi cinquant'anni era basato sulla funzione equilibratrice della Democrazia cristiana, seppur con l'inopinata emarginazione del più forte partito di sinistra, dovuta a ragioni geopolitiche dimostratesi insuperabili fino alla caduta del regime sovietico e dei suoi satelliti)¹⁵.

oltre a richiedere ovvi adeguamenti della legislazione elettorale e dei collegi (sul primo punto, peraltro, già è intervenuta la legge 27 maggio 2019, n. 51, volta a rendere applicabili le leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari), è però irrilevante rispetto a quanto detto nel testo (giacché il punto non è quello della numerosità dei componenti delle Camere, ma quello dei loro poteri concreti), potendo essere interpretata piuttosto come l'ennesima concessione a un demagogico antiparlamentarismo, in sé peraltro dannoso in quanto tendenzialmente delegittimante l'intero modello della democrazia rappresentativa.

¹⁴ Sulla cui evoluzione recente, da ultimo, F. LANCHESTER, *Crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, in *Osservatorio costituzionale AIC* (www.osservatorioaic.it), n. 1/2020.

¹⁵ La decisione di inammissibilità assunta con la sentenza n.10 del 2020 dalla Corte costituzionale in ordine alla richiesta di referendum abrogativo (formulata da otto Consigli regionali) con cui la Lega tendeva a trasformare in pienamente maggioritaria la legge

In tale prospettiva, queste brevi osservazioni si orientano dunque su due livelli, entrambi strutturalmente coesenziali nell'analisi costituzionalistica e in quella politologica: l'uno è di tipo teorico, ossia funzional-sistemico, l'altro di tipo pratico, ossia assiologico-politico.

Dove vanno le costituzioni?

Sul primo livello, converrà muovere dalla considerazione, propria delle teorie sistemiche, per cui la costituzione è frutto di un accoppiamento strutturale (*strukturelle Kopplung*) tra sottosistema politico e sottosistema giuridico¹⁶; nondimeno, essa reagisce, come luogo di vertice dell'ordinamento-struttura all'interno del sottosistema giuridico, agli *inputs* dell'ambiente in forma adattiva, e, per quanto qui ci interessa di più, segnatamente alle pressioni del sottosistema economico-finanziario, oggi esaltato nella sua iperfunzionalità dalle modalità comunicative della globalizzazione telematica¹⁷. Prendono cioè sempre più corpo quelle "matrici comunicative anonime", autopoietiche, coattivamente ricorsive e tendenzialmente distruttive del proprio sottosistema, nonché infine del complessivo sistema sociale, di cui tratta la più recente ed evoluta letteratura¹⁸; tendenze peraltro non compensate dall'emersione delle costituzioni civili nel quadro del *societal constitutionalism* di cui parla lo stesso Teubner¹⁹, la cui teorizzazione rischia piuttosto di avallare e legittimare i

n.165/2017, rovesciandone del tutto il senso, e la presentazione di una proposta di legge (a firma del deputato Brescia) informata a un modello proporzionale puro, con una clausola di sbarramento per ora posta al 5%, peraltro con un "diritto di tribuna" per le liste che non raggiungano tale soglia (già ribattezzato col solito vezzo, ma in modo affatto improprio, *Germanicum*: XVIII leg., A.C. n.2329), sembra infatti impedire ora ogni recupero di un modello maggioritario (anche se ogni previsione in tal senso, dati i precedenti, è assolutamente azzardata).

¹⁶ Sul punto, nel quadro della prospettiva sistemica, N. LUHMANN, *La costituzione come acquisizione evolutiva* (1990), tr. it. in J. LUTHER, P.P. PORTINARO, G. ZAGREBELSKY, *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, 83 ss.

¹⁷ Sul punto sia consentito il rinvio a F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Roma 2011, 245 ss.

¹⁸ Un esempio, in riferimento al tema dei diritti fondamentali, in G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali* (tr. it. parz. di *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, 2012), Milano 2012, 165 ss.

¹⁹ G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili* (raccolta di saggi), Roma 2005; un'analisi più recente in ID., *Ibridi ed atanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, tr. it. di L. Zampino, Setto S. Giovanni (MI), 2015; sul tema sia consentito rinviare a F. RIMOLI, *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime riflessioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2012, 357 ss.; per un quadro generale del *societal constitutionalism*, R. PRANDINI, G. TEUBNER (a cura di), *Costituzioni societarie: politica e diritto oltre lo Stato* (numero monografico della rivista *Sociologia e politiche sociali*, vol.14, n.

processi di affrancamento dei *global players* economico-finanziari da ogni reale vincolo normativo esterno, consolidando così la progressiva fusione tra politica e finanza a tutto vantaggio di quest'ultima. A ciò si aggiunge la generale disaffezione verso la rappresentanza politica, peraltro motivata dalla costante inadeguatezza delle mediazioni partitiche, che lascia spazio alle pressioni ambientali esterne alla politica stessa²⁰. Si potrebbe dire, anzi, che per certi aspetti ormai il rapporto tra il sottosistema politico, quello giuridico-istituzionale e quello economico-finanziario procede verso una forma stabile di interpenetrazione e addirittura, in prospettiva, di dedifferenziazione reciproca²¹.

Sotto questo aspetto, la pressione dell'ambiente, e in particolar modo la rapidità di trasformazione e di funzionamento che le matrici anonime assumono operando in rete, ossia in modo istantaneo, richiedono al sottosistema giuridico, e in particolar modo all'ordinamento e alla forma di governo – sia quella definita dalla costituzione formale, sia quella vivente nella prassi – un'efficienza adeguata, misurata anzitutto in termini temporali di reazione e di *output* rispetto agli impulsi ambientali. Il che pone problemi assai rilevanti per l'assetto democratico dell'intera area geopolitica occidentale, e per gli ordinamenti sviluppatasi al suo interno dopo il secondo conflitto mondiale, particolarmente in ordine alla loro apertura, inclusività e orientamento ai principi del *welfare*, rendendo assai attuali in senso funzionale quelle forme distorte (o semplicemente apparenti) di democrazia apparse in alcuni Stati dell'Europa orientale, ma suscettibili di ben più ampia diffusione, che oggi vanno sotto la definizione, confusa e fuorviante sul piano teorico ma efficace sul piano semantico, di “democrazie illiberali”²². Peraltro, le stesse democrazie li-

2/2011); M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale. A proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2009, 295 ss.; L. ZAMPINO, *Gunther Teubner e il costituzionalismo sociale. Diritto, globalizzazione, sistemi*, Torino 2012; A.J. GOLIA, *Costituzionalismo sociale (teorie del)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Milano 2017, 217 ss.; ID., *Imprese transnazionali e vincoli costituzionali. Tra pluralismo e responsabilità*, Milano 2019, spec. 221 ss..

²⁰ Una sintetica ma acuta analisi in N. LUHMANN, *L'impopolarità dei partiti politici* (1992), tr. it. in ID., *Democrazia e partiti* (raccolta di saggi), Sesto S. Giovanni (MI), 2014, 41 ss.

²¹ Per questi concetti, tuttora poco noti a una parte dei giuristi, si rinvia a N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale* (1984), tr. it., Bologna, 1990, spec.305 ss. e 331 ss.; un'esplicazione degli stessi anche in C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO, *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, IV ed., Milano 2002.

²² Locuzione peraltro già usata da F. ZACHARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in

berali rischiano oggi di essere ridotte a democrazie digitali dall'enorme fattore di condizionamento costituito dalla Rete e dalle manipolazioni che essa consente, in qualsiasi momento ma anzitutto in quello critico della campagna elettorale²³.

In ogni caso, la decisione politica dev'essere oggi anzitutto assolutamente *rapida*, capace di adeguarsi tendenzialmente *in tempo reale* alle oscillazioni dei mercati, alle mutevoli esigenze degli investitori del settore finanziario, in una parola alle fluttuazioni istantanee del sottosistema economico, a sua volta entrato in una duratura crisi dopo il devastante tracollo del 2008, e fortemente condizionato, nell'ambito del settore bancario, dall'imposizione di stringenti regole agli operatori del settore creditizio (e in particolar modo a quella parte di essi che ha falsato ogni equilibrio con la cessione di crediti inesigibili e la creazione fittizia di moneta mediante scritture contabili, l'incontrollato commercio di derivati, nonché con il devastante *credit crunch* conseguito alla crisi). Non si può qui entrare, per ovvi motivi, nel complicatissimo meccanismo di interazioni sistemiche che vincolano di fatto ogni decisione politica reale in base ai parametri economico-finanziari, sulla base di un PIL (paradossalmente obbligato a un perenne incremento) posto a fondamento dell'intero modello. Di questo meccanismo, in realtà, nessuno riesce a prevedere gli esiti né a controllare i repentini movimenti²⁴: in compenso, esso rischia di stritolare le economie più deboli, anche quelle ciclicamente proprie

Foreign Affairs, 1997, n. 6, 22 ss., e ormai entrata nell'uso: sul tema si veda, di recente, A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2019; per il caso turco, L. DE GRAZIA, *Constitutional coup e democrazie illiberali: l'esempio della Turchia*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2018, 380 ss.

²³ Sul punto M. BARBERIS, *op. cit.*, 48 ss.; sia anche permesso il rinvio a F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica: i rischi del cittadino telematico*, in *Consultaonline (www.giurcost.org)*, *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 24 febbraio 2020; su profili più generali, G. MAZZOLENI, R. BRACCIALE, *La politica pop online. I meme e le nuove sfide della comunicazione politica*, Bologna 2019; M. CACCIOTTO, *Il nuovo marketing politico. Vincere le elezioni e governare al tempo della politica veloce*, Bologna 2019; G. GIANANTE, *La comunicazione politica online. Come usare il web per costruire consenso e stimolare la partecipazione*, Roma, 2014; su profili più specifici, GIU. SERGES, *Internet quale strumento di propaganda e organi costituzionali. Primi appunti sparsi*, in D. CHINNI (a cura di), *op. cit.*, 141 ss.

²⁴ Per un quadro dei problemi inerenti al rapporto sempre più stretto tra economia, finanza, politica e istituzioni sotto in profilo costituzionalistico, si vedano i recenti studi di GIO. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli 2012; M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Napoli 2016, e F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, Unione bancaria europea e Costituzione*, Milano 2019.

dei Paesi “avanzati”, e infine anche le loro democrazie, con l’avallo delle tecnocrazie sovranazionali che a tale dinamica sistemica informano gran parte delle loro decisioni (a dispetto di ogni principio di solidarietà, e nel lungo periodo di ogni realizzazione effettiva di *welfare*)²⁵.

Quindi, un dato pare (purtroppo) certo: in tale contesto, la democrazia, specialmente nella sua versione procedurale e nella sua accezione discorsivo-deliberativa, e infine la stessa divisione dei poteri, sono nulla più che un ostacolo, un inopinato fattore di rallentamento che rischia di porsi in costante conflitto con le matrici di cui si è detto²⁶; dicendo ciò – sia chiaro – non si adombra affatto una tesi di tipo complottista, ossia l’esistenza di una sorta di organizzazione occulta che, al di là di quelli che possono essere i consueti interessi geopolitici agenti nel contesto globale, operi consapevolmente e strategicamente contro la democrazia.

Di fatto c’è piuttosto un blocco *oggettivo e impersonale* di interessi che, tramite tecnocrazie operanti all’interno o all’esterno di istituzioni, si è imposto negli ultimi anni in Europa, come già oltreoceano, e che inevitabilmente comunica e opera tramite codici strutturati sulle matrici anonime di cui si è detto, e con dimensioni necessariamente globali. Il che, a ben vedere, costituisce un pericolo assai maggiore, generando un sovrano senza volto²⁷.

3. *Stabilità politica e mercati finanziari*

Il meccanismo in atto è, dunque, ancor più insidioso, anche perché coloro stessi che si credono capaci di controllare il sistema (e che peraltro lo influenzano di fatto in modo rilevante)²⁸ ne sono di fatto infine dominati, e lo sono proprio per il fatto che le matrici comunicative

²⁵ Sul punto sia permesso il rinvio a F. RIMOLI, *La democrazia e la sua crisi*, in F. BILANCIA, F.M. DI SCIULLO, A. GIANELLI, M.P. PATERNÒ, F. RIMOLI, G.M. SALERNO, *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, Napoli, 2013, 207 ss.

²⁶ Questo patologico rapporto tra tempo e decisione nelle democrazie contemporanee è ben delineato già da A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari 2002, spec. 207 ss.

²⁷ Ancor più inquietante di quell’“antisovrano” di cui già parlava M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1/1996, 124 ss.; tra molti e di recente, sul tema si veda D. RUNCIMAN, *Così finisce la democrazia. Paradossi, presente e futuro di un’istituzione imperfetta* (2018), tr. it., Torino 2018, spec.108 ss.; S. LEVITSKY, D. ZIBLATT, *Come muoiono le democrazie* (2018), tr. it., Roma-Bari, 2019.

²⁸ Sul punto C. PINELLI, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 1/2016.

sono in sé impersonali e di fatto incontrollabili, insieme causa ed effetto di una coazione iperrazionalizzata (non priva però di pericolose derive collettive di emotività incontrollata nei momenti critici), nonché ormai fondate su algoritmi informatici istantaneamente e automaticamente applicati piuttosto che su decisioni razionalmente ponderate, consapevoli e misurate sulla situazione reale contingente²⁹. Si è dunque dinanzi a un modello di *network*, ossia una struttura reticolare estremamente complessa apparentemente basata su puntuali programmazioni derivanti da calcoli oggettivi, e in questo caso invece del tutto vulnerabile alla percezione affatto soggettiva (individuale e/o collettiva) dei rischi rispetto a una realtà che è anch'essa frutto della medesima percezione: dunque, un'apoteosi dell'incertezza, dissimulata in rassicuranti quanto illusorie forme matematiche nonché diffusa per vie telematiche, che si traduce infine in un alto rischio per le democrazie e in genere per le popolazioni che ne subiscono gli effetti³⁰.

Ma, tornando al piano politico e giuridico, dunque, e al di là dei più o meno fantasiosi esercizi di ingegneria istituzionale, è più che comprensibile quella tendenza che si è comunemente tradotta in un'accelerazione dei tempi e in una drastica semplificazione dei modi, alla luce di un sommario concetto di *governabilità/stabilità* che a sua volta si riflette in un inopinato potenziamento degli esecutivi non di rado accompagnato da un più o meno aperto antiparlamentarismo, tutt'altro che rassicurante e oggi assunto a canone di propaganda mediatica.

I populismi affermatosi negli ultimi anni, ulteriormente rafforzati dalle tecnologie della comunicazione digitale, non hanno certo contribuito a migliorare la situazione³¹: se nelle forme del leghismo salviniano il profilo del dominio tecnocratico tende a essere dissimulato dall'abbagliante luce dell'improbabile riaffermazione di un'ormai anacronistica sovranità statale, con venature autoritarie e xenofobe assai efficaci sul piano demagogico ma eticamente opinabili e rischiose per la collocazione dell'Italia nel contesto europeo³², in quelle della confusa ideologia del Movimento

²⁹ Di recente, per una prospettiva filosofica sul tema, R. BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Bologna 2019, spec. 297 ss.

³⁰ Sul tema, tra molti, C. PINELLI, *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell'incertezza* (2000), ora in Id., *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza* (raccolta di saggi), Napoli 2012, 281 ss.

³¹ Sul tema della democrazia populista, oltre agli scritti più recenti sopra citati, si veda già R.A. DAHL, *Prefazione alla teoria democratica* (1956), Milano 1994, 41 ss.

³² Sul tema, da ultimo, L. FERRAJOLI, *L'alleanza perversa tra sovranismi e liberismo*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 1/2019.

5 Stelle esso è programmaticamente indicato, all'interno di una temperie (contraddittoriamente) antipolitica e intrisa di integralismi, come avversario da combattere, ma è poi sostituito dall'utopica ed evanescente mitologia di una decrescita felice, che, banalizzando le (già per sé opinabili) teorie socioeconomiche in materia³³, sta piuttosto creando una situazione di squilibrio che rischia di risolversi nel medio termine in una riaffermazione ancor più piena e severa delle oppressive dinamiche delle tecnocrazie (al consolidamento delle quali peraltro le scelte politiche recenti del Movimento hanno contraddittoriamente contribuito in sede europea), eventualmente veicolata dalle inesorabili quanto controproducenti procedure sanzionatorie imposte dall'Unione europea³⁴, nonché dalla dinamica concreta dei mercati finanziari.

Ma, al di là del nostro quadro nazionale, il processo in atto, consapevoli o meno che ne siano i suoi attori, risponde a un'esigenza epocale profonda del sistema sociale complessivo: a dispetto di quanto sosteneva pur autorevolmente qualche decennio fa chi vedeva la democrazia e la crescita economica in una connessione necessaria e virtuosa³⁵, l'evoluzione più recente del postcapitalismo finanziario, di quello *Spätkapitalismus* delineato da Ernst Mandel che si traduce, seppur con declinazioni e prospettive teoriche affatto diverse, come "finanz-capitalismo" nella definizione di Luciano Gallino³⁶ o come "capitalismo tecno-nichilista" nell'analisi di Mauro Magatti³⁷, sta diventando oggettivamente sempre meno compatibile con la democrazia e con gli strumenti tradizionali della rappresentanza politica. Le convulse dinamiche degli ineffabili "mercati",

³³ Un riferimento d'obbligo a S. LATOUCHE, *La scommessa della decrescita* (2010), tr. it., Milano 2014; ID., *Per un'abbondanza frugale. Malintesi e controversie sulla decrescita* (2011), tr. it., Torino 2012; per una formulazione filosofica più ampia della teoria in esame, ID., *La sfida di Minerva. Razionalità occidentale e ragione mediterranea* (1999), tr. it., Torino 2000.

³⁴ Un esempio drammatico e recente sta nella disastrosa (e alquanto cinica) gestione della crisi greca a partire dal 2009: se ne veda una sintetica ricostruzione in F. SALMONI, *op. cit.*, 180 ss..

³⁵ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia* (1999), tr. it., Milano 2001.

³⁶ Il concetto di "tardo capitalismo" è dovuto a E. MANDEL, *Der Spätkapitalismus*, Berlin 1972; l'altro riferimento è al noto studio di L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, II ed., Torino, 2013; il tema del rapporto tra potere economico e democrazia, decisamente interdisciplinare, è affrontato dal punto di vista costituzionalistico da L. D'ANDREA, *Democrazia e poter economico: la "forma" del primato costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, fasc. 3/2018, 996 ss..

³⁷ M. MAGATTI, *Libertà immaginaria. Le illusioni del capitalismo tecno-nichilista*, Milano 2009, spec. 104 ss.

che repentinamente premiano o condannano, impongono strutture in cui l'efficienza e la rapidità siano garantite da sistemi stabili e dunque privi delle incognite e dell'imprevedibilità derivanti dal dialogo, dalle belle ma improduttive lentezze della democrazia discorsiva e deliberativa *à la* Habermas, dall'incertezza del confronto tra diverse ideologie e interessi: in tal senso le derive populiste sono funzionali all'accelerazione dei processi disgregativi della democrazia liberale³⁸. E forse, osservando la realtà in modo pragmatico, potrebbe dirsi che a un certo *establishment* tecnocratico globale farebbe in fondo comodo, rispetto ai singoli Stati dell'Occidente democratico, quella stessa soluzione politica che gli Stati Uniti hanno per anni perseguito in molti Paesi sudamericani o africani, favorendo regimi autoritari che diventavano per sé interlocutori certi, stabili, e infine facilmente manipolabili con finanziamenti ben mirati e condizionati. Inoltre, per venire più vicino alla realtà europea, il processo (pur ondivago) di parafederalizzazione che vive l'Unione attuale induce ormai a vedere i governi e i parlamenti nazionali, entro una struttura di *multilevel governance*, come nulla più che istituzioni in prospettiva "regionali", con poteri limitati, ormai già ben lontani da un'effettiva sovranità, e infine legittimamente condizionabili non solo con le procedure di sostanziale commissariamento e le varie forme di sanzione previste dai Trattati, cui le pur varie strutture di sostegno esistenti in ambito *lato sensu* sovranazionale³⁹ accedono insieme come sussidio palliativo e come strumento di orientamento coatto rispetto ai singoli Stati, ma anche – è questa solo una sensazione, ma alquanto inquietante, e comunque non sorprendente – con una lettura più o meno "amichevole" della flessibilità dei parametri nei confronti dei governi dei Paesi membri, che scontano in tal senso il loro maggiore o minore gradimento da parte della Commissione e dell'*establishment* dell'Unione (ennesima conferma della ben nota

³⁸ L'ovvio riferimento è a J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), tr. it., Roma-Bari 2013, spec. 322 ss.

³⁹ Si pensi per esempio, tra queste, al già citato c.d. "Fondo salva-Stati", ossia il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), organizzazione internazionale a carattere regionale (dunque in sé separata dalle istituzioni dell'Unione) creata con le modifiche apportate all'art.136 del Trattato di Lisbona il 23 marzo 2011 (ratificate in Italia con la legge 23 luglio 2012, n.116), operante dal 2012 in luogo del precedente Fondo europeo di stabilità finanziaria e ora in via di revisione. La versione "light" del MES attuale, approvata insieme ad altri strumenti finanziari su proposta dell'Eurogruppo dal Consiglio Europeo il 23 aprile 2020 per far fronte alla crisi generata dalla pandemia di CoViD-19, pur sospendendo temporaneamente le condizionalità per le spese sanitarie, non sembra mutare la natura complessiva dello strumento ed essere abbastanza rassicurante, in prospettiva, per i Paesi che vi faranno ricorso.

considerazione per cui la “legge” si interpreta per gli amici e si applica per i nemici...)»⁴⁰.

Ora, una cessione graduale di sovranità è certo insita *ab origine* nella stessa idea di Unione europea, ed è in prospettiva un fattore essenziale di integrazione, ma non è sembrata fin qui avvenire in forme e tempi equilibrati, dati i complessi e opinabili meccanismi decisionali di un’Europa così allargata ed eterogenea, i vincoli strettissimi posti dai recenti accordi (Giuseppe Guarino parlava già qualche anno fa di un’Europa ormai “robotizzata”, in cui la democrazia è stata di fatto soppressa e dal gennaio 1999 si è instaurato in forma di *golpe* occulto un nuovo regime: tesi certo troppo radicale, ma non del tutto infondata) e la perdurante logica nazionale (se non apertamente nazionalista) che anima tutti i Paesi principali, e soprattutto certi disegni egemonici della riunificata Germania: ma questo è da tempo un tema di comune dominio⁴¹. E in ogni caso, dinanzi al soffocante vincolo che hanno creato l’ossessione tutta tedesca per il pareggio (da noi mutato in “equilibrio”, ma non basta) di bilancio, il trattato sul *Fiscal compact*⁴², i regolamenti del *Six pack*, e l’implementazione interna di queste norme (la l.cost. 20 aprile 2012, n.1, e la l. 24 dicembre 2012, n.243, con cui siamo stati “più realisti del re”)⁴³, sarà sempre più indispensabile, per i governanti dei prossimi anni, avere una serie di strumenti rapidi e sicuri che, in sede deliberativa come in sede esecutiva, garantiscano certezza di risultato e inoffensività delle opposizioni; ogni rallentamento procedurale su ulteriori, e presumibilmente drastiche ma-

⁴⁰ Sul MES, tra molti, M. BENVENUTI, *op. cit.*, 66 ss.; GIO. GRASSO, *op. cit.*, 128 ss.; F. SALMONI, *op. cit.*, 184 ss.; la riforma *in itinere*, che ne aumenta considerevolmente i poteri con effetti concreti non del tutto prevedibili, soprattutto per i Paesi con elevato debito pubblico, è attualmente oggetto di vivaci discussioni. La bozza del nuovo testo del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, approvata dall’Eurogruppo il 14 giugno 2019, è leggibile all’Url http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/dossier/file_internets/000/010/701/Testo_a_frente_MES.pdf. Sul tema, L. GIANNITI, *L’evoluzione dell’eurozona: sempre più intergovernativa, sempre meno federalizzante*, all’url <https://aspeniaonline.it/evoluzione-delleurozona-sempre-piu-intergovernativa-sempre-meno-federalizzante/>.

⁴¹ Sul tema già U. BECK, *Europa tedesca. La nuova geografia del potere* (2012), tr. it., Roma-Bari 2013.

⁴² Il Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell’Unione economica e monetaria è stato sottoscritto il 2 marzo 2012 da venticinque Stati dell’Unione europea (per l’Italia dal Governo Monti), ed è entrato in vigore il 1° marzo 2013 con la dodicesima ratifica; sul tema del rapporto tra vincoli di bilancio e sovranità statale, di recente, S. CALDARELLI, *La sovranità statale alla prova della crisi economica e finanziaria*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2019.

⁴³ Sul “*Six pack*” e sul “*Fiscal compact*” ancora M. BENVENUTI, *op. cit.*, 70 ss.; GIO. GRASSO, *op. cit.*, 114 ss.

novre fiscali sarebbe troppo rischioso. Qui forse, sta una delle possibili letture del processo politico interno che ha caratterizzato l'Italia in questi ultimi anni, e che si è ora provvisoriamente diluito – ma non sappiamo ancora con quali conseguenze – con l'avvento delle (diverse, ma entrambe) forzate maggioranze che hanno sostenuto i due Governi Conte, e che tuttavia certamente tornerà a dispiegarsi con il superamento di questa fase, tanto più dinanzi a un'Unione europea il cui assetto politico, come era prevedibile, è ben poco mutato nell'ultima tornata elettorale (e anzi tenderà a un rafforzamento delle sue tendenze centripete dopo l'uscita del Regno Unito, che era sì fattore di freno ma anche di cautela rispetto a inopportune fughe in avanti), se non per il fatto che l'Italia si è trovata, con il primo dei due Governi menzionati, in un'inedita condizione di isolamento apparentemente superata con l'esclusione delle forze euroscettiche nel secondo dei due Governi.

E dinanzi al dato di realtà sistemica che muove il profondo processo evolutivo di cui si è detto, si infrangono purtroppo le pur acute tesi formalistiche di chi, come Guarino, seppur come detto con qualche eccesso di enfasi, aveva ben rilevato incongruenze e profili di illegittimità originaria nell'intero *corpus* normativo vigente. E però, lo stesso studioso rilevava come, alla luce della sua provocatoria ma brillante analisi, nel modello di stabilità del “falso Euro” posto in essere dal regolamento UE 97/1466, mancasse un vertice politico, e, accantonato l'obiettivo della crescita, dominasse, quale ‘dio’ insondabile e assoluto, un *principio astratto* tale da generare infine un movimento che inesorabilmente produce depressione e, forse, alla fine, implosione⁴⁴: forse una forma diversa per parlare di una matrice comunicativa anonima?

4. Una domanda finale

Dunque, rispetto al tema della governabilità, sembra necessario piuttosto porre almeno un quesito conclusivo, che ovviamente trascende il tema della sempre anelata e sempre rinviata “Grande Riforma”. E questo, in realtà, pone un dilemma: sulla base di un'opzione, quella democratica, che resta irrinunciabile, e che però è anzitutto di natura ideologica, dobbiamo tener ferma la fiducia nello Stato costituzionale,

⁴⁴ G. GUARINO, *Un saggio di verità sull'Europa e sull'euro. II*, leggibile all'Url <https://www.giuseppeguarino.it/pubblicazioni/>, presso il quale sono pubblicate molte altre riflessioni dello stesso autore.

nella democrazia procedurale e nel modello pluralista, sopportandone il necessario costo in termini di tempo e complessità per cercare di conseguire un risultato di reale inclusione e integrazione politica, oppure dobbiamo, senza infingimenti e senza l'onnipresente narcotico del *politically correct*⁴⁵, riconoscere che tali paradigmi sono ormai disfunzionali rispetto alle dinamiche delle società del postcapitalismo finanziario globale, accettando una chiara restrizione degli spazi e dei livelli di democrazia, della sfera dei diritti sociali e delle conquiste del *welfare*, insomma una "semplificazione" riduttiva *tout court*, per non perdere il contatto con il resto del sistema globale, ossia per non essere emarginati ed economicamente colonizzati? In altri termini, si deve tentare una resistenza di tipo ideologico-valoriale o cedere, pragmaticamente certo, ma forse in modo esiziale per la democrazia effettiva, alla naturale tendenza tecnocratico-autoritaria che deriva dall'inesorabilità dell'integrazione sistemica? Ossia, in termini habermasiani, dobbiamo lasciar prevalere l'agire strategico strumentale proprio della dimensione funzional-sistemica, o cercare di mantenere vivo anche (e soprattutto) quell'agire comunicativo orientato all'integrazione sociale e all'intesa che è proprio della *Lebenswelt*?

È questo, con tutta evidenza, un dilemma difficilmente risolvibile in termini astratti⁴⁶. Tuttavia essere consapevoli, non da politici ma da studiosi per quanto possibile obiettivi e realistici, della reale portata dei processi in atto può forse aiutare a trovare un'equilibrata composizione tra esigenze così conflittuali: la democrazia richiede il confronto, e il confronto richiede *tempo*, nonché, nelle società contemporanee, un grado di complessità adeguato alla complessità delle stesse; ma questo è proprio ciò che la convulsa e semplificatoria dinamica dei mercati, ulteriormente accelerata dal pervadente uso delle comunicazioni telematiche, nega. E d'altronde, dai mercati finanziari e dai meccanismi del sistema tardo-capitalistico non si può certo uscire (l'idea di una decrescita felice è impraticabile a livello del singolo soggetto politico, ed è comunque utopica), perché se il sottosistema economico tracolla, la stessa democrazia rischia, seppur per altro verso, di crollare: dunque siamo dinanzi a un'*impasse* diabolica. Vale qui la logica del male minore? Deve prevalere, secondo le

⁴⁵ Su cui di recente, seppur partendo dal particolare contesto svedese, J. FRIEDMAN, *Politicamente corretto. Il conformismo morale come regime* (2018), tr. it., Milano 2018.

⁴⁶ Sia comunque permesso rinviare, per altre considerazioni sul tema, a quanto scritto in F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Modena, 2018, e in ID., *Retorica dei diritti e retorica dei doveri: qualche considerazione "scomoda"*, in *Lo Stato*, n. 9/2017, 71 ss.

categorie weberiane, una prospettiva *wert-orientiert* o una *zweck-orientiert*? Più banalmente, siamo disposti a rischiare una possibile marginalizzazione dai vorticosi circuiti di una governabilità/stabilità/decisione intesa di fatto solo come rapidità adattiva, inesorabilmente incline alla torsione autoritaria, per salvare però, finché possibile, la democrazia e il pluralismo con la necessaria moneta del tempo, della riflessione e del dialogo? Questo è un dilemma che investe tutti i profili propri dello Stato contemporaneo, e del costituzionalismo del secolo attuale, poiché riguarda anche la dimensione del *welfare*, della partecipazione, dei diritti; è, in altre parole, un problema che riguarda tutti noi.



CORTE COSTITUZIONALE E LEGISLATORE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Problemi vecchi, soluzioni nuove? A lezione dai Maestri – 3. Quando l’inerzia diventa inattuazione costituzionale. Tra “rime obbligate”, limite della discrezionalità del legislatore e innovative soluzioni decisorie – 4. Una breve conclusione. Corte e legislatore, un rapporto da ricostruire.

1. *Premessa*

Come ha di recente sostenuto Gustavo Zagrebelsky, la storia della giustizia costituzionale è fatta di “posizionamenti” e di “riposizionamenti”¹ che meritano di essere letti nel contesto storico politico nel quale gli stessi si svolgono.

A seconda dei casi o dei momenti, la Corte è antimaggioritaria², va “a braccetto” con il Governo³, addirittura è affetta da “suprematismo giudiziario”⁴. La lettura evolutiva dei principi e delle regole del processo costituzionale, nonché la “creazione” di nuove tecniche decisorie, è spesso letta come “inquietante” novità, anche quando funzionale a permettere

¹ Così Gustavo ZAGREBELSKY nella sua *Relazione di apertura* al Convegno intitolato *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, svoltosi presso l’Università di Torino nei giorni 17 e 18 ottobre 2019, che preferisce tali locuzioni piuttosto che l’impiego del termine “fasi”.

² Carattere proprio delle funzioni e delle istituzioni di garanzia, come sostenuto da L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari 2007, vol. I, 876 s.

³ Secondo alcuni questo sarebbe accaduto, ad esempio, in occasione del giudizio sulla c.d. Robin Tax e della scelta di escludere l’efficacia retroattiva della incostituzionalità così evitando il crearsi di un significativo “buco” nei conti pubblici (sent. n. 10 del 2015).

⁴ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, fasc. 2/2019, 251 ss.

alla Corte di “rendere giustizia costituzionale”⁵. Non dico – non ho mai sostenuto – che quest’ultima esigenza possa giustificare tutto, ma affermo con forza che è alla luce della stessa che occorre valutare la tenuta della singola “novità” entro il quadro normativo (e storico-politico) nel quale si colloca⁶. Ricordando sempre quanto sia scarna la disciplina del processo costituzionale, spesso aperta, per le formulazioni prescelte, a diverse possibili letture: cosa vuol dire “rilevanza”? cosa significa “non manifesta infondatezza”? siamo sicuri che la “retroattività”, in base all’art. 136 Cost. e ai suoi sviluppi legislativi, sia una regola e non un principio⁷? E ancora, sulla base di quali elementi – se non le riflessioni della dottrina formatesi per lo più sulle evoluzioni della giurisprudenza – le tecniche decisorie sarebbero un *numerus clausus*? Ciò che oggi può apparire una *culpa* della Corte, magari riferita alla presunta invasione della sfera riservata alla discrezionalità del legislatore, potrà domani essere considerata una «*culpa felix*», come ci insegna proprio chi è capace di guardare alla giurisprudenza costituzionale senza pre-giudizi, chi non si limita ad un esame “radiologico”, per quanto evoluto, della singola pronuncia⁸.

Credo che un’analisi equilibrata del complesso tema riguardante i rapporti tra Corte e legislatore richieda, anzitutto, maggiore consapevo-

⁵ D’obbligo il riferimento a G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d’Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, 979, che, proprio con riguardo all’adozione di dispositivi manipolativi da parte della Corte costituzionale, parla di una «necessità di rendere giustizia costituzionale» che va al di là dell’astratto confronto tra norme di diverso livello.

⁶ Per alcune considerazioni al riguardo rinvio a: M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell’interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l’esigenza di “rendere giustizia costituzionale”*, in *Rivista telematica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. 1/2015, 1 ss.; ID., *Tra anima politica e giurisdizionale. A proposito di alcune “oscillazioni” della Corte nel giudizio di legittimità costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino 2017, 239 ss.; ID., *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista telematica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. n. 2/2019, 644 ss., specie 662 ss.

⁷ Con riguardo a tale questione si veda, ora, M. CAREDDA, *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica. Il giudice delle leggi prima e dopo la crisi*, Torino 2019, 203 ss.

⁸ Il riferimento è a Gaetano Silvestri che dapprima ha formulato severe critiche nei confronti dell’impiego delle decisioni manipolative, non a caso definite “normative” (G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova 1985, 755 ss.), per poi considerare la “supplenza” della Corte rispetto alle “omissioni legislative” come una “*culpa felix*” [G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino 1994, 32].

lezza della mobilità dei confini della giustizia costituzionale. È una consapevolezza che viene da lontano e che trova felice traduzione, più che nelle recenti riflessioni, nelle considerazioni di Kelsen e Schmitt su chi dovesse essere il custode della Costituzione⁹. Le ragioni di Kelsen circa l'opportunità di istituire un Tribunale costituzionale hanno prevalso su quelle di Schmitt, ma le preoccupazioni di quest'ultimo sui rischi di una sua trasformazione in una sorta di terza camera sono ancora estremamente attuali e in parte accolte dallo stesso giurista praghese, ben consapevole del possibile incremento del tasso di politicità delle decisioni giudiziarie ove i parametri, in specie le disposizioni costituzionali sui diritti, avessero peccato di vaghezza.

Al fondo a queste problematiche si riferiscono anche le riflessioni italiane degli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso, proprio riguardanti il rapporto Corte-legislatore¹⁰. Un rapporto il cui studio conduceva a rilevare, sia pure con diverse chiavi di lettura, la "politicità" del giudizio della Corte costituzionale¹¹, oggi tradotta nei termini di prevaricazione eccessiva dell'anima giurisdizionale, dovuta allo «scostamento» dai «canoni che stanno a base dello svolgimento dei giudizi di costituzionalità» che porta con sé lo «snaturamento dell'organo e dell'attività dallo stesso posta in essere»¹², ovvero a discettare di presunti «sconfinamenti»¹³ da un limite che sembra però disegnato dallo studioso che lo erge piuttosto che chiaramente desumibile dal sistema normativo. E così negli «sconfinamenti» o negli «scostamenti» viene tirato dentro un po' di tutto: la valutazione della rilevanza nel giudizio sulle leggi elettorali, la modula-

⁹ H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1930-31), tr. it. *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di A. Geraci, Milano 1981; C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), tr. it. *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano 1981.

¹⁰ Il riferimento è soprattutto ai contributi di F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, e di G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, pubblicati in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, Bologna 1982, rispettivamente 19 ss. e 103 ss.

¹¹ Una "politicità" assai diversa, però, da quella che si esprime in Parlamento, come ci ha insegnato C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), Napoli rist. 2014, 114 ss. Si vedano anche le pagine di M. CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)*, in *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova 1958, 85 ss.

¹² A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e rapporti istituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, Security & Justice. European Legal Studies*, www.fsjeuro-studies.eu, fasc. 2/2019, 54.

¹³ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 251 ss.

zione degli effetti temporali dell'incostituzionalità, la considerazione della "ridondanza" nei giudizi in via principale, l'allentamento delle "rime obbligate" (e la loro traduzione nella «proporzionalità a rima libera»), persino le "attività extra funzionali" della Corte (dai comunicati stampa alle iniziative dei "viaggi" nelle scuole e nelle carceri). Tutto riguardato in vista di un disegno complessivo: la Corte che intende prevaricare con la sua giurisprudenza il principio della divisione dei poteri e che per far ciò cerca di «stabilire col popolo una relazione più o meno diretta»¹⁴.

Davvero spiegare i contenuti della Costituzione fuori dal Palazzo della Consulta può produrre questo risultato¹⁵? Davvero i comunicati stam-

¹⁴ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 284. La Rivista *Quaderni Costituzionali*, ove è apparso il contributo di Morrone, ha poi pubblicato due ulteriori lavori sempre in argomento: R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni a margine di un recente scritto di Andrea Morrone*, fasc. 4/2019, 757 ss., il quale, pur mantenendo una prospettiva critica rispetto ad alcune decisioni della Corte (in particolare sent. n. 1 del 2004, sent. n. 10 del 2015, ord. n. 207 del 2018), condivisibilmente nega che alla Corte possa imputarsi «di modificare "l'equilibrio dei poteri" e tanto meno di farlo perseguendo un disegno preciso» (p. 758); E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine a un recente scritto di Andrea Morrone*, ivi, 777 ss., il quale, con specifico riguardo all'attività istituzionale non giudiziaria della Corte, sottolinea come l'opera di «mediatizzazione» compiuta negli ultimi anni dalla Corte «al fine di rafforzare la conoscenza esterna del proprio lavoro e, di conseguenza, il sostegno verso di esso da parte dell'opinione pubblica» appare «ben giustificata alla luce del principio di trasparenza della funzione e condotta nei limiti di una ordinaria "comunicazione istituzionale". Comunicazione che in passato è stata forse troppo trascurata e che la Corte oggi evidentemente incentiva non tanto al fine di conquistare le basi di una (impossibile) investitura popolare, quanto al fine di rafforzare quel sostegno (possibile e pienamente legittimo) che l'opinione pubblica può dare attraverso una migliore conoscenza del parametro costituzionale e dell'azione di controllo che, ai fini del rispetto di tale parametro, la Corte viene a esercitare» (p. 785). Più in generale, sul tema delle "oscillazioni" della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale" si vedano gli Atti della "Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa" (Pisa, 15 dicembre 2016), raccolti a cura di Roberto Romboli nel già citato volume *Ricordando Pizzorusso. Il pendolo della Corte*.

¹⁵ Proprio con riguardo ai viaggi nelle scuole e nelle carceri si è rimarcata «l'esigenza di aprire sempre di più l'istituzione alla società» (D. STASIO, *Un "Viaggio" per testimoniare che la Costituzione è di tutti*, in www.cortecostituzionale.it, 26 settembre 2018), per poi valorizzare questo elemento anche nel comunicato stampa, intitolato *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, con il quale sono state illustrate le principali novità introdotte con le recenti modifiche delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale," deliberate l'8 gennaio 2020 (introduzione della figura dell'*amicus curiae*, possibilità di convocare esperti di chiara fama per acquisire informazioni su specifiche discipline, ampliamento delle possibilità di intervento di soggetti titolari di interessi qualificati nel giudizio incidentale). Per un primo commento sulle novità introdotte nelle norme integrative, con specifico riguardo al loro possibile impatto sul ruolo della Corte

pa¹⁶ – per quanto non sempre possano dirsi “riusciti” all’esito di una “tomografia computerizzata” degli stessi – sono in grado di produrre questi effetti? Siamo certi che queste siano forme esclusive di autolegittimazione dell’organo? Sicuramente l’obiettivo può essere *anche* quello di rafforzare la legittimazione (o meglio la considerazione, la conoscenza) della Corte nell’opinione pubblica¹⁷, facendone comprendere il delicato ruolo, le ragioni per le quali un organo privo di legittimazione democratica diretta possa “annullare” le determinazioni assunte da organi rappresentativi del popolo¹⁸. Peraltro, per un più pieno raggiungimento di questo obiettivo, si dovrebbe auspicare, per quanto possibile, che le argomentazioni delle

nello spazio pubblico, v. P. RIDOLA, “La Corte si apre all’ascolto della società civile”, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 22 gennaio 2020.

¹⁶ Sui comunicati stampa della Corte costituzionale v., di recente: D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Dir. e Soc.*, fasc. 2/2018, 255 ss.; G. D’AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e le «voci di dentro» tra tradizione e innovazione*, ivi, 237 ss. Più ampiamente, a “Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web” è ora dedicato il volume *Potere e opinione pubblica*, a cura di D. CHINNI, Napoli 2019, ove sono pubblicati anche specifici contributi che interessano le “strategie comunicative” della Corte costituzionale.

¹⁷ Sulle ragioni che hanno indotto la Corte costituzionale a strutturare in modo stabile la comunicazione esterna («in funzione degli obiettivi di trasparenza e di conoscenza della Corte e di accessibilità dei suoi atti») e sulle modalità prescelte per realizzarla efficacemente (ivi compresa la scelta «di “uscire dal Palazzo”, non solo per farci conoscere, ma anche per conoscere, per farci capire, ma anche per capire»), si veda la relazione di G. LATTANZI, *La comunicazione della Corte costituzionale*, Incontro di studio tra il Tribunale costituzionale tedesco e la Corte costituzionale italiana, Karlsruhe, 26-28 giugno 2019, in www.cortecostituzionale.it. Va precisato peraltro che, diversamente da quanto si legge in A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 273, nel testo e in nota 52, l’affidamento della direzione dell’Ufficio stampa (in realtà, oggi, l’attribuzione dell’incarico di “Responsabile della comunicazione”) ad un giornalista professionista non è soluzione recente, essendo stata praticata non soltanto durante la Presidenza Sandulli, come si scrive nel richiamato contributo, ma persino nel 1956, quando tale ruolo era svolto dal dott. Mario Bimonte (che ha lavorato per la Corte costituzionale sino al marzo del 2000). Successivamente, ferma restando la prevalente attribuzione della direzione dell’Ufficio stampa ad un consigliere della Corte costituzionale (per lungo tempo affidata al Dott. Giovanni Cattarino, peraltro anche giornalista pubblicista) o la sua diretta imputazione al Segretario generale, la cura della comunicazione è stata spesso affidata a giornalisti professionisti (ad esempio, dall’aprile 2001 al febbraio 2003 al dott. Angelo Ciancarella, quale Capo ufficio stampa con contratto giornalistico a tempo determinato, nel 2016 alla dott.ssa Antonella Rampino e dal novembre 2017 alla dott.ssa Donatella Stasio, quali responsabili della comunicazione della Corte costituzionale).

¹⁸ Credo sia da condividere la considerazione per cui la Corte ricavi la sua legittimazione dal testo della Costituzione e dall’esigenza della sua difesa (la Costituzione come limite al potere): M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris 1996, 132. Così come ritengo che quella legittimazione debba essere difesa anzitutto attraverso le sue

decisioni costituzionali siano sempre più accessibili ad un largo pubblico, senza che questo fine debba essere perseguito attraverso la sintesi della singola pronuncia tradotta nella forma del comunicato stampa. Evitare, dunque, nei limiti in cui il “tecnicismo” della questione non lo imponga, le “sfumature sofisticate”¹⁹ tanto care ai lettori qualificati della giurisprudenza costituzionale, quanto poco utili per una ampia comprensione del “messaggio” della Corte.

Entro questa cornice, vorrei proporre il mio punto di vista sulle principali recenti evoluzioni che hanno caratterizzato il rapporto tra Corte e legislatore. Cercando di cogliere le ragioni di quello che è stato definito come un maggiore “attivismo” della Corte, comprendendo quali siano le condizioni idonee a giustificarlo e al fondo conservando la speranza di un prossimo “riposizionamento” dell’organo di garanzia, in una prospettiva di *self restraint* che sia resa possibile da una rinnovata acquisizione da parte del Parlamento del suo ruolo di principale attore nello svolgimento e nella attuazione della Costituzione.

2. *Problemi vecchi, soluzioni nuove? La lezione dei Maestri*

Le principali questioni sul tappeto che interessano il rapporto Corte-legislatore sono state in più occasioni oggetto delle riflessioni della dottrina. Particolarmente istruttiva appare al riguardo la rilettura dei contributi di Modugno e di Zagrebelsky degli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso, oggetto peraltro di un rinnovato dibattito tra i due Autori in occasione di un recente Convegno torinese²⁰.

In estrema sintesi, Zagrebelsky seguiva un orientamento critico nei confronti delle decisioni manipolative, partendo dal presupposto per cui «se la norma è presente nel sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici) esplicitarla; se non c’è, spetta al legislatore (solo al legislatore) crearla. Intervendendo invece la Corte, nel primo caso viola la sfera di competenza dei giudici, nel secondo caso quella del legislatore»²¹. Modugno, invece,

pronunce, sorrette da motivazioni persuasive, e con il rispetto dei limiti (salvo a comprendere quali siano quelli realmente invalicabili) che la Corte stessa incontra nel suo operato.

¹⁹ Per riprendere un’espressione di L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in *Giur. Cost.*, 2002, 3690.

²⁰ È il già richiamato Convegno *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, svoltosi presso l’Università di Torino nei giorni 17 e 18 ottobre 2019, i cui Atti sono pubblicati nel fascicolo 4/2019 di *Diritto e Società*.

²¹ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il Legislatore*, cit., 109.

sviluppa la sua riflessione sulla gradualità intrinseca al raffronto tra legislazione e Costituzione, affermando che il controllo di costituzionalità non possa risolversi sempre nella mera eliminazione della legge incostituzionale, essendo la Corte chiamata anche a saggiare la coerenza e la congruenza rispetto al fine della scelta legislativa sottoposta al suo giudizio. Modugno arrivava a parlare di «funzione paralegislativa» della Corte costituzionale, non limitando il discorso al ruolo di supplenza da essa esercitato a fronte dell'inerzia del legislatore, ma estendendolo, più in generale, al grado di penetrazione del sindacato di costituzionalità, che è giunto talora ad «oltrepassare l'incerto confine tra la legittimità e il merito delle leggi» (specialmente in sede di controllo sul rispetto del principio di eguaglianza tradottosi poi nell'utilizzo del criterio di ragionevolezza)²².

Nei lavori successivi Zagrebelsky attenuerà peraltro la sua posizione, specie nel contesto di una riflessione sulla «continuità nel tempo dell'ordinamento giuridico» – intesa come «aspetto diacronico di quel principio pre-positivo di coerenza» che è alla base «dell'esigenza di razionalità delle leggi» – la quale «non può considerarsi solo “di mero fatto”, tale quindi che la Corte costituzionale possa disinteressarsi degli effetti delle sue pronunce e mirare puramente e semplicemente – si potrebbe dire, ciecamente – al fine dell'eliminazione, a qualunque costo, della legge incostituzionale»²³.

²² F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., 47, che parla al riguardo di «funzione paralegislativa». L'espressione era già stata utilizzata da P. CALAMANDREI, *Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 39, il quale riteneva che «ai sommi vertici, in quell'atmosfera rarefatta in cui dovrà abituarsi a respirare la Corte Costituzionale, diritto e politica sono spesso una sola cosa», al punto che essa sarebbe stata destinata a far parte di una funzione che si potrebbe definire «paralegislativa o superlegislativa». Come ancora rilevato da P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 12, «chi vuole a tutti i costi vedere nella Corte costituzionale un organo giurisdizionale, dovrà ritenere di trovarsi qui di fronte a un caso di giurisdizione senza azione»; la verità è che la funzione esercitata dalla Corte in sede di sindacato di legittimità non è giurisdizionale, anzi «sostanzialmente si avvicina alla funzione legislativa». Più tardi E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna 1996, 15, scriverà che la Corte esercita una funzione che è «al tempo stesso politica e tecnica – para-legislativa e para-giurisdizionale –, funzione che conduce, da un lato, a “giurisdizionalizzare” la politica dentro le forme del processo, dall'altro a “politicizzare” la giurisdizione attraverso la natura (politica) degli oggetti sottoposti a giudizio e gli effetti (politici) delle pronunce».

²³ Così Gustavo ZAGREBELSKY nell'edizione del 1988 del suo *La giustizia costituzionale*, Bologna, 306. Il passo è ripreso in F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, intervento conclusivo al citato Convegno *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, fasc. 4/2019, 801, per dimostrare l'avvicinamento di

I due Maestri giungono a delineare il punto centrale della questione del rapporto Corte-legislatore, osservando una realtà che vede sempre più il giudice delle leggi preoccupato dall'esigenza di colmare (o non creare) vuoti legislativi per ovviare alla dimostrata (o prevedibile) inerzia del legislatore²⁴. Di qui la rilevata «tendenza della Corte costituzionale volta a salvare i testi a scapito delle sole norme», attraverso la sperimentazione di «nuove» tecniche decisorie di tipo interpretativo e manipolativo (sentenze di accoglimento parziale, additive, additive di principio, sostitutive, ecc.). Di qui pure le più recenti evoluzioni, che interessano non soltanto le tipologie decisorie (dall'affermazione dell'incostituzionalità solo *pro futuro* riguardante la c.d. Robin Tax²⁵ all'ordinanza motivata di rinvio della trattazione della causa relativa al noto caso “Cappato”, definita “ad incostituzionalità differita”²⁶), ma anche la lettura dei requisiti di accesso alla Corte (si pensi alla riconosciuta “rilevanza” delle questioni sulle leggi elettorali²⁷ o di quelle sollevate dalla Cassazione nell'ambito di un giudizio per l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge²⁸ o, ancora, al mutato orientamento che consente l'esame nel merito allorché l'interpretazione conforme a Costituzione del testo normativo appaia non impossibile, ancorché “difficile” o “improbabile”²⁹), in una prospettiva generale che è stata considerata espressiva di una precisa volontà di operare un “riaccentramento” del giudizio costituzionale³⁰, anche per

Zagrebelsky alle posizioni sul tema espresse da Modugno nel richiamato saggio pubblicato nel 1982.

²⁴ Come sottolineato da F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., 45, «la preoccupazione di non creare vuoti nel sistema è naturalmente accresciuta dall'inerzia del legislatore nel riempirli». Cfr., altresì, ID., *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1978, I, 1239 ss., e, da ultimo, R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano 2007.

²⁵ Sent. n. 10 del 2015.

²⁶ Ord. n. 207 del 2018, seguita da sent. n. 242 del 2019. La qualificazione della pronuncia n. 207 del 2018 quale “ordinanza ad incostituzionalità differita” si deve a M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 19 novembre 2018. Il Presidente della Corte costituzionale Giorgio LATTANZI, nella *Relazione sull'attività svolta nel 2018*, Roma, Palazzo della Consulta, 21 marzo 2019, reperibile in www.cortecostituzionale.it, ha qualificato la tecnica decisoria impiegata come di «incostituzionalità prospettata» (12).

²⁷ Sentt. n. 1 del 2014 e 35 del 2017.

²⁸ Sent. n. 119 del 2015.

²⁹ Si veda, in particolare, la sent. n. 42 del 2017.

³⁰ Di recente, sul “riaccentramento” del giudizio di costituzionalità si vedano: R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro It.*, n. 1/2018, 1 ss.; B. CARAVITA, *Roma*

recuperare il ruolo di giudice dei diritti, messo in discussione dalla presenza di diverse Corti che, a diversi livelli, finiscono per occuparsi di una materia *lato sensu* costituzionale³¹.

Se è vero che il rispetto dei principi e delle regole processuali da parte della Corte può essere il «miglior possibile presidio della sua indipendenza e della sua funzionalità»³², occorre insomma interrogarsi su quali

locuta, causa finita? Spunti per un'analisi di una recente actio finium regundorum, in senso centripeto, da parte della Corte costituzionale, in *Federalismi*, www.federalismi.it, n. 15/2018, 7 ss.

³¹ In una prospettiva più generale, che guarda alle ragioni della difesa del modello accentrato di costituzionalità in Europa, anche a fronte della sempre maggiore incidenza del diritto dell'Unione europea, si veda V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven-London 2009, specie XV. In Italia, oggetto di particolare attenzione in dottrina è stata la sent. n. 269 del 2017, che ha riportato nel giudizio accentrato di costituzionalità il sindacato sulle norme interne che si pongano in potenziale contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE). Secondo quando confermato anche dalla successiva sent. n. 20 del 2019, la Corte ha precisato che «i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri), e che la prima costituisce pertanto “parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale”». Quando una legge che incide sui diritti fondamentali della persona sia oggetto di dubbi, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua compatibilità con la CDFUE – fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione europea – «va preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.), precisando che, in tali fattispecie, la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato». Come ulteriormente precisato nella sent. n. 63 del 2019, laddove «sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione». Da ultimo si veda anche l'ord. n. 117 del 2019, che sembra peraltro confermare come non vi sia priorità assoluta per l'incidente di costituzionalità rispetto alla proposizione di questione pregiudiziale alla Corte di giustizia ove il giudice comune si trovi a dovere utilizzare disposizioni che si pongano in potenziale contrasto sia con la CDFUE sia con la Costituzione.

³² A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino 1996, 149. Cfr. anche le riflessioni di: A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del “diritto processuale costituzionale”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 6 aprile 2009, spec. § 3 con riguardo

siano gli spazi a disposizione per una loro lettura evolutiva che si riveli funzionale alle esigenze del diritto costituzionale sostanziale. Il che vuole dire, rispetto al nostro tema, ragionare soprattutto sulla natura del limite della discrezionalità legislativa³³ il cui rispetto può ergersi a strumento protettivo non soltanto delle scelte positive compiute dai decisori politici ma anche delle loro omissioni.

3. *Quando l'inerzia diventa inattuazione costituzionale. Tra "rime obbligate", limite della discrezionalità del legislatore e innovative soluzioni decisorie*

Se si guarda alle principali decisioni degli ultimi anni ricomprese tra i presunti casi di "straripamento" o di "sconfinamento" della Corte si scoprirà che le stesse sono conseguenze di "moniti" non seguiti dal legislatore, ossia della sua protratta inerzia rispetto a più o meno puntuali indicazioni circa la indispensabilità di un intervento rivolto a determinare una "situazione normativa" conforme a Costituzione.

alla «regolarità» nell'interpretazione-applicazione delle regole processuali da parte della Corte; R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli 2011, 2995 ss.; M. RAVE-RAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss., specie 140 ove rileva criticamente, all'esito di uno studio sulla più recente giurisprudenza costituzionale, come troppo spesso il diritto processuale costituzionale finisca per "soccombere" di fronte a quello sostanziale. Sulle trasformazioni dell'incidentalità costituzionale v., ora: G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017, che nella prima sezione del libro offre un'ampia disamina sulle vicende che hanno interessato il "canone" dell'incidentalità nella più recente giurisprudenza costituzionale, specie con riguardo alle nuove tematizzazioni offerte dalla Corte rispetto a talune categorie di fondo quali rilevanza, pregiudizialità, natura e implicazioni dell'accentramento, effetti temporali delle sentenze; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale*, Napoli 2018, che, come recita il "sottotitolo" del volume si occupa degli "adattamenti, contaminazioni, trasformazioni", i quali, specie negli ultimi anni, hanno interessato il "modello" incidentale di controllo di costituzionalità. Ancor più di recente, con una prospettiva di analisi assai originale, si veda T. GROPPI, *La Corte e la "gente": uno sguardo "dal basso" all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. 2/2019, 409 ss.

³³ Com'è noto l'art. 28 della legge n. 87 del 1953 prevede che «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

È in questi casi che il ripristino della legalità costituzionale impone di leggere in modo meno rigoroso il requisito della rilevanza o di allentare la “morsa” delle “rime obbligate”³⁴.

Così, la nota sent. n. 1 del 2014, riguardante la legge elettorale n. 270 del 2005, appare il naturale “seguito” dell’invito contenuto nella decisione che ha definito il giudizio sull’ammissibilità del referendum (sent. n. 13 del 2012) e rivolto a rimuovere i «profili di irrazionalità» insiti nella disciplina della modalità di «attribuzione dei premi di maggioranza». Trattandosi di vizi non sindacabili nel giudizio sull’ammissibilità del referendum, ecco che, realizzatasi l’occasione per pronunciarsi nel merito nella sede del giudizio di legittimità costituzionale e riscontrata la protratta inerzia del legislatore nel dare seguito alle indicazioni emergenti nella pregressa giurisprudenza, la Corte ritiene di poter superare lo “scoglio” del presunto difetto di rilevanza, attenuando così la portata del c.d. divieto di *lis ficta*, per perseguire il superiore interesse dell’espunzione della normativa elettorale illegittima³⁵.

³⁴ Si tratta di espressione impiegata da V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna 1978 (anche in *Giur. Cost.*, 1976), 84; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II,2, *La Corte costituzionale*, V ed., Padova 1984, 497. Come rilevato da F. MODUGNO, *Validità b) Diritto costituzionale*, in *Enc. Dir.*, vol. XLVI, Milano 1993, 78, nt. 100, l’espressione “rime obbligate” fu già utilizzata da Fr. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma 1921, 232, per qualificare la creazione delle norme regolatrici del caso concreto, ad opera del giudice interprete, come creazione limitata al caso deciso.

³⁵ Si vedano, anzitutto, anche con riguardo alla successiva sent. n. 35 del 2017, i recenti libri di: G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli 2018; C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il pre-enforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali “astratte” in Italia*, Torino 2018. Entrambe le decisioni sono state molto commentate in dottrina. Sulla sent. n. 1 del 2014 v., tra i molti, A. ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento “creativo” della Corte costituzionale*, in *Rivista telematica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. 2/2014; R. BIN, “Zone franche” e legittimazione della Corte, in www.forumcostituzionale.it, 2014; B. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, fasc. 2/2014; M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, n. 2/2014; P. CARNEVALE, *La Corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della “storica” sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, fasc. 3/2013; A. D’ANDREA, *La “riforma” elettorale “imposta” dal giudice costituzionale al sistema politico e l’esigenza di “governabilità” dell’ordinamento*, in *Giur. Cost.*, 2014, 38 ss.; A. MORRONE, *L’eguaglianza del voto anche in uscita: falso idolo o principio?*, in *Giur. Cost.*, 2014, 47 ss.; G. U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2014, 27 ss.; R. ROMBOLI, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*, in *Foro It.*, Parte

Ben più consistente è il filone giurisprudenziale che propone l'attenuazione delle c.d. rime obbligate³⁶. Esempio è la sent. n. 222 del 2018, riguardante il sistema delle pene accessorie dei delitti di bancarotta. L'innosservanza di un precedente monito – contenuto nella sent. n. 132 del 2012 – porta la Corte a non ritenersi più vincolata, «come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima», così giustificando l'adozione di una penetrante sentenza sostitutiva³⁷. Nel

I, 2014, 677 ss.; G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. 1/2014; S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. 2/2014; G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. Cost.*, 2014, 2959 ss. Sulla sent. n. 35 del 2017 v., tra i molti, A. ANZON DEMMIG, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'“Italicum” e il persistente immobilismo del legislatore*, in *Giur. Cost.*, 2017, 317 ss.; F. BIONDI, *Auto-applicabilità della normativa elettorale o paralisi nel rinnovo dell'organo democratico? Prime note sulle conseguenze dell'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale in materia elettorale*, in www.forumcostituzionale.it, 2017; B. CARAVITA, *Il giudizio della Corte per temperare ma non interrompere il trend maggioritario*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, fasc. 2/2017; M. ESPOSITO, *Diritto di voto e sistema elettorale: riflessioni a margine della sent. n. 35/2017 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2017, 549 ss.; M. LUCIANI, *“Bis in idem”: la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. 1/2017; C. PINELLI, *Bilanciamenti su leggi elettorali (Corte cost. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017)*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1/2017, 221 ss.; L. TRUCCO, *“Sentenza Italicum”: la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, n. 1/2017; M. VILLONE, *Rappresentatività, voto eguale, governabilità: quando una irragionevolezza diviene manifesta?*, in *Giur. Cost.*, 2017, 304 ss.

³⁶ Per un più approfondito esame della giurisprudenza rilevante rinvio al mio *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 648 ss. Posizioni particolarmente critiche al riguardo sono quelle espresse da: T. EPIDENDIO, *L'ordinanza n. 207 del 2018 tra aiuto al suicidio e trasformazione del ruolo della Corte Costituzionale*, in www.giudicedonna.it, fasc. 1/2019, il quale, pur concentrando l'attenzione sull'ordinanza riguardante il c.d. caso Cappato, iscrive la «decostruzione della teoria delle “rime obbligate”» (4) nel contesto di un più ampio processo di «pangiusdizionalizzazione dei problemi sociali» (14); P. GAETA, *La scala di Wittgenstein: dialogo tra Corti, giudice comune e primauté della Corte costituzionale*, in *Giustizia insieme*, www.giustiziainsieme.it, 17 ottobre 2019, che si sofferma sulle possibili conseguenze del nuovo corso giurisprudenziale nel dialogo con i giudici comuni, sostenendo che il rigoroso rispetto del limite delle “rime obbligate” da parte della Corte costituzionale avrebbe tra l'altro il pregio di incentivare il metodo dell'interpretazione conforme (12 s.).

³⁷ Sulla sent. n. 222 del 2018 si vedano: R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. Cost.*, 2018, 2566 ss.; S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a “rime possibili”*, in *Quad. Cost.*, n. 1/2019, 183 ss.; E. APRILE, *Con una sentenza mani-*

medesimo filone si inserisce la sent. n. 236 del 2016 che, sempre in tema di dosimetria della pena (con riguardo a delitti di alterazione di stato), era giunta a una soluzione sostitutiva per quanto sorretta da un più solido punto di riferimento rinvenuto in fattispecie posta a tutela del medesimo bene giuridico individuato nell'«interesse del minore alla verità dell'attestazione ufficiale della propria ascendenza», anche se, nella specie, mancava un precedente puntuale monito al riguardo³⁸. Con le sentt. nn. 40 e 99 del 2019 l'orientamento della Corte si consolida, nel senso, ormai, della possibilità di procedere alla “sostituzione” o “integrazione” della previsione dichiarata illegittima ove nel «sistema nel suo complesso» siano rinvenibili «precisi punti di riferimento» che permettano di considerare le soluzioni «già esistenti», ancorché non costituzionalmente obbligate». In entrambi i casi le sentenze sono state precedute da precisi moniti non seguiti dal legislatore: la sent. n. 40 del 2019, in tema di trattamento sanzionatorio per i reati riguardanti gli stupefacenti, preceduta dalla sent. n. 179 del 2017, ove la dichiarata inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore si caratterizzava per la presenza di un pressante invito al legislatore affinché procedesse «rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità» nella determinazione delle pene³⁹; la sent. n. 99 del 2019, che ha esteso la possibilità di conces-

polativa a contenuto sostitutivo la Consulta “inaugura” un innovativo indirizzo in tema di legittimità costituzionale delle sanzioni penali accessorie, in Cass. pen., n. 3/2019, 1004 ss.

³⁸ Sulla sent. n. 236 del 2016 v. F. VIGANO, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 14 novembre 2016, pubblicato in fasc. 2/2017; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4/2016, 1956 ss.; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. Cost.*, 2016, 2105 ss.; B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2017, 381 ss.; D. PULITANO, *La misura delle pene. Fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2017.

³⁹ Sulla sent. n. 40 del 2019 v. R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato “intrinseco” sul quantum di pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2/2019, 967 ss.; N. CANZIAN, *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe “pesanti” fra divieto di impugnazione del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, ivi, 994 ss.; D. MARTIRE, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”, benché non “obbligate”*, in *Giur. Cost.*, 2019, 696 ss. Si veda, inoltre, per un esame complessivo della giurisprudenza più recente della Corte costituzionale riguardante la misura della pena, A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2/2019, 785 ss., che rileva come in tale ambito abbia visto ormai la luce un sindacato di costituzionalità a rime costituzionali «possibili» e non più «obbligate».

sione della detenzione domiciliare c.d. umanitaria per le ipotesi grave infermità psichica sopravvenuta (sino ad allora limitata ai casi di infermità fisica sopravvenuta), preceduta dal richiamo al legislatore, operato nella lontana sent. n. 111 del 1996, affinché trovasse una «equilibrata soluzione» che garantisse ai condannati affetti da patologie psichiche la cura della salute mentale senza elusione del trattamento penale⁴⁰.

Dall'analisi di questa giurisprudenza emerge, dunque, che la possibilità di superare le “rime obbligate” ove vi sia un precedente monito rimasto inascoltato. Con la precisazione per cui la sent. n. 236 del 2016 non può a pieno titolo considerarsi come apripista del mutato orientamento consolidatosi negli anni 2018 e 2019, per due elementi fondamentali: il punto di riferimento per la “sostituzione” (che interessa il quadro edittale dichiarato incostituzionale) è rinvenuto, come già sottolineato, in fattispecie posta a tutela del medesimo bene giuridico disciplinata da altro comma dello stesso articolo nel quale è contenuta la disposizione censurata (art. 567 c.p.)⁴¹; la disciplina oggetto di giudizio non aveva formato oggetto di precedente, specifico, monito, essendosi anzi la Corte espressa per la manifesta infondatezza di analoga questione (ord. n. 106 del 2007), considerando non illegittimo il diverso trattamento sanzionatorio previsto per le due fattispecie descritte nei due commi dell'art. 567 c.p. (sostituzione di neonato, alterazione di stato mediante falso).

Al netto di questi elementi che richiedono una considerazione particolare della sent. n. 236 del 2016, mi sembra si possa dire oggi, alla luce delle sentenze nn. 222 del 2018, 40 e 99 del 2019, che le “rime obbligate” giustificano un intervento “immediato” della Corte, ove realmente la lacuna incostituzionale possa da subito essere colmata senza invadere la

⁴⁰ Sulla sent. n. 99 del 2019, v. M. RUOTOLO, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il “reo folle”*, in *Giur. Cost.*, 2019, 1103 ss.; F. SIRACUSANO, *Il “reo folle” davanti al Giudice delle leggi: la Corte costituzionale supplisce all'ostinata inerzia del legislatore*, ivi, 1111 ss.; D. PICCIONE, *Il silenzioso epitaffio per l'art. 148 c.p.: l'inizio della fine per la differenza di trattamento tra grave infermità fisica e psichica*, ivi, 1121 ss.; F. DALLA BALLA, *Squilibri trattamentali, verso l'uso della nosografia psichiatrica per la relativizzazione in senso soggettivo dell'afflizione penale?*, ivi, 1130 ss.

⁴¹ «Unica soluzione praticabile», secondo la Corte, che si premura di invitare il Parlamento a riconsiderare complessivamente la materia anche per dosare le risposte punitive. Il punto è messo in particolare rilievo sia da M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. 4/2016, 19, sia da S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e “quantum” della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. 4/2017, 28.

sfera di discrezionalità del legislatore; al contempo, le “rime obbligate” impediscono alla Corte di intervenire subito, ove l’intervento legislativo si riveli indispensabile nella scelta delle diverse opzioni per colmare la lacuna incostituzionale; ma, in quest’ultimo caso – ed è qui la novità –, le “rime obbligate” non possono impedire alla Corte di intervenire sia pure in “seconda battuta”, ove la questione torni alla sua attenzione a seguito di monito già rivolto al legislatore affinché questi eserciti la sua discrezionalità, trovando una soluzione conforme a Costituzione per rimediare alla già rilevata lacuna. Ciò, in particolare, ove si verta in materia di diritti fondamentali⁴² e sempre con la precisazione, allorché si tratti di una ridefinizione della cornice edittale della pena prevista per un determinato reato, per cui resta nella disponibilità del legislatore optare per altra, in ipotesi più congrua, soluzione sanzionatoria, che sia comunque rispettosa del principio di proporzionalità⁴³.

Alla luce di queste novità, credo sia opportuno interrogarsi sulle ragioni e sui limiti dell’intuizione crisafulliana delle “rime obbligate”, “inventate” dal grande Maestro in prospettiva chiaramente “giustificazionista”, ossia per legittimare l’impiego di decisioni manipolative che consentissero alla Corte di inserire nel sistema regole mancanti solo se ed in quanto direttamente implicate o deducibili dal testo costituzionale. È come se la Corte agisse sotto dettatura della Costituzione, non essendovi propriamente una “discrezionalità” al riguardo: «la Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore»⁴⁴. Si tratta,

⁴² Le considerazioni ora fatte sono state già da me così espresse in *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 653 s. In argomento v. anche V. MARCENÒ, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giur. Cost.*, 2019, 1225; A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nella più recente giurisprudenza del giudice delle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, www.gruppodipisa.it, fasc. 3/2019, 91 ss. specie 108.

⁴³ Come si legge nella sent. n. 40 del 2019, «è appena il caso di osservare che la misura sanzionatoria indicata, non costituendo un’opzione costituzionalmente obbligata, resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità». Analogamente, nella sent. n. 222 del 2018, la Corte scriveva che la soluzione è «ovviamente soggetta a eventuali rivalutazioni da parte del legislatore, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità». E, ancor prima, nella sent. n. 236 del 2016 può leggersi che «un auspicabile intervento del legislatore, che riconsideri *funditus*, ma complessivamente, il settore dei delitti in esame, potrà introdurre i trattamenti sanzionatori ritenuti adeguati».

⁴⁴ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., 84.

chiaramente, di un artificio retorico per superare l'obiezione della presunta invasione della sfera riservata al legislatore, ben presto impiegato per individuare un "argine" al dilagare della creatività della Corte. La "creazione" deve trovare un preciso ancoraggio nei parametri costituzionali, essendo tollerabile nei limiti in cui resa indispensabile dall'esigenza di garantire una soluzione normativa conforme a Costituzione che possa dirsi "a portata di mano". Insomma, l'integrazione o la sostituzione dell'enunciato, peraltro specificamente sollecitata dal giudice rimettente, sarebbe possibile soltanto allorché immediatamente implicata dal parametro costituzionale evocato.

Tale ricostruzione resta perfettamente valida per giustificare un immediato intervento della Corte, "in prima battuta". Ciò che cambia, dilatandosi, è lo spazio di intervento "in seconda battuta", per il caso di mancato o inidoneo intervento legislativo a seguito di monito della Corte, non importa se espresso in pronuncia di inammissibilità o di rigetto. È in questo caso che la discrezionalità legislativa non può ergersi a limite invalicabile dalla Corte. Altrimenti, come ho avuto modo altrove di sostenere⁴⁵, vi sarebbe rimedio solo per le ipotesi di esercizio della funzione legislativa contrario alla Costituzione e non anche per le inattuazioni della Costituzione (che poi altro non sono che forme omissive di inosservanza della Costituzione), almeno laddove non sia possibile un'integrazione giurisprudenziale dell'enunciato che possa dirsi, in senso stretto, a "rime obbligate".

Ecco perché la discrezionalità legislativa si pone come "limite relativo" per il sindacato della Corte, superabile nel caso in cui l'inerzia del legislatore produca omissioni incostituzionali le quali, pur variamente colmabili, non possono restare tali *sine die*, tanto più quando proprio il giudice delle leggi abbia sottolineato la necessità di un intervento normativo. Altrimenti sarebbe la stessa Corte ad abdicare al ruolo per il quale è stata istituita: garantire la preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi e di qualsiasi atto autoritativo e persino delle situazioni oggettive di vuoto normativo⁴⁶.

L'esigenza è quella di rendere giustizia costituzionale, di assicurare una sempre maggiore conformità del sistema normativo alla Costituzione. È questa la ragione che sta alla base della giurisdizione costituzionale,

⁴⁵ *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 664.

⁴⁶ Secondo una nota definizione di F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1978, 1252 e, già, Id., *Corollari del principio di "legittimità costituzionale" e sentenze "sostitutive" della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1969, 91 ss. e particolarmente 104.

di tutte le attività della Corte e non soltanto del sindacato di costituzionalità delle leggi. Ed è un'esigenza che ben può legittimare non solo letture evolutive delle regole del processo costituzionale, come senz'altro accaduto nel recente periodo, ma anche l'ideazione di tecniche decisorie più efficaci al fine di assicurare all'esito del giudizio della Corte "situazioni normative" conformi a Costituzioni o almeno di evitare che si creino situazioni di maggiore incostituzionalità rispetto a quelle che si vanno a rimuovere.

Sembra proprio questa la ragione che ha condotto la Corte a "inventare" un'ulteriore e discussa tipologia decisoria nel c.d. caso Cappato, riguardante il tema della punibilità dell'aiuto al suicidio. Il riferimento è alla nota ordinanza collegiale di rinvio della trattazione delle questioni a data fissa (n. 207 del 2018), con la quale la Corte invitava il legislatore a intervenire con specifico riguardo al caso di agevolazione al suicidio a favore di persona che si trovasse nelle particolari condizioni puntualmente indicate nel provvedimento. Nel motivare le ragioni della scelta, la Corte ha precisato che sinora, «in situazioni analoghe a quella in esame», ha «dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato». Ma tale tecnica decisoria ha l'effetto di lasciare in vita la normativa non conforme a Costituzione, la quale potrà essere sanzionata con la dichiarazione di incostituzionalità, nel caso di inerzia legislativa, solo ove la questione venga riproposta all'attenzione della Corte. Secondo la Corte, per le peculiari caratteristiche del caso in esame «un simile effetto non può considerarsi consentito». In sostanza, la Corte, trattenendo presso di sé la questione e dunque lasciando in sospeso la definizione del giudizio *a quo*, chiede al legislatore di procedere tempestivamente, riservandosi altrimenti di intervenire in modo più penetrante di quanto il rispetto della discrezionalità del legislatore non consenta ordinariamente. Ed è quanto puntualmente accaduto con la sent. n. 242 del 2019, con la quale la Corte, preso atto del mancato intervento legislativo, ha accolto la questione con un articolato dispositivo riconducibile allo schema della sentenza additiva⁴⁷.

⁴⁷ Sul c.d. caso Cappato la dottrina a commento è ormai sterminata. Indico soltanto alcuni tra i molti contributi pubblicati, specie quelli che interessano la tecnica decisoria impiegata e le relative implicazioni. Sull'ord. n. 207 del 2018, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018: A. ANZON DEMMIG, *Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"*, 2459 ss.; R. PINARDI, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte*

Con tutte le peculiarità del caso, la stessa sent. n. 242 del 2019 risponde

(*riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria*), 2465 ss.; C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 2017/2018*, 2476 ss.; G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, 2487 ss.; L. PESOLE, *L'intento della Corte costituzionale nell'ordinanza sul caso Cappato*, 2871 ss. E poi: U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in *Diritticomparati.it*, 23 novembre 2018; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit.; N. FIANO, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1/2019, 577 ss.; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. Cost.*, 2019, 531 ss.; G. LEO, *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie dell'aiuto al suicidio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1/2019, 241 ss.; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 1 dicembre 2018; M. PICCHI, *"Leale e dialettica collaborazione" fra Corte costituzionale e parlamento*, in *Osservatorio sulle fonti*, www.osservatoriosullefonti.it, 2018; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico*, in *Biolaw journal*, fasc. 3/2018; M. RAVERAIRA, *La decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *Lo Stato*, 2018, 433 ss.; P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, fasc. 2/2019; ID., *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2019; T. EPIDENDIO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019: apocalypsis cum figuris*, in www.giudicedonna.it, n. 2-3/2019; E. FURNO, *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n.207/2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, n. 2/2019; V. MARCENÒ, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato*, cit., 1217 ss.; C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti"*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, fasc. 6/2019; G. RAZZANO, *Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2019; GIU. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?*, *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, fasc. 2/2019; S. TALINI, *Il controverso rapporto tra giurisprudenza costituzionale, scelte parlamentari e decisioni di Strasburgo: considerazioni di sistema a partire dalla nuova udienza sul "caso Cappato"*, *ivi*; M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.osservatorioaic.it, fasc. 1/2020, 1 ss.; E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.osservatorioaic.it, fasc. 1/2020. Si vedano, altresì, gli interventi pubblicati nei libri a cura di F.S. MARINI, C. CUPELLI, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018*, Napoli 2019, e di M. RONCO, *Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, Torino 2019; quelli editi nel *Forum dei Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) relativi all'incontro *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*,

a una logica analoga a quella delle pronunce prima richiamate, perché è proprio il pressante invito rivolto al legislatore nell'ord. n. 207 del 2018 a costituire la dichiarata premessa per il successivo intervento manipolativo, che non sarebbe stato possibile, in prima battuta, in ragione dell'esigenza di rispettare la discrezionalità legislativa, riguardata, appunto, come "limite relativo". Uno strumento, quello dell'ordinanza motivata di rinvio, che sembra aver assicurato un adeguato temperamento tra l'esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore e la necessità di non abdicare per tale ragione al compito di rendere giustizia costituzionale, permettendo, fin dove è possibile, di assicurare una sempre maggiore conformità a Costituzione del sistema normativo⁴⁸.

Che poi il legislatore non sia intervenuto negli undici mesi "concessi" per farlo è altro problema o meglio è la questione centrale, che chiama in causa le capacità e le responsabilità del decisore politico.

Siamo sicuri che il malato sia la Corte e non il Parlamento? Che il problema sia il "suprematismo giudiziario" della Corte e non l'"indifferenza" del Parlamento nell'attuazione della Costituzione? La parola giusta è, forse, "apatia costituzionale", un'assenza di emozione (a-pathos vuol dire "senza emozione") che sta creando una diffidenza diffusa nei confronti del principio rappresentativo. Una diffidenza alimentata dalla banalizzazione della democrazia, dalla sua riduzione a scelta dei gover-

tenutosi a Bologna il 12 ottobre 2018, nonché, nella stessa sede, i contributi del seminario *Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale*, tenutosi a Bologna il 27 maggio 2019. Nel sito del Gruppo di Pisa sono pubblicati i contributi del *Forum sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018)*. In attesa della pronuncia che verrà, www.gruppodipisa.it, 29 marzo 2019. Infine, una citazione a parte merita Antonio RUGGERI che ha pubblicato almeno cinque contributi dedicati alla vicenda (dal comunicato stampa che ha accompagnato l'ord. n. 207 del 2018 alla sent. n. 242 del 2019): *Pilato alla Consulta*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, fasc. 3/2018; *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, *ivi*, fasc. 3/2018, 571 ss.; *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie*, *ivi*, fasc. 1/2019; *Due questioni e molti interrogativi dopo l'ord. 207 del 2018 su Cappato*, in www.forumcostituzionale.it, 2019; *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, www.giustiziainsieme.it, 27 novembre 2019.

⁴⁸ Per dirla con G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale alla svolta di fine secolo*, cit., 981 s., «la funzione peculiare oggi esercitata dalla Corte – al di là degli schemi ormai superati – è quella di rendere giustizia costituzionale, preoccupandosi di restaurare con ogni mezzo possibile la legalità costituzionale, vista non più nella prospettiva statica dell'applicazione, ma in quella dinamica dell'attuazione. D'altra parte la Corte, proprio perché possiede nel suo patrimonio genetico la componente legislativa, si pone pure il problema dell'impatto delle sue sentenze sulla realtà concreta: evita l'altro pericolo, sempre presente per il giudice, riassunto nell'espressione "fiat lex, perat mundus"».

nanti, a lotta e competizione tra alcuni che ha per oggetto il voto⁴⁹. È una tendenza pericolosa che può sconvolgere le priorità dell'agenda politica, segnando il definitivo allontanamento dall'impegno per lo svolgimento e l'attuazione della Costituzione – che per essere efficacemente perseguito richiede mediazioni e compromessi – a favore dell'onnivora esigenza di costruire e realizzare indirizzi e azioni capaci di riscuotere un facile consenso elettorale.

4. *Una breve conclusione. Corte e legislatore, un rapporto da ricostruire*

È dalla rifondazione del ruolo del Parlamento che si deve partire per ricostruire un rapporto sano con la Corte; dal recupero dell'idea, alta e nobile, della politica come compromesso, del Parlamento come luogo ove sia non soltanto possibile ma necessario “mediare per decidere” e non “decidere senza bisogno di mediare”, come si vorrebbe privilegiando formule elettorali tutte orientate verso la governabilità.

Se e fin tanto che «molteplici e contraddittorie istanze» non troveranno un «momento di mediazione politica» la Corte non potrà che essere sempre più «moderatrice dei conflitti» e non potrà che aver bisogno di «strumenti flessibili, di discrezionalità larghe, di poteri di intervento diversificabili e non condizionati alla logica rigorosa del precedente»⁵⁰. Lo aveva affermato, in tempi non sospetti, il grande Carlo Mezzanotte prefigurando puntualmente quanto accaduto sino al più recente periodo. Al punto che, proprio dal rilievo per cui oggi «il grande ammalato è il Parlamento e il principio rappresentativo», si è costretti ad ammettere che «il procedimento di produzione della legge assume un respiro più ampio, che viene a ricomprendere il controllo di costituzionalità, come suo elemento integrante»⁵¹. Ciò in quanto e fin tanto che gli interventi “politici” della Corte si rendano necessari per «attribuire alla legge quel

⁴⁹ Secondo la nota definizione di J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia* (1954), tr. it., IV ed., Milano 1994, 257, «Il metodo democratico è lo strumento istituzionale per giungere a decisioni politiche, in base al quale i singoli individui ottengono il potere di decidere attraverso una competizione che ha per oggetto il voto».

⁵⁰ C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari 1979, 170 s.

⁵¹ M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 84.

carattere di ragionevolezza-universalità-discorsività» che il Parlamento non riesce «ad imprimere alla legge medesima»⁵².

Coerenza interna (razionalità rispetto ai fini⁵³) e ragionevolezza (razionalità discorsiva⁵⁴) non sembrano poter essere garantite, nell'attuale momento storico, dal mero procedimento parlamentare, rendendo l'intervento della Corte non tanto «controllo nemico» quanto «controllo cooperativo», integrante, appunto, il procedimento di produzione della legge⁵⁵.

È della cura del Parlamento e del principio rappresentativo (i grandi ammalati dell'oggi) che dobbiamo dunque occuparci, preoccupandoci, da costituzionalisti, di saper insegnare il loro dover essere per quanto sempre più annebbiato dal «misero loro essere»⁵⁶, da un impoverimento che interessa prima il versante delle procedure e poi anche quello dei contenuti⁵⁷. Alla configurazione di un Parlamento capace di reale mediazione politica seguirebbe senz'altro un «riposizionamento» della Corte⁵⁸, potendo

⁵² M. DOGLIANI, *loc. ult. cit.*

⁵³ Come ha scritto M. WEBER, *Economia e società*, tr. it. a cura di P. Rossi, Milano 1968, 22 s., «agisce in maniera razionale rispetto allo scopo colui che orienta il suo agire in base allo scopo, ai mezzi e alle conseguenze concomitanti, *misurando* razionalmente i mezzi in rapporto agli scopi, gli scopi in rapporto alle conseguenze, ed infine anche i diversi scopi possibili in rapporto reciproco».

⁵⁴ Si allude qui alla «formazione discorsiva dell'opinione e della volontà» (J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, tr. it. a cura di L. Ceppa, Milano 1966, 518), alla dimensione procedurale della ragionevolezza, funzionale alla costruzione di uno spazio deliberativo quale base, appunto, per un «diritto ragionevole», che dovrebbe essere l'esito del confronto dialettico tra maggioranza e opposizioni.

⁵⁵ M. DOGLIANI, *op. ult. cit.*, 85.

⁵⁶ M. DOGLIANI, *loc. ult. cit.*, che richiede al riguardo un adeguato «sostegno» della dottrina, al quale ritiene si affiancherebbe senz'altro anche quello della Corte qualora si realizzasse l'auspicato mutamento culturale.

⁵⁷ Basti ricordare a quale punto di «misera» si è arrivati con le ultime leggi di bilancio, non a caso oggetto di censure in sede di conflitto di attribuzioni da parte di singoli parlamentari per le forzature dell'*iter* di approvazione, consistenti, anzitutto, nel ricorso a voto di fiducia su maxi-emendamento, preclusivo di dibattito sui contenuti dell'atto. Anorché i conflitti siano stati dichiarati inammissibili con le ordd. nn. 17 del 2019 e 60 del 2020, non essendo state rilevate violazioni così evidenti delle prerogative costituzionali dei parlamentari, la Corte non ha rinunciato ad esprimere, specie nella prima pronuncia, uno stringente monito, precisando che «in altre situazioni una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe portare a esiti differenti».

⁵⁸ Che possa davvero contribuire alla «costruzione di una giustizia costituzionale che sappia tenere in equilibrio le ragioni, da un lato, della superiore razionalità della *ius-dictio* delle Corti supreme o costituzionali, e, dall'altro, le permanenti, fortissime ragioni democratiche della *legis-latio*, in contesti peraltro segnati da una sempre maggiore complessità e da frequenti interazioni e incontri, ma anche scontri, fra ordinamenti,

finalmente assumere il predetto «controllo cooperativo»⁵⁹ una forma più marcatamente dialogica, anche quanto a tecniche decisorie impiegate. È questo che ci dobbiamo augurare, rivelandoci pronti, nell'attesa, a comprendere le ragioni per cui, nel momento storico che stiamo vivendo, talune astratte simmetrie formali del diritto processuale costituzionale possano cedere il passo all'esigenza di «rendere giustizia costituzionale»⁶⁰.

fonti, Carte, Corti e culture» (N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. 4/2017, 16).

⁵⁹ Di sindacato accentrato-collaborativo si parla oggi in diversa accezione che coinvolge esclusivamente il (complessivamente) positivo rapporto tra Corte costituzionale e giudici. Si veda, soprattutto, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012.

⁶⁰ Alla fine degli anni Novanta del secolo scorso, G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, cit., 982, scriveva che il futuro della Corte si sarebbe giocato sul «delicato ed instabile equilibrio tra astratto e concreto, legislativo e giurisdizionale, formale e sostanziale, politico e neutrale. L'apparente indefinibilità delle sue funzioni ... è l'effetto della sua "polifunzionalità" nel sistema. In periodi di inattuazione costituzionale si esaltano le sue potenzialità legislative "positive", in periodi di accelerazione dell'attività del Parlamento si evidenziano maggiormente invece le sue attitudini restrittive e demolitorie; in periodi di forte conflittualità politica e sociale il suo ruolo sembra diminuire di intensità, mentre aumenta in incisività; in periodi di relativa stabilità emerge il suo ruolo collaborativo-correctivo». Proprio quest'ultimo ruolo sembra essere quello al quale la Corte «ambisce», avendo sempre ricercato, anche con l'affinamento delle sue tecniche decisorie, di essere parte attiva nello sviluppo di un diritto costituzionale «relazionale», che si fonda sul dialogo con gli altri attori giurisdizionali e non: cfr. V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford 2015, 231 ss.

LA TUTELA SOCIALE E DEL LAVORO
NELL'AGGIUDICAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI*

SOMMARIO 1. Criteri di aggiudicazione e profili sociali tra ordinamento interno e sovranazionale. Un inquadramento generale. – 2. Rapporti di equiordinazione e di gerarchia nella disciplina generale sui criteri di aggiudicazione: prezzo più basso versus criteri qualitativi. – 3. Il criterio “generale” del miglior rapporto qualità/prezzo e la possibile rilevanza degli elementi di natura sociale. – 3.1. La scelta della stazione appaltante di inserire considerazioni sociali: modalità e limiti. La necessaria connessione con l’oggetto del contratto. – 4. Il criterio dei costi del ciclo di vita e il suo (ancora) incerto utilizzo per il perseguimento di obiettivi sociali. Cenni. – 5. Il criterio di aggiudicazione nei contratti di servizi e forniture ad alta intensità di manodopera con caratteristiche standardizzate. La decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2019. – 6. La ri-qualificazione legislativa del minor prezzo quale criterio ordinario nei contratti sotto soglia. Rilievi critici.

1. *Criteri di aggiudicazione e profili sociali tra ordinamento interno e sovranazionale. Un inquadramento generale*

Nei contratti della pubblica amministrazione la fase di individuazione dell’offerta che diventerà l’oggetto del successivo rapporto negoziale tra amministrazione e privato costituisce momento centrale della procedura di gara. Invero, i criteri di aggiudicazione, uno dei principali istituti di cui tale fase si compone, sono stati definiti la *Grundnorm* dell’intera procedura posto che, nel fissare le “regole del gioco”, incidono sui connotati basilari della gara stessa, condizionando in modo significativo il

* Questo contributo costituisce il primo risultato di una più ampia ricerca sull’utilizzo dei contratti pubblici quale strumento per il perseguimento di obiettivi sociali e ambientali.

contenuto del successivo contratto¹; essi, inoltre, guidano e limitano gran parte della discrezionalità (tecnica) che residua all'amministrazione dopo la pubblicazione del bando e indirizzano le strategie delle imprese interessate alla commessa².

Alla luce della rilevanza dei criteri di aggiudicazione, non può stupire che la loro disciplina abbia risentito delle diverse macro finalità che hanno contraddistinto, nel corso del tempo, il settore dei contratti pubblici.

Nella logica contabilistica, la *ratio* principale, se non esclusiva, delle procedure di gara era tutelare l'interesse dell'amministrazione e, in particolare, consentire un controllo finanziario-contabile su fattispecie che producevano un'entrata (contratti attivi) o una spesa (contratti passivi) per lo Stato, nonché evitare favoritismi e abusi da parte dei funzionari e degli operatori economici, assicurando così il rispetto dell'imparzialità dell'agire amministrativo³.

Il criterio del prezzo più basso – che priva la stazione appaltante di qualunque spazio di valutazione nella selezione delle offerte, a eccezione della meccanica verifica dell'offerta economicamente più convenien-

¹ L'espressione è di P. PIVA, *Criteri di aggiudicazione*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova 2014, 779. Sul tema si v. F. CARDARELLI, *Criteri di aggiudicazione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. III, *Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, Milano 2019, 531 ss.; R. CARANTA, M.E. COMBA, *Award of contracts covered by EU Public Procurement rules in Italy*, in M.E. COMBA, S. TREUMER (a cura di), *Award of contracts in EU Procurements*, Copenaghen 2013, 127 ss.; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa 2011, 195 ss.; G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino 2010 449 ss.; P. DE NICTOLIS, R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano 2008, 2100, ss.; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova 2008, 396 ss.

² Come è noto, nella fase precedente alla pubblicazione del bando l'amministrazione compie scelte espressione di discrezionalità amministrativa mentre, avviata la gara, le valutazioni a essa rimessa sono quasi esclusivamente di natura "tecnica"; cfr. S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Tomo I, Milano 2007, 304 ss. che utilizza l'espressione "discrezionalità decrescente".

³ Sul punto v. F.P. PUGLIESE, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, in *Quad. storici*, 1971, 731 ss.; F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano 1982, 319 ss. Sulla *ratio* delle procedure a evidenza pubblica, cfr. M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma 1962, 46 ss.; Id, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970 677 ss.; sul loro regime giuridico, v. G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano 1986, 1 ss.

te – era quindi lo strumento quasi esclusivo di scelta tra gli offerenti, perfettamente coerente con un sistema che, nel suo complesso, mirava a soluzioni che garantissero (l’“illusione” di) un alto tasso di automatismo e di meccanicità⁴.

Com’è noto, diversa, se non opposta, è la *ratio* che ha ispirato l’intervento comunitario sul settore, basato sulle previsioni del Trattato in tema di libertà economiche di movimento e rivolto a realizzare “*l’apertura dei mercati nazionali (quale) presupposto di un vero mercato interno in una economia liberamente concorrenziale*”⁵. In altri termini, l’interesse “esterno” dei concorrenti, potenziali aggiudicatari, e non quello dell’amministrazione appaltante, è stato il “bene giuridico” che le direttive hanno preminentemente inteso perseguire⁶.

Al criterio del prezzo più basso si affianca così la cd. “*offerta economicamente più vantaggiosa*” (OEPV) che consente all’amministrazione di prendere in considerazione, oltre il profilo meramente economico, anche elementi ulteriori. Ciò non tanto per permettere a questa di soddisfare in modo più puntuale i suoi bisogni, quanto a garanzia della parità di trattamento tra gli operatori e dell’apertura alla concorrenza delle commesse pubbliche⁷.

⁴ Cfr. M. CLARICH, *I modelli contrattuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2, 2017, 415 ss.; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 5, 1127, ss.; G.D. COMPORZI, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in G.D. COMPORZI, *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, Napoli 2011, 1 ss.; ID, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, *Dir. econ.*, 2, 2007, 231 ss.; M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessione sull’affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 5-6, 2013, 991 ss.; ID, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001. V. anche L. TORCHIA, *La nuova Direttiva europea in materia di appalti di servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2-3, 2015, 293 secondo cui la ricerca di meccanicità e automaticità delle procedure finisce per risolversi in una mera illusione.

⁵ Il corsivo è di A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, vol. II, Milano 2003, 1563. Sulla logica diversa, e per certi versi opposta, delle direttive comunitarie rispetto alla disciplina di contabilità, v. G. GRECO, *L’adeguamento dell’ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di lavori pubblici*, in AA.VV., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano 1990, 12; M. MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei d’imprese tra tutela della concorrenza e tutela dell’interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 180; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino 2012, 19.

⁶ Cfr. Corte Cost. n. 401 del 2007 su come con il Codice del 2006 sia stato realizzato il definitivo superamento della concezione contabilistica.

⁷ Per M. FRANCH, M. GRAU, *Contract Award Criteria*, in M. TRYBUS, R. CARANTA, G. EDELSTAM, *Eu Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, Bruxelles 2013, 127 non è scontato che le regole europee siano volte ad assicurare “*that the contract is awarded*

Nella logica che si è affermata a livello comunitario a partire dalla fine degli anni '90, infatti, tali principi/obiettivi ottengono effettivo invero solo consentendo all'amministrazione, soprattutto nei contratti più complessi, di valutare, nella scelta della migliore offerta, anche elementi ulteriori a quello meramente economico (esemplificativamente, il termine di consegna, il costo d'utilizzazione, il rendimento, la qualità, il carattere estetico e funzionale, il valore tecnico, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica).

Lo spazio di scelta dell'amministrazione – ovviamente corredato da adeguati correttivi per evitare abusi – è stato quindi considerato, in determinate circostanze, con favore poiché ritenuto funzionale a consentire condizioni di maggiore concorrenzialità nell'accesso degli operatori economici a tale peculiare mercato⁸. In linea con questa impostazione, l'art. 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (cd. "legge Merloni"), che prevedeva come unico criterio il prezzo più basso, è stato ritenuto contrario al diritto comunitario in quanto privava "*le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta*"⁹.

Tale tendenza viene rafforzata dal processo di riforma delle direttive avviato nel 2010, volto a conseguire una maggior efficienza della spesa pubblica – intesa quale miglior rapporto qualità/prezzo – anche attraverso la creazione di condizioni per una concorrenza forte e non falsata e una maggior flessibilità delle procedure di aggiudicazione.

to the best supplier (...) the rules simply ensure that public bodies operate a non-discriminatory, transparent procurement procedure".

⁸ Per M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 416 ss. si può parlare di passaggio "dalla cultura delle regole alla cultura della discrezionalità". Sul "mercato" dei contratti pubblici e sulle peculiarità della sua regolazione, v. M. CORRADINO, G. LICATA, *Autorità Nazionale Anticorruzione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *Fonti e principi. Ambito. Programmazione e progettazione*, Milano 2019, 432 ss.; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2016, 72 ss.; S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli 2018; ID, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione pubblici*, *Riv. reg. merc.*, 1, 2016, 9 ss. S. AMOROSINO, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia (dalla trasparenza alla concorrenza)*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, 295 ss.

⁹ Cort. giust., 7 ottobre 2004, causa C-247/04, *Sintesi* con nota di J. BERCELLI, *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e il principio comunitario di concorrenza effettiva*, in *Foro amm.* – TAR, 2, 2004, 3239 ss.

Alla base di tale riforma vi è, però, un obiettivo ulteriore, già riconosciuto dalle direttive del 2004 ma con un ruolo secondario e succedaneo rispetto agli obiettivi di mercato¹⁰, ovvero consentire alle amministrazioni di fare “*un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni*”¹¹ (tra cui la tutela dell’ambiente, la promozione dell’inclusione sociale e la fornitura di servizi ai cittadini di elevata qualità), in modo da perseguire, attraverso i contratti pubblici, gli obiettivi di una *crescita intelligente, sostenibile e inclusiva* individuati dalla strategia *Europa 2020*.

Tale obiettivo di *policy* trova effettivo riscontro, soprattutto grazie agli emendamenti presentati dal Parlamento e dal Consiglio, nelle direttive del 2014 che, oltre a accrescere la flessibilità delle procedure e la “discrezionalità” (in senso a-tecnico) dell’amministrazione¹², introducono importanti novità di regime giuridico, molte delle quali volte ad ampliare gli spazi per inserire considerazioni non economiche nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici.

Nei successivi paragrafi si verificherà se e come tali *policy* abbiano inciso sulla disciplina dei criteri di aggiudicazione e, più in generale, in che termini obiettivi e interessi sociali (occupazione, condizioni di equo trattamento, lavoro dignitoso e contrasto al lavoro minorile, inclusione sociale e accessibilità, pari opportunità etc.) possano venir in rilievo nella fase di valutazione comparativa delle offerte.

L’ampiezza dello spettro degli interessi sociali considerati viene tuttavia canalizzata, e quindi circoscritta, analizzando esclusivamente una sola fase della procedura di affidamento (quella di valutazione comparativa delle offerte) e, in particolare, la disciplina sui criteri di aggiudicazione. Non saranno presi quindi in considerazione, se non incidentalmente, gli altri istituti/meccanismi che, parimenti, si prestano a essere utilizzati per

¹⁰ P. CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della “dignità umana*, in *Foro amm.*, TAR, 2010, 1883 ha osservato che “*la possibilità per le amministrazioni di utilizzare criteri sociali (...) va dunque valutata alla luce di un quadro normativo improntato prevalentemente (se non esclusivamente) alla tutela della concorrenza*”.

¹¹ Cfr. il Libro Verde della Commissione “*sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, Bruxelles, 27.1.2011 COM(2011), 15 def.

¹² Fuori dal contesto nazionale e in particolare a livello Ue, l’uso del termine discrezionalità nell’ambito della contrattualistica pubblica vale spesso a segnalare la presenza di margini di scelta liberi contrapposti alla produzione di effetti direttamente consequenziali alla regolamentazione europea e/o domestica; cfr. G. LICATA, *Contratti pubblici e innovazione*, in corso di pubbl., al momento consultabile tra i “*Papers Convegno annuale Aipda 2019*” su www.diritto-amministrativo.org; S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo*, Rimini, 2013, 26-27.

perseguire tali istanze sociali, quali le specifiche tecniche, i requisiti soggettivi di partecipazione, le condizioni particolari di esecuzione, il subappalto, le procedure riservate/alleggerite¹³.

È opportuno premettere sin d'ora come tale verifica prenderà le mosse dal quadro normativo sovranazionale per poi focalizzarsi sulla disciplina nazionale di recepimento. Ciò dal momento che sono circoscritte le ipotesi in cui l'Unione europea ha imposto agli Stati membri di inserire previsioni volte a funzionalizzare i contratti pubblici a obiettivi di sostenibilità ambientale e sociale (cd. *obiettivi orizzontali*¹⁴); nella maggior parte dei casi, infatti, è rimesso al livello di governo nazionale – legislatore e/o amministrazione – scegliere se muovere in tale direzione (gli Stati membri, peraltro, entro certi limiti, possono anche spingersi oltre quanto previsto dalle direttive)¹⁵.

Inoltre, lo strumento normativo di intervento dell'Ue sulla materia (la direttiva), vincola gli Stati membri al raggiungimento di un risultato, lasciando a questi un margine più o meno ampio di scelta in merito alla “forma” e ai “mezzi” da utilizzare per adattare la disciplina europea alle peculiarità delle singole esperienze giuridiche nazionali (incluse quelle specifiche del settore dei contratti pubblici)¹⁶.

¹³ In dottrina, limitatamente a quella giuspubblicistica, cfr. C. BOVIS, *The Social dimension of EU Public Procurement and The Social market Economy*, in D. FERRI, F. CORTESE (a cura di), *The EU Social Market Economy and the Law. Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, Londra 2019; L. FERRARA, *Clausole sociali e responsabilità sociale dell'impresa nei contratti pubblici tra diritto interno, europeo e globale*, in *Amministrativamente*, 3-4, 2018, 1 ss; R. CARANTA, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli 2017, 127 ss. Con riguardo al quadro normativo previgente, v. P. CERBO, *op. ult. cit.*, 1875 ss. e il documento della Commissione europea “*Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*” del 26 gennaio 2011 redatto sulla base del documento della Commissione SEC (2010) 1258 def. del 19 ottobre 2010.

¹⁴ S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, in S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge 2009, 9 ss.

¹⁵ In termini critici rispetto alla scelta del legislatore europeo di qualificare come obbligatorie un numero ridotto di previsioni sui “*sustainable procurement*”, A. WIESBROCK, *Socially responsible public procurement. European alue or national choice?*, in B. SJÄFJELL, A. WIESBROCK (a cura di), *Sustainable Public Procurement Under EU Law*, Cambridge 2016, 75 ss.

¹⁶ Per giurisprudenza ormai costante, “*va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione di misure destinate a garantire il rispetto dell'obbligo di trasparenza (...)* Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie,

Il confronto con la disciplina nazionale è reso necessario anche da una ragione ulteriore, legata ai principi e alle regole sul riparto di attribuzioni tra Ue e Stati membri e a come essi si riflettono sui potenziali conflitti tra l'inserimento di considerazioni di sostenibilità nelle procedure di affidamento e i tradizionali obiettivi del settore (interesse pubblico concreto perseguito dalla PA con il contratto, garanzia di condizioni di "level playing field" tra i concorrenti e apertura alla concorrenza delle commesse pubbliche)¹⁷. A tal riguardo, se da un lato si può sostenere che il potenziale conflitto tra utilizzo dei contratti pubblici per il perseguimento di finalità orizzontali e obiettivi di mercato può anche essere interamente affrontato a livello sovranazionale, dall'altro non pare potersi disconoscere un ruolo agli Stati membri nel bilanciare il perseguimento di obiettivi di sostenibilità con il tradizionale interesse delle amministrazioni a ottenere la migliore commessa alle migliori condizioni economiche (cd. *best value for money*)¹⁸.

le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto dell'obbligo summenzionato"; ex multis, Corte giust., 22 ottobre 2015, C-425/14, Impresa Edilux Srl, p. 26. Tale libertà riconosciuta dall'ordinamento sovranazionale deve ovviamente confrontarsi con il divieto di cd. "gold plating" (cfr. legge delega 26 gennaio 2016 n. 11).

¹⁷ Tali obiettivi a volte possono convergere, in altri casi entrare tra loro in frizione. A mero titolo di esempio, una clausola di equo trattamento dei lavoratori può risultare funzionale ad assicurare la *par condicio* tra gli operatori, così come un criterio di aggiudicazione ecologico che premia il risparmio energetico o particolari modalità di smaltimento e riuso dei materiali può garantire un risparmio di spesa alla stazione appaltante; al contrario, altre clausole sociali o ambientali possono portare un aumento dei costi per la stazione appaltante ovvero confliggere con il *favor participationis*. Risulta quindi necessaria un'analisi caso per caso. Sul punto v. E. COMBA, *Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach*, in R. CARANTA, M. TRYBUS, (a cura di), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Copenhagen 2010, 302 ss.

¹⁸ La tutela delle libertà economiche di movimento sancite dal Trattato, il perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale e sociale rientrano senz'altro tra le attribuzioni e le *policy* dell'Ue (rispett. artt. 49, 56, 11 e 9 del TFUE); diversamente, l'efficienza della spesa pubblica – nonostante la particolare attenzione a essa riservata dalle direttive del 2014 e i numerosi richiami nel *case law* della CGUE – pare costituire un obiettivo di competenza degli Stati membri; *amplius* E. COMBA, *Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws*, in F. LICHÈRE, R. CARANTA, S. TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement: The new Directive*, Copenhagen 2014, 29 ss., in part. 46-47 e R. CARANTA, *The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 52, 2015, 403 s. Sul tema v. anche v. S. ARROWSMITH, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, in *The Cost of Different Goals of Public Procurement*,

In tale contesto pare inserirsi la previsione oggi contenuta nell'art. 30 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*) sui “*Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*” secondo cui “*Il principio di economicità può essere subordinato (...) ai criteri, previsti nel bando, ispirati (tra le altre n.d.a.) a esigenze sociali (...)*” ma esclusivamente “*nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice*”. Attraverso tale disposizione, che introduce una riserva di legge – e a parte le incertezze interpretative derivanti dalla pluralità di configurazioni possibili del principio di economicità¹⁹ –, il legislatore nazionale si è ritagliato un ruolo determinante nell'individuare i casi in cui alle stazioni appaltanti è consentito, nelle ipotesi di conflitto, far prevalere gli interessi sociali rispetto al principio di economicità e agli interessi a esso sottesi²⁰. Da qui, come detto, l'importanza di analizzare la normativa interna di recepimento.

Swedish Competition Authority, 2012, 44 ss. che si sofferma sui contenuti della nozione di “*best value for money*”.

¹⁹ Come osservato da G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Commento agli artt. 1-2*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, 24, per quanto il principio di economicità rappresenti la sintesi di una pluralità di configurazioni, esso va inteso quale minor utilizzo di risorse possibili. Sarebbe interessante una riflessione, che non può essere svolta in questa sede, volta ad appurare se, al di là dell'art. 30 del Codice che pare contrapporre economicità e sostenibilità, dalla nuova disciplina di settore possa ricavarsi una nuova nozione di economicità che comprenda anche la sostenibilità ambientale e sociale. In tal senso A. MASSERA nell'intervento conclusivo del convegno organizzato nell'ambito del master “*Appalti pubblici e prevenzione della corruzione*”, tenutosi a Ferrara l'8 novembre 2019; v. anche G. LUCIDI, *Le specifiche tecniche dei bandi*, in *Giustamm.it*, 2, 2016, 13. Per interessanti spunti sul criterio di economicità, considerato con riferimento alle modalità di gestione dei servizi pubblici regionali e locali, v. G. CAIA, *Criterio di economicità e servizi pubblici locali nelle prospettive della XVIII legislatura repubblicana*, in AA.VV. *Diritto amministrativo e società civile*, Vol. I, *Studi introduttivi*, Bologna 2018, 327 ss.; ID, *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, in *Federalismi.it*, 20, 2018, 1 ss. Sul tema, v. anche A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 40 ss.

²⁰ Sul punto v. S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. eco.*, 2, 2015, 365-366; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *op. ult. cit.*, 22 ss.; V. D'ADAMO, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: tra libera iniziativa economica e tutela della coesione sociale e territoriale*, in *Urb. app.*, 2014, 7 ss.; M.P. CHITI, *I principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano 2008, 164.

2. *Rapporti di equiordinazione e di gerarchia nella disciplina generale sui criteri di aggiudicazione: prezzo più basso versus criteri qualitativi*

La proposta di direttiva sugli appalti pubblici presentata dalla Commissione Ue il 20 dicembre 2011, nonostante la particolare enfasi attribuita nella “Relazione di accompagnamento” e nei considerando alla “funzione strategica” dei contratti pubblici e agli obiettivi della strategia “Europa 2020”²¹, non aveva introdotto significative novità rispetto all’art. 53 della direttiva 2004/18/Ce; nella sostanza, si ribadiva il principio di equivalenza tra il criterio dell’OEPV e quello meramente economico (art. 66)²². L’unica effettiva novità era consistita nella sostituzione dell’espressione “prezzo” con “costo”, così riconoscendosi all’amministrazione la possibilità di formulare tale secondo criterio sia in termini di “mero prezzo”, sia seguendo un approccio “costo/efficacia”, ad esempio sulla base dei “costi del ciclo di vita” (sulla differenza tra prezzo e costo, v. *infra* § 4). Contenuti diametralmente opposti presentava la successiva proposta del Parlamento che contemplava l’OEPV quale unico criterio di aggiudicazione a disposizione delle amministrazioni, senza alcun riferimento al minor prezzo.

La disciplina vigente di cui all’art. 67 della direttiva 2014/24/Ue ha rappresentato, quindi, una soluzione di compromesso. Tuttavia, non può certo parlarsi di mediazione virtuosa se è vero che, a prescindere da giudizi di merito/opportunità, tale disposizione ha finito per incrementare il livello complessivo di incertezza.

Il paragrafo 1 dell’art. 67 fa riferimento al solo criterio dell’OEPV attribuendogli, però, un significato più ampio rispetto al passato, che pare ricomprendere sia criteri qualitativi sia criteri meramente quantitativi²³. Il

²¹ Comm. europea, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, Bruxelles, 20 dicembre 2011, COM(2011) 896 def., 2011/0438 (COD).

²² Si tenga presente, tuttavia, che nel Libro Verde sulla “Modernizzazione della politica dell’UE” del 27 gennaio 2011, cit., la Commissione si interrogava sull’opportunità di eliminare il criterio del prezzo di più basso (70.1.1.). Sulla disciplina previgente del settore, v. M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano 2008; G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO, (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte spec., tomo I, Milano 1997, 213 ss.

²³ Sul punto si veda il Considerando 89 secondo cui “per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione attualmente noto come «offerta economicamente più vantaggiosa» nelle direttive (del 2004), occorre utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto, il «miglior rapporto qualità/prezzo». Tale più ampio significato della nozione è stato prefe-

successivo paragrafo 2 dispone, infatti, che la (nuova) OEPV è individuata sulla “*base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all’articolo 68, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all’oggetto dell’appalto pubblico in questione*”.

A rigore, si tratta di una disposizione dal contenuto precettivo di non immediata percezione. L’interpretazione preferibile – come precisato da attenta dottrina²⁴ – sembrerebbe ammettere sia criteri qualitativi (il miglior rapporto qualità prezzo) sia criteri meramente quantitativi; questi ultimi consisterebbero tanto in criteri basati su un approccio costo/efficacia (quale quello del costo del ciclo di vita disciplinato dall’art. 68), quanto nel tradizionale criterio del prezzo più basso. In altri termini, sebbene dalla lettura dei Considerando e di altre previsioni della direttiva possa evincersi un certo *favor* per i criteri qualitativi²⁵, dal testo dell’art. 67 par. 2 non pare emergere alcuna sovra-ordinazione di questi ultimi rispetto a quelli meramente quantitativi, anch’essi qualificabili, quindi, quali criteri ordinari di aggiudicazione²⁶.

Merita, un cenno anche il successivo periodo dello stesso art. 67, par. 2, secondo cui gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non utilizzino “*solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione*”, o anche “*limitarne l’uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto*”; a tale possibilità fa riferimento anche il Considerando 90, ricollegandola alla finalità “*di incoraggiare maggiormente l’orientamento della qualità degli appalti*”.

rito muovendo dalla considerazione che “*tutte le offerte vincenti dovrebbero essere infine scelte in base a quella che la singola amministrazione aggiudicatrice ritiene essere la migliore soluzione dal punto di vista economico tra quelle offerte*”. Sul tema cfr. anche il parere del Consiglio di Stato, Comm. speciale, 1 aprile 2016, n. 855 sullo schema del Codice.

²⁴ Cfr. R. CARANTA, *Public procurement and award criteria*, in C. BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Cheltenham–Northampton 2016, 151-152, cui si rinvia per più approfondite riflessioni sul testo della direttiva e S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londra 2014, 739.

²⁵ Cfr. le conc. dell’Avvocato generale Szpunar del 26 giugno 2018, relative alla causa C-546/16, *Montte SL*, p. 60.

²⁶ Diversa pare la posizione di C. LAMBERTI, S. VILLAMENA, *Nuove direttive appalti: “sistemi di selezione” e criteri di aggiudicazione*, in *Urb. app.*, 8-9, 2015, 881 secondo i quali la previsione sopra richiamata non conterebbe alcun riferimento al criterio del prezzo più basso il quale, invece, troverebbe implicito riconoscimento nell’ultimo periodo dell’art. 67, par. 2, in una posizione recessiva rispetto all’OEPV.

Trattasi di previsione di rilievo posto che, nel limitare i possibili effetti della pronuncia *Sintesi* (come ricordato, tale decisione aveva ritenuto contrario al diritto Ue la limitazione in via legislativa della facoltà di scelta dell'amministrazione del criterio di aggiudicazione da adottare nella singola gara), pare testimoniare una sorta di de-sacralizzazione del principio di concorrenza e un suo bilanciamento più equilibrato con gli altri obiettivi che caratterizzano il settore²⁷. A ben vedere, infatti, se in passato lo *spazio dell'amministrazione* nella scelta del criterio di aggiudicazione era stato definito seguendo una logica esclusivamente pro-concorrenziale (v. supra § 1)²⁸, nella disposizione richiamata dell'art. 67, par. 2, esso viene delineato alla luce di altri obiettivi: innanzitutto, come si evince dal considerando 90, il *favor* per la qualità delle commesse, ma è innegabile la funzionalità di tale previsione anche a favorire l'utilizzo strategico dei contratti pubblici.

²⁷ Così A. GIANNELLI, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 1, 2016, 128-129 con riguardo alle modifiche del contratto in fase esecutiva. Da ultimo, M.P. CHITI, *Principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *Fonti e principi. Ambito. Programmazione e progettazione*, Milano 2019, 296 ha osservato che nella nuova regolamentazione europea “la concorrenza rimane uno dei principi della disciplina, ma non il primario (se non addirittura esclusivo) come in precedenza (...). Ad essa si sono affiancati altri principi, preposti alla tutela di interessi quali l'ambiente, il lavoro e le condizioni sociali (...) senza alcuna soggezione gerarchica”. Sul punto v. anche A. MASSERA, *Principi procedurali*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *Fonti e principi*, cit., 332 ss. che, puntualmente, mette in correlazione tale evoluzione della disciplina di settore con la più complessiva evoluzione dell'ordinamento Ue. Non è possibile in questa sede soffermarsi sul ruolo e sulla nozione di concorrenza rilevante nel settore dei contratti pubblici; sul tema si rinvia alle interessanti e condivisibili riflessioni di M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, 71 ss., per certi versi coincidenti con quelle di S. ARROWSMITH, *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 2012, 36 ss. Diversa la posizione di M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2008, 297 ss. Da ultimo, sul tema v. anche F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Catanzaro, 2020, in part. i Capitoli III, IV e V.

²⁸ Ben noto, peraltro, è il filone giurisprudenziale in tema di offerte anomale, cause di esclusione, limiti al subappalto o all'avvalimento, ove la CGUE – ritenendo sproporzionati, e quindi contrari al diritto Ue, “automatismi legislativi” – ha finito per salvaguardare uno spazio decisionale della stazione appaltante e una sua valutazione in concreto; ma ciò nell'ottica di garantire l'effettività delle libertà economiche di movimento e la partecipazione alla gara nella misura più ampia possibile. Con riguardo al subappalto v., da ultimo, Corte giust., 27 novembre 2019, C-402/18, *Tedeschi Srl*; 26 settembre 2019, causa C-63/18, *Vitali SpA*. Tale *favor* per il livello amministrativo lo si ricava anche nel testo delle direttive; cfr., ad esempio, art. 63, par. 2 della direttiva appalti.

E invero, proprio a tale ultima finalità si è dato rilievo, a livello nazionale, nella scelta di marginalizzare il criterio del prezzo più basso. Ma occorre procedere con ordine.

Pur prendendo le mosse da un quadro complessivo non privo di profili di oscurità, il legislatore interno pare mostrare una maggiore chiarezza di intenti, almeno con riguardo all'aspetto di cui si discute.

Se con l'art. 1 co. 1, lett. ff) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 è stata assunta la nozione "ampia" di "*offerta economicamente più vantaggiosa*" presente nella direttiva, al tempo stesso è evidente la volontà di superare il rapporto di equiordinazione tra i vari criteri che la compongono: quello del "miglior rapporto qualità/prezzo" e quello basato su un "approccio costo efficacia, quale il costo del ciclo di vita", sono intesi quali criteri ordinari, mentre i criteri del "prezzo più basso" e del "massimo ribasso d'asta" sono collocati in una posizione residuale; si invita, infatti, il legislatore delegato a regolare espressamente criteri, caratteristiche tecniche/prestazionali e soglie che legittimano le stazioni appaltanti a potervi fare ricorso.

Qualche difficoltà interpretativa deriva invece dal d.lgs. 50/2016. L'art. 95, comma 2, prevede infatti che "*le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti (...) sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96*".

Il tenore letterale della disposizione sembrerebbe discostarsi dalle indicazioni della legge delega, posto che, di fatto, sembra ribadire il rapporto di equiordinazione tra criterio qualitativo e criteri quantitativi (sia sotto forma di minor prezzo che di comparazione costo/efficacia) in termini analoghi a quanto previsto dall'art. 67 della direttiva 2014/24/UE (così come sopra interpretato). In realtà, il comma 2 del Codice va letto congiuntamente al successivo comma 4, contenente le ipotesi tipizzate in cui la libertà di scelta dell'amministrazione si estende anche al criterio del "minor prezzo"; queste sono formulate in termini di tassatività, con la precisazione peraltro – contenuta nel successivo comma 5 – che tale scelta per il minor prezzo vada adeguatamente motivata²⁹.

²⁹ V. G. AVANZINI, *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del Correttivo e l'immediata contestazione del bando di gara*, in *Urb. app.*, 4, 2017, 450 ss.

Tale espresso riferimento a un onere motivazionale (che pare aggiuntivo rispetto a quello che, normalmente, deve accompagnare le scelte sui criteri di aggiudicazione³⁰), nonché l'aver circoscritto il ricorso al criterio del minor prezzo a categorie e fattispecie contrattuali tipizzate, sembrano testimoniare come, nelle prime versioni del Codice, in linea con le indicazioni del legge delega, il legislatore abbia inteso qualificare il criterio del minor prezzo quale *soluzione residuale* (finanche eccezionale)³¹, assegnando al criterio qualitativo (miglior rapporto qualità/prezzo), e al criterio basato su un approccio costo/efficacia, la valenza di *criteri ordinari* di aggiudicazione³².

Dai lavori preparatori al Codice emerge con chiarezza come la scelta di marginalizzare il criterio del prezzo più basso sia dipesa dalla volontà di “*utilizzare in maniera strategica gli appalti*”³³, oltre che dalla volontà di ottenere commesse pubbliche di elevata qualità e dalla consapevolezza delle storture derivanti da una competizione basata esclusivamente sul prezzo³⁴.

Tali conclusioni circa la posizione “residuale” riconosciuta al criterio del prezzo più basso andranno senz'altro verificate alla luce delle novità introdotte dal d.l. 18 aprile 2019 n. 32 (cd. “*Sblocca cantieri*”)³⁵ convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019 n. 55 che ha notevolmente esteso l'ambito di applicazione del criterio del minor prezzo nei contratti

³⁰ Invero, la scelta tra i vari criteri di aggiudicazione disponibile rientra, per giurisprudenza costante, nella discrezionalità amministrativa (a contenuto tecnico), per quanto trattasi di discrezionalità talmente ampia (sindacabile solo per manifesta illogicità o travisamento dei fatti) da sfiorare il merito amministrativo.

³¹ Così Cons. Stato, sez. III, ord. del 5 febbraio 2019, n. 882.

³² Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2019, n. 882. In dottrina, D. SENZANI, *Il procedimento ad evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. Selezione delle offerte e responsabilità dell'amministrazione*, in F. MASTRAGOSTINO, (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino 2019, 426 ss.; C. LAMBERTI, *Art. 95*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario*, Milano 2017, 839 e 854 ss.; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna 2017, 1330 ss.

³³ V. la Scheda di lettura dello schema del Codice, n. 282/1 del 17 marzo 2016, reperibile sul sito della Camera dei Deputati. In dottrina v. C. LACAVA, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 461.

³⁴ Si consideri, inoltre, che il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo è anche funzionale a valorizzare il contributo dei privati, contribuendo in questo modo ad alleggerire il ruolo istruttorio dell'amministrazione nella definizione dell'oggetto del contratto. Su tali profili, v. G. FONDERICO, *op. ult. cit.*, 456 ss. La ricerca della flessibilità e del “dialogo” della stazione appaltante con il mercato costituiscono, del resto, aspetti centrali della riforma del 2014; cfr. G.D. COMPORI, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, 6, 2015, 1 ss.; F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino 2016, 5 ss.

sotto-soglia. Queste novità e il loro impatto sulle relazioni tra i vari criteri di aggiudicazione che compongono la macro-categoria dell'OEPV saranno presi in considerazione direttamente nel paragrafo conclusivo del lavoro; ciò pare preferibile dal momento che la presentazione preliminare di alcune riflessioni sul quadro normativo delineato dal legislatore del 2016 consentirà di esprimere un giudizio più consapevole sulla novella del 2019.

3. *Il criterio “generale” del miglior rapporto qualità/prezzo e la possibile rilevanza degli elementi di natura sociale*

La scelta del legislatore del 2016 di riconoscere un ruolo residuale al criterio del prezzo più basso è di rilievo nell'economia del presente lavoro. Il ricorso a tale criterio, infatti, non solo implica una competizione incentrata solo sul prezzo che porta con sé, anche per l'eventualità di ribassi eccessivi, il rischio di incidere negativamente sulle condizioni di sicurezza dei luoghi di lavoro e sul trattamento della manodopera³⁵; ma inoltre circoscrive la possibilità di prendere in considerazione interessi sociali alle sole *clausole cd. rigide o fisse* (ovvero quelle che operano secondo un meccanismo di “yes/no”, quali le specifiche tecniche, i requisiti di partecipazione e le condizioni di esecuzione)³⁶.

Diversamente, quando il criterio prescelto è l'OEPV individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è possibile valorizzare i profili sociali dell'offerta attraverso l'attribuzione di punteggi aggiuntivi all'offerente in grado di “superare” gli eventuali standard minimi richiesti dalla *lex specialis* (cd. *clausole flessibili o gradualis*); in tal modo viene anche premiata la capacità/volontà degli operatori economici di elaborare condizioni migliorative sotto il profilo sociale rispetto a quelle individuate dalla stazione appaltante³⁷.

A ben vedere, peraltro, la modalità di funzionamento di tali clausole flessibili – ovvero il carattere “premiante” e non “escludente” degli elementi inseriti quali criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/

³⁵ Cfr. Cons. Stato, ad. pl., 21 maggio 2019, n. 8, p. 14 in diritto.

³⁶ Cfr. C. BARNARD, *To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement*, in *Industrial Law Journal*, 46, 2016, 228.

³⁷ Sulla distinzione tra “clausole fisse” e “clausole flessibili”, v. S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edil.*, 3, 2017, 101 ss.

prezzo – potrebbe rendere più agevole il bilanciamento tra il perseguimento di interessi sociali e il rispetto dei tradizionali obiettivi del settore (interesse negoziale della PA e apertura del mercato)³⁸.

La possibilità di inserire criteri sociali tra gli elementi di valutazione dell'OEPV basata sul miglior rapporto qualità/prezzo è oggi espressamente riconosciuta dall'art. 95, co. 6 del Codice³⁹; ma in tal senso rileva anche l'art. 69 il quale espressamente prevede che le etichettature – anche quelle riguardanti le caratteristiche sociali del lavoro, del bene o del servizio – possano essere imposte anche tra i criteri di aggiudicazione⁴⁰.

Già nel quadro normativo previgente, pur in assenza di espressi riferimenti nell'art. 68 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, le stazioni appaltanti potevano orientarsi in tal senso⁴¹. Decisive sul punto sono state le note

³⁸ Tale aspetto verrà ripreso e chiarito *infra*. Si tenga tuttavia presente che la stazione appaltante potrebbe formulare anche i criteri di aggiudicazione secondo il metodo *yes/no*, comportante l'attribuzione di punteggio fisso e non graduale. Sul tema, da ultimo, cfr. Cons. Stato, 26 marzo 2020, n. 2094 secondo cui una *lex specialis* che prevede la quasi totalità di criteri automatici *on/off*, “*pur ridimensionando in parte il margine di apprezzamento del merito tecnico dell'offerta, non lo esclude, anticipando, piuttosto, la valutazione dei requisiti tecnici che devono essere offerti, con la conseguenza che si ha poi un controllo finalizzato a comprovarne il possesso*”. In precedenza, si sono avute pronunce di diverso tenore, giuste le quali un'elaborazione in via prevalente dei criteri di aggiudicazione secondo modalità *on/off* finisce per “*appiattare la valutazione dell'offerta tecnica e, quindi, per attribuire un peso determinante al valore dell'offerta economica, snaturando il criterio di aggiudicazione previsto in tutti i documenti di gara e imposto, prima ancora, dal legislatore nazionale e comunitario per gli appalti ad alta intensità di manodopera, risultando conseguentemente illegittima*” (così Tar Lazio, Roma, Sez. III, 23 dicembre 2019, n. 14749 ma in termini simili sez. I-bis, 4 maggio 2018, n. 5022, non riguardante servizi ad alta intensità di manodopera). Va ricordato, inoltre, come rientri sempre nella discrezionalità della stazione appaltante la possibilità di prevedere, nel bando, una soglia di sbarramento qualitativa tale da escludere dalla competizione economica quelle offerte tecniche che non raggiungano il livello qualitativo richiesto. Tale modalità di valutazione dell'offerta in più fasi è stata ritenuta compatibile con il diritto Ue, senza che in tal senso rilevi il numero – anche molto esiguo – di offerenti che riescono ad accedere alla seconda fase; cfr. Corte giust., 20 settembre 2018, C-546/16, *Montte*.

³⁹ L'art. 95, co. 6 lett. a del Codice richiama l'“*accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali (...)*”; si v. anche il Considerando 99 della direttiva 2014/24/UE che fa riferimento all'“*agevolazione (...) dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili tra le persone incaricate dell'esecuzione dell'appalto*”.

⁴⁰ Alcune etichettature di livello europeo già prendono in considerazione le condizioni di lavoro lungo la catena di approvvigionamento; cfr. *Piano d'azione nazionale sul Green Public Procurement* come aggiornato dal d.m. 10 aprile 2013 del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, pag. 23.

⁴¹ Un riferimento ai criteri sociali era contenuto nell'art. 120, co. 1, lett. b del d.P.R.

pronunce *Nord pas del Calais* del 2000⁴² e *Concordia Bus* del 2002⁴³ con cui la CGUE ha definitivamente superato la lettura economica della disciplina di settore, fino a quel momento fatta propria dalla Commissione; con tali decisioni, infatti, si è ammesso che tra i criteri dell'OEPV possa darsi rilievo anche a elementi, come la lotta alla disoccupazione o la tutela dell'ambiente, che non portano un beneficio economico (diretto) alla stazione appaltante, ma arrecano vantaggi a soggetti/interessi diversi, quali la collettività e/o l'ambiente in generale⁴⁴.

Le direttive del 2014 e il Codice del 2016 introducono, rispetto alla disciplina precedente, un'importante precisazione che ha l'effetto di ampliare le opportunità per le stazioni appaltanti di premiare le offerte *socialmente meritevoli*: si prevede che il criterio sociale possa riguardare non solo il bene, il lavoro e il servizio oggetto del contratto, ma qualsiasi aspetto e fase del loro ciclo di vita, “*compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale*” (art. 95, co. 11 ove si individuano i casi in cui un criterio può considerarsi “*connesso all'oggetto del contratto*”; sul punto v. *infra*, § 3.1).

L'ammissibilità di criteri premiali di natura sociale riguardanti, non solo le caratteristiche intrinseche del bene, del lavoro o del servizio, ma anche aspetti del loro ciclo di vita e della catena di fornitura che non si incorporano materialmente nell'oggetto del contratto, era stata contestata dalla Commissione la quale aveva sostenuto l'incompatibilità con il diritto Ue di un criterio di aggiudicazione che faceva riferimento a marchi di

5 ottobre 2010, n. 207. Rimane il fatto che l'assenza di un espresso riferimento ai criteri sociali nelle direttive del 2004 aveva creato alcune incertezze; cfr. C. BARNARD, *British Jobs for British Workers: The Lindsey Oil Refinery Dispute and the Future of Local Labour Clauses in an Integrated EU Market*, in *Ind. Law Jour.*, 28, 2009, 273.

⁴² Corte giust., 26 settembre 2000, causa C-225/98, *Nord pas del Calais*.

⁴³ Corte giust., 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus*, con commento di M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, in *Foro amm.*, C.d.S, 9, 2002, 1950 ss.

⁴⁴ S. COLOMBARI, *Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 1, 2019, 5 ss.; S. VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts. An Example of Strategic Regulation*, Napoli 2016; G.F. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2012, 819 ss.; M. ANDREIS (cura di), *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali. Mercato, ambiente, responsabilità*, Milano 2011. R. CARANTA, *Sustainable Public Procurement in the Eu*, in R. CARANTA, M. TRYBUS, (a cura di), *The Law of Green and Social Procurement In Europe*, Copenhagen 2010, 19 ss.

qualità relativi al commercio equo-solidale⁴⁵; la decisione *Max Havelaar* del 10 maggio 2012 ha quindi offerto l'occasione alla Corte di giustizia⁴⁶ di pronunciarsi su tale profilo, fornendo indicazioni che il richiamato art. 95, co. 11, del Codice, di fatto, riproduce⁴⁷.

Inoltre, nell'ottica di una maggiore valorizzazione dei profili qualitativi (inclusi quelli sociali), nonché di scongiurare le tradizionali problematiche legate ai ribassi anomali, l'amministrazione potrebbe far ricorso alla possibilità, prevista dal comma 7 dell'art. 95, di configurare l'elemento relativo al costo quale "*prezzo o costo fisso*" in modo da far competere gli operatori solo sulla base dei profili qualitativi, così risultando la valutazione comparativa svincolata dall'elemento economico⁴⁸. Si tratta della soluzione prevista dall'art. 67, par. 2 della direttiva 2014/24/Ue che il legislatore nazionale, coerentemente con il generale *favor* per l'aspetto qualitativo delle commesse, ha scelto di recepire⁴⁹.

⁴⁵ Indicazioni nel senso dell'ammissibilità di criteri non riguardanti direttamente l'oggetto del contratto ma una fase del suo ciclo di vita potevano forse ricavarsi dalla pronuncia del 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG* che aveva ritenuto legittimo un criterio ecologico che premiava la fornitura di energia rinnovabile. Va tuttavia osservato come vi sia una differenza tra le clausole ambientali e quelle sociali, in quanto queste ultime presentano un legame più tenue rispetto alla natura del prodotto o del servizio; infatti, prima della decisione *Max Havelaar*, la compatibilità con il diritto Ue di clausole relative al commercio equo-solidale o comunque volte a tutelare i diritti umani dei lavoratori coinvolti nella filiera era incerta; cfr. P. CERBO, *op. ult. cit.*, 1892 ss. e C. BARNARD, *British Jobs for British Workers*, cit., 272-273.

⁴⁶ Cort. giust., 10 maggio 2012, C-368/10, Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi. Si veda il commento di R. CARANTA, *L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 11, 2012, 1131 ss.

⁴⁷ Analoghe previsioni sono ovviamente contenute nella direttiva 2014/24/Ue, all'art. 67 e al Considerando 99 secondo cui "*Possono essere oggetto dei criteri di aggiudicazione (...) anche misure intese alla tutela della salute del personale coinvolto nei processi produttivi, alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili nel personale incaricato dell'esecuzione dell'appalto o alla formazione riguardante le competenze richieste per l'appalto (...). Per esempio, tali criteri o condizioni potrebbero riferirsi, tra l'altro, all'assunzione di disoccupati di lunga durata, all'attuazione di azioni di formazione per disoccupati o giovani nel corso dell'esecuzione dell'appalto da aggiudicare*".

⁴⁸ Sul punto v. S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche*, cit., 383 che, correttamente, osserva come non si tratti di un autonomo criterio di aggiudicazione ma di una "*sorta di species*" del miglior rapporto qualità/prezzo.

⁴⁹ A tal riguardo l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), nelle Linee Guida n. 2, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "*Offerta economicamente più vantaggiosa*", Delibera 21 settembre 2016, n. 1005, aggiornate al D. lgs 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018, ha invitato le stazioni appaltanti a una particolare cautela nel far ricorso alla possibilità prevista dall'art. 95, co. 7 (p. 8).

Rilevanti nell'economia di questo discorso sono anche il comma 13 dell'art. 95 del Codice e i cd. "decreti CAM", entrambi volti principalmente al perseguimento di interessi ambientali, ma non privi – seppur indirettamente – di risvolti sociali.

L'art. 95, co. 13, legittima l'amministrazione a prevedere nel bando, "*compatibilmente con il diritto Ue e i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità*", un punteggio aggiuntivo per i "beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente, ivi compresi i *beni o i prodotti da filiera corta o a chilometro zero*"⁵⁰.

La possibilità di premiare la circostanza che un bene o un prodotto sia stato sottoposto a un numero limitato di passaggi produttivi e di intermediazioni ("*filiera corta*") o abbia percorso una distanza ridotta (che alcune proposte di legge individuerebbe in 70 Km⁵¹) per arrivare al luogo di vendita e consumo ("*Km 0*"), pare prevista dal Codice in primo luogo per una finalità di tutela generale dell'ambiente (consentire l'abbattimento dell'inquinamento causato dal trasporto). Tuttavia, tale criterio potrebbe anche contribuire a valorizzare le produzioni locali, in tal modo stimolando l'occupazione di un territorio⁵².

Sul valore giuridico delle Linee Guida ANAC e sulla distinzione tra quelle vincolanti e quelle non vincolanti (in questa seconda categoria rientrano le Linee guida n. 2 sopra richiamate), cfr. il parere del Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767; in dottrina, oltre gli Autori richiamati *sub* nt. 8, v. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?* in *Dir. amm.*, 3, 2016, 273 ss.

⁵⁰ In termini simili l'art. 144 riguardante i servizi di ristorazione, che prevede anche la possibilità di premiare i prodotti provenienti "*da operatori dell'agricoltura sociale*".

⁵¹ Cfr. proposta di legge in tema di "Norme per la valorizzazione e la promozione dei prodotti agroalimentari provenienti da filiera corta, a chilometro zero o utile e di qualità", presentata il 23 maggio 2018, A.C. 183-A.

⁵² S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici*, cit., 101; in tal senso v. anche le *Linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera pediatrica* del Ministero della salute, p. 14. Del resto, la circostanza che la previsione richiamata nel testo sia anche rivolta alla tutela del lavoro e di profili sociali pare evincersi dall'art. 1, lett. ddd della legge delega n. 11/2016 che richiama la "*valorizzazione delle esigenze sociali e di sostenibilità ambientale, mediante introduzione di criteri e modalità premiali di valutazione delle offerte nei confronti delle imprese che, in caso di aggiudicazione, si impegnino, per l'esecuzione dell'appalto, a utilizzare anche in parte manodopera o personale a livello locale ovvero in via prioritaria gli addetti già impiegati nel medesimo appalto, in ottemperanza ai principi di economicità dell'appalto, promozione della continuità dei livelli occupazionali, semplificazione ed implementazione dell'accesso delle micro, piccole e medie imprese, tenendo anche in considerazione gli aspetti della territorialità e della filiera corta e attribuendo un peso specifico anche alle ricadute occupazionali sottese alle procedure di accesso al mercato degli appalti pubblici, comunque nel rispetto del diritto dell'Unione europea*".

A tal proposito va però tenuto presente che la tendenza, dettata dalla preoccupazione di frizione con le libertà economiche di movimento previste dal Trattato, è di far rientrare nella nozione di “*km 0*” non solo prodotti locali, ma anche prodotti stranieri che abbiano percorso una distanza ridotta dal “punto di sbarco”⁵³.

In tale disposizione pare quindi evidente uno sforzo regolativo mirato a conciliare obiettivi sociali e ambientali e libertà economiche. Tale esigenza finisce per produrre peculiari interconnessioni di interessi, tutti rilevanti, sottesi alla previsione di legge: da un lato le libertà di mercato (dimensione globale) non possono essere sacrificate da restrizioni territoriali; dall'altro l'obiettivo della tutela dell'ambiente (dimensione altrettanto globale) può essere perseguito anche attraverso strumenti (le produzioni a km zero e la filiera corta) che possono presentare effetti economici riferiti specificatamente al territorio (dimensione locale); dall'altro, ancora, tale dimensione locale finisce, indirettamente, anche per veicolare interessi sociali, nella misura in cui la filosofia del Km zero o della filiera corta può anche favorire l'occupazione locale.

Con riguardo ai criteri ambientali minimi (CAM) occorre far riferimento all'art. 34 del Codice che, per il *conseguimento di obiettivi ambientali*, impone alle stazioni appaltanti di inserire i CAM nelle “specifiche tecniche” e nelle “clausole contrattuali” (*rectius*, condizioni di esecuzione), nonché di tenerli in considerazione “*nella stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*”.

⁵³ Oltre la proposta di legge *sub* nt. 51, v. Tar Lazio, Latina, sez. I, 19 novembre 2015, n. 751 che fa proprio un concetto relativo di “vicinanza” riferito “*sia al sito di produzione che a quello di commercializzazione*”. La compatibilità con il diritto Ue di clausole che tutelano interessi locali/territoriali è senz'altro problematica, pur non convincendo del tutto quelle letture che le considerano *tout court* illegittime. A tal riguardo va considerata la posizione della Commissione riferita a un criterio che premiava la conoscenza del contesto locale rispetto ad affidamenti di servizi sociali (*Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno*, 29 aprile 2013, SWD(2013) 53 def. quesito n. 208) e le articolate riflessioni di C. BARNARD, *op. ult. cit.*, 268 ss. su una condizione di esecuzione che impone di assumere disoccupati “locali”. Ovviamente in tali casi le scelte dell'amministrazione devono risultare strettamente conformi ai criteri di proporzionalità, adeguatezza, coerenza, sistematicità e più in generale al canone di buona amministrazione (cd. “*good governance*”); su quest'ultimo aspetto v. J. MULDER, *Unity and Diversity in the European Union's Internal Market Case Law: Towards Unity in 'Good Governance'?* in *Utrecht Jour. Inter. Eur. Law*, 34, 2018, 4 ss.; sul punto si veda anche E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2017, pp. 1156 ss.

I CAM trovano il loro fondamento normativo, nel nostro ordinamento, nell'art. 1, co. 1226 ss. della l. 27 dicembre 2006, n. 296 che, dando attuazione a indicazioni provenienti dall'ordinamento comunitario⁵⁴, ha previsto un "Piano d'azione" allo scopo di disciplinare l'adozione di misure volte all'integrazione delle esigenze di *sostenibilità ambientale* nelle procedure di acquisto di beni e servizi della pubblica amministrazione.

Sulla base di tali disposizioni, con d.m. 11 aprile 2008 del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (da ora, MATTM), è stato adottato il "*Piano d'azione nazionale sul Green Public Procurement*" (da ora, PAN GPP) che indica gli obiettivi di *sostenibilità ambientale* da raggiungere per gli acquisti in determinate categorie merceologiche individuate dalla legge (all'art. 1, co. 1127, l. n. 296/2006). In particolare, il PAN GPP prevede, tra l'altro, che con successivi decreti del MATTM, sentiti i ministeri concertanti, vengano definiti, per le diverse categorie merceologiche indicate dalla legge, i *criteri ambientali minimi*, ovvero indicazioni tecniche riferite alle diverse fasi delle procedure di gara, inclusa la fase dell'esecuzione del contratto⁵⁵.

Per quanto qui di interesse, va osservato come il PAN GPP abbia fatto riferimento a una *nozione ampia di "sostenibilità"* comprendente, quando possibile, non solo considerazioni di natura ambientale ma anche *aspetti etico-sociali* e relativi alla tutela della sicurezza e della salute. Inoltre, con la sua riforma del 2013 è stata introdotta un'apposita sezione dedicata ai "*socially responsible public procurement*" (SRPP) in cui si segnala l'opportunità, per alcune delle categorie merceologiche interessate dai decreti CAM, di prevedere clausole sociali facendo riferimento alla "*Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*". Tale Guida, adottata con d.m. del MATTM del 6 giugno 2012, individua un ampio spettro di interessi sociali, riconducibili a tre tipologie.

a. *In primo luogo*, gli interessi sociali già ampiamente considerati dalla disciplina di settore (rafforzati nel Codice del 2016 e, in precedenza, da alcuni interventi correttivi al d.lgs. 163/2006, ma già oggetto di diffusa

⁵⁴ Comunicazione della Commissione "*Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*", 18 giugno 2003, COM(2003) 302 def.

⁵⁵ S. COLOMBARI, *Le considerazioni ambientali*, cit., 16 ss.; A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Dir. eco.*, 1, 2018, 157 ss. Da ultimo, F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, *Soggetti. Qualificazione. Regole comuni alle procedure di gara*, Milano 2019, 167 ss.

considerazione⁵⁶), e riferibili sostanzialmente alla tutela delle condizioni occupazionali, contrattuali e retributive dei lavoratori utilizzati dall'aggiudicatario (continuità occupazionale, rispetto delle condizioni normative e retributive previste da CCNL, dialogo sociale, salute e sicurezza dei luoghi di lavoro), nonché all'accessibilità da parte dei soggetti con disabilità.

b. *In secondo luogo*, la Guida – in sintonia con le strategie europee per l'occupazione – individua obiettivi di maggiore inclusione sociale rivolti all'occupazione di segmenti del mercato del lavoro a rischio di esclusione (giovani, minoranze etniche, lavoratori migranti, disabili), obiettivi di promozione della parità di genere e di non discriminazione (età, disabilità, razza, religione o convinzioni personali, orientamento sessuale etc.), nonché di sostegno alla formazione. In questa seconda ipotesi si amplia lo spettro degli interessi sociali tutelabili oltre il segmento dei lavoratori utilizzati dall'aggiudicatario, ma pur sempre indirizzando le misure di tutela e promozione ai mercati del lavoro locali.

c. *In terzo luogo*, ed è questo l'elemento di maggior innovatività per la disciplina nazionale di settore, la Guida fa propria la filosofia della "responsabilità sociale dell'impresa", promuovendo la tutela di diritti sociali previsti da fonti internazionali (soprattutto le Convenzioni OIL) e l'effettività delle legislazioni sociali nazionali con riguardo ai lavoratori coinvolti nell'intera catena di fornitura del bene, del lavoro o del servizio oggetto del contratto⁵⁷.

Alla luce delle indicazioni contenute nel PAN GPP e nel d.m. 6 giugno 2012 del MATTM, in alcuni "decreti CAM" sono state inserite clausole sociali di tutela delle tre categorie di interessi sopra richiamate⁵⁸.

⁵⁶ Si pensi, a mero titolo di esempio, all'art. 36 dello Statuto dei lavoratori o alla legge 7 novembre 2000, n. 327 sulla valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza nelle gare di appalto. Si tratta di tematiche ampiamente trattate dalla dottrina, soprattutto giuslavoristica; da ultimo, oltre a numerosi saggi, si segnalano due lavori monografici: M. GIACONE, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del d.lgs. 50/2016*, Roma, 2019; D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino 2018, 67 ss.

⁵⁷ Si tratta di interessi che trovavano già riscontro nella contrattualistica pubblica di altre esperienze nazionali; cfr. C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford 2007 e M.A. CORVAGLIA, *Public Procurement and Labour Rights. Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, Oxford-Portland 2017. Da ultimo, sui contratti pubblici sostenibili nella dimensione internazionale ed europea, v. R. CARANTA, C. CRAVERO, *Sustainability and Public Procurement*, in A. LA CHIMIA, P. TREPTE (a cura di), *Public Procurement and Aid Effectiveness: a Roadmap under Construction*, Oxford 2019, 173 ss.

⁵⁸ Si vedano i seguenti decreti pubblicati sul sito del MATTM: d.m. 17 maggio 2018

Né i contenuti del d.m. 6 giugno 2012 né le clausole sociali contenute nei “decreti CAM” sembrano vincolanti per le amministrazioni; infatti, l’art. 34 del Codice – nella misura in cui rende obbligatorio l’inserimento dei CAM nelle specifiche tecniche e nelle condizioni di esecuzione – pare riferibile esclusivamente alle clausole ambientali e non anche a quelle sociali⁵⁹. Il che, tuttavia, non implica una generale non vincolatività delle clausole sociali previste nei documenti richiamati.

Gli interessi sociali della prima tipologia (a), infatti, trovano tutela obbligatoria in specifiche disposizione del Codice loro dedicate, relative alle diverse fasi della procedura (cfr. art. 23 sulla progettazione, art. 80, co. 5 lett. sulla selezione degli offerenti, art. 97, co. 5, sulla valutazione di anomalia, artt. 30 commi 3 e 4, 100 e 105 sull’esecuzione del contratto), inclusa la fase dell’aggiudicazione, oggetto di analisi in questo contributo.

A tal riguardo, l’art. 94 – applicabile a prescindere dal criterio di aggiudicazione prescelto – prevede che la stazione appaltante può decidere di non aggiudicare l’appalto all’offerente che ha presentato l’offerta economicamente più vantaggiosa, se ha accertato che l’offerta non soddisfa gli obblighi di cui all’articolo 30, comma 3”, ovvero “*gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell’allegato X*”.

Tale innovativa previsione sembra attenuare il principio – elaborato dalla giurisprudenza e dall’Autorità di regolazione – secondo cui gli obblighi imposti quali condizioni di esecuzione “*non possono aver alcuna diretta incidenza sulla fase di gara, non possono costituire barriere all’ingresso, non condizionano l’ammissibilità dell’offerta, non ostano alla valutazione dei requisiti soggettivi dei concorrenti e non si inseriscono in essa*”⁶⁰. Tale disposizione invero – nel richiedere alla stazione appaltante

sulle forniture di calzature da lavoro e accessori in palle; d.m. 11 ottobre 2017 sui “CAM edilizia”; d.m. 11 gennaio 2018 relativo alle forniture dei prodotti tessili; d.m. 25 luglio 2011 sulla ristorazione collettiva (si veda anche la relazione di accompagnamento); d.m. 24 maggio 2012 sulla pulizia per edifici (si veda anche la relazione di accompagnamento); d.m. 18 ottobre 2016 sulla sanificazione delle strutture sanitarie.

⁵⁹ In tal senso il d.m. 11 gennaio 2018 del MATTM sui CAM tessili; v. anche il Bando Tipo n. 1 dell’ANAC su servizi e forniture nei settori ordinari, adottato con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, che prevede come facoltativo l’inserimento di una clausola relativa al rispetto degli standard sociali previsti dal citato d.m. 6 giugno 2012.

⁶⁰ Cfr. TAR Campania, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 848; Tar Abruzzo, sez. I, 6 novembre 2014, n. 124; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 3 marzo 2016, n. 442. Si vedano anche i pareri sulla normativa di ANAC del 30 aprile 2014, AG 19/201; dell’8 febbraio 2012, AG 3/12 e del 23 gennaio 2013, AG 41/12.

una valutazione prognostica sull'idoneità dell'offerta ritenuta più vantaggiosa ad assicurare il rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale o di lavoro⁶¹ – pare consentire all'amministrazione di non aggiudicare il contratto qualora, dal contenuto tecnico ed economico dell'offerta, possa accertarsi che, in fase esecutiva, non verrà rispettata la clausola di riassorbimento o il trattamento economico previsti dal CCNL che il concorrente dichiara di applicare⁶².

A parere di chi scrive si tratta di una novità importante che testimonia come la riforma avviata dalle direttive del 2014 realizzi un differente bilanciamento rispetto alla disciplina previgente. Sebbene l'art. 94, co. 2, rafforzi la *par condicio* tra i contraenti e, quindi, la *fair competition*⁶³, pare innegabile come esso, al contempo, esprima un'attenuazione dell'obiettivo della massima apertura del mercato e del *favor participationis* e un rafforzamento del ruolo della stazione appaltante, nell'ottica di tutelare interessi altri rispetto all'accesso alla gara degli operatori economici⁶⁴.

Una tutela obbligatoria degli interessi sociali della prima tipologia, in particolare della retribuzione minima dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione dell'appalto, è inoltre garantita dall'art. 95, co. 10 che, dopo la modifica apportata con il primo decreto correttivo⁶⁵, impone alle stazioni

⁶¹ Cfr. A. SANCHEZ GRAELLS, *Regulatory Substitution Between Labour and Public Procurement Law: The EU's Shifting Approach to Enforcing Labour Standards in Public Contracts*, in *Eu. Publ. Law.*, 24, 2018, 241 ss.

⁶² Il parziale stemperamento della regola/principio secondo cui gli obblighi imposti quali condizioni di esecuzione non possono avere alcuna incidenza sulla fase di gara, pare trovare conferma anche con riguardo alle clausole sociali di riassorbimento previste dall'art. 50 del Codice. Invero, nelle Linee guida n. 13, ANAC invita le stazioni appaltanti a prevedere, nella documentazione di gara, che “*che il concorrente alleggi all'offerta un progetto di assorbimento, comunque denominato, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico)*”. La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale e, quindi, l'amministrazione è legittimata a escludere l'offerente.

⁶³ In tal senso, con riguardo alla simile previsione contenuta nell'art. 97, co. 5, lett. a, v. G.S. ØLYKKE, *The provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition?*, in G.S. ØLYKKE, A. SANCHEZ GRAELLS (a cura di), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Cheltenham-Northampton 2016, 146 ss., cfr., da ultimo, Corte giust., 30 gennaio 2020, C-395/18, *Tim SpA*, p. 38. Sul rapporto tra l'art. 94, co. 2 e l'art. 95, co. 5 del Codice, si rinvia a F. CARDARELLI, *Criteri di aggiudicazione*, cit., 547.

⁶⁴ Nel parere n. 855/2016 cit. il Consiglio di Stato ha precisato come non si tratti di “*facoltà ex post mera della stazione appaltante all'esito della selezione, ma va stabilita preventivamente nei documenti di gara*”.

⁶⁵ D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

appaltanti di verificare, prima di procedere all'aggiudicazione, il rispetto dell'articolo 97, co. 5, lettera d), ovvero che il costo del personale non sia "*inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16*". Al di là dei dubbi circa la possibilità di ricavare dalle tabelle ministeriali i salari minimi⁶⁶, è di rilievo sottolineare come tale verifica vada sempre posta in essere, a prescindere dal criterio di aggiudicazione prescelto e, soprattutto, a prescindere dall'instaurarsi di un sub-procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta. Come correttamente osservato da alcuni giudici di primo grado, il richiamo all'art. 97, co. 5 serve solo a individuare il contenuto della verifica ("il rispetto dei minimi salariali") e – secondo parte della giurisprudenza –

⁶⁶ Secondo una parte della giurisprudenza – tra cui Tar Veneto, sez. I, 19 luglio 2018, n. 774 e Tar Lazio, sez. II-bis, 19 giugno 2018, n. 6869 – il riferimento dell'art. 97, co. 5, lett. d, ai minimi salariali retributivi di cui alle tabelle ministeriali di cui all'art. 23, co. 16 è errato in quanto tali tabelle non contengono parametri assoluti e inderogabili, ma solamente "costi orari medi" da cui è possibile discostarsi. Tale posizione si inserisce in un più ampio ragionamento circa la portata innovativa, o meno, delle previsioni del nuovo Codice sui costi del lavoro nell'ambito della valutazione di anomalia, al quale in questa sede è possibile solo accennare. Secondo un orientamento minoritario, fatto proprio – seppur con sfumature un po' diverse – da alcuni giudici di primo grado, le previsioni sui costi del lavoro contenute nell'art. 97 del Codice sulla verifica di anomalia costituirebbero un'evoluzione rispetto alla disciplina previgente, avendo configurato i contenuti delle tabelle ministeriali quale limite invalicabile da cui gli offerenti non potrebbero in alcun modo discostarsi, pena l'esclusione dell'offerta (così Tar Toscana, sez. II, 22 dicembre 2017, n. 1671; in termini simili v. anche Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 15 dicembre 2016, n. 1315; Tar Umbria, sez. I, 9 marzo 2018, n. 168). Secondo l'orientamento prevalente, fatto proprio anche dal Consiglio di Stato, invece, l'art. 97 del Codice si pone in continuità rispetto al precedente art. 86 del d.lgs. 163/2006 nel senso che lo scostamento dell'offerta rispetto alle tabelle è ammesso se adeguatamente motivato (ad esempio sulla base di economie di scala, efficienze organizzative, assenza di costi considerati nelle tabelle o peculiari benefici di cui godrebbero le imprese), purché siano rispettati i minimi retributivi dei contratti collettivi (in questo filone si inserisce la giurisprudenza sopra richiamata secondo cui tali minimi non sarebbe rintracciabili nelle tabelle ministeriali). In tal senso si veda il parere del Cons. Stato, com. spec., 3 maggio 2018, n. 1173, ma anche sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805, sez. III, 13 marzo 2018, n. 1609; 21 luglio 2017 n. 3623; sez. V, 30 marzo 2017, 1456; 6 febbraio 2017, n. 501. Una posizione per certi versi intermedia tra quelle che quelle che considerano l'art. 97 innovativo e quelle che lo interpretano in continuità con la disciplina previgente può forse rintracciarsi – come pare sostenere anche D. IZZI, *op. ult. cit.*, 113 – in Cons. Stato, sez. III, 15 maggio 2017, n. 2252, secondo cui "*nel mutato quadro ordinamentale (...) l'esigenza indefettibile di tutela dei lavoratori*" deve condurre a valutare "*con particolare rigore*" l'obbligo degli offerenti "*di indicare costi di lavoro conformi ai valori economici previsti dalla normativa vigente*". In altri termini, la centralità riconosciuta alla tutela del lavoro nel nuovo Codice dovrebbe portare amministrazioni e giudici a valutare in modo più rigoroso gli scostamenti dai costi indicati nelle tabelle.

relative modalità di svolgimento della verifica (“procedimento in contraddittorio”), ma non incide sull'*an* di tale obbligo⁶⁷.

Con riguardo, invece, alle altre due tipologie di interessi sopra individuate (b e c), la loro considerazione nell'ambito della procedura di aggiudicazione è rimessa interamente alla scelta discrezionale dell'amministrazione, non rintracciandosi nella disciplina di settore alcuna norma costitutiva di obblighi in tale senso⁶⁸.

Riprendendo in considerazione l'art. 95, co. 6, del Codice che legittima la stazione appaltante a inserire elementi sociali tra i criteri di aggiudicazione dell'OEPV basata sul miglior rapporto qualità/prezzo, va evidenziato come la diversa tipologia di interessi sociali presi in considerazione incida sullo spazio dell'amministrazione nella definizione di tali criteri.

Invero, la prima tipologia (a) trova già una tutela “standard” obbligatoria nelle previsioni sopra richiamate che impongono la loro considerazione principalmente sotto forma di condizioni di esecuzione (art. 30, co. 3 e 4, art. 100) e di specifiche tecniche (art. 23). L'amministrazione potrebbe decidere di definire i criteri di aggiudicazione in termini tali da premiare con un punteggio aggiuntivo le offerte che “superano” tale tutela minima imposta dalla legge (es. trattamenti aziendali integrativi di secondo livello, assorbimento di tutti i dipendenti del precedente aggiudicatario, a prescindere dall'impatto sull'organizzazione di impresa o dal valore dell'appalto)⁶⁹; si tratta, tuttavia, di uno spazio da esercitare

⁶⁷ Tar Lazio, sez. I-*bis*, 28 novembre 2019, n. 13665; Tar Lombardia, sez. I, 13 maggio 2019, n. 1067 secondo cui tale verifica deve avvenire in contraddittorio con l'offerente secondo le modalità di cui all'art. 97; Tar Toscana, sez. II, 1 febbraio 2019, n. 165 che invece esclude la necessità di un contraddittorio.

⁶⁸ Cfr. S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, cit., 149 s., che distingue tra i casi in cui la definizione degli obiettivi strategici da perseguire attraverso l'affidamento del contratto sia individuata a livello legislativo o di piano strategico destinato alle committenze pubbliche e i casi in cui, invece, è rimessa alla discrezionalità della singola amministrazione. Sulla disciplina vigente in tema di programmazione e progettazione, v. F. PELLIZZER, *La programmazione e la progettazione*, F. MASTRAGOSTINO, (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino 2019, 239 ss.

⁶⁹ La Commissione europea in più occasione ha fatto riferimento alla possibilità di “combinare” clausole fisse e clausole flessibili (v. guida “Acquisti sociali” del 2011, cit.). Qualora le amministrazioni decidano di orientarsi in tal senso, rileva quanto osservato da ANAC nelle Linee guida n. 2, cit. secondo cui i criteri di valutazione devono risultare “concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti” e “consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo (...) si dovrebbe attribuire un punteggio positivo solo a miglioramenti effettivi rispetto a quanto previsto a base di gara”.

con particolare cautela, dal momento che condizioni ulteriori a quelle standard imposte dalla legge potrebbero risultare tali da compromettere gli altri interessi rilevanti nell'operazione contrattuale, quali l'apertura alla concorrenza, l'interesse negoziale (di mera commessa) della PA e, finanche, la libertà di iniziativa economica degli operatori⁷⁰.

Diversamente, con riguardo alle altre due tipologie di interessi sociali (b e c), ovvero quelle che non trovano una tutela minima obbligatoria attraverso le clausole fisse (specifiche tecniche e condizioni particolari di esecuzione), il margine di discrezionalità dell'amministrazione nella fase di individuazione dei criteri di aggiudicazione pare, almeno in astratto, più ampio: la stazione appaltante, infatti, potrebbe scegliere di tutelare tali tipologie di interessi esclusivamente nella fase di valutazione comparativa delle offerte, attraverso meccanismi premiali. In tal modo, il pericolo di compromissione di altri interessi risulterebbe meno probabile.

Rimane ovviamente, la necessità, come meglio si dirà nel successivo paragrafo, di formulare tali criteri in modo che risultino verificabili già al momento della valutazione comparativa delle offerte: il fatto che i criteri di aggiudicazione non abbiano un risultato "neutro" rispetto all'esito della gara, nonché il fatto che l'osservanza da parte degli operatori economici delle clausole sociali sia più facilmente accertabile durante l'esecuzione del contratto, costituiscono le principali ragioni per cui gli interessi sociali tendono a essere inseriti sotto forma di condizioni di esecuzione.

Per concludere, risulta evidente come tale articolazione e differenziazione degli interessi sociali che possono venire in rilievo nella fase di valutazione comparativa delle offerte, rende altrettanto articolata e complessa la fase a monte ove l'amministrazione definisce quegli elementi/criteri che intende considerare per l'individuazione dell'OEPV basata sul miglior rapporto qualità/prezzo.

3.1. La scelta della stazione appaltante di inserire considerazioni sociali: modalità e limiti. La necessaria connessione con l'oggetto del contratto

Analizzate per sommi capi le previsioni che legittimano e, in taluni casi, obbligano, l'amministrazione a prendere in considerazione aspetti

⁷⁰ In tal senso si v. l'art. 229 della bozza di regolamento previsto dall'art. 216, co. 27-octies del Codice (introdotto dal d.l. 32/2019) che, con riguardo agli affidamenti di servizi ingegneria e architetture e di servizi tecnici nei settori ordinari, prevede che alle prestazioni superiori ai criteri ambientali minimi possa essere attribuito un punteggio che va da 0 a 5.

sociali nella fase di valutazione delle offerte, occorre soffermarsi sul momento “a monte” in cui la stazione appaltante decide se orientarsi in tal senso. Ciò con riguardo alle previsioni sopra richiamate che non sono configurate in termini di obbligatorietà (art. 95, co. 6 e 13) ove, pertanto, risulta rimessa alla decisione discrezionale della stazione appaltante la facoltà di scegliere se, tra gli elementi di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo, far rientrare anche profili sociali.

Come evidenziato dall'ANAC nelle Linee guida n. 2, cit., è già nella fase di progettazione (e forse ancor prima, nel momento di individuazione dei bisogni da soddisfare) che la stazione appaltante dovrebbe individuare quali interessi sociali intende perseguire con la gara, in che modo farlo (attraverso clausole fisse o rigide) e il “peso” da attribuire a ognuno di questi⁷¹.

Tale scelta incontra ovviamente dei limiti relativi sia al contenuto dei criteri sociali sia alle modalità con cui vanno configurati, che si aggiungono a quelli derivanti dal corretto esercizio della discrezionalità amministrativa e dal rispetto del vincolo di scopo (*rectius*, della funzionalizzazione dell'attività contrattuale della PA)⁷². Invero, i limiti principali sono quelli volti a evitare che “l'utilizzo strategico” dei contratti pubblici entri in contrasto con i principi generali richiamati dall'art. 30, co. 1 del Codice e, più in generale, con l'effettività delle libertà economiche di movimento, con l'obiettivo di apertura alla concorrenza e con l'interesse dell'amministrazione al perseguimento dell'interesse pubblico in linea con i canoni del buon andamento e dell'imparzialità⁷³.

⁷¹ Sul punto si veda l'interessante e condivisibile riflessione di S. VALAGUZZA, *op. ult. cit.* 136 che, richiamando l'esperienza britannica, mette in luce l'importanza di una fase di “pianificazione strategica” – declinata già a monte, a livello centrale/governativo – in cui individuare gli obiettivi, anche di natura ambientale e sociale, che le stazioni appaltanti devono perseguire con la loro attività contrattuale.

⁷² Il criterio sociale (e la sua ponderazione) non deve risultare tale da portare alla scelta di un'offerta inidonea a soddisfare il fine pubblico concreto che con la commessa si intende perseguire (anche se il rischio che l'inserimento di considerazioni di sostenibilità comprometta il fine della commessa riguarda soprattutto i casi in cui queste sono prese in considerazione nelle specifiche tecniche).

⁷³ Da ultimo, per una interessante panoramica dei principi del settore e delle loro ricadute procedurali, v. M.P. CHITI, *Principi.*, 285 ss.; A. MASSERA, *Principi procedurali*, cit., 331 ss. Sul tema v. anche S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2010, 289 ss. Sull'incidenza dei principi costituzionali sull'attività negoziale della p.a., V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, *Dir. amm.*, 2, 2003, 243 ss.; sull'incerto rapporto tra i principi di buon andamento e imparzialità, v. G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità*.

Nello specifico, il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento richiede che la valutazione comparativa si basi su criteri chiari e noti in anticipo⁷⁴ che devono risultare “oggettivi”, ovvero idonei a essere applicati in modo obiettivo e uniforme a tutti i concorrenti, nonché verificabili da parte della stazione appaltante; inoltre, devono essere formulati in modo tale da non attribuirle un potere illimitato di scelta che contrasterebbe con la garanzia di una concorrenza effettiva⁷⁵. A tal riguardo si segnala che il d.m. 6 giugno 2012 e i “decreti CAM” contengono importanti indicazioni, anche di natura operativa, volte a garantire la verificabilità del rispetto degli obblighi e degli impegni derivanti dalle clausole sociali.

Inoltre, il Codice prescrive che i criteri di aggiudicazione risultino “*pertinenti alla natura, all’oggetto e alle caratteristiche del contratto*”, nonché “*connessi all’oggetto dell’appalto*” (art. 95, co. 6); va precisato come per “oggetto del contratto” si intenda la prestazione dedotta in obbligazione.

A una prima lettura si potrebbe ritenere che tali condizioni abbiano contenuto analogo; del resto, nel Codice del 2006 la prima costituiva la formula utilizzata dal legislatore nazionale per “tradurre” il requisito del collegamento con l’oggetto dell’appalto previsto dalla direttiva 2004/18/Ce. Tuttavia sia ragioni semantiche, sia la circostanza che l’art. 95, co. 6, del Codice le richiama entrambe, suggeriscono una lettura nel senso di una loro diversa portata precettiva per l’amministrazione.

A ben vedere, la condizione della *pertinenza* dei criteri di aggiudicazione *alla natura, all’oggetto e alle caratteristiche del contratto* sembra espressione dei principi generali dell’agire amministrativo⁷⁶, richieden-

Riflessioni alla luce di una riforma interrotta, in *Dir. pubbl.*, 1, 2017, 163 ss.; ID, *L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione: organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell’amministrazione contemporanea*, Milano 2003; sulla legalità costituzionale dell’amministrazione, M. MAGRI, *Legalità costituzionale dell’amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Milano 2002 e, da ultimo, ID, *Democrazia costituzionale, ruolo dell’amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2018, 697 ss.

⁷⁴ Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre, 2010, n. 7256.

⁷⁵ Cfr. art. 67, par. 4 e Considerando 90 della direttiva 2014/24/Ue, nonché l’art. 95, co. 1 e 6 del Codice.

⁷⁶ Per alcune interessanti indicazioni sulla nozione di “pertinenza”, anche se nell’ambito di una decisione riguardante la valutazione di anomalia dell’offerta, si v. Cons. Stato, sez. V, 7 agosto 2008, n. 3900, n. 3900 e 3901 e 10 giugno 2008, n. 3896. Sui principi generali dell’agire amministrativo, v. M.A. SANDULLI, *Il codice dell’azione amministrativa. Il valore dei suoi principi e l’evoluzione delle sue regole*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano 2017. Sullo statuto giuridico unitario dell’attività

dosi alla stazione appaltante una valutazione complessiva dei diversi profili che possono rilevare nella definizione dei criteri di aggiudicazione: riprendendo le espressioni utilizzate in dottrina, l'amministrazione deve valutare l'"*appropriatezza del fattore (sociale) rispetto alla tipologia (ma anche alla fisiologia) dell'appalto*"⁷⁷. Ad esempio, prendendo in considerazione le caratteristiche dei lavori/beni e servizi che si intendono acquistare, ma anche il settore merceologico a cui il contratto afferisce e il relativo mercato⁷⁸.

A tal riguardo, se si analizzano i criteri sociali contenuti nei "decreti CAM", è interessante notare come l'introduzione di profili concernenti la "responsabilità sociale dell'impresa" (la tipologia di interessi sociali *supra* indicata con la lett. c) si adattino meglio rispetto a settori merceologici (ad esempio calzature e tessile) dove più rileva il tema della tutela sociale sull'intera filiera produttiva; in tali settori infatti, ove sono maggiori i rischi di sotto-tutela e quindi di *dumping sociale* e concorrenza sleale, l'obiettivo di favorire l'applicazione delle norme internazionali di tutela e delle legislazioni sociali nazionali nei mercati dei Paesi in via di sviluppo, assume rilievo preminente.

Più restrittiva e problematica è invece la condizione della connessione con l'oggetto del contratto, espressione di preoccupazioni che sembrano andar oltre il mero rispetto dei canoni del corretto agire amministrativo, e quindi maggiormente incentrata sui cd. "*market concerns*".

Tale condizione, sviluppata dalla CGUE a partire dalla nota sentenza *Concordia Bus*, presuppone che i criteri di aggiudicazione riguardino il lavoro, la fornitura o il servizio oggetto del contratto ovvero una fase del loro ciclo di vita (art. 95, co. 11); essa risulta tale da escludere, ad esempio, che la stazione appaltante, nella fase della valutazione comparativa, possa giudicare la "politica generale" dei potenziali offerenti, premiando ad esempio la loro responsabilità sociale e/o ambientale. Chiaro in tal senso il Considerando 97 della direttiva appalti secondo cui "*la condizio-*

amministrativa, provvedimentale e/o consensuale, v. F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 3, 2002, 452 ss.

⁷⁷ Così S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche*, cit., 372 con riguardo ai criteri ambientali. Cfr. anche A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the Eu Competition Rules*, Oxford-Portland 2015, 283 secondo cui "*As regard the suitability of award criteria, then, the analysis should be conducted on a case by case basis, since a particular criterion might be relevant and adequate in some case, and completely irrelevant and unacceptable in other case, depending on the subject-matter of the contract*".

⁷⁸ Cfr. ANAC, Linee guida n. 2, cit. In giurisprudenza, da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 817.

ne di un collegamento con l'oggetto dell'appalto esclude criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale, che non può essere considerata un fattore che caratterizza il processo specifico di produzione o fornitura dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto dell'acquisto. Le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero pertanto avere la facoltà di imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale”.

L'aver ammesso criteri connessi non solo all'oggetto del contratto in sé e alle sue caratteristiche intrinseche, ma anche al suo ciclo di vita (compresi i fattori coinvolti nel processo specifico di produzione e di fornitura; cfr. art. 95, co. 11 cit.), ha certamente ampliato lo spazio per gli appalti sostenibili, soprattutto dal punto di vista sociale⁷⁹. Tuttavia, la scelta del legislatore europeo di confermare la condizione del necessario collegamento con l'oggetto del contratto – anzi di rafforzarla dal momento che nelle direttive del 2004 tale condizione era prevista solo per i criteri di aggiudicazione, mentre ora è richiamata anche per le specifiche tecniche, le etichettature, le varianti, i criteri di selezione, le condizioni di esecuzione – costituisce un limite significativo, a parere di chi scrive eccessivo, all'utilizzo “strategico” dei contratti pubblici, e in particolare alla funzione di stimolo a generare comportamenti virtuosi da parte delle imprese; ciò, peraltro, in parziale contrasto con l'obiettivo, alla base della riforma del 2014, di favorire “*un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni*”.

Per verificare la fondatezza della posizione che si sostiene, occorre soffermarsi sulle funzioni che vengono attribuite a tale condizione.

La Commissione, nel Libro Verde del 2011, aveva valutato la possibilità di abbandonarla, salvo poi introdurla (e, come detto, rafforzarla) nella sua proposta di direttiva che, sul punto, non è stata oggetto di emendamenti da parte del Parlamento e del Consiglio⁸⁰. Nello stesso documento si evincono le ragioni che hanno portato la Commissione a orientarsi in tal senso: il superamento del collegamento con l'oggetto del contratto avrebbe potuto compromettere una serie di interessi/obiettivi rilevanti, quali il rispetto dei principi e delle regole di origine europea sugli appalti pubblici (in particolare la non discriminazione tra imprese) e sugli aiuti di stato (in particolare sotto il profilo della convergenza dei suoi sistemi regolativi), la garanzia della certezza e della prevedibilità per le imprese,

⁷⁹ V. *supra*, § 2, *sub* nt. 45.

⁸⁰ Cfr. Libro Verde sulla “*Modernizzazione della politica dell'UE*” del 27 gennaio 2011, cit., p. 42-43.

il *favor* per l'accesso a tale peculiare mercato delle PMI, la promozione dell'innovazione, nonché l'uso efficiente dei fondi pubblici.

Simile è la posizione della dottrina prevalente che ritiene tale condizione necessaria per evitare “*pratiche discriminatorie*” e “*nazionalismi dissimulati*” e quindi per prevenire “*effetti distortivi sulla concorrenza*” e discriminazioni tra gli operatori economici; per “*rendere verificabile l'effettiva corrispondenza tra procedura di aggiudicazione e funzione cui la stessa è destinata*”⁸¹; nonché per consentire alla stazione appaltante di “*comprendere l'effettiva qualità della proposta presentata dall'operatore*”⁸².

Altra dottrina, allo stato minoritaria, ha auspicato quantomeno un allentamento del necessario legame con l'oggetto del contratto, ben evidenziando l'incongruenza, e per certi versi l'infondatezza, di alcune delle preoccupazioni della Commissione (in particolare di quelle relative all'uso efficiente delle risorse pubbliche, sugli aiuti di stato, sull'accesso delle PMI e sul *favor* per l'innovazione); è stato anche sottolineato come nessuno degli studi sull'impatto delle direttive di settore abbia dimostrato eventuali rischi legati a un allentamento di tale condizione⁸³ che, anzi, se applicata in modo eccessivamente rigido, potrebbe portare a non trascurabili cortocircuiti⁸⁴.

La questione è troppo complessa per poter essere affrontata compiutamente in questa sede, e quindi ci si sofferma solo su alcune paventate criticità derivanti da un eventuale superamento del necessario legame con l'oggetto del contratto. Si fa riferimento, in particolare, ai profili messi in evidenza dalla dottrina sopra richiamata⁸⁵, relativi (1) alla garanzia

⁸¹ C. COLOSIMO, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G.D. COMPORITI (a cura di), *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, Napoli 2011, 78 e 83-84. Si vedano anche le pp. 122 ss. di tale interessante e completo contributo ove l'Autrice osserva come, senza il requisito della connessione con l'oggetto con contratto, “*si arriverebbe al paradosso di acconsentire all'utilizzo dell'appalto per il perseguimento di finalità di per sé autosufficienti e del tutto scollegate con l'oggetto del contratto. Si rischierebbe, in sostanza, di far divenire l'appalto un contenitore per vicende allo stesso del tutto estranee, con effetti negativi sugli equilibri fisiologici del mercato*” (p. 130). Sul tema v. anche M. MARTENS, S. DE MARGERIE, *The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement*, in EPPPL, 1, 2013, 8 ss.

⁸² S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche*, cit., 373 che riprende un esempio di F. GAVERINI, *Attività contrattuale della P.A. e protezione dell'ambiente: gli appalti verdi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 165.

⁸³ A. SEMPLE, *The link to the subject: a glass ceiling for sustainable public procurement*, in B. SJÄFJELL, A. WIESBROCK (a cura di), *Sustainable Public Procurement Under EU Law*, Cambridge 2016, 63 (in part. gli studi richiamati dall'Autrice alle note 42 e 43).

⁸⁴ A. SEMPLE, *op. ult. cit.*, 66 ss.

⁸⁵ *Sub nt.* 81 e 82.

della parità di trattamento tra gli operatori economici e della condizione di certezza/prevedibilità da assicurare agli stessi e (2) alla necessità che la stazione appaltante sia messa nelle condizioni di poter ben valutare la qualità delle offerte.

(1) Quanto al primo profilo, esso potrebbe risultare effettivamente problematico se si consentisse a ogni singola stazione appaltante di individuare, caso per caso, criteri sociali premianti del tutto slegati dall'oggetto della commessa. In tal modo, infatti, l'amministrazione avrebbe effettivamente la possibilità di porre in essere favoritismi e scelte protezionistiche difficilmente dimostrabili in sede giudiziaria; inoltre, potrebbe risultare pregiudicata la certezza per gli operatori economici che il collegamento con l'oggetto dell'appalto per certi versi garantisce.

Tali rischi, come detto, sono oggi evitati attraverso una preclusione *tout court* della possibilità di considerare la complessiva politica aziendale di un offerente; è vietato, ad esempio, premiare i fornitori di caffè che, in generale (e non solo con riguardo alla specifica fornitura oggetto della commessa), operano in modo socialmente responsabile.

Tale divieto generalizzato pare sproporzionato rispetto all'obiettivo perseguito. Lo stesso risultato, infatti, potrebbe essere raggiunto con una predeterminazione a livello normativo, o mediante atti amministrativi di carattere generale, dei criteri sociali non collegati all'oggetto del contratto (i decreti CAM sembrano, in astratto, uno strumento adeguato a svolgere tale funzione). In tal modo si realizzerebbe un bilanciamento più equilibrato tra i diversi obiettivi della disciplina di settore, in linea con i principi di sussidiarietà e proporzionalità che regolano il rapporto tra ordinamento europeo e nazionale.

(2) Anche il secondo profilo, ovvero il rischio che criteri di aggiudicazione scollegati dall'oggetto del contratto non consentano alla stazione appaltante di comprendere l'effettiva qualità della proposta, non pare giustificare una condizione così limitativa dell'utilizzo strategico dei contratti pubblici. In dottrina, a supporto della essenzialità del legame con l'oggetto del contratto sancito dall'art. 95, co. 6, viene richiamato l'esempio di un affidamento di un servizio di trasporto ove il bando preveda punteggi aggiuntivi per chi dimostri la minore produzione di Co2 dei mezzi proposti. Che fare se un concorrente si impegna a raggiungere lo stesso risultato ambientale (diminuzione del Co2) con modalità diverse, ad esempio piantando una determinata quantità di alberi o impegnandosi a svolgere una campagna di educazione ambientale? Potrebbe la stazione appaltante egualmente ritenere rispettata la clausola ecologica senza che

ne risultino compromessi la parità di trattamento degli operatori e l'interesse negoziale della PA⁸⁶.

Nemmeno in questo caso i rischi paventati in dottrina sembrano tali da rendere necessaria la condizione del legame con l'oggetto del contratto così come oggi prevista. I principi generali dell'agire amministrativo, e quelli propri di tale peculiare settore, già impongono all'amministrazione di formulare criteri di aggiudicazione sufficientemente precisi e circostanziati, e comunque tali da non conferire alla stessa, nella fase di valutazione comparativa delle offerte, una libertà di scelta illimitata; circostanza che, invece, sembra ricorrere nell'esempio sopra richiamato.

In altri termini, né ragioni legate all'effettività delle libertà economiche di movimento, né obiettivi domestici legati all'interesse negoziale della p.a. sembrano ostare a un ripensamento del divieto del necessario legame con l'oggetto del contratto e a un diverso bilanciamento tra obiettivi di mercato e finalità sociali, più in linea con il principio dello sviluppo sostenibile⁸⁷.

Una riflessione conclusiva va svolta con riguardo al "peso" che può essere attribuito ai criteri di natura sociale. Chi solitamente, in una logica neoliberista, vede con disfavore l'utilizzo dei contratti pubblici quale strumento per il perseguimento di obiettivi di sostenibilità, ritiene che ai criteri non economici debba essere riconosciuto un peso residuale e, in ogni caso, non tale da prevalere sulle "*economic considerations*" e/o da restringere la platea dei potenziali concorrenti⁸⁸.

Tale posizione, oltre che non condivisibile, non trova conferma nel *case law* della CGUE che, in alcune importanti decisioni, ha riconosciuto ampia libertà alla stazione appaltante nell'individuare il bilanciamento tra criteri economici e criteri di altra natura. Si fa riferimento, in particolare, alla sentenza *EVN AG* ove la CGUE, dopo aver sottolineato la

⁸⁶ V. gli Autori richiamati *sub* nt. 82. In giurisprudenza, sul requisito della connessione con l'oggetto del contratto, v. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8534; Tar Puglia, Bari, sez. II, 1 agosto 2018, n. 886.

⁸⁷ Quello indicato nel testo è soltanto uno spunto di riflessione problematica in una prospettiva *de iure condendo*, che implicherebbe modifiche più ampie e sistematiche. Si tenga presente, ad esempio, che i criteri di aggiudicazione di natura soggettiva che riguardano l'offerente (in particolare, la sua organizzazione, ovvero le qualifiche e l'esperienza del personale) possono essere presi in considerazione, allo stato attuale, solo qualora presentino un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto (art. 95, co. 6, lett. e, del Codice). Sull'importanza di "disegnare" la regolamentazione sui contratti pubblici, sia quella generale sia quella speciale, in conformità al principio dello sviluppo sostenibile, v. S. VALAGUZZA, *Sustainable Development*, cit., *passim*.

⁸⁸ A. SANCHEZ GRAELLS, *op. ult. cit.*, 385 e 387.

libertà della stazione appaltante di definire la ponderazione dei criteri, ha ritenuto legittimo un criterio ecologico cui era stato attribuito un coefficiente del 45% del punteggio complessivo⁸⁹; ma di rilievo è anche la sentenza *Concordia Bus* ove si è precisato come “*il fatto che uno dei criteri adottati (...) potesse essere soddisfatto soltanto da un piccolo numero di imprese, fra le quali figurava un’impresa appartenente alla detta amministrazione, non è di per sé tale da costituire una violazione del principio della parità di trattamento*”⁹⁰.

A tal riguardo merita un cenno il comma 10-*bis* dell’art. 95 del Codice con il quale il legislatore nazionale, in caso di scelta del criterio del miglior rapporto/qualità prezzo, ha individuato un tetto massimo per il punteggio da attribuire al criterio economico (30%), nell’ottica di valorizzare gli elementi qualitativi dell’offerta⁹¹.

Quanto sinora sostenuto non implica che l’amministrazione non incontri limiti nella decisione discrezionale del peso da attribuire ai criteri sociali. Fermo restando che la ponderazione deve essere previamente definita⁹² e tale da consentire una valutazione sintetica dei criteri adottati⁹³, essa va realizzata, anche con riguardo allo scarto tra il minimo e

⁸⁹ Corte giust., 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG*, p. 35 ss. Sebbene non con riguardo a criteri di natura sociale o ambientale, la CGUE ha recentemente ribadito che “*le amministrazioni aggiudicatrici dispongono (...) della libertà di determinare, conformemente alle loro necessità, in particolare, il livello di qualità tecnica che le offerte presentate devono garantire in funzione delle caratteristiche e dell’oggetto dell’appalto in questione, nonché della libertà di stabilire una soglia minima che tali offerte devono rispettare da un punto di vista tecnico*” (Corte giust., 20 settembre 18, causa C-546/16, *Montte SL*, p. 32).

⁹⁰ Corte giust., 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus*, cit., p. 85.

⁹¹ Al tal riguardo si tenga presente che il d.l. n. 32/2019 aveva ri-attribuito un ruolo centrale all’elemento economico anche nelle valutazioni delle offerte secondo il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. Infatti, nell’abrogare il comma 10-*bis* dell’art. 95, aveva eliminato l’obbligo di introdurre un limite al “peso” del punteggio economico. Tale abrogazione non è stata convertita in sede di conversione di guisa che è tutt’ora vigente la regola secondo cui in caso si scelga il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo “*la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento*”. La modifica dell’art. 95 comma 10-*bis* del Codice era stata suggerita dall’AGCM che aveva ritenuto tale disposizione in contrasto con i principi di concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento (AS1422 – *Normativa in materia di criteri di aggiudicazione di appalti*, 18 agosto 2017, Bollettino n. 32 del 21 agosto 2017). Tale previsione pare, in effetti, presentare profili di frizione con il diritto Ue e, in particolare, con quel filone giurisprudenziale refrattario alla previsione, in via legislativa, di limiti quantitativi astratti e predeterminati (*supra, sub. nt. 28*).

⁹² Con l’eccezione di cui all’art. 95, co. 9 legata a “ragioni oggettive” e che, comunque, richiede di indicare i criteri in ordine decrescente di importanza.

⁹³ Corte giust., 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG*, cit., 39.

il massimo, in conformità al principio di funzionalizzazione dell'attività contrattuale della PA (non potendosi quindi attribuire ai criteri sociali punteggi così elevati da compromettere la possibilità dell'amministrazione di ottenere un bene, un lavoro o un servizio adeguato alle sue esigenze); nonché nel rispetto dei principi di ragionevolezza, non discriminazione, proporzionalità/adequatezza etc. Di guisa che, come sottolineato dall'ANAC, si deve ad esempio tener conto della specificità dell'appalto, della proporzionalità tra il criterio e il bisogno che con esso si intende soddisfare, delle reali possibilità del mercato di sviluppare una determinata caratteristica⁹⁴.

4. *Il criterio dei costi del ciclo di vita e il suo (ancora) incerto utilizzo per il perseguimento di obiettivi sociali. Cenni*

Oltre al miglior rapporto qualità prezzo, il Codice configura quale criterio ordinario di aggiudicazione quello basato sulla comparazione costo/efficacia di cui la variante più nota, se non l'unica, è il criterio dei cd. *costi del ciclo di vita*⁹⁵. Esso si inserisce in una più generale evoluzione, consacrata con le recenti riforme, volta a superare la concezione "bifasica" della contrattualistica pubblica a favore di una considerazione complessiva e olistica del contratto, quale operazione economica rilevante in tutte le sue fasi⁹⁶.

Utilizzato per la prima volta negli acquisti del Dipartimento della difesa degli Stati Uniti, il criterio dei costi del ciclo di vita è innanzitutto funzionale al perseguimento di obiettivi di risparmio di spesa stante la possibilità di una valutazione completa dei costi della commessa, comprendente tutti i costi "*dalla culla alla tomba*" anche quando non inclusi

⁹⁴ Cfr. ANAC, Linee guida n. 2, cit., 9. Per costante giurisprudenza, la scelta operata dall'amministrazione relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, compreso il peso da attribuire ai singoli elementi, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuitale dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico e come tale è sindacabile in sede di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole e irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili, non consentendo ai concorrenti di calibrare la propria offerta; *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2018, n. 3737; 14 novembre 2017, n. 5245; 18 giugno 2015, n. 3105; 8 aprile 2014, n. 1668; sez. III, 2 maggio 2016, n. 1668; Tar Sardegna, 12 giugno 2018, n. 572.

⁹⁵ R. CARANTA, *Public procurement and award criteria*, cit., 152 dubita, infatti, che esistano varianti dell'approccio costo/efficacia ulteriori al criterio dei costi del ciclo di vita.

⁹⁶ In tal senso A. MASSERA nel richiamato intervento al convegno tenutosi a Ferrara l'8 novembre 2019.

nel prezzo di acquisto (ad esempio quelli di trasporto, di funzionamento, di manutenzione, di smaltimento etc.; si è a tal riguardo parlato di *economic life-cycle costing*, d'or in avanti *LCC*)⁹⁷; esso consente, in altri termini, di conferire alla concezione del prezzo anche una dimensione "temporale"⁹⁸.

L'ordinamento comunitario, già dalla Comunicazione della Commissione sugli "acquisti verdi" del 2001⁹⁹, ha optato per una versione più sofisticata di tale criterio, considerandolo funzionale anche alla considerazione delle esternalità ambientali (*rectius*, delle ricadute pregiudizievoli della prestazione oggetto del contratto sull'ambiente) che vengono internalizzate tramite l'attribuzione di un valore economico.

Tale variante del criterio, cd. *environmental LCC*, è stata codificata sia dal legislatore europeo sia da quello nazionale, introducendosi anche una definizione di *ciclo di vita*¹⁰⁰. L'art. 96 del Codice, riproduttivo dell'art. 68 della direttiva 2014/24/UE, prevede infatti che i costi del ciclo di vita comprendano tanto i costi cd. "interni"¹⁰¹, quanto i "costi imputati a esternalità ambientali" legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita¹⁰².

Tale versione del criterio non consente quindi di perseguire soltanto

⁹⁷ Su tale criterio, si vedano C. LAMBERTI, *Art. 99*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., 873 ss.; C. FELIZIANI, *I «nuovi appalti verdi»: un primo passo verso un'economia circolare?* in *Dir. econ.*, 2, 2017, 372 ss.; DE PAULI, *I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb. app.*, 6, 2016, 625 ss.

⁹⁸ C. LACAVA, *I criteri di aggiudicazione*, cit., 462. Il prezzo in sé rappresenta, infatti, il corrispettivo dell'acquisizione di un bene o di un servizio, mentre il *costo* corrisponde "all'insieme delle spese cui la stazione appaltante presumibilmente si esporrà nel corso della fase di utilizzo, nonché eventualmente di smaltimento, del bene o del servizio acquisito"; così A. GIANNELLI, *Il Codice dei contratti pubblici. Riflessioni di sistema*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli 2017, 13.

⁹⁹ Comm. europea, Comunicazione "Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici", Bruxelles, 4 luglio 2001, COM(2001) 274 def.

¹⁰⁰ Ai sensi dell'art. 2 lett. hhhh) del d.lgs. 50/2016 il "ciclo di vita" comprende "tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione".

¹⁰¹ Ovvero i costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali: i) costi relativi all'acquisizione; ii) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse; iii) costi di manutenzione; iv) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta e di riciclaggio.

¹⁰² Con la precisazione che questi costi possono includere i costi delle emissioni di

interessi economico/finanziari, ma anche obiettivi di sostenibilità (salvaguardia e protezione dell'ambiente).

Esso pare costituire un criterio mediano tra quello meramente quantitativo del prezzo più basso e quello qualitativo del miglior rapporto qualità prezzo. Ciò in ragione del fatto che, da un lato, tale criterio, sotto il profilo delle modalità di funzionamento, è simile a quello del minor prezzo, trattandosi di criterio di tipo "quantitativo", di applicazione meccanica/automatica e non discrezionale, posto che possono essere prese in considerazione solo le esternalità il cui valore monetario possa essere "determinato e verificato"¹⁰³; dall'altro, si discosta significativamente dal prezzo più basso, risultando più somigliante al criterio "qualitativo" del miglior rapporto qualità/prezzo in quanto può essere utilizzato *teleologicamente* per il perseguimento di interessi ambientali.

Sebbene i Considerando delle direttive individuano nel LLC uno strumento chiave rispetto agli obiettivi di Europa 2020 di una crescita sostenibile e inclusiva, nessun riferimento è rintracciabile – né nell'art. 68 della direttiva 2014/24/UE, né nell'art. 96 del Codice dei contratti pubblici – alla possibilità di prendere in considerazione profili sociali nella formulazione di tale criterio. Il mancato riferimento al cd. *social o employment LCC*, tuttavia, più che una scelta escludente, pare dipendere dalle incertezze che ancora caratterizzano le metodologie di calcolo dei costi imputabili alle "esternalità sociali"¹⁰⁴. Ciò trova conferma nel Considerando 96 della direttiva 2014/24/UE, contenente una sorta di esortazione a tutti gli attori, compresi gli Stati membri, a sviluppare soluzioni per poter utilizzare a fini sociali il criterio del costo del ciclo di vita¹⁰⁵.

gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici; cfr. anche il Considerando 97 della direttiva 2014/24/UE.

¹⁰³ Cfr. R. CARANTA, *op. ult. cit.*, 163-164 e R. CARANTA, D. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 5, 2015, 501 ss.; sul tema v. anche D. DRAGOS, B. NEAMTU, *Life-cycle costing for sustainable public procurement in the European Union*, in B. SJÄFJELL, A. WIESBROCK (a cura di), *Sustainable Public Procurement Under EU Law*, Cambridge 2016, 114 ss.; Id, *Sustainable Public Procurement: Life-Cycle Costing in the New EU Directive Proposal*, in *EPPPL*, 1, 2013, 19 ss.

¹⁰⁴ In tal senso v. D. DRAGOS, B. NEAMTU, *Life-cycle costing*, cit., 128. Sulle maggiori difficoltà di inserire considerazioni sociali rispetto a quelle ambientali, v. M. TRYBUS, G. PIGA e T. TATRAI, *Colloquium*, in G. PIGA, T. TATRAI (a cura di), *Public Procurement Policy*, Londra-New York 2016, 9.

¹⁰⁵ Considerando 96: "Si dovrebbe inoltre esaminare la possibilità di definire una metodologia comune per la determinazione dei costi sociali del ciclo di vita, tenendo conto delle metodologie esistenti come gli orientamenti per l'analisi sociale del ciclo di vita dei prodotti adottati nel quadro del programma delle Nazioni Unite per l'ambiente".

In prospettiva, quindi, anche tale criterio potrà costituire uno strumento attraverso cui conformare la procedura di aggiudicazione al perseguimento di finalità di natura sociale.

Si tratta, ovviamente, di soluzioni ancora ben lontane dall'aver un risvolto operativo, specie se si considera che anche l'*environmental LCC* di cui all'art. 96 del Codice fatica a trovare concreta applicazione. Infatti, fatta eccezione per pochi e specifici settori merceologici per i quali è prevista una disciplina apposita¹⁰⁶, le incertezze relative alla regolamentazione di metodologie di calcolo e l'assenza di adeguata formazione del personale delle stazioni appaltanti, unite alla sua oggettiva complessità, fanno sì che tale criterio sia ancora poco utilizzato nella prassi¹⁰⁷.

5. *Il criterio di aggiudicazione nei contratti di servizi e forniture ad alta intensità di manodopera con caratteristiche standardizzate. La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2019*

Nell'economia del presente contributo pare opportuno soffermarsi sulla sentenza dell'Adunanza Plenaria 21 maggio 2019, n. 8. Con tale decisione il Consiglio di Stato ha chiarito, alla luce del nuovo Codice, quale criterio di aggiudicazione può essere utilizzato per gli affidamenti di *servizi ad alta intensità di manodopera* e, al tempo stesso, di *carattere standardizzato* (ad es. vigilanza, pulizia); nel farlo ha fornito interessanti indicazioni circa il ruolo riconosciuto, dalle direttive del 2014 e dalla normativa nazionale di recepimento, ai contratti pubblici intesi quale strumento per il perseguimento di obiettivi di sostenibilità sociale.

Come si è detto al § 2, il ruolo residuale attribuito dal legislatore nazionale al criterio del prezzo più basso si evince dal comma 4 dell'art. 95 del Codice che ammette il ricorso a tale criterio solo per fattispecie tipizzate e dal comma 5 che richiede, in tali casi, una specifica motivazione.

¹⁰⁶ Si tratta di quei settori in cui è il diritto derivato Ue a imporre tale criteri, prevedendo un'apposita metodologia di calcolo. Si veda, per esempio, il d.lgs. 3 marzo 2011, n. 24 di attuazione della direttiva 2009/33/Ce relativa alla promozione di veicoli a ridotto impatto ambientale, e a basso consumo energetico, nel trasporto su strada.

¹⁰⁷ Sul tema, oltre agli Autori citati *sub* nt. 97 e 103, v. da ultimo F. CARDARELLI, *op. ult. cit.*, 539 ss. e J.J. CZARNEZKI, *EU and US Discretion in Public Procurement Law: The Role of Eco-Labels and Lyfe-Cycle Costing*, in S. BOGOJEVIC, X. GROUSSOT, J. HETTNE (a cura di), *Discretion in EU Public Procurement Law*, Oxford 2019, 229 ss. che si sofferma anche sulle possibili soluzioni per l'individuazione di metodologie di calcolo comuni dei LLC.

In particolare, tra le ipotesi individuate dal comma 4, nel testo precedente alle modifiche del 2019, rientravano “*i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato*”. Tale previsione ha creato agli interpreti alcune difficoltà di coordinamento con il precedente comma 3, lett. a, nella parte in cui questo prevede che sono affidati “*esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*” i contratti relativi “*ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera*”¹⁰⁸.

Sull’interpretazione sistematica di tali disposizioni, che sembrano riferirsi a due fenomeni sociali e organizzativo/produttivi diversi (la concentrazione di manodopera e la standardizzazione seriale di processo e di prodotto), nella giurisprudenza amministrativa si erano delineati due distinti indirizzi interpretativi.

Secondo il primo orientamento, l’unico criterio possibile per i contratti ad alta intensità di manodopera, compresi quelli a carattere standardizzato, sarebbe stato il miglior rapporto qualità/prezzo; a tali contratti, infatti, avrebbe dovuto trovare applicazione il comma 3 dell’art. 95, disposizione di carattere speciale e cogente che avrebbe privato la p.a. di qualunque margine di valutazione nella scelta del criterio di aggiudicazione da applicare. Tale posizione trovava fondamento, oltre che sul carattere di specialità della previsione di cui al comma 3, nelle coordinate ricavabili dalla legge delega, nell’interpretazione che aveva dato l’ANAC alle richiamate disposizioni del Codice¹⁰⁹, nonché nel ruolo residuale, e quindi di stretta applicazione, del criterio del prezzo più basso¹¹⁰.

Per il secondo orientamento, al contrario, il carattere standardizzato della prestazione, su cui si fondava il regime giuridico previsto dal comma 4 (consistente nella possibilità per l’amministrazione di far ricorso, oltre che ai “criteri ordinari” previsti in generale dal comma 2 su cui, anche al criterio del minor prezzo), era tale da costituire fattispecie ontologicamente distinta dai servizi ad alta intensità di manodopera; di guisa che, nel caso di contratti con costo della manodopera superiore al 50%

¹⁰⁸ Come tali intendendosi i servizi nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell’importo totale del contratto (art. 50 del Codice).

¹⁰⁹ Cfr. Linee guida n. 2, cit.

¹¹⁰ Cfr. l’ordinanza di rimessione all’Adunanza Plenaria di Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2019, n. 882. In tal senso v. anche Consiglio di Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014; Tar Lazio, sez. III-ter, 12 dicembre 2016, n. 12439; sez. II-ter, 15 novembre 2016, n. 11323.

ma con caratteristiche di produzione standardizzate, non avrebbe trovato applicazione lo speciale obbligo di cui al comma 3 che imponeva il miglior rapporto qualità prezzo, ma la facoltà di scelta – di cui al comma 4 – estesa anche al prezzo più basso¹¹¹.

In altri termini, considerando l'elemento della "standardizzazione" quale sotto insieme del più ampio *genus* dei servizi ad alta intensità di manodopera, si riteneva il comma 4 norma speciale rispetto a quella (già di per sé derogatoria) di cui al comma 3. Il che – secondo tale filone giurisprudenziale – avrebbe peraltro risposto a esigenze di economicità ed efficienza dell'agire amministrativo (accelerazione delle procedure e risparmio di spesa), senza con ciò compromettere altri interessi pubblici. Infatti, il *carattere infungibile* delle prestazioni, vincolate a precisi e inderogabili standard tecnici e contrattuali, avrebbe reso irrilevante, e finanche superfluo, il ricorso a criteri di valutazione basati anche su elementi qualitativi. Nel ragionamento di tale giurisprudenza, quindi, l'alternativa tra il prezzo più basso e il criterio qualitativo è stata valutata esclusivamente alla luce dell'interesse economico-negoziabile della stazione appaltante, non considerando il parametro sociale della commessa (la tutela dei lavoratori).

Sul rapporto tra le richiamate disposizioni dell'art. 95 del Codice, si è pronunciata l'Adunanza Plenaria con decisione n. 8 del 21 maggio 2019, i cui contenuti sono stati immediatamente recepiti dalla legge 15 giugno 2019, n. 55 con la modifica del comma 4, lett. b dell'art. 95 del Codice.

In particolare, il comma 3¹¹² è stato interpretato quale espressione di una regola speciale, derogatoria di quella generale; al contrario, il comma 4 – nel riaffermare la facoltà per l'amministrazione di optare per un criterio meramente quantitativo (con a base il solo prezzo)¹¹³ – è stato considerato una (ri)espansione della regola generale di cui al comma 2.

Alla luce di tale interpretazione sistematica del rapporto tra regola

¹¹¹ In tal senso Cons. Stato, sez., III, 13 marzo 2018, n. 1609; Tar Sicilia, sez. III, 20 dicembre 2018, n. 2695; sez. II, 28 novembre 2018, n. 2519; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 23 aprile 2018 n. 718; Tar Abruzzo, sez. I, 16 agosto 2018, n. 333.

¹¹² Il quale, come detto, prevede per alcuni servizi, tra cui quelli ad alta intensità di manodopera, l'obbligo di utilizzare il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo e, quindi, l'azzeramento dell'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione.

¹¹³ Tale disposizione, invece, riconosce uno spazio di scelta discrezionale dell'amministrazione che però, oltre al miglior rapporto qualità/prezzo e al rapporto costo/efficacia, viene esteso – previa adeguata motivazione e in casi tipizzati, tra cui i contratti standardizzati – anche al criterio del minor prezzo.

generale e regola speciale, in caso di servizi ad alta intensità di manodopera, ma al tempo stesso di carattere standardizzato, il concorso o conflitto fra norme sarebbe solo apparente in quanto il comma 3 (di carattere speciale e derogatorio) prevale sul comma 4 (riaffermazione della regola generale). Di guisa che “*gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera (...) sono aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate*”.

Tale inquadramento del rapporto tra i commi 3 e 4 dell'art. 95 è stato preceduto da una puntuale ricostruzione dell'Adunanza Plenaria sull'evoluzione funzionale/valoriale che ha caratterizzato la disciplina dei contratti pubblici negli ultimi anni e, in particolare, sul riconoscimento dell'importanza primaria agli obiettivi sociali e di tutela del lavoro (di cui il *favor* per i criteri di aggiudicazione che consentano di dar rilievo a tali profili costituisce espressione).

Il ragionamento dei giudici di Palazzo Spada si basa su una progressiva salienza argomentativa, così strutturata:

- si osserva come il *favor* per criteri qualitativi di selezione delle offerte rifletta “*obiettivi di politica generale sovranazionale*”¹¹⁴, legislativamente

¹¹⁴ Nello specifico, l'Adunanza Plenaria richiama:

- la Comunicazione del 3 marzo 2010 con cui è stata avviata la strategia “Europa 2020” per una “*crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*” volta a promuovere la “*coesione economica, sociale e territoriale*”, precisandosi come in tale ambito si collochi “*la promozione di migliori condizioni del lavoro nell'impresa, sotto il profilo della sicurezza sui luoghi di lavoro e del trattamento economico dei relativi addetti*”;

- la risoluzione del 25 ottobre 2011 sulla modernizzazione degli appalti pubblici, prodromica all'approvazione delle direttive del 2014, con cui il Parlamento Ue ha manifestato l'avviso che il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso “*non debba più essere il criterio determinante per l'aggiudicazione di appalti*”, ma debba essere sostituito “*in via generale con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di benefici economici, sociali e ambientali, tenendo conto dei costi dell'intero ciclo di vita dei beni, servizi o lavori di cui trattasi*” (salvo mantenere il ruolo di criterio “*decisivo in caso di beni o servizi altamente standardizzati*”), così da stimolare “*l'innovazione e gli sforzi per ottenere la massima qualità e il massimo valore, promuovendo pertanto il rispetto dei criteri della strategia Europa 2020*”;

- la risoluzione del 4 ottobre 2018 sul pacchetto sulla strategia in materia di appalti pubblici (2017/2278(INI)), in cui il Parlamento europeo ha valutato con favore il fatto che “*molti Stati membri abbiano adottato misure per l'uso di criteri di qualità (compreso il miglior rapporto qualità/prezzo)*”, ed ha quindi incoraggiato il ricorso a “*criteri diversi dal semplice prezzo più basso, tenendo conto di aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali*”.

A testimonianza del rilievo sempre maggiore attribuito dalle istituzioni Ue al cd. utilizzo strategico dei contratti pubblici, può richiamarsi la Comunicazione della Commissione, *Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*, 1 aprile

te recepiti dalle direttive del 2014¹¹⁵, funzionali al conseguimento, tra gli altri, di obiettivi di “*tutela delle condizioni economiche e di sicurezza del lavoro*”;

- si precisa come tali indirizzi siano stati fatti propri anche dal legislatore nazionale, in particolare dalla legge delega n. 11/2016 (art. 1, co. 1, lett. ff e gg) e dal Codice (commi da 2 a 5 dell’art. 95)¹¹⁶;

- infine, si fa notare come nella direzione tracciata dall’ordinamento sovranazionale convergono anche imperativi di matrice costituzionale espressi dall’art. 41, co. 2, della Costituzione. Questo, infatti, nel sancire i limiti del contrasto all’utilità sociale e del danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana per l’esercizio della libera iniziativa economica, mira “*a conciliare la crescita economica (...) con esigenze di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e delle loro condizioni contrattuali*”.

Coerentemente con tale premessa, l’Adunanza Plenaria conclude il suo ragionamento sul rapporto tra i commi 3 e 4 dell’art. 95 del Codice, osservando come l’interpretazione che considera il comma 4 quale deroga della fattispecie a sua volta derogatoria di cui al comma 3 (secondo orientamento giurisprudenziale) non può essere accolta poiché porterebbe a sacrificare gli obiettivi di tutela del lavoro in nome di esigenze di carattere tecnico, “*laddove invece sulla base degli indirizzi elaborati in*

2020, (2020/C 108 I/01), ove si osserva che “(di) fronte a situazioni di eccezionale aumento della domanda di beni, prodotti e servizi simili, accompagnate da una grave interruzione della catena di approvvigionamento, gli appalti possono tuttavia risultare fisicamente/tecnicamente impossibili, pur ricorrendo alle più rapide procedure disponibili. Per soddisfare le loro esigenze, è possibile che gli acquirenti pubblici debbano cercare soluzioni alternative e possibilmente innovative, che potrebbero già essere disponibili sul mercato o potenzialmente fruibili in tempi (molto) rapidi. *L’interazione con il mercato può offrire buone opportunità per tenere conto anche di aspetti strategici degli appalti pubblici, laddove nel processo di appalto siano integrate prescrizioni ambientali, sociali e di innovazione, compresa l’accessibilità ai servizi acquistati*”.

¹¹⁵ In particolare, l’Adunanza Plenaria ha richiamato alcuni passaggi dei Considerando delle direttive, tra cui quello che invita a incoraggiare le stazioni appaltanti “*a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità che rispondano al meglio alle loro necessità*”, ferma restando l’opportunità di evitare criteri che prescindono del tutto dai costi (Considerando 92); il Considerando 93 che ammette, in presenza di disposizioni nazionali che impongono un prezzo fisso, di compiere valutazioni comparative basate su fattori diversi dal solo prezzo o dalla sola remunerazione; nonché il passaggio già richiamato del Considerando 90 che, al fine di incoraggiare l’orientamento alla qualità degli appalti pubblici, riconosce la possibilità per gli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del costo o del prezzo. È stato ovviamente richiamato anche l’art. 67 della direttiva 2014/24/Ue. Sul punto si veda *supra* § 2.

¹¹⁶ V. *supra* § 2.

sede europea e dei valori affermati nella Costituzione i primi costituiscono obiettivi primari da perseguire nel settore dei contratti pubblici”.

La centralità riconosciuta agli obiettivi di sostenibilità nella disciplina di settore viene utilizzata, quindi, quale criterio ermeneutico di natura teleologica a supporto dell'interpretazione sistematica di disposizioni dal contenuto precettivo controverso.

6. *La ri-qualificazione legislativa del minor prezzo quale criterio ordinario nei contratti sotto soglia. Rilievi critici*

Le riflessioni fino ad ora svolte, in particolare quelle sul carattere residuale attribuito dalla legge delega 11/2016 e dalle prime versioni del d.lgs. 50/2016 al criterio del minor prezzo, vanno aggiornate e per certi versi verificate alla luce delle novità introdotte dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (cd. “*Sblocca cantieri*”) e dalla relativa legge di conversione del 14 giugno 2019, n. 55.

La legge n. 55/2019 ha esteso in modo significativo l'ambito di applicazione del criterio del minor prezzo a tutti contratti che non raggiungono la *soglia di rilevanza comunitaria* di cui all'art. 35 del Codice, introducendo un comma finale (9-bis) all'art. 36 recante “Contratti sotto soglia” secondo cui “*le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*”¹¹⁷. Il d.l. 32/2019 si era mosso in modo ancora più marcato in questa direzione, richiedendo uno specifico obbligo di motivazione per legittimare il ricorso al criterio dell'OEPV che è stato rimosso in sede di conversione.

Con tali modifiche il legislatore non si è limitato ad ampliare l'ambito

¹¹⁷ A seguito di tali interventi normativi, sono state abrogate le previsioni dell'art. 95, co. 4, diverse da quella di cui alla lett. b, relativa ai servizi e alle forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; inoltre, come già ricordato, alla lett. b è stata aggiunta una previsione che, nel recepire in contenuti della sentenza in commento n. 8 del 2019, ha escluso la possibilità di ricorrere al minore prezzo per i servizi ad alta intensità di manodopera. Infine, con la novella del 2019 è stato modificato il comma 3 dell'art. 95, prevedendosi l'obbligatorietà del minor prezzo anche per “*i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo*”. In generale sul decreto cd. “sblocca cantieri”, si v. il fasc. n. 6 del 2019 del *Giorn. dir. amm.*, con contributi di CHITI, GUCCIONE, MASSERA, DUGATO, FIORENTINO (sui criteri di aggiudicazione) e GALLI.

di applicazione del criterio del minor prezzo, ma ha modificato i rapporti tra i criteri di aggiudicazione, che non possono ora essere analizzati senza distinguere fra contratti inferiori e superiori alla soglia comunitaria: nei primi il minor prezzo diviene criterio ordinario di aggiudicazione, al fianco del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; nei contratti di rilievo europeo permane, invece, un rapporto di gerarchia che consente di qualificare il minor prezzo quale soluzione residuale/eccezionale.

Alla base di tale scelta pare esservi l'esigenza di semplificare la definizione dell'ambito di operatività dei diversi criteri di aggiudicazione, ma soprattutto quella di accelerare le procedure di affidamento dei contratti sotto soglia¹¹⁸.

La novella del 2019, tuttavia, non convince sotto diversi profili.

In primo luogo per la tecnica redazionale. Con il disposto del comma 9-*bis* dell'art. 36 del Codice il legislatore mostra di non aver piena contezza della nuova e più ampia nozione di *offerta economicamente più vantaggiosa* che oggi include anche il criterio del minor prezzo (v. *supra*, § 2). Resta quindi il dubbio se tale disposizione, nel far riferimento all'offerta economicamente più vantaggiosa, alluda alla precedente nozione (limitata al criterio del miglior rapporto qualità/prezzo) o a quella più ampia introdotta dalle direttive del 2014 e poi recepita dall'art. 95, co. 2 del Codice (comprendente anche criteri di comparazione costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita). È evidente come non si tratti di differenza di poco conto, specie alla luce di quanto sopra osservato¹¹⁹.

In secondo luogo, la scelta del "*minor prezzo*" come criterio ordina-

¹¹⁸ Con. Stato, sez. parere della Comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855 e 30 marzo 2017, n. 782; quest'ultimo si sofferma su pregi e difetti dei due criteri di aggiudicazione: "(q) uello del prezzo più basso garantisce la rapida definizione delle procedure di evidenza pubblica e riduce la discrezionalità della pubblica amministrazione (a volta considerata fattore in cui si annida la possibilità di corruzione) ma, sotto altro aspetto, tale criterio non consente di valutare alcuni aspetti qualitativi dell'offerta, spinge (a giudizio di alcuni) gli operatori economici a ridurre eccessivamente i costi, anche quelli legati alla manodopera, e crea il rischio di cordate che tentano di influenzare l'individuazione della soglia di anomalia. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – valorizzato dalla riforma del 2016 – garantisce meglio la valutazione dell'aspetto qualitativo ed evita che la 'competizione' si concentri esclusivamente sulla riduzione dei costi; tuttavia determina un appesantimento della procedura e amplia gli spazi discrezionali della stazione appaltante. Richiede una particolare competenza e preparazione della stazione appaltante e per essa, della commissione di gara".

¹¹⁹ V. *supra* § 4. Non convince nemmeno – sotto un profilo di impianto sistematico del Codice – l'inserimento della previsione innovativa nella disposizione riguardante gli affidamenti dei contratti sotto soglia (art. 36) e non invece in quella recante la disciplina generale sui criteri di aggiudicazione (art. 95).

rio per tutti gli affidamenti inferiori alla soglia europea non può essere valutata positivamente da chi giudica con favore la tendenza volta a garantire una qualità più elevata delle commesse pubbliche e, soprattutto, a utilizzare i *public procurement* quale strumento per il perseguimento di obiettivi politici cd. orizzontali. Il criterio del minor prezzo esclude, *ex ante*, la possibilità di stimolare e premiare offerte che presentano un maggior grado di sostenibilità (ambientale, sociale etc.), privando le amministrazioni di un importante strumento per introdurre considerazioni di sostenibilità nei propri contratti e, quindi, per “*creare valore (pubblico) aggiunto*” e promuovere lo sviluppo sostenibile¹²⁰.

Si tratterebbe, però, di una critica dal carattere eccessivamente “valoriale” dal momento che il cd. “utilizzo strategico” dei contratti pubblici non è da tutti considerato con favore: da più parti si è osservato come i possibili pregiudizi (rallentamento delle procedure, incremento di spesa pubblica, distorsione delle dinamiche concorrenziali del mercato, eccessiva discrezionalità, spazio per fenomeni corruttivi, inadeguatezza tecnica e professionale delle stazioni appaltanti, sviamento dal perseguimento dell’obiettivo principale dell’operazione negoziale) sarebbero prevalenti rispetto ai potenziali vantaggi derivanti dal perseguimento di interessi sociali o ambientali¹²¹.

Tuttavia, anche a voler neutralizzare le considerazioni “valoriali”, la scelta di riammettere quale criterio ordinario il minor prezzo nei contratti sotto soglia non è comunque convincente poiché poco coerente con l’impianto complessivo del Codice. Essa pare confliggere, in altri termini, con il canone di sistematicità pure perseguito nella sua redazione.

Invero, il regime giuridico di diversi istituti – relativi tanto alla fase di

¹²⁰ Si è detto al § 3 come il carattere “premiante” e non “escludente” dei criteri di aggiudicazione possa agevolare il bilanciamento tra l’inserimento di considerazioni sociali e i tradizionali obiettivi del settore. Ovviamente, in caso di scelta mediante il criterio del prezzo più basso, gli interessi sociali e ambientali possono comunque trovare tutela attraverso altri meccanismi (le cd. “clausole fisse sopra richiamate”); in termini simili, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2020, n. 444. Il corsivo, nel testo, è ripreso da S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, cit., 19 e 143.

¹²¹ Cfr. A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement*, cit., 96 ss.; ID, *Regulatory Substitution Between Labour and Public Procurement Law*, cit., 229 ss. Anche L.R. PERFETTI, nella relazione “*Contratti pubblici e (dis)funzionalità rispetto agli interessi pubblici tutelati*” tenuta in occasione del convegno di Ferrara dell’8 novembre 2019, cit., ha formulato riflessioni critiche sul “sovraccarico” di finalità attribuite dai recenti interventi normativi ai contratti della PA. Nella medesima direzione, da ultimo, S. VINTI, *L’eterogenesi dei fini tradisce lo scopo e l’oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 12, 2020, 253 ss.

gara, quanto a quella precedente (di programmazione/progettazione) e a quella successiva (di esecuzione) – è stato modificato proprio nell’ottica di favorire il perseguimento di obiettivi non economici di natura ambientale e/o sociale. Il nuovo *status* riconosciuto al criterio del minor prezzo nei contratti sotto soglia sembra, quindi, porsi in discontinuità con altre previsioni del Codice e certamente non valorizza gli sforzi compiuti dal legislatore del 2016 tesi a rafforzare la *sostenibilità* nella contrattazione pubblica e la sua funzionalizzazione al perseguimento di obiettivi orizzontali.

In terzo luogo, se si condivide quanto appena sostenuto circa la scarsa coerenza dei profili analizzati della novella del 2019 con l’impianto complessivo del Codice, la riforma potrebbe perfino rivelarsi controproducente sotto il profilo del principio di certezza dell’ordinamento giuridico, inteso in questo caso quale prevedibilità dell’interpretazione della regolamentazione.

La decisione n. 8 del 2019 dell’Adunanza Plenaria ha considerato gli obiettivi politici di sostenibilità, nel caso di specie quelli di tutela del lavoro, *fini primari* del settore dei contratti pubblici; e da questi, come si è messo in evidenza, ha preso le mosse per una sorta di *interpretazione teleologica* delle disposizioni controverse (commi 3 e 4 dell’art. 95 del Codice), a supporto dell’argomentazione principale, sopra riportata, incentrata sul rapporto sistematico tra norme. In prospettiva, a parere di chi scrive, il ricorso a un’analogia interpretativa di tipo teleologico potrebbe essere utilizzata per risolvere questioni controverse riguardanti altri istituti del Codice dei contratti pubblici, nel senso di soluzioni interpretative meno sbilanciate a favore dei tradizionali interessi al perseguimento della massima concorrenza, della salvaguardia della libertà di iniziativa e di auto-organizzazione degli operatori economici e, finanche, del risparmio di spesa.

Per quanto allo stato attuale questa (auspicabile) prospettiva non trovi ancora pieno riscontro nella giurisprudenza amministrativa¹²², la scelta operata dalla legge n. 55/2019 di riaffermare un ruolo centrale del

¹²² Sono diverse, infatti, le pronunce che non sembrano offrire adeguato rilievo all’importanza assunta nel settore dei contratti pubblici dal perseguimento di obiettivi di sostenibilità. Si pensi, solo a titolo di esempio, alle decisioni in tema di legittimazione della stazione appaltante a escludere le offerte non rispettose degli obblighi ambientali e sociali di cui all’art. 30, co. 3, del Codice, ovvero di legittimazione della stessa a imporre uno specifico contratto collettivo; ma anche alle pronunce riguardanti la possibilità per gli operatori economici di competere sul costo del lavoro (v. *supra* § 3.1, *sub* nt. 66) e a quelle riguardanti le modalità di attuazione delle clausole di riassorbimento, in particolare con

criterio del minor prezzo per un'ampia fetta di commesse pubbliche, in controtendenza rispetto al complessivo impianto normativo del Codice, non pare aiutare l'interprete nella costruzione di orientamenti ermeneutici stabili e consolidati.

Per concludere, va osservato come a tali riflessioni critiche sulla scelta compiuta dal legislatore del 2019 potrebbe obiettarsi che l'art. 36, co. 9-bis, nel sancire un rapporto di equiordinazione fra criterio del minor prezzo e OEPV, rimetta alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la scelta del criterio di aggiudicazione, rimanendo questa libera di valorizzare gli aspetti qualitativi e dare rilievo ad aspetti ambientali e/o sociali.

Tuttavia, nella misura in cui si considera la forte attrattività di soluzioni connotate da assoluta meccanicità, quale è la scelta del criterio del minor prezzo, in un momento storico in cui diversi elementi inducono i pubblici funzionari a rifuggire l'assunzione di responsabilità, si può osservare come il nuovo regime giuridico, oltre a risultare poco soddisfacente nell'ottica del perseguimento degli obiettivi di politica generale recepiti dalle direttive del 2014 e dal Codice, risponde maggiormente all'idea di un'amministrazione marginalizzata e banalizzata piuttosto che di un'amministrazione forte e stimolata ad assumersi responsabilità nell'ottica della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico¹²³.

riferimento al principio di intangibilità delle scelte organizzative e imprenditoriali degli operatori economici.

¹²³ L'"immagine" di un'amministrazione marginalizzata e banalizzata è ripresa da M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, 14 ss.; sul tema, da ultimo, S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1 ss.



SAGGI

Natale Vescio

ISTITUZIONI E LEGISLAZIONE SOCIALE NEL PENSIERO DEL GIOVANE GIUSEPPE SALVIOLI

SOMMARIO: 1. Storiografia giuridica e sviluppo economico e sociale. La prima prolusione palermitana. – 2. Luci e ombre del Codice liberale. Oltre la tradizione romanistica. – 3. Alla scoperta del diritto vivente. Una scienza giuridica storicista, di segno antagonista.

1. *Storiografia e sviluppo economico e sociale. La prima prolusione palermitana*

Di Salvioli la storiografia si è interessata prevalentemente come giurista e come intellettuale impegnato, per il suo contributo alla diffusione del socialismo. Si è concentrata prevalentemente sulla sua ‘lettura’ della società siciliana di *fin de siècle*. Ha dedicato minore attenzione ai suoi studi storici, anche se, i due aspetti della sua attività, si sono intrecciati fino a comporsi in un’unica piattaforma programmatica¹.

Sia la concezione della politica, che l’indagine socio-economico-giuridica della realtà italiana si sono arricchite di uno spessore storico, che ha ridisegnato e ridefinito le dimensioni, i metodi e i percorsi dell’analisi. Nel suo programma, la ricerca storica ha superato i confini dell’erudizio-

¹ Cfr., per un profilo biografico, il volume celebrativo di G. BRINDISI, *Giuseppe Salvioli*, Napoli 1928; il ricordo dell’amico economista A. GRAZIANI, *Commemorazione di Giuseppe Salvioli*, letta nell’adunanza del 27 marzo 1929, *Reale Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Modena, Atti e Memorie*, s. IV, 1929, vol. II, 27-32; la ricognizione di M. O. CUOMO, *Il contributo di Giuseppe Salvioli alla storiografia economica italiana*, *Economia e Storia*, 1975, fasc. III, 366-419; la ‘voce’, necessariamente sintetica, ma, molto pregevole e ben curata, di M. SIMONETTI, *Giuseppe Salvioli, Dizionario biografico del Movimento Operaio Italiano*, Roma 1978, vol. IV, 482-490; il profilo più recente di F. MAZZARELLA, *Giuseppe Salvioli*, in *Il contributo italiano nella storia del pensiero. Diritto*, Roma 2012, 417-421; e le ‘voci’ di N. VESCIO, *DBGI*, Bologna 2013, vol. II, 1777-1780; *id.*, *DBI*, 2017, vol. XC, 68-72.

ne diffusa, del formalismo altrettanto comune e degli schematismi convenzionali e di scuola, per recepire preoccupazioni più generali e alimentarsi di motivi scientificamente più avanzati.

Gli studi di storia del diritto si sono sviluppati spesso, di pari passo, con le ricerche di storia economica e sociale, con un'attenzione rivolta anche ai progetti del presente. Si possono considerare, in una certa misura, elementi di un programma complessivo, che si proponeva di garantire un volto nuovo, non soltanto alla storia economica, o alla storia del diritto, ma alla storia stessa, per concorrere al rinnovamento generale del paese e delle sue istituzioni.

Quando Salvioli approdò alla storia del diritto, nei primissimi anni ottanta, scelse di distinguersi innanzitutto per un progetto culturale più ambizioso, che diventò elemento di arricchimento e di orientamento di un lavoro scientifico, attento ai problemi del paese. Si proiettava oltre gli schemi più consueti della memoria rievocativa delle tradizioni romanistica e dei suoi successi e le prospettive continuiste dell'ideologia moderata. Era rivolto alla riforma dello stato liberale e di norme ed istituzioni, da ricollocare storicamente in un contesto storico-sociale pre-moderno, e perciò, da rimuovere rapidamente, in nome delle ragioni dello sviluppo economico e sociale del paese.

Con la cattedra nell'università palermitana, l'impegno intellettuale salvioliano, svincolato dalle prevalenti preoccupazioni della carriera, che avevano motivato le ricerche di presa immediata sulla giurisprudenza medievale, superava l'ambito più consueto dell'erudizione etica. Dimenticava il perimetro ridotto dell'esegesi, esercitata sui testi di glossatori e commentatori, le abitudini della memoria evocativa, e il suo consumato repertorio celebrativo della *grandeur* di una tradizione prestigiosa.

Si garantiva una prospettiva più ampia, non 'imprigionata' nell'ambito del perimetro accademico, alimentata da una visione intellettualmente più matura e socialmente più avanzata. Riprendeva la dimensione militante, propria dell'esperienza giornalistica degli anni giovanili, con una rinnovata consapevolezza riformista. Si proponeva di svolgere un autonomo compito di sollecitazione critica di una cultura del mutamento di un ordine giuridico, che appariva irrimediabilmente datato, in un momento in cui, al centro dell'agenda politica, si era imposta la legislazione sociale.

Di grande interesse, la prima prolusione, in cui delineava le coordinate 'teoriche' di un metodo di analisi e di lettura della storia (e della stessa storiografia giuridica ed istituzionale), che proponeva un nuovo

approccio al diritto civile². Rifletteva la volontà di intervenire sui grandi temi del dibattito pubblico (l'obsolescenza del *Codice*, e, della legislazione, in generale; la sua 'aristocratica' gestione sapienziale, da parte di una giurisprudenza allineata; e, soprattutto, l'insostenibilità delle barriere censitarie, che presupponeva e 'presidiava'). Rivitalizzava il criterio dell'ambientazione storico-sociale del diritto, come strumento per 'leggere' il sistema politico, e la sua organizzazione reale, e riscontrarne i suoi ritardi strutturali, al di là delle 'narrazioni' ufficiali³.

² G. SALVIOLI, *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, *Il Circolo Giuridico*, 1885, su cui cfr. M. BELLOMO, *Problemi e tendenze della storiografia giuridica siciliana tra Ottocento e Novecento*, in *La presenza della Sicilia negli ultimi cento anni*, Palermo 1977 (ora, nel volume *Medioevo edito e inedito. IV. Sicilia: giuristi, prelati e uomini d'armi tra feudi e demani*, Roma 2002, 7-24); P. GROSSI, *La Scienza del Diritto Privato. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo*, Milano 1988; A.M. DI STEFANO, "Il diritto non è una scienza teorica ma un processo organico e naturale": nuove prospettive per la Storia del diritto in Italia durante il XIX secolo, *Historia et Ius*, 6, 2017, n. 11, paper 3, 17-19.

³ Sul Salvioli storico del diritto, la bibliografia non è molto ampia. Di pochissime righe, il necrologio anonimo, apparso in *Rivista di storia del Diritto Italiano*, 1, 1928, 8, in cui la direzione del Brandileone mostrava l'antica avversione. N. TAMASSIA, *Giuseppe Salvioli*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 2, 1929, fasc. I, 44, e B. DONATI, *Giuseppe Salvioli e la storia del diritto*, in *Gazzetta dell'Emilia*, 17 giugno 1930, segnarono appena la sua scomparsa, in due brevi note, prive di interesse scientifico, che documentano altrettanto significativamente l'esclusione dal circuito accademico. G. Masi tentò un bilancio più equilibrato di un'esperienza storiografica assolutamente singolare nel suo settore, ma si trattava di uno studioso altrettanto isolato (rec. di G. SALVIOLI, *Il Capitalismo Antico*, *Archivio Giuridico*, 1930, 63, fasc. I, 122-127). Colpisce il silenzio degli allievi storici del diritto (Enrico Loncao, Gennaro Maria Monti, che, però, dedicò *Alla venerata memoria di Giuseppe Salvioli*, il volume *Dal secolo sesto al decimo quinto: nuovi studi storico-giuridici*, Bari 1929, Romualdo Trifone, che inserì soltanto un cenno cronachistico nella tardiva *L'Università di Napoli dalla fondazione ai nostri giorni*, Napoli 1954, 194-195). Molto significativo, il silenzio trentennale degli esponenti della storiografia idealistica, e, *in primis*, F. CALASSO (*Storia e sistema delle fonti del diritto comune, I. Le Fonti*, Milano 1938; *Medio Evo del diritto*, Milano, 1954; *Storicità del diritto*, a cura di P. FIORELLI, Milano 1966), allievo di Brandileone, e sensibile al magistero crociano; G. CASSANDRO, *La concezione tradizionale della storiografia giuridica*, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, 1948, ora in *Lex cum moribus. Saggi di metodo e di storia giuridica meridionale*, a cura di M. CARVALE e A. CAMPITELLI, Bari 1994, 17 (altrettanto comprensibile, la 'rimozione' negli scritti di G. ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli 1984, probabilmente, ostile alle posizioni 'marxiste' di Salvioli). Mostrano maggiore apertura, le rassegne di B. PARADISI (*Gli studi di storia del diritto italiano nell'ultimo cinquantennio, 1895-1945*, *Studi Senesi*, 60, 1946-1947, fasc. II, rist., in *Studi in onore di Benedetto Croce per il suo ottantesimo anniversario*, Napoli 1950, vol. II, 389-454; *I nuovi orizzonti della storiografia giuridica*, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1952-1953, s. III, VI-VII, 134-217; *Indirizzi e problemi della più recente storiografia giuridica*, nel volume *La storiografia italiana degli ultimi venti anni*, Milano 1970, 1095-1160; *Apologia della storia giuridica*, Bari, 1973). Hanno richiamato l'attenzione sul Salvioli storico del diritto, con

Nella stessa scelta del titolo è evidente la volontà di riprendere il dibattito, avviato dalle prolusioni dei primissimi anni ottanta, sulla necessità di un rinnovamento del diritto civile, in cui maturava un'inedita sovra-esposizione della dottrina, meno inserita nel sistema. Generalmente, era promossa da giuristi della nuova generazione, più distaccati, rispetto all'impresa della codificazione, in cerca di visibilità (la stessa volontà di un pronunciamento, esprimeva spesso anche l'esigenza di un recupero di autorevolezza). Rifletteva una nuova coscienza, ma anche una domanda di integrazione, che 'sviluppara' le proprie strategie di accreditamento presso il nuovo corso della politica italiana.

Salvioli non si limitava a ratificare il pensiero emergente, per inserirsi nel dibattito pubblico, con una propria 'proposta', capace di contribuire, grazie alla rivendicata consapevolezza della relatività storica di norme ed istituzioni, allo smascheramento scientifico del pensiero consolidato. Ri-connetteva al disincanto normativo, il disvelamento dei compromessi e/o dei limiti e dei silenzi del legislatore liberale e di una potente corporazione, che utilizzava il proprio sapere tradizionale, soltanto come copertura ideologica di un riservato dominio.

Mostrava un'elaborazione più avanzata, rispetto alla preoccupazione più immediata di una giovane generazione di accademici (anagrafi-

importanti osservazioni e rettifiche, L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, *Studi Storici*, XV, 1974, 3-56; E. CORTESE, *Storia del diritto italiano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, 788, ss. (rist., in *Scritti*, a cura di I. BIROCCHI, U. PETRONIO, Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, 1999, vol. I, 619-690); gli interventi, a più riprese, di G. TABACCO, *Fief et signeuire dans l'Italie comunale*, in *Le Moyen Age*, 1969, s. IV, XXIV, n. 1-2, 5-37; ID., *Latinità e germanesimo nella medievistica italiana*, *Rivista Storica Italiana*, 102, 1990, fasc. III, 671-716 (rist., in *Italia e Germania. Immagini, modelli, miti fra due popoli nell'Ottocento: Il Medioevo*, a cura di R. ELZE, P. SCHIERA, Bologna-Berlin 1988); ID., *Dai re ai signori. Forme di trasmissione del potere nel Medioevo*, Torino 2000, 111-115, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Le comunità rurali di Roma arcaica nella storiografia del tardo '800*, in *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio*, Milano, 1978, vol. I, 169-201; A. GIARDINA, in *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, a cura di P. GROSSI, Milano, 1986, 349-353; N. BRIGATTI, *Giuseppe Salvioli storico dell'economia alto-medievale*, in AA.VV., *Per Vito Fumagalli: terre, uomini, istituzioni medievali*, Bologna 2000, 339-359; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800*, Roma 1994, LII-LVI; R. AJELLO, *Il collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica italiana medievale e moderna*, Napoli 2002; B. PASCIUTA, *Itinerari di una cultura giuridica: la Facoltà di Giurisprudenza di Palermo: docenti e organizzazione degli studi*, nel volume *La Facoltà di Giurisprudenza di Palermo. Origini, vicende e attuale assetto*, a cura di G. PORPORA, Palermo, 2005 (rist., in una versione più completa, in *Annali di Storia delle Università Italiane*, 12, 2007); N. VESCIO, *Giuseppe Salvioli e la storia della cultura giuridica meridionale*, in *Studi Senesi*, 129, 2012, fasc. II, 329-392.

camente più distante, e, perciò, più disincantata, dalle scelte di sistema, compiute dal legislatore alla conclusione del processo unitario) di distinguersi, per una più 'preziosa' coscienza sociale (e, non soltanto, culturale e/o scientifica). Erano preoccupati di segnare la distanza, rispetto ad una scienza giuridica tradizionale, silenziosa (anche troppo), negli anni delle riforme occasionalmente 'auspicate' (e, sbrigativamente, accantonate). Donde la necessità di riallinearsi nei confronti di un sapere 'movimentista', maturato nelle riviste e/o nei giornali, a ridosso del dibattito politico e dei suoi settori più avveduti.

Nella prolusione salvioliana affiorava una coscienza politica di orientamento antagonista (che segnava la differenza, rispetto al 'riformismo' più comune e avrebbe trovato le sue espressioni più sicure negli anni novanta). È la ragione per cui 'proponeva' una ricostruzione 'movimentista' della storia della scienza giuridica, in cui la giurisprudenza delle grandi scuole europee aveva costruito il proprio successo scientifico (e le proprie fortune), sulla capacità di innovare, rispetto alla tradizione romanistica (e/o sul suo 'recupero' e la sua 'riattivazione'). Aveva scommesso sul suo progressivo superamento, intercettando le esigenze prioritarie della riorganizzazione economica e civile della società medievale⁴.

Delineava le coordinate di una rinnovata coscienza storiografica, che sceglieva di non rimanere incardinata nella dimensione della memoria, discostandosi dal modello più diffuso di una storiografia celebrativa del romanesimo (e della sua 'seconda' vita), condannata alla marginalità. Dedicata esclusivamente al consolidamento dell'opinione dominante, (auto) esclusa dal dibattito sul giuridico (e, naturalmente, sul politico) e le sue prospettive, e inchiodata alle pratiche commemorative, alla ricostruzione di una memoria nazionale, abitualmente piegata a proprio vantaggio, dalle politiche 'continuiste'.

Salvioli ridefiniva il profilo di una storiografia, che non intendeva discutere solo di se stessa, ma si proponeva di organizzare, oltre al suo corredo scientifico, il proprio sguardo sul mondo (anche, in funzione della sua proiezione esterna), superando steccati disciplinari, barriere cultu-

⁴ È la ragione per cui, nel suo *Manuale*, di pochi anni posteriore, avrebbe privilegiato i commentatori, per l'indipendenza intellettuale e scientifica, rispetto ai glossatori ("lavorarono inconsciamente ma potentemente a italianizzare il diritto romano, spogliandolo cioè di quanto aveva di incompatibile colla civiltà e le istituzioni pubbliche e private del loro tempo, adattandolo alle nuove condizioni, e adoperandolo esclusivamente come base delle costruzioni giuridiche per le loro società e trama su cui intessevano il diritto italico", G. SALVIOLI, *Manuale di storia del diritto italiano*, Torino, 1890, 102).

rali, schematismi ideologici obsoleti. Naturalmente, senza accantonare preoccupazioni di rigore scientifico (ma anche, senza appiattirsi sulla sua retorica più scontata e sperimentata), cercando di reinterpretare il proprio ruolo, in armonia con una più esigente committenza sociale (e non solo accademica).

‘Riprendeva’ il senso più autentico dei suoi scritti giornalistici, che avevano seguito da una prospettiva impegnata, l’esperienza degli ultimi governi della *Sinistra* e segnalato lo stallo del sistema politico, le contraddizioni di una classe dirigente, incapace di realizzare una stagione di rinnovamento delle istituzioni. Denunciava l’esaurimento della funzione storica di un modello di stato liberale, che non si mostrava in grado di affrontare i problemi sociali, la scarsa credibilità di una politica del diritto, ‘impegnata’ nella conservazione dell’esistente (in un momento, in cui il codice civile, aveva perduto gran parte della sua carica di suggestione). Delegittimava l’acritica *fidelitas* di una dottrina, inchiodata al suo formalismo, che appariva disfunzionale, rispetto ai ritmi evolutivi del paese⁵.

Dall’esame comparato delle politiche pubbliche, delle risposte istituzionali e degli interventi legislativi, maturati nei paesi europei più avanzati, aveva assunto elementi di analisi di una politica interna piuttosto inerziale e di una legislazione altrettanto statica, che mostrava la propria

⁵ Sulla legislazione sociale dello stato liberale, cfr. L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell’Italia liberale (1883-1886)*, *Quaderni Fiorentini*, 3-4, 1974-1975, 103, ss.; G. MONTELEONE, *La legislazione sociale al Parlamento italiano. Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile dei padroni, 1879-1885*, *Movimento Operaio e Socialista*, 22, 1976, 177, ss.; N. GAETA, *Industrializzazione e diritto: gli infortuni sul lavoro e la magistratura (1865-1898)*, in *Studi di filosofia e politica del diritto*, 3, 5, 1981, 153-247; G.C. JOCTEAU, *Le origini della legislazione sociale in Italia. Problemi e prospettive di ricerca*, *Movimento Operaio e Socialista*, 28, 1982, 289-303; M. SALA CHIRI, *Alle origini della legislazione in Italia sul lavoro dei minori (L’evoluzione storica fino al Testo Unico del 1907)*, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 10, 1981, 1228-1256; R. SCALDAFERRI, *Tecniche di governo e cultura liberale in Italia. Le origini della legislazione sociale (1879-1885)*, *Ricerche di storia politica*, 1, 1986, 45, ss.; ID., *L’origine dello ‘Stato sociale’ in Italia (1876-1900)*, in *Pensiero Politico*, 19, 2, 1986, 223, ss.; L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: alle origini del diritto del lavoro*, Napoli 1986; G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origine della scienza giuslavoristica in Italia fra Otto e Novecento*, *Quaderni Fiorentini*, 17, 1988, 155-262; T.L. RIZZO, *La legislazione sociale della nuova Italia (1876-1900)*, Napoli 1988; L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano 1994; *La nascita del diritto del lavoro. Il ‘contratto di lavoro’ di Lodovico Barassi cent’anni dopo. Nascita, influssi, distanze*, a cura di M. NAPOLI, Milano 2003; G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2007; M. FORTUNATI, *Il ministro e lo spazzacamino. Osservazioni sul progetto di legge sul lavoro dei fanciulli del 1879*, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 27, 2007, 213-224; P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, Milano 2007.

obsolescenza. Esprimeva anche la consapevolezza che il confronto con gli altri ordinamenti avrebbe potuto rappresentare un elemento di crescita di una sensibilità giuridica, non inchiodata al descrittivismo, e in cerca di un ruolo attivo (e non soltanto di una rinnovata legittimazione) sulla scena istituzionale.

Salvioli sottolineava la centralità strategica del problema metodologico, essenziale per un salto di paradigma di una storiografia (e, soprattutto, di un'ideologia giuridica, non appiattita sulle sue tradizioni 'disciplinari'), impegnata attivamente nel dibattito sulle riforme. Riproponeva un *topos*, emerso in una 'letteratura' rappresentata spesso da prolusioni, più diffusa, che profonda (maturata, generalmente, nei settori più dinamici del mondo giuridico, in armonia con il *mainstream* evoluzionista⁶), che assumeva nuovo significato, perché non serviva soltanto al ripensamento delle proprie categorie. Diventava anche la leva del rinnovamento di una cultura giuridica (e politica), socialmente più ambiziosa, capace di svolgere un ruolo da protagonista anche nel dibattito pubblico⁷.

Nel suo intervento è dominante la convinzione che la rivoluzione epistemologica, determinata dalla crescente affermazione delle scienze sociali, avrebbe dovuto contagiare positivamente anche una 'scienza' pre-moderna, afflitta da inerzia intellettuale. Decisivo, il recupero dell'approccio storicista, all'origine di un ripensamento dell'ordine giuridico, liberato

⁶ Cfr. G. VADALÀ PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli 1881; E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli stati moderni* (1881), ora in *Studi di dottrina e di giurisprudenza civile*, Lanciano 1889; E. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia* (1881), in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma 1947; P. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato*. Prolusione letta nell'Università di Camerino il 21 novembre 1881, Camerino 1882; G.P. CHIRONI, *Il darwinismo nel diritto* (Discorso pronunciato per la commemorazione di Charles Darwin, nella R. Università di Siena, il 21 maggio 1882, Siena 1882; ID., *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione* (1882), ora in ID., *Studi e questioni di diritto civile*, Vol. I, Parte Generale, Torino 1913.

⁷ Salvioli era consapevole che il discorso sul metodo dovesse assumere un rilievo pubblico, perché non era in discussione soltanto lo statuto epistemologico di una disciplina, pensata (tradizionalmente) come un prolungamento del diritto romano e della sua tradizione, ma il problema della scienza del diritto e del suo (spesso 'mancato') rapporto con l'attualità (oltre che, con la storia). Era in gioco il tema della ridefinizione del suo ruolo e del suo contributo alla crescita del diritto, che reclamava necessariamente una maggiore indipendenza dalle categorie giuridiche tradizionali e l'avvio di un discorso realistico sullo 'stato' della legislazione ("mostrare quello che deve essere rigettato e quello che deve essere conservato, stabilire il modo in cui si è formata l'odierna parte dottrinale, tutto ciò vuol dire somministrare al giurista e al legislatore criteri sicuri per apprezzare il carattere, l'indole, l'estensione delle dottrine giuridiche vigenti" G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., 19).

dai residui e dalle sopravvivenze, ereditate dalla tradizione (sul modello del rinascimento giuridico). Era ‘attivato’ dal disincanto verso una scienza giuridica, arroccata nelle proprie certezze abituali e dalla coscienza che il nuovo diritto avrebbe dovuto essere ‘ricostruito’, a partire dai più urgenti problemi sociali⁸.

Salvioli insisteva sul declino di una tradizione, usata soltanto come pretesto, filtrata attraverso le ricorrenti semplificazioni di un approccio storiografico unilaterale. Era stato assunto (ed imposto) come pensiero unico, sottratto ai correlativi obblighi di verifica, ‘previsti’ da un procedimento autenticamente scientifico. Generato dalla domanda di continuità, che prescindeva dalla ricerca della rispondenza delle norme con la realtà economica e sociale (che, per molti versi, ostacolava). Dal giurista modenese veniva riproposta la domanda di un raccordo tra sistemi sociali ed ordinamenti normativi, per schivare l’insidia della virtualità dell’ordinamento giuridico e la conseguente perdita di credibilità di un sistema, incapace di garantire una tutela effettiva al mondo del lavoro.

Nella prolusione veniva evocato un nuovo modello di storiografia, come impresa intellettuale, capace di raccogliere la sfida della progettazione sociale (largamente prevalente sulle pressanti preoccupazioni accademiche e specialistiche della disciplina, di consolidare il proprio radicamento istituzionale, al riparo di mutevoli circolari ministeriali). Salvioli era prevalentemente interessato a concorrere alla progressiva revisione di una legislazione di nuovo conio, in realtà autenticamente vecchia. Ridefiniva le coordinate scientifiche di un’impresa civile, non genericamente auspicata, ma ‘preparata’, attraverso una liberatoria revisione critica dell’esistente, e una rimozione – a tratti, anche radicale – del pensiero ereditato e delle sue mitologie più accreditate⁹.

Emergeva una coscienza storiografica più pragmatica, che si emancipava dai suoi punti di riferimento tradizionali e prendeva le distanze da Savigny (e dal suo disegno di ‘stabilizzazione’), ripetutamente

⁸ *Ibidem*.

⁹ “Solo la storia – avrebbe scritto, pochi anni dopo, nell’introduzione del suo *Manuale*, significativamente intitolata *concetto e importanza della storia del diritto italiano* – facilita la retta interpretazione della legge, spiegando le cause che la originarono, le necessità cui soddisfece, le intenzioni del legislatore, le trasformazioni subite nel corso dei tempi: solo essa indica le leggi che presiedono allo sviluppo generale del diritto e a quello dei diritti nazionali e locali, e la connessione tra il diritto e le condizioni sociali ed economiche, ed offre insegnamenti per la riforma e il miglioramento della legislazione”, G. SALVIOLI, *Manuale di storia del diritto italiano*, Torino 1890, 1.

omaggiato dai romanisti, come Francesco Buonamici¹⁰, Filippo Serafini¹¹ e il più giovane Biagio Brugi¹². Gli esponenti più autorevoli della scienza romanistica tentavano di ricondurre la codificazione nell'ambito della tradizione¹³, offrendo il proprio sostegno scientifico ai disegni di

¹⁰ “Modernamente è la scuola storica tedesca, e l’immortale nome di Savigny, che rappresenta le utili e moderate influenze della filologia nel diritto, la critica, ed il ritorno alla prisca sapienza”, F. BUONAMICI, *Del Poliziano giureconsulto o della letteratura nel diritto*, Pisa 1863, 13. Ha notato opportunamente P. COSTA che l’opzione savignyana “non è innocuamente dottrinarica”, *L’interpretazione della legge: François Géný e la cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento, Quaderni Fiorentini*, 21, 1991, 393. Sul Buonamici, cfr. la ‘voce’ di E. SPAGNESI, *DBGI*, vol. I, 360-361.

¹¹ “Il grande restauratore della scienza giuridica nel secolo decimonono, l’immortale de’ Savigny”, F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare*. Prolusione, letta il 2 novembre 1871, Roma, Tip. G. Via, 1872, 6. Sul Serafini, cfr. la ‘voce’ di E. STOLFI, *DBGI*, vol. II, 1850-1851.

¹² Cfr. l’intervento, dettato dalla ricorrenza del centenario della nascita di Savigny, *Intorno ad alcuni scritti tedeschi commemorativi del centesimo anniversario della nascita di Federico Carlo di Savigny*, in *Archivio Giuridico*, 12, 1879, vol. XXII, 498-506.

¹³ F. BUONAMICI riteneva di leggere, nel richiamo ai principii generali, contenuto nel codice, il riconoscimento della centralità dell’esperienza romanistica (*Dell’uso del diritto nella giurisprudenza italiana moderna*. Prelezione detta nella R. Università di Pisa, il dì 23 novembre 1876, Pisa, 1877), difesa tenacemente negli anni novanta (*Di quello che debbono fare i romanisti nella moderna dottrina giuridica ossia di un programma dell’insegnamento di diritto romano nelle scuole italiane moderne*. Estr. Bologna, 1894. Sul Buonamici, cfr. la ‘voce’ di C. SPADA, *DBI*, 1972, vol. XV, 128-129). F. SERAFINI sottolineava esplicitamente il principio richiamato (“i Codici non hanno valore e non in quanto sono l’ultima espressione di un diritto popolare maneggiato dai giureconsulti” *Il Telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale*, Pavia, Tip. Fusi, 1862, 17), e riproponeva il nesso vincolante tra romanistica e diritto civile (“nulla è più dannoso al vero progresso delle scienze quanto il credersi dispensati dal far tesoro del senno e del sapere dei nostri maggiori...E se noi siamo pervenuti ad un’età in cui ci è dato possedere codici nostri, è tuttavia facile il persuadersi della necessità di risalire a quell’epoca anteriore onde i nuovi codici i derivarono”, *Del metodo*, cit.). Biagio Brugi sviluppava i motivi di una rilettura polemica verso interventi legislativi di rottura della continuità di un ordine, che avrebbe potuto svilupparsi coerentemente soltanto restando in armonia con la propria storia (“il diritto romano come legge, impera tuttora, purificato dalla sconcezze medievali, come scienza brilla di nuova luce nel concetto della evoluzione storica... noi non crediamo all’onnipotenza logica e razionale, ravvisiamo anzi nel diritto romano il lato odierno come effetto di uno svolgimento che opera attraverso i secoli”, *Fasti aurei del diritto romano*, Pisa, 1879, 320. Su Brugi, cfr. C. FARALLI, *Storia del diritto romano e scienze sociali. Una integrazione difficile, Materiali per una storia della cultura giuridica*, 12, 1982, vol. II, 323-332; G. MARINO, *Gli scritti di Biagio Brugi. 1855-1934, Index*, 11, 1980, 265-295, e soprattutto, il volume *Positivismo e giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e di filosofia positiva*, Napoli, 1986, con una larga ricognizione, ricca di spunti e utili suggerimenti, che, tuttavia, rilegge in chiave progressista, un progetto culturale, che aderiva ad una politica del diritto, orientata in senso conservatore; M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi, Quaderni Fiorentini*, 30, 2001,

conservazione dell'esistente e di difesa dell'assetto proprietario (insidiato dai movimenti antagonisti, in ascesa).

Salvioli invocava, invece, una consapevolezza scientifica più autenticamente costruttiva, attraverso la liberazione del diritto dalle pastoie della tradizione. Distante dalle preoccupazioni di sopravvivenza accademica di un mondo, che reclamava attenzione, senza mostrarsi capace di ascolto sociale, e svincolato dal retropensiero dei suoi custodi, subalterni al disegno di conservazione dell'esistente¹⁴.

Nella riflessione epistemologica sugli orientamenti più autorevoli, canonizzati dalle grandi scuole europee, si proponeva il compito di ridefinire il senso più autentico del suo approccio allo studio storico di istituzioni, norme ed istituti giuridici (valorizzando gli elementi dinamici ed il 'movimentismo' delle minoranze attive). Misurava la sua stessa 'percezione' della tradizione, spostava il *focus* dalla storiografia alla vitalità del diritto, dal bisogno accademico di storia, alla ricerca socialmente più produttiva di storizzazione di un diritto, che doveva essere 'riletto' criticamente (in attesa

361-476; F. MARIN, 'Germania docet'. Modello tedesco e scienza italiana nell'opera di Biagio Brugi, *Annali dell'Istituto Italo-Germanico di Trento*, 28, 2002, 133-159; la 'voce' di A. MASI, *DBGI*, vol. I, 342-345). Antonio Scialoja auspicava il rilancio della scienza giuridica italiana con l'adozione del metodo sistematico e l'assistenza della romanistica più evoluta, in grado di distinguere la provvisorietà delle forme giuridiche, caduche e necessariamente transeunti, dalla stabilità dei valori ("il diritto romano puro è morto e i diritti moderni possono essere suoi discendenti, non sono esso medesimo", *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane. Lettera al Prof. Serafini, Archivio Giuridico*, 14, 1881, vol. XXVI, 489), che consentivano di eternare un'esperienza giuridica prestigiosa ("ma credo anch'io... che la suprema importanza del diritto romano debba riconoscersi nella sua sostanza, o, come oggi si suol dire, nel suo contenuto", p. 489. Su Scialoja, cfr. M. TALAMANCA, *Un secolo di Bullettino, Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 91, 1988, I-CXLVII; A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica nell'Ottocento napoletano*, Bari 1999; F. AMARELLI, *L'insegnamento scientifico del diritto nella lettera di Vittorio Scialoja a Filippo Serafini, Index*, 18, 1990, 59-69; M. TALAMANCA, *La tradizione romanistica italiana tra Ottocento e Novecento, Index*, 23, 1995, 159-180; A. MANTELLO, *Tecniche possessorie e ideologie romanistiche nell'Ottocento italiano, Studia et Documenta Historiae Juris*, 2000, 66 (*Supplementum*), 86, ss.; M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja. Diritto romano e sistema nel tardo Ottocento, Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 2011, 105, 13-87; E. STOLFI, *Vittorio Scialoja, in Il Contributo italiano nella storia del pensiero. Diritto*, 2012, 397-400; M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013; la 'voce' molto informata di G. CHIODI, *DBGI*, vol. II, 1833-1837; e soprattutto, il volume di F. FURFARO, *Ricezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al 'Lehrbuch des Pandektenrechts' di B. Windscheid*, Torino, 2016).

¹⁴ Cfr. B. BRUGI, *I Romanisti della Scuola Storica e la sociologia contemporanea, Il Circolo Giuridico*, 14, 1883, 164 ("solo i profani possono credere che il diritto romano abbia perduto d'importanza con la introduzione dei codici: anzi non vi è forse un'età nella quale esso abbia avuto tanta importanza nel vasto circolo della Giurisprudenza").

di essere ‘riscritto’¹⁵). Sottintendeva la ricerca vichiana sui suoi presupposti e sull’identificazione della sua produttività (socialmente rilevante) con la capacità di assecondare e sostenere i processi di crescita della società¹⁶.

Nella prolusione, emergeva la progettazione di una storiografia ‘movimentista’ (e, della sua ‘dichiarata’ volontà di sganciarsi dall’*establishment* accademico ed istituzionale), impegnata, attraverso le sue ricerche concrete, nella ridefinizione dell’identità della scienza giuridica. Salvioli sottolineava che il suo recupero di autorevolezza, passava attraverso il compimento di un’operazione verità sul diritto reale, senza limitarsi a discussioni astratte sul diritto virtuale, ed attraverso l’effettiva capacità di concorrere significativamente all’intervento pubblico di riorganizzazione e ripensamento del sistema. Nella domanda di una ‘riscontrata’ capacità di portare nuovo significato al suo stesso patrimonio tramandato di competenze e di saperi, la prolusione trovava le sue espressioni più sicure.

2. *Luci e ombre del Codice liberale. Oltre la tradizione romanistica*

Salvioli, nei primissimi anni ottanta, aveva svolto il ruolo di commentatore della politica italiana, attraverso il suo osservatorio privilegiato della rassegna periodica, tenuta sulla *Rivista Europea* del De Gubernatis¹⁷.

¹⁵ “Che cosa diverrà perciò nelle sue mani la storia del diritto italiano? Non sarà più una collezione di fatti e di date, un’esposizione di dottrine e di regolamenti isolati e senza coordinazione, ma sarà un esame delle antiche leggi patrie parallelo al movimento giuridico degli altri paesi, e quest’esame gli servirà di introduzione per la ricerca della legge di evoluzione di tutte le istituzioni pubbliche e private, e gli darà la chiave di ogni nozione storica, perché la storia nel suo scopo più elevato, nella sua vista più generale si propone appunto lo studio della sociabilità umana e le leggi non sono che le diverse tappe della società che avanza. Lo studio del diritto posto a base della civiltà rivelerà allo storico e al giurista nuovi orizzonti”, G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, cit., 101.

¹⁶ Cfr. il profilo sintetico del pensiero vichiano, che segnalava il significato straordinario di un’esperienza scientifica, capace di indagare la statica e la dinamica dei sistemi giuridici e sociali (“mente vastissima, genio poco compreso dal suo tempo e la cui gloria data dal nostro gettava nuove e feconde idee sull’origine e lo sviluppo della società e del diritto”, G. SALVIOLI, *Manuale*, cit., 127), nell’ambito di una concezione laica della storia (“l’idea del mito e l’idea ciclica delle rivoluzioni e l’assenza totale d’allusione alle istituzioni rivelate indicano uno spirito novatore e indipendente”, 127).

¹⁷ “Nel 1880-81 fui incaricato – ricordava Salvioli, nella lettera del 2 febbraio 1888, diretta al De Gubernatis – di scrivere una rassegna delle scienze economiche e sociali, ogni mese per la *Rivista Europea* di Firenze e in questo periodo scrissi alcuni articoli e parecchie recensioni bibliografiche” (*Biblioteca Nazionale di Firenze, Sezione Manoscritti, Fondo Chiappelli*). La rassegna di Salvioli, nella *Rivista Europea*, in realtà, ha avuto inizio nel 1879 e si è protratta per oltre un triennio (Cfr. *Rivista Europea*, 1879, vol. XII, 181-

Aveva segnalato la legislazione sociale dei paesi europei più avanzati, divenuta non soltanto il centro gravitazionale del nuovo diritto, ma anche il principale marcatore di differenza, che misurava la maggiore modernità dei sistemi sociali (e non solo giuridici) e l'elemento qualificante dell'agenda politica dei governi¹⁸.

Con l'avvio della prima industrializzazione, la realtà economica e sociale del paese era parzialmente mutata, rispetto all'epoca del codice civile liberale, che appariva sempre più legato al suo archetipo. Era percepito come il prodotto di un'epoca storica risalente, in cui l'egemonia sociale del dominio fondiario aveva condizionato il progetto borghese e la sua capacità di organizzare ed unificare la società. Non poteva più rappresentare il punto di riferimento di un'esperienza giuridica, che doveva aprirsi al mondo del lavoro¹⁹.

Non mancavano giuristi, che sottolineavano la necessità di un cambio di passo, rispetto all'esperienza dell'esegesi e invocavano il primato della giurisprudenza (solennemente rivendicato dai romanisti, con l'avallo di una strumentale lettura di Savigny). Restituivano un ruolo essenziale alla scienza giuridica più accreditata nel sistema, deputata a ricomporre e risistemare gli ultimi e più recenti profili del diritto nel più sicuro assetto, derivato dalla tradizione, per ristabilire un'ordinata convivenza tra presente e passato, legalità e memoria. Nel disegno salvioliano, rigorosamente anti-accademico, però, erano ampiamente superate le ragioni del più generico 'evoluzionismo'. Raccoglieva la domanda emergente di una rinnovata legislazione sociale, capace di avviare e sostenere una politica di sviluppo e di coesione²⁰.

191, 309-317, 610-625, 795-812; vol. XIII, 189-200; 1880, vol. XVII, 169-179, 534-541, 706-714; vol. XVIII, 512-528; vol. XIX, 193-207; vol. XX, 522-534; vol. XXI, 476-494; vol. XXII, 117-127, 637-650; 1881, vol. XXIII, 588-602; 898-913; vol. XXIV, 574-592; vol. XXV, 108-110, 428-440, 941-954) e alla *Rassegna Politica* (1882, vol. XXVII, 186-191, 394-401, 574-582, 772-779, 981-988). Cfr. N. VESCIO, *Istituzioni e politiche pubbliche nelle rassegne del giovane Salvioli, giornalista 'militante' nella Roma di Depretis*, cds.

¹⁸ "Alla fine del 80 feci parte per un poco – continuava Salvioli, nella stessa lettera al De Gubernatis – della redazione della Riforma, poi passai in quella del Diritto e qui fui incaricato della parte letteraria. Ne uscii in seguito alla clamorosa vendita fatta dal giornale a una società francese e seguii il Direttore Torraca, nella fondazione della Rassegna. Qui scrissi di politica specialmente" (*loc. cit.*).

¹⁹ "I codici non sono le colonne d'Ercole della scienza, ma i centri in cui deve aggrupparsi il lavoro della giurisprudenza passata, presente e futura e i punti di partenza per successive riforme", Ivi, 5.

²⁰ "Bisogna aver presente che il solo diritto romano non costituisce il patrimonio della nostra esperienza scientifica, e che il nostro vivere civile non si muove entro i confini

Nello stesso contesto (e, nella stessa ottica ‘movimentista’), poteva considerarsi altrettanto datata, l’immagine di una storiografia giuridica, impegnata nelle grandi ‘narrazioni’, che aveva ricostruito il processo di riemersione della scienza giuridica romanistica nell’epoca della rinascita economica e sociale del mondo medievale (a cui, pure, si riconosceva il merito di aver vinto la scommessa ‘istituzionale’ e di aver avviato ricostruzioni pionieristiche²¹). Era rimasta altrettanto condizionata dalla vocazione identitaria di un’esperienza scientifica, che aveva vissuto l’epopea risorgimentale, a cui aveva ritenuto di ‘contribuire’ con la ricostruzione di un patrimonio condiviso, che doveva restare un punto di riferimento determinante.

Salvioli sottolineava che era diventata necessaria una ridefinizione ‘rivoluzionaria’ dei rapporti tra storia e dogmatica giuridica, tra tradizione e diritto, che ‘richiedeva’ un rovesciamento delle gerarchie, imposte dalla tradizione (e dalla burocrazia, che gestiva i processi di riproduzione ideologica). Doveva ripensare le proprie prospettive, attraverso la ‘scoperta’ dei problemi sociali di un’epoca nuova, per ‘leggere’ la realtà effettiva del paese, in un momento, in cui il processo unitario poteva dirsi largamente concluso, e si imponevano (nella coscienza di un mondo intellettuale avanzato) le priorità dello sviluppo economico e sociale e le ragioni civili di una sua espansione progressiva.

Si liberava della mitologia accademica di riferimento della cultura giuridica ‘ufficiale’, per guardare, con il distacco prodotto dallo smascheramento scientifico, alla provvisorietà del diritto vigente, ‘restituito’ alla contingenza storica in cui era maturato²². Diventava una componente es-

del Digesto. Il diritto romano è un precedente storico, e come tale appartiene alla legislazione e alla scienza giuridica moderna, ma non può pretendere di esercitare l’ingerenza di un potere tutorio”, 13.

²¹ Cfr. il riconoscimento, non banale, dell’importanza del lavoro di Pertile (“il solo grande lavoro complesso, che segna un rinnovamento negli studi nostri”, *Manuale di storia del diritto italiano*, Torino, 1890, 5).

²² È molto significativo il rigoroso silenzio, osservato generalmente dagli storici del diritto, prevalentemente schierati su altre posizioni – con le sole eccezioni di FRANCESCO SCADUTO (*Rivista Critica delle Scienze Giuridiche e Sociali*, 1885, 270-272) e GUIDO FUSINATO (*La Cultura*, 1885, 371-374) – sulla prolusione salvioliana, che venne pressoché ignorata nel dibattito successivo; silenzio, che lasciava presagire tante resistenze, destinate a durare a lungo, pur trattandosi di un intervento, che, per spessore, si distingueva dalle abituali prolusioni, di carattere occasionale e ritualistico. Non era nemmeno considerata nella rassegna curata da A. DEL VECCHIO (*Archivio Storico Italiano*, 1888), che pure, nella premessa, accennava alla “utili discussioni e a feconde polemiche sull’indirizzo e metodo da seguirsi, tanto nelle indagini scientifiche quanto nell’insegnamento” (*Archivio Storico*

senziale del dibattito giuridico ed istituzionale, assumendosi il compito di concorrere al suo superamento, archiviando il problema dell'identificazione della scienza giuridica con la tradizione romanistica (utilizzata, come supporto identitario²³). Distante dalla celebrazione corporativa del proprio ruolo di stabilizzazione, riscopriva la 'preveggenza' epistemologica di una giurisprudenza medievale e moderna, che aveva saputo 'liberarsi' dei propri modelli, 'ignorata' dai suoi 'eredi' ultimi²⁴.

Italiano, 1890, 325), in cui venivano esaminati rapidamente, pur senza entrare nel merito, i saggi recenti di Abignente, Brandileone, Pertile, e non mancavano consensi alle tesi tradizionaliste del Tamassia ("alcuni criteri generali si trovano brillantemente esposti in un breve scritto intitolato *Il diritto nella vita italiana* del prof. Tamassia, il quale si ferma soprattutto a rilevare l'opera costante della civiltà romana, che stà nel tesoro delle sue leggi, dimostrando come la vita giuridica italiana, si muova sempre nell'ambiente romano", cit., 325-326). Appena un cenno, di mera cortesia (se si considera l'orientamento del romanista) si legge in B. BRUGI, *I giureconsulti italiani del secolo XVI*, in *Archivio Giuridico*, 38, 1903, vol. LXX, 249. E, anche tra i giuristi, non ha avuto maggiore fortuna, ricordata soltanto dal FILOMUSI GUELFI (*La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, Roma, 1887, 27), dal VADALÀ PAPALE (*La scienza del diritto civile*, Catania, 1885, 37-41), e, in un breve accenno del POLACCO (cfr. la recensione al saggio di G.P. CHIRONI, *Sociologia e diritto civile, Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1886, vol. I, 42-45), del CUTURI (*Delle recenti discussioni sul metodo nello studio del diritto civile, Archivio Giuridico*, 20, 1888, vol. XXXIX, 307) e di G. MOLTENI (*I nuovi orizzonti del diritto civile, Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, 9, 1901, vol. XXVI, 380-381).

²³ "Questo elemento – lo diciamo subito – è il diritto scientifico che si forma nelle scuole d'Italia dopo il secolo XIII e che a poco a poco, addattandosi ai diversi paesi si allargò e divenne il sostrato del diritto comune di gran parte d'Europa. Trascurando lo studio di esso si corre facilmente il rischio di cambiare la parte che spetta ai tre grandi diritti e di elevare in ispecie il giure romano a un posto che non sempre ha ragione di tenere", 9.

²⁴ Nelle pagine della *Rassegna Settimanale*, a cui Salvioli collaborò, venne segnalato positivamente il progetto Pericoli, relativo alla tutela degli operai, rispetto agli infortuni sul lavoro, in un articolo, che sottolineava la preoccupante *escalation* degli incidenti per l'impetuosa crescita dell'edilizia e la scarsa preveggenza osservata nei cantieri, denunciando le scontate resistenze di una cultura giuridica allineata, rispetto al principio dell'inversione dell'onere della prova, non in linea con la tradizione romanistica ("non ci nascondiamo che tutto ciò debba far rizzare i capelli a tutti i devoti della scolastica avvocatessa, i quali grideranno che così facendo si turba l'economia dei nostri codici, che si mette sossopra il sistema probatorio. Ma e per un bisogno sociale, vero, sentito, innegabile è duopo fare un'innovazione alle leggi esistenti o una piccola ferita al sistema probatorio, non troviamo che vi sia da spaventarsi, dacché le leggi nuove si fanno per provvedere a un bisogno nuovo e perché sono diventate necessarie", *I danni degli operai e la responsabilità degli intraprenditori*, in *Rassegna Settimanale di Politica, Scienze, Lettere ed Arti*, 29 dicembre 1878, vol. II, n. 26, 438). Quando venne presentato un nuovo progetto di legge, firmato anche da Minghetti, Luzzatti e da Sonnino, la rivista riprese la campagna a sostegno, denunciando l'insabbiamento del testo, fra "l'indifferenza e l'avversione della maggioranza", in attesa della relazione della *Commissione*, che avrebbe riproposto i consueti *topoi* della cultura giuridica più allineata, usata come strumento di

Rivendicava il compito intellettualmente propulsivo di una storiografia, che si proponeva di esercitare un ruolo di coscienza critica della scienza giuridica, senza restare confinata nella nicchia ecologica del perimetro accademico, propria di una 'disciplinata' (se non allineata) burocrazia della memoria. Archiviava le prassi, le procedure ed i miti fondanti di un funzionariato, piuttosto elitario, per omologazione, se non per estrazione sociale, reso 'prestigioso' dalle suggestioni promanate dal fascino di una tradizione, che pretendeva di interpretare e di gestire (piuttosto che dalle sue capacità di elaborazione scientifica e/o di progettazione intellettuale). Rilanciava al mondo giuridico, la sfida delle riforme, con i suoi strumenti di analisi e di ricerca, e, attraverso un'intensa stagione di battaglie politiche e culturali, si impegnava per la crescita sociale dell'ordinamento liberale e delle sue istituzioni²⁵.

conservazione dell'esistente ("quando sarà fatta, se anche sarà mai fatta, sarà interprete probabilmente delle paure dei numerosi giuristi, che hanno gridato, e più grideranno nella discussione, contro le infrazioni dei principi fondamentali del diritto vigente: della procedura normale, della libertà dei contratti, del sistema probatorio", *La responsabilità degl'intraprenditori e il sistema probatorio*, in *Rassegna Settimanale*, 5 giugno 1881, vol. VII, n. 179, 356), smascherandone le connessioni con il blocco sociale dominante e la cattiva amministrazione della sua stessa tradizione scientifica di riferimento, che aveva costruito il proprio successo sulla capacità di leggere ed istituzionalizzare il mutamento ("i giuristi rendono un cattivo servizio al nobilissimo oggetto dei loro studi, quando, rinchiusi in un formalismo vuoto, si ostinano nel disconoscere la sostanza delle cose, nell'opporci ai necessari adattamenti del diritto ai mutati rapporti sociali. Essi così rinnegano, non imitano, la mente dei loro antichi maestri, la cui opera fu tutta spesa nel mantenere perenne la vitalità del diritto, nell'analizzare sottilmente il contenuto d'ogni contratto", 357). Sul progetto di legge, relativo all'assicurazione contro gli infortuni, cfr. C. CURCIO, *I primi passi dell'assicurazione infortuni in Italia*, *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 3-4, 1961, 467-469; G. MONTELEONE, *La legislazione sociale*, cit.; I. PIVA, *Problemi giuridici e politici della 'responsabilità' alle origini dell'assicurazione infortuni sul lavoro in Italia*, *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 5-6, 1980, 649-666; L. GAETA, *Infortuni*, cit.; A. CHERUBINI, I. PIVA, *Dalla libertà all'obbligo. La previdenza sociale da Giolitti a Mussolini*, Milano 1988; V. STRINATI, *La responsabilità degli imprenditori e la Cassa Nazionale di assicurazione per gli operai contro gli infortuni sul lavoro: iniziative legislative e dibattiti parlamentari (1879-1885)*, *Le Carte e la Storia*, 2, 2007, 158-174; F. QUARANTA, *Le origini dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (testimonianze vercellesi)*, *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2013, n. 3, 297-323.

²⁵ "Sebbene le condizioni storiche che determinavano alcuni principii giuridici, siano scomparse, tuttavia spesso accade che detti principii giuridici, siano passati nel patrimonio delle nuove generazioni, e ci retino come parti spurie che non hanno una vitalità propria, ma ne traggono una fittizia dal vigore della legge e dell'istituto a cui sono inerenti. Spesso finiscono per isterilire o debilitare la parte della legge buona e intralciare il progresso giuridico, dimodoché rendesi urgente di sopprimerle e liberare la legislazione

Di grande rilievo, appaiono perciò le considerazioni critiche sulle scelte legislative più recenti, appiattite sul modello rappresentato dal codice napoleonico, recettivo degli interessi politicamente prevalenti in una società, che aveva visto l'affermazione dell'egemonia del progetto borghese, 'rispecchiata' nella ridefinizione delle architetture istituzionali. Rimettevano in discussione il progetto censitario, sostanzialmente difeso dalla cultura giuridica prevalente e dall'apparato di riproduzione ideologica dominante, aggravato dall'assenza di innovazioni legislative significative e di interventi giurisprudenziali 'rivoluzionari'.

Salvioli segnalava il paradosso dell'importazione del diritto retrodatato (con l'annessa dottrina di commento e di 'supporto'), a fronte del rifiuto della legislazione e della cultura giuridica più avanzata (senza nulla concedere alla retorica di reazione della romanistica prevalente). Era altrettanto critico sulla cultura della separatezza, ancorata alla difesa del confine disciplinare, che ispirava il 'negato' riconoscimento delle grandi trasformazioni, evidenti anche nella società italiana. Replicava ai custodi dell'ortodossia, che, proprio l'apertura sociale del sistema giuridico, avrebbe offerto nuove opportunità agli stessi giuristi, per riflettere sull'occasione – mancata dalla giurisprudenza tradizionale – di impegnarsi nella ridefinizione e nell'innovazione del diritto effettivo.

Nella sua scrittura si avverte la coscienza che si stavano prospettando nuovi scenari sull'orizzonte politico, con la ristrutturazione del progetto borghese (che, l'estensione del suffragio elettorale, in una certa misura, 'incoraggiava'). Evidentemente il consolidamento del processo unitario, completata la (ri)costruzione della macchina amministrativa e burocratica centrale, doveva passare necessariamente per il superamento di un assetto sociale ancora oligarchico, con il progressivo adeguamento di un sistema istituzionale e normativo risalente, modellato sulle esigenze della corporazione proprietaria, e il riconoscimento e la tutela del diritto del lavoro.

Salvioli è stato il più consapevole, tra gli storici del diritto della nuova generazione, nel considerare superato (politicamente, e, non soltanto, 'culturalmente') perché intellettualmente 'primitivo', elusivo, rispetto alle grandi sfide del paese (ed alle stesse potenzialità 'affermative' ed operative di un'avventura scientifica più 'produttiva'), l'impegno memorialistico, e soltanto declamatorio, per la causa nazionale. Ha maturato la coscienza che occorreva un salto di paradigma, e soprattutto, una rinno-

dalle scorie e dai detriti che il tempo ha accumulato e che sono dannoso ingombro. Fare questo non può essere compito che del metodo storico", Ivi, 18-19.

vata attrezzatura epistemologica e scientifica, per rilanciare il ruolo intellettuale e civile di un'esperienza storiografica, 'attenta' alla progettazione istituzionale e sociale, e non confinata nella dimensione identitaria della memoria.

Reputava compito principale (e prioritario) di una storiografia giuridica più attrezzata nella comprensione della statica e della dinamica dei sistemi giuridici, predisporre gli strumenti per un nuovo approccio al diritto vigente. Doveva rimettere in discussione i valori e gli schemi prevalenti nella cultura civilistica più accademica ed allineata, immersa in un'attività esegetica, blindata nella difesa di un universo giuridico, che lasciava senza garanzie e senza tutele il mondo del lavoro²⁶,

²⁶ Sulla scuola dell'esegesi, cfr. B. BRUGI, *Giuriprudenza e codici*, in *Cinquanta anni di storia italiana (1860-1910)*, pubblicazione fatta sotto gli auspicii del governo, per cura della R. Accademia dei Lincei, Milano, 1911, 1-42; AL. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquanta anni*, *Rivista del Diritto Commerciale*, 9, 1911, parte I, 285-302 (poi, in *Studi di diritto commerciale e altri scritti*, Roma, 1933, 5-33); V. SCIALOJA, *Diritto e giuristi nel Risorgimento italiano*, *Rassegna Contemporanea*, 1911 (rist., in *Studi Giuridici*, V, *Diritto Pubblico*, Roma, 1936, 1-14); N. STOLFI, *La dottrina italiana dai primi anni dell'unificazione legislativa*, in ID., *Trattato di diritto civile*, Milano, 1917, vol. I, 35, ss.; B. DONATI, *Dall'esegesi delle leggi alla scienza del diritto*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 5, 1925, 563-583; F. FERRARA, *Un secolo di vita del diritto civile*, *Rivista del Diritto Commerciale*, 38, 1939, 429-444 (ora, in *Scritti Giuridici*, Milano 1954, vol. III, 273-293); F. CARNELUTTI, *Profilo del pensiero giuridico italiano*, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 67, 1950, 1-29, ora in *Discorsi intorno al diritto*, Padova 1953, vol. II, 163-184; E. ALLORIO, *Scienza giuridica europea* (1952), ora in *Problemi di diritto*, vol. III. *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa e altri studi*, Milano 1957, 4-7; G. TARELLO, *Scuola dell'esegesi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1969, vol. XVI, 879-893; ID., *La Scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in AA.Vv., *Scritti per il XL anniversario della morte di P. E. Bensa*, Milano, 1969, 241, ss.; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano 1970, 73-106; N. IRTI, *Francesco Filomusi Guelfi e la crisi della Scuola esegetica*, *Rivista di Diritto Civile*, I, 1971, 379, ss. (poi, ripubblicato, nel volume *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 2002, 281-296); M. ROTONDI, *Cento anni di scienza del diritto in Italia*, in *Studi in onore di Carlo Emilio Ferri*, Milano 1973, vol. II, 499-516; M. GIORGIANNI, *Le 'Istituzioni' del diritto civile nella tradizione dell'esegesi*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1998, vol. LII, fasc. I-IV, 1063-1075; P. COSTA, *L'interpretazione della legge. François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, *Quaderni Fiorentini*, 1991, 367-495 (in particolare, 386-394); G. CAZZETTA, *Civilistica e 'assolutismo giuridico' nell'Italia post-unitaria. Gli anni dell'Esegesi (1865-1881)*, in *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid 1995, 399-418; A. CAVANNA, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia nell'Ottocento*, in *Cristianità ed Europa. Miscellanea in onore di Luigi Prosdocimi*, a cura di C. ALZATI, Roma 2000, vol. II, 329-345, ora in *Scritti* (1968-2002), Napoli 2007, 1203-1218; M. BARELA, R. MONTINARO, *L'interpretazione del contratto nella scuola dell'esegesi*, nel volume collettaneo *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, a cura di N.

È la ragione per cui mostrava scarso entusiasmo anche per le tentazioni accademiche di una scienza giuridica libresca, suggestionata dalla pandettistica tedesca. Rifiutava le costruzioni astratte di uno spirito sistematico, che rifletteva pur sempre una visione statica della fenomenologia giuridica, agganciata alla remota esperienza romanistica, impaludata nel conformismo politico e garante dell'ordine normativo esistente²⁷.

Dedicata alle principali preoccupazioni dell'attualità, la sua prima prolusione palermitana, centrata significativamente sul ruolo del *metodo storico nel diritto civile* (e, indirettamente, sulle opportunità ed i rischi, insiti nella rilettura di una tradizione giuridica, di cui si dovevano valorizzare gli *sviluppi*, piuttosto che le *permanenze*), si distingueva per uno spessore culturale e programmatico singolare. Mostrava un'inedita libertà intellettuale nello spirito con cui intendeva rimettere in discussione le scelte prevalenti di politica del diritto e la proiezione esterna di un mondo accademico piuttosto allineato sulle scelte del presente (e non soltanto del passato).

Era certamente strategica la scelta di uscire dal proprio ambito disciplinare, per applicare il metodo storicista non soltanto alle costruzioni storiografiche più celebrate, ma anche alla legislazione vigente e solleccitarne una ricollocazione storica, necessaria per il suo complessivo ripensamento. Denunciava la pesantezza corporativa di una mediazione giuridica, che condizionava i destini di un assetto normativo datato (pure, in presenza di una levità scientifica conclamata), legittimata dalle suggestioni della tradizione, oltre che dalle capacità di radicamento del sistema.

Distante dagli entusiasmi dogmatico-sistematici di giuristi, che si impegnavano nella riorganizzazione logico-razionale di un assetto normativo caotico, intorno ad un centro ordinante, lo storico modenese non mostrava nessuna simpatia verso un sistema chiuso in se stesso, estraneo alle dinamiche evolutive della società²⁸. Rifiutava le pretese di autosuffi-

IRTI, Padova 2000, 1-56; R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano 2002; F. MARINELLI, *La cultura del code civil. Un profilo storico*, Padova 2004; F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova 2010, 24-26, 348-352.

²⁷ Ivi, 9-10.

²⁸ Sulla svolta sistematica, cfr. N. IRTI, *Francesco Filomusi Guelfi e la crisi della scuola esegetica in Italia* (1979), in ID., *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 1982, 33-47; P. BENEDEUCE, *Questione del metodo e critica dello 'Stato indifferente' nella cultura giuridica italiana di fine Ottocento*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 13, 1983, 57-84; P. GROSSI, *La 'Scienza del Diritto Privato'. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo*,

cienza di un mondo giuridico, abituato a trovare nella propria tradizione le ragioni della sua esistenza, unicamente nella sua oggettiva vigenza, in una prospettiva che assegnava ai *sacerdotes iuris*, il compito di ricercare soltanto al suo interno i valori, i punti di riferimento e le soluzioni per ogni problema²⁹.

1893-1896, Milano 1988, 15-56; C. SALVI, *La giurisprudenza tra codice e scienze*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari 1990, 233-273 (in particolare, 234-240); P. COSTA, *op. cit.*, 395, ss; P. GROSSI, *Itinerari dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature nelle 'parti generali' di Chironi, Coviello e Ferrara* (1998), ora in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, 383-441; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari 2000, 174-195; A. BISIGHINI, L. D'ALESSANDRO, *L'interpretazione del contratto nella scuola sistematica, in L'interpretazione del contratto*, cit., 53-124; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, 13-28; F. RANIERI, *Einige Bemerkungen zu den historischen Beziehungen zwischen deutschen Pandektistik und italienischer Zivilrechtswissenschaft: die Lehre des Rechtsgeschäfts zwischen 19. und 20. Jahrhundert*, in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, 2000, 705, ss.; F. TREGGIARI, *Sistematica e metodo del caso come tecniche complementari d'istruzione giuridica: maestri tedeschi ed epigoni italiani dell'ottocento*, in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, a cura di N. PICARDI, B. SASSANI, F. TREGGIARI, Napoli 2001, 431-457; N. IRTI, *Criteri per una storia delle metodologie nel diritto privato italiano*, in *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 2002, 44-53; F. MACARIO, M. LOBUONO, *op. cit.*, 27-30; F. RANIERI, *Die Rolle des französischen Rechts in der Geschichte der europäischen Zivilrechts oder zum Aufstieg und Niedergang eines europäischen Kodifikationsmodell*, in *200 Jahre Code civil. Die napoleonische Kodifikation in Deutschland und Europa*, herausgegeben von W. SCHUBERT-M.SCHMOECKEL, Köln-Weimar-Wien, 2005, 119, ss.; F. MARTINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Bari 2009, 152-155; S. SOLIMANO, *Tra 'esegesi e sistema' ? Cultura giuridica e metodo scientifico di Francesco Saverio Bianchi (1827-1908)*, *Jus*, 2010, 57, 1-2, 203-248; E. STOLFI, *Francesco Saverio Bianchi e la civilistica italiana del XIX secolo. Il suo impegno nelle Università di Parma e Siena*, *Jus*, 57, 2010, 249, ss.; E. LACCHÈ, *Appunti sul diritto romano nella civilistica italiana dell'Ottocento. L'esempio di Francesco Saverio Bianchi*, in *Modelli storiografici tra Otto e Novecento. Una discussione*, a cura di G. NEGRI e F. LUCREZI, Napoli 2011; P. GROSSI, *Le prolusioni dei civilisti e la loro valenza progettuale nella storia della cultura giuridica italiana*, in *Le prolusioni dei civilisti*, a cura di A. CIOTTI, Napoli 2012, vol. I, XVII-XLI; M. NARDOZZA, *Manualistica e cultura del codice civile in Italia tra Otto e Novecento*, Roma 2012; G. CAZZETTA, *Codice Civile e Nazioni. Dal Risorgimento al tramonto dello Stato liberale*, in *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, a cura di P. RESCIGNO e S. MAZZAMUTO, Torino 2014, 23-39; P. CAPPELLINI, *Alle porte d'Italia: unificazione e uniformazione giuridica*, in *Il contributo italiano nella storia del pensiero, Diritto*, Roma 2012, 267-276; S. SOLIMANO, *Un secolo giuridico (1814-1916). Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*, in AA.VV., *Tempi del diritto. Età medievale, moderna e contemporanea*, Torino 2016, 319-388 (in particolare, 356-360).

²⁹ "L'esperienza ha già dimostrato che poca cosa sono pel legislatore, come pel sociologo i grandi principii, le formole sonore ed appariscenti. Egli non è chiamato a comporre costruzioni ideali, e l'uso più elegante de' principii e degli aforismi non scuserebbe lui e il giurista di aver fatto un sistema di diritto senza rispondenza alle condizioni della vita reale. Niuna costruzione giuridica o legislativa i mette insieme con un semplice e

Registrava la riproduzione di un compito meramente descrittivo del diritto, senza indagare il rapporto tra ordinamento giuridico e realtà sociale, e soprattutto, senza nessuna volontà di avviare una verifica critica sui propri presupposti (oltre che, sulle premesse del sistema giuridico), che riproduceva i limiti di una cultura giuridica, attenta a salvaguardare il peso del proprio ruolo e portata a ragionare esclusivamente secondo le proprie categorie.

Sottolineava, oltre alla crisi del culto legalistico del codice liberale, l'appiattimento sulle strutture portanti della tradizione, che si riscontrava tra i romanisti, gli esponenti della scuola dell'esegesi e i nuovi sistematori di cultura tedesca. Restavano tutti ancorati ai valori di un'esperienza giuridica superata, con un dissenso legato soltanto al metodo ed alle caratteristiche di un approccio, talvolta, culturalmente più elaborato, concettualmente più sofisticato, ma, pur sempre, elusivo rispetto alle ragioni dell'innovazione sociale.

Si trattava di orientamenti preoccupati di incasellare forme giuridiche, già determinate, da ricomporre in un assetto coerente, razionale, in una prospettiva stabilizzante (senza verificarne funzionalità e rispondenza ai bisogni diffusi ed alle esigenze reali). Erano rivolti all'inseguimento, anche piuttosto monotono, di una razionalità astratta, intesa unicamente nel senso di una precisione logica, costruzione tecnica, nell'ambito di un discorso di legalità formale, meramente accademico e scolastico³⁰.

Nella prolusione salvioliana, emergeva, invece, una coscienza giuridica, interessata alle opportunità del diritto 'correttivo', rispetto agli squilibri economici e sociali, meno succube dei testi ufficiali. Gelosa della propria indipendenza intellettuale e/o scientifica, più aperta alle istanze emerse nella società civile, insofferente verso i modelli tradizionali, con nuove sensibilità ed interessi culturali più evoluti, rispetto al bagaglio di

greggio aggregato di fatti, né col nudo empirismo, né con speculazioni oggettive, né con astrazioni", Ivi, 20.

³⁰ Salvioli riteneva sufficiente, senza la necessità di ulteriori approfondimenti, sottolineare l'inconclusività teoretica e pratica, "la povertà del ragionamento puro", e concludeva che "l'apriorismo e i concetti meccanici ed immaginari dei fenomeni e delle successioni non hanno più posto nella scienza moderna", perché la rivoluzione epistemologica aveva contagiato tutto il mondo del sapere, compresa l'analisi, la lettura e la progettazione dei sistemi sociali ("la vittoria ottenuta dalla ricerca positiva nel campo delle scienze naturali ha già irradiato i suoi benefici effetti su quelli delle scienze morali, sociali e giuridiche. La rivoluzione compiuta nel nostro secolo e particolarmente nella seconda metà, sopra i metodi di studio ha definitivamente sostituito all'idea il fatto, all'induzione la sola deduzione", Ivi, 3).

conoscenze tecniche, necessarie per un approccio esclusivamente professionale al diritto, inchiodato sulle norme e le procedure.

Salvioli sottolineava la necessità di istituzionalizzare una discontinuità scientifica e legislativa con il diritto romano, restituito alla sua originaria dimensione storica³¹, senza prolungare una fedeltà, che ipotecava la vitalità dei sistemi giuridici moderni³². Era la premessa per avviare la ricollocazione storica di consuetudini accademiche blasonate; un'operazione, che doveva diventare la premessa per la crescita di una nuova sensibilità, ostile alla riproduzione dell'apparato giuridico ed istituzionale dominante ed attenta alla revisione critica delle forme giuridiche³³.

Metteva in discussione il profilo più tradizionale della giurisprudenza, impegnata nell'adattamento e nella riconferma della tradizione, garante della propria continuità, e, perciò, del blocco sociale prevalente e rilanciava il ruolo operativo di una scienza pragmatica. Era ormai obbligata a ripensare le proprie categorie ed i propri strumenti di analisi e di lettura della realtà, nella consapevolezza che la dialettica vecchio/nuovo non dovesse essere valutata, in conformità alle categorie romanistiche, ma in rapporto alle nuove esigenze economiche e sociali. Doveva rinnovarsi a partire dalla disponibilità a riconoscere (ed a riparare) il danno derivato dalla loro diffusa sottovalutazione, resa ordinaria da un'educazione esclusivamente dottrinale, distante dall'osservazione sociale, ritenuta esterna e/o estranea ai compiti ed ai progetti del giurista.

3. *Alla scoperta del diritto vivente. Una scienza giuridica storicista, di segno antagonista*

Salvioli proponeva un'impresa di ricollocazione storica della codifi-

³¹ Ivi, 9-10.

³² "L'inconveniente, a cui alludo, è quello che consiste nel prendere istituti e principi della giurisprudenza romana e nel tentare di acclimatizzarli nelle nostre leggi e nella nostra vita moderna: errore funesto che potrebbe porre la legge in contraddizione colla società e rendere quella un ostacolo al progresso tanto sociale che scientifico", Ivi, 9.

³³ "Quando parliamo di storia non intendiamo che la ricerca si debba limitare al diritto romano, ma è necessario investigare con possente cura ed amore tutto l'ulteriore svolgimento del nostro diritto fino ai giorni nostri; ché non vi è parte, direi quasi, delle nostre istituzioni giuridiche che sia rimasta tal quale l'avevano disciplinata i Romani e non abbia anzi subito trasformazioni più o meno ampie, più o meno radicali, per non dire degli istituti affatto nuovi che corrispondono alle nuove condizioni di civiltà fatte ai popoli moderni", 14-15.

cazione, che non intendeva ripristinare il primato corporativo della giurisprudenza e della sua mediazione, rispetto agli interventi del legislatore (ispirati dalle necessità del momento, inevitabilmente parziali e settoriali). Era piuttosto interessato a restituire vitalità ad un ordine giuridico, che doveva rispondere, più che alle sue prestigiose tradizioni, alle esigenze di crescita di un paese, in cui stavano tramontando le antiche egemonie. Riteneva prioritario ricostruire un ordinamento normativo, in grado di sostenere un processo di sviluppo e di integrazione, attraverso la diffusione del benessere, che avrebbe dovuto coinvolgere tutti i soggetti sociali³⁴.

È la ragione principale per cui si mostrava perplesso sui progetti di ricomposizione logico-razionale, rigorosi sul piano organizzativo, ma distanti dalle preoccupazioni più pressanti. Erano condizionati dall'esigenza prioritaria di restituire un ruolo centrale alla componente accademica (e non giurisprudenziale), mettendo in rilievo il logicismo, privilegiato sulla creatività movimentista. Rivendicavano il compito di garantire *ex cathedra* l'armonia del sistema, contrapponendo la donelliana centralità del giurista, rispetto alle spinte innovative del legislatore. Salvioli privilegiava una progressiva revisione delle categorie e degli istituti principali del diritto privato moderno, storicamente determinati e condizionati ("liberare gli istituti giuridici dalle forme arcaiche, che non hanno più ragione di esistere – è il *leitmotiv* di tutta la prolusione – posarli nel loro ambiente, indicare dove si deve riformare").

Discorso, che superava le coordinate di un approccio formalistico, guardando ai risultati delle scienze sociali, per rimodulare i contenuti di un impegno storiografico esclusivamente archivistico ed erudito (rinserto, all'interno di una tradizione, che evocava, gestiva e riproponeva). Dedicato al biografismo, era esercitato sulle glorie della giurisprudenza italiana, oltre che alla ricerca ed all'amplificazione della persistenza dell'esperienza romanistica nel mondo alto-medievale³⁵. Documentava

³⁴ "Lo studio del diritto posto a base dello studio della civiltà rivelerà allo storico e al giurista nuovi orizzonti, in quantochè le variazioni capitali del diritto provenendo sempre ed infallibilmente da variazioni capitali nello stato degli elementi sociali, traducono e riflettono esattamente le evoluzioni che attraversa un popolo", 21.

³⁵ Era diffusa la ricerca della sopravvivenza degli istituti di diritto romano nel mondo medievale, in polemica con gli storici tedeschi, con l'uso strumentale di una filologia, utile alla causa nazionale. È il motivo conduttore dell'attività storiografica di Pasquale Del Giudice, che studiò *Le tracce di diritto romano nell'editto longobardo* (*Rendiconti dell'Istituto Lombardo*), 1885, 451-461, in cui veniva sottolineato l'influsso delle norme romane, sia sul testo di Rotari (riscontrato non solo nel prologo, ma anche nel diritto familiare e successorio), che sugli editti dei successori, in contrasto con Brunner, che aveva

l'eternità di una tradizione 'insuperabile', egemone anche in condizioni

sostenuto l'assoluto predominio germanico nelle regioni settentrionali della penisola (cfr. M. LUCCHESI, *La scienza e/è la vita. Prime note su Pasquale Del Giudice*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 81, 2008, 149-195; le 'voci' di M. CARVALE, *DBI*, vol. XXXVI, 1988, 610-613; M. LUCCHESI, *DBGI*, Bologna 2013, vol. I, 736-737). Sulla stessa interpretazione, ma con maggiore determinazione, si spinse il Tamassia, che dedicò grande impegno alla rivendicazione delle ragioni della romanità, che pure in epoca alto-medievale gli sembrò protagonista. Nel saggio sul problema dell'alienazione degli immobili, insisteva sul graduale recupero di importanti istituti giuridici romani (il testamento e l'ipoteca), necessari alla sopravvivenza di un'organizzazione sociale più evoluta ("sotto Liutprando – rilanciava – la civiltà romana continua la sua vittoria; il re stesso arieggia la maestà del monarca romano, e le leggi sentono continuamente l'influenza delle idee nuove, che modificano le costumanze barbare", *Le alienazioni degli immobili e gli eredi secondo gli antichi diritti germanici e specialmente il longobardo*, Milano 1885, 240, su cui cfr. la recensione, di taglio critico, redatta da F. SCHUPFER, in *Nuova Antologia*, 1885, vol. LXXXIII, 399-400). Si spingeva anche oltre il dettato normativo e ricercava, nelle vicende della prassi, la persistenza degli istituti romani, che riteneva evidente perfino nella configurazione del modello proprietario ("la proprietà longobarda – spiegava – si presenta a noi chiarissimamente coi caratteri del vero diritto romano, giacché l'esempio de' vinti tolse e disturbò la naturale evoluzione di questo istituto e lo condusse dalle sue prime forme alle ultime e più perfette cui era giunto in Italia", cit., 192). Nelle ricerche sulle *Fonti dell'editto di Rotari* (Pisa, 1889), enfatizzava l'influenza romana sulla normativa longobarda e tentava di rovesciare la tesi di Brunner sulla natura esclusivamente germanica dell'editto, con argomenti più formali, che sostanziali, insistendo su affinità, assonanze, similitudini, che, tuttavia, non escludono le profonde diversità ("Ti manderò fra breve l'Editto – scriveva, il 27 gennaio 1889, a Luigi Chiappelli – quasi rivendicato alla romanità; è un lavoro che mi seduce, ma mi opprime per la mole ingente delle ricerche", Dal carteggio Tamassia-Chiappelli, *BNF, Fondo Chiappelli*, 11, 4. Sul Tamassia, cfr. la 'voce' di C. VALSECCHI, *DBGI*, vol. II, 1928-1930). Salvioli, nel suo *Manuale di storia del diritto italiano*, prese le distanze anche da un conformismo ideologico, che gli sembrava scientificamente superato, minimizzando gli elementi 'romanistici' ("trattasi piuttosto di frasi e modi di dire usati nel linguaggio di quel tempo", 52), che non investivano la sostanza dell'Editto ("tutto ciò non scema però l'autonomia, l'indipendenza e anche l'originalità del diritto longobardo, il quale resta sempre il più completo, il più ragionato, chiaro e preciso nell'espressione, il più astratto e illuminato nelle leggi germaniche", 53). Di maggiore spessore, il lavoro giovanile di Brandileone, che coniugava la lezione erudito-filologica del Capasso, con il vichismo del Peperè, corretto attraverso un più marcato interesse per la tecnica giuridica, che sottolineava le matrici romanistiche della normativa normanno-sveva (cfr. *Il diritto romano nelle leggi normanne e sveve del regno di Sicilia*, Torino, Bocca, 1884, che, nella premessa, specificava che il suo testo era "inteso a determinare sine ira et studio la parte vera fatta al diritto romano nella composizione delle leggi dei nostri re normanni e di Federico II", VIII, e, in varie occasioni, si soffermava sulle norme "tolte di peso dal diritto romano", 23, oppure, sulla presenza determinante del modello romanistico, 26-27), riscontrate anche nella politica di accentramento, perseguita dalla monarchia meridionale, che sottolineava il paradigma unitario vincente, un sistema celebrato, proprio in nome della fedeltà ai suoi modelli risalenti, dei suoi risultati politici ("quella forte unità di regno...va precisamente in molta parte dovuta all'aver essi opportunamente richiamato

storiche e politiche subalterne, e si preoccupava di consolidare le ragioni della continuità, ma anche, nello stesso tempo, la propria subalternità verso la tradizione, senza riconoscerne autenticamente lo spirito innovativo³⁶.

Gli studi storico-giuridici dovevano lasciarsi alle spalle le suggestioni della storiografia ‘idealistica’³⁷, che isolava il diritto dagli altri sistemi sociali, per considerarlo invece il ‘profilo’ emergente di un’organizzazione politica e di una realtà economica prevalente. Salvioli riteneva essenziale per la storiografia giuridica non disperdere il senso più autentico della propria *mission* nelle operazioni di riempimento erudito, altrettanto elusive, rispetto alle ragioni più autentiche dell’ambientazione storica, e assolutamente inutili per orientare un processo di riforma del diritto vigente³⁸.

in vita i principii romani relativi alla costituzione dello Stato, al diritto penale ed al procedimento dei giudizi”, VIII) e della sua funzionalità concreta e sperimentata al disegno assolutista di sovrani, che, sebbene stranieri, si presentavano – con il gradimento dello storico salernitano – come restauratori della romanità (“discorrere i precetti e gl’istituti tolti dal diritto romano nelle leggi normanne e sveve, e far vedere come l’accettazione di quei principii fosse stata non ultima ragione dello splendore politico, economico e letterario di quel periodo della storia nostra”, p. 88). Sul Brandileone, cfr. I. GALLO, *Francesco Brandileone. Un giurista tra filologia e storia*, Salerno, 1989; la ‘voce’ di M. CARVALE, *DBGI*, vol. I, 331-333. Sulle dominanti preoccupazioni identitarie della storiografia giuridica italiana, dell’epoca post-unitaria, cfr. A. MAZZACANE, *Scienza e Nazione. Le origini del diritto italiano nella storiografia di fine Ottocento*, a cura di G. DI COSTANZO, Napoli 1990, 115-132; *L’insegnamento della storia del diritto italiano medievale e moderno. Strumenti, destinati, prospettive*, a cura di P. GROSSI (Atti dell’Incontro di Studio, Firenze, 6-7 novembre 1992), Milano 1993; M. MARTINEZ NEIRA, *Sobre los origines de la historia del derecho en la Universidad italiana, Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 2004, 7, 117-154; e soprattutto, A. SPINOSA, *Storia del diritto e costruzione dell’identità nazionale*, nel volume *Retiche dei giuristi e costruzione dell’identità nazionale*, a cura di G. CAZZETTA, Bologna 2013, 341-384; e di R. VOLANTE, *Negare il medioevo: Romanesimo e Germanesimo tra Otto e Novecento*, ivi, 385-424.

³⁶ Cfr., invece, per una lettura di segno opposto, il passaggio di Brugi, che ricorreva appunto all’autorità di Savigny, per istituzionalizzare il paradigma continuista (“la scuola storica avea mosso, in ispecie col Savigny, dalla grandiosa dimostrazione della continuità del diritto tra il mondo romano e il diritto moderno attraverso il medio-evo”, *I Romanisti della Scuola Storica e la sociologia contemporanea*, in *Il Circolo Giuridico*, 14, 1883, 151-167).

³⁷ “Poiché si credesse che il diritto non uscì come Minerva armata dalla fronte di Giove, non è una norma assoluta o un’istituzione generica, ma un organismo prodotto da una serie di fatti e di esperimenti legato alla società, alle abitudini ai costumi e alla costituzione stessa di ogni nazione, all’indole dei luoghi, privo perciò di un’esistenza isolata e indipendente, era necessario che nel dominio delle scienze morali prevalessero altri metodi di ricerca, e si abbandonassero i concetti a priori nell’investigazione e nell’analisi”, G. SALVIOLI, *Il metodo storico*, 4.

³⁸ “Altri poi non volendo questioni con la metafisica, non entravano nel campo delle

Reputava, invece, più opportuno ‘suggerire’ il recupero di istituti medievali, di stampo germanico, più funzionali, per la maggiore apertura sociale, rispetto alle categorie romanistiche, alla rinascita dell’agricoltura meridionale³⁹. Rovesciava clamorosamente le gerarchie tra romanesimo e germanesimo, istituzionalizzate dal conformismo accademico dominante, per correggere i limiti strutturali di una legislazione, ancorata all’egemonia del dominio fondiario.

Salvioli ridefiniva il programma di una storia del diritto, rinnovata dal lavoro interdisciplinare, essenziale come indispensabile strumento di crescita epistemologica e scientifica del mondo giuridico. Doveva essere ‘istruito’ sull’ermeneutica dei sistemi giuridici, attraverso la rilettura dell’esperienza medievale e moderna (richiamando un’intuizione del maestro Francesco Schupfer, attento al dinamismo intellettuale di glossatori e commentatori, capaci di distinguere tra vecchio e nuovo, e di innestare, sulla trama del diritto romano, nuovi istituti, ‘trasmessi’ alla modernità⁴⁰). Rimetteva al centro le innovazioni normative ed istituzionali, che avevano rivoluzionato i sistemi sociali, per indicare un metodo, un percorso, una strategia istituzionalmente più ‘opportuna’, perché socialmente preferibile⁴¹.

leggi antiche che come raccoglitori di notizie e servendosi dei metodi dell’antiquariato, tutto lasciavano composto e indigesto, limitandosi alla nuda collezione e narrazione... semplice e gretta collezione di fatti e di date che aveva riscontro nei modi con cui gli antichi naturalisti studiavano la flora e la fauna”, 3-4.

³⁹ “Questa proprietà individuale dei Longobardi – avrebbe scritto nel suo *Manuale* – non era così esclusiva né rigida come presso i Romani” (379), che riemerse con il rinascimento giuridico, organico al nuovo blocco sociale, emerso nell’epoca comunale (“con Bartolo si affermò il carattere illimitato della proprietà, esclusivo, individualista, che comprendeva il dominio diretto e l’utile; e i suoi successori l’interpretarono nel senso più largo di abuso senza utilità”, 381). Salvioli, nelle edizioni successive, in coerenza con le battaglie ‘socialiste’ degli anni novanta, accentuò le critiche agli abusi perpetrati dal baronaggio meridionale, ed all’indifferenza delle classi politiche dello stato liberale, che non avevano attuato una politica seria di riforme (“l’antico demanio popolare è stato in gran parte rapinato: i baroni si erano arricchiti delle sue spoglie usurpando selve, terre, conculcando ogni giustizia, seminando germi di odio tra le popolazioni rurali. E in ultimo, sugli ultimi avanzi, nel mezzogiorno si gettò famelica la borghesia, che cercò di accaparrare i demani che Giuseppe Bonaparte aveva voluto restituire agli agricoltori”, G. SALVIOLI, *Trattato di storia del diritto italiano*, Torino, 1908, 511).

⁴⁰ “E un nostro illustre scrittore, il prof. Schupfer, giustamente osservava come non basterebbe studiare questo diritto nelle leggi, ma converrebbe insieme ritornare alla nostra vecchia giurisprudenza, senza di chè la storia del nostro diritto rimarrebbe monca ed incompleta”, Ivi, 95.

⁴¹ “Anche ultimamente, non so chi, notava nell’Archivio Giuridico diretto dal mio dotto ed indefesso amico il prof. Serafini, che ora che abbiamo un Codice da noi, e più

Era stato proprio lo storico veneto, perplesso sulle anguste prospettive della scuola dell'esegesi (che mostrava scarsa autonomia, rispetto alla recente codificazione⁴²), a proporre, nei suoi corsi di diritto romano, un modello scientifico, capace di implementare continuamente la propria vitalità. Aveva saputo non soltanto utilizzare le dinamiche evolutive dell'esperienza romanista, ma anche 'replicarne', nell'epoca della rinascita della società medievale, le costruttive 'sperimentazioni'⁴³, senza appiattirsi sulla mitologia del diritto romano e sulla celebrazione più comune della sua longevità⁴⁴ (nel testo salvioliano, ricorre anche un isolato riferimento

vita politica e leggi nuovissime, sarebbe giunto il tempo di aprire una scuola nostrale di commentatori; e se trovava da appuntare i lavori di quell'insigne giureconsulto che è certamente il Mazzoni, ciò era soltanto perché in lui non è tutto schiettamente italiano aggiungendo che in Italia non abbiamo se non poco di più di qualche nobile tentativo fatto in questo senso. Il che è vero; ed io pure precorro col desiderio al momento in cui la scuola giuridica italiana avrà ripigliato le sue vecchie tradizioni", F. SCHUPFER, *Le donazioni tra' vivi nella storia del diritto italiano*, Firenze, Tip. Niccolai, 1871, 60.

⁴² "Non basta però a tal uopo lo studio del diritto romano, che certo è tanta parte della nostra civiltà: ma insieme è necessario investigare con pazienza, cura ed amore tutto l'ulteriore svolgimento del nostro diritto fino a' di nostri; chè non vi ha parte, direi quasi, delle nostre istituzioni giuridiche, che sia rimasta tal quale l'aveano disciplinata i Romani, e non abbia anzi subito trasformazioni più o meno ampie, più o meno radicali, per non dire degli istituti affatto nuovi, che corrispondono alle nuove condizioni di civiltà, fatte ai popoli moderni", F. SCHUPFER, *Le donazioni*, cit., 60.

⁴³ "Aggiungo eziandio che non basterebbe studiare questo diritto nelle leggi, ma converrebbe insieme ritornare alla nostra vecchia giurisprudenza, senza di che la storia del nostro diritto rimarrebbe monca ed incompleta. Certamente quei vecchi giureconsulti prendeano le mosse dal diritto romano, ma non si fermavano ad esso. Simili in questo ai prudenti dell'antica Roma, anch'eglino, pur interpretando la legge, faceano ben altro che chiarire il senso recondito, anzi cercavano di adattare e coordinare alla legge il diritto nuovo quale si andava svolgendo nella vita. Che se talvolta contorcevano il senso della disposizione legislativa, non per questo conviene tacciarli d'ignoranza, come si afferma pettorutamente anche oggidi da qualche ignorante: anzi e' lo facevano con deliberato consiglio appunto per servire alle esigenze della vita, che era ben qualche cosa di più e di meglio che non la sapienza civile di un mondo che almeno in parte era morto. Né la loro autorità si riduceva a poca cosa: anzi la communis opinio era legge pel giudice non altrimenti dei responsi degli antichi prudenti; ed ecco come i nostri giureconsulti entrino come un elemento affatto essenziale nello sviluppo storico del nostro diritto, a segno ch'io non esito a dire non conoscere punto la storia del gius in Italia chi non ne conosce e non ne ha sviscerato gli scritti. Ecco adunque il nuovo indirizzo a cui vorrei ricondotti gli studi giuridici. Si tratta infine di ripigliare il filo oramai interrotto delle nostre tradizioni giuridiche, e se m'accinsi al presente lavoro, e' fu precipuamente con questo intendimento", F. SCHUPFER, *Le donazioni*, 60.

⁴⁴ "Il gius romano adunque non vuol essere, dirò io pure col BROCHER (*De l'enseignement du droit romain*, Losanna, 1867, 63), un risultato ma una lunga elaborazione, non un sistema, ma una genesi, non un museo dove si offre all'ammirazione degli allievi e alla loro imitazione delle opere compiute e perfette, ma un opificio, dove si mostri ad essi la serie delle operazioni necessarie per creare il prodotto che si vuole ad essi far conoscere", VIII.

al saggio di Melucci⁴⁵, dedicato al metodo del diritto civile ed al lavoro di Erio Sala, uno dei suoi maestri modenesi⁴⁶). Rappresentava il modello più sperimentato, che poteva 'insegnare', attraverso la sua esperienza storica, l'osservazione del suo successo, grazie al sapiente adattamento delle norme giuridiche, attraverso l'abbandono delle forme caduche ed usurate⁴⁷.

Salvioli mostrava grande diffidenza verso la cultura giuridica prevalente, che, per appartenenza e formazione, considerava estranea, se non ostile, ad un programma di radicale rinnovamento istituzionale e legislativo (su cui, una storiografia rinnovata, avrebbe dovuto 'investire' le proprie competenze specifiche). Restava organica alle egemonie sociali dominanti e istruita sulla base di modelli encomiastici, che rientravano nel repertorio della letteratura del consenso e della legittimazione storica del nascente stato nazionale.

Di grande interesse – anche, per la sua singolarità nel dibattito intellettuale e scientifico dell'epoca – la clamorosa presa di distanza dal progetto savigniano. Aveva ostacolato la codificazione e scommesso proprio sulla gestione giurisprudenziale di un ordine giuridico, come unica garanzia di continuità, piuttosto che di crescita del sistema⁴⁸ (come sostenevano gli epigoni italiani di una romanistica, che cercava di ampliare i propri spazi istituzionali). Rifiutava il suo segno corporativo, che affidava la manutenzione del diritto ad un mandarinato, interessato esclusivamente alla conservazione dell'esistente e della propria rendita di posizione.

Era necessario, per la credibilità delle nuove politiche pubbliche, ricostruire un sistema giuridico, capace di ricomporre la frattura tra norma e prassi sociale, liberato dalle sopravvivenze e dalla mitologia romanista (alimentata da una cultura giuridica, inchiodata alle logiche di sopravvi-

⁴⁵ "Ricominciò più tardi un puro lavoro di ricostruzione e di interpretazione sulla vecchia planimetria, lavoro che dalle mani dei glossatori e di tutta la scuola posteriore ebbe un avviamento di elasticità niente affatto conforme al rigorismo dottrinario e pratico dei giureconsulti romani", P. MELUCCI, *Metodo e questioni di diritto civile. La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, Torino 1884, 50-51.

⁴⁶ E. SALA, *Del rinnovamento dei buoni studi giuridici in Italia*, Torino 1869, 43, ss.

⁴⁷ "Come avverte il KELLER (*Pandekten*, Lipsia, 1861, 21), non basta che il futuro magistrato, o il futuro avvocato sieno al corrente dei risultati ai quali fin qui ha condotto l'azione legislativa: ma è necessario ch'essi comprendano questi risultati e sappiano servirsene, che posseggano essi medesimi la forza creatrice che li ha prodotti, che sieno in grado di arrivare essi medesimi alla verità e di formarsi una propria opinione. A tal uopo l'anatomia del diritto non è sufficiente, ma occorre conoscerne anche la fisiologia, le forze che creano le forme, per indovinare le forme che si sottraggono all'osservazione e prevedere quelle che non esistono", IX.

⁴⁸ Ivi, 5-6.

venza accademica⁴⁹). È la ragione per cui la nuova coscienza storiografica avrebbe dovuto promuovere una ricollocazione storica della codificazione, proprio perché recettiva di una lunga tradizione, da considerare esclusivamente come un punto di partenza per successive riforme⁵⁰, in

⁴⁹ “Siccome ogni legge è il prodotto e lo sviluppo vagamente elaborato di legislazioni precedenti, ne consegue che generalmente per forza di inerzia qualche cosa del passato e qualche traccia d’istituzioni scomparse siano rimaste in eredità ai codici moderni. Sebbene le condizioni storiche che determinavano alcuni principii giuridici, sieno scomparse, tuttavia spesso accade che detti principii siano passati nel patrimonio delle nuove generazioni, e vi restino come parti spurie che non hanno vitalità propria, ma ne traggono una fittizia dal vigore della legge e dell’istituto a cui sono inerenti. Spesso finiscono per isterilire o debilitare il resto della legge buona e intralciare il progresso giuridico, dimodoché rendesi urgente di sopprimerle e di liberare la legislazione dalle scorie e dai detriti che il tempo ha accumulato e che sono dannoso ingombro. Fare questo non può essere compito che del metodo storico”, 18-19.

⁵⁰ Sul codice civile liberale, cfr. A. AQUARONE, *L’unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960; R. NICOLÒ, *Codice. III. Codice civile*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano 1960, vol. VII, 240-244; G. D’AMELIO, *Pasquale Stanislao Mancini e l’unificazione italiana nel 1859-1861*, *Annali di Storia del Diritto*, 5-6, 1961-1962, 159-220; P. UNGARI, *L’età del Codice Civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967; F. SANTORO PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in AA.VV., *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milano, 1968, vol. II, 1036-1043; V. PIANO MORTARI, *Unità politica e unità giuridica*, *Siculorum Gymnasium*, n.s., 22, 1969, n. 1, 1-14; P. UNGARI, *Per una storia dell’idea di codice*, *Quaderni Fiorentini*, 1, 1972, 207-227; G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successivi*, in *Atti del Convegno sul tema ‘Napoleone e l’Italia’*, Accademia Nazionale dei Lincei. Problemi attuali di scienza e di cultura, Quaderno n. 179, I, Banfi, Roma 1973, 175-216; A.M. PRINCIGALLI, *La vicenda della codificazione*, in N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l’insegnamento*, Bari 1974, 31-34; G. ASTUTI, *La codificazione del diritto civile*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Atti del III Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto, Firenze, 25-29 aprile 1973, Firenze 1977, vol. II, 10-24; P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, *Quaderni Fiorentini*, 5-6, 1976-1977, 201-338; ID., *‘Un altro modo di possedere’*. *L’emersione di forme alternative di proprietà nella coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977; D. CORRADINI, *Le codificazioni civilistiche dell’Ottocento*, nel volume *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di S. RODOTÀ, Bologna 1977, 55-77; C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari 1979, 189-309; R. BONINI, *Premessa Storica*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1980, 199-310; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865/1942*, Bari 1985; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna 1990; R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*, Bologna 1996; S. SOLIMANO, *‘Il Letto di Procuste’*. *Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario*, Milano 2003; ID., *L’edificazione del diritto privato italiano: dalla Restaurazione all’Unità*, in *Il bicentenario del codice napoleonico*, Atti del Convegno Linceo (Roma, 20 dicembre 2004), Roma 2006; ID., *Due popoli due codici. Il dibattito sull’unificazione del diritto civile tra lombardi e piemontesi alle soglie dell’Unità (1859-1860)*, in *L’ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*. Atti del Convegno Internazionale Pavia, 11-12 ottobre

un'epoca in cui si affermavano esigenze diverse (sull'esempio della giurisprudenza medievale, che era diventata un elemento di crescita del sistema, diversamente dai suoi eredi, prigionieri delle proprie abitudini scolastiche, che contribuivano alla sua obsolescenza)⁵¹.

Nell'intervento salvioliano emergeva una concezione della storia, come strumento e momento di una liberazione progressiva del presente dal peso del passato. Recuperava le sue ascendenze illuministe, e, non a caso, cercava il suo punto di riferimento nello spirito della rivoluzione francese – con un accostamento molto significativo, al di là della puntualità dei riferimenti testuali – contrapposta positivamente alla retorica di reazione (emersa, nel clima della restaurazione), e recuperata, come strumento di istituzionalizzazione del mutamento⁵².

Gli studi storico-giuridici dovevano costruire soprattutto la consapevolezza della relatività storica di norme, istituzioni e categorie giuridiche⁵³. Riguardavano un ruolo scientifico, e soprattutto, civile, tentando di scuotere le consuetudini sociali più diffuse, gli schemi consolidati, le soluzioni più accreditate dal sistema e la pigrizia mentale, imposta dalle abitudini più radicate⁵⁴. Avevano l'occasione di incentivare la presa di co-

2002, a cura di P. CARONI, E. DEZZA, Padova 2006, 365-404; P. CAPPELLINI, *Viaggio in Italia. Code Napoleon e storiografia: uno schizzo incompiuto*, in AA.VV., *'Iuris Quidditas'. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli 2010, 21-36; A. SPINOSA, "L'economia dei codici moderni". *Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'Ottocento, Quaderni Fiorentini*, 40, 2011, 747-780; P. COSTA, *Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale*, in AA.VV., *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. CAZZETTA, Bologna 2013, 163-202; C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna 2015, 33-41; G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, 2018².

⁵¹ Ivi, 15.

⁵² "Il metodo storico mostra in questo suo compito appunto il carattere positivista e razionale che lo caratterizza. Sorto per una singolare coincidenza quando la rivoluzione francese proclamava la liberazione degli uomini dalla tradizione, l'istorismo scientifico si propone di liberare la legislazione da quei principii e istituti tradizionali che sono legati a forme politiche e sociali già tramontate e che giacciono inerti fuori dalla nostra coscienza pubblica. Tale è la missione dell'indirizzo storico nella scienza essere storici per essere rivoluzionarii nella pratica legislazione", 19.

⁵³ "Questo lavoro di purificazione e di selezione che il metodo storico porta con sé, si può giustamente chiamare di rivoluzione, giacché consiste nel liberare le codificazioni da quelle tradizioni che non hanno più ragione di essere e durano solo perché scritte nei codici senza efficacia propria", 19.

⁵⁴ "La scuola storica italiana...conta di fare questo lavoro...liberare gli istituti giuridici dalle forme arcaiche che non hanno più ragione di esistere, posarli nel loro ambiente, indicare dove si deve riformare, preparare infine quelle generazioni di dotti giureconsulti

scienza delle nuove esigenze, liberando la cultura giuridica dalla passiva sottomissione al prestigio della tradizione⁵⁵, Avrebbero, invece, depotenziato il proprio ruolo, adagiandosi sui più stereotipati motivi evolutzionistici, tanto di moda, che si appagavano di un generico rinnovamento, condizionato al rispetto delle scelte di fondo consolidate, e rinviato *sine die*, nei suoi effetti più dirimpenti⁵⁶.

È una prolusione, che documenta la coscienza dell'apertura di un'epoca nuova per la cultura giuridica (e non solo storico-giuridica) italiana, con la crescente domanda di riforme istituzionali e sociali, in sintonia con un mondo intellettuale progressista, preso dalle urgenze del presente. Rispecchiava il processo di disincanto delle nuove generazioni di intellettuali, rispetto alle suggestioni esercitate dalle mitologie celebrative risorgimentali e reclamava uno sviluppo più coerente ed esteso, in grado di unificare realmente il paese e di completare un processo di emancipazione.

Rappresentava un manifesto per una riconversione degli studi storici, attento ad intercettare soprattutto le dinamiche del dibattito istituzionale⁵⁷ (l'esame del codice civile liberale sarebbe stato costruito proprio sull'analisi del retroterra storico-sociale, con attenzione alla sua inadeguatezza, rispetto alle priorità imposte dallo sviluppo, e non con riferimento alla sua eventuale difformità, rispetto ai valori nazionali ed alle matrici culturali⁵⁸). È la ragione per cui orientava il dibattito sul 'destino'

e illuminati commentatori, i quali frugando nel passato, trovino la fiamma della vita per rianimare il nostro diritto. Così sotto la sua erudizione essa cela i metodi di ricerca delle scienze positive, e sotto la sua calma nasconde il fuoco del pensiero libero ed indipendente", 24.

⁵⁵ Ivi, 17.

⁵⁶ Ivi, 19.

⁵⁷ "La storia non va a ritroso, né vi può andare la giurisprudenza che è riflesso della vita reale quotidiana. Ma provare come istituti, disposizioni, massime abbiano il loro punto di partenza in costumi abbandonati, in aforismi fraintesi, in pratiche forensi già morte, in consuetudini giudiziarie perdute, in cavilli leguleieschi: mostrare quello che deve essere rigettato e quale conservato, stabilire il modo in cui si è formata l'odierna parte dottrinale, tutto ciò vuol dire somministrare al giurista e al legislatore sicuri criteri per apprezzare il carattere, l'indole, l'estensione delle dottrine giuridiche vigenti, vuol dire dare l'illustrazione meno fallace dei sommi principi, come delle minute disposizioni, e fornire a tutti nelle difficoltà e incertezze che specialmente occorrono per l'interpretazione di un testo e la ricostruzione di un istituto, una norma direttiva ben più sicura e autorevole di quello che possa essere un rapporto di una commissione o un discorso di un ministro", 17.

⁵⁸ "Il diritto francese è per molta parte il sustrato dei nostri codici e perciò è impossibile il voler prescindere da esso: dai codici napoleonici sono derivate le nostre leggi e

della codificazione, piuttosto che sulle sue premesse, sui suoi limiti strutturali, più che sui suoi meriti.

Nel bilancio scientifico su un intervento legislativo, che aveva superato la prova dell'unificazione del paese, l'influenza determinante esercitata dal *code civil*, rappresentava un problema per la riproduzione di un impianto giuridico socialmente superato. Erano gli stessi limiti, che presentava una letteratura scolasticamente appiattita sulla giurisprudenza francese e l'arretratezza di un dibattito scientifico, ripiegato esclusivamente sulle preoccupazioni del proprio accreditamento nel sistema⁵⁹.

Rifletteva l'affermazione del mondo borghese e della sua capacità di unificare la società, senza porsi il problema di una legislazione del lavoro e dell'inserimento delle masse nella vita delle istituzioni, piegando a proprio vantaggio una persistente, acritica, fedeltà alla tradizione romanistica. Garantiva soltanto l'ordinamento proprietario e il connesso blocco sociale di riferimento⁶⁰, in armonia con le prospettive tradizionali di una cultura giuridica astratta e dottrinarica, distante dallo spirito e dalle esigenze dei tempi nuovi⁶¹.

Giustificava anche la scelta di sottolineare la discontinuità (e non la continuità, secondo il 'vincente' schema di Savigny) tra l'esperienza romana ed il mondo medievale. Non veniva considerato lo scenario del graduale processo di riemersione del diritto romano (in nome della scontata contrapposizione tra romanesimo e germanesimo, che coinvolse il pubblico delle classi colte), a dispetto delle dominazioni barbariche. Era riletto piuttosto come strumento di superamento della sua esperienza

perciò sarebbe un errore cedere ad un falso sentimento di amor nazionale il non riconoscere la stretta parentela che lega le due legislazioni sia per molta parte del contenuto, sia per la forma. Pretendere quindi di separarle e di creare alle nostre leggi un ambiente storico isolato dal movimento giuridico d'oltralpe sarebbe un'inconcludenza e uno sforzo deplorabile ne' suoi risultati", 7.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ "Bisogna cercare e provare – avrebbe scritto successivamente, riassumendo il senso del suo piano di lavoro – come le presenti norme giuridiche nel loro lato formale siano il frutto di situazioni storiche lontane dai nostri bisogni ed aspirazioni e siano piene di quello spirito particolare delle clai che finora hanno fatto le leggi, quindi cioè acconce più specialmente ai loro interessi, al loro grado di cultura, ai loro fini", G. SALVIOLI, *Gli aforismi giuridici*, in *Scuola Positiva*, 1, 1891, 7, 295.

⁶¹ "Quanto abbia giovato alle scienze mediche l'essersi liberato dagli aforismi della scuola ippocratica, che avevano anche essi secolari consacrazioni, è cosa a tutti saputa. La giurisprudenza invece si è immobilizzata in uno stretto circolo, e si è lusingata di essere una scienza come l'astronomia e la trigonometria, solo perché aveva un numero di teoremi che sono in parte convenzionalismi di scuola o avvanzi di una civiltà difforme e diversa dalla nostra", G. SALVIOLI, *op. ult. cit.*, 294-295.

storica, attraverso la rielaborazione delle grandi scuole della giurisprudenza italiana. Doveva essere riscoperto per lo spirito innovativo con cui aveva restituito vitalità al sistema giuridico, riproposto come modello, in un momento in cui la *scientia iuris* aveva perso smalto e capacità costruttiva⁶².

Rivedere concetti, categorie, strumenti di lavoro ereditati, significava anche proporre un nuovo approccio al diritto vigente, più aderente ai problemi reali e rivolto alle esigenze concrete del paese. Delineare un metodo più comprensivo, svincolato dalle ragioni della tecnica formale (che si muoveva alla ricerca di una perfezione ideale e astratta, riprendendo acriticamente gli schemi della pandettistica⁶³), e soprattutto, più evoluto, rispetto ad un impegno esclusivamente ‘ornamentale’⁶⁴.

Nella presa di distanza da una cultura giuridica, allineata, per estrazione, formazione ed appartenenza all’ordine normativo vigente, funzionale alla conservazione dell’esistente⁶⁵, la prolusione indicava un programma di lavoro e non solo una prospettiva. Dalla riscoperta della storia, come strumento di verifica dei reali antecedenti del presente, restituiti al loro

⁶² “Non è per soddisfazione accademica, per gusto di erudizione che la storia del diritto si fissa con maggiore predilezione sul medio evo: niuna epoca è più feconda di insegnamenti. Gran parte del nostro diritto ritrova là origine e spiegazione, gran parte degli istituti giuridici trovano la loro illustrazione nello studio di quella giurisprudenza antropologica comparata”, 23.

⁶³ “Questo lavoro che ha compiuto l’avv. Cavagnari per le sostituzioni pupillari, in modo eccellente, deve essere esteso a tutte le parti del diritto e particolarmente alla parte o teoria generale che finora non è stata esaminata da un punto di vista sociale, accogliendosi quasi integralmente le dottrine delle pandette e dei pandettisti”, *Gli aforismi*, 289.

⁶⁴ “Non mi arresto a criticare l’attuale e romana teoria dei danni e delle responsabilità per gli infortuni del lavoro. Sia o no contrattuale, è certo che la legge, non ammettendo l’inversione della prova, schiaccia i deboli e assicura l’impunità al brigantaggio di certi speculatori. Auguriamoci che questa Legislatura riprenda il progetto Berti e superi le resistenze derivanti dalle tradizioni scolastiche e regoli con altri principii questa materia”, G. SALVIOLI, *I difetti sociali del Codice Civile, in relazione alle classi non abbienti ed operaie*. Discorso letto per la solenne inaugurazione degli studi nella R. Università di Palermo, il giorno 9 novembre 1890, Palermo, Tip. dello Statuto, 1890, 39.

⁶⁵ “Ai giorni attuali, in presenza dei problemi sociali che aspettano sollecite soluzioni, in presenza dei nuovi elementi che prendono tanta parte nella vita contemporanea, le conseguenze di questa esagerata fiducia nella bontà di una dottrina, gli effetti di questo principio direttivo della nostra vita legislativa ‘oltre, sì, al diritto romano, ma sempre per il diritto romano’ sono più gravi di quanto possa a prima vista sembrare. Scienza e legislazione sono per esso condannate a una quasi inerzia”, G. SALVIOLI, *I difetti sociali*, cit., 7.

contesto originario⁶⁶, si sarebbe sviluppata compiutamente la polemica salvioliana contro il codice e la legislazione liberale⁶⁷ (ma anche, contro una ‘costituzione’ sociale, che ne rappresentava la matrice e che aveva ‘istituzionalizzato’ i valori portanti del diritto⁶⁸), che avrebbe accompa-

⁶⁶ Cfr. il passaggio, in cui ricordava la necessità di una ricostruzione del sapere giuridico, che doveva essere sottratto al riservato dominio di una casta ed alle sue strategie di resistenza corporativa (“perché questa campagna faccia strada con successo e vinca le resistenze che trova nell’alta magistratura ed avvocheria... che si mantengono completamente estranee ad ogni movimento di critica e di riforma, anche superficiale e di forma, del Codice civile e mostrano di non comprendere i bisogni presenti a cui questo codice dovrebbe provvedere”, *Gli aforismi*, 289).

⁶⁷ “Se il nostro Codice civile ha tutti questi difetti sociali, non può essere la legge della nostra società, non può cooperare alla missione che ha lo Stato verso le classi lavoratrici. I monumenti storici, le tradizioni splendide del passato, le glorie del pensiero giuridico, le abitudini della educazione nostra non debbono sbarrare la via verso quelle riforme che possono migliorare lo stato presente della società e preparare quelle pacifiche evoluzioni che tiene in serbo l’avvenire”, 42.

⁶⁸ Sul contributo di Salvioli alle vicende del socialismo giuridico di fine secolo, cfr., oltre al pionieristico lavoro di L. BULFERETTI, *Le ideologie socialistiche in Italia nell’età del positivismo evolutivistico*, Firenze 1951, ed ai contributi rilevanti di P. UNGARI, *L’età del Codice Civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967; ID., *In memoria del socialismo giuridico, Politica del Diritto*, 1, 1970, n. 2, 241-278; il prezioso intervento, ancora fondamentale, di P. COSTA, *Il ‘solidarismo giuridico’ di Giuseppe Salvioli, Quaderni Fiorentini*, 3-4, 1974-1975, 467-494; le pregevoli ricognizioni di S. LANARO, *Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia, 1870-1925*, Venezia 1979, 201, ss.; e soprattutto, C. CARINI, *Cultura e politica del socialismo giuridico (1890-1900), Annali della Facoltà di Scienze Politiche di Perugia, Materiali di Storia*, 6, 1981-1982, 54-100; A. GIARDINA, *Analoga, continuità e l’economia dell’Italia antica*, premessa a G. SALVIOLI, *Il Capitalismo Antico*, Bari 1984 (ora in *L’Italia Romana. Storie di un’identità incompiuta*, Bari 1997, 323-370); gli spunti e le osservazioni, presenti nei testi di G. PINO, *Modelli normativi del rapporto di lavoro all’inizio del secolo, Politica del Diritto*, 15, 1984, 212, ss.; M. CASCIVILLA, *Il socialismo giuridico italiano. Sui fondamenti del riformismo sociale*, Urbino, 1987, 89-112; L. CASTELVETRI, *Le origini dottrinali del diritto del lavoro, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 41, 1987, 260-264; P. GROSSI, *La Scienza del Diritto Privato. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896*, Milano 1988, 9, 12, 55, 58-63, 87, 94, 106, 137, 172, 193; P. BENEDEUCE, *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra ‘800 e ‘900*, Napoli 1990; e, nei più rilevanti saggi di A. MANTELLO, *Il più perfetto codice civile moderno. A proposito di BGB, diritto romano e questione sociale in Italia, Studia et Documenta Historiae et Juris*, 62, 1996, 357-400; G. ALPA, *La cultura delle regole, cit.*, 15, 109, 118-120, 203-206, 214, 219, 268, 283, 303, 309-310, 322-324; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana, cit.*, Milano, 2000, 21, 39, 50; E.C. MAESTRI, *Alle origini della sociologia del diritto in Italia: il contributo di Giuseppe Salvioli (1857-1928), Annali dell’Università di Ferrara, Sez. V, Scienze Giuridiche*, n. s., 2001, vol. XV, 204-240; F. LUCARINI, *Scienze comunali e pratiche di governo in Italia (1890-1915)*, Milano 2003, 214, 309, 378; P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro, I, La questione del contratto di lavoro nell’Italia liberale (1865-1920)*, Milano 2006, 225, 229-234, 416-418,

gnato tutto il suo impegno scientifico e avrebbe rappresentato la cifra della sua esperienza storiografica⁶⁹.

Era stato costruito, attraverso un sistema dell'istruzione specialistica, ancora largamente censitario, l'*ethos* di una cultura giuridica tradizionalista, per appartenenza e/o per omologazione⁷⁰, prigioniera (oltre che dei suoi schemi più sperimentati e delle sue categorie abituali⁷¹) dei suoi più insidiosi meccanismi strutturali, con annesse logiche di riproduzione ideologica⁷². Doveva essere smantellato da una più esigente politica sociale, capace di riformare profondamente il sistema complessivo⁷³ (oltre agli

421, 447; G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2008, passim.

⁶⁹ “La storia del diritto italiano – avrebbe scritto significativamente, nella premessa alla nona edizione del suo fortunato *Manuale*, che può considerarsi la versione più completa e coerente con tutto il suo percorso scientifico – non è chiusa, perché il diritto è sempre in progresso con la società. La nostra è epoca di transizione: le nuove esigenze della classe lavoratrice, i mutamenti avvenuti nelle forme economiche di produzione e circolazione dei beni, il diffondersi della istruzione, l'elevarsi della moralità, l'affermarsi della libertà politica, conseguenze delle incessanti conquiste della scienza, l'invigorirsi del sentimento di solidarietà fanno avvertire che il diritto vigente è in arretrato, che più non risponde ai bisogni della società e alle aspirazioni ideali di una parte di essa. Vi è un disquilibrio che va ristabilito. Oggi la coscienza dei popoli agisce sul suo diritto più direttamente di quello che avvenisse nel passato, lo critica, e ne prepara le riforme”, G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1921, 14-15.

⁷⁰ “Nessun ceto è più affetto di atavismo – avrebbe scritto, nella più nota prolusione del 1890 – e di odio pel nuovo quanto quello dei giuristi. La parola del legislatore gli appare come il riflesso di tanta esperienza e sapienza, quanta maggiore non i potrebbe immaginare. La sua educazione lo ha immobilizzato in un cerchio di idee, di dottrine, di teoremi tracciata da due mila anni sono e non intende uscirne. La storia del pensiero non ricorderà fedeltà maggiore, verso un patrimonio di idee, quanto quella dimostrata dai giuristi verso il diritto romano, e noterà allora anche la parte di responsabilità che spetta alla scuola in questo culto”, G. SALVIOLI, *I difetti sociali*, cit., 6.

⁷¹ Cfr. il riferimento all'attuale “educazione scientifica composta di principii spesso accolti e venerati per la suggestione della tradizione, cosicché spesso gli orizzonti intellettuali del magistrato sono limitati più di quello che siano presso un giurato mediocrementemente colto”, 146.

⁷² “È anco a notare che i magistrati escono quasi esclusivamente dalle file della borghesia; sono carne della sua carne, ne riproduce tutti i vizii, le tendenze e ne sentono tutta l'influenza... Ed è per questo motivo che i giudici distribuiscono senza misericordia pene severissime tutte le volte che hanno a giudicare reati contro la proprietà, e inclinano a trovare attenuanti e discriminanti per altre fattispecie criminose”, G. SALVIOLI, rec. di F. DE LUCA, *L'evoluzione e la giuria*, in *Il Circolo Giuridico*, 1893, n. 1, 146.

⁷³ “Finché l'istruzione secondaria e superiore non sarà completamente gratuita, e riservata ai più degni, non sarà possibile pensare ad avere una magistratura indipendente, degna di avere nelle mani la libertà degli uomini e superiore a qualsiasi interesse di classe”, G. SALVIOLI, *op. ult. cit.*, 146.

istituti processuali e penitenziari vigenti, estremamente risalenti⁷⁴), per ‘produrre’ una giurisprudenza più sensibile, in grado di incidere sull’apertura sociale delle istituzioni⁷⁵.

⁷⁴ “Ormai si impone una riforma vasta che deve abbracciare la procedura ed i sistemi penitenziari ed uscire dai tracciati delle antiche pratiche”, 147.

⁷⁵ “Invece di arrestarsi alla contemplazione di forme vecchie e sterili, invece di correr dietro alle leggi di una civiltà così diversa dalla nostra, i giuristi devono, liberi dai pregiudizii, rendersi conto delle condizioni del loro tempo e alla stregua di queste esaminare se i Codici non solo ad esse rispondono, ma se elevino, le perfezionino, se possano cooperare all’avvento di quelle idealità sociali che si vanno maturando e dalle quali eromperà il diritto dell’avvenire. Nessun compito più importanti essi hanno in questo momento quanto quello di ricercare se il legislatore ha compiuto i suoi doveri sociali verso le classi diseredate e le classi operaie, e in qual modo egli possa contribuire ad assicurare per tutti quella giustizia, quella solidarietà, che è la grande aspirazione della nostra epoca”, SALVIOLI, *I difetti*, cit., 7.



Anna Simonati

LE COSE E I BENI.
BREVI NOTE SUL RUOLO DEL DIRITTO PUBBLICO,
FRA NOZIONI DISAGGREGANTI E
(CONTRO)TENDENZE UNIVERSALISTICHE*

SOMMARIO: 1. La distinzione fra “cosa” e “bene” e la crisi delle tassonomie. – 2. La distinzione fra “cosa” e “bene” e le tendenze universalistiche: un binomio rischioso? – 3. I beni comuni: dalla crisi delle tassonomie alla prospettiva funzionale, il ruolo del diritto pubblico come catalizzatore di flessibilità. – 4. Alcune considerazioni di sintesi e una possibile chiave di lettura metodologica.

1. *La distinzione fra “cosa” e “bene” e la crisi delle tassonomie*

È appena il caso di ricordare che, secondo l’art. 810 del codice civile, i beni sono le cose che possono costituire oggetto di diritti¹. Questa im-

* Lo spunto iniziale per la redazione di questo contributo risiede in una ricerca preliminare, svolta in occasione del Seminario di studi “Le cose e i beni” (Trento, 15 febbraio 2018).

¹ Testualmente, stabilisce l’art. 810 cod. civ. che «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti». In proposito, la dottrina è sterminata. Per limitarsi ai riferimenti risalenti, che testimoniano la lunga storia delle riflessioni giuridiche sul tema, v., per esempio: F. MAROI, (voce) *Cosa*, in *Nuov. Dig. It.*, IV, Torino 1938, 356 ss.; M. D’AMELIO, *Dei beni*, in *Comm. D’Amelio-Finzi, Libro della proprietà*, Firenze 1942; A. PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 1, 828 ss.; B. BIONDI, *I beni*, in F. VASSALLI (dir.), *Trattato di diritto civile*, IV, Torino 1956, 21 ss.; R. FRANCESCHELLI, *L’oggetto del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 1 ss.; S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1252 ss.; S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano 1962; S. PUGLIATTI, (voce) *Cosa (Teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano 1962; G. PESCATORE, *Dei beni*, in AA.VV., *Comm. cod. civ.*, III, Torino 1968; F. DE MARTINO, *Beni in generale*, in AA.VV., *Comm. Scialoja, Branca*, sub art. 810, Bologna-Roma 1976; U. NATOLI, *La proprietà*, Milano 1976; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli 1976; D. MESSINETTI (voce), *Oggetto dei diritti*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano 1979, 812 ss.; M. COSTANTINO, *I beni in generale. Cose e ordinamento giuridico*, in G.U. RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, Torino 1982, 15 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano 1982; M. BARCELONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Qua-*

postazione tuttora è formalmente riconosciuta e accettata come punto di riferimento concettuale di partenza in tutte le branche del diritto².

È ragionevole, però, domandarsi se davvero il legislatore e la dottrina continuano a riporre in quella definizione piena fiducia. Alla risposta in senso tendenzialmente negativo è piuttosto agevole pervenire anche solo tenendo conto del fenomeno generale della crisi delle tassonomie, che attualmente si riscontra in vari ambiti scientifici³. Inoltre, da un lato la progressiva scarsità di alcune risorse⁴ (percepite come tali anche alla luce

drimestre, 1987, 607 ss.; C. MAIORCA, (voce) *Beni*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma 1988, V; V. ZENO ZENCOVICH, (voce) *Cosa*, in *Digesto civ.*, IV, Torino 1989; A. GAMBARO, *La proprietà privata*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, Milano 1990; G. VISENTINI, *I nuovi beni come oggetto di garanzia*, in G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI (a cura di), *Dalle res alle new properties*, Milano 1991, 82 ss.; A. IANNARELLI, *La disciplina dei beni tra proprietà e impresa nel codice del 1942*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1993, 17 ss. Più recentemente v., per esempio: A. IANNARELLI, *Beni, interessi e valori. Profili generali*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, I, Padova 2001; M. COSTANTINO, *I beni in generale*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, I, Torino 2005, 3 ss.; M. PALAZZO, *Bene giuridico*, in *Il diritto – Encicl. Giur.*, 2007, 469 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni*, Napoli 2007; A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. Gambaro, Morello*, Milano 2008; L.G. PAPAleo, *Bene giuridico, un tentativo di definizione onnicomprensiva*, in http://www.dirittoegiustizia.it/news/8/0000048407/Bene_giuridico_un_tentativo_di_definizione_onncomprensiva.html (consultato da ultimo il 20 marzo 2020), 2010.

² A questo proposito, v. soprattutto A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu e Messineo*, Milano 2012, 2 ss. L'autore sottolinea che la disciplina dei beni contenuta nel codice civile del 1942 «corrisponde ad un grandioso tentativo di erigere una categoria generale che possa costituire il fondamento di tutto il diritto patrimoniale». Inoltre, v., per esempio, M. COSTANTINO, *I beni in generale cit.*, 7 ss.

³ A proposito del ruolo delle tassonomie (e sulla loro possibile crisi) nel diritto (in particolare, nel diritto comparato, in cui evidentemente proprio la tendenziale rigidità delle tassonomie “nazionali” trova un difficile banco di prova), v., per esempio: M. MARTINO, *Coerenza linguistica e codificazione: il ruolo selettivo e correttivo delle tassonomie*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, 79 ss.; M. CARDUCCI, “Ragione politica” della comparazione e “costituzionalizzazione” delle tassonomie (“Political reason” of the comparison and “constitutionalization” of taxonomies), in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 4, 1097 ss.; G. PASCUZZI, *Conoscere comparando: tra tassonomie ed errori cognitivi (Know by comparing: taxonomies and cognitive errors)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 4, 1179 ss.; G. RESTA, *Le tassonomie e la precomprensione del comparatista (Taxonomy of legal systems and the comparatist's pre-comprehension)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 4, 1197 ss. Inoltre, v., per esempio, A. DI NUNZIO, D. GRBAC, M. CORVEDDU, C. ROLLA, *Terminologia e tassonomia: un'esperienza in Bibliotecca (Terminology and taxonomy: a librarian experience)*, in *Informatica dir.*, 2014, 1, 193 ss.; R. GUASTINI, *Per una tassonomia delle controversie tra giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 3, 883 ss. Infine, si occupa in qualche misura della crisi delle tassonomie giuridiche anche D. MESSINETTI, *Per un'ecologia della modernità: il destino dei concetti giuridici. L'apertura di R. Nicolò a situazioni complesse*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 23 ss.

⁴ L'esempio forse più noto e studiato ha a che fare con la crescente consapevolezza della necessità di tutelare adeguatamente l'ecosistema. Per alcune interessanti conside-

di nuove sensibilità collettive)⁵, dall'altro lato il progresso tecnologico⁶ contribuiscono al dinamismo della classificazione dei beni giuridici, determinando la graduale ma inarrestabile integrazione del loro catalogo.

Ritengo, tuttavia, che sarebbe eccessivo e addirittura erroneo arginare la parziale destrutturazione della distinzione concettuale fra "cosa" e "bene" come un prodotto degli anni più recenti, che sarebbero caratterizzati, rispetto al passato, dalla crisi del diritto quale sede di delimitazione di strumenti epistemologici e, conseguentemente, di soluzione di problemi (anche) applicativi. Mi sembra, infatti, che, a ben vedere, l'intrinseco valore delle classificazioni non debba essere sopravvalutato e che la percezione della loro rigida vincolatività subisca da tempo alcune interessanti limitazioni. Ciò talora avviene non solo e non tanto nel momento interpretativo delle disposizioni vigenti, bensì già nella fase della formulazione dei precetti.

Un esempio in tal senso significativo e – credo – illuminante ha a

razioni critiche sul perdurante rilievo delle nozioni giuridiche tradizionali di "cosa" e "bene", applicate nel peculiare settore della tutela e valorizzazione dell'ambiente e del paesaggio, v., dunque, L. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, 1, 1 ss. Più in generale, per una panoramica in chiave evolutiva dell'utilizzo in dottrina della nozione di "bene ambientale", v., per esempio: M. ARENA, *L'ambiente-territorio come bene oggetto di tutela giuridica e la sua proiezione costituzionale*, in *Il foro napoletano*, 1981, 4, 3, 241 ss.; B. CAVALLO, *Profili amministrativi della tutela dell'ambiente: il bene ambientale tra tutela del paesaggio e gestione del territorio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 2, 397 ss.; A. BERRA, *Brevi riflessioni sul bene giuridico ambiente*, nota a TAR Lombardia, Milano, I, 17 gennaio 1990, n. 15. in *Riv. giur. edilizia*, 1990, 2, 1, 263 ss.; P. MADDALENA, *Ambiente. Un bene da costituzionalizzare*, in *Democr. Dir.*, 1995, 1, 339 ss.; M. TAMBUSO, *L'ambiente: un bene per tutti da salvaguardare*, in *Comuni d'Italia*, 2006, 10, 67 ss.; C. MICCICHÈ, *L'ambiente come bene a utilità collettiva e la gestione delle lesioni ambientali (The environment as a collective asset and environmental damage management)*, in *Diritto dell'economia*, 2018, 1, 41.

⁵ In proposito v., per esempio, R. FERORELLI, *Le reti dei beni nel sistema dei diritti. Teoria e prassi delle nuove risorse immateriali*, Bari 2006, nonché, in prospettiva metodologicamente analoga, R. FEDERICI, *A proposito di "cose" che non sono beni: sottosuolo e rifiuti*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 2, 311 ss., e D.E. PETRONELLA, *Il concetto di ristrutturazione edilizia: cosa o bene in senso giuridico? Nota a Cass. sez. II civ. 9 aprile 2001, n. 7909*, in *Giur. it.*, 2002, 6, 1170 ss.

⁶ Per un tentativo di applicazione della tassonomia tradizionale in un settore di recente rilievo giuridico, v., per esempio: L. CUOMO, *Beni immateriali e Internet*, in *Ciber-spazio dir.*, 2001, 3-4, 271 ss.; M.V. SERRANÒ, *"Beni" e "cose" nella fattispecie dell'e-commerce*, in *Boll. trib. inform.*, 2007, 7, 606 ss.; S. MONTALDO, *"Internet" e "Commons": le risorse della rete nella prospettiva dei beni comuni (Internet and Commons: the resources of the network from the perspective of the commons)*, in *Dir. informazione e informatica*, 2013, 2, 287 ss.; C.M. CASCIONE, *Garanzie e "nuovi beni". Sulla collateralization di nomi di dominio, pagine web, banche dati*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 3, 69 ss.

che fare con un settore ormai “classico” del diritto pubblico, quale la disciplina del patrimonio culturale. Si tratta di un’ampia gamma di disposizioni, oggi principalmente contenute nel D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, il cosiddetto “Codice dei beni culturali e del paesaggio”. Ebbene, in questa sede viene costantemente utilizzata una distinzione fra cose e beni radicalmente diversa da quella indicata nel codice civile. Precisamente, i beni culturali sono considerati formalmente tali solo dopo l’apposizione del vincolo, che li riconosce come “testimonianze aventi valore di civiltà” e ne sancisce ufficialmente la rilevanza per il patrimonio nazionale. Nel sistema normativo codicistico, sono denominati “cose”, invece, i medesimi beni, prima che tale adempimento sia stato compiuto⁷. La distinzione nel linguaggio giuridico poggia, pertanto, non sull’idoneità della cosa a costituire oggetto di diritti (*ex art. 810, cod. civ.*), ma sull’intensità del suo legame con il soddisfacimento dell’interesse pubblico.

Questo sintetico riferimento dimostra come già da qualche anno i termini tecnici (“cosa”, “bene”) stiano perdendo, in alcune circostanze, i loro connotati tipici, nonostante questi continuino a contraddistinguersi nella disciplina di portata generale e di impianto sistematico. Tale fenomeno si verifica, in particolare, nell’ambito delle discipline specialistiche e di settore⁸, ove i termini “tradizionali” vengono utilizzati con una portata semantica almeno in parte inedita, talora quasi come se si trattasse di convenzioni linguistiche prive di un’identità omogenea e storicamente sedimentata.

2. *La distinzione fra “cosa” e “bene” e le tendenze universalistiche: un binomio rischioso?*

Nel dibattito odierno sulla consistenza giuridica del concetto di “bene”, l’aspirazione al raggiungimento di una definizione unitaria e universalmente valida, a cui aderire anche in chiave applicativa, conduce spesso a risultati interessanti, ma intrinsecamente disaggreganti. Mi ri-

⁷ In proposito v., per esempio, A.C. NAZZARO, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, in *Contratto e impr.*, 2013, 4-5, 1014 ss., nonché R. DI RAIMO, *La “proprietà” pubblica degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1101 ss. e soprattutto 1109 s.

⁸ Per un altro esempio interessate e del tutto particolare – quello della progressiva configurazione delle risorse ematiche come veri e propri beni in ambito sanitario – v., per esempio, A. SCOTTO, V. VACCARO, *La passione gelata dalla scienza, in assenza del diritto: la corsa all’oro verso i nuovi beni*, in *Cons. Stato*, 2005, 3, 2, 655 ss.

ferisco, in particolare, alla graduale dis-oggettivazione della nozione di “bene”⁹, che sempre più spesso si allontana sistematicamente da quella di “cosa” e nel contempo si avvicina a quelle di “interesse” e “valore”¹⁰.

Anche limitando l’analisi al campo giuspubblicistico, è possibile individuare in tal senso vari esempi rilevanti. Si pensi, in primo luogo, al progressivo ampliamento dell’ambito della responsabilità civile dell’amministrazione: se il punto di partenza storico è rappresentato dall’affermazione dell’immunità – quanto meno nell’esercizio dell’attività autoritativa – rispetto al principio del *neminem laedere*, l’estensione della risarcibilità agli interessi legittimi (dapprima solo oppositivi e poi anche pretensivi) ha infine condotto ad una considerevole intensificazione della tutela, in particolare nei settori in cui si è rivelata maggiormente incisiva l’influenza degli ordinamenti sovra-nazionali. Infatti, è stato decisivo (come è ampiamente noto) l’apporto fornito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che ha ricostruito il diritto al risarcimento del pregiudizio subito ad opera delle autorità come uno dei “beni” in cui si estrinseca il diritto di proprietà, ai sensi dell’art. 1 del primo Protocollo C.E.D.U.¹¹. La stessa nozione di “interesse legittimo” (come pure

⁹ Sulle “nuove” categorie di beni in senso giuridico, v. per esempio: R. FERORELLI, *Le reti dei beni nel sistema dei diritti cit.*; P. D’ADDINO SERRAVALLE, *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica*, Napoli 1999; G. DE NOVA, *I nuovi beni come categorie giuridiche*, in G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI (a cura di), *Dalle res alle new properties cit.*, 13 ss.; R. MAZZOLA, *Franco Voltaggio Lucchesi: una fenomenologia del bene immateriale*, in *Riv. intern. filosofia dir.*, 2016, 1, 63 ss.

¹⁰ Nella dottrina recente, in prospettiva generale, v. per esempio in proposito: U. MATTEI, *Il valore economico e sociale della certezza giuridica*, in *Studium iuris*, 2007, 7-8, 759 ss.; U. MATTEI, *Liberalizzazioni, mercati e legalità*, in *Notariato*, 2012, 1, 5 ss.; U. MATTEI, A. HANNA FROMM, *Liberalizzazioni, mercati e legalità*, in *Notariato*, 2015, 3, 320 ss.; F. CAPELLI, *Cultura dell’etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall’economia (Come tutelare gli interessi della generalità dei cittadini e provvedere alla difesa dei beni comuni) – Parte Prima – Etica e legalità in politica e in economia: definizioni ed evoluzione storica (Culture of Ethics and Legality in a World Dominated by Politics and Economics (How to Safeguard the Interests of the Citizens and Provide for the Defense of Common Goods) – Part One – Ethics and Legality in Politics and Economics: Definitions and Historical Evolution)*, in *Dir. com. scambi intern.*, 2017, 1-2, 1 ss., nonché IDEM, *Cultura dell’etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall’economia (Come tutelare gli interessi della generalità dei cittadini e provvedere alla difesa dei beni comuni) – Parte seconda – Etica e legalità in politica e in economia nel sistema degli stati democratici (Culture of Ethics and Legality in a World Dominated by Politics and Economics (How to Safeguard the Interests of the Citizens and Provide for the Defense of Common Goods) – Part Second – Ethics and Legality in Politics and Economics inside Democratic Countries)*, in *Dir. comunit. scambi intern.*, 2017, 3, 267 ss.

¹¹ Non è questa la sede per approfondire la complessa tematica a cui si è ora accen-

è ampiamente noto) ha via via perso la rigidità che originariamente la contraddistingueva quale posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento in modo parziale e indiretto, per assumere – proprio sulla base della tesi che valorizza il suo intrinseco legame con la spettanza di un “bene della vita”¹² – caratteri vieppiù assimilabili, sul piano sostanziale e rimediabile, a quelli propri dei diritti soggettivi¹³. È significativo, poi, che in queste fat-

nato nel testo. Basterà qui segnalare come la dottrina abbia opportunamente evidenziato, anche recentemente, come sia attualmente accolta proprio la concezione del diritto al risarcimento del danno da parte dell'amministrazione come “bene della vita” individuale. Per una ricostruzione attenta dell'evoluzione, anche alla luce della giurisprudenza della Corte E.D.U., v. in dottrina, per esempio, A. GIUSTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione a centocinquanta anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2017, 1, 47 ss.; cfr. i riferimenti bibliografici ivi indicati.

¹² Il dibattito relativo alla configurabilità dell'interesse legittimo come aspirazione qualificata a un bene della vita è assai ricco e si è intensificato nel nuovo millennio, a seguito dell'ampliamento progressivo della risarcibilità agli interessi legittimi pretensivi. Peraltro, le riflessioni nella dottrina recente non sono strettamente limitate alla questione della risarcibilità, ma spaziano anche su altri profili, soprattutto connessi all'intensità della tutela a fronte della violazione da parte dell'amministrazione del dovere di assumere moduli comportamentali improntati al principio di correttezza. Fra i contributi specifici recenti, v., per esempio: S. TARULLO, *Le tutele del privato nel procedimento e nel processo tra logica di spettanza e logica di correttezza dell'azione amministrativa (The protections of the private in the proceedings and in the process between pertaining logic and logical correctness of administrative action)*, in *Dir. e processo amm.*, 2016, 3, 843 ss.; A. MOLITERNI, *Alla ricerca della risarcibilità degli interessi pretensivi: il nodo dei vizi procedurali. Nota a Cons. Stato*, V, 22 gennaio 2015, n. 252, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 6, 817 ss.; N. SPADARO, *Ancora dubbi interpretativi sul danno da inerzia. Nota a Cons. Stato*, IV, 7 marzo 2013, n. 1406 (*Interpretative doubts on the inactivity damage*), in *F. amm. C.d.S.*, 2013, 11, 3080 ss.; M.L. MADDALENA, *Danno da ritardo tra bene della vita e interesse al rispetto dei tempi del procedimento. Nota a Cons. Stato*, IV, 29 gennaio 2008, n. 248, in *Urban. appalti*, 2008, 7, 860 ss.

¹³ In un certo qual modo, dunque, può dirsi che sia stato portato a compimento quel processo di trasformazione che, prendendo le mosse da istituti specifici, da tempo ha evidenziato l'opportunità di fronteggiare la complessità dei rapporti giuridici accantonando classificazioni fondate sulla qualificazione formale delle posizioni soggettive per adottare impostazioni più “sostanzialistiche”, basate essenzialmente sull'interesse al “bene della vita” in capo ai soggetti coinvolti. Un esempio paradigmatico può essere indicato nella disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi e nella sua applicazione da parte della giurisprudenza. Infatti, a fronte di un dibattito mai realmente sopito circa la natura di diritto soggettivo o interesse legittimo dell'accesso (e nonostante la presa di posizione espressa a favore della prima tesi, assunta dal legislatore nella formulazione vigente dell'art. 22, L. 7 agosto 1990, n. 241), operativamente a tratti riemerge l'orientamento pregresso che propende per la tendenziale irrilevanza della qualificazione formale dell'accesso, stante la sua configurazione come situazione “di secondo grado”, la cui essenza si configura nella funzione protettiva dell'interesse sottostante all'istanza dell'aspirante accedente. Per un approfondimento, sia consentito rinviare, per ragioni di sintesi, ad A. SIMONATI, *I principi in materia di accesso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione*

tispecie il “bene della vita” che costituisce l’oggetto della tutela non solo corrisponda a un interesse individuale, ma rispecchi altresì valori di rilievo generale, riconducibili al principio di buona amministrazione e ai suoi corollari, che nella posizione qualificata del singolo trovano espressione.

Questi sintetici e parzialissimi riferimenti costituiscono, pare di poter dire, altrettante manifestazioni di un fenomeno di ampio respiro. Precisamente, mi sembra che frequentemente si assista alla de-materializzazione¹⁴ della natura giuridica del bene, a volte con effetti paradossali.

amministrativa, Milano 2017, 1279 ss., ove sono reperibili ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Nella giurisprudenza successiva, v., per esempio, Tar Lombardia, Milano, I, 15 ottobre 2018, n. 2292 (in *Red. Giuffrè amm.*, 2018) e Cons. St., VI, 25 agosto 2017, n. 4074 (in *Guida dir.*, 2017, 39, 90).

¹⁴ È appena il caso di sottolineare come il fenomeno ora indicato nel testo sia nettamente distinto da quello che ha comportato, soprattutto in epoca recente, il riconoscimento – e la riconduzione alla categoria generale di “bene” – dei beni immateriali. I settori in cui la dottrina giuridica ha manifestato su questo fronte maggiore interesse sono, in primo luogo, quello dello sfruttamento privatistico di titoli finanziari, marchi, brevetti e altre utilità di rilievo imprenditoriale e, in secondo luogo, quello dei beni culturali. Per quanto concerne il primo profilo, nella dottrina recente v., per esempio: M. LOBUONO, *I “nuovi beni” del mercato finanziario*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 1, 49 ss.; F. MANCO, *Economia dell’immateriale e produzione di “nuovi beni”*, in *Econ. dir. terziario*, 2003, 2, 1, 377 ss.; M. NUSSI, *Per un ripensamento sistematico dell’ammortamento di avviamento, marchi e beni immateriali*, in *Corriere trib.*, 2009, 13, 1033 ss.; O. CAGNASSO, *I beni immateriali e la loro valutazione (Intangible Assets: Concept and Valuation)*, in *Il nuovo dir. delle società*, 2013, 6, 9 ss.; S. GIORGI, *I beni immateriali nel reddito di impresa, tra “forma” e “sostanza” [The intangible assets in business income, between “form” and “substance”]*, in *Riv. dir. finanz. scienza finanze*, 2015, 1, 1, 116 ss.; C. CINCOTTI, *Rappresentazione contabile dei beni immateriali e doveri degli amministratori*, nota a C. Cass., I sez. civ. 7 maggio 2015, n. 9193, in *Giurisp. comm.*, 2016, 4, 2, 783 ss.; L. RUSSO, *Avviamento, beni immateriali e “nuovi beni” dell’azienda agricola*, in *Riv. dir. agrario*, 2016, 4, 1, 444 ss.; per una interessante ricostruzione in prospettiva storica, v. anche G. TURELLI, *“Res incorporales” e beni immateriali: categorie affini, ma non congruenti (“Res incorporales” and intangible assets: similar but non congruent categories)*, in *Teoria e storia dir. priv.*, 2012, 5, 11; in prospettiva simile, ma su un tema diverso v. anche, per esempio, R. CIMMINO, *La cessione di cubatura tra diritto reale e bene immateriale*, in *Notariato*, 2014, 2, 152 ss. Con riferimento ai beni culturali immateriali, invece, nella dottrina recente v., per esempio: C. GALLI, *I toponimi, tra tutele, volgarizzazione e diritti consolidati (Toponyms between protection, vulgarization and vested rights)*, in *Aedon*, 2014, 1, 9; G. SEVERINI, *Immaterialità dei beni culturali? (Immateriality of cultural heritage?)*, in *Aedon*, 2014, 1, 4, e IDEM, *L’immateriale economico nei beni culturali (The economic dimension of intangible cultural heritage)*, in *Aedon*, 2015, 3, 13; G. MORHIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali (The immaterial value of cultural heritage)*, in *Aedon*, 2014, 1, 8, e ID., *Dei beni culturali immateriali*, in *GiustAmm.it*, 2014, 1, 19; C. LAMBERTI, *Ma esistono i beni culturali immateriali? (in margine al Convegno di Assisi sui beni culturali immateriali) (Does exist the intangible cultural heritage? (on the sidelines of the Assisi Convention on intangible cultural heritage)*, in *Aedon*, 2014, 1, 6; A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali? (The intangible cultural heritage:*

Infatti, se il bene giuridico tende a coincidere con il soddisfacimento di un interesse, più o meno ampiamente condiviso, la difficoltà principale risiede nel momento della valutazione dell'effettivo soddisfacimento di tale aspirazione. All'uopo, è inevitabile attivare meccanismi di carattere quantitativo, che non possono non affondare le proprie radici operative su basi essenzialmente materiali.

Un esempio attuale ha a che fare con il rispetto del parametro di buona amministrazione, con particolare riferimento all'efficienza dell'operato della p.a.¹⁵. L'accertamento dell'adesione a tale parametro da parte delle singole autorità necessariamente si estrinseca nella misurazione di una serie di elementi quantitativi¹⁶, che il legislatore tenta di identificare

still without wings?), in *Aedon*, 2014, 7, ed EAD., *Primi passi verso una disciplina di settore dei beni immateriali. Il caso del disegno di legge sulle manifestazioni, rievocazioni e giochi storici (First steps towards a legal regulation of the field of immaterial property. The case of the bill on historical manifestations, commemorations and games)*, in *Aedon*, 2017, 3, 7; S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale (Cultural heritage and valorization of the intangible component)*, in *Aedon*, 2014, 1, 5; M. DUGATO, *Strumenti giuridici per la valorizzazione dei beni culturali immateriali (Legal instruments for the valorization of intangible cultural heritage)*, in *Aedon*, 2014, 1, 4; C. CASINI, "Noli me tangere": *i beni culturali tra materialità e immaterialità ("Noli me tangere": cultural property between tangibility and intangibility)*, in *Aedon*, 2014, 1, 3; A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali (Immateriality of cultural heritage)*, in *Aedon*, 2014, 1, 6; G. MANFREDI, *La tutela proprietaria dell'immateriale economico nei beni culturali*, in *Dir. economia*, 2017, 1, 29 ss.

¹⁵ Con riferimento a uno dei corollari di maggiore importanza (anche) del principio di buona amministrazione, ovvero la trasparenza, v. per esempio in dottrina, in ottica generale, M. COZZIO, *Effetti della mutazione giuridica: la trasparenza come bene comune? (Effects of legal mutation: transparency as a common good?)*, in *Annuario dir. comp. studi legisl.*, 2019, 1, 107 ss. Può essere interessante segnalare, poi, che, in prospettiva in parte simile, alcuni esponenti della dottrina, per lo più prendendo spunto da qualche sentenza recente della Consulta, tende a sottolineare la qualificazione come "bene" di atti e attività (in senso ampio) di rilevanza costituzionale, che assumono rilevanza "valoriale". Per esempio, v. in proposito: A.G. LANZAFAME, *Credito e Costituzione: dal risparmio come "bene comune" al principio di accessibilità. Temi e problemi di democrazia economica (Credit and Constitution: from savings as a "common good" to the principle of accessibility. Themes and problems of economic democracy)*, in *Costituzionalismo.it.*, 2019, 1, 2, 1 ss.; A. SAITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla "responsabilità costituzionale democratica" e "intergenerazionale"*, nota a C. cost. 14 febbraio 2019, n. 18, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 2016 ss.; L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *Riv. AIC*, 2018, 1, 15.

¹⁶ In dottrina, in prospettiva generale sugli indicatori quali meccanismi di "calcolo" del coefficiente di efficienza dell'attività degli enti pubblici, v., per esempio: P. MORIGI, *Indicatori di bilancio e risultati attesi*, in *Finanza e tributi locali*, 2017, 10, 5 ss.; A. SORCI, *Ipotesi di un sistema di indicatori per il monitoraggio delle condizioni finanziarie degli enti locali italiani basato sulla solvibilità (Hypothesis of a system of indicators for monitoring*

in base a criteri di ragionevolezza¹⁷. Così, l'efficienza amministrativa si verifica (e si misura) tenendo conto, fra l'altro, della durata media dei procedimenti¹⁸. In vista della vigilanza integrata sull'efficienza della regolazione e dell'impatto applicativo della normativa prodotta, poi, assumono coerentemente crescente rilievo anche strumenti come le relazioni A.I.R. e V.I.R.¹⁹. Se, da un lato, la traduzione dei criteri qualitativi in coefficienti

the financial condition of the Italian local governments based on the solvency), in *Azienda pubbl.*, 2016, 3, 265 ss.; A.E. MATARAZZO, *Gli indicatori di valutazione della "performance"*, in *Lo stato civ. italiano*, 2013, 12, 58 ss.; E. MITZMAN, *L'ottavo Viterbo Global Administrative e Law Seminar: la dimensione giuridica degli indicatori globali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 4, 1148 ss.; M. BURATIN, *Gli indicatori obbligatori per l'ente locale*, in *Comuni d'Italia*, 2006, 3, 44 ss.; G. COPPOLA, *Riflessioni sulla "questione indicatori"*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 2003, 1, 9 ss.; A. MARTINI, M. SISTI, *Indicatori o analisi di performance? Implicazioni dell'esperienza statunitense di performance measurement*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 2002, 2, 31 ss.; F. SENA, *La valutazione dei risultati attraverso il sistema degli indicatori (Parte I)*, in *Finanza loc.*, 2002, 6, 811 ss.; A. ANGELOTTI, *Obiettivi del controllo ed indicatori di efficacia, efficienza ed economicità*, in *Amm. contabilità Stato Enti pubbl.*, 2000, 6, 1, 678 ss.; A. IMPELLIZZERI, *Gli indicatori di efficacia e di efficienza nelle amministrazioni locali*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 2000, 2, 73 ss.; F. SERINO, *Gli indicatori di qualità dei servizi pubblici*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 2000, 2, 21 ss.; A. ZULIANI, A. MANCINI, *Misurare l'attività amministrativa: dalla sperimentazione ai sistemi di indicatori*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 2000, 2, 9 ss.; D. ARENA, *Indicatori di efficacia negli enti locali*, in *Enti pubbl.*, 1997, 5, 537 ss.; G. LADU, *Gli indicatori di efficienza*, in *Rass. parl.*, 1997, 4, 891 ss.

¹⁷ A questo proposito, in prospettiva generale nella dottrina recente v., per esempio, D. VESE, *Decisione, semplificazione ed efficienza nel procedimento amministrativo. (Decisione, Simplification and Efficiency in Administrative Procedure)*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2017, 1, 143 ss.; v. anche C. CELONE, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano*, in *Dir. economia*, 2016, 3, 669 ss.

¹⁸ Per esempio, varie norme del d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33, a fini di trasparenza dell'attività amministrativa, impongono la pubblicazione nei siti *web* istituzionali della durata media dei procedimenti amministrativi: precisamente, v. art. 24, c. 2, nonché, con riferimento ai tempi di erogazione dei servizi pubblici, art. 32, c. 2, lett. *b*), e art. 41, c. 6; v. anche l'art. 33 per quanto concerne la tempestività dei pagamenti dovuti dall'amministrazione.

¹⁹ In proposito v., per esempio: S. SBORDONI, *AIR e VIR: strumenti di implementazione della qualità della normazione*, in *Rass. Avv. Stato*, 2018, 2, 93 ss.; F. FRACCHIA, *Logistica, AIR e VIR: tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini (Logistics, AIR and VIR: legislative techniques, invalidating effects and citizens' rights)*, in *Dir. economia*, 2016, 1, 9 ss.; M. NATOLI, *La funzione precontenziosa del "sistema AIR [Analisi dell'impatto della regolamentazione]/VIR [Verifica dell'impatto della regolamentazione]" e l'attività normativa del governo*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2013, 1-2, 17 ss.; A. CALLEA, *L'analisi di impatto della regolamentazione: osservazioni a margine del d.p.c.m. n. 170/2008*, in *Amministrazione*, 2009, 3, 429 ss.; A. NATALINI-F. SARPI, *L'insostenibile leggerezza dell'AIR*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 3, 229 ss.; A.M. SOLDANO, *La consultazione degli "interessati" nell'analisi di impatto della regolamentazione*, in *Rass. parl.*, 2007, 2, 443 ss.; M. DE BENEDETTO, *Il quasi-procedimento per l'analisi di impatto della regolamentazione*, in *Studi parlam. polit. Cost.*, 2004, 145-146, 145 ss.; C. DELL'ACQUA, *L'analisi di impatto della regolamentazione*

quantitativi corrisponde a una scelta sostanzialmente obbligata, dall'altro lato non deve sfuggire l'elevato margine di rischio intrinsecamente connesso a operazioni come quella ora indicata. Precisamente, il pericolo sta nella possibilità (*rectius*, nella probabilità) di confondere il fine con il mezzo, di ridurre i "beni" alle "cose".

3. *I beni comuni: dalla crisi delle tassonomie alla prospettiva funzionale, il ruolo del diritto pubblico come catalizzatore di flessibilità*

Nel contesto generale fin qui tratteggiato, non può non essere richiamato il dibattito, ultimamente assai vivace, sull'utilità – e sulla piena cittadinanza nel mondo del diritto, in particolare del diritto pubblico – della nozione di bene comune²⁰.

fra politica e amministrazione, in *Il Filangieri*, 2004, 1, 53 ss.; A. LA SPINA, *La valutazione ex ante nell'Analisi di Impatto della Regolamentazione*, in *Iter legis*, 2004, 2-3, 32 ss.; C. LEFEBVRE, *L'esperienza di formazione sull'AIR nelle regioni italiane*, in *Iter legis*, 2004, 2-3, 64 ss.; A.M. PETRONI, *L'esperienza di formazione dell'AIR nelle amministrazioni centrali*, in *Iter legis*, 2004, 2-3, 60 ss.; C. ZUCHELLI, *L'Analisi di Impatto della Regolamentazione nell'amministrazione centrale in Italia*, in *Iter legis*, 2004, 2-3, 54 ss.; R. PERNA, *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta. Dalla teoria all'analisi dell'impatto della regolamentazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 1, 49 ss.; N. LUPO, *La nuova direttiva sull'AIR: passi avanti o passi indietro?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1, 12 ss.; D. SICLARI, *L'analisi di impatto della regolamentazione (Air) nel diritto pubblico: premesse introduttive*, in *Foro it.*, 2002, 2, 5, 45 ss.; E. MIDENA *Analisi di impatto della regolamentazione e analisi tecnico-normativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1, 88 ss. Per un parallelo con la disciplina vigente nell'ordinamento U.E. e in altri sistemi nazionali europei, v. poi, per esempio, F.M. SBATTELLA, *L'Analisi di Impatto della Regolamentazione secondo le disposizioni del D.P.C.M. n. 170/08: un confronto con la Valutazione di Impatto della legislazione comunitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2009, 1, 16; M. BJORKLUND, *L'Analisi di Impatto della Regolamentazione nell'Unione Europea*, in *Iter legis*, 2004, 2-3, 41 ss.; C. LYNNE, *L'esperienza della RIU nel Regno Unito*, in *Iter legis*, 2004, 2-3, 48 ss. Infine, per l'analisi dei medesimi istituti alla luce del loro utilizzo in settori specifici, v., per esempio, G. MAZZANTINI, *La crescente ibridazione "two-way" tra regolazione dei mercati e concorrenza: il ruolo dell'Analisi di impatto della regolamentazione della concorrenza (The increasing two-way hybridization between market regulation and competition: the role of Competition Impact Analysis)*, in *Studi parlam. politica cost.*, 2013, 181-182, 33 ss.; M. TANTURLI, *Analisi dell'impatto della regolamentazione – AIR – e verifica dell'impatto della regolamentazione – VIR*, in *Dir. sanitario moderno*, 2009, 2, 69 ss.; F. CANNATA, M. QUAGLIARIELLO, *Analisi d'impatto della regolamentazione bancaria: metodologie e applicazioni*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, 1, 161 ss.

²⁰ Nella dottrina recente, a questo proposito v., per esempio: M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa (Minimal notes on common goods and administrative function)*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 38, nonché EAD., *Note*

Non è questa la sede per soffermarsi a riflettere sulla portata semantica di tale locuzione. Mi limito a ricordare (cosa peraltro ampiamente nota e da tempo oggetto di numerosi approfondimenti scientifici) come, nonostante gli sforzi profusi per delimitare gli elementi costitutivi dei beni comuni (essenzialmente e in estrema sintesi: la compatibilità con l'uso condiviso da parte di un gruppo di soggetti, il legame con interessi pubblici o collettivi, la vocazione al soddisfacimento di diritti fondamentali o alla salvaguardia e valorizzazione di legami identitari), la nozione si contraddistingua per i contorni tuttora quanto mai sfumati²¹. Nell'ottica

minime su beni comuni e funzione amministrativa (Few notes concerning commons and administrative function), in *GiustAmm.it*, 2017, 3, 27. V. anche L. NIVARRA, *Quattro usi di "beni comuni" per una buona discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 1, 43 ss.; R. CATERINA, *Il beniconsumismo come orientamento culturale: un bilancio teorico ed alcune questioni aperte*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 2, 293 ss.; F. D'URSO, *L'uomo e le cose. Osservazioni sulla proprietà e sui beni comuni (Man and things. Comment on the ownership and common goods)*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, 3, 2, 1 ss.; R. BRIGANTI, *Dimensione costituzionale dei beni comuni tra principi, regole e prassi (Constitutional dimension of common goods among principles, rules and practices)*, in *Nomos*, 2019, 2; A. IULIANI, *I beni comuni: la ripresa di un tema di riforma*, in *Cultura dir.*, 2019, 1, 131 ss.

²¹ In proposito v., per esempio, F. CORTESE, *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli 2016, 37 ss., e cfr. i riferimenti bibliografici ivi indicati. Nella dottrina successiva, v., per esempio: S. FRANCA, *Cura dei beni comuni e responsabilità condivisa: spunti ricostruttivi*, in *Munus*, 2018, 47 ss.; A. LUCARELLI, *Alcune considerazioni in merito ai beni comuni tra sotto categorie giuridica e declinazione di variabile*, in *Nomos*, 2017, 2, 9; U. MATTEI, *I beni comuni come istituzione giuridica*, in *Questione giustizia*, 2017, 2, 59 ss.; A. QUARTA, *Le cose che abbiamo in comune. Una riflessione su beni comuni ed economia collaborativa*, in *Questione giustizia*, 2017, 2, 72 ss.; S. RODOTÀ, *Verso i beni comuni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 4, 495 ss.; R. SANLORENZO, *Introduzione. Di che cosa parliamo quando parliamo di beni comuni*, in *Questione giustizia*, 2017, 2, 46 ss.; B. SIRGIOVANNI, *Dal diritto sui beni comuni al diritto ai beni comuni (From the right on the commons to the right to the commons)*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1, 229 ss.; E. VITALE, *Beni comuni, un lodevole vicolo cieco?*, in *Questione giustizia*, 2017, 2, 50 ss.; Q. CAMERLENGO, *La controversa nozione di bene comune (The controversial concept of common good)*, in *Dir. società*, 2016, 3, 557 ss.; L. CAROTA, *Dai beni pubblici ai beni comuni*, in *Contratto impresa*, 2016, 1, 105 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Beni comuni e diritti collettivi (The commons)*, in *Dir. società*, 2016, 3, 529 ss.; I. CIOLLI, *Sulla natura giuridica dei beni comuni (On the juridical nature of Commons)*, in *Dir. società*, 2016, 3, 457 ss.; L. D'ANDREA, *I beni comuni tra pubblico e privato (Commons between public and private)*, in *Dir. società*, 2016, 3, 433 ss.; M. LUCIANI, *Una discussione sui beni comuni (A debate about common goods)*, in *Dir. società*, 2016, 3, 375 ss.; S. MAROTTA, *Per una lettura sociologico-giuridica dei beni culturali come beni comuni (For a sociological-legal interpretation of the cultural heritage as a common good)*, in *Munus*, 2016, 2, 439 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *I "beni comuni" (Common goods)*, in *Jus civile*, 2016, 2, 8; S. STAIANO, *"Beni comuni" categoria ideologicamente estenuata ("Commons" as a worn out ideological concept)*, in *Dir. società*, 2016, 3, 415 ss. Per un contributo recente di ampio respiro e di portata non giuridica, v., per esempio, M.

che maggiormente rileva ai fini di questo contributo, non va sottaciuto, anzi, che in alcuni casi i cosiddetti beni comuni non rientrerebbero neppure, a stretto rigore, nella categoria giuridica dei beni, qualificandosi al contrario come cose: si pensi – richiamando un esempio già riportato per sottolinearne le potenzialità evolutive²² – alla maggior parte delle risorse ambientali, tradizionalmente ricondotta alla categoria delle *res communes omnium*²³, e alla discussione, che recentemente ha assunto particolare rilievo, sulla possibile classificazione dell'acqua proprio come bene comune²⁴. Ne consegue che (come ho già avuto modo di affermare con un

BARCELLONA, *La metafora dei "beni comuni": l'Impero, lo Stato e la democrazia nel tempo del capitalismo cognitivo*, in *Democrazia dir.*, 2016, 3, 7 ss. Infine, nella dottrina recente, si soffermano sui profili rimediali connessi ai possibili conflitti in materia di beni comuni, per esempio, R.A. ALBANESE, *Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno. Itinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela*, in *Questione giustizia*, 2017, 2, 104 ss., e A. CIERVO, *Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni*, in *Questione giustizia*, 2017, 2, 97 ss.; infine, v. A. ABBRUZZESE, *La categoria giuridica dei beni comuni tra dimensione locale e attività giurisdizionale: oltre l'assolutismo giuridico. Brevi note comparative*, in *Nomos*, 2018, 1, 23.

²² Cfr. *supra*, *sub par.* 1 e in particolare a nt. 4.

²³ Per quanto riguarda le riflessioni relative alla qualificazione dell'ambiente e del paesaggio come bene comune, nella dottrina recente, v., per esempio: A.G. ANNUNZIATA, *L'ambiente quale bene comune*, in *Dir. giurisp. agr., alim. amb.*, 2011, 11, 1, 697 ss.; E. BOSCOLO, *Le nozioni di paesaggio. La tutela giuridica di un bene comune (in appartenenza diffusa) tra valori culturali e identitari*, in *GiustAmm.it*, 2016, 5, 14, nonché IDEM, *I beni ambientali (demaniali e privati) come beni comuni [Environmental goods (owned by the State and private) as commons]*, in *Riv. giur. ambiente*, 2017, 379 ss.; T. MONTANARI, *Il paesaggio e il patrimonio storico e artistico: un unico bene comune*, in *Questione giustizia*, 2017, 2, 66 ss.; A. CIOFFI, *Paesaggio, ambiente e "beni comuni" nella giurisdizione amministrativa (Environment, landscape and common territories before administrative courts)*, in *Dir. agroalim.*, 2016, 3, 463 ss. In prospettiva latamente rimediale, v. poi, per esempio: M. CALABRÒ, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni (The legal standing in environmental law: the Commons perspective)*, in *Dir. società*, 2016, 4, 807 ss.; I. GARACI, *Lo statuto giuridico dei "nuovi beni" immateriali: fra proprietà privata e beni comuni. Riflessioni su recenti interventi giurisprudenziali e normativi (The legal position of the new immaterial goods: between private property and common goods. Reflections on jurisprudential and normative recent intervention)*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 2, 434 ss.; P. DURET, *"Taking commons seriously": spigolature su ambiente come bene comune e "legitimatō ad causam" (Taking "commons" seriously: gleanings about the environment as a common good and "legitimatō ad causam")*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2013, 1, 65.

²⁴ Specificamente su questo tema, v. per esempio, nella dottrina recente: R. MICCÙ, F. PALAZZOTTO, *Smoke on the Water o della ripubblicizzazione dell'acqua. Lo statuto giuridico della risorsa idrica tra beni demaniali, beni comuni e doveri di tutela dell'amministrazione*, in *Nomos*, 2016, 3, 24; F. SORRENTINO, *L'acqua come bene comune e come servizio pubblico (Water as a common good and a public service)*, in *Dir. società*, 2016, 3, 545 ss.; L. VIOLINI, *Il bene comune acqua nella prospettiva multilivello (Water as a common good: a*

maggior livello di approfondimento)²⁵ piuttosto che rincorrere un irrealizzabile anelito all'individuazione di un improbabile *numerus clausus* dei beni comuni, conviene classificarli come oggetto di aspirazioni e prestazioni – in una parola, come risorse – per la cui gestione è necessario coinvolgere la comunità degli interessati/utenti, accanto all'autorità titolare delle relative competenze²⁶.

Pertanto, proprio questo settore dalla fisionomia sfumata potrebbe fungere da laboratorio, per sperimentare la progressiva “giuridificazione” di buone prassi e meccanismi applicativi, idonei forse – almeno parzialmente – a superare le rigidità proprie delle tassonomie tradizionali²⁷. Così, la valorizzazione del principio democratico in senso ampio, mediante la codificazione espressa di alcune regole operative, potrebbe fornire un fondamentale contributo alla certezza del diritto e all'attuazione del principio di uguaglianza nell'individuazione e nella successiva gestione delle cose qualificabili, secondo la percezione condivisa dalle popolazioni radicate sul territorio e avallata dai legislatori, come beni comuni. In tale prospettiva, poi, la normazione di meccanismi procedimentali omogenei, per pervenire alla condivisione quanto più ampia possibile delle scelte strategiche sull'utilizzo concreto dei beni comuni, potrebbe contribuire a garantire la parità di trattamento dei diversi attori e la (maggiore) ragionevolezza delle decisioni assunte.

Ove adeguatamente regolati e delimitati dal diritto, dunque, tali strumenti potrebbero incentivare l'emersione di nuove tendenze nella definizione e nella gestione dei beni comuni. In tal modo, si potrebbe forse trovare una mediazione “dal basso” fra gli opposti estremi rappresentati, da un lato, dalle tendenze dirigistiche (che potrebbero sfociare nel ritorno, oggi antistorico e addirittura anacronistico, alla demanializzazione di interi gruppi di risorse, in ragione della loro sopravvenuta scarsità e

multilevel perspective), in *Dir. società*, 2016, 3, 535 ss.; C. MICCICHÉ, *L'acqua e il problema della sua (ri)qualificazione giuridica nel tempo dei beni comuni (Water and the problem of its legal qualification at the time of the “commons”)*, in *GiustAmm.it*, 2019, 2, 19.

²⁵ Sia consentito richiamare A. SIMONATI, *Per la gestione “partecipata” dei beni comuni: una procedimentalizzazione di seconda generazione?*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi cit.*, 104 ss.

²⁶ In proposito, nella dottrina recente, v., per esempio, A. AMENDOLA, *Diritto proprietario, beni comuni, comune tra sperimentazioni istituzionali e trasformazione costituente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 4, 517 ss.

²⁷ Cfr. E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune. Nota a Cass. sez. un. civ. 14 febbraio 2011, n. 3665*, in *Foro it.*, 2012, 2, 1, 573 ss.

preziosità) e, dall'altro lato, dalla cieca fiducia in soluzioni di stampo neolibera (che, tramite il *favor* per l'utilizzo di moduli negoziali diffusi, potrebbero produrre effetti contraddittori, agevolando di fatto la sedimentazione di gruppi di potere solo formalmente operanti in regime di uguaglianza con gli altri attori economici e sociali)²⁸. In questo modo, l'intensificazione della rilevanza del fenomeno giuridico in interi settori potrebbe determinare un assetto di garanzie per l'accesso ugualitario alle risorse, con conseguente codificazione degli strumenti mediante i quali i diritti su quelle risorse si acquisiscono e, soprattutto, si esercitano. In altri termini, nella percezione giuridica concretamente praticabile, alcune cose si trasformerebbero in beni e le "vecchie" tassonomie potrebbero acquistare, in un processo a suo modo virtuosamente circolare, una rinnovata vitalità.

4. *Alcune considerazioni di sintesi e una possibile chiave di lettura metodologica*

Alla luce delle considerazioni svolte, può ritenersi che la riflessione circa la perdurante vitalità della distinzione giuridica fra "cose" e "beni" non solo non sia del tutto superata e anacronistica, ma anzi possa assumere attualmente un'inedita rilevanza. Ciò non necessariamente significa, ovviamente, che le categorie concettuali tradizionali debbano essere acriticamente perpetuate. Un atteggiamento radicalmente conservatore rischierebbe, al contrario, di produrre esiti controproducenti, ingenerando negli interpreti e negli operatori la sensazione dell'inadeguatezza del diritto a fornire risposte efficaci dinanzi alle sfide della modernità. Del resto, il senso di insoddisfazione per l'utilizzo sedimentato dei concetti risalenti potrebbe sfociare nella segregazione della componente giuridica nell'ambito del dibattito scientifico e culturale incentrato sull'individuazione e sulla classificazione dei valori e delle risorse di interesse della collettività. È necessario evitare che le difficoltà nell'instaurazione di un

²⁸ Ho avuto modo di approfondire questa tesi in altre occasioni. Sia consentito richiamare, pertanto, fra gli scritti recenti, soprattutto A. SIMONATI, *Per la gestione "partecipata" dei beni comuni: una procedimentalizzazione di seconda generazione?*, cit., 104 ss., EAD., *Il piano strategico in Italia: meccanismo di valorizzazione della pianificazione urbanistico-territoriale o impulso alla depianificazione?*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 99 ss. ed EAD., *La partecipazione nella gestione degli "usi civici": cooperazione fra livelli istituzionali e coinvolgimento delle popolazioni locali*, in *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2016, 1, 77 ss.

dialogo franco e costruttivo fra saperi conducano a pericolosi fenomeni isolazionistici e autoreferenziali.

Il ruolo del diritto (delle regole) è oggi più che mai centrale e imprescindibile, per scongiurare derive esasperatamente pan-economicistiche²⁹, in cui il valore della giustizia distributiva – e forse, almeno a tratti, financo quello della ragionevolezza – rischiano di essere sacrificati sull'altare della (presunta) efficienza a ogni costo. La soluzione più fruttuosamente percorribile non richiede l'accantonamento delle categorie giuridiche, quanto, piuttosto, la loro rivitalizzazione mediante il superamento di quell'immobilismo semantico che rischia di renderle intrinsecamente sterili e obsolete.

Tale percorso non può che prendere le mosse dalla relativizzazione della rilevanza sistematica della distinzione fra cose e beni, che – pur comparando tuttora nelle disposizioni di portata generale – da tempo non è percepita dal legislatore come un limite concettuale invalicabile, soprattutto nelle disposizioni settoriali³⁰. D'altra parte, ove adeguatamente aggiornate, le tassonomie tradizionali potrebbero mantenere una funzione ordinatrice.

Anzi, a ben vedere, proprio l'innovativo inserimento nel *genus* dei beni di risorse che fino ad ora erano qualificate come cose pare suscettibile di evidenziarne la sopravvenuta scarsità o, quanto meno, di far emergere la sopravvenuta percezione da parte delle collettività interessate della loro scarsità, effettiva o potenziale nel prossimo futuro. In quest'ottica, l'arricchimento a livello normativo della categoria dei beni potrebbe essere fondato non tanto sulla formulazione di cataloghi tipologici rigidi, quanto piuttosto sull'elaborazione di un metodo uniforme per il loro riconoscimento e la loro gestione, che poggi sulla sinergia fra istituzioni, soggetti titolari e comunità di utenti. Tale cooperazione potrebbe instaurarsi sulla sperimentazione di parametri comportamentali mutuati dal modello giuspubblicistico procedimentale, in grado di assicurare la realizzazione di proficui rapporti dialogici multilaterali in vista dell'assunzione delle scelte strategiche sulla gestione dei (nuovi) beni. La soluzione ora indicata si basa essenzialmente sulla valorizzazione dei moduli

²⁹ Non a caso, questo rischio è evidenziato, nella dottrina recente, soprattutto nei contributi in materia di beni comuni. Per esempio, v., in proposito, A. LUCARELLI *Alcune considerazioni in merito ai beni comuni tra sotto categorie giuridica e declinazione di variabile*, cit.

³⁰ Cfr. *supra*, 1.

metodologici partecipativi come veicolo per una classificazione dei beni, fatalmente in parte induttiva.

La prospettiva assunta dal codice civile all'art. 810 potrebbe trovare allora nuova linfa vitale nell'ampliamento della categoria dei beni alle cose che possono formare oggetto (non necessariamente di diritti in senso tecnico, bensì) di interessi giuridicamente rilevanti, radicati in capo a singoli o anche a gruppi organizzati, purché non meramente diffusi. Si passerebbe, dunque, da una concezione squisitamente individualistica della tutela a una prospettiva almeno in parte "collettivistica", che però nel complesso non parrebbe radicalmente incompatibile con il mantenimento delle tassonomie risalenti, per quanto in una versione attualizzata.

L'assunzione di questa prospettiva potrebbe forse contribuire in parte, poi, a contrastare il paradosso (a cui si è fatto cenno)³¹, per cui dalla graduale dis-oggettivizzazione del concetto si dipana un processo di ancoraggio proprio della gestione dei beni/valori – soprattutto nel momento della valutazione delle attività svolte – ad elementi materiali più agevolmente percepibili e "misurabili". La procedimentalizzazione partecipativa, infatti, potrebbe assecondare l'esigenza di mantenere una distinzione netta fra il piano dell'interesse perseguito (il bene) e il piano dell'utilizzo delle strutture materiali e/o dei risultati quantitativi indispensabili per la sua realizzazione (le cose). Pare di poter dire, pertanto, che la crisi delle tassonomie (fenomeno di per sé innegabile) non necessariamente impedisce la loro rivitalizzazione mediante la relativizzazione della loro portata vincolante e (soprattutto) tramite il superamento di una visione statica. Il dinamismo fondato sulla sinergia fra i concetti sedimentati (i beni, le cose) e il loro utilizzo nell'ambito di criteri operativi flessibili (la procedimentalizzazione, i moduli partecipativi e co-deliberativi) potrebbe forse rappresentare un'utile chiave di lettura per evitare pericolose derive di stampo neoliberistico e pan-mercantilistico o, al contrario, interventi autoritativi troppo rigidi da parte dei legislatori e delle istituzioni in genere.

³¹ Cfr. *supra*, 2.

ATTUALITÀ

Economia e società circolare: quali trasformazioni dello Stato e del diritto amministrativo?

Giancarlo Montedoro

SOMMARIO: 1 Economia circolare e sviluppo sostenibile, economia lineare ed economia circolare. Caratteristiche dell'economia circolare. – 2 Analisi giuridica. Le trasformazioni del diritto amministrativo. – 3 Le trasformazioni dello Stato.

1 Economia circolare e sviluppo sostenibile. Economia lineare ed economia circolare. Caratteristiche dell'economia circolare. – Per iniziare occorre dare uno sguardo al mercato energetico, consapevoli tuttavia che le valutazioni delle agenzie economiche precedenti la crisi del c.d. Coronavirus incidono fortemente sull'attendibilità degli scenari fino a ieri condivisi¹.

Nel 2012 l'Agenzia Internazionale dell'Energia aprì il suo World Energy Outlook con il seguente avvertimento:

“La mappa dell'energia globale sta cambiando, con conseguenze di portata potenzialmente vasta per i mercati energetici.

Tra gli elementi che stanno contribuendo a ridisegnarla spicca la ripresa della produzione di gas e petrolio degli Stati Uniti... Le proiezioni dicono entro il 2020 gli

¹ La domanda sul c.d. dopocoronavirus si muove sostanzialmente fra due alternative logiche difficilmente prevedibili: in una prima prospettiva si ritiene che saranno accelerati i processi di globalizzazione già in corso. Per una seconda prospettiva si entrerà in una nuova fase della globalizzazione, connotata da un accentramento dei poteri e da un maggiore coordinamento internazionale delle politiche degli Stati nazionali. In tema prime serie riflessioni cfr. R. ARMSTRONG, *Coronavirus is a global crisis not a crisis of globalisation*, FT 11 marzo 2020. G. RACHMAN, *Nationalism is a side effect of nationalism*, in FT 23 marzo 2020. Sull'intreccio fra coronavirus ed in genere le pandemie ed il climate change cfr. A. FRANCK, *Coronavirus and climate change: The pandemic is a fire drill for our's planet future*, in NBC news Think. Le cause della pandemia sono ancora in buona parte ignote ma l'OMS ha avvertito circa i nessi fra inquinamenti (specie atmosferici) e pandemie; fra stili di vita energivori e distruttivi degli ecosistemi e diffusione dei virus tanto più in ambienti congestionati come quelli delle megalopoli mondiali. L'OMS ha dedicato molteplici report al fenomeno dell' "air pandemic pollution" e di sicuro tali effetti imporranno mutamenti degli stili di vita che tuttavia non richiedono affatto strette autoritarie ma forte difesa delle democrazie liberali che devono apprendere – ed è questo lo scopo di questo saggio come di molti altri lavori dello scrivente – a riequilibrare il neoliberalismo economico e a praticare equilibrate forme di liberalsocialismo.

Stati Uniti diverranno il più grande produttore di petrolio a livello planetario... Il risultato sarà un progressivo calo dell'importazione di petrolio dagli Usa che renderà l'America del Nord piuttosto un esportatore netto di petrolio entro il 2020".

Questo cambiamento della struttura del mercato energetico si riteneva potesse riflettersi sulle politiche ambientali e sulle misure adottabili in relazione all'esigenza di contrastare il cambiamento climatico.

Già in quel rapporto prima citato era evidente che l'obiettivo di limitare il riscaldamento a 2 gradi centigradi si va facendo sempre più arduo... quasi quattro quinti delle emissioni di CO2 consentite entro il 2035 sono bloccate da centrali energetiche fabbriche edifici già esistenti... Se entro il 2017 (si diceva nel 2012) non verranno prese misure radicali per ridurle, tutte le misure consentite saranno "coperte" da "infrastrutture già esistenti".

Naturalmente la crisi pandemica mondiale ci costringerà a rifare i conti con questo scenario, ma la recessione che si attende a seguito di essa difficilmente potrà determinare una nuova centralità delle politiche ambientali (anche se questo sarebbe non solo auspicabile ma razionale perché la comunità scientifica si sta interrogando sulle relazioni fra pandemia ed inquinamenti atmosferici).

Le nuove frontiere energetiche sono la colonizzazione dell'Artico ed il procedimento di fratturazione idraulica (c.d. fracking) che genera, con l'utilizzo dello shale gas (gas da argilla) una formidabile spinta (che non si arresterà all'indomani della crisi pandemica) verso l'utilizzo di idrocarburi non convenzionali.

Si parla da anni di "picco" della produzione del petrolio ma il mondo, finora, continua ad essere inondato di combustibili fossili.

Nel nuovo quadro geo-politico e geo-economico, seguente anche alla pandemia, la competizione per le risorse energetiche potrebbe farsi anche più drammatica dandoci un mondo polarizzato fra Cina e Stati Uniti, entrambi paesi interessati a sviluppare imponenti industrie di fracking e ad utilizzare le risorse potenzialmente enormi dello shale gas.

Il fracking ed i processi estrattivi connessi comportano un consumo di carbonio molto superiore alla trivellazione del petrolio saudita; l'incremento di idrocarburi non convenzionali comporta maggiori emissioni di gas serra.

La questione del cambiamento climatico e del ridisegno del modello di sviluppo in senso ambientalmente compatibile (o sostenibile) appare connessa inestricabilmente a questo giuoco geo-politico e geo-economico.

La distribuzione geografica e politico-economica delle risorse di ricchezza e potere accentua le disuguaglianze politiche ed economiche fra diverse aree del mondo e destabilizza lo spazio dei giochi cooperativi e negoziali fra gli attori del sistema.

La domanda globale di elettricità – prima della crisi da coronavirus – anche per i trends demografici, non accennava a diminuire, anzi è schizzata alle stelle.

Le sorgenti fossili sono l'82% dell'approvvigionamento globale di energia.

Siamo nell'Antropocene (ossia, per dirla con il vocabolario Treccani, siamo

in un'epoca geologica, in cui l'ambiente terrestre, nell'insieme delle sue caratteristiche fisiche, chimiche e biologiche, viene fortemente condizionato su scala sia locale sia globale dagli effetti dell'azione umana, con particolare riferimento all'aumento delle concentrazioni di CO₂ e CH₄ nell'atmosfera. Da molti anni geologi, esperti in stratigrafia, scienziati, climatologi, discutono su quale sia la data in cui l'Olocene, iniziato 11 mila anni fa, si sia concluso. Il termine Antropocene venne coniato già nel 2000 dal chimico olandese premio Nobel Paul Crutzen, mentre la data-simbolo del 16 luglio 1945 è frutto di una ricerca compiuta da un gruppo internazionale di studiosi facenti parte dell'Anthropocene Working Group (Awg).

Quali strategie possono dispiegarsi per riequilibrare il rapporto con la natura, quali politiche del diritto sono ipotizzabili?

Le strategie sono presto individuabili.

Sono tre: mitigazione, adattamento e gestione emergenziale delle catastrofi.

Il climate change può essere mitigato essenzialmente, per venire alla prima delle strategie, essenzialmente da tecniche di cattura e sequestro della CO₂.

Non ha funzionato.

Così come le tecniche del c.d. diritto ambientale di mercato (pur utili) come accordi, crediti – negoziati su appositi mercati – basati sull'utilizzazione, da parte dell'emittente, di fonti rinnovabili (nella prospettiva della creazione di permessi ad inquinare e del rilascio di certificati cedibili ad altri), conversione di Regioni (specie europee) all'utilizzo di energie alternative sussidiate fiscalmente, non appaiono più armi sufficienti.²

A fronte di questa insufficiente risposta, le elites mondiali sembrano iniziare ad investire su un adattamento selettivo dei passeggeri di prima classe del Pianeta Terra³.

L'obiettivo sarebbe la creazione di oasi di opulenza, verdi e recintate, circondate da un pianeta derelitto.⁴

L'adattamento al cambiamento climatico, seconda strategia, impone miliardi di dollari di investimenti in infrastrutture urbane e rurali dei paesi a più basso

² Sul diritto ambientale di mercato cfr. M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Annuario AIPDA 2006*, ove una lucida ed esauriente ricostruzione della tematica, nel tempo delle strategie mitigative.

³ M. DAVIES, *Who will build The Arch?*, in *newleftreview.org* Jan Feb 2010.

⁴ Un risultato non molto diverso produce, durante le pandemie, la privatizzazione dei sistemi sanitari, in quanto le cure possono essere prestate senza ritardo ai soggetti più benestanti, che meno facilmente quindi arriveranno agli stadi peggiori della malattia a differenza di tutti coloro i quali devono confidare su un servizio pubblico universale devastato da anni di disinvestimenti dovuti a politiche di austerità finanziaria innescate dalla crisi finanziaria del 2007-2008. Ampliando la visuale ai paesi più poveri del pianeta appare chiaro che la politica del c.d. lockdown riguarda minoranze di ceto medio occidentale privilegiato, assistite da un costoso welfare (che pure occorre mantenere) ed esclude la classe lavoratrice, che deve assicurare i servizi essenziali, per non parlare dei senza tetto, dei disoccupati, dei senza reddito, dei soggetti esposti dei Paesi più poveri del pianeta, già attraversati da guerre o rovinati da inquinamenti massicci ed incontrollati.

reddito (fra cui l'Italia potrebbe scivolare dopo la pandemia senza ancoraggi europei) così come in programmi di assistenza migratoria dei milioni di persone che dall'Asia o dall'Africa dovessero spostarsi verso il Nord del Mondo in caso di catastrofi naturali legate al climate change.

Comparirà la figura, da costruire sul piano giuridico, del rifugiato climatico, saranno da definire i suoi diritti ed i suoi doveri nella società globale del futuro.

Ma anche il rapporto fra diritti e doveri andrà rivisto, come segnalato in più di un lavoro di riflessione giuridica *in apicibus*⁵.

Cosa comporta tutto questo per la configurazione dello Stato, per la stessa idea della politica?

Non si tratta solo di auspicare una maggiore partecipazione alle politiche ambientali né di rafforzare la rappresentatività (peraltro in crisi in tutto il mondo occidentale⁶) né di adottare o esplorare le valenze delle misure precauzionali in materia ambientale, si tratta di interrogarsi sulle trasformazioni del "Politico" indotte dalle crisi sanitarie ed ambientali.

Come deve trasformarsi il Politico per fronteggiare la tendenza al riscalda-

⁵ L. VIOLANTE, *Democrazie senza memoria*, Torino 2017, specie il capitolo IV Cambiamento d'epoca. G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino 2017, specie p. 41 ove si parla della lezione dell'isola di Pasqua, ossia della storia di quella piccola terra sparsa nell'oceano a migliaia di chilometri dalla costa del Cile e del Perù, ove accadde che la cieca signoria delle volontà, affettando la popolazione, la indusse ad erigere misteriosi megaliti al prezzo della distruzione della fauna dell'isola, che dava cibo e sostentamento a uomini ed animali. L'isola fiorente, quando fu scoperta dai mercanti europei che vi sbarcarono, nel 1864, era ormai abitata da poche persone, che vivevano una vita stentata avendo consumato senza freno tutti gli spazi disponibili. Diritti delle nuove generazioni, tutela dell'ambiente, equità intergenerazionale, etica e grammatica costituzionale dei doveri, neocostituzionalismo per questo millennio sono le prospettive aperte da questa corrente di pensiero cui chi scrive presta senz'altro adesione a condizione che la grammatica dei doveri non oscuri le libertà degli individui ossia sia sempre con essa bilanciata come è nel nostro disegno costituzionale. Nello stesso senso L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014 ove si parla dei miti narrati da Protagora per garantire l'ordine sociale, miti legati alla nascita di *aidos* e *dike*, rispetto ed equità, fondamenti di ogni ordine sociale. Il liberismo economico mette a dura prova gli ordini sociali, come rivela M.R. FERRARESE, *Promesse mancate*, Bologna 2017 che si sofferma sulla portata dissolutrice del capitalismo finanziario.

Sul tema sia consentito di rinviare anche al nostro *Il diritto pubblico tra ordine e caos. I pubblici poteri nell'età della responsabilità*, Bari 2018.

Il dovere giuridico più pregnante in Costituzione è senz'altro il dovere fiscale ed ognuno vede come sia largamente inosservato. Il tema è stato oggetto di analisi dall'AIPDT nel convegno di Pavia del 14 e 15 settembre 2017 nel corso del quale chi scrive ha tenuto una relazione che è in corso di pubblicazione.

⁶ Sulla crisi della democrazia e sul divorzio fra democrazia e diritti per cui oggi vivono democrazie senza diritti (o democrazie autoritarie ad es. Turchia, Russia, Ungheria, Polonia) e diritti senza democrazia (tecnocrazie del tipo l'UE che sono cinghie di trasmissione di politiche neoliberiste che inducono reazioni populistiche) cfr. Y. MOUNK, *Popolo vs. Democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Milano 2018. Sulla stessa linea di pensiero cfr. J. ZIELONKA, *Disintegrazione. Come salvare l'Europa dall'Unione europea*, Bari 2014 e *Controrivoluzione. La disfatta dell'Europa liberale*, Bari 2018. Jan Zielonka insegna ad Oxford ed è Ralf Darendorf Fellow al Sant'Anthony's College. Sua è la riflessione sul rapporto malato fra liberismo economico deregolato e liberalismo per cui il primo viene scambiato per il secondo e produce danni per le democrazie.

mento globale ed all'esaurimento delle risorse naturali legato alla trasformazione della Terra in Antropocene?

Prima di rispondere a questa domanda, occorre, tuttavia, fare un cenno ad un asse portante delle strategie, non più di mitigazione, ma di adattamento alla crisi ambientale, ossia la nozione di economia circolare.

L'economia circolare è un modello economico "ideale".

È un concetto nuovo che si sta guadagnando spazio, ma si innesta su una riflessione epocale, datata.

In fondo è un concetto che ha le sue basi nell'economia di mercato, sebbene ne rifiuti alcuni assunti, quelli di stampo iperliberista.

Si tratta di un'economia pensata per potersi rigenerare da sola⁷.

L'idea di fondo è che ci siano due tipi di flussi di materia:

1. Flusso biologico che si rigenera nella biosfera.
2. Flusso tecnico (prodotto dall'uomo) per cui vale il principio che occorre rivalorizzarlo senza intaccare ulteriormente la biosfera.

Lo "sviluppo sostenibile" è un concetto diverso: è un processo economico e trasformativo nel quale lo sfruttamento delle risorse, la direzione degli investimenti, l'orientamento dello sviluppo tecnologico, il cambiamento istituzionale sono resi coerenti con i bisogni futuri e non solo con quelli attuali⁸.

La nozione di sviluppo sostenibile è stata accolta nei trattati ambientali aperti alla firma a Rio: la Convenzione sui cambiamenti climatici, entrata in vigore nel 1994, e la Convenzione sulla diversità biologica, entrata in vigore nel 1993. Più in particolare, l'art. 2 della Convenzione sulla biodiversità contiene la nozione di 'sostenibilità', definendo 'sostenibile' l'uso delle risorse biologiche secondo modalità e a un ritmo che non ne comportino una riduzione a lungo termine e che preservino le capacità di soddisfare le esigenze delle generazioni presenti e future.

La sostenibilità nasce con la prima conferenza internazionale sull'ambiente tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992, dal rapporto Brundtland "Our common future".

Il termine è tuttavia risalente, volendo scavare nel passato, si può segnalare l'opera del direttore dell'Ufficio Reale delle Miniere del Regno di Sassonia che

⁷ "Looking beyond the current take-make-waste extractive industrial model, a circular economy aims to redefine growth, focusing on positive society-wide benefits. It entails gradually decoupling economic activity from the consumption of finite resources, and designing waste out of the system. Underpinned by a transition to renewable energy sources, the circular model builds economic, natural, and social capital. It is based on three principles:

Design out waste and pollution

Keep products and materials in use

Regenerate natural systems" (Mac Arthur Foundation in <https://www.ellenmacarthurfoundation.org/circular-economy/concept>).

⁸ Si interroga a fondo sulle differenze fra il modello dell'economia circolare ed il principio dello sviluppo sostenibile E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. economia*, 2019, fasc. 1, 493 ove considerazioni critiche assai penetranti su entrambi i modelli.

nel 1713 scrive il testo *Sylvicultura oeconomica* sostenendo che, nella raccolta del legname, occorre non superare il limite individuato nella possibilità di riforestazione.

Nel pensiero economico classico, tuttavia, l'idea di limite è ben presente tanto da connotare tutti gli esordi della "scienza triste".

Uno degli economisti da considerare è Robert Malthus al quale si deve lo studio dei rapporti fra andamenti demografici e produzione agricola⁹.

La popolazione si modifica geometricamente, l'agricoltura aritmeticamente, la produzione agricola è costitutivamente scarsa, connotata dalla legge dei rendimenti decrescenti.

J. Stuart Mill preferisce, sulla scorta del pensiero di Malthus, uno stato stazionario alla crescita illimitata (non "decrecita" alla Latouche ma stato stazionario come condizione desiderabile, una sorta di stabilizzazione del capitalismo e delle sue selvagge energie trasformatrici ben descritte da Marx ed Engels nel Manifesto con l'espressione icastica "tutto ciò che è solido si dissolve nell'aria").

Questi pensatori intuivano il problema delle risorse scarse (del limite ambientale alla crescita) ma si sbagliavano sulle capacità della tecnica.

Allevamenti industriali, colture intensive, commercio globale alimentato dal fossile, informatica hanno permesso risultati impensabili in agricoltura.

Tutte le politiche europee di sostegno all'agricoltura sono volte ad evitare crisi di sovrapproduzione o da caduta dei prezzi nel mondo agricolo, e l'Europa, ove si adottano queste politiche che sono il portato del successo delle tecnologie industriali in agricoltura, è uno dei posti ove si cresce di meno al mondo dal punto di vista demografico.

Keynes, l'espansione capitalistica, il Welfare State, la società signorile di massa hanno portato a "consumi vistosi".

La teoria della classe agiata¹⁰ descrive il mondo del consumismo di massa nel quale siamo immersi, l'uso della merce quale rituale spettacolarizzato¹¹, vetrinizzato¹², l'aumento dei consumi sempre più costosi, fenomeni positivi considerato il fatto che ciascuno di noi vive una vita migliore – comparativamente – di quella vissuta dal Re Sole.

Ma il limite naturale al lavoro globale del capitalismo resta. Di qui la critica ambientalistica e la conseguente legislazione.

E resta quindi il principio dello sviluppo sostenibile.

Gli atti di Rio e le successive conferenze mondiali promosse dalle Nazioni Unite, in specie la Conferenza di Johannesburg del 2002, confermano una configurazione del principio dello sviluppo sostenibile fondata su tre fattori interdi-

⁹ R. MALTHUS, *Saggio sul principio della popolazione*, ed. it., Torino 1977.

¹⁰ T. VEBLÉN, *La teoria della classe agiata*, Torino 2007.

¹¹ G. DEBORD, *La società dello spettacolo*, 2002.

¹² V. CODELUPPI, *La vetrinizzazione sociale*, Torino 2007.

pendenti: tutela dell'ambiente, crescita economica e sviluppo sociale. A partire dall'UNCED, lo sviluppo sostenibile si è consolidato quale principio di diritto internazionale e ha contribuito all'evoluzione del diritto internazionale ambientale attraverso la conclusione di trattati ambientali globali e di numerosi accordi di carattere regionale.

Nell'ambito dell'Unione Europea, lo sviluppo sostenibile è posto a fondamento delle azioni e delle politiche dell'Unione in materia ambientale.

Attualmente in Europa la materia è disciplinata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, il cui art. 4 stabilisce che in materia di ambiente l'UE ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri. All'ambiente il Trattato dedica il Titolo XX (artt. 191-193). L'art. 191 stabilisce, in particolare, i seguenti obiettivi: tutela e miglioramento dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta delle risorse naturali, promozione di misure internazionali in campo ambientale, soprattutto contro il cambiamento climatico. La stessa norma precisa, inoltre, che la politica ambientale dell'UE è ispirata al principio di prevenzione e precauzione, al principio della correzione, possibilmente alla fonte, dei danni causati all'ambiente e al principio "chi inquina paga", in base al quale è l'inquinatore a dover sostenere il costo dell'inquinamento, che non deve ricadere genericamente sulle collettività. Tali principi riprendono quelli elaborati al livello mondiale ed enunciati, nel 1992, nella citata Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo.

Le disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'UE in materia ambientale non pregiudicano la libertà degli Stati membri di mantenere o adottare misure di protezione ancora più rigorose, purché siano compatibili con il Trattato stesso (art. 193).

L'"uso accorto delle risorse" – il fulcro dello sviluppo sostenibile – è un principio regolativo meno pregnante di quelli ricavabili dall'economia circolare, fatto oggetto di critiche risalenti in dottrina, ed evoluto nella teorica – più soddisfacente e comprensiva dell'economia circolare¹³.

Lo "sviluppo sostenibile" è principio presente già in molte costituzioni nazionali dando vita al filone di studi definibile "green constitutionalism" che si propone di rafforzare le politiche di tutela ambientale attraverso un cambiamento dal basso delle singole costituzioni nazionali che comporta come conseguenza un maggior ruolo delle Corti Costituzionali chiamate a sindacare (sul piano procedurale o sul piano sostanziale a seconda delle differenti garanzie

¹³ G. MONTEDORO, *Spunti per la «decostruzione» della nozione di sviluppo sostenibile e per un critica del diritto ambientale*, <http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/04/Saggio.pdf>.

Nello stesso senso cfr. anche *La tutela dell'ambiente fra sviluppo sostenibile e teorie della decrescita: il ruolo delle amministrazioni, dei giudici e dei legislatori (resoconto della lezione tenuta dal cons. Giancarlo Montedoro)*, a cura di L. CARBONARA, <http://www.giustamm.it/private/new-2012/ART-4338.htm>, in www.giustamm.it, 2012.

dell'ambiente accolte nelle clausole costituzionali) le scelte ambientali fatte dai Parlamenti¹⁴.

All'origine dell'economia circolare storicamente è il programma Symbiosis realizzato in Danimarca a partire dal 1961.

Un sistema industriale che opera secondo un principio simbiotico, ossia scambiando scarti di produzione, materie seconde, forme residue di energia.

Gli scarti dell'Uno divengono le risorse dell'Altro.

Si inaugura una cooperazione nello scambio di materia/acqua/energia.

Il Club di Roma spinse per potenziare su scala globale queste esperienze e colse il globalismo come dimensione ormai strutturale della crisi ambientale.

I concetti di fondo sono interconnessione e vincoli. Sono i concetti che troviamo indagati a fondo nell'analisi sulla crisi sistemica condotta dagli studiosi di diritto dell'economia¹⁵.

Ma il contributo decisivo all'affinamento della nostra nozione di "economia circolare" si deve all'architetto W. Stahel che, nel 1976, insieme alla ricercatrice Reday-Mulvey realizzò il rapporto, per la Commissione europea, "Potential for substitution manpower for energy" in cui si analizzava il tema dello spreco di risorse legato alla dismissione di beni o prodotti invece della loro riparazione¹⁶.

La finalità iniziale era estendere il ciclo vitale degli edifici, ma anche di altri beni, come le automobili, ridurre gli sprechi ed i rifiuti.

In questo testo si definiscono le differenze fra "economia lineare" ed "economia circolare".

L'economia lineare va dalla produzione alla vendita e finisce lì (Take, make and dispose).

Nella serie produzione-vendita si realizza la creazione di "valore aggiunto".

Dopo la vendita è ipotizzabile solo il deprezzamento, fino al rifiuto ossia alla dismissione.

La responsabilità del produttore si ferma alla vendita ed alla bontà del prodotto immesso sul mercato.

I rifiuti sono un problema sociale, scaricato sulle pubbliche amministrazioni.

Le imprese, invece, nella logica dell'economia circolare, devono divenire responsabili della post-vendita.

Ci vuole una centrale di progettazione del riciclo/rigenerazione e, sul territorio, una rete di piccoli stabilimenti per il riciclo e la riutilizzazione manifatturiera.

Inoltre occorre dematerializzare, ossia ridurre le estrazioni di materie prime,

¹⁴ K.S. EKELI, *Green constitutionalism: The Constitutional protection of Future Generation*, in *Ratio Juris*, vol. 20 n. 3 september 2007 (378-401).

¹⁵ E. PICOZZA, *Diritto dell'economia e crisi sistemica*, 2014, negli scritti dedicati al pensiero di Giovanni Marongiu.

¹⁶ Cfr. AA.VV., *Che cos'è l'economia circolare*, a cura di Bompan e Brambilla, Milano 2016. Il rapporto si trova al seguente indirizzo: https://www.researchgate.net/publication/40935606_Jobs_for_tomorrow_the_potential_for_substituting_manpower_for_energy.

umentare la produttività, ridurre i trasporti, avendo un'economia più immateriale, basata sulla centralità della nozione giuridica di prodotto/servizio e degli obblighi manutentivi.

Occorre ripensare il rapporto fra industria ed artigianato a tutto vantaggio di quest'ultimo (oggi il rapporto è squilibrato da $\frac{3}{4}$ a $\frac{1}{4}$ se va bene).

Aumentare il lavoro artigianale per riparare e rinnovare in piccoli laboratori. Favorire la rinascita di zone artigianali anche nei centri urbani.

Va altresì ricordato Orio Giarini ed il suo "Dialogo sulla ricchezza ed il benessere" del 1981, un libro difficile da reperire come tutta la letteratura "carbonara" sull'origine della nozione di economia circolare¹⁷.

L'autore insta per una conciliazione del rapporto fra economia ed ecologia.

Occorre ottimizzare il valore, riducendone gli impatti negativi e rispettando la "dotazione" ed il "patrimonio" naturale della Terra.

Si tratta di una critica del PIL, analoga a quella notoriamente sostenuta da Bob Kennedy, fatta sulla condivisibile constatazione che il PIL registra solo la ricchezza e non certo il benessere.

L'autore è favorevole a pianificazioni "consapevoli", per aumentare il ciclo di vita dei prodotti.

Proviamo quindi a fissare i punti di una teoria dell'economia circolare, alla luce dei contributi di pensiero che abbiamo ripercorso:

1. Il prodotto va venduto come servizio, unitamente alle sue tecniche manutentive;
2. Il fabbricante deve essere – a determinate condizioni – responsabile dell'uso e del post-uso del prodotto e del suo impatto inquinante;
3. Si devono favorire beni comuni e proprietà condivise, "usi civici", usi collettivi", beni demaniali;
4. Si devono rigenerare i prodotti senza modificare o dismettere involucri e/o telai ma usandoli più volte per lo stesso scopo;
5. Vanno progettati da ogni filiera produttiva i servizi di fine vita del prodotto.

La finalità è chiara: estendere la durata della vita del prodotto, favorire la transizione all'ecologia industriale.

Si può richiamare a questo proposito il concetto, dovuto al fisico statunitense Robert Ayres, di "metabolismo industriale" (il capitalismo deve guarire in sostanza da una sorta di sindrome dismetabolica che comporta un'incapacità di assorbire i prodotti generati dal suo incessante farsi).¹⁸

Sul piano sociale questo comporta che la materia prelevata dalla natura per

¹⁷ O. GIARINI, *Dialogo sulla ricchezza ed il benessere*, Milano 1981.

¹⁸ R.U. AYRES è un fisico ed economista americano. Focalizzato sui principi della termodinamica in campo fisico, è noto per il suo interesse pionieristico nei flussi e nelle trasformazioni materiali, indicato come processo di ecologia industriale o metabolismo industriale. R.U. AYRES, E.H. AYRES, *Crossing the Energy Divide*, New Jersey 2009.

essere utilizzata dall'industria non può essere restituita alla natura senza valutarne gli effetti.

L'industria diviene così parte del metabolismo della biosfera, il principio, ovvio è che tutto è natura anche le azioni umane.

Occorre che i processi di re-immissione delle materie industriali nella biosfera nel loro complesso, minimizzino le alterazioni ecologiche.

La progettazione dell'impatto ecologico della produzione industriale si delinea così come un altro complesso capitolo dell'idea regolativa dell'economia circolare (più una politica pubblica o un complesso di politiche pubbliche che un concetto giuridico).

Occorre poi diminuire o ridurre il prelievo di risorse naturali, aumentando la produttività (l'economia circolare qui incontra la rivoluzione digitale).

La dematerializzazione ha per effetto un probabile aumento di produttività e si accompagnerà comunque ad esso, in sostanza occorre interferire il meno possibile con la natura reimpiegando continuamente le risorse una volta prelevate.

Siamo lontani anni luce dal principio (europeo) "chi inquina paga" che è volto a monetizzare i danni inferti all'ambiente.

Un organizzazione sociale improntata a tali idee regolative richiede del tempo per affermarsi, necessita di un cambio di paradigma o di mentalità, se accelerato da emergenze, profila o preconizza – ci torneremo – una sorta di neodittatura.

È importante il dibattito sociale, la conservazione del pluralismo, una strategia bottom up.

Il passaggio epocale è da un'economia indifferente alla natura ad una bio-economia.

Si tratta di ipotizzare una nuova forma di capitalismo capace di fronteggiare il raddoppio della popolazione umana atteso in questo secolo ed il trend alla diminuzione del capitale naturale e, quindi, delle risorse naturali procapite che si attende in misura variabile dal cinquanta al settanta per cento¹⁹.

Occorre agire su quattro piani:

1. Aumento della produttività per ridurre il prelievo di risorse ed il loro impatto inquinante attraverso il riciclo, il riutilizzo ed il riuso;
2. Bioimitazione: per costruire processi produttivi rigeneranti che imitano la natura con eliminazione delle sostanze tossiche e cicli chiusi continui;
3. Economia di flusso e di servizio: inclusiva della post-vendita dei prodotti ;
4. Investimenti in capitale naturale che evitino di compromettere le risorse disponibili e le incrementino attraverso politiche apposite (ad es. riforestazioni).

¹⁹ Su tali trends cfr. G. MANN, J. WAINWRIGHT, *Il nuovo Leviatano. Una filosofia politica del cambiamento climatico*, Roma 2019.

La tecnologia dell'economia circolare sarà bio-mimetica.

La natura ha alle spalle 3,8 miliardi di anni di ricerca e sviluppo, in confronto ai 200 mila da quando è apparso l'homo sapiens.

Il velcro modellato sulla bardana è un esempio. Ma non di tale rilievo da essere significativo.

Ormai architetti contemporanei ad es. studiano le termiti per realizzare edifici a temperatura costante con pinnacoli pieni di ventole e sfiati che imitano i termitai o studiano le foglie di loto per progettare superfici autopulenti.

Industrie cosmetiche offrono prodotti che ottimizzano processi naturali della pelle e che non usano sostanze chimiche.

L'economia lineare segue il rifiuto dalla culla alla tomba.

L'economia circolare segue il bene dalla culla alla culla.

Da preleva, produci e distribuisci a preleva meno, produci, rigenera.

Limitare i danni non è abbastanza; non è più sufficiente.

2. *Analisi giuridica.* – Ma sul piano giuridico cosa sta accadendo²⁰?

In primo luogo è chiaro che, come effetto di questa strategia, sarà rivalutato il tradizionale strumentario del diritto amministrativo e del diritto pubblico dell'economia quale pianificazioni, direttive, concessioni, controlli, sanzioni, valutazioni discrezionali, riserve di attività, incentivi, piani e programmi conformativi.

Quanto alla pianificazione occorre appena ricordare che essa è territoriale o economica ed è essenziale in tutti i casi in cui l'uomo debba decidere di risorse di cui dispone in relazione ad obiettivi ritenuti necessari.

L'ideologia "mercataista" ha messo nell'angolo e ridotto al minimo le pianificazioni lasciando fare alla mano invisibile del mercato; è facile pensare che l'economia circolare le riporterà in auge.

È chiaro che disporre di un ambiente naturale intatto tutto da antropizzare non è la stessa cosa che disporre di un ambiente naturale profondamente alterato dall'impronta umana.

Nel XVIII secolo allorché la pianificazione iniziò, in connessione con il rafforzamento dello Stato, ad avere maggiore importanza, si incontravano pianificatori numerosissimi negli Stati europei.

Fu allora che si prosciugarono le paludi, si dissodarono e misero a cultura intensiva terre agricole, si coltivarono attività estrattive su vasta scala e si diede

²⁰ Si può legittimamente parlare di ciò che sta accadendo per il fatto che vi sono ormai mutamenti del quadro ordinamentale connessi all'emergenza coronavirus, progetti in stato avanzato di atti comunitari in materia di economia circolare e linee di tendenza del costituzionalismo verde. Il complesso di queste misure potrebbe cambiare in modo significativo il quadro giuridico consueto nel quale ha operato l'economia capitalistica.

luogo ad abbattimenti di alberi ed a riforestazioni, ad escavazioni di canali, a creazione di porti ed all'ammodernamento di pubblici edifici.

È da allora che la pianificazione sortisce l'effetto di mutare le strutture ecologiche per favorire processi di antropizzazione.

L'esperienza moderna dello Stato sociale ha dilatato la nozione di pianificazione, a partire dagli anni trenta, con il New Deal e l'economia di guerra, vengono in rilievo anche programmazioni e programmi elaborati con riferimento ad attività economiche più che all'uso del territorio.

Ma è nell'uso del territorio che la pianificazione rivela se stessa: piani regolatori, piani di esecuzione, programmi di fabbricazione, piani di insediamento industriale, piani di edilizia economica e popolare e più di recente di risanamento, rigenerazione e riqualificazione urbana.

Non c'è più un'impresa o un'amministrazione che agisca senza pianificazione.

Negli anni dell'iperliberismo, forse solo in apparenza, la pianificazione sembra aver lasciato spazio alla regolazione.

In realtà a recedere è stata la pianificazione amministrativa, per lasciare spazio a quella imprenditoriale ed aziendale ritenuta più efficiente.

Il trend va rivisto proprio alla luce della consapevolezza ambientale e delle nuove declinazioni del diritto ambientale orientate all'economia circolare.

Ma ciò non comporta l'iper-pubblicizzazione delle attività di pianificazione; occorre immaginare una via d'uscita non Hobbesiana dall'economia lineare verso l'economia circolare.

Utili saranno gli incentivi e forme private di programmazione della sostenibilità ecologica delle produzioni ed è logico immaginare che occorreranno Agenzie tecniche ed Amministrazioni indipendenti che possano prestare gli ausili necessari alle decisioni delle imprese, sia approvandone programmi di riconversione che vigilando sulla loro attribuzione.

Risorse scarse potranno essere gestite secondo schemi concessori socialmente orientati, in questa chiave occorrerà non assolutizzare l'idea comunitaria della concorrenza per il mercato, sul presupposto, da recuperare che la concessione non è tanto o solo un ambito di mercato ma, più tradizionalmente, un luogo nel quale v'è un bene da gestire in nome di un superiore interesse pubblico.

La pianificazione muta finalità non sarà per lo sviluppo ma per la "resistenza" o "resilienza" ambientale.

Un cambio di paradigma.

Ci sono tracce di questo strumento nella decisione 1386/2013 di parlamento e Consiglio anche nota come Programma generale di azione dell'UE in materia di ambiente fino al 2020.

Il programma si compone di nove obiettivi prioritari, trentasei obiettivi subordinati e sessanta azioni concrete.

Azioni per fronteggiare il c.d. debito ecologico.

Interessante è l'obiettivo 8 p. 94 e p. 95 del VII programma di azione ambientale contenuto nell'allegato alla decisione.

Esso riguarda la sostenibilità della città e richiede pianificazioni e progettazioni urbane sostenibili nonché criteri per valutare la sostenibilità ambientale delle città.

Un altro punto essenziale è l'elaborazione di nuovi principi del diritto ambientale legati all'economia circolare.

Questo porta l'azione della p. a. su un nuovo piano, quello orientato dai principi che, in questo ramo del diritto, assumono spesso valore di regole (si pensi al valore precettivo del principio "chi inquina paga").

Rileva qui l'art. 3 quater del dlgs. n. 152 del 2006 che obbliga alla prioritaria considerazione degli aspetti ambientali e del patrimonio culturale nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotati da discrezionalità.

Le esigenze ambientali, in sostanza, devono avere un valore preponderante in ogni valutazione comparativa degli interessi, da una visione "antropocentrica" si passa ad una visione ecocentrica, integralmente volta a salvaguardare l'ambiente futuro, ed il corretto funzionamento e l'evoluzione degli eco-sistemi e degli elementi naturali, dai pericoli che possono essere prodotti dalle attività umane.

Certo le tecniche di bilanciamento degli interessi escludono, in via generale, ogni aprioristica prevalenza degli interessi ambientali ma i canoni normativi appena ricordati consentono di affermare una preferenza del legislatore per le esigenze ambientali, derogabile solo con una specifica ed approfondita motivazione.

Inoltre le valutazioni ambientali nel loro complesso appaiono come luoghi del recupero di una nozione piena della discrezionalità amministrativa, a fronte del generale ricorso a previsioni formulate con una tendenziale "tecnicizzazione" di fattispecie (con un processo di svuotamento del potere discrezionale, esse sono costruite come funzionanti solo mediante giudizi tecnici) che è tanto ricorrente negli interventi normativi di stampo liberal-liberista del diritto europeo dell'economia.

La discrezionalità amministrativa è ormai stretta d'assedio: provvedimenti taciti, silenzi, fattispecie semplificate, auto-assensi, fattispecie vincolate, fattispecie tecnicamente qualificate, concetti giuridici indeterminati, ma non implicanti ponderazione discrezionale. Tutto questo nella logica di un diritto amministrativo pervaso dall'ideologia del mercato.

Eppure se c'è uno spazio nel quale la discrezionalità sopravvive è il diritto ambientale, ed, ancor prima, il diritto urbanistico e di governo del territorio.

Pianificazioni, programmi, valutazioni "a monte", controlli, accertamenti e sanzioni "a valle". Il modello è chiaro ed è anche poco costoso per la finanza pubblica.

Il punto è che questo modello è frontalmente diretto in senso contrario ri-

spetto all'evoluzione del diritto dell'economia di stampo mercatista che ha dominato l'Occidente dal 1989 (caduta del Muro di Berlino) in avanti.

Tornando alle valutazioni ambientali esse sono l'interfaccia ormai fra intenti trasformativi dell'uomo ed esigenze di protezione della natura tanto che attraverso di esse si monitora e si registra il cambiamento eco-sistemico indotto dalla progettualità umana.

La decisione politica ed amministrativa (su opere pubbliche, insediamenti umani ed altro) tenendo conto delle valutazioni ambientali, ormai non è più, nell'art. 3 quater del dlgs n. 152 del 2006 prima citato, orientato solo da una logica antropocentrica, ma da una complessa logica di tutela "olistica" dell'ambiente, come è chiaro nel disposto normativo che prevede la salvaguardia del corretto funzionamento e l'evoluzione degli eco-sistemi naturali dalle modificazioni che possono essere prodotte dalle attività umane.

Si tratta, in definitiva, di un principio generale di non regressione ulteriore nella tutela che ormai consente di ritenere, non sul piano della gerarchia degli interessi, ma sul piano del concreto bilanciamento fra gli stessi che l'ordinamento sia "ecologico" o orientato a salvaguardare gli "eco-sistemi".

Perplessità in questa chiave possono manifestarsi circa la pertinenza con il "modello" – prima descritto – dell'economia circolare di eco-principi quali la resilienza (della natura) e l'anti-fragilità degli eco-sistemi (concetti che invero indurrebbero – per la loro struttura e finalità – più a permettere attività umane che ad inibirle) ed, ancor più riguardo al concetto di "mitigazione del rischio".²¹

A questo proposito andrebbe osservato che l'analisi incentrata sulla "mitigazione del rischio" o sulla nozione di "resilienza" o "antifragilità" della natura è senz'altro rispondente ad esigenze di "canonizzazione" della discrezionalità tecnica esercitabile in materia di valutazioni ambientali.

Tale canonizzazione è senz'altro ammissibile sotto un profilo giuridico (corrisponde ad una sorta di individuazione di regole generali di esercizio della discrezionalità non difforme logicamente dall'enucleazione di regole di correttezza e buon andamento, declinate in questo caso in modo specifico e destinate a riverberarsi in specifici vizi dell'atto) ma necessita di un avvertimento e, per così dire, di alcun cautele.

Tutti gli eco-principi, formulati in via generale, per una esigenza di protezione dell'ambiente dalle attività industriali, dovrebbero essere, quando riportati al modello dell'economia circolare ed ispirati da esso, considerati alla luce di un principio ancor più generale in grado di illuminarli tutti ossia alla luce del prin-

²¹ R. RUTA, *Principi e istituti ecogiuridici per il governo "rigenerativo" del territorio verso un green new deal*, in *astrid* Rassegna n. 17 del 2019, ivi una ricostruzione dei principi vigenti in materia di diritto dell'ambiente e green new deal: alcuni di questi principi sono senz'altro reversibili in un quadro giuridico da economia circolare altri no. Il green new deal quindi appare nozione differente. Anche il green new deal è una politica del diritto ma di tipo produttivistico si tratta di neokeynesismo di stampo ecologico.

cipio di “non regressione” nella tutela degli eco-sistemi che impone di ridurre l'impronta umana sul pianeta.

Il “difetto di resilienza” conta più che la resilienza ed una innovativa visione dottrinale la propone come nuova figura dell'eccesso di potere in materia ambientale²².

Non sarà facile comunque fare applicazione pratica di tale canonizzazione, invero suggestiva, considerando la circostanza che tale fenomenologia (il difetto di resilienza) è verificabile solo una volta definito un “eco-sistema” ; nozione analoga (dal punto di vista tecnico-giuridico) a quella di “mercato rilevante” nel diritto antitrust ossia nozione costituente un “concetto giuridico indeterminato”²³.

Il difetto di resilienza allora più che una figura sintomatica di eccesso di potere diviene il “rovescio” di un testo o di una regola di esercizio della discrezionalità tecnica all'interno di una esigenza integrale di protezione degli eco-sistemi che costituisce l'unico reale principio generale della materia una volta abbandonata la ricostruzione antropocentrica della disciplina.

L'Antropocene impone una lettura non antropocentrica del diritto ambientale ove se ne volesse salvare l'effettività²⁴.

²² Cfr. M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018 e l'ampia bibliografia ivi citata. Cfr. altresì più in generale M. MELI, *Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare*, in *Riv. critica dir. privato*, 2017, 63. ss.; F. PORCELLANA, *La virtuosità dell'economia circolare: economia a zero rifiuti*, in *Aperta Contrada*, 2016; M.T. STILE, *Da economia lineare ad economia circolare: un percorso in salita*, in *Dir. com. scambi int.*, 2015, 263; V. CAVANNA, *Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto Signals 2014 dell'Agenzia europea dell'Ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, 821 ss.; C. BOVINO, *Verso un'economia circolare: la revisione delle direttive sui rifiuti*, in *Ambiente*, 2014, 682. Cfr. anche T. FEDERICO, *I fondamenti dell'economia circolare, Fondazione per lo sviluppo sostenibile*, 2015.

²³ La nozione di concetto giuridico indeterminato in materia ambientale è indagata da FERRARA R., *Ambiente e salute – Brevi note su due «concetti giuridici indeterminati» in via di determinazione: il ruolo giocato dal «patto globale per l'ambiente»*, in *Dir.e soc.* 2019, 281.

²⁴ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?*, in *Diritto amministrativo*, n. 1/2017, 163-207. Un saggio fondamentale sul modello di economia circolare, analizzato nelle sue diverse valenze, a partire dalla disciplina dei rifiuti. Al pensiero di DE LEONARDIS che si proietta sulle trasformazioni dello Stato, come a quello di E. SCOTTI che si interroga sul rapporto dell'economia circolare con lo sviluppo sostenibile, sono debitorie di molte delle idee esposte in questo saggio, sorte dalla lettura dei loro studi. Ovviamente delle idee qui esposte chi scrive porta per intero la responsabilità. Va considerato altresì il volume di F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata 2019. Nel volume l'Introduzione di F. De Leonardis rileva che “L'economia circolare [...] implica l'idea (o il “sogno” come lo stesso autore sottolinea nel suo contributo in altra parte del volume, con prospettiva che, in ciò si concorda con lui, apre il cuore alla speranza) di ‘sistema’ e di ‘filiera’. In tale ottica, dunque, il noto ed abusato schema ‘prendi, produci, consuma, getta’ si trova oggi ad essere ripensato e finanche sovvertito secondo una logica – circolare, appunto – tale per cui i beni sono pensati ab origine per durare più a lungo e sono costruiti con materiali recuperabili e/o riciclabili così da non diventare rifiuti o da diventare tali il più tardi possibile.

Il che peraltro non significa affatto che l'economia circolare si risolva esclusivamente in un nuovo modo di regolare i rifiuti. Al contrario, essa presenta strettissime implicazioni con riguardo – ad esempio – all'impiego di materie prime e alle energie rinnovabili o, ancora, agli acquisti verdi. Così

Altri recuperi di spazio della discrezionalità si rivelano possibili nel diritto urbanistico: pratiche di rigenerazione urbana o progettazione di opere “circolari” devono sempre più essere promosse dalle p.a. e la “virtuosità” del concetto di economia circolare andrebbe misurata sull’impatto quantitativo di queste politiche che andrebbero poi diffuse secondo tecniche comunicative volte ad illustrare le c.d. “best practices”.

Il Green new Deal in formazione nella UE incrocia l’economia circolare (su cui ha scritto Federica Porcellana in *Aperta Contrada*²⁵) si risolverà poi in forme di incentivazione finanziaria²⁶ ossia in concessione di ausili pecuniari pubblici, volte a promuovere l’industria privata di trasformazione, manutenzione e riuso dei prodotti nonché in sostegno ad attività private per altri versi “conformate”,

come riflessi parimenti importanti si hanno anche in ordine al modo di concepire determinati servizi (i.e. sharing) e finanche alla individuazione di nuovi posti di lavoro”.

²⁵ F. PORCELLANA, *La virtuosità dell’economia circolare: economia a zero rifiuti*, in *apertacontrada* 2016. Il Green deal europeo si pone il duplice obiettivo di «riconciliare l’economia con il pianeta» e di rappresentare la «nuova strategia di crescita» per l’Europa. Il piano comprende 50 diverse azioni, che spaziano dal mercato delle sostanze fossili agli investimenti green, dall’agricoltura sostenibile all’economia circolare, dalla mobilità sostenibile alla politica industriale.

Tra le misure previste dal piano della von der Leyen spiccano il Piano di investimenti per un’Europa sostenibile – volto a promuovere gli investimenti green, sia pubblici che privati – e il Meccanismo per una transizione giusta, finalizzato a sostenere chi perderà il lavoro a causa della transizione energetica, a cominciare dalle regioni carbonifere.

La visione del Green deal europeo si può dunque riassumere nel seguente modo: promuovere la totale decarbonizzazione dell’Europa, accompagnando la trasformazione economica e industriale che tale processo necessariamente implica, altresì garantendo l’inclusività sociale dell’intero processo e la riconversione del modello di sviluppo capitalistico da un capitalismo lineare ad un capitalismo circolare.

²⁶ L’emergenza coronavirus è destinata ad incidere sul Green New Deal, ma chi scrive spera che non ci si limiti a curare i sintomi della crisi ma si vada alla causa, rafforzando le politiche ambientali – nel solco delle raccomandazioni dell’OMS – quale migliore prevenzione di future pandemie. Naturalmente un ostacolo potrebbe divenire la crisi economica, stante la classica obiezione secondo la quale le politiche ambientali costano e possono comportare alti livelli di disoccupazione (si pensi al caso ILVA su cui, da ultimo, tuttavia Corte Cost. n. 58 del 2018 in *cortecostituzionale.it* ove si legge, a conferma della crescente attenzione ai valori ambientali e di tutela della salute umana: “a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l’interesse alla prosecuzione dell’attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.).

Il sacrificio di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all’attività d’impresa la quale, ai sensi dell’art. 41 Cost., si deve esplicare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l’incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l’attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona.

In proposito questa Corte ha del resto già avuto occasione di affermare che l’art. 41 Cost. deve essere interpretato nel senso che esso «limita espressamente la tutela dell’iniziativa economica privata quando questa ponga in pericolo la “sicurezza” del lavoratore» (sentenza n. 405 del 1999). Così come è costante la giurisprudenza costituzionale nel ribadire che anche le norme costituzionali di cui agli artt. 32 e 41 Cost. impongono ai datori di lavoro la massima attenzione per la protezione della salute e dell’integrità fisica dei lavoratori (sentenza n. 399 del 1996)”.

secondo lo schema dei mutui di scopo, per favorire “usi collettivi” dei beni a fini “circolari”.

Il diritto amministrativo classico della discrezionalità rivive in questo orizzonte teorico²⁷.

3. *Le trasformazioni dello Stato.* – Veniamo alla domanda finale.

E la politica?

Mann e Wainwright nello scritto citato (Il Nuovo Leviatano) ipotizzano un Leviatano ambientale, un ritorno ad Hobbes come risposta necessaria per medicare la natura violentata.

Il Leviatano, dopo Hobbes, resta nell’immaginario culturale, il simbolo dell’ordine.

L’ordine hobbesiano è artificiale, è imposto per distacco dallo stato di natura.

La politica moderna si istituisce – nota Roberto Esposito – come processo di separazione dallo stato di natura, dalla Natura in fondo²⁸.

Oggi la politica (quale che sia il paradigma istituyente prescelto – Esposito ne individua tre – sulla linea messianica di Heidegger la fiducia nella tecnica, sulla linea soteriologica di Deleuze la fiducia nella politica, sulla linea antropologico-umanistica di Lefort la fiducia nella cultura) deve cambiare scopo, deve riconciliarsi alla natura.

Per farlo deve riprendere quota, ristrutturarsi, re-istituirsi (il Nuovo Leviatano) ma soprattutto deve negare se stessa (ripudiare la sua artificialità, il suo senso di onni-potenza).

Il Behemoth, altro mostro biblico, sorto dall’immaginario hobbesiano, è identificato con il caos, il demonio, la Hubris, ogni eccesso di avidità ed ingordigia.

A partire dalla contrapposizione ordine-caos²⁹, Mann e Wainwright ipotizzano quattro esiti possibili del politico che fronteggia le emergenze ambientali (e sanitarie diremmo oggi): Leviatano capitalista (USA), Leviatano neo-socialista (cino-russo), Behemoth capitalista (a dominio USA nel caso non ci si muova da

²⁷ La ricostruzione “classica” del potere amministrativo in materia ambientale è consolidata in *Trattato di diritto dell’ambiente*, diretto da R. FERRARA, M.A. SANDULLI. Vol. I: *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, a cura di R. FERRARA, C.E. GALLO; vol. II: *I procedimenti amministrativi per la tutela dell’ambiente*, a cura di S. GRASSI, M.A. SANDULLI; vol. III: *La tutela della natura e del paesaggio*, a cura di A. CROSETTI, Milano 2014, LX-2510.

²⁸ R. ESPOSITO, *Pensiero istituyente, tre paradigmi di ontologia politica*, Torino 2020.

²⁹ G. MONTEORO, *Il diritto pubblico tra ordine e caos. I pubblici poteri nell’età della responsabilità*, Bari 2018. In prospettiva di filosofia politica indagano ordine e caos AA.VV., *Diritto e spazi politici*, a cura di G. PRETEROSSO, *Introduzione – L’Odissea dello spazio*; C. GALLI, *Diritto, politica e spazi: l’universale e il particolare nella modernità e nella contemporaneità*; M. LUCIANI, *Dal chàos all’ordine e ritorno* e S. PIETROPAOLI, *Cyberspazio. Ultima frontiera dell’inimicizia? Guerre, nemici e pirati nel tempo della rivoluzione digitale*.

prospettive liberiste) Behemoth socialista (nel caso in cui le demo-dittature si rivelino fortemente instabili).

Tutti gli esiti sono possibili e, francamente, tutti appaiono inquietanti alla luce dei principi della democrazia costituzionale di stampo liberale connotata da divisione dei poteri e dalla presenza di istituzioni di garanzia.

Fra ordine e caos meglio pensare che siano possibili forme di governance ambientale che si realizzino secondo un modello di equilibrato rapporto fra scienza e politica, in chiave non scienziata né iperpoliticista, ma cooperativa, solidale, pluralista, matura, connotata da un metodo bottom-up, declinata in chiave unitaria europea per quanto possibile.

Una cosa è certa però: le società deboli (perché individualistico-narcisistiche) o con Stato non autorevole (cosa diversa da autoritario) tendono ad adottare modelli di produzione e consumo che deteriorano i beni capitali e che aumentano il benessere solo di pochi.

Con governance inclusive, poteri pubblici autorevoli, società articolate e mature, diffusione della cultura, solo con queste premesse, a fronte delle sfide ambientali e sanitarie del futuro (non dimentichiamo il nesso – salute ambiente), potremo porre in essere azioni appropriate, riduzione delle esternalità ambientali negative, difesa dei beni comuni come elementi di qualsiasi politica.

Occorre preparare una classe dirigente nel pubblico impiego all'altezza dei problemi epocali segnalati.

Evitare di rincorrere le emergenze ed avere la vista lunga. Guardare alle cause e non ai sintomi.

Comprendere le barriere alla cooperazione e superarle, comprendere l'importanza dei giusti incentivi per gli individui e le imprese, avere una realistica visione delle possibilità della pubblica amministrazione (il problema dei rifiuti può essere governato solo con nuove forme di responsabilità del produttore) e poi, in questa navigazione in terre incognite, in questo viaggio ulissiano, non dimenticare l'importanza dei processi di autoapprendimento dall'esperienza ed il carattere costitutivo per ogni buona politica del nesso politica-cultura (smarrito dalla politica mediatica contemporanea).

Papa Francesco nell'Enciclica "Laudato si" ha sottolineato l'importanza della conversione ecologica, sulla scia di Francesco d'Assisi ha sposato un'ecologia integrale, in cui la preoccupazione per la natura, l'equità verso i poveri, l'impegno nella società, ma anche la gioia e la pace interiore risultano inseparabili.

Nei sei capitoli dell'Enciclica, il Papa evidenzia che la nostra terra, maltrattata e saccheggiata, richiede una "conversione ecologica", un "cambiamento di rotta" affinché l'uomo si assuma la responsabilità di un impegno per "la cura della casa comune". Impegno che include anche lo sradicamento della miseria, l'attenzione per i poveri, l'accesso equo, per tutti, alle risorse del Pianeta ed il superamento della cultura dello scarto.

Questo significa accettare l'imperfezione umana, tornare ad avere coscienza dei nostri limiti.

La coscienza del limite è la salvezza.

Tornando alla politica ambientale costruirla in modo tale – trasversale – da confrontarsi con il lato oscuro delle scelte pubbliche-private. È il principio – noto – della integrazione delle politiche ambientali nelle politiche di settore.

La politica ambientale non deve far capo ad un Ministero ma deve essere di tutto il Governo, deve essere intestata al Presidente del Consiglio, come responsabile della funzione di indirizzo e coordinamento.

Una politica del genere non favorirebbe una società del controllo – una sorta di Eco-dittatura da incubo, quale deriverebbe solo dalla pretesa utopistica ed astratta di eliminare il lato oscuro delle cose – quanto piuttosto una società consapevole del limite ambientale allo sviluppo capitalistico.

Anche il mondo della finanza, se vuole avere la vista lunga deve ri-orientarsi in questo senso, nel senso di una finanza green.

Parafrasando Timothy Morton³⁰ possiamo dire che la società ecologica che vogliamo è “improvvisata, scassata, zoppicante, sardonica, contorta, sciocca, triste”.

La tristezza è roba per gente profonda, nota Morton.

E vogliamo una società ecologica bella.

La bellezza, come la natura, non si lascia mai afferrare.

³⁰ T. MORTON *Noi esseri ecologici*, Bari 2018.



ABSTRACT

Stelio Mangiameli, *Stato, integrazione europea e globalizzazione. Le nuove sfide del costituzionalismo*

Il saggio prende in considerazione le relazioni correnti tra Stato, integrazione europea e globalizzazione, con riferimento ai principi del costituzionalismo.

I principi del costituzionalismo, come la divisione dei poteri, la garanzia dei diritti di libertà, il federalismo e la democrazia rappresentativa, sono esaminati nelle forme della statualità moderna e contemporanea, che danno forma allo Stato costituzionale. I processi di integrazione dei mercati finanziari e le moderne tecnologie hanno avuto rilevanti ripercussioni su questo tipo di Stato, così pure le crisi economiche, e svelato l'insufficienza e l'inadeguatezza delle istituzioni statali per dimensioni e capacità. Di qui, l'idea della costituzionalizzazione dell'integrazione europea da parte degli Stati membri come rimedio per riaffermare la salvaguardia dei diritti fondamentali e la garanzia di una democrazia di prossimità. I processi internazionali, inoltre, hanno accelerato la transizione verso un mercato globale, che ha messo in crisi la sovranità degli Stati e il loro peso politico. Tuttavia, in un simile contesto, gli Stati possono recuperare il loro ruolo solo se a livello internazionale trovano applicazione i principi del costituzionalismo, di modo che la sovranità degli Stati si apra verso un ordine internazionale di collaborazione e promozione dei principi universali.

State, European Integration and Globalization. New Challenges for Constitutionalism

The essay takes into consideration the current relations between the State, European integration and globalization, with reference to the principles of constitutionalism.

The principles of constitutionalism, such as the division of powers, the guarantee of the fundamental rights, federalism and representative democracy, are examined in the light of modern and contemporary statehood, which shape the constitutional state. The processes of integration of financial markets and modern technologies, as well as economic crises, have impacted

on the constitutional state and revealed the insufficiency and inadequacy of state institutions in terms of size and capacity. Hence the idea of the constitutionalization of Europe by the Member States as a remedy to reaffirm the safeguarding of fundamental rights and the guarantee of a democracy of proximity. Furthermore, international processes have accelerated the transition to a global market, which has undermined the sovereignty of states and their political weight. However, in such a context, States can only recover their role if the principles of constitutionalism are applied in the international order, so that the sovereignty of States opens up towards an international order which is characterized by inter-state cooperation and promotion of universal principles.

Francesco Rimoli, *Governabilità e mercati: brevi considerazioni sul futuro della democrazia italiana*

Dopo aver preso in considerazione alcune delle recenti vicende della vita politica e istituzionale italiana, il saggio esamina i sempre evocati concetti di stabilità e governabilità del sistema politico, inquadrando il rapporto di stretta interdipendenza tra questo e il sistema economico-finanziario alla luce di alcune categorie proprie della teoria dei sistemi. Dinanzi alle esigenze di rapidità decisionale imposte dalle dinamiche dei mercati, la democrazia deliberativa, che richiede tempi lunghi e ampi spazi di confronto, è ancora funzionalmente sostenibile?

Governance and Markets: Brief Considerations on the Future of Italian Democracy

After taking into consideration some of the recent events of Italian political and institutional life, the essay examines the always mentioned concepts of stability and governance of the political system, framing the relationship of close interdependence between it and the economic-financial system in the light of some distinctive categories of systems theory. In the face of the needs for rapid decision-making imposed by market dynamics, is deliberative democracy, which requires long times and ample space for discussion, still functionally sustainable?

Marco Ruotolo, *Corte costituzionale e Legislatore*

L'Autore esamina il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, alla luce delle evoluzioni nell'interpretazione delle regole e dei principi del processo costituzionale e della creazione di nuove tecniche decisorie. Il maggiore "attivismo" della Corte costituzionale sembra essere conseguenza dell'inerzia del legislatore nell'attuazione della Costituzione e dell'incapacità del procedimento parlamentare di garantire, nell'attuale momento storico, coerenza interna e

ragionevolezza delle decisioni. Di qui la necessità di una rifondazione del ruolo del Parlamento, del recupero di una reale capacità di mediazione politica, essenziale affinché il controllo della Corte costituzionale possa di nuovo acquisire una forma marcatamente dialogica anche quanto a tecniche decisorie impiegate.

Constitutional Court and Legislator

The Author examines the relationship between the Constitutional Court and the legislator, in the light of the developments in the interpretation of the rules and principles of the constitutional process and of the creation of new decision-making techniques. The increasing “activism” of the Constitutional Court seems to be a consequence of the inertia of the legislator in the implementation of the Constitution and of the inability of the parliamentary legislative procedure to guarantee, in the current historical moment, internal consistency and reasonableness of the decisions. These reflections lead to the need for a re-foundation of the role of Parliament, the recovery of a real capacity of political mediation, essential to ensure that the control of the Constitutional Court may acquire again a more dialogical attitude, also with regard to the decision-making techniques used.

Edoardo Caruso, *La tutela sociale e del lavoro nell'aggiudicazione dei contratti pubblici*

La valutazione delle offerte costituisce un momento centrale della procedura di aggiudicazione. È ampiamente risaputo che le funzioni attribuite ai contratti pubblici incidono sulla disciplina dei criteri di aggiudicazione. Il contributo intende verificare in che modo ciò sia avvenuto con specifico riguardo all'utilizzo dei contratti pubblici inteso quale strumento per perseguire una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva di cui alla strategia Europa 2020; in particolare, gli interessi non economici di natura sociale (tutela del lavoro, ma non solo). L'analisi si concentra sul formante normativo, europeo e nazionale, anche per verificarne la coerenza e la sistematicità. L'analisi è rivolta pure al diritto giurisprudenziale, in particolare a una pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sui criteri di aggiudicazione nei contratti ad alta intensità di manodopera ma al tempo stesso standardizzati.

Social and Work Protection in Awarding Public Procurement

The evaluation of tenders is a central part of the procedure to award public procurement. It is widely known that the functions attributed to public procurement themselves affect the regulation of the award criteria. The article aims to verify how specifically this has occurred with respect to the use of public procurement intended as a tool to pursue smart, sustainable and inclusive growth as envisioned in the “Europe 2020” strategy. In particular, it examines

non-economic interests of a social nature (e.g. job protection, but not only). The analysis focuses on the regulatory framework – both European and national – in part to verify its consistency and systematicity. The analysis is also aimed at the case law. In particular, it discusses the ruling by the Plenary Assembly of the Council of State on the award criteria for labor-intensive, yet standardized contracts.

Natale Vescio, *Istituzioni e legislazione sociale nel pensiero del giovane Giuseppe Salvioli*

Giuseppe Salvioli, attivo come giornalista nella Roma di Depretis, divenne allievo dello storico veneto Francesco Schupfer. Durante il viaggio di perfezionamento in Germania, seguì il dibattito sulla legislazione sociale, emanata da Bismarck. Rientrato in Italia, orientò i suoi studi storici sulla rinascita della giurisprudenza medievale e teorizzò un modello di storiografia giuridica, impegnato nell'adeguamento del diritto vigente alle nuove esigenze della prassi sociale.

Institutions and Social Legislation in the Thought of the Young Giuseppe Salvioli

Giuseppe Salvioli, active as journalist in the Rome of Depretis, became a student of Francis Schupfer, historian born in Veneto. During the refinery trip to Germany he followed and studied the debate of social legislation, enacted and issued by Bismarck. Returning to Italy he directed his historical studies on the rebirth of medieval Jurisprudence. He also theorized a model of Legal historiography engaged in the adaptation of the existing law to the new needs of social practice.

Anna Simonati, *Le cose e i beni. Brevi note sul ruolo del diritto pubblico, fra nozioni disaggreganti e (contro)tendenze universalistiche*

La distinzione tradizionale tra “bene” e “cosa” in realtà non rappresenta più un punto di riferimento stabilmente accolto dal legislatore. Ciò deriva sia dall'orientamento seguito in ambiti settoriali, sia dal progressivo avvicinamento della stessa nozione di “bene” a quelle di “interesse” e “valore”. La crisi delle tassonomie pare, poi, ancora più evidente quando queste devono confrontarsi con fenomeni (quale quello dei cosiddetti “beni comuni”), che recentemente hanno suscitato un dibattito in parte inedito in dottrina. Tuttavia, tale considerazione non necessariamente conduce all'eliminazione delle classificazioni tradizionali, poiché esse possono essere opportunamente rivitalizzate, in particolare mediante un nuovo dinamismo nella distinzione fra “cosa” e “bene”. In questo modo, si potrebbe scongiurare il rischio di isolazionismo, recuperando il ruolo centrale del diritto – in particolare, del diritto pubblico – nella riflessione multidisciplinare.

Things. Goods and Assets. Short Remarks on the Role of Public Law, between Disaggregant Concepts and Universalistic (Counter) Trends

The traditional distinction between “goods”, “assets” and “things” does not actually represent any more a reference point, firmly accepted by the legislator. This is a consequence both of the approach adopted in sectorial fields, and of the progressive rapprochement by the notion of “asset/good” itself to the ones of “interest” and “value”. The crisis of taxonomies, moreover, seems even more evident when they must face phenomena (like the so-called “commons”), which have recently raised a partially new doctrinal debate. However, such remark not necessarily leads to the elimination of the traditional classifications, since they may be properly revitalized, especially through a new dynamism in the distinction between “thing”, “asset” and “good”. So doing, the risk of isolationism may be avoided, and the central role of law – in particular, of public law – in the multidisciplinary reflection may be retrieved.

Giancarlo Montedoro, *Economia e società circolare: quali trasformazioni dello Stato e del diritto amministrativo?*

Lo scritto analizza il concetto di economia circolare ed economia lineare, cercando di ricostruire le radici della nozione, in una letteratura non solo giuridica, ma economica e sociologica.

L'analisi – concepita in tempo anteriore alla crisi della pandemia globale – reca alcuni cenni al rapporto da investigare in futuro fra diritto ambientale e diritto sanitario.

Ci si sofferma altresì sulle trasformazioni del diritto amministrativo che dovrebbe tendere in futuro al recupero dello strumentario tradizionale del diritto pubblico dell'economia ed alle trasformazioni dello Stato nell'intento di comparare scenari possibili fra irrigidimenti neo-hobbesiani e temperamento del liberismo deregolato in liberalismo illuminato e tendente a valorizzare finalità sociali ed ambientali delle politiche pubbliche.

Economy and Circular Society: what about Transformations of the State and Administrative Law?

The paper analyzes the concept of circular economy and linear economy, trying to reconstruct the roots of the notion, in a literature that is not only legal, but economic and sociological.

The analysis – conceived in time before the global pandemic crisis – gives some hints to the relationship to be investigated in the future between environmental law and health law.

We also focus on the transformations of the administrative law that should tend in the future to the recovery of the traditional instrument of the public

law of the economy and the transformations of the State in order to compare possible scenarios between neo-Hobbesian stiffenings and temperament of deregulated liberalism in protected liberalism and tending to enhance the social and environmental policies of public policies.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

STELIO MANGIAMELI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Teramo

FRANCESCO RIMOLI, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Teramo; Docente in convenzione nell'Università degli Studi Roma Tre

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

EDOARDO CARUSO, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Ferrara

NATALE VESCIO, Ricercatore di Storia delle Istituzioni Politiche, Università del Salento

ANNA SIMONATI, Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Trento

GIANCARLO MONTEDORO, Presidente di Sezione del Consiglio di Stato e Docente di Diritto pubblico dell'economia, Università Luiss Guido Carli di Roma

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 Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Editoriale Scientifica all'indirizzo:

<http://www.editorialescientifica.com/diritto-e-societa.html>.

Estratto dal Regolamento della Rivista

ARTICOLO 2

(Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a pie' di pagina.

ARTICOLO 3

(Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori 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. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.

5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: dirittoesocieta@gmail.com

e-mail del Comitato di Redazione: dirittoesocieta.red@gmail.com

AMMINISTRAZIONE

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

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.

email: editoriale.abbonamenti@gmail.com

Abbonamento 2020: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

REGISTRAZIONE

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di maggio 2020
da *La Buona Stampa* – Napoli