

RIVISTA ITALIANA PER LE SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

11

2020



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Oliviero Diliberto - Luisa Avitabile - Valeria De Bonis - Enrico del Prato
Nicola Boccella - Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Laura Moscati
Cesare Pinelli - Paolo Ridola

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jorgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Jane C. Ginsburg (New York) - Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) - Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) - Jerome H. Reichman (Durham) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: a) con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; b) a ricezione fattura; c) on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 GLAUCO GIOSTRA
Una voce inascoltata in questo chiassoso presente
- 7 GIOVANNI CONSO
*Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza,
neutralità del giurista*

SAGGI

- 19 GUIDO ALPA
*Dalla tutela dell'ambiente al riconoscimento della "natura" come soggetto
di diritto. Una rivisitazione delle categorie del diritto civile?*
- 35 MARIO CARAVALLE
*La legge, le sue modifiche, i suoi rapporti con la consuetudine: brevi note
sul pensiero dei giuristi italiani di diritto patrio (fine sec. XV-metà XVII)*
- 83 MASSIMO DONINI
*Codificazione penale o consolidazioni? Senso e luoghi delle possibili
riforme per il tempo presente*
- 103 MARCO GAMBARDELLA
Il principio di proporzionalità della pena e la Carta dei diritti fondamentali
- 131 CESARE PINELLI
*Nel centenario della pubblicazione di H. Kelsen, "Essenza e valore
della democrazia"*
- 147 ELEONORA RINALDI
*Gli interventi extra ordinem del Governo in tempo di pandemia
come strumento di tutela dell'interesse nazionale e l'incidenza sul rapporto
Stato-Regioni*

INCONTRI DI STUDIO SULLA POVERTÀ

- 189 VINCENZO CERULLI IRELLI - ANNA GIURICKOVIC DATO
La lotta alla povertà come politica pubblica

- 231 SABINO CASSESE
L'azione pubblica per rimediare alla povertà
- 233 DIEGO CORAPI
La "povertà" nell'ordine giuridico del capitalismo
- 245 GIUSEPPE FERRI jr
Il diritto commerciale e la povertà
- 253 YVES GAUDEMET
À propos de la pauvreté dans l'histoire des doctrines économiques. Relire Jean De Sismoni
- 259 JEAN-CHRISTOPHE GALLOUX
La pauvreté et la propriété intellectuelle
- 263 ALAIN GHOZI
La pauvreté
- 265 LAURENT LEVENEUR
La pauvreté et le droit civil
- 273 BERNARDO GIORGIO MATTARELLA
La tutela contro la povertà in Italia
- 283 CESARE PINELLI
I dilemmi della povertà

RICORDI

- 293 ENZO CHELI
Ricordo di Giuseppe Guarino
- 295 GAETANO AZZARITI
Ricordo di Gianni Ferrara
- 301 SALVATORE PRISCO
Ricordo di Gianni Ferrara
- 313 MASSIMO DONINI
Ricordo di Alfonso Maria Stile

RECENSIONI

- 317 J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford University Press, Oxford-New York NY, 2020 (Nicola Giovanni Cezzi)

PROLUSIONI

Quando si ripropongono pagine di un grande intellettuale del passato, si ha l'opportunità di lodarne in genere, oltre al pregio contenutistico, la straordinaria attualità: il contributo di Giovanni Conso riportato in epigrafe, invece, suona oggi inattuale. Dal punto di vista culturale dimostra persino più anni dei non pochi che ha. Anche il suo Autore sembra avere una nobiltà numismatica, fuori del tempo. Sta in ciò il dramma del nostro, di tempo: misurare la distanza da quel ragionare e dal quel modo di intendere e di vivere il ruolo del giurista per renderci conto di quanto ce ne siamo pericolosamente allontanati. Di quanto, cioè, il dibattito culturale – aggettivazione di cui faccio uso non senza esitazione e imbarazzo – abbia perduto la tensione ideale e civile che dovrebbe connotarlo in una matura democrazia costituzionale.

In questo breve saggio Conso intendeva dare l'ultima "spallata" all'idea, ancora perdurante alla fine degli anni Sessanta, secondo cui l'interprete dovrebbe essere neutrale traduttore del dettato normativo, in coerenza con la concezione legalistica dell'esperienza giuridica. Chiariva come la politicità delle scienze sociali, in modo ancor più evidente e significativo di quanto non accada nelle c.d. scienze naturali, è «strettamente collegata al fatto che una componente soggettiva non può mancare in tutte le attività umane che implicano valutazioni, scelte, cernite» e ciò comporta un «apporto dell'individuo, con tutto il bagaglio delle sue ideologie, della sua mentalità, dei suoi sentimenti»: non per nulla «le emozioni più forti sono quelle relative ai fatti dei nostri simili».

Conso, però, opportunamente distingueva tra giurista-interprete, giurista-giudice e giurista impegnato nell'attività *lato sensu* politica. Mentre in quest'ultimo caso la componente soggettiva può dispiegarsi con piena libertà, negli altri due è necessario rispettare i limiti imposti dalla struttura semantica del dato normativo che possono restringere, talvolta anche sensibilmente, le alternative esegetiche. Se invece l'ispirazione ideologica assurgesse anche in tali frangenti a stabile criterio guida, la scienza giuridica si trasformerebbe «in politica e in propaganda»: una considerazione che l'illustre

processualpenalista torinese sembra esprimere solo per esigenza di compiutezza del discorso, ma che, riferita all'oggi, suona come un "referto" a futura memoria.

Ciò, però, non significa che sia auspicabile, e anzi che sia possibile un'attività interpretativa "neutrale", ridotta «a puro filologismo o esegetismo». La legge – osservava Conso – non può prestabilire in modo univoco il significato di ogni parola usata e, quindi, non è in grado di costituire un sistema linguistico autosufficiente a contenuto precettivo rigidamente predeterminabile: le norme lasciano sempre uno spazio più o meno ampio a disposizione dell'interprete, che lo deve colmare con scelte di valore, con il suo impegno etico e politico. Il giurista non può trincerarsi dietro una motivazione in termini "legalistici", non può pensare di nascondersi all'ombra dello Stato, ponendosi al riparo dagli impegni e dai rischi morali con comode "delegazioni": deve assumersi sino in fondo la sua responsabilità.

Sulla scia di Piero Calamandrei e di Norberto Bobbio, Conso riconosce che l'atteggiamento formalistico può aver avuto una sua ragion d'essere ai tempi del fascismo in quanto rappresentava una difesa, forniva una capacità di resistenza alle pressioni di un Governo autoritario. Non si giustifica più, invece, quando costituisce un ostacolo al pieno inveroamento dei principi della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il giurista-interprete, in conclusione, dovrebbe approfondire ogni impegno per privilegiare, all'interno dello spettro semantico offerto dal tenore della norma, la chiave di lettura che meglio realizza un tale avveramento, in grado, cioè, di assicurare la massima tutela delle garanzie individuali compatibile con gli enunciati normativi del diritto positivo; il "giurista-politico", invece, impegnato a concorrere alla produzione legislativa in materia penale, dovrebbe adoperarsi affinché quegli enunciati normativi vengano riformati nel segno di una sempre più soddisfacente attuazione dei valori costituzionali e convenzionali.

Per Conso, quelle sommariamente sintetizzate non sono state mere discettazioni di teoria generale dell'interpretazione e astratte dissertazioni sul ruolo del giurista: hanno rappresentato il suo statuto esistenziale; la bussola della propria morale civile; il diuturno impegno riformista di una vita. Questo illustre studioso ha costituito un esempio non esibito di come ci si dovrebbe mettere al servizio della

collettività e delle istituzioni. Un magistero etico, prima ancora che scientifico, che si è sempre alimentato di rigore intellettuale e di serena indipendenza di giudizio; che ha sempre cercato di privilegiare la ricerca delle cose che uniscono in luogo di quelle che dividono, senza peraltro rinunciare a prendere posizione, soprattutto sulle questioni di fondo. Rispetto della legalità e tutela dei diritti dei più deboli, equilibrato temperamento delle garanzie dei singoli con le esigenze generali della società, aperta tolleranza per le opinioni altrui, intransigenza sul piano dei principi, sono stati i capisaldi di un insegnamento che gli ha consentito di esercitare un'enorme influenza morale, quasi un fascino suggestivo su quanti hanno avuto il privilegio di essergli a fianco nelle Università e nelle Istituzioni. E, prima ancora, sugli studenti: le sue avvincenti lezioni – che trasudavano generosità didattica, passione civile e contagiosa tensione ideale – le ricordo con ammirata nostalgia e con la consapevolezza, per la verità sin da subito maturata, della straordinaria fortuna che ebbi a poter seguire il corso del professor Conso, giunto alla Sapienza proprio quell'anno, il 1973, dall'Università di Torino.

Difficile, dunque, immaginare un approccio teorico e una figura di giurista più inattuali: se un impossibile dono della sorte ci permettesse oggi di rivedere il Professore – come amava essere chiamato anche quando sedeva sui più alti scranni istituzionali – nuovamente protagonista nel dibattito culturale del nostro Paese non potremmo non cogliere, in lui, una sensazione di forte disagio e, nel contesto generale, il vistoso anacronismo della sua voce e del suo stile. Oggi è quasi del tutto saltata la recinzione istituzionale che in uno Stato di diritto delimita i fisiologici ambiti di intervento del potere legislativo, di quello giudiziario e dei giuristi.

In presenza di un legislatore cronicamente omissivo con riguardo alle fondamentali scelte di una seria politica penale, nonché spesso inadempiente anche rispetto a vincolanti impegni internazionali, la giurisprudenza costituzionale e di legittimità si spinge non raramente a supplire con sentenze "legislative", talvolta assediata da un'opinione pubblica percorsa da allarmistici e demagogici slogan. Il dibattito scientifico poi, almeno quello che corre sui media, negli ultimi tempi deraglia sempre più spesso dal binario del rispettoso confronto delle idee: si fronteggiano sovente opinioni dal discutibilissimo fondamento giuridico enunciate nel megafono ora della retorica

populistica, ora dell'invettiva stigmatizzante, che hanno in comune i decibel, gli *argumenta ad hominem*, il manicheismo, la delegittimazione del contraddittore. La scienza giuridica, nella sua dimensione mediatica, sta scadendo non di rado – per usare le parole del Maestro – «in politica e in propaganda».

Oggi non si guarda più alla Costituzione e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo per elaborare la migliore lettura possibile del dato normativo, ma per trovare un aggancio a cui appendere le proprie paure o le proprie congetture, per “costituzionalizzare” le proprie tesi politiche, per rivestire con un prezioso tessuto il pugno battuto sul tavolo del confronto pubblico.

Possiamo anche illuderci di avere a che fare con idee ed etica che appartengono ad un passato ormai cronologicamente lontano e culturalmente superato, ma la storia prossima si incaricherà di precisare che il vero rapporto in tal caso non è tra passato e presente, ma tra un confronto, anche duro, di diverse sensibilità culturali e una deprimente, vociante e rissosa polemica; tra il dover essere e l'essere del ruolo del giurista.

Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza, neutralità del giurista*

Giovanni Conso

Discutere di neutralità della scienza significa porsi un interrogativo che può assumere sfumature diverse a seconda della prospettiva da cui lo si affronta. Prospettato in termini assoluti, il quesito porta a domandarsi se «la scienza è o non è neutrale»; prospettato in termini contingenti, il quesito si traduce nel chiedersi se «la scienza può o non può essere neutrale»; prospettato in termini morali, il quesito sfocia nel domandarsi se «la scienza deve o non deve essere neutrale». È ovvio che quest'ultima prospettiva presuppone che la prospettiva precedente venga risolta nel senso che «la scienza può essere neutrale». D'altra parte, il dire che «la scienza non può essere neutrale» equivale ad affermare che «la scienza non è neutrale». Come si vede, la seconda delle tre prospettive condiziona le altre due (o, se si preferisce, è condizionata da esse), per cui sembra consigliabile assumerla come base di partenza per l'indagine.

Ma ecco profilarsi un'altra esigenza d'ordine preliminare: a quale «scienza» ci si riferisce? Forse alla scienza intesa in quel significato circoscritto che è tipico del linguaggio universitario italiano, quando contrappone le facoltà scientifiche alle facoltà umanistiche o sociali? Oppure alla scienza intesa in quel significato, pur esso di contrasto, che è stato riproposto da Charles P. Snow nella polemica sulle «due culture»¹, cioè scienza in contrapposizione a letteratura? A parte gli equivoci insiti in quest'ultima tesi, la risposta va cercata nella direzione opposta: il tema postula una apertura tale da comprendere in sé ogni forma di attività culturale, eccettuata la creazione artistica, essendo l'arte indiscutibilmente «non neutrale».

Si può ricordare la definizione che dell'atteggiamento scientifico ha dato John Dewey: «l'atteggiamento scientifico, nel suo lato nega-

* Il presente scritto, destinato agli *Studi in onore del prof. Biagio Petrocelli*, è stato pubblicato sulla *Rivista italiana di diritto e procedura penale* nel 1970.

¹ Cfr., in particolare, *The two Cultures and a Second Look*, Cambridge, 1953, nella trad. it. di L. Carugno, edita da Feltrinelli, *Le due culture*, Milano, 1964, *passim*. V., altresì, G. PRETI, *Retorica e logica*, Einaudi, Torino, 1968, 9 s.

tivo, è libertà dal dominio dell'abitudine, del pregiudizio, del dogma, della tradizione acriticamente accettata, del mero egoismo; positivamente, è volontà di ricercare, esaminare, decidere, trarre conclusioni solo sulla base delle prove e solo dopo essersi data la pena di procurarsi tutte le prove disponibili»². Altrettanto incisivo un passo di Barington Moore junior: «il concetto di scienza è molto ampio: tutto quello che si fonda su ragionamenti corretti e su prove valide può appartenere alla scienza. Intuizioni d'origine letteraria o filosofica divengono parte della scienza non appena si arriva a darne dimostrazione. I tentativi e le ricerche di letterati e i filosofi fanno parte dello sforzo razionale dell'uomo: solo quando si rifiutano di sottoporre i propri risultati a verifica essi si allontanano dalla scienza. Poiché l'essenza della scienza sta tutta nel rifiuto di credere sulla base della sola speranza»³.

Caso mai, la limitazione che può essere apportata al concetto di scienza quando si discute della sua neutralità o non neutralità è la limitazione che opera nel senso di mettere ai margini della discussione proprio i settori costituiti dalle cosiddette scienze non empiriche (matematica pura, logica) e dalle scienze naturali (fisica, chimica, biologia), scienze per antonomasia o per tradizione. Con un rovesciamento di posizioni non raro allorché si hanno alle spalle equivoci di antica data, vengono a collocarsi al centro dell'attenzione i settori che solo negli ultimi anni si sono visti riconoscere normalmente la qualifica di scientifici grazie al diffondersi dell'espressione «scienze sociali» (sociologia, scienze politiche, antropologia, economia, storiografia, giurisprudenza).

Come ha cercato di precisare Alf Ross⁴, il cosiddetto principio della «purezza» della scienza è più difficile da realizzare nelle scienze sociali che in quelle naturali, e ciò in quanto lo studioso di scienze sociali si trova assai più impegnato rispetto all'oggetto del suo lavoro, tanto da provare emozioni maggiori: non per nulla le emozioni più forti sono quelle relative ai fatti dei nostri simili.

² *Unity of Science as a Social Problem*, in *International Encyclopedia of Unified Science*, vol. I, n. 1, 1938, 31.

³ V. *Tolerance and Science*, in *A Critique of Pure Tolerance*, Boston, 1965, nella trad. it. di E. Settembrini, edita da Einaudi, *Critica della Tolleranza*, Torino, 1968, 56.

⁴ V. *On Law and Justice*, London, 1958, nella trad. it. di G. Gavazzi, edita da Einaudi, Torino, 1965, 299.

Parlando in termini di «difficoltà di realizzazione», Ross sembra dare al problema della «purezza» della scienza, e, in definitiva, della sua neutralità, una risposta in chiave di «poter essere»: per Ross lo studioso di scienze sociali può riuscire ad essere neutrale sia pure con difficoltà, una difficoltà maggiore di quella cui va incontro lo studioso di scienze naturali. Il che, in linea astratta, starebbe a significare che la scienza, di per sé, non è né neutrale né non neutrale.

Ma proprio il giusto risalto dato da Ross all'impegno ed alle emozioni che caratterizzano il lavoro dello studioso di scienze sociali dovrebbe suggerire risultati praticamente opposti. Lo scienziato non può essere neutrale, perché la scienza non è neutrale per definizione, con la conseguenza che i paradigmi d'ordine morale dovranno venire ricercati su un altro piano.

La politicità della scienza è, del resto, strettamente collegata al fatto che una componente soggettiva non può mancare in tutte le attività umane che implicano valutazioni, scelte, cernite. «Una componente soggettiva è un ingrediente necessario di qualsiasi conoscenza», afferma Moore junior⁵. E «componente soggettiva» significa apporto dell'individuo, con tutto il bagaglio delle sue ideologie, della sua mentalità, dei suoi sentimenti.

Nulla di più irrealista della pretesa di Rudolf Eucken di assegnare alla storia un ruolo «ultraempirico», basato sulla sua «validità obiettiva» e sull'assolutezza dei suoi concetti fondamentali⁶. Resta insuperabile la risposta di Richard Von Mises: la scelta di ciò che viene detto dallo storico è dominata dallo stato d'animo da cui muove o dal fine cui tende – magari inconsciamente – l'esposizione. Il fatto stesso che la storia deve venir riscritta sempre, anche senza che siano venute alla luce nuove fonti, sta a dimostrare che essa è in realtà «una teoria degli avvenimenti determinata dall'insieme delle esperienze dell'autore»⁷.

Altrettanto fondamentale resta quanto Gunnar Myrdal⁸ ha sot-

⁵ *Op. cit.*, 57. Cfr., altresì, L.S. STEVENSON, *The Scientist's Role and the Aims of Education*, in *Harvard Educational Review*, 1954, n. 4, cit. da GRANESE, *Filosofia analitica e problemi educativi*, Laterza, Bari, 1968, 47 s.

⁶ Così richiamato nell'opera citata alla nota che segue. Cfr., altresì, CROCE, *Logica come scienza del concetto puro*, 3ª ed., Laterza, Bari, 1917, 172 s.

⁷ *Kleines Lehrbuch des Positivismus*, L'Aja, 1939, nella trad. it. di V. Villa, edita da Longanesi, *Manuale di critica scientifica e filosofica*, Milano, 1950, 331.

⁸ *L'elemento politico nella formazione delle dottrine dell'economia pura*, trad. it.

tolineato a proposito dell'economia. I concetti e le costruzioni fondamentali della teoria economica sono influenzati da atteggiamenti politici di fondo. Nel concetto di valore, nella teoria del prezzo e dell'interesse, nelle nozioni di benessere pubblico, di equilibrio, di stabilità, di gestione economica e via dicendo, si insinuano elementi che imprimono un indirizzo politico alla dottrina professata. E le stesse considerazioni si possono estendere, come infatti sono state estese, alla sociologia.

Ma – ecco urgere una nuova domanda – è bene tutto questo? In tal modo la scienza non corre il rischio di trasformarsi in politica? Gli scienziati debbono difendersi dall'influenza degli atteggiamenti politici o debbono, invece, incoraggiarla, ispirandosi costantemente coscientemente ad essi?

Il vero nodo del problema è proprio qui: escluso che la scienza possa essere neutrale, si tratta di verificare se lo scienziato debba tendere ad avvicinarsi il più possibile alla neutralità o, viceversa, a disinteressarsi di raggiungerla.

Premesso – sono ancora parole di Ross⁹ – che «propaganda è il nome odioso che indica una argomentazione formulata senza rispetto della verità, usando menzogne o esagerazioni, o nascondendo parte della verità, ed appellandosi a emozioni non lodevoli (cupidigia del potere, odio, paura, gelosia e viltà), così da non rispettare l'autonomia degli altri uomini», la conclusione da trarre sembrerebbe ovvia: lo scienziato deve tendere alla neutralità, cercandola ogniqualvolta essa può venire raggiunta, dato il tipo di indagine o di problema affrontato.

Ad evitare fraintendimenti, è indispensabile tenere, anzitutto, presente che l'uomo di scienza compie anche attività socialmente impegnate che non rientrano necessariamente nell'ambito della sua attività scientifica (si pensi ad un fisico che prenda parte ad una campagna elettorale o ad un giurista al quale sia affidato un ministero della compagine governativa o, più semplicemente, ad un antropologo intervistato sul problema dell'introduzione del divorzio): nell'esplicare funzioni di quest'ultimo tipo è chiaro che l'uomo di scienza può ispirarsi a criteri d'ordine politico con piena libertà, anzi con

edita da Sansoni, Firenze, 1943, 1 e 25 s. dall'ed. tedesca del 1932, *Das Politische Element in der Nationalökonomischen Doktrininbildung*.

⁹ *Op. cit.*, 290.

piena naturalezza, diversamente da quanto può fare nell'esercizio della propria attività scientifica, dove l'ispirazione politica non può assurgere a stabile criterio-guida, a meno di trasformare la scienza in politica e in propaganda.

Ma c'è una seconda considerazione da fare: le scienze sociali non sono così univoche nei loro rispettivi contenuti da estrinsecarsi ciascuna in un solo tipo di attività. Sempre nell'esercizio della propria attività scientifica, uno scienziato sociale può essere chiamato a svolgere, magari cumulativamente, ruoli diversi, con una componente politica più o meno intesa a seconda dei casi. Tipica la posizione del giurista, chiamato non solo ad interpretare le norme vigenti, ma anche ad indicare al legislatore le carenze normative da eliminare con adeguate riforme. È chiaro che, su questo secondo piano, la componente soggettivo-politica assume una portata ben maggiore di quanto non avvenga sul piano interpretativo, dove spesso ci si imbatte in dati che non consentono alternative o, al massimo, consentono scelte limitate.

Comunque – ed è il punto che più importa sottolineare – nemmeno l'attività interpretativa può essere neutrale. Qui l'attività del giurista scienziato si accosta all'attività del giudice, prestandosi a considerazioni analoghe. E poiché di questi tempi molto si è discusso e si discute circa il ruolo del giudice e la sua «politicalità» o «neutralità»¹⁰, diventa particolarmente illuminante soffermare l'attenzione sull'attività del giudice.

È, bensì, vero che il problema della neutralità o non neutralità del giudice e, in genere, della scienza giuridica, vista nell'estrinsecarsi dell'attività interpretativa, presenta ulteriori elementi di complicazione, in quanto, per un verso, si suole affermare che, trovandosi al di sopra delle parti, il giudice è imparziale per definizione, mentre, per altro verso, non si può non riconoscere che il compito di chi è chiamato ad applicare ed interpretare le leggi svolge una funzione tendenzialmente diretta ad assicurare lo *status quo* e, quindi, a favorire le classi al potere. In base al primo fenomeno, il giudice dovrebbe essere neutrale; in base al secondo fenomeno, il giudice non potrebbe essere neutrale.

In realtà, né l'uno né l'altro fenomeno incidono direttamente sul

¹⁰ V., per tutti, S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 413 s.

problema della neutralità o non neutralità del giudice. Non vi incide il fenomeno dell'imparzialità del giudice, perché questa sta ad indicare un particolare modo di atteggiarsi dei rapporti del giudice con le parti, non con la collettività. Né vi incide il fenomeno della tutela dello *status quo*, perché ciò è connaturato all'essenza stessa dell'attività giuridica vista nel momento tipico dell'applicazione ed interpretazione delle leggi. Condannare il giurista per questa ragione equivarrebbe a condannare il chirurgo perché la sua attività lo porta ad asportare, ridurre o sostituire e non già a ripristinare secondo la natura originaria.

Chi volesse trasformare l'attività interpretativa del giurista in un'attività diretta a rovesciare sistematicamente le posizioni costituite sopprimerebbe un tipo di attività che è da sempre inerente alla convivenza sociale e creerebbe un vuoto non altrimenti colmabile.

Quindi, il giurista-interprete, il giurista-giudice non è «non neutrale» perché a priori conservatore; se lo si vuol definire «conservatore» nel senso di cui stiamo discutendo, si deve dire che è «conservatore» in quanto «giurista-interprete», in quanto «giurista-giudice». Il che equivale a togliere ogni rilievo alla qualifica di «non neutrale», riducendo l'utilità dell'osservazione – ed è un'utilità innegabile – ad una presa di coscienza di questa posizione tendenziale dell'attività giuridico-interpretativa.

La vera «non neutralità» del giurista-interprete, del giurista-giudice, trova le sue basi in altri aspetti dell'attività giuridica ed è vera «non neutralità» perché si atteggia diversamente da giudice a giudice, da giurista a giurista, conducendo a risultati interpretativi diversi a seconda degli orientamenti ideologici del singolo. Pertanto, anche nell'ambito dell'applicazione delle norme vigenti ci possono essere, e difatti ci sono, differenze profonde, con soluzioni «progressiste» e soluzioni «reazionarie».

Lo spazio che le norme lasciano, per così dire, a disposizione dell'interprete è assai più ampio di quanto a prima vista possa sembrare.

Per intanto, ha cessato di aver fortuna la radicale concezione legalistica del diritto propugnata dagli illuministi allo scopo di ridurre l'attività del giudice a puro filologismo o esegetismo. Attualmente, infatti, nessuno si sente di condividere quanto scriveva Cesare Beccaria¹¹: «... un codice fisso di leggi che si debbono osservare alla lettera,

¹¹ *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di G.D. Pisapia, Giuffrè, Milano, 1964, 18.

non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni dei cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta»; e ancora: «non v'è cosa più pericolosa del consultare lo spirito della legge; questo è un argine aperto al torrente delle opinioni».

La concezione legalistica arretra sempre di più di fronte alle indagini volte ad esaminare i procedimenti effettivamente seguiti dagli interpreti verso i risultati raggiunti, onde controllare se la realtà operativa non diverga dal modello propagandato dai legalisti. La giurisprudenza degli interessi e il realismo giuridico americano hanno avuto gran merito in questa battaglia contro la raffigurazione dell'interprete quale automa.

Più precisamente, la critica alla logica giuridica significa battaglia contro l'idea che esistano procedimenti logici ai quali il giurista possa e debba limitarsi nello svolgimento del suo compito¹². Al riguardo basta portare l'attenzione sul ricorso ai cosiddetti canoni ermeneutici e sul ricorso all'intento e *ratio* della legge.

A proposito del ricorso ai canoni ermeneutici, Max Radin ha ben dimostrato come esso non funzioni di per sé, posto che i canoni sono espressi da coppie di regole in conflitto e tra cui la scelta è arbitraria¹³. Tali canoni ermeneutici sono infatti l'argomento per analogia e l'argomento *a contrario*: orbene, l'applicazione dell'uno piuttosto che dell'altro appare inevitabilmente affidata a motivazioni valutative. Lo stesso si dica per la scelta tra interpretazione analogica e interpretazione estensiva in materia penale.

Quanto al criterio dell'intento della legge, Radin ha osservato che «nel caso di una legge è veramente raro che non si possa positivamente determinare a cosa essa serva sulla base di una semplice lettura». Tuttavia, una legge presenta non già un fine unico, bensì una catena di fini: perciò «interpretare una legge secondo i suoi fini implica che il giudice scelga uno tra i fini che stanno nella catena dei fini, e questa scelta è determinata da motivi che di solito sono occulti»¹⁴.

Per quanto concerne la critica alla completezza della legge, si è osservato che, anche nell'ambito di legislazioni codificate, sussistono

¹² Così, perspicuamente, SATTA, *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, in *Rassegna dei Magistrati*, 1968, 350, e in *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, 1969, 70.

¹³ *Statutory Interpretation*, in *Harvard Law Review*, 1929-1930, vol. 43, 881 s.

¹⁴ *Loc. cit.*

ampie zone che l'interprete è chiamato a colmare con mezzi propri, sulla scorta di valutazioni metagiuridiche. Oltre tutto, la legge non può prestabilire in modo univoco il significato di ogni parola usata, e, quindi, non è in grado di costituire un sistema linguistico autosufficiente. Ne consegue – come rileva Herbert Hart¹⁵ – che nel campo delle norme «vi è un limite, insito nella natura del linguaggio, alla guida che il linguaggio in termini generali può offrire»: vi saranno casi in cui le espressioni generali sono chiaramente applicabili, ma vi saranno casi in cui non è chiaro se esse si applicano o no. Senza contare che altri fattori concorrono a rendere il dettato della legge oscuro, contorto, suscettibile di interpretazioni diverse: il legislatore, nel redigere un codice, al pari di ogni intelligenza umana, non appare in grado di avere una conoscenza perfetta dell'insieme dei fatti che intende regolare e del *corpus* legale preesistente; né appare in grado di formulare adeguatamente e univocamente il proprio volere e tenere presenti le trasformazioni tecniche, sociali e ideologiche portate dal futuro.

Che cosa dire, allora, della tesi secondo cui l'opera del giudice deve essere caratterizzata da «apoliticità, certezza del diritto, applicazione della legge quale essa è e non quale piacerebbe che fosse»¹⁶, escludendosi recisamente «l'attribuzione al magistrato di compiti per così dire 'politici' ove a tale aggettivo si assegni un significato creativo o comunque integrativo del diritto positivo, mediante la scelta di nuovi fini, scelta che spetta soltanto agli organi politicamente responsabili i quali la cristallizzeranno poi in nuove leggi»¹⁷?

È proprio vero che non è possibile «una scelta politica dell'interprete nell'individuare il contenuto precettivo della norma, se egli deve pervenire a tale risultato percorrendo un *iter* rigorosamente tracciato dal legislatore, in base a criteri oggettivi e non ad impulsi soggettivi»¹⁸?

A favore di tale tesi vengono addotti principalmente due argomenti: da un lato, si sottolinea che la stretta fedeltà alla legge stabi-

¹⁵ V. *The Concept of law*, London, 1961, nella trad. it. di M. Cattaneo, edita da Einaudi, Torino, 1965, 2ª ed., 148.

¹⁶ COLLI, *Quello che ci divide*, in *Rassegna dei Magistrati*, 1968, 414.

¹⁷ CHECCHINI, *La responsabilità morale del magistrato*, in *Rassegna dei Magistrati*, 1968, 258 s.

¹⁸ JANNUZZI, *Magistratura e politica: limiti nell'interpretazione della legge*, in *Rassegna dei Magistrati*, 1968, 341.

lita dall'art. 101 Cost. garantisce la certezza del diritto e l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge; dall'altro, si nota che l'art. 12 delle preleggi non consente al giudice alcuna possibilità di interpretazione politica, indicando come compito del magistrato la tutela dell'ordinamento giuridico vigente. D'accordo che l'art. 101 Cost. prescrive la «soggezione» alla legge e che l'art. 12 delle preleggi impone all'interprete l'osservanza di una serie di criteri volti a guidarlo nella sua attività; e d'accordo pure che, non appena l'indagine giurisprudenziale si sposta dal piano prescrittivo («l'interprete deve fare così») al piano descrittivo («l'interprete fa così») ci si accorge che il giudice – lo voglia o no – si trova continuamente nella necessità di operare scelte valutative¹⁹.

Del resto, si ammette pressoché pacificamente l'utilizzazione dello strumento costituito dall'interpretazione evolutiva e integrativa, magari sforzandosi, sia pur invano, di ricondurre l'impiego di tale metodo ermeneutico nel quadro del modello di giurisprudenza saldamente vincolata alla legge e libera da giudizi di valore propri del singolo interprete. E la conclusione è sintomatica: grazie al rimedio dell'interpretazione correttiva ed integrativa, nonché evolutiva, «che consentono di intendere il senso precettivo di una norma al lume dei principi accolti dal legislatore in un'altra disposizione e con maggiore aderenza alla realtà», «l'interprete è abilitato ad attribuire (alla legge scritta) un significato più ampio ed anche alquanto diverso da quello che potesse risultare dalla lettera della legge, al fine di adattarne il contenuto alle mutate esigenze, purché queste risultino già avvertite e considerate dal legislatore stesso in un'altra norma»²⁰.

Naturalmente, una volta ammesso che la metodologia della giurisprudenza comporta operazioni «libere» di ordine valutativo, occorre aggiungere che la libertà spettante al giurista va utilizzata nel miglior modo possibile. Essa comporta un impegno di approfondimento e razionalizzazione dei giudizi di valore; ed implica un'attenta e severa utilizzazione delle scienze morali e sociali, il tutto per «spiegare» e «comprendere». La ricerca e l'argomentazione in rapporto alla sfera delle valutazioni si contrappongono così alla pigrizia, alla scelta casuale o passionale o maliziosa sottostanti alla motivazione in

¹⁹ BOBBIO, *Essere o dover essere nella scienza giuridica*, in *Rivista di filosofia*, 1967, 257.

²⁰ JANNUZZI, *op. cit.*, 345 s.

termini «legalistici». Il giurista non deve pensare di potersi nascondere all'ombra dello Stato, ponendosi al riparo dagli impegni e dai rischi morali.

In realtà, entro i confini in cui il giurista è «libero», egli deve «in quanto giurista» essere integralmente uomo, nella pienezza dell'impegno etico e politico che ciò comporta. Così, in un regime positivo inumano come quello nazista, il giurista era chiamato a scegliere il miglior diritto possibile, cioè il diritto meno nazista possibile.

In definitiva, la responsabilità del giurista arriva sino in fondo: il suo impegno «come giurista» non implica comode «delegazioni». Il giurista è molto più filosofo e molto più pratico di quanto egli non si ritenga.

In Italia queste concezioni tardano, più che altrove, a farsi strada. Perché? Norberto Bobbio ha riproposto una spiegazione molto acuta²¹, già di Piero Calamandrei²². L'atteggiamento formalistico di gran parte dei giuristi italiani ha avuto una sua ragion d'essere ai tempi del fascismo; gli avvenimenti dell'epoca avevano suggerito l'adozione di moduli formalistici di descrizione delle attività giudiziarie perché si credeva che essi permettessero di resistere alle pressioni del Governo autoritario. Venute meno quelle situazioni storiche, l'atteggiamento in questione si è perpetuato per un non insolito fenomeno di vischiosità. Anzi, la cosa più strana è che questo preteso legalismo costituisce sovente un ostacolo all'applicazione della Costituzione, che è pur la legge fondamentale dello Stato, e della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, che è legge dello Stato.

Può sembrare un paradosso, ma è la verità: passa per rivoluzionario chi chiede l'applicazione della Costituzione e della Convenzione europea. Si dovrebbe dire, invece, che chi osteggia l'applicazione della Costituzione e della Convenzione europea è su posizioni di illegalità.

²¹ BOBBIO, *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 994.

²² *La crisi della legalità*, in *La nuova Europa*, anno I, n. 4, 31 dicembre 1944, ristampato dapprima in *Costruire la democrazia, Premesse alla Costituente*, ed. U, Roma-Firenze, s.d. (ma 1946) e, poi, in *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, vol. I (*Storia di dodici anni*), tomo primo, La Nuova Italia, Firenze, 1966, 72 s. e, specialmente, 78.

SAGGI

Dalla tutela dell'ambiente al riconoscimento della "natura" come soggetto di diritto.

Una rivisitazione delle categorie del diritto civile?

Guido Alpa

SOMMARIO: 1. Nuovi aspetti della tutela giuridica dell'ambiente. – 2. Paesaggio e ambiente. – 3. I beni e la responsabilità. – 4. Il danno ambientale. – 5. Il principio di precauzione. – 6. Il risarcimento del danno ambientale. – 7. I beni comuni. – 8. La natura come soggetto di diritto.

1. *Nuovi aspetti della tutela giuridica dell'ambiente*

La tutela dell'ambiente nella cultura giuridica e nelle iniziative legislative e giurisprudenziali si è sviluppata nel corso degli ultimi cinquant'anni, ed ha registrato fasi alterne. Diversi sono stati i percorsi segnati dai giuristi, tutti convergenti verso un obiettivo condiviso: tutelare l'uomo nel suo habitat naturale proteggendolo dall'inquinamento, dallo sfruttamento eccessivo delle risorse naturali, dalla distruzione sistematica della natura.

Questi indirizzi riguardano l'impiego delle categorie tradizionali, come la teoria dei beni e il diritto di proprietà, l'impiego di nozioni introdotte nei testi normativi e adattate alle esigenze perseguite, come la nozione di paesaggio e di ambiente, la creazione di nuove prospettive e quindi di nuove nozioni e nuove categorie più funzionali agli scopi, come la natura per così dire "personificata".

Nel contempo, a livello europeo, è maturata una coscienza ecologica che ha indotto le istituzioni dell'Unione ad assumere provvedimenti volti a tutelare l'ambiente e a seguire con sollecitudine le iniziative internazionali concernenti le trasformazioni del clima, la prevenzione delle attività economiche che presentano esternalità nocive per i luoghi in cui sono effettuate, o addirittura a disegnare diritti di cui sono diretti titolari la "natura" in sé e per sé considerata, gli alberi, i fiumi, le montagne.

Quest'ultimo indirizzo, che si è venuto radicando nei Paesi dell'America Latina, pur fantasioso nella sua apparenza, mette in gioco due cardini dei sistemi giuridici: l'uno si fonda sulla concezione antropomorfa del diritto, l'altro, conseguenza del primo, sulla sogget-

tività dei diritti, riservati agli uomini e imposti alle cose. Le cose, e quindi la natura come immenso complesso composto da fauna e flora, sono tradizionalmente considerate oggetto, piuttosto che non soggetto di diritto. Questo indirizzo per così dire le “rivitalizza”, e addirittura attribuisce ad esse una ragion d’essere diversa, equiparata a quella dell’uomo, non sottoposta ad esso: si ribalta così la concezione avita, e le cose diventano “soggetto di diritto”.

2. *Paesaggio e ambiente*

Secondo l’indirizzo inteso ad enfatizzare la nozione di “paesaggio” accolta dalla Costituzione all’art. 9 il paesaggio non significa solamente le “bellezze naturali” o anche quelle che ad opera dell’uomo sono inserite nel territorio, né la sola natura, ma la forma del territorio, o dell’ambiente, creata dalla comunità umana che vi si è insediata, con una continua interazione della natura e dell’uomo”¹. Il paesaggio è descritto in modo dinamico, nel suo formarsi e nel suo divenire, e non nell’usuale modo statico, quasi si trattasse della illustrazione fotografica di una porzione del territorio.

La giurisprudenza della Corte di cassazione per la prima volta – con la sentenza del 6 ottobre 1979, n. 5172 – stabilisce che la protezione dell’ambiente, inteso come sinonimo di paesaggio, si estende alla vita associata dell’uomo nei luoghi di vita, e collega la disciplina della proprietà e la disciplina del territorio, al diritto alla salute (art. 32 Cost.) creando un nuovo diritto soggettivo, il “diritto all’ambiente salubre”. La Corte dei Conti, con una sentenza di poco precedente (dell’8 settembre 1979, n. 61) enuncia una nozione di ambiente di analogo tenore.

Di qui il problema della correlazione dei concetti di ambiente e paesaggio. Si tratta, per rappresentarla in modo visuale, di una sovrapposizione di cerchi, sì che i due concetti sono concentrici, e i due termini perfettamente omologhi, oppure no? Sia la Corte di cassazione sia la Corte costituzionale fanno mostra di non dare soverchia importanza alla terminologia. Infatti, la Corte di Cassazione, con la sentenza del 29 dicembre 1982 n. 239, elabora una nozione di ambiente che include il paesaggio, in quanto essa comprende l’as-

¹ A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, *Enc. dir.*, 506.

setto urbanistico del territorio, la tutela del paesaggio, la tutela della salute, la difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua dall'inquinamento.

Pochi anni dopo la Corte costituzionale parla ancora di ambiente e lo raffigura come un valore costituzionale che appartiene allo Stato e la sua tutela è volta alla conservazione, alla razionalità gestionale, alla integrità delle condizioni naturali, e precisa che il diritto all'ambiente salubre incorpora un diritto individuale della persona e l'interesse della collettività².

Ancora, nello stesso anno la Corte costituzionale affronta il problema della materialità o immaterialità dell'ambiente e lo definisce un bene immateriale unitario³, associato con la nozione di ambiente elaborata da Massimo Severo Giannini in diversi saggi⁴. Il diritto all'ambiente salubre esprime un valore primario ed assoluto che si sottrae alle situazioni di appartenenza, riguarda un bene libero fruibile dalla collettività e dai singoli.

Alle soglie del duemila l'ambiente prevale sul paesaggio e si pone come sintesi dei valori naturalistici, sociali, culturali ed estetici⁵.

Finalmente l'ambiente diviene un bene della vita materiale, complesso, oggetto di un interesse pubblico di valore primario e assoluto e di potestà legislativa trasversale⁶.

Una delle grandi acquisizioni promosse da Alberto Predieri è la rivalutazione dell'art. 9 Cost. e del suo contenuto precettivo. Nella voce enciclopedica più volte richiamata egli si pone il problema della interpretazione evolutiva della norma costituzionale: in altri termini, si chiede quale nozione di paesaggio avessero i Padri costituenti quando fu proposto e approvato il testo dell'art. 9. La risposta è articolata. Certamente essi avevano in mente la concezione estetica che pochi anni prima aveva condotto il legislatore a disciplinare il territorio con due leggi riguardanti una le "bellezze paesaggistiche" e l'altra i beni archeologici, storici e culturali, volte alla conservazione statica di "beni"; ma associando il paesaggio (2° comma) alla cultura e alla ricerca scientifica e tecnica (1° comma) va al di là di una nozione

² Sentenza 28 maggio 1987, n. 210.

³ Sentenza 30 dicembre 1987, n. 641.

⁴ In particolare in *Aspetti giuridici dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 23 ss.; e già in *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, *ivi*, 1971, 1123 ss.

⁵ Corte cost., sentenze nn. 302 e 306 del 2004.

⁶ Corte cost., sentenza n. 378/2007.

riduttiva e cosale: “la tutela di cui parla l’art. 9 Cost. è una direzione della costruzione del paesaggio, nella scelta fra i diversi interessi e le diverse possibilità di uso e destinazione. Essa è pianificazione del mutamento, intendendo la parola nel senso più ampio, cioè come regolazione cosciente, che potrà assumere forme di piani veri e propri, di interventi singoli o pianificati, di una coerente azione normativa, di valutazione dell’impatto diretto o indiretto sul paesaggio”⁷.

In tal modo la nozione di paesaggio ingloba quella di ambiente ma non è omologa ad essa, è più ampia perché non si stempera soltanto sui beni naturali ma include anche i beni culturali, le tradizioni, la storia, i modi di vita della collettività locale, e la capacità conformativa dell’uomo che si estrinseca anche nella normazione di singoli beni, di complessi ambientali, di porzioni del territorio⁸. In ciò questa concezione unitaria si distingue da quella tradizionale (includente solo le bellezze naturali) condivisa da Aldo Maria Sandulli⁹, quella parziale in quanto proiettata sull’ambiente di Massimo Severo Giannini, e quella pubblicistica, sottratta alla disciplina della proprietà, di Fabio Merusi.

L’art. 9 è dunque rivisitato e aggiornato nel suo significato precettivo.

A questo proposito è utile ricordare che – a proposito di *ambiente* (ma il discorso può essere rivolto anche al paesaggio) – l’art. 191 del Trattato FUE (*ex art.* 174 del TCE) dispone che le politiche dell’Unione si pongano obiettivi di salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell’ambiente, di protezione della vita umana, di utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali. Analoga *concezione naturalistica* esprime l’art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, collegandolo tuttavia al principio di sostenibilità.

3. *I beni e la responsabilità*

Nell’ottica del diritto civile, paesaggio e ambiente richiamano due istituti cardine del sistema: la proprietà e le forme di apparte-

⁷ A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, cit., 513.

⁸ A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, cit., 514.

⁹ Cfr. A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1967, II, 71 ss.

nenza, la responsabilità e i criteri di imputazione e determinazione del danno.

Nella prima prospettiva, i beni ambientali e culturali hanno goduto di un particolare statuto, ora riassunto nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 22 gennaio 2004, n. 42). Riguardo alle forme di appartenenza, i beni paesaggistici si distinguono in beni pubblici, beni privati, beni comuni; ma come aveva sostenuto Predieri per il paesaggio e Giannini per l'ambiente siamo in presenza di un bene immateriale, appartenente allo Stato, perché i singoli beni che pongono l'uno o l'altro possono avere diversa titolarità e appartenere allo Stato o agli altri enti pubblici, e ovviamente ai privati. Per i beni "comuni" non si tratta di appartenenza, in quanto fruitrice ne è la collettività.

Nella seconda, la problematica riguarda il principio "chi inquina paga", il suo retto intendimento, la sua applicazione negli Stati Membri.

La direttiva sulla tutela dell'ambiente (2004, n. 35) ha creato molti problemi nella sua interpretazione e applicazione, dovuti ai *misunderstanding* determinati dal principio "chi inquina paga". Poiché nell'analisi economica del diritto il principio è inteso in senso letterale, e quindi si ritiene autorizzato ad inquinare l'operatore disposto a riparare il danno cagionato, in alcuni Stati, come in Italia, si era ritenuto che fosse sufficiente porre a carico dell'inquinatore l'obbligo di risarcire il danno in via pecuniaria, cioè un risarcimento "per equivalente". Per contro la Corte di Giustizia¹⁰, e prima ancora la Commissione, hanno precisato che l'obbligo primario consiste nel ripristino dei luoghi, e non nel versamento di somme di danaro. Di qui una diatriba che ha visto confliggere lo Stato italiano con la Commissione, e la correzione in più occasioni del testo italiano di attuazione della direttiva.

Con la sentenza del 4 marzo 2015 la Corte, in un giudizio che riguardava proprio l'Italia, ha precisato che "La direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, deve essere interpretata nel senso che non osta a

¹⁰ V. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, I, 131 ss.

una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest'ultimo le misure di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito, non responsabile della contaminazione, il quale è tenuto soltanto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi".

In altri termini, il legislatore italiano (con il Codice per l'ambiente) ha stabilito che il ripristino dei luoghi avvenga ad opera dell'Amministrazione pubblica, e che il proprietario dell'area debba rimborsare le spese¹¹.

La responsabilità dovrebbe essere di natura oggettiva, anche se gli interpreti non sono tutti convinti di questa soluzione.

4. *Il danno ambientale*

Il danno ambientale già disciplinato dall'art. 18 della l. n. 349 del 1986 (istitutiva del Ministero dell'ambiente) è stato di recente disciplinato in modo analitico dal «Codice dell'ambiente», introdotto con il d.lgs. 3.4.2006, n. 152, anche in attuazione della direttiva 2004/35/CE. L'art. 300 del Codice dell'ambiente definisce il danno ambientale come «qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una *risorsa naturale* o dell'utilità assicurata da quest'ultima».

Costituisce perciò danno ambientale il deterioramento, in confronto alle condizioni originarie, provocato: *a)* alle specie e agli habitat naturali protetti dalla normativa nazionale e comunitaria, alla flora e alla fauna selvatiche, nonché alle aree naturali protette; *b)* alle acque interne, mediante azioni che incidano in modo significativamente negativo sullo stato ecologico, chimico e/o quantitativo oppure sul potenziale ecologico delle acque interessate; *c)* alle acque costiere ed a quelle ricomprese nel mare territoriale mediante le azioni suddette, anche se svolte in acque internazionali; *d)* al terreno,

¹¹ La letteratura in materia è amplissima. Per una prima ricognizione v. ALPA (et al.), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 2001; M. BENOZZO, F. BRUNO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, *Commentario al codice dell'ambiente*, Torino, 2013.

mediante qualsiasi contaminazione che crei un rischio significativo di effetti nocivi, anche indiretti, sulla salute umana a seguito dell'introduzione nel suolo, sul suolo o nel sottosuolo di sostanze, preparati, organismi o microrganismi nocivi per l'ambiente.

5. *Il principio di precauzione*

L'ambiente deve essere protetto con ogni mezzo, anche in via cautelare e preventiva.

Il Codice introduce pertanto il c.d. *principio di precauzione* (art. 301) in base al quale in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione. Gli interessati ne informano l'Amministrazione pubblica competente e il Ministero dell'ambiente può assumere provvedimenti di precauzione. Ai sensi dell'art. 304 quando un danno ambientale non si è ancora verificato, ma esiste una minaccia imminente che si verifichi, l'operatore interessato adotta, entro ventiquattro ore e a proprie spese, le necessarie misure di prevenzione e di messa in sicurezza. Il Ministero dell'ambiente può intervenire in questa fase con misure precauzionali. Ai sensi dell'art. 305 quando si è verificato un danno ambientale, l'operatore deve comunicare senza indugio tutti gli aspetti pertinenti della situazione alle autorità di cui all'articolo 304, con gli effetti ivi previsti, e, se del caso, alle altre autorità dello Stato competente, comunque interessate.

L'operatore ha inoltre l'obbligo di adottare immediatamente:

- a) tutte le iniziative praticabili per controllare, circoscrivere, eliminare o gestire in altro modo, con effetto immediato, qualsiasi fattore di danno, allo scopo di prevenire o limitare ulteriori pregiudizi ambientali ed effetti nocivi per la salute umana o ulteriori deterioramenti ai servizi, anche sulla base delle specifiche istruzioni formulate dalle autorità competenti relativamente alle misure di prevenzione necessarie da adottare;
- b) le necessarie misure di ripristino di cui all'articolo 306.

L'operatore si accolla i costi delle attività di prevenzione e delle misure di ripristino, se non può provare che il danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno:

- a) è stato causato da un terzo e si è verificato nonostante l'esistenza di misure di sicurezza astrattamente idonee;
- b) è conseguenza dell'osservanza di un ordine o istruzione obbligatori impartiti da una autorità pubblica, diversi da quelli impartiti a seguito di un'emissione o di un incidente imputabili all'o-

peratore; in tal caso il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio adotta le misure necessarie per consentire all'operatore il recupero dei costi sostenuti.

L'operatore non è tenuto a sostenere i costi delle azioni intraprese qualora dimostri che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo e che l'intervento preventivo a tutela dell'ambiente è stato causato da: *a)* un'emissione o un evento espressamente consentiti; *b)* un'emissione o un'attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un'attività che l'operatore dimostri non essere stati considerati probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività.

Le misure adottate dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio in attuazione di queste disposizioni lasciano impregiudicata la responsabilità e l'obbligo risarcitorio del trasgressore interessato.

6. *Il risarcimento del danno ambientale*

Chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato. La responsabilità è imputata pertanto a titolo di *colpa*, in contrasto con l'orientamento prevalente in dottrina che ha privilegiato la responsabilità oggettiva.

Alla quantificazione del danno il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio provvede in applicazione dei criteri enunciati negli Allegati 3 e 4 della parte sesta del decreto. All'accertamento delle responsabilità risarcitorie ed alla riscossione delle somme dovute per equivalente patrimoniale il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio provvede con le procedure di cui al titolo III della parte sesta del decreto.

Il principio applicato è «chi inquina paga»: il danno è riparato mediante risarcimento in forma specifica, cioè eseguendo le prestazioni richieste dal Ministero con ordinanza (la cui emissione mediante un procedimento amministrativo il Codice disciplina in modo

analitico). Qualora il responsabile del fatto che ha provocato danno ambientale non provveda in tutto o in parte al ripristino nel termine ingiunto, o il ripristino risulti in tutto o in parte impossibile, oppure eccessivamente oneroso ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, con successiva ordinanza, ingiunge il pagamento, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica, di una somma pari al valore economico del danno accertato o residuo, a titolo di risarcimento per equivalente pecuniario. Con riguardo al risarcimento del danno in forma specifica, l'ordinanza è emessa nei confronti del responsabile del fatto dannoso nonché, in solido, del soggetto nel cui effettivo interesse il comportamento fonte del danno è stato tenuto o che ne abbia obiettivamente tratto vantaggio sottraendosi, secondo l'accertamento istruttorio intervenuto, all'onere economico necessario per apprestare, in via preventiva, le opere, le attrezzature, le cautele e tenere i comportamenti previsti come obbligatori dalle norme applicabili.

7. *I beni comuni*

La categoria degli interessi diffusi si interseca con la problematica dei beni *comuni*¹² e con la nuova definizione degli *usi civici*. In altri termini, i giuristi oggi si interrogano sulla possibilità di fare ricorso alle categorie in uso e sulla esigenza di crearne di nuove per dare ingresso alla esigenza di ampliare e consolidare la fruizione collettiva dei beni considerati essenziali, al di là della loro imputazione formale, cioè della loro titolarità. Per la verità, da decenni la dottrina è convinta che la classificazione dei beni, come codificata nel Libro terzo *Della proprietà*, non sia più consona alle esigenze di una società moderna, ma anche ai dettami dell'ordinamento giuridico, considerando che la Carta costituzionale, pur riconoscendo la distinzione tra proprietà pubblica e proprietà privata (art. 42 c. 1), ne assicura la funzione sociale (art. 42 c. 2) e impone un coordinamento di queste disposizioni con l'art. 9 che tutela il paesaggio – nozione da intendersi in modo esteso – nonché con i valori della persona (tutelati dall'art. 2) e della salute (tutelata dall'art. 32). In questo senso, dunque,

¹² U. MATTEI, *Beni comuni. Un Manifesto*, Roma-Bari, 2011; M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Roma, 2012; S. RODOTÀ, *Beni comuni*, Consorzio Festival filosofia, 2013.

è esaltata la funzionalità dei beni, piuttosto che non la loro statica titolarità.

Negli ultimi decenni, al fine di applicare le disposizioni costituzionali ai rapporti tra privati, dottrina e giurisprudenza, nonché il legislatore, con interventi circoscritti o con codici di settore hanno notevolmente rimodellato la concezione dei beni, sì che il dato formale codicistico risulta del tutto inadeguato e in un certo senso sopravanzato rispetto al progresso registrato in tutte le fonti.

La nuova concezione dei beni è quindi consona alla cultura giuridica, alla cultura generale diffusa e alla pratica utilizzazione dei beni: non è la titolarità del diritto imputata al soggetto che ne vanta la disponibilità e il godimento, non è lo statuto giuridico del bene a far sì che esso, se considerato essenziale per la persona e quindi per la collettività, si presti a soddisfare queste esigenze.

Specie nell'ambito del diritto pubblico si sono proposte interpretazioni meno formaliste di quelle proprie dei commentatori del codice e classificazioni ordinate secondo il criterio della funzionalità. Si pensi alla elaborazione dei beni pubblici comprensiva dei beni a fruizione collettiva proposta da Massimo Severo Giannini e dalla sua Scuola.

Nell'ambito della dottrina privatistica si pensi alla problematica dei c.d. beni comuni, che costituiscono un genus diverso rispetto ai beni demaniali, ai beni appartenenti al patrimonio indisponibile e ai beni appartenenti al patrimonio disponibile, che configurano la tripartizione ormai classica dei beni pubblici.

Allo stesso modo, la costruzione giuridica di “beni” che riflettono i valori condivisi, e si fa interprete di una prospettiva che abbraccia aspetti di economia pubblica, filosofia sociale, solidarietà politica tende – affiancando le nuove classificazioni – a dare risposta a queste esigenze. Si pensi ai nuovi significati giuridici di “ambiente” o di “paesaggio”, ma anche alla “cultura” e ad altri valori qualificati, nel linguaggio comune, come “beni” che racchiudono un valore da proteggere.

Di più: la nuova, moderna interpretazione delle antiche categorie, come gli usi civici, può servire a soddisfare questa esigenza, nella misura in cui, salvaguardata la loro storia, essi garantiscano la proprietà spettante ad una collettività ma ne estendano la fruizione diffusa.

Ancora. La stessa individuazione di rimedi processuali per la difesa di questa utilizzazione estesa, mediante la rinnovata vitalità dell'azione popolare, potrebbe contribuire a soddisfare le esigenze indicate.

Sono tutte vie concorrenti per ottenere finalità plurime: la salvaguardia e il godimento diffuso di beni appartenenti allo Stato e agli enti pubblici; la fruizione di beni di natura privata destinati a soddisfare non solo l'interesse egoistico del proprietario, ma anche gli interessi della collettività.

Al di là delle iniziative dirette alla protezione dell'ambiente, in alcune esperienze si è promosso un diverso approccio al tema, ricorrendo ad una tutela diretta della "natura" (o della Madre Terra) attribuendole diritti come se si trattasse di una persona.

Il tema è di particolare interesse, perché rimette in gioco la nozione di "soggetto di diritto".

8. *La natura come soggetto di diritto*

I giuristi d'oggi si interrogano sulla necessità o sulla opportunità di rivedere le loro categorie per adattare meglio alle nuove realtà portate dalle nuove tecnologie.

Una delle categorie più rilevanti è la soggettività (o capacità) giuridica, che usualmente si definisce come la idoneità ad essere titolari di diritti e di doveri.

Attesa la concezione antropologica del diritto, che dal diritto classico romano connota la cultura giuridica, essendo stati tracciati con chiarezza i confini tra diritto e magia, tra realtà sensibile e metafisica, la soggettività giuridica è riconosciuta in capo ad enti diversi dall'uomo solo quando questi enti costituiscono un gruppo di persone tra loro legate da un vincolo costituito dallo scopo comune impresso alla loro attività, come le associazioni riconosciute, o, se svolgono attività economica in modo professionale, le società dotate di personalità giuridica, oppure se questi enti costituiscono un complesso di beni (sempre utilizzati dall'uomo) destinato al perseguimento di un determinato scopo. Nella teoria delle persone giuridiche si dividono il campo le concezioni antropomorfe, che riconoscono nel mondo del diritto una realtà in capo delle persone giuridiche, e le concezioni basate sulla finzione, secondo le quali la persona giuri-

dica è trattata per l'appunto nel mondo del diritto, come se fosse una persona fisica. Altrettanto per le persone giuridiche pubbliche, come lo Stato, la Chiesa, le Regioni, le Città metropolitane, i Comuni, e così via.

In questi casi l'uomo è comune misura di ogni cosa¹³.

Sicché quando ci si allontana dalla figura umana, ad esempio, si considera solo il corpo inanimato, cioè il cadavere, oppure il corpo in fieri, cioè l'embrione, si incontrano notevoli difficoltà a definirne la natura giuridica e si ricorre convenzionalmente a categorie esistenti. Nel primo caso, alle categorie proprietarie che consentono di stabilire chi possa disporre del corpo altrui e che sepoltura debba avere. Nel secondo caso, si ricorre o ad una catalogazione nuova – l'embrione inteso come “non cosa e non persona” – oppure ad una identificazione con una parte del corpo della donna, se è ancora inserito nel corpo materno, oppure ad una proiezione nel futuro, come se si trattasse già di un uomo, ancorché in divenire.

E così accade per le innovazioni derivanti dall'impiego delle tecnologie informatiche, digitali e dell'intelligenza artificiale. I robot sono macchine, ma non si possono considerare vere e proprie “cose” in quanto sono semoventi; non sono cose inerti, ma effettuano movimenti, sulla base dell'algoritmo incorporato possono perfino effettuare delle scelte, cioè esprimere una volontà frutto di un ragionamento (come accade per un veicolo che sceglie se arrestarsi o proseguire la corsa, procedere nella corsia prescelta o cambiare corsia o senso di marcia, o deviare per una strada secondaria o superare un ostacolo).

Anche in questo caso qualche giurista, negli USA, sulla base di una cultura giuridica diversa dalla nostra che è frutto di una tradizione millenaria, ha ritenuto possibile assegnare anche ai robot una soggettività giuridica, e quindi a tagliare il legame tra robot o il suo custode, il suo proprietario, il suo produttore, il suo “animatore” (cioè il progettista che ha predisposto il programma che gli imparti gli ordini)¹⁴.

¹³ F. VIOLA, *Lo statuto giuridico della persona in prospettiva storica*, in *Studi in mem. di I. Mancini*, a cura di G. Pansini, Napoli, 1999, 621 ss.

¹⁴ S.M. SOLAIMAN, *Legal Personality of Robots, Corporations, Idols and Chimpanzees: A Quest for Legitimacy*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2017, 155-179.

Ancora. Da tempo si discute in Francia se la famiglia, in quanto tale, possa avere soggettività giuridica. In ogni ordinamento vi possono essere fattispecie alle quali ricondurre una più o meno estesa capacità giuridica. Così come in Italia si è parlato, in senso però figurato, dei diritti delle generazioni future, tema introdotto nel 1991 dalle iniziative del grande naturalista Jacques Cousteau¹⁵.

Ed i filosofi del diritto di professione animalista oggi discutono se attribuire la soggettività giuridica agli animali¹⁶.

Trattandosi di una categoria giuridica astratta, di un modo per assegnare interessi e tutelarli, la capacità giuridica è modellata in diverse forme, a seconda delle età, delle tradizioni culturali, delle necessità contingenti.

Negli anni recenti si è venuta formando, nella cultura ecologista, l'idea che sia doveroso riconoscere soggettività giuridica alla *natura*, cioè all'habitat naturale nel suo complesso o ai singoli beni che lo compongono, come appunto gli animali, le piante, i laghi, i fiumi, le foreste e così via.

Lo scopo è evidente: superare l'antropomorfismo delle categorie giuridiche, sfruttare, se si vuole, la teoria delle finzioni, per poter attribuire una forma di tutela alla cosa che si vuol proteggere. Gli interessi sono entificati per poter essere protetti.

È una tecnica, come tante altre, per poter dare ingresso nel mondo del diritto, ad interessi prima non protetti, che si vogliono per contro considerare giuridicamente rilevanti. È quanto è accaduto, in forme più sofisticate, con la legislazione speciale: le leggi che hanno introdotto forme di tutela per aree particolarmente pregiate, come il Monte di Portofino, i Parchi, i giacimenti archeologici e così via.

Ciò che distingue però questo indirizzo – consistente nella erezione ad ente di interessi da proteggere – è assai ben diverso dall'altro che sta ora emergendo – consistente nel considerare le cose come se fossero degli esseri umani, e quindi meritevoli di tutela come lo

¹⁵ T. GRECO, *Da dove vengono i diritti delle generazioni future?*, in *Etica e Politica*, 2018, 249 ss.; F. FRACCHIA, *Diritto sostenibile e diritti delle generazioni future*, *Riv. quadr. dir. dell'ambiente*, 2010, n. 0; e già A. GOSSERIES, *Lo scetticismo sui diritti delle generazioni future è giustificato?*, paper 2008, ResearchGate, sul web.

¹⁶ S. CASTIGNONE (a cura di), *I diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, Bologna, 1985; ID., *Introduzione alla filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2006, 1; F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à la preuve du droit*, Paris, 2003.

sono gli esseri umani – in quanto il primo richiedere un intervento *ad hoc*, con una procedimentalità spesso complessa, il secondo si accontenta di includere nella categoria dei soggetti di diritto, tutelati in quanto tali, entità non umane, considerate isolatamente (i singoli animali, i singoli alberi, i singoli fiumi, laghi, etc.) oppure in complesso, come aree o addirittura come l'intero genere a cui appartengono, cioè la natura.

Nell'età in cui magia, religione e diritto costituivano una dimensione della conoscenza indistinta, fiumi, luoghi sacri, templi, avevano diritti propri. Il diritto romano arcaico reca molteplici casi di soggettività giuridica riconosciuta a cose diverse dalla specie umana. E proprio questo è il punto di partenza per le speculazioni degli studiosi di diritto romano o dell'indirizzo filosofico giusrealistico.

Nel diritto romano classico, e poi nel diritto moderno e contemporaneo queste figure non si erano più ripetute in queste forme giuridiche. E tuttavia nella contemporaneità si è voluto riaprire il dibattito e anzi, intervenire con convenzioni, leggi, decisioni, contributi scientifici. Il tema è diventato così partecipato e appassionante da costituire uno dei punti di forza dei movimenti e dei partiti ecologisti in tutto il mondo. L'esperienza tragica della pandemia di Coiv-19 ha aggiunto nuovi argomenti al dibattito, avendo avuto modo di dimostrare che durante il lock down la natura si è risvegliata.

Più che di ambiente, di beni ambientali, di paesaggio, si tende ora a parlare di "natura". Possiamo innanzitutto distinguere, nel vocabolario giuridico, diverse accezioni di "natura"¹⁷: la natura umana, la natura delle cose, la natura come fondamento dei diritti dell'uomo, la natura come habitat ambientale, la natura come soggetto (e non oggetto) di diritti¹⁸.

La discussione si è aperta con diverse motivazioni, negli Stati Uniti¹⁹, in Canada²⁰ e nel Regno Unito²¹, a proposito dei beni comuni da cui si è passati all'interrogativo sulla soggettività giuridica della

¹⁷ Sul punto v. N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013.

¹⁸ Per un approfondito excursus su queste nozioni e sulla loro evoluzione storica v. M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, in *Digesto. Disc. pubbl.*, Aggiornamento, 487 ss.

¹⁹ D. SHELTON, *Nature as a Legal Person*, in Vertigo, 2015.

²⁰ R. BRADLEY, S.R. DUGUID (a cura di), *Environmental Ethics*, Burnby, BC, 1989.

²¹ C.D. STONE, *Should Trees Have Standing?, Law, Morality and the Environment*, Oxford, 2010.

natura, all'America Latina, in cui la natura è diventato addirittura un soggetto costituzionalmente tutelato, all'India e alla Nuova Zelanda, con la tutela di singole componenti della natura (montagne e fiumi)²²; ma il dibattito è tuttora fervido nell'esperienza francese, specie ad opera di filosofi moralisti e ambientalisti.

Negli Stati Uniti era rimasta isolata la pronuncia della Corte Suprema nel caso *Sierra Club v. Morton*, in cui si discuteva sulla autorizzazione concessa dall'autorità amministrativa a Walt Disney per la realizzazione di uno ski resort nella Sequoia Natural Forest in California. Contro questa iniziativa aveva avviato un procedimento giudiziario una associazione locale, Sierra club, a cui però la Corte (con una maggioranza di 4 a 3) negò la legittimazione ad agire. Nonostante la vittoria, Walt Disney non riuscì ad attuare il suo progetto, perché il legislatore federale intervenne per tutelare la foresta. È rimasta famosa la dissenting opinion del giudice William O. Douglas, che, volendo dare "voce alle cose inanimate" argomentò la sua difesa della Foresta ritenendo che essa avesse uno standing.

Il dibattito sui diritti della natura è stato preparato dal riconoscimento di nuove dimensioni giuridiche in ambito internazionale, in cui sono particolarmente vivi i problemi connessi all'inquinamento marino, al clima e allo sfruttamento di intere aree preziose per i loro giacimenti minerali e per i beni forestali: si pensi alla World Charter of Nations del 1982, alla dichiarazione delle Nazioni Unite su Harmony with Nature, del 2013, alle conferenze sul clima che hanno rivestito un significato politico notevolissimo, ma non hanno avuto ancora un approdo sicuro. E certamente è da menzionare l'Enciclica di Papa Francesco *Laudato si* (del 24 maggio 2015) che richiama, con una convincente allusione alla preghiera di Francesco d'Assisi, ai valori cristiani che, in materia, si possono considerare ormai universali.

I diritti della Madre Terra sono stati costituzionalmente riconosciuti in Ecuador nel 2008 e in Bolivia nel 2010. In Colombia i diritti

²² Per i primi riferimenti v. S. BALDIN, *I diritti della natura: i risvolti giuridici dell'Etica Ambientale Esigente in America Latina*, in *Forumcostituzionale*, 2014, paper, 0484 sul web; A. MAURAS, *La reconnaissance de la nature comme sujet de droit en Amérique Latine: de l'anthropocentrisme en droit à l'écocentrisme juridique?*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2020, 505 ss.; e già S. LANNI, *Diritti indigeni et assonnie del sistema in America Latina*, in *Ann. dir. comp. e di st. leg.*, 2013, 178 ss.; M.A. HERMITTE, *La nature sujet de droit*, *Annales hist. sc. soc.*, 2011, 1, 173 ss.

alla natura intesa come “soggetto” sono stati riconosciuti da una sentenza della Corte costituzionale nel 2016 in capo al fiume Atrato²³. In Nuova Zelanda il fiume Whanganui è stato tutelato con legge mediante l'attribuzione della soggettività giuridica²⁴ mentre in India una sentenza della High Court dell'Uttarakhand dl 20 marzo 2017 ha riconosciuto la soggettività giuridica al fiume Gange²⁵.

Certamente l'attribuzione di diritti a cose inanimate presenta insuperabili difficoltà di ordine dogmatico, ed è da apprezzare piuttosto la protezione dell'ambiente mediante il ricorso alle iniziative giudiziarie che nei diversi Paesi si sono promosse o per tutelare gli interessi diffusi degli abitanti delle aree pregiudicate dalle attività lesive dell'ambiente o l'ammissione di una azione popolare diretta a contrastare le attività nocive, insieme, ovviamente, con la legislazione protettiva di aree di pregio. Ma la emersione a livello costituzionale di questi valori va ben al di là delle tecniche di diritto processuale o delle tecniche di tutela degli interessi privati volte, nel contempo, a realizzare anche finalità sociali. Seppur immaginifiche, le soluzioni che vedono nella natura un soggetto di diritto hanno una forte suggestione e richiamano con fermezza l'esigenza di preservare la natura anche per le generazioni future.

Abstracts

Il saggio affronta gli sviluppi che nella cultura giuridica si sono registrati in materia di tutela dell'ambiente. Vengono sottolineate le varie declinazioni del tema con riguardo all'interpretazione dell'art. 9 Cost., ai mutamenti dei principii di responsabilità e di precauzione, e alle categorie dei beni. Il contributo si conclude con un riferimento all'abbandono della concezione antropologica del diritto.

The paper addresses the changes occurred in the study of environmental protection. Specific attention is reserved to the interpretation of art. 9 of the Italian Constitution, the rising principles of responsibility and precaution, the developments in property law, and the setting of the anthropological conception of law.

²³ V. già la decisione del T-622 del 2016, e poi la decisione del STC 4360/2018.

²⁴ V. [legislation/govt/n.z., 2016/0129](#) nel web.

²⁵ Mohd.Salim v. State of Uttarakhand and others.

La legge, le sue modifiche, i suoi rapporti con la consuetudine: brevi note sul pensiero dei giuristi italiani di diritto patrio (fine sec. XV-metà XVII)

Mario Caravale

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il titolare della potestà legislativa. – 3. La natura della legge. – 4. Le modifiche della legge. – 5. Legge e consuetudine.

1. *Introduzione*

«La Seconde Scolastique fourmille de ‘Traités des Lois’» dichiarava qualche anno fa Michel Villey¹, sottolineando la vastità della produzione di trattati sulla legge pubblicati dai maggiori esponenti della Seconda Scolastica, a cominciare da Francisco de Vitoria², trattati che offrono un’approfondita riflessione sul pensiero espresso da s. Tommaso nella *Summa Theologiae*, I-IIae, qq. 90-97 e che costituiscono il principale filone del pensiero etico-giuridico dei secoli XVI-XVII. Su detti trattati, in particolare sulle opere di Francesco Suárez³,

¹ M. VILLEY, *Bible et philosophie gréco-romaine de saint Thomas au droit moderne*, in *Archives de philosophie du droit*, 1973, 43.

² S. LANGELLA, *Estudio introductorio*, in F. DE VITORIA *De legibus*, Salamanca, 2010, 34. Si vedano anche A. FOLGADO, *Los tratados «De legibus» y «De iustitia et iure» en los autores españoles de los siglos XVI y XVII*, in *La Ciudad de Dios*, 1959, 275-302 e L. MILAZZO, *La teoria dei diritti di Francisco de Vitoria*, Pisa, 2012.

³ È impossibile fornire un quadro esauriente degli studi sul pensiero di Suárez sulla legge. Mi limito a ricordare tra le più recenti ricerche Q. SKINNER, *Le origini del pensiero politico moderno*, Bologna, 1989; M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, Paris, 1990, 305-358; H.A. LLOYD, *Constitutionalism*, in *The Cambridge history of political thought, 1450-1700*, a cura di J.H. BURNS, Cambridge, 1991, 192-207; L. CEDRONI, *La comunità perfetta. Il pensiero politico di Francisco Suárez*, Roma, 1996; F. MIGLIORINO, *Rileggendo Francisco Suárez*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura di A. PADOA SCHIOPPA, G. DI RENZO VILLATA, G.P. MASSETTO, Milano, 2003, II, 1453-1475; B. WAUTERS, *Francisco Suárez and the foundation of law*, in *Proceedings of the International Congress of medieval canon law, Washington, D.C., 2004*, a cura di U.-R. BLUMENFELT, K. PENNINGTON, A.A. LARSON, Città del Vaticano, 2008, 57-71; J.J. ESCANDELL, *Suárez: el pensamiento español de XVI siglo. Continuidad y actualidad*, in *En la frontera de la modernidad. Francisco Suárez y la ley natural*, a cura di C. FERNÁNDEZ DE LA CIGONA CANTERO, F.J. LÓPEZ ATANES, Madrid, 2010, 17-38; A. LOBATO, *Aproximación a la ‘ley natural’ en Francisco Suárez*, *ibid.*, 39-49; C. FERNÁNDEZ DE LA CIGONA CANTERO, *Derecho y ley natural ¿Hay un deber objetivo?*, *ibid.*, 61-74; P. SÁNCHEZ GARRIDO,

si è concentrata l'attenzione di gran parte degli studiosi⁴. Il secolo XVI, inoltre, conobbe un contributo in tema di legge nettamente diverso da quello neotomistico e del tutto originale, quello, notissimo, di Jean Bodin: e anche sull'opera del pensatore francese gli studi sono numerosissimi⁵. Minore attenzione, invece, sembra esser stata riservata al pensiero sul medesimo argomento dei giuristi di diritto

El contractualismo político suareciano: "antecedente premoderno o alternativa altomedieval", *ibid.*, 127-137; J. P. DOYLE, *Collected studies on Francisco Suárez S. J. (1548-1617)*, Leuven, 2010; T. PINK, *Reason and obligation in Suárez*, in *The philosophy of Francisco Suárez*, a cura di B. HILL e H. LAGERLUND, Oxford, 2012, 175-208; J. GORDLEY, *Suárez and natural law*, *ibid.*, 209-229; C. FARACO, *Obbligo politico e libertà nel pensiero di Francisco Suárez*, Milano, 2013; B. SLINGO, *Salas contra Suárez on the origins of political power*, in *The concept of law (lex) in the moral and political thought of the School of Salamanca*, a cura di K. BUNGE, M.J. FUCHS, D. SIMMERMACHER, A. SPINDLER, Leiden-Boston, 2016, 58-80; A. BROLEZE, *Francisco Suárez: 1617-2017. Quarto centenário de sua morte*, in *Âmbito jurídico*, XX, n. 162, jul. 2017; S. SCHWEIGHÖFER, *Die Begründung der normativen Kraft von Gesetzen bei Francisco Suárez*, Münster, 2018; *Francisco Suárez (1548-1617): Jesuits and the complexity of modernity*, a cura di R.A. MARYKS e J.A. SE-NENT DE FRUTOS, Leiden-Boston, 2019; *Francisco Suárez, 1617-2017. Atti del Convegno in occasione del IV centenario della morte*, a cura di C. FARACO e S. LANGELLA, Capua, 2019; W. FARRELL, *The natural law according to Aquinas and Suárez*, Providence, 2019.

⁴ Sulla lettura della legge da parte dei maggiori esponenti della Seconda Scolastica rinvio a *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio. Firenze 16-19 ottobre 1972. Atti*, a cura di P. GROSSI, Milano, 1973 (e, in particolare, ai saggi di H. THIEME, *Qu'est ce-que nous, les juristes, devons à la Seconde Scolastique espagnole?*, 7-21 e di M. VILLEY, *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique*, 53-71) e a *The concept of law*, cit., soprattutto agli interventi di M. KAUFMANN, *Die Referenzautoren der Schule von Salamanca und andere Vorläufer im Mittelalter*, 9-31 e di D. SIMMERMACHER, *The significance of the law (lex) for the relationship between individual and state in Luis de Molina [1535-1600]*, 35-57.

⁵ La bibliografia su Bodin è vastissima: mi limito a ricordare, oltre agli studi di D. QUAGLIONI (in particolare *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, 1992, quelli di M. ISNARDI PARENTE – tra questi ultimi si segnala ad esempio *Jean Bodin: tirannide e signoria*, Firenze, 1982 – e a quelli di C. VASOLI – alcuni dei cui lavori sono in *Armonia e giustizia: studi sulle idee filosofiche di Jean Bodin*, a cura di E. BALDINI, Firenze, 2008 –, *Jean Bodin: nature, histoire, droit et politique*, a cura di Y.C. ZARKA, Paris, 1996; *L'oeuvre de Jean Bodin. Actes du Colloque tenu à Lyon à l'occasion du quatrième centenaire de sa mort (11-13 Janvier 1996)*, a cura di G.-A. PÉROUSE, N. DOCKÈS-LALLEMENT e J.-M. SERVET, Paris, 2004; D. MAROCCO STUARDI, *La République di Jean Bodin: sovranità, governo, giustizia*, Milano, 2006; A. DI BELLO, *Stato e sovranità nel De Republica libri sex di Jean Bodin*, Napoli, 2014; H. A. LLOYD, *Jean Bodin: 'this pre-eminent man of France'. An intellectual biography*, Oxford, 2017.

comune, civilisti e canonisti, della prima età moderna, i quali recarono all'analisi dello stesso alcuni contributi originali che arricchirono la lunga tradizione di dottrina avviata dai glossatori⁶. E un interesse ancora più marginale ha suscitato tra gli studiosi la riflessione sulla legge dei giuristi italiani impegnati ad interpretare il diritto proprio dell'ordinamento particolare in cui vivevano ed operavano, il loro così detto diritto patrio⁷. Alle opinioni espresse da questi ultimi giuristi sulla legge, sulle sue modifiche, sui suoi rapporti con la consuetudine è dedicato il presente studio⁸.

È noto che tra la fine del Medioevo e la prima età moderna in alcuni Stati italiani apparvero raccolte di norme generali per l'intera popolazione, norme che si aggiunsero e si intrecciarono sia allo *ius commune* romano canonico, sia a statuti e consuetudini delle singole comunità. Nel regno di Napoli il *Liber Constitutionum Regni Siciliae* di Federico II fu arricchito dai *Capitula* angioini e dalle *Pragmaticae* aragonesi, nonché dalla raccolta di *Ritus* seguiti nei tribunali regi superiori, mentre nel regno di Sicilia il *Liber Constitutionum* federiciano rimase il fondamento primario del diritto generale dell'isola. Nel ducato sabaudo apparvero nel 1430 i *Decreta e Statuta* di Amedeo VIII, seguiti nel 1561 dagli *Ordini nuovi* in materia civile di Emanuele Filiberto e nel 1565 dagli *Ordini nuovi* in materia penale del medesimo duca, mentre nel 1606 fu pubblicato il cosiddetto *Codex fabrianus*, opera del giurista Antoine Favre, opera che raccoglieva la giurisprudenza del Senato di Savoia e il cui titolo esatto è *Definitiones forenses et rerum in Sacro Sabaudiae Senatu tractatae*. A

⁶ Una prima, parziale, analisi del loro pensiero ho tentato nel saggio *In tema di legge: appunti sulla dottrina italiana tra Quattro e Cinquecento*, in Armata Sapientia. Scritti in onore di Francesco Paolo Casavola in occasione dei suoi novant'anni, a cura di L. FRANCHINI, Napoli, 2020, 151-165.

⁷ Sul diritto patrio ed i suoi interpreti si veda I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, 280-297; ID., *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX). Atti del convegno internazionale. Alghero, 4-6 novembre 2004*, a cura di I. BIROCCHI e A. MATTONE, Roma, 2006; ID., *Il diritto patrio*, in *Enciclopedia italiana. Ottava Appendice. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012, 169-176.

⁸ Con il presente studio mi propongo di proseguire l'indagine sulla lettura della legge da parte della dottrina giuridica, indagine iniziata con i saggi *La legge e la tradizione. Glossatori civilisti e decretisti sul rapporto tra legge antica e legge nuova: qualche nota*, pubblicato in questa rivista nel 2018, 82-111 e *Tradizione, legge, consuetudine: qualche osservazione sul pensiero dei commentatori*, in *Historia et ius*, 2020, paper 24.

Milano nel 1216 furono approvate le *Consuetudines* del Comune, le quali conobbero nuove redazioni nel 1351, nel 1396 e, infine, nel 1502; nel 1541, poi, Carlo V promulgò le *Novae Constitutiones Domini Mediolanensis*; nel 1584 furono anche raccolte, ad opera di Giovanni Antonio Zavattari, le norme processuali seguite nelle corti milanesi (*De fori mediolanensis praxi et nonnullis depravationibus ex eo tollendis*). A Genova nel 1528 furono approvate le *Leges* della repubblica e nel 1576 le *Leges novae*, mentre nel 1556 furono pubblicati gli Statuti criminali della città di Genova e nel 1588 quelli civili. A Venezia nel 1242 il doge Jacopo Tiepolo fece approvare lo *Statutum novum* in cinque libri che rimase in vigore sino al termine della Repubblica veneta, integrato e completato dagli *Statuti dei giudici di petizion*, approvati sempre dal doge Tiepolo nel 1233 e dall'aggiunta di un sesto libro deliberata nel 1346 sotto il doge Andrea Dandolo. A Firenze negli anni 1322 e 1325 furono approvati statuti del capitano del popolo e del podestà, mentre tra 1355 e 1415 vennero promulgati statuti comunali; questa normativa fu arricchita da una significativa legislazione granducale relativa all'intero dominio toscano e si rapportò con le discipline statutarie dei vari Comuni.

Si deve altresì ricordare che nel periodo in esame furono istituiti o rimodellati nei vari Stati italiani tribunali supremi: nel ducato sabauda operarono il Senato di Chambéry e quello di Torino; Senati furono presenti anche nel ducato di Milano, nel marchesato, poi ducato (dal 1574), del Monferrato; Rote erano attive a Genova, a Lucca, a Firenze, a Siena e, nelle terre della Chiesa, a Bologna, Perugia, Macerata, Ferrara; a Mantova operò una Rota che nel 1571 si trasformò in Senato; nel ducato parmense era in funzione il Supremo Consiglio di Giustizia; nel regno di Napoli erano superiori tribunali il Sacro Regio Consiglio, la Gran Corte della Vicaria, la Regia Camera della Sommaria, il Consiglio del Collaterale; e nel regno di Sicilia la Magna Regia Curia, il Tribunale del Real Patrimonio, quello della Regia Monarchia, il Concistoro della Sacra Regia Coscienza⁹. Insieme con le raccolte le-

⁹ Sui supremi tribunali mi limito a ricordare G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani fra i secoli XVI e XIX quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati* (Disegno storico comparatistico), in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze 1977, I, 447-532; Id., *Introduzione allo studio dei tribunali italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX*, in *L'ordinamento giudiziario*, a cura N. PICARDI e A. GIULIANI, I, Rimini, 1985, 329-468; M. ASCHERI, *Tribunali, giuri-*

gislative or ora ricordate, anche le decisioni dei supremi tribunali furono oggetto di approfondita lettura da parte dei giuristi attivi nei singoli Stati, i quali indirizzarono al contempo la loro attenzione alle consuetudini locali, agli statuti comunali, alla concreta realtà sociale della loro terra e svolsero un'intensa attività consulente¹⁰. Sui vari aspetti del tema della legge la loro riflessione, certamente plasmata

sti e istituzioni dal medioevo all'età moderna, Bologna 1989; ID., *I grandi tribunali*, in *Enciclopedia italiana. Ottava Appendice*, cit., 121-128; *Grandi tribunali e Rote nell'Italia di antico regime*, a cura di M. SBRICCOLI e A. BETTONI, Milano, 1993. In particolare si vedano anche U. PETRONIO, *Il Senato di Milano*, Milano, 1972; ID., *I Senati giudiziari*, in *Il Senato nella storia*, Roma, 1997, 355-452; C. MOZZARELLI, *Il Senato di Mantova: origini e funzioni*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1974, 156-255; S. SERANGELI, *Diritto romano e Rota provinciae Marchiae*, 2 voll., Torino, 1992-1994; M.N. MILETTI, *Tra equità e dottrina. Il sacro regio Consiglio e le 'Decisiones di V. De Franchis*, Napoli, 1995; A.M. MONTI, *Iudicare tanquam deus: i modi della giustizia senatoria del ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano, 2003.

¹⁰ Per un quadro sintetico delle fonti e della scienza giuridica dei singoli Stati italiani nella prima età moderna si vedano BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., 280-286 e i saggi di G.S. PENE VIDARI sul ducato sabaudo, di M.G. DI RENZO VILLATA per Milano e il ducato milanese, di R. SAVELLI sulla repubblica genovese, di C. POVOLO su Venezia, di L. MANNORI su Firenze e la Toscana, di M.N. MILETTI sul regno napoletano, di A. ROMANO sul regno di Sicilia in *Il diritto patrio*, cit., rispettivamente 201-207, 217-236, 255-295, 297-353, 355-360, 401-482, 483-506. Si può aggiungere che per le fonti legislative veneziane utili notizie si trovano nei lavori di G. ZORDAN, *Repertorio di storiografia veneziana. Testi e studi*, Padova, 1998, 34-38 e *L'ordinamento giuridico veneziano*, Padova, 2005, 135-175. Per quanto riguarda Firenze si ricordano E. FASANO GUARINI, *Produzione di leggi e disciplinamento nella Toscana granducale tra Cinque e Seicento*, in *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra Medioevo ed età moderna*, a cura di P. Prodi, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico*, 1994, 659-690; L. TANZINI, *Statuti e legislazione a Firenze dal 1355 al 1415. Lo statuto cittadino del 1409*, Firenze, 2004; *La legislazione medicea nelle raccolte dell'Archivio di Stato di Firenze (1532-1737)*, Firenze, 2008; G. BISCIONE, *Statuti del Comune di Firenze nell'Archivio di Stato. Tradizione archivistica e ordinamenti*, Roma, 2009; M. ASCHERI, *Cosimo I legislatore tra emergenza di governo e grandi progetti, normative 'classiche' e regole per i nobili e per lo Stato Nuovo di Siena*, in *Le leggi di Cosimo. Bandi, statuti e provvisori del primo Granduca di Toscana*, Firenze, 2019, 23-37. Si deve, infine, aggiungere che nelle terre della Chiesa ebbero carattere di norme generali le *Constitutiones Sanctae Matris Ecclesiae*, note anche come *Constitutiones Aegidianae*, promulgate a Fano nel 1357 dal cardinal legato Egidio d'Albornoz (per le quali P. COLLIVA, *Il cardinale Albornoz, lo Stato della Chiesa e le «Constitutiones aegidianae» [1353-1357]*, Bologna, 1977). Nel secolo successivo Sisto IV ne ribadì la vigenza nelle terre della Chiesa con costituzione del 30 maggio 1478 (edita da A. THEINER, *Codex diplomaticus dominii temporalis S. Sedis*, III, Romae, 1862, n. 417, 494-497: la costituzione sistina è ricordata, ad esempio, dal canonista portoghese A. BARBOSA [1489/90-1649], *Collectanea Bullarii Aliarumve Summorum Pontificum Constitutionum*, Lugduni, 1634, 234). La loro applicazione, comunque, fu «molto

dalla dottrina di diritto comune contemporanea (dottrina alla quale anche molti di loro, peraltro, portarono significativi contributi) presenta, comunque, alcuni interessanti profili di originalità.

2. *Il titolare della potestà legislativa*

Per quanto riguarda in primo luogo la potestà legislativa, i giuristi di diritto patrio non sembrano porsi più il problema della sua sopravvivenza nel popolo romano, concentrati, come sono, nel proclamare legittima la titolarità della stessa da parte del principe dell'ordinamento di cui erano cittadini. In proposito risulta ormai correntemente condivisa la tesi, formulata nel secolo XIII da Marino da Caramanico nel regno di Sicilia, per la quale il re che non riconosceva alcuna autorità superiore aveva nel suo regno poteri identici a quelli spettanti all'imperatore nell'Impero: e tale identità era riconosciuta ormai anche a conti, marchesi, duchi che governavano i tanti principati della penisola. «Reges Siciliae in Regnis suis non recognoscunt superiorem, dicuntur consequenter Imperatores» affermava, ad esempio, il siciliano Mario Muta¹¹, e con lui concordava Giuseppe

parziale e fortemente limitata nello spazio e nel tempo» e nelle terre della Chiesa lo *ius commune* romano canonico rimase sostanzialmente il diritto generale»: al riguardo rinvio a quanto detto in *Il diritto patrio nelle terre della Chiesa*, in *Il diritto patrio*, cit., 387-400. Per quanto, infine, riguarda la dottrina impegnata nella lettura degli statuti comunali si veda D. EDIGATI, *Le annotazioni agli statuti come genere di letteratura giuridica nell'età del diritto comune*, in *Archivio storico italiano*, 2012, 653-703.

¹¹ M. MUTA, *Capitulorum Regni Siciliae Tomus Primus*, Panormi, 1605, f. 16 a, n. 73. La medesima affermazione risulta ripetuta più volte dal giurista: «Rex in Regno suo dicitur Imperator» dichiarava, ad esempio, in *Regni Siciliae Pragmaticarum Sanctionum Tomus Primus*, Panormi, 1622, f. 5 b, n. 1; «Reges nostri Siciliae habent iura Imperii», in *Capitulorum Regni Siciliae Regaliumque Constitutionum Divorum Regum Federici et Petri Dilucidationum Tomus Secundus*, Panormi, 1612, f. 12 a, n. 49. Sul giurista (1560/75-1636) si veda la biografia redatta da M.A. COCCHIARA per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, diretto da I. BIROCCHI, E. CORTESI, A. MATTONE, M.N. MILETTI, Bologna, 2013, II, 1403 s. e la ricca bibliografia ivi citata. L'equiparazione tra re e imperatore era un punto fermo della dottrina meridionale a partire da Marino da Caramanico (sulla teoria di Marino da Caramanico rinvio al notissimo studio di F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano, 1951). Nel secolo XV la ripeteva, ad esempio, il siciliano G. PERNO, *Tractatus de Principe*, in ID., *Consilia Pheudalia et De Principe, de Rege deque Regina Tractatus*, Messanae, 1537, 28 va: «Et videtur princeps et imperator idem esse» (su Guglielmo Perno [1404 c.-1451/52] si veda la biografia redatta da A. ROMANO per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1542 s.). Si deve aggiungere che i giuristi meridionali avevano chiaro

Cumia secondo cui «Rex in regno isto [= Siciliae] pro Imperatore habetur»¹². Potestà uguale a quella dell'Imperatore riconoscevano ai re anche il milanese Orazio Carpani, a detta del quale «reges in eorum regnis dicuntur Imperatores»¹³ e il napoletano Camillo Borrelli, che dichiarava «reges omnes legum condendarum potestatem habent... Hi maxime Reges qui sui Iuris sunt et superiorem non recognoscunt, prout est Rex noster... omnesque alij Reges in Regnis suis suprema utuntur potestate»¹⁴. Né tale equiparazione si limitava ai re: Borrelli, ad esempio, aggiungeva: «hoc idem facere possunt Respublicae, quae a Principum iugo collae subtraxerunt, ut sunt Serenissimae Respublicae Venetorum et aliae» e la stessa potestà si doveva riconoscere quando si parlava «de duce Mediolani... de duce Ferrariae... de duce Urbini... de duce Montisferrati et de ijs omnibus, ac similibus Ducibus, Marchionibus, et Comitibus iure Principis fungentibus»¹⁵. Al duca di Milano, in particolare, la riconoscevano, tra gli altri, Egidio Bossi – per il quale «[duces] Mediolani... eandem potestatem habent quam Imperator»¹⁶ –, Giovan Battista Piotti – che dichiarava

come il regno fosse stato concesso al re non dall'imperatore, ma dal papa: lo dichiaravano, ad esempio, sia il siciliano M. MUTA che affermava «Reges Siciliae habere Regnum ab Ecclesia et esse exemptos ab Imperio» (*Capitulorum*, cit., 19 b, n. 105), sia il napoletano G.P. BALZARANO (morto tra la fine del secolo XVI e gli inizi del successivo: su di lui L. GIUSTINIANI, *Memorie istoriche degli scrittori del regno di Napoli*, I, Neapoli, 1787, 97 s.), per il quale «Regnum est exemptum ab Imperio, tamquam peculiare patrimonium Ecclesiae» (*Interpretationes Luculentissimae ad Libros Feudorum*, Venetiis, 1596, 8 vb, n. 3) e «Rex Siciliae non subiacet Imperatori» (*Commentaria ad Constitutiones Utriusque Siciliae*, Neapoli, 1620, 43 a, n. 12).

¹² G. CUMIA, *In Ritus Magnae Regiae Curiae ac Totius Regni Siciliae Curiarum Commentaria*, Venetiis, 1578, 36 b, n. 6. Su Giuseppe Cumia (1531-1593 c.) G. FALICO, in *Dizionario biografico degli Italiani*, XXXI, Roma, 1985, 348-350.

¹³ O. CARPANI, *Commentaria Absolutissima in Alteram Iuris Municipalis Partem*, Mediolani, 1616, 2 b, n. 34. Sul giurista, morto a Milano nel 1595, rinvio a EDIGATI, *Le annotazioni*, cit., 667-671 e alla biografia di M.G. DI RENZO VILLATA in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 462 s.

¹⁴ C. BORRELLI, *De Regis Catholici Praestantia, eius Regalibus iuribus et Praerogativis Commentarii*, Mediolani, 1611, cap. 31, f. 179 b, n. 17. Su Camillo Borrelli (1544-1631) si veda la biografia scritta da M. PIGNATA per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 506 s.

¹⁵ C. BORRELLI, *De Regis*, cit., cap. 31, f. 180 a, nn. 25-28.

¹⁶ E. BOSSI, *Tractatus Varii*, Venetiis, 1574, 375 r a, n. 36. Su Egidio Bossi si veda la biografia redazionale in *Dizionario biografico degli Italiani*, XIII, Roma, 1971, 299 s. e quella scritta da M.G. DI RENZO VILLATA per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 316-319.

«Dux Mediolani in suo ducatu et dominio potest omnia quae potest imperator et in eum translata omnis potestas Imperatoris»¹⁷ – e Francesco Borsati, a detta del quale «Mediolani Dux potest in eius statu quod Imperator in mundo»¹⁸. Ai duchi in generale l'attribuiva, poi, il piemontese Antonio Sola, che scriveva «Dux et Ducalis dignitas regalis est»¹⁹ e poi in un altro passo estendeva l'equiparazione a marchesi e a conti affermando «Reges, Duces, Marchiones, Comites de iure, vel de facto superiorem non recognoscentes principis locum tenent, imo principes sunt»²⁰. Concordava, dunque, con l'altro giurista piemontese Ottaviano Cacherano D'Osasco secondo il quale «Modernus Comes et sui antecessores dicuntur investiti de Comitatu in perpetuum quo casu in dicto Comitatu dicitur ea posse quae Imperator in Imperio potest» e «Serenissimus Dux in suis dominiis et territoriis ea potest quae Imperator, et quilibet Princeps potest in suis»²¹.

Non solo. Alcuni giuristi sostenevano che il principe godeva nel proprio dominio di una potestà più ampia di quella che spettava all'imperatore nell'Impero. Lo proclamavano, ad esempio, i napoletani Giovanni Vincenzo D'Anna, secondo il quale «Rex in Regno suo potest plus quam Imperator in Imperio»²², e Fabio Capece Galeota che dichiarava «Rex in Regno suo est Monarcha... et plus iuris habet Rex in Regno quam imperator in Imperio»²³; lo ripeteva il siciliano

¹⁷ G.B. PIOTTI, *Consiliorum sive Responsorum Liber Primus*, Novariae, 1579, cons. 1, 4 b, n. 6. Sul giurista (1518-1570) M.G. DI RENZO VILLATA, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1595.

¹⁸ F. BORSATI, *Consiliorum sive Responsorum Liber Primus*, Venetiis, 1582, cons. 4, 21 va, n. 21. Su Borsati (1536-1590) C. BENATTI, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 309 s.

¹⁹ A. SOLA, *Commentaria ad Decreta Antiqua, ac Nova, Novasque Constitutiones Serenissimorum Ducum Sabaudiae*, Augustae Taurinorum, 1607, f. 5 b, n. 1. Su Antonio Sola (1527/28-1593) C. MONTANARI in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, 1882 s.

²⁰ *Ibid.*, f. 9 b, n. 9.

²¹ O. CACHERANO, *Decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, Taurini, 1569, dec. 139, 247 vb, n. 5 e dec. 155, 284 vb, n. 1. Sul giurista (1495/1510-1580) rinvio alle biografie di V. CASTRONOVO per il *Dizionario biografico degli Italiani*, XVI, Roma, 1973, 57-59 e di P. CASANA per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 370 s.

²² G.B. D'ANNA *Septuaginta Allegationes*, Venetiis, 1576, 106 rb, n. 5. Sul giurista (1524-1582) R. DE LUCA in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 641.

²³ F. CAPECE GALEOTA, *De Principis Potestate*, Neapoli 1630, 98, nn. 350 s. Sul giurista (1573-1645) si vedano le biografie di C. RUSSO per il *Dizionario biografico degli Italiani*, XVIII, Roma, 1975, 428-430 e di M.N. MILETTI per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 420-422.

Mario Muta «*Divi reges in regnis suis iustiores habent titulum quam Imperator in Imperio*»²⁴. Si tratta di un'idea che appare condivisa non soltanto nei due regni meridionali²⁵, ma anche in altri ordinamenti italiani: lo sta a testimoniare il milanese Orazio Carpani il quale dichiarava «*Rex plus iuris habet in regno suo quam Imperator in Imperio*»²⁶. La potestà del principe, in ogni caso, derivava direttamente da Dio per la stragrande maggioranza dei giuristi²⁷, non, però,

²⁴ M. MUTA, *Capitulorum Regni Siciliae Regaliumque Constitutionum Divorum Regum Federici et Petri Dilucidationum Tomus Secundus*, Panormi, 1612, 12 b, n. 50.

²⁵ In alcuni giuristi napoletani si trova anche l'affermazione «*princeps est deus in terris*». Così, ad esempio, D'ANNA, *Septuaginta*, cit., 106 vb, n. 6 e P. BELLUGA, *Speculum Principum*, Venetiis 1580, 12 vb, n. 3 (Pedro Belluga, nato a Valencia, fu attivo sulla metà del secolo XV nella Napoli aragonese. Su di lui A. MARONGIU, *Lo Speculum Principum del valenzano Pietro Belluga*, in *VIII Congreso de historia de la Corona de Aragon, Valencia 1 a 8 de octubre 1967*, Valencia s. d., II, 53-65; M.N. MILETTI, *Stylus iudicandi. Le raccolte di «Decisiones» del regno di Napoli in età moderna*, Napoli, 1998, 142 s.; Francesc Eiximenis *Il dodicesimo libro del Cristiano... Analisi introduttiva e traduzione* di P. EVANGELISTI, Trieste, 2013, 57, 200). Sulla formula «*princeps est Deus in terris*» si veda il recente studio di U. PETRONIO, *Il precedente negli ordinamenti giuridici continentali di antico regime*, in *Rivista di diritto civile*, 2020, 951-961.

²⁶ CARPANO, *Commentaria*, cit., 2 b, n. 32. Appare interessante rilevare che la tesi era diffusa anche in Inghilterra, dove, ad esempio, E. CHAMBERLAYNE (1616-1703) nel suo lavoro *Angliae Notitiae or The Present State of England*, edito per la prima volta nel 1662, presentava come radicata nella tradizione inglese l'idea per cui «*omnem potestatem habet Rex Angliae in Regno suo quam Imperator vindicat in Imperio*» (l'edizione dell'opera qui usata è quella di London, 1682 e il passo citato è a 88): a detta di Chamberlayne il re inglese esercitava di fatto nel suo regno una potestà che l'imperatore tentava di affermare nell'Impero.

²⁷ Nel regno napoletano lo dichiaravano, tra gli altri, T. GRAMMATICO, *In Constitutionibus, Capitulis et Pragmaticis Regni Neapolis*, Venetiis, 1562, 55 rb, nn. 3-4: «*quidquid facit princeps facit ut Deus*» (sul giurista [1474/75-1556] A. MAZZACANE in *Dizionario biografico degli Italiani*, LVIII, Roma, 2002, 409-411 e E. CORTESI, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 1045-1047); D'ANNA, *Septuaginta Allegationes*, cit., 106 rb, n. 6: «*[rex] est sicut Deus in terris*»; BALZARANO, *Commentaria*, cit., 39 b, n. 8: «*rex habet Dei imaginem*»; nel regno siciliano MUTA, *Capitulorum... Tomus Primus*, cit., f. 15 a, n. 66: «*domus Principis dicitur divina*»; f. 18 a, n. 94: «*Pernus... loquendo de Principe eum vocat quasi Deum coelestem in terris*» (nel *Tractatus de Principe*, cit., 28 rb, Perno aveva affermato «*quod princeps dicitur deus terrenus*»); nel ducato milanese CARPANO, *Commentaria*, cit., f. 2 b, n. 38: «*reges omnes, et principes a Deo potestatem acceperunt*» e I. MENOCHIO, *Consiliorum seu Responsorum Liber Primus*, Venetiis, 1609, cons. 1, 9 rb, n. 156: «*de doctrina principum illud reliquit Principes Dei Ministri esse*» e cons. 92, 264 va, n. 83: «*Princeps a deo est*» (su Iacopo Menochio [1532-1607] si vedano le biografie scritte da C. VALSECCHI sia per il *Dizionario biografico degli Italiani*, LXXIII, Roma, 2009, 521-524, sia per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1328-1330).

per il siciliano Mario Cutelli, che affermava «[principum saecularium] potestas non a Deo immediate prout in Summo Pontifice, sed a populo consensu ortum habuisse scimus»²⁸.

Titolare nel suo ordinamento della suprema potestà, identica (se non addirittura superiore) a quella goduta dall'imperatore nell'Impero, il principe era, di conseguenza, riconosciuto legittimo legislatore. Nel regno di Sicilia la potestà legislativa era stata rivendicata e di fatto esercitata dal sovrano sin dal tempo di Ruggero II ed era correntemente teorizzata dalla dottrina (tanto per fare un esempio, si può ricordare una delle tante affermazioni di Andrea d'Isernia: «Rex Siciliae fit a Papa... et habet potestatem condendi leges»²⁹). E lo ribadirono all'unanimità i giuristi del periodo in esame, come Pietro Follerio³⁰, Carlo Tapia³¹, Giovanni Maria Novario³² e nell'isola Mario Muta³³

²⁸ M. CUTELLI, *De Donationibus Contemplatione Matrimonii Tomus Primus*, Panormi, 1661, 73 b, n. 10. Sul giurista (1589-1654) si vedano le biografie redatte da V. SCIUTI RUSSI sia per il *Dizionario biografico degli Italiani*, XXXI, Roma, 1985, 529-533, sia per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 622 s.

²⁹ *Constitutiones Regni Siciliae per... Dominum Andream de Ysernia Commentatae*, Neapoli, 1552, 51 b, gl. *rex Siciliae*.

³⁰ P. FOLLERIO, *Praxis Censualis super Pragmatica De Censibus*, Venetiis, 1559, 49: «solum enim Princeps leges facere, nec dubitatur». Su Pietro Follerio (1510/30-1588) rinvio alle biografie redatte da M.T. NAPOLI per il *Dizionario biografico degli Italiani*, XLVIII, Roma, 1997, 560-562 e da I. BIROCCHI - M.N. MILETTI per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 884-886, nonché a M.N. MILETTI, *Le pratiche criminali di Pietro Follerio. Giustizia e poteri nel Mezzogiorno italiano del Cinquecento*, in *Burocrazia, poder político y justicia. Libro-homenaje de amigos del profesor José María García Marín*, a cura di M. TORRES AGUILAR e M. PINO ABAD, Madrid, 2015, 495-530.

³¹ C. TAPIA, *Ius Regni Neapolitani*, Neapoli, 1605, 79 a, n. 8: «diximus Regem posse legem condere». Su Carlo Tapia (1567-1644) si leggano le biografie rispettivamente redatte da E. FABBRICATORE per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1935-1938 e da G. SABATINI per il *Dizionario biografico degli Italiani*, XCIV, Roma, 2019, 844-848.

³² G.M. NOVARIO, *Collectanea et Decisionum Reportata in Regni Neapolitani Pragmaticas Sanctiones, Edictave Regia*, Venetiis, 1622, 2 a, n. «cum leges condere solius Principis sit». Sul giurista (1602 c.-1639 c) si veda E. CORTESE, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1444 s.

³³ M. MUTA, *Capitulorum Regni Siciliae Constitutionum et Pragmaticarum Munificentissimorum Regum Martini et Ferdinandi I Tomus Tertius*, Panormi, 1614, 70 b, n. 83: «solius Principis est legem condere et interpretari»; ID., *Regni Siciliae Pragmaticarum Sanctionum Tomus Primus*, Panormi, 1622, 269 a, n. 6: «Rex noster non est subditus Imperio, immo potest facere legem positivam in suis Regnis, prout vult»; ID., *Capitulorum Regni Siciliae Tomus Sextus*, Panormi, 1627, 299 a, n. 15: «[leges] ipse solus Rex legem facit».

e Cosimo Nepita³⁴: concordi nel riconoscere detta potestà al sovrano, ma non nel riservarla a lui, dato che mentre Follerio, Novario e Muta dichiaravano che spettava al solo monarca, Tapia ammetteva «posunt etiam comites, et Barones legem condere in suos subditos, dummodo legi generali Regni non derogent... Quorum leges ius praetorium dicuntur et annales sunt»³⁵, attribuendo, dunque, la qualifica di *lex* anche ai provvedimenti adottati dai baroni nei loro domini e ponendo loro il solo limite del rispetto delle leggi generali del Regno. Il siciliano Garsia Mastrilli aggiungeva che del potere legislativo si poteva parlare «de Rege nostro, quod possit in Regnis suis leges condere... de rege Galliae... de duce Mediolani... de duce Sabaudiae... sicut nec est omittenda Respublica Veneta»³⁶. E al loro principe, in particolare, riconoscevano la *potestas leges condendi* sia il milanese Iacopo Menochio, per il quale «habet ipse Dux in suo Ducatu omnem potestatem condendi legem et eam abrogandi»³⁷, sia il piemontese Antonio Sola che affermava «Comes in suo comitatu legem condere prout Imperator in Imperio»³⁸. Pertanto gli interpreti del diritto patrio ripetevano l'idea concordemente condivisa dai giuristi di diritto comune, secondo la quale «princeps est lex animata in terris»: lo dichiaravano, ad esempio, nel Regno napoletano Tommaso Grammatico³⁹, Scipione Rovito⁴⁰, Giovanni Maria Novario⁴¹, in Sicilia

³⁴ C. NEPITA, *In Consuetudines Civitatis Catinae, ac Totius Fere Siciliae Regni Commentaria*, Panormi, 1594, 11 a, n. 82: «Rex Siciliae in suo Regno potest leges facere quia non recognoscit superiorem». Su Cosimo Nepita (1540 c.-1598 c.) si vedano le biografie redatte da R. SORICE sia per il *Dizionario biografico degli Italiani*, LXXVIII, Roma, 2013, 232-234, sia per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1420.

³⁵ TAPIA, *Ius Regni Neapolitani*, cit., 79 a, n. 9.

³⁶ G. MASTRILLI, *De Magistratibus, eorum Imperio et Iurisdictione Tractatus, Libri Primae Partis*, Panormi, 1616, 255 r, nn. 35 s. Su Mastrilli (1570 c.-1620) si vedano le biografie di M.T. NAPOLI per il *Dizionario biografico degli Italiani*, LXXII, Roma, 2008, 55-59 e di F. DI CHIARA - B. PASCIUTA per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1304 s.

³⁷ MENOCHIO, *Consiliorum... Liber Primus*, cit., cons. 92, 262 ra, n. 32.

³⁸ SOLA, *Commentaria*, cit., 10 a, n. 14.

³⁹ T. GRAMMATICO, *Vota in Regio Collaterali Concilio*, in Id., *Consilia, Vota, sive Responsa*, Lugduni, 1550, *votum* 32, 269 ra, n. 2.

⁴⁰ S. ROVITO, *Luculenta Commentaria in Singulas Regni Neapolitani Pragmaticas Sanctiones*, Neapoli, 1742, 665 b., n. 5. Su Scipione Rovito (1556-1636) E. CORTESE, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1749 s.

⁴¹ NOVARIO, *Collectanea*, cit., f. 2 a, n. 1. «Princeps lex animata in terra» e «Princeps dicitur legis pater» aveva affermato nel secolo XV il siciliano PERNO, *Tractatus de Principe*, cit., 28 rb, 30 ra.

Giuseppe Cumia⁴², a Milano Giovanni Pietro Biumi⁴³ e Paolo Belloni⁴⁴, nel ducato sabaudo Giovanni Antonio Belloni⁴⁵ e in Toscana Ortensio Cavalcanti⁴⁶.

Per quanto, poi, riguarda il rapporto tra il principe e le leggi non sembra esserci accordo tra i giuristi di diritto patrio. Nel regno napoletano l'opinione prevalente appare quella che richiamava il principe al rispetto delle leggi. La sosteneva già Matteo d'Aflitto, secondo il quale «princeps ad legis observantiam tenetur»⁴⁷; la ribadiva Carlo Tapia che dichiarava «iustum est enim Principem suis obtemperare legibus, nec in se posse damnare iura, quae in subiectis constituit»⁴⁸, precisando, peraltro, che «nunquam enim praesumitur Principem a legibus declinare, nisi expresse declaretur»⁴⁹; Camillo Borrelli precisava che «licet... Princeps sit legibus solutus, secundum leges tamen vivere debet»⁵⁰, «quia tenetur ad ipsius legis obser-

⁴² CUMIA, *In Ritibus Magnae Regiae Curiae*, cit., 36 b, n. 5: «Rex dicitur lex viva».

⁴³ G.P. BIUMI, *Consiliorum seu Responsorum Liber Tertius*, Venetiis, 1611, cons. 266, 188 r b, n. 32: «receptissimum est Principem tanquam legem animatam in terris». Su Biumi (1550-1631 c.) A. SANTANGELO CORDANI in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 265.

⁴⁴ P. BELLONI, *De potestate Eorum quae Incontinenti, vel ex Intervallo Fiunt Liber Secundus*, Mediolani, 1621, cap. XI, 15 b, n. 6: «princeps lex animata». Su Paolo Belloni (1573-1625) M.G. DI RENZO VILLATA in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 212.

⁴⁵ G.A. BELLONI, *Demandata Iurisdictione*, Parmae, 1616, 365 a, n. 52: «[princeps] est lex viva et animata». Sul giurista (1580 c.-1641) V. GIGLIOTTI in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 208 s.

⁴⁶ O. CAVALCANTI, *De Brachio Regio Tractatus, seu De libera, ampla et absoluta potestate iudicibus supremis in causis criminalibus, et precipue De modo procedendi per processum informativum, ac De balia iudicandi*, Mantuae, 1604, 359, n. 115: «Et princeps dicitur lex animata in terris, quando recta ratione iubet». Cavalcanti (1558-1623) nacque a Fivizzano, in Lunigiana, fu uditore della Rota di Genova e giudice della Rota di Firenze: si veda l'elenco di *Personaggi importanti nativi di Fivizzano* compilato dal Comune in questione.

⁴⁷ M. D'AFFLITTO, *In Utriusque Siciliae Neapolisque Sanctiones, et Constitutiones Novissima Praelectio...*, Venetiis, 1588, lib. III, rubr. XI *de consuetudine recti feudi*, 506 b, n. 6. Per la ricca bibliografia sul giurista napoletano (1447/50-1528) rinvio alle biografie redatte da G. VALLONE sia per il *Dizionario biografico degli Italiani*, XXI, Roma, 1985, 652-657, sia per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 624-627.

⁴⁸ C. TAPIA, *Commentarius in Rubricam et Legem Finale[m], ff. de Constitutionibus Principum*, Neapoli, 1586, 14, n. 37.

⁴⁹ ID., *Decisiones Supremi Italiae Senatus*, Neapoli, 1626, *decisio* 4, 180 b, n. 68.

⁵⁰ BORRELLI, *De Regis Catholici Praestantia*, cit., 181 a, n. 38.

vationem»⁵¹; e Giovan Domenico Tassone concordava sostenendo «rex, etsi legibus sit solutus, tamen a dictamine rationis qua uti debet, non est solutus»⁵². La subordinazione del principe alle leggi era sostenuta anche dai giuristi del ducato sabaudo, per i quali il principe al riguardo non poteva far ricorso nemmeno alla *potestas absoluta* che la dottrina gli riconosceva come complementare alla *potestas ordinata*. Antonino Tesauro, ad esempio, riteneva «cum igitur id lege cautum sit non solum canonica sed etiam civili... et non poterit iustus Princeps saltem de potestate ordinaria venire contra legem... Immo etiam de plenitudine potestatis, quia revera non possumus quod iuste et licite possumus»⁵³. In maniera anche più esplicita interveniva sul tema il savoiardo Antoine Favre per il quale «peccant etiam interpretes, qui Principi duplicem potestatem tribuunt... ordinariam unam, et absolutam aliam, hanc appellantes, per quam liceat ei facere quicquid velit, et illa etiam quae a gentium adeoque naturali iure abhorreant. Qua distinctione si vera est id assequuntur ut nulla iam distinctio sit inter Principem bonum et tyrannum... Non enim populus suam potestatem suumque imperium transtulisset in Principem si non existimasset Principem ea ipsa constitutum quae populus ipse pro publica utilitate fuerat constituturus»⁵⁴. Un obbligo di rispetto delle leggi vigenti che, comunque, non impediva al principe di abrogarle quando le avesse ritenute superate, tanto da essere eliminate dalla tradizione giuridica del principato, e di promulgarne di nuove: perciò lo stesso giurista poteva dire che «Princeps est supra leges... et condendarum et abrogandarum ius habet»⁵⁵. Giovanni Antonio Belloni, infine, ribadiva «princeps licet legibus solutus sit... legibus tamen vivit... eaque ratione non debet facere ea, quae legibus interdicta sunt»⁵⁶. Anche Giovanni Pietro Sordi, presidente del

⁵¹ ID., *De Magistratum Edictis Tractatus*, Venetiis, 1620, 91 va, n. 26.

⁵² G.D. TASSONE, *Observationes Iurisdictionales Politicae, ac Practicae*, Neapoli, 1632, 236 b, n. 5. Sul giurista (1560-1636 c.) M.N. MILETTI, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1946 s.

⁵³ A. TESAURO, *Novae Decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, Augustae Taurinorum, 1609, *decisio* 15, 24 rb, n. 3. Sul giurista (1526-1593) si veda la biografia scritta da P. CASANA per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1948 s.

⁵⁴ A. FAVRE, *Iurisprudentiae Papinianae Scientia ad Ordinem Institutionum Imperialium Efformata*, Lugduni, 1607, *confutatio* II. I, 70. Su Antoine Favre rinvio alla biografia redatta da J. KRINEN per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 826-828.

⁵⁵ *Ibid.*, *illatio* II, 66,

⁵⁶ G.A. BELLONI, *Demandata Iurisdictione*, cit., 134 b, n. 146.

Senato del Monferrato e poi di quello di Mantova, condivideva questa tesi, sostenendo «cum Princeps sit animal rationale, licet legibus non sit legatus, tamen non dictamine naturalis rationis est solutus»⁵⁷.

I giuristi milanesi, invece, risultano favorevoli a sostenere la *legibus solutio* del principe. L'affermava Egidio Bossi, per cui «princeps est solutus legibus... conditis per eum, aut praedecessoribus suis»⁵⁸; la ribadiva Francesco Borsati che dichiarava «princeps legibus suis non ligetur»⁵⁹, precisando, comunque, che quando il principe agiva «quo ad patrimonium suum privatum, tanquam privatus ex legis suae dispositione astringitur»⁶⁰. Ma Francesco Redenaschi, nel confermare la *legibus solutio* del principe, aggiungeva che essa riguardava la sola *vis coactiva* della legge, non già la *vis directiva*⁶¹: opinione, quest'ultima, condivisa anche da Paolo Belloni per il quale «licet... Princeps solutus esse dicatur legibus, tamen id accipitur quo ad vim coactivam, non quo ad directivam»⁶². «Principes legibus soluti esse intelliguntur» dichiarava, infine, in maniera decisa il fiorentino Giovanni Battista Asini⁶³.

3. La natura della legge

In merito alla natura della legge i giuristi di diritto patrio ripetevano idee correntemente diffuse tra i civilisti, idee che, comunque, arricchirono con qualche contributo originale. In particolare:

⁵⁷ G.P. SORDI, *Consiliorum sive Responsorum Liber Secundus*, Venetiis, 1589, cons. 281, 327 vb, n. 15. Sul giurista (1544/48-1598) G.P. MASSETTO in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1893-1895.

⁵⁸ E. BOSSI, *Practica et Tractatus Varii, seu Quaestiones*, Basileae, 1578, 539 a, n. 83.

⁵⁹ F. BORSATI, *Consiliorum sive Responsorum Liber Secundus*, Francoforti ad Moenum, 1579, cons. 189, 241 r b, n. 19. La stessa affermazione si trova anche nel *Liber Tertius* dei suoi *Consilia*, Venetiis, 1582, cons. 325, 293 vb, n. 36 e nel *Liber Quartus*, ibid., 1614, cons. 417, 151 va, n. 23.

⁶⁰ ID., *Consiliorum... Liber Secundus*, cit., cons. 189, 242 rb, n. 51.

⁶¹ F. REDENASCHI (1604-1651), *Pro Statu Mediolani adversus dominum Comitem Balthassarem Masseratum*, s. l. n. d., 6: «licet Princeps sit legibus solutus quo ad vim coactivam, quia a nemine cogi potest leges observare, attamen existit quoad vim directivam, quatenus eas servare tenetur».

⁶² P. BELLONI, *De Potestate*, cit., 148 b, n. 2.

⁶³ G.B. ASINI, *Practica Aurea, seu Processus judicarius ad Statutum Florentinum*, Venetiis, 1581, *proemium*, cap. II, 4 vb, n. 24. Sul giurista (1516-1585) si vedano le biografie rispettivamente redatte da F. LIOTTA per il *Dizionario biografico degli Italiani*, IV,

i) La legge umana venne teorizzata nel regno napoletano quale *species* del *genus lex* plasmato dalla legge divina e naturale da Matteo d’Afflitto – il quale affermava «lex est universalis procedens tam de iure naturali quam divino»⁶⁴ e, di conseguenza, arrivava a concludere che «[leges] procedunt a Deo»⁶⁵ – e successivamente in modo articolato da Pietro Follerio nella sua opera *Canonica Criminalis Praxis* nella quale «domina l’idea che il diritto doveva subordinarsi all’etica»⁶⁶. A parere di Follerio «leges enim humanae omnes, quantum ad id quod habent iustum, et legitimum, in se tractae sunt a lege aeterna, sicut omne id quod bonum est in creatura tractum est ex bonitate prima, et quod verum ex veritate prima»⁶⁷. Il giurista metteva, poi, in evidenza che di fatto la legge umana poteva discostarsi dalla divina («lex humana... veluti media est inter legem divinam et diabolicam, seu legem fomitis, sive carnis») e quanto più si avvicinava alla divina tanto più era santa e migliore («quanto ad divinam magis accedit tanto sanctior ac melior est») e poteva presentarsi come «donum Dei»⁶⁸. Dal canto suo la «lex divina... dividitur... in legem naturae, et legem scriptam, scripta rursus, in veterem ac novam dividitur». La «lex naturae... menti nostrae per Deum est indita»⁶⁹, mentre la legge scritta, pur essendo «una lex», è articolata nella «lex Moysi et evangelii»⁷⁰. E la legge umana a sua volta è costituita sia dalla legge civile, sia da «alia lege, quae canonica dicitur. Canonum alij sunt decreta pontificum, alij sunt statuta conciliorum»⁷¹. Un’argomentazione, questa di Follerio, che si distingue per la sua fedeltà alla lettura canonistica della legge. In virtù di questa conformità con la legge divina e naturale «constitutiones... dicuntur sacrae», come affermavano, tra gli altri, Giovanni Paolo Balzarano⁷², Francesco Vi-

Roma, 1962, 397 s. e da D. EDIGATI per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 115 s.

⁶⁴ M. D’AFFLITTO, *Decisiones Sacri Consilii Neapolitani*, Venetiis, 1557, *decisio* XXIV, 28 va, n. 7.

⁶⁵ *Ibid.*, *decisio* CCXXI, 263 vb, n. 1.

⁶⁶ Così BIROCCHI-MILETTI, *Follerio, Pietro*, cit., 885.

⁶⁷ P. FOLLERIO, *Canonica Criminalis Praxis*, Venetiis, 1583, 16 s., n. 87.

⁶⁸ *Ibid.*, 17, n. 90.

⁶⁹ *Ibid.*, 17, nn. 91-92.

⁷⁰ *Ibid.*, 23, n. 110.

⁷¹ *Ibid.*, 23, n. 113.

⁷² BALZARANO, *Commentaria*, cit., 16 ab, n. 2.

vio⁷³ e Mario Muta⁷⁴. In termini meno articolati la derivazione della legge umana dalla naturale e divina era sostenuta anche da altri giuristi. A Milano Egidio Bossi affermava, ad esempio, che «constitutio principis contra ius naturale... non valet»⁷⁵ e con lui concordava Francesco Borsati, secondo il quale «nec in foro conscientiae, nec in foro fori legem contra ius naturale... servandam est»⁷⁶ e «lex nisi sit iusta, derivetque a iure naturali vel divino non valet»⁷⁷, mentre Giovanni Battista Piotti definiva la legge «donum Dei»⁷⁸; nel ducato sabauda Antonio Sola affermava che «leges... sunt donum Dei... et divinitus per ora Principum promulgatae»⁷⁹ e Antoine Favre ribadiva «imitatur enim lex naturam quantum potest»⁸⁰. Legata alla legge divina, la legge civile si conformava all'altra legge umana, la canonica - «leges non dedignantur sacros canones imitari... quia canones semper recte iudicant» dichiarava, ad esempio, Pedro Belluga⁸¹ -, vincolava anche «in foro conscientiae» - come dicevano, tra gli altri il portoghese Ferdinando Arias de Mesa, attivo a Napoli⁸², e il siciliano Garsia Mastrilli⁸³ - ammetteva che i canoni fossero seguiti «in foro civili» quando si trattava di materia di peccato⁸⁴. Tuttavia, il fiorentino Giovanni Battista Asini non escludeva la possibilità che in alcuni

⁷³ F. VIVIO, *Sylvae Communium Opinionum Doctorum Utriusque Censurae in Tres Libros Distinctae*, Aquilae, 1582, liber I, opinio 366, 337 a, n. 1: «leges sacratissimae ab omnibus sciri debent» (su Francesco Vivio [1536-1616] si veda I. FOST in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 2062 s.).

⁷⁴ MUTA, *Regni Siciliae Pragmaticarum Sanctionum Tomus Primus*, cit., 626 b, n. 17.

⁷⁵ BOSSI, *Practica*, cit., 552 a, n. 202.

⁷⁶ BORSATI, *Consiliorum... Liber Secundus*, cit., cons. 200, 299 va, n. 122.

⁷⁷ *Ibid.*, cons. 200, 282 v b, n. 121.

⁷⁸ PIOTTI, *Consiliorum*, cit., cons. 15, 81 a, n. 23.

⁷⁹ SOLA, *Commentaria*, cit., 6 b, n. 25.

⁸⁰ A. FAVRE, *De Erroribus Pragmaticorum et Interpretum Iuris Chiliadis Tomus Secundus*, Lugduni, 1658, 304 a.

⁸¹ BELLUGA, *Speculum Principum*, cit., 38 va, n. 4.

⁸² F. ARIAS DE MESA, *Variarum Resolutionum et Interpretationum Iuris Libri Tres*, Neapoli, 1643, 347 a, n. 25: «leges humanae iustae vim obligandi in conscientiae foro habent». Il portoghese Ferdinando Arias de Mesa insegnò a Salamanca e successivamente a Napoli dove morì nel 1646. Sul suo pensiero M.N. MILETTI, *Tra equità e dottrina*, cit., ad *Indicem* e ID., *Stylus iudicandi*, cit., ad *Indicem*.

⁸³ MASTRILLI, *De Magistratibus*, cit., 263 a, n. 121: «lex sive statutum iustum ligat etiam in foro conscientiae».

⁸⁴ G.P. SORDI, *Decisiones Sacri Mantuani Senatus*, Mediolani, 1603, decisio CLVIII, 786, n. 9: «et quamvis lex civilis de peccato non curet, tamen de eo curat lex canonica, quae servanda est et etiam in foro civili, quando agitur de peccato».

casi la legge civile potesse violare il diritto divino: «licet [lex]... ius divinum tollere non possit, possit tamen distinguere in quibusdam casibus tollere potest» dichiarava⁸⁵.

ii) Si deve aggiungere nel ducato di Milano il termine *lex* era usato dai giuristi anche per definire gli statuti municipali. Così, ad esempio, Francesco Borsati riconosceva agli statuti il medesimo ruolo di disporre per il futuro e non per il passato che era proprio delle leggi del principe, dichiarando «leges municipales non debent ad praeterita trahi»⁸⁶; Paolo Belloni affermava che «nimirum facta confirmatione legum municipalium uno, et eodem tempore, non esse unam altera potioem»⁸⁷; Giovanni Pietro Biumi dichiarava «nam statutum ultimum etiam generale debet intelligi, et declarari ab alio statuto praecedenti, et iusta quidem ratione sunt leges municipales»⁸⁸ e definiva gli statuti milanesi come «lex nostra»⁸⁹. E tanto più il termine *lex* spettava alle costituzioni del ducato milanese: lo spiegava Giulio Cesare Rugginelli dicendo «Principis autem Constitutiones hae nostrae dictae sunt eademmet ratione, quod a Senatoribus compluribus fuerint compilatae, et ab Invictissimo Carolo V confirmatae, prout etiam ceterae Constitutiones et decreta quae ab ipso Senatu emanant quamvis sub nomine Regis»⁹⁰. Peraltro, i giuristi milanesi non erano gli unici a definire *leges* le norme municipali: nel regno di Sicilia Cosimo Nepita così si esprimeva a proposito delle consuetudini della città di Catania: «consuetudines supradictae huius civitatis leges dicuntur»⁹¹, e i senesi Mariano e Bartolomeo Socini, nel sostenere che le norme di una città subordinata ad un'altra non potevano contrastare con quelle di quest'ultima, affermavano «inhonestum esset quod lex inferioris [civitatis] offenderet leges civitatis superioris»⁹².

⁸⁵ ASINI, *Practica Aurea*, cit., par. XIX, cap. 27, 139 ab, nn. 7-8.

⁸⁶ BORSATI *Consiliorum... Liber Secundus*, cit., cons. 214, 348 rb, n. 21.

⁸⁷ P. BELLONI, *De Potestate*, cit., 124 a, n. 1.

⁸⁸ G.P. BIUMI, *Consiliorum seu Responsorum Liber Unus*, Venetiis, 1585, cons. 74, 199 ab, n. 3.

⁸⁹ *Ibid.*, cons. 39, 112 va, n. 17; cons. 40, 113 vb, n. 7; cons. 62, 174 ra, n. 23; cons. 77, 204 va, n. 4; cons. 96, 246 ra, n. 1.

⁹⁰ G.C. RUGGINELLI, *Tractatus de Senatoribus...*, Mediolani, 1697, 190 a, n. 275. Su Giulio Cesare Rugginelli (m. 1628) A.M. MONTI in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1757 s.

⁹¹ NEPITA, *In Consuetudines Civitatis Catinae*, cit., 377, n. 1.

⁹² M. e B. SOCINI, *Secunda Pars Consiliorum*, Lugduni, 1545, cons. 283, 153 rb, n. 4. Mariano senior, 1397-1467, è il padre di Bartolomeo, 1436-1506, a sua volta padre di

iii) I giuristi qui in esame ripetevano, poi, le affermazioni dei civilisti contemporanei a detta dei quali la legge doveva essere giusta, equa, razionale, chiara⁹³, certa⁹⁴, doveva essere diretta al bene comune della società⁹⁵, era volta a disciplinare i rapporti giuridici fu-

Mariano junior, 1482-1556. Su di loro si vedano le biografie redatte da P. NARDI per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1877-1882.

⁹³ Così, ad esempio, nei regni meridionali D'AFFLITTO, *Decisiones Sacri Consilii*, cit., *decisio* CCCXXI, 265 ra, n. 12: «ut lex dicatur lex, requiritur quod sit iusta»; P. CARAVITA, *Commentaria super Ritibus Magnae Curiae Vicariae Regni Neapolis*, Neapoli, 1620, 3 a, n. 14: «lex... iusta et rationabilis esse debet» (su Prospero Caravita [1530-1570] M. SORRENTINO, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 441-443); D'ANNA, *Septuaginta Allegationes*, cit., 11 vb, n. 120: «leges civiles in Regno libero servantur ut rationabiles»; TAPIA, *Ius Regni Neapolitani*, cit., 77 b, n. 5: «leges debent esse clarae»; VIVIO, *Sylvae Communium Opinionum*, cit., *liber* I, *opinio* 306, 285 b, n. 3: «lex enim dicitur esse quod in ratione consistit»; BORRELLI, *De Magistratum Edictis*, cit., 58 ra, n. 3: «lex etenim minime dicitur quae iusta non est»; MUTA, *Capitulorum... Tomus Secundus*, cit., 208 a, n. 7: «quando Rex inique praecipit non dicitur lex»; MASTRILLI, *De Magistratibus*, cit., 258 a, n. 78: «leges debent esse iustae, honestae, subditis utiles»; 261 a, n. 103: «leges debent esse perspicuae, clarae, et manifestae». A Milano I. MENOCHIO, *Consiliorum sive Responsorum Liber Secundus*, Venetiis, 1609, cons. 128, 117 rb, n. 14: «Etsi enim lex dura et aspera observanda sit... non tamen quando est iniqua quia legis nomen non obtinet»; ID., *Consiliorum... Liber Quartus*, Venetiis, 1609, cons. 350, 160 rb, n. 2: «non enim lex iniusta lex est»; G. C. CALVINO, *De Aequitate Tractatus Novus Liber Primus*, Mediolani, 1676, 154 b, n. 80: «lex debet esse rationabilis, sancta et honesta» (su Calvino [m. 1664] M.G. DI RENZO VILLATA e M.C. ZORZOLI, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 395 s.). Nel ducato sabaudo SOLA, *Commentaria*, cit., f. 6 b, n. 27: «lex igitur sive constitutio esse debet iusta et aequa».

⁹⁴ G.P. SORDI, *Consiliorum sive Responsorum Liber Primus*, Venetiis, 1615, cons. 128, 569 a, n. 17: «legis incertitudo non vitiat quia lex semper est certa... praecipue de eo quod iam est in rerum natura»; ID., *Decisiones Sacri Mantovani Senatus Liber Secundus*, Mediolani, 1606, *decisio* CCCXXXVIII, 47 b, n. 15: «lex semper est certa».

⁹⁵ Nel regno napoletano, tra gli altri, BALZARANO, *Commentaria*, cit., 1341 b, n. 23: «si emergit casus, quod observatio legis sit damnosa communi saluti, non est observanda»; F. CAPECE GALEOTA, *Controversiarum Iuris Illustriorum Ususque Frequentiorum... in Foro Camerae Summariae Sacri Consilij, ac Supremi Collateralis... Tomus Primus*, Neapoli, 1636, *controversia* LI, 443 b, n. 60: «[lex] debet esse generalis ob bonum publicum necessarium»; ROVITO, *Luculentula Commentaria*, cit., 209 b, n. 36: «siquidem in omni lege consideratur ratio publicae utilitatis, et in tantum est lex, in quantum est pro communini civium utilitate conscripta»; ID., *Consiliorum sive Iuris Responsorum cum Decisionibus Supremorum Regni Neapolitani Tribunalium Tomus Secundus*, Neapoli, 1696, cons. 93, 335 a, n. 8: «virtus et substantia legis non consistit in generalitate, vel specialitate personarum ad quas dirigitur, sed consistit in ipsa iustitia... quae quidem iustitia habet principale requisitum, ut tendat ad bonum commune omnium subditorum». Nel ducato sabaudo, ad esempio, FAVRE *Iurisprudentiae*, cit., f. 61, *principium* 7: «illa legis laus et dignitas, ut sit communis sponsio civitatis et rei publicae».

turi⁹⁶ – a meno che non disponesse anche una sua applicazione ai casi precedenti⁹⁷ –, aveva la virtù di «imperare, vetare, permettere,

⁹⁶ Ad esempio nei regni meridionali D'AFFLITTO, *In Utriusque Regni Siciliae*, cit., lib. I, *rubrica* XLV, 146 vb, n. 43: «nova constitutio respicit futura, non praeterita», che poi aggiungeva in *Decisiones Sacri Consilii*, cit., *decisio* CCCICVI, f. 344 ra, n. 11: «lex nova non trahitur ad lites pendentes»; BALZARANO, *Interpretationes Luculentissimae*, cit., f. 364 vb, n. 11: «dicendum leges futuris conveniat imponere regulas, et non praeteritis» e ID., *Commentaria*, cit., f. 44 a, n. 8: «lex dat formam futuris secundum futura non secundum praeterita», ammenttendo comunque, 559 a, n. 19: «lex nova extenditur ad contractus praeteritos non perfectos»; MASTRILLI, *De Magistratibus*, cit., 70 a, n. 44: «proprium legis ad futura trahi negotia»; M. MUTA, *Capitulorum Regni Siciliae Constitutum et Pragmaticarum Munificentissimorum Regum Martini et Ferdinandi I Tomus Tertius*, Panormi, 1614, 314 b, n. 63: «est regulariter de natura cuiuscunque legis ut ad futura trahatur». A Milano O. CARPANO, *Lucubrationes in Ius Municipale quae appellantur Statuta Mediolani*, Mediolani, 1583, cap. 150, 209, n. 3: «non extenderetur lex nova ad casus praeteritos, sed tantum ad praesentes, et futuros» (da notare che secondo il giurista la legge nuova disciplinava anche i casi presenti); P. BELLONI, *De Potestate*, cit., 42 b, n. 8: «neque leges praeterita negotia respiciunt»; A.S. GARONI, *Observationes in Constitutiones Domini Mediolanensis*, Mediolani, 1627, 97 «proprium legis est dare formam futuris negotiis» (sul giurista, morto intorno al 1647, si veda la biografia redatta da M.G. DI RENZO VILLATA per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 951 s.); MENOCHIO, *Consiliorum... Liber Quartus*, cit., cons. 331, 106 ra, n. 115: «cum [lex] respiciat futura, non praeterita»; F. BORSATI, *Consiliorum sive Responsorum Libert Tertius*, Venetiis, 1582, cons. 270, 133 va, n. 16: «lex nova ad praeterita non porrigitur» e precisava, cons. 281, 155 vb, n. 17: «lex nova veteris declaratoria... extenditur etiam ad praeterita negotia, licet alias sui natura futura tantum negotia intuetatur»; F. REDENASCHI, *Consilia sive Responsa*, Ticini Regii, 1652, lib. 1, cons. 1, 16 b, n. 120: «legis et decreti virtus est dare formam futuris, non autem praeteritis negotiis»; CALVINO, *De Aequitate*, cit., cap. 128, 114 a, n. 119: «legis proprium est dare formam futuris negotiis». In Piemonte SOLA, *Commentaria*, cit., f. 374 a, n. 1: «leges vel constitutiones futuris certum est dare formam negotiis»; L. GALLIA, *Consiliorum seu Responsorum*, Venetiis, 1598, cons. 116, f. 308 rb, n. 78: «certo scimus leges et constitutiones futuris dare formam negotiis» (sul giurista si veda G. STRADELLA, *Un giurista alessandrino del maturo diritto comune, Lancillotto Gallia [1532-1595]*, Alessandria, 2006). A Firenze ASINI, *Practica Aurea*, cit., *proemium*, cap. III, 6 ra, n. 21: «cum certum sit leges non praeterita sed futura decidere». A Lucca O. ZUCCARI, *Decisiones Criminales Almae Rotae Lucensis*, Venetiis, 1630, *decisio* VI, 8 a, n. 2: «cum leges et decreta futuris dent formam, non autem praeterita respiciant» (Ottaviano Zuccari, nacque a Urbino e fu uditore delle Rote di Lucca e di Bologna). Nel ducato di Urbino A. CONCIOLI, *Statuta Civitatis Eugubij Annotationibus Quampluribus ad Singulas fere Rubricas Illustrata*, Gerundae, 1685, 432 a, n. 69: «cum legis sit futuris negociis providere» (su Antonio Concioli si vedano EDIGATI, *Le annotazioni*, cit., 688. 690-692 e la biografia redatta da E. RIZZI per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 568 s.).

⁹⁷ F. TORTI, *Annotationes seu Lucubrationes ad Statuta Inclitae Civitatis Papiae*, Papiae, 1617, 108 b, n. 7: «[leges] ad futura negotia non autem ad praeterita pertinent,

punire»⁹⁸. Aggiungevano anche che la legge doveva essere breve⁹⁹ ed essere osservata anche se dura¹⁰⁰. Scipione Rovito rilevava, poi, che la legge era composta da tre parti: *proemium*, *constitutio*, *sanctio*¹⁰¹. Continuavano a distinguere tra legge generale e legge speciale: la distinzione, che nel Regno era stata definita sin dalla glossa al *Liber Augustalis*¹⁰², consisteva nel fatto che la legge generale era rivolta all'intera società del principato o regno, mentre quella speciale riguardava soltanto singole comunità o singole località, come diceva, ad

nisi aliud actum sit». Su Flavio Torti (1558-1622) oltre alla biografia redatta da E. DEZZA per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1967 s., si veda D. MANTOVANI, *Una storia secentesca della giurisprudenza pavese. Flavio Torti emulo dell'«Enchiridion» di Pomponio*, in *Almum Studium Papiense. Storia dell'Università di Pavia*, I, 2, *L'età spagnola*, Milano, 2013, 1031-1038.

⁹⁸ Così, ad esempio, VIVIO, *Sylvae Communium Opinionum*, cit., lib. I, *opinio* 832, 327 b, n. 21; FAVRE, *Iurisprudentiae*, cit., 62, *illatio* II.

⁹⁹ SOLA *Commentaria*, cit., 7 b, n. 32: «leges et constitutiones quantum fieri potest breves esse oportet».

¹⁰⁰ Così, ad esempio, nel ducato sabaudo FAVRE *Iurisprudentiae*, cit., 14: «lex... omnino servanda est quantumvis dura et iniqua, nec per alium quam per Principem ipsum corrigi ac violari potest». Nel ducato di Milano CALVINO, *De Aequitate*, cit., cap. 69, 154 a, n. 36: «lex, etsi sit dura et iniqua est observanda»; G.C. RUGGINELLI, *Practicarum Quaestionum Rerumque Iudicatarum Liber Singularis*, Venetiis, 1610, 11 vb, n. 39: «lex enim quantumvis dura sequenda est»; a Lucca B. CORNAZZANI, *Novissimae Decisiones Rotae Lucensis*, Venetiis, 1598, *decisio* LI, 47 b., n. 5: «lex quamvis dura, tamen est servanda» (Barnaba Cornazzani nacque a Pellegrino Parmense e morì a Roma e fu uditore in molte Rote: L. MENSI, *Dizionario biografico piacentino*, Piacenza, 1899, 137 s.). A Bologna C. BARZI, *Decisiones Almae Rotae Bononiensis*, Venetiis, 1603, *decisio* XV, 50 vb, n. 3: «licet [lex] sit rigorosa, est tamen observanda»; *decisio* XVI, 55 vb, n. 35: «quod lex esset servanda, quamvis dura» (su Cesare Barzi, 1542-1605, G.B. VERMIGLIOLI, *Biografia degli scrittori perugini*, I, Perugia, 1820, 201). A Ferrara, A. LEONCILLI, *Decisiones Causarum quas in Almo Ferrariensis Rotae Praetorio Iudicavit*, Ferrariae, 1642, *decisio* LIX, 209, n. 20: «lex quamvis dura servanda est» (Antonio Leoncilli, nobile spoletano, è autore di *Pauperitatis Opes sive de Privilegiis Pauperum Ditissimus Tractatus Legalis atque Moralis*, Ferrariae, 1649; secondo I. G. CADOLINI, *Opere*, II, Foligno, 1837, 43, n. 41, morì nel 1655).

¹⁰¹ ROVITO, *Luculenta Commentaria*, cit., 2 a, n. 4: «proemium est quod tanquam caput legis praeponitur, eiusque causam, occasionem, rationem, justitiam, aequitatem, necessitatem, utilitatem, et alia huiusmodi demonstrat, ut tanto facilius a populo recipiatur. Constitutio vero est ipsa dispositio principalis, quasi corpus legis, in quo substantia ejus, et virtus insunt. Sanctio enim est conclusio, seu finis legis, in quo vel spes praemii proponitur parentibus, et observantibus, vel metus poenae non parentibus».

¹⁰² gl. *vel quolibet titulo* ad c. *de successione nobilium in feudis* (III. 27): «et postquam constitutio redigitur in corpore constitutionum est generalis, nisi caveatur in ea quod sit specialis».

esempio Giovanni Nevizzano¹⁰³. La legge speciale, comunque, era nettamente diversa dal provvedimento disposto dal principe a favore di singole persone: un tale provvedimento, secondo il savoiano Antoine Favre, non poteva essere qualificato come legge; a suo parere, infatti, «leges generales esse debent non in singulas personas, in eo-que differunt a constitutionibus Principum, quae ut plurimum sunt personales» e «quod a Principe constitutum est generaliter ad hoc ut esset lex generalis... cumque ex constitutionibus principum quaedam sint personales»¹⁰⁴.

iv) Dalla dottrina di diritto comune i giuristi di diritto patrio derivavano anche l'idea per cui la legge era composta sia dai *verba*, sia dalla *mens*. «Mens etenim legis ex verbis, item et ratione expressa, vel subintellecta in lege desumitur» diceva il mantovano Francesco Borsati¹⁰⁵. E la *mens*, o *anima*, della legge era la sua *ratio*. Opinione, questa, unanimamente condivisa, ripetuta, tra gli altri, dai lombardi Giovanni Stefano Lambertenghi -che dichiarava: «cum presertim anima legis... ipsa sit ratio»¹⁰⁶ -, e Giovanni Pietro Biumi -per il quale «ratio est anima cuiusque dispositionis et ipsius legis vigor»¹⁰⁷; dall'uditore mantovano Giovanni Pietro Sordi - a detta del quale «lex enim et legis mens idem sunt»¹⁰⁸ -; dai napoletani Giovanni Maria Novario -che affermava «quid enim est lex, nisi ratio»¹⁰⁹ - e Giovanni Vincenzo D'Anna - che ribadiva «ratio sive mens legis debet attendi tanquam virtus intrinseca»¹¹⁰; dai siciliani Giuseppe Cumia - «ratio legis est anima legis» dichiarava¹¹¹ - e Cosimo Nepita

¹⁰³ G. NEVIZZANO, *Consilia sive Responsa*, Lugduni, 1559, cons. 1, 5, n. 7: «lex [specialis] apponit favorem specialem certarum personarum». Su Giovanni Nevizzano (1485-1540) S. FECI in *Dizionario biografico degli Italiani*, www.treccani.it, e G. MARCHETTO, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1424 s.

¹⁰⁴ FAVRE, *Iurisprudentiae*, cit., *illatio* IV, 64; *illatio* I, 65.

¹⁰⁵ BORSATI, *Consiliorum... Libert Tertius*, cit., cons. 302, 211 rb, n. 33.

¹⁰⁶ G.S. LAMBERTENGHI, *Tractatus de Contractibus*, Mediolani, 1576, 2, n. 1. Su Giovanni Stefano Lambertenghi (1540/50-1625) M. TEDESCHI in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 1136.

¹⁰⁷ BIUMI, *Consiliorum... Liber Unus*, cit., cons. 8, 31 rb, n. 18.

¹⁰⁸ SORDI, *Decisiones*, cit., *decisio* XLIII, 219, n. 9.

¹⁰⁹ G.M. NOVARIO, *De Vassallorum Gravaminibus... Tomus Secundus*, Neapoli, 1635, 5, n. 30.

¹¹⁰ D'ANNA *Septuaginta Allegationes*, cit., 71 vb, n. 58.

¹¹¹ CUMIA, *In Ritus Magnae Regiae Curiae*, cit., 122 a, n. 91.

– «legis... anima ratio est» ripeteva¹¹² –; dal genovese Alderano Mascardi, il quale diceva «lex est omne quod ratione legis consistit»¹¹³; dal toscano Ortensio Cavalcanti, per il quale «virtus legis consistit in ratione, medulla, et mente legis, non autem in verbis»¹¹⁴; dall'uditore ferrarese Antonio Leoncilli, per cui «ratio legem animat»¹¹⁵; e dal piemontese Giovanni Nevizzano, che dichiarava «dictum legis regulatur a ratione, quae dicitur anima ipsius legis»¹¹⁶.

E gli interpreti della legge dovevano preferire la *ratio* ai *verba*. Per Giovanni Pietro Sordi «mens et intentio legis est spectanda potius quam verba» e «in iuris interpretatione rationem et mentem non verba spectare debemus»¹¹⁷; e con lui concordava il napoletano Francesco Merlino Pignatelli che affermava «cum latior est ratio legis, quam verba ipsius, ratio ipsa vere lex est»¹¹⁸. Ne conseguiva che quando veniva meno la *ratio*, era la stessa legge a venir meno: lo sottolineavano, tra gli altri, Iacopo Menochio – secondo il quale «cessante ipsa ratione, cessat legis inhibito»¹¹⁹ –, Aimone Cravetta – che dichiarava «correcta ratione legis, censetur correctata lex»¹²⁰ –, Giovanni Pietro Biumi – per cui «cessante legis ratione lex debet cessare,

¹¹² NEPITA, *In Consuetudines Civitatis Catinae*, cit., 380 a, n. 11.

¹¹³ A. MASCARDI, *Communes I.U. Conclusiones ad Generalem Quoromcumque Statutorum Interpretatione Accomodatae*, Francoforti, 1609, conclusio V, 200 a, n. 10. Sul giurista (1557-1608) si vedano le biografie redatte rispettivamente da V. PIERGIOVANNI per il *Dizionario biografico degli Italiani*, LXXI (2008), 532-534 e da E. FIOCCHI per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1298.

¹¹⁴ O. CAVALCANTI, *De brachio Regio*, cit., 737, n. 524.

¹¹⁵ LEONCILLI, *Decisiones*, cit., decisio LIX, 209, n. 20.

¹¹⁶ G. NEVIZZANO, *Sylvae Nuptialis Libri Sex*, Venetiis, 1573, 109, n. 204.

¹¹⁷ G.P. SORDI, *Consiliorum... Liber Quartus*, Venetiis, 1610, cons. 555, 390 a, n. 12 e cons. 553, 418 a, n. 29.

¹¹⁸ F. MERLINO PIGNATELLI, *Controversiarum Forensium Iuris Communis et Regni Neapolitani cum Definitionibus Supremorum Tribunalium Centuria Secunda*, Neapoli, 1645, 108 b, n. 7. Sul giurista (fine sec. XVI-1650) si veda la biografia redatta da E. CORTESE per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1331 s.

¹¹⁹ I. MENOCHIO, *Responsorum sive Consiliorum Liber Duodecim*, Venetiis, 1609, cons. 1174, 141 vb, n. 23. D'AFFLITTO parla di *causa legis* per sostenere che «omnis constitutio humana cessat, cessante eius causa» (*In Utriusque Siciliae, Neapolisque Sanctiones*, cit., de electione officialium (I. 94), 224 va, n. 7).

¹²⁰ A. CRAVETTA, *Tractatus de Antiquitatibus Temporum*, Venetiis, 1565, f. 572, n. 37. Sul giurista (1504-1569) rinvio alle biografie redatte rispettivamente da A. OLMO per il *Dizionario biografico degli Italiani*, XXX, Roma, 1984, 580 s. e da A. LUPANO per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 607 s.

nisi id expresse dictum sit»¹²¹ –, Giovanni Pietro Sordi – «cessante enim ratione cessat dispositio»¹²² –, Giovanni Vincenzo D'Anna che scriveva «ipsa ratio cessat... ergo cessat eius dispositio»¹²³, il romano Giovanni Battista Fenzoni, il quale ripeteva «cessante legis ratione, cessat et ipsa lex»¹²⁴.

v) Le costituzioni del principe aprivano, peraltro, problemi nuovi che i civilisti, impegnati nell'interpretazione dei testi giustiniane, non si ponevano. L'opinione dominante era quella secondo la quale la legge vincolava solo se pubblicamente e ufficialmente promulgata. Per il piemontese Ottavio Cacherano D'Osasco, ad esempio, le leggi non avevano validità «nisi publicentur»¹²⁵; e la medesima affermazione troviamo nel portoghese, attivo a Napoli, Ferdinando Arias de Mesa, secondo il quale «lex regulariter requirit quod publice et solemniter promulgetur, ut subditis obliget»¹²⁶, e nel siciliano Garsia Mastrilli, per cui «lex ut suam obtineat obligandi virtutem debet promulgari»¹²⁷. Ma un altro siciliano, Mario Giurba, riteneva che per evitare una frode a danno di un soggetto, la legge potesse essere vincolante anche prima della promulgazione ufficiale. Affermava, infatti, «ubi cum scientia concurrat fraus, in alterius detrimentum, constitutio ligat prius quam publicetur»¹²⁸. Per quanto, poi, riguardava il momento dell'entrata in vigore della legge dopo la promulgazione Matteo D'Afflitto affermava che «nova constitutio ligat etiam ignorantes post duos menses»¹²⁹, mentre il veneziano Giovanni Bonifa-

¹²¹ BIUMI, *Consiliorum... Liber Tertius*, cit., cons. 224, 64 rb, n. 24.

¹²² G.P. SORDI, *Tractatus de Alimentis*, Venetiis, 1594, 343 va, n. 8. La medesima tesi Sordi ripetette in numerosi altri passi delle sue opere, come, ad esempio, in *Decisiones Sacri Mantovani Senatus Liber Secundus*, cit., *decisio CCCXXIX*, 12 b, n. 17 e in *Consiliorum... Liber Primus*, cit., cons. 127, 565, n. 77.

¹²³ D'ANNA *Septuaginta Allegationes* cit., 1 vb, n. 14.

¹²⁴ G.B. FENZONI, *Annotationes in Statuta sive Ius Municipale Romanae Urbis*, Romae, 1665, 136 b, n. 14. Sul giurista (1568-1639) EDIGATI, *Le annotazioni*, cit., 676 s.

¹²⁵ O. CACHERANO, *Consilia sive Responsa*, Augustae Taurinorum, 1588, cons. 4, 42 b, n. 31.

¹²⁶ ARIAS DE MESA, *Variarum Resolutionum*, cit., 276 a, n. 6.

¹²⁷ G. MASTRILLI, *Decisionum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae Liber Secundus*, Spira Nemetum, 1615, 260 b, n. 99.

¹²⁸ M. GIURBA, *Decisiones Novissimae*, Lugduni, 1634, *decisio LXXXVII*, 255 a, n. 18.

¹²⁹ M. D'AFFLITTO, *Super Tertium Feudorum Librum Commentaria*, Francofurti, 1598, 747 b, n. 13.

cio, ribadendo l'indispensabile funzione della pubblicazione («la legge non basta che sia formata, ma deve esser pubblicata, ciò è pubblicamente proclamata... acciocché alcuno non ne possa pretendere ignoranza»), sosteneva che «le leggi cominciano haver forza dal giorno della pubblicazione»¹³⁰.

Nel regno napoletano, poi, i giuristi si ponevano il problema della forza vincolante delle leggi regie nei riguardi di particolari categorie di abitanti. Così, Matteo D'Afflitto si impegnava ad interpretare la costituzione che imponeva agli stranieri di deporre le armi quando entravano nel territorio meridionale (I. 10), dichiarando «constitutio regni, quae prohibet omnibus deferre arma sub poena, ligat etiam exteros intrantes in regno cum armis, si probari poterit quod habuerunt notitiam de dicta constitutione»; ed aggiungeva «constitutio regni non ligat exteros, et advenas a regno ignorantes constitutionem regni»¹³¹. Dal canto suo Carlo Tapia si soffermava sulla questione della validità delle leggi regie nei confronti dei chierici: «an autem clerici teneantur ad legum observantiam?» si chiedeva; e rispondeva: «quando leges principis spectant ad pacem et tranquillitatem reipublicae»¹³².

vi) Un tema sul quale intervennero in modo particolare i giuristi di diritto patrio è quello del rapporto tra le leggi del principe e lo *ius commune*. In proposito si deve dire innanzi tutto che per alcuni di loro anche queste leggi costituivano diritto comune nel principato. Lo

¹³⁰ G. BONIFACIO, *Commentario sopra la legge dell'Eccellentissimo Senato Veneto fatto l'anno 1586 a 15 de Dicembre*, Venetia, 1694, 41. Sul giurista (1547-1635) si vedano le biografie redatte da G. BENZONI per il *Dizionario biografico degli Italiani*, XII, Roma, 1970, 194-197 e da C. SETTI per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 298 s. Anche il noto giurista romano, penalista, Prospero Farinacci affermava in *Responsorum Criminalium Liber Primus*, Venetiis, 1606, cons. 78, 276 vb, n. 1 «constitutio ante publicationem non ligat». La bibliografia su Farinacci (1544-1618) è abbondante: oltre alle biografie redatte da A. MAZZACANE sia per il *Dizionario biografico degli Italiani*, XLV, Roma, 1999, 1-5, sia per l'*Enciclopedia italiana. Ottava Appendice*, cit., 153-156, sia per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 822-825, mi limito a ricordare F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1985, 339-403; N. DEL RE, *Prospero Farinacci. Giureconsulto romano (1544-1618)*, Roma, 1999; A. DANI, *Il Cinquecento e il Seicento*, in A. DANI, M. R. DI SIMONE, G. DIURNI, M. FIORAVANTI, M. SEMERARO, *Profili di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione*, Torino, 2012, 39 s.

¹³¹ D'AFFLITTO, *In Utriusque Siciliae, Neapolisque Sanctiones*, cit., 58 va.

¹³² TAPIA, *Ius Regni Neapolitani*, cit., 84 a, n. 12.

dichiaravano nel regno napoletano, tra gli altri, Matteo d’Afflitto -per il quale «dicitur enim id, quod statuitur per constitutiones regni esse ius commune in regno»¹³³ –, Giovan Vincenzo D’Anna -che affermava: «[nostrae constitutiones] sunt ius commune in hoc Regno»¹³⁴ – e Giovanni Paolo Balzarano, a detta del quale «nostrae constitutiones... ius civile in Regno dicuntur»¹³⁵. In Piemonte la stessa tesi era sostenuta da Giovanni Antonio Della Chiesa, che dichiarava «lex condita a rege non recognoscente superiorem efficit ius commune»¹³⁶. Della medesima opinione era anche il toscano Ortensio Cavalcanti, secondo cui «leges Principis dominantis sunt loco iuris communis»¹³⁷. Ma con loro non erano d’accordo né Tommaso Grammatico, per il quale «constitutiones regni non sunt ius commune in regno, sed sunt statuti», ritenendo quella definizione riservata al solo diritto romano-canonico¹³⁸, né Francesco Merlino Pignatelli, secondo cui la «dispositio... huius regni Constitutionum... stricti iuris est» e, di conseguenza, «nec extra casus de quibus expresse loquuntur extenditur»¹³⁹. Qualunque fosse la qualificazione delle leggi del principe, si poneva, comunque, il problema del rapporto tra le sue disposizioni e quelle del diritto civile comune. Il siciliano Nicola Intriglioli affermava che «omnes regni constitutiones debent interpretari a iure communi»¹⁴⁰ e il savoiaro Antoine Favre ribadiva «leges et constitutiones quantumvis exorbitantes et correctorias recipere interpretationem passivam a iure communi»¹⁴¹. In caso, poi, di contrasto tra una legge del principe e il diritto comune la tesi prevalente voleva che la prima

¹³³ D’AFFLITTO, *In Utriusque Siciliae Neapolisque Sanctiones*, cit., *de officialibus reprobatis* (I. 48), 154 vb, n. 14.

¹³⁴ D’ANNA, *Septuaginta Allegationes*, cit., 106 ra, n. 1.

¹³⁵ BALZARANO, *Commentaria*, cit., 44 a, n. 5.

¹³⁶ G.A. DELLA CHIESA, *Observationes Forenses Sacri Senatus Pedemontani*, Augustae Taurinorum, 1668, *observatio* II, f. 5 b., n. 5. Sul giurista (1594-1657) rinvio alle biografie redatte da F. PAGLIERI per il *Dizionario biografico degli Italiani*, XXXVI, Roma, 1998, 755 s. e da F. AIMERITO per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 751 s.

¹³⁷ O. CAVALCANTI, *De Brachio Regio*, cit., 626, n. 43.

¹³⁸ T. GRAMMATICO, *In Constitutionibus*, cit., 18 va, nn. 31-32.

¹³⁹ F. MERLINO PIGNATELLI, *Controversiarum... Centuria Prima*, Neapoli, 1634, 84 b, n. 2.

¹⁴⁰ N. INTRIGLIOLI, *De Feudis Centuria Secunda*, Panormi, 1599, 313 a, n. 9. Sul giurista (1562-1604) rinvio alla biografia redatta da B. PASCIUTA per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 1108 s.

¹⁴¹ A. FAVRE, *Rationalia in Tertiam Partem Pandectarum*, Aurelianae, 1626, 187 a.

fosse intesa in senso ristretto e quindi non fosse valida al di là del caso espressamente dalla stessa disciplinato. Lo affermavano, ad esempio, nel ducato sabaudo Lancellotto Gallia -che, commentando una legge del principe «iuris communi correctoria», dichiarava che la stessa era «stricte intelligenda»¹⁴² – e Ottavio Cacherano D'Osasco che aggiungeva «quando provisio legis vel statuti est correctoria iuris communis refertur solum ad personam nominatam»¹⁴³. Lo ripeteva nel regno napoletano Arias de Mesa, secondo il quale «lex... iuris communis dispositioni contraria... debet proprie et stricte accipi»¹⁴⁴. L'indirizzo prevalente, dunque, riconosceva al diritto comune romano canonico una superiorità rispetto alle leggi del principe: queste dovevano essere lette alla luce delle disposizioni di quello e se derogavano ad alcune di loro, tale deroga aveva natura eccezionale e limitata al caso concreto per cui era stata disposta¹⁴⁵.

vii) Per la maggioranza dei commentatori la scrittura costituiva l'essenza della legge. Ma tale idea non era condivisa da altri giuristi, come Cino e Baldo, che giudicavano la scrittura elemento importante per la conoscenza della legge, ma non componente della sua natura¹⁴⁶. Quest'ultima tesi risulta condivisa, tra i giuristi italiani di diritto patrio, da Garsia Mastrilli, a detta del quale «lex sive statutum licet de sui essentia non requirat scripturam... attamen requiritur ad faciliorem probationem»¹⁴⁷.

Del tutto originale, rispetto alla dottrina di diritto comune, risulta, poi, l'opinione, sostenuta da molti dei giuristi qui in esame, per cui la legge, anche se dotata di pubblica promulgazione, era vincolante soltanto se recepita dagli usi effettivi della comunità cui era stata diretta. «Lex debet esse conveniens loco et tempore... et secundum mores patriae»¹⁴⁸ proclamava ancora Garsia Mastrilli; ed aggiungeva «si statutum sive lex non sit usu recepta ad eorum obser-

¹⁴² GALLIA, *Consiliorum*, cit., cons. 14, 30 vb, n. 21.

¹⁴³ CACHERANO, *Consilia*, cit. cons. 20, 63 va, n. 11.

¹⁴⁴ ARIAS DE MESA, *Variarum Resolutionum*, cit., 197 a-b, n. 9.

¹⁴⁵ Si deve aggiungere che la stessa opinione era condivisa da FARINACCI, *Responsorum... Liber Primus*, cit., cons. 65, f. 243 rb, n. 116: «ius commune servandum est, et sic enim debet intelligi constitutio, ut ius commune minus corrigatur quam fieri potest».

¹⁴⁶ In proposito rinvio a quanto detto in *Tradizione, legge, consuetudine*, cit., 10.

¹⁴⁷ G. MASTRILLI, *De Magistratibus*, cit., 260 a, n. 95.

¹⁴⁸ *Ibid.*, 259 s., nn. 90, 93.

vantium subditi non tenentur»¹⁴⁹. L'idea era condivisa a Napoli da Arias de Mesa, secondo il quale «leges etsi conditae et promulgatae sint non praesumitur usu receptae, nisi probentur quia facti sunt»¹⁵⁰, era ripetuta da Giovanni Pietro Sordi, presidente del Senato del Monferrato e di quello di Mantova, che dichiarava «videtur enim universitas condere legem vel statutum sub conditione si moribus subditorum receptiatur et non aliter»¹⁵¹, era sostenuta dal pavese Flavio Torti che affermava «lex vel statutum usu non receptum, nec moribus utentium comprobatur non ligat et faciens contra huiusmodi statutum non venit uti transgressor puniendus»¹⁵². Si tratta di un'opinione decisamente originale che con ogni evidenza nasceva dal profondo radicamento dei giuristi di diritto patrio nella prassi giuridica e nella concreta realtà sociale dell'ordinamento in cui vivevano ed operavano.

4. *Le modifiche della legge*

Anche i giuristi di diritto patrio ribadivano che «lex semper loquitur»¹⁵³ e di conseguenza «legum correctio est evitanda»¹⁵⁴. Ma

¹⁴⁹ *Ibid.*, 261 b, n. 108.

¹⁵⁰ ARIAS DE MESA, *Variarum Resolutionum*, cit., 276 b, n. 3.

¹⁵¹ SORDI, *Consiliorum... Liber Primus*, cit., cons. 48, 223 b, n. 11.

¹⁵² TORTI, *Annotationes*, cit., 32 b, nn. 10 s.

¹⁵³ Qualche esempio. Nel regno di Napoli F. SCAGLIONE, *Commentaria super Regalibus Pragmaticis Regni*, Neapoli, 1653, *allegatio* 30, 492 a, n. 31 (su Francesco Scaglione [1500/20-1570] si veda la biografia redatta da M. PIGNATA per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1817); G.F. DE PONTE, *De Potestate Proregis Collateralis Consilii et Regni Regimine*, Neapoli, 1611, 390 b, n. 4 (su Giovanni Francesco De Ponte, 1541-1616, P. MESSINA in *Dizionario biografico degli Italiani*, XIX, Roma, 1991, 55 s. e D. LUONGO, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 706-708); G.C. IMBRIANO (IMBRIANI), *De Iudice Regni et eius Ordinatione Compendiosa Tractatio*, Neapoli, 1602, 97, n. 190 (su alcuni aspetti del pensiero di Giulio Cesare Imbriani, vissuto tra sec. XVI e XVII, si veda M.N. MILETTI, *Tra equità e dottrina*, cit., *ad Indicem* e ID., *Stylum iudicandi*, cit., *ad Indicem*). In Sicilia MUTA, *Capitulorum... Tomus Primus*, cit., 8 b, n. 5. A Milano GARONI, *Observationes*, cit., 97; CALVINO, *De Aequitate*, cit., cap. 128, 114 a, n. 117; RUGGINELLI, *Tractatus de Senatoribus*, cit., 16 b, n. 32 e G. B. BARBÒ, *Tractatus de Filiis Familias in Quinquaginta Quaestiones Pars Prima*, Mediolani, 1626, *quaestio* 47, 419 a, n. 13 (il giurista, definito «cremensis», risulta morto nel 1648). A Mantova SORDI, *Decisiones Sacri Mantuani Senatus*, cit., *decisio* XXI, 110, n. 19. Nel ducato sabaudo A. FAVRE, *Rationalia in Secundam Partem Pandectarum*, Coloniae Allobrogum, 1626, 218 a.

¹⁵⁴ Così nel regno napoletano TAPIA, *Ius Regni Neapolitani*, cit., f. 79 a, n. 11: «Licet superius affirmaverim legum multitudinem vitandam, et quantum fieri potest a no-

pur ripetendo queste affermazioni tralatizie, gli stessi giuristi ammettevano che in alcune circostanze era necessario modificare la legislazione vigente nel principato. Innanzi tutto, come sostenevano anche i civilisti, quando risultava necessario aggiornare la normativa. «Lex temporalis quamvis iusta sit, commutari per tempora iuste potest» dichiarava, ad esempio, Giovanni Paolo Balzarano¹⁵⁵. Il cambiamento poteva essere sollecitato anche dal negativo contenuto della legislazione vigente. «Non tamen omnes leges eiusdem hac parte sunt virtutis et potestatis. Quaedam enim sunt perfectae, quaedam imperfectae. Perfectae dicuntur ea quae non solum vetant aliquid fieri, sed etiam quicquid contra factum fuerit rescindunt. Imperfectae sunt econtrario quae ita vetant quid fieri, et tamen quod contra factum sit non rescindant» sosteneva il savoiardo Antoine Favre¹⁵⁶. In ogni caso la modifica della legge doveva derivare da un'evidente utilità e dall'equità: lo affermava, ad esempio, Leandro Galganetti nella glossa allo statuto della città di Roma riformato nel 1580 da Gregorio XIII, dicendo «leges non facile mutandae sunt... nisi evidens utilitas, et aequitas mutationem suadent»¹⁵⁷.

Spettava, comunque, al principe decidere quale normativa legislativa doveva continuare a far parte della tradizione giuridica del principato. Nel regno di Sicilia detta potestà era stata proclamata

varum legum promulgatione abstinendum, dummodo vel nova vitia non oriantur, vel veteres leges, peste, fame aut bello abrogatae videantur»; ROVITO, *Luculenta Commentaria*, cit., f. 172 a: «semper legum correctio est evitanda» e f. 640 b, n. 15: «legum enim correctio est evitanda»; G.M. NOVARIO, *Novissimae Decisiones Civiles, Criminales, et Canonicae*, Genevae, 1637, *decisio* VIII, 13 a, n. 7: «in dubio correctio legum minime est facienda» e *decisio* CXIV, 143 v, n. 8: «correctio siquidem legum est evitanda quam possibile». In Sicilia G. CUMIA, *In Regni Capitulum si Aliquem De Successione Feudalium Repetitio*, Panormi, 1609, 179 b, n. 128: «legum correctio omnino est evitanda». A Milano MENOCHIO, *Consiliorum... Liber Primus*, cit., cons. 105, f. 332 va, n. 46: «correctio semper est evitanda in qualibet dispositione». Nel ducato sabauda NEVIZZANO, *Consilia*, cit., cons. 1, 6, n. 9: «est enim correctio legum evitanda» e CRAVETTA, *Tractatus*, cit., 427, n. 42: «correctio [legis] induci non debet nisi expresse dicatur».

¹⁵⁵ G.P. BALZARANO, *Commentaria*, cit., 354 b, n. 12.

¹⁵⁶ FAVRE, *Iurisprudentiae*, cit., *illatio* II, 63

¹⁵⁷ *Statuta Almae Urbis Romae Autoritate Gregorii Papae XIII a Senatu Populoque Romano Edita et Reformata cum Glossis Leandri Galganetti*, Romae, 1611, l. II, cap. LXXXIX, 708, righe 30-40. Su Leandro Galganetti (1560 c.-1635 c.) rinvio a EDIGATI, *Le annotazioni*, cit., 681 s. e alla biografia redatta da L. SINISI per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 931 s.

con enfasi già da Ruggero II che nel proemio delle *Assise* di Ariano aveva affermato la propria funzione di eliminare dal complesso ed articolato ordinamento giuridico vigente nelle sue terre norme inique e irrazionali, sostituendole con regole eque e razionali introdotte con le sue leggi. E la medesima potestà era stata rivendicata da Federico II nel proemio del *Liber Augustalis*¹⁵⁸. Concetti che Matteo D'Aflitto ribadiva, commentando l'opera legislativa di Federico II: «Istae constitutiones» – dichiarava – «sunt servandae in Regno Siciliae tantum, cassatis legibus et consuetudinibus contrariis istis constitutionibus»; e precisava che tale potestà regia riguardava anche le norme di diritto romano «omnes leges Romanorum, et omnes consuetudines antiquae ante istas constitutiones, quae adversantur, vel contrariantur alicui ex constitutionibus in isto volumine insertis, sunt in regno Siciliae cassatae et abrogatae»¹⁵⁹. Lo ripeteva anche Giovan Vincenzo D'Anna, secondo il quale «istae constitutiones cassaverunt omnes leges et consuetudines contrarias»¹⁶⁰. E con i giuristi meridionali erano d'accordo sia il milanese Francesco Borsati, quando dichiarava: «donec enim tollatur lex ipsa durat et viget, tolli tamen potest legem princeps»¹⁶¹, sia il savoiano Antoine Favre, a detta del quale «lex una per aliam posteriorem abrogari vel tolli potest aut in totum aut pro parte»¹⁶². L'abrogazione, però, non poteva certamente riguardare le cose dotate di eternità: lo scriveva il milanese Catelliano Cotta, secondo il quale «lex nova annullando praeterita, non extenditur ad ea quae sunt temporis diuturnitate munitae»¹⁶³.

¹⁵⁸ Su questi temi rinvio a quanto detto in *Giustizia e legislazione nelle Assise di Ariano* e in *Federico II legislatore. Per una revisione storiografica*, in *La monarchia meridionale. Istituzioni e dottrina giuridica dai Normanni ai Borboni*, Roma-Bari, 1998, 3-23, 137-166.

¹⁵⁹ D'AFFLITTO, *In Utriusque Siciliae, Neapolisque Sanctiones*, cit., 24 va, pr. e n. 2. La scienza giuridica meridionale, a cominciare da Marino da Caramanico, sosteneva concordemente che il diritto romano vigeva nel regno soltanto in virtù della volontà, esplicita o implicita, del monarca: sulla questione rinvio a quanto detto in *Diritto senza legge. Lezioni di diritto comune*, Torino, 2013, 111-113.

¹⁶⁰ D'ANNA, *Septuaginta Allegationes*, cit., 106, ra, n. 3.

¹⁶¹ BORSATI, *Consiliorum... Liber Primus*, cit., cons. 109, 324 ra, n. 21.

¹⁶² FAVRE, *Rationalia in Secundam Partem Pandectarum*, cit., 854 a.

¹⁶³ C. COTTA, *Memorialia, ex Varijs Utriusque Iuris Doctoribus Collecta*, Basileae, 1545, 325. Sul giurista (1512 c.-1553) rinvio a EDIGATI, *Le annotazioni*, cit., 665 s. e alla biografia redatta da M.G. DI RENZO VILLATA per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 601.

L'abrogazione di una legge era, comunque, sottoposta ad alcune condizioni. Stando ad una glossa al *Liber Augustalis*, la vecchia legge poteva essere eliminata soltanto se la nuova avesse disposto in maniera nettamente opposta: «lex enim nova determinatur per veterem, nec vetus tollitur per novam nisi sit directo contraria»¹⁶⁴. Tommaso Grammatico riteneva che l'eliminazione della vecchia legge doveva essere espressamente dichiarata dalla nuova, ma ammetteva anche un'eliminazione implicita¹⁶⁵. Anche il piemontese Aimone Cravetta richiedeva l'esplicita menzione della volontà di cambiare la legge, affermando «correctio [legis] induci non debet nisi expresse dicatur»¹⁶⁶. Il milanese Iacopo Menochio condizionava ogni forma di modifica della vecchia legge all'esplicita dichiarazione della nuova, quando sosteneva: «immo scribunt multi legumlatores non consuevisse novam legem mutare et corrigere antiquam, nisi praefatione aliqua praemissa»¹⁶⁷. E la medesima opinione era condivisa sia da Marco Antonio Tomati nel suo commento alle decisioni della Rota maceratese, dove affermava «lex nova non corrigit antiquam nisi expressa mente condentis appareat corrigere voluisset»¹⁶⁸, sia dal ferrarese Bartolomeo Bertazzoli, secondo il quale «lex secunda non tollit priorem nisi quatenus in ea exprimitur»¹⁶⁹. La nuova legge, dunque, poteva affiancarsi alla vecchia senza eliminarla. Tomati, ad esempio, dichiarava che, ove la volontà abrogatrice non fosse stata chiaramente espressa, la nuova legge «potius suppletur et declaratur per antiquam»¹⁷⁰; e Giovanni Paolo Balzarano precisava «lex superveniens

¹⁶⁴ Gl. *ad speciale*, in const. *quod nullus praelatus* (I. 49).

¹⁶⁵ T. GRAMMATICO, *Consilia*, cit., cons. 35, 88 a, n. 57: «si lex nova expresse non tollit legem communem veterem, tamen tacite videtur illam tollere».

¹⁶⁶ CRAVETTA, *Tractatus*, cit., 427, n. 42.

¹⁶⁷ I. MENOCHIO, *Consiliorum... Liber Undecimus*, Venetiis, 1609, cons. 1060, 252 rb, n. 89.

¹⁶⁸ M.A. TOMATI, *Decisiones Novissimae sacrae Rotae Maceratensis, Pars Secunda*, Maceratae, 1670, *decisio* CCXXXIV, 259 a, n. 26 (su questa raccolta di decisioni si veda la scheda di R.M. BORRACINI, in «*Collectio thesauri*». *Dalle Marche tesori nascosti di un collezionismo illustre*, a cura di M. MEI, II, *L'arte tipografica dal XV al XIX secolo*, Firenze, 2005, 128 s.).

¹⁶⁹ B. BERTAZZOLI, *Consiliorum sive Responsorum Criminalium, et Penarium Liber Primus*, Venetiis, 1584, cons. 112, 341 va, n. 9. Sul giurista T. ASCARI, in *Dizionario biografico degli Italiani*, IX, Roma, 1967, 482 e R. VIOLANTE, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 234 s.

¹⁷⁰ TOMATI, *Decisiones*, cit., *decisio* CCXXXIV, 259 a, n. 26.

addit, non tollit priorem»¹⁷¹. Ma il siciliano Pietro De Gregorio era di diverso avviso: «leges posteriores priores revocare noscuntur quamvis de illis non faciant mentionem»¹⁷² dichiarava, ammettendo un'abrogazione implicita della vecchia legge da parte della nuova.

Anche i giuristi di diritto patrio, dunque, si trovarono ad affrontare il problema del rapporto tra legge antica e legge nuova, entrambe disciplinanti la medesima materia. Le loro riflessioni sul tema seguono nella sostanza, con qualche momento originale, il pensiero dei civilisti: essi insistettero, infatti, sia sulla sostanziale vigenza della vecchia legge, sia sullo stretto rapporto tra questa e la nuova, sia, infine, sulla necessità per l'interprete di ricercare un accordo tra le due. In particolare, affermarono che la correzione della legge precedente da parte della nuova doveva essere il più possibile limitata. Lo dichiaravano espressamente nel regno napoletano Fabio Capece Galeota, a detta del quale «lex correctoria restringi debet, quam fieri potest»¹⁷³; Giovanni Francesco Sanfelice, che diceva «lex nova corrigens in uno non extenditur ad alium»¹⁷⁴; «lex nova correctoria in suis propriis terminis servari debet» affermava, poi, Prospero Caravita¹⁷⁵. La stessa idea era ripetuta nel ducato sabaudo sia da Antoine Favre, secondo il quale «novae autem leges iuris veteris correctoriae non facile extra suos fines sint trahendae, ne quidem ex identitate ut loquuntur, rationis et aequitatis, ut a iure communi quam minimum fieri potest recedatur»¹⁷⁶, sia da Ottavio Cacherano che scriveva «quando provisio legis vel statuti est correctoria iuris communis refertur solum ad personam nominatam»¹⁷⁷. E poiché nella legge l'ele-

¹⁷¹ BARZARANO, *Commentaria*, cit., 93 a, n. 59.

¹⁷² P. DE GREGORIO, *De Concessione Feudi Tractatus*, Panormi, 1598, 282 a, n. 38. Su Pietro De Gregorio (1480 c. - 1533) G. FALLICO, in *Dizionario biografico degli Italiani*, XXXVI, Roma, 1988, 222-226 e A. ROMANO, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 681 s.

¹⁷³ F. CAPECE GALEOTA, *De Principis Potestate Tomus Secundus*, Neapoli, 1636, 328 a, n. 14.

¹⁷⁴ G.F. SANFELICE, *Decisionum Supremorum Tribunalium Regni Neapolitani Tomus Primus*, Lugduni, 1675, *decisio* LVI, 83 a, n. 20. Sul giurista (1565/66-1648) E. CORTESE, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, 1786 s.

¹⁷⁵ P. CARAVITA, *Aurea et Solemnis Interpretatio super Regiis Pragmatica Filiorum Falsorum et Falsorum Testium*, Eboli, 1557, 15 vb, n. 10.

¹⁷⁶ A. FAVRE, *De Erroribus Pragmaticorum et Interpretum Iuris Chiliadis Pars Prima*, Coloniae Allobrogum, 1612, 204, n. 4.

¹⁷⁷ CACHERANO, *Consilia*, cit., cons. 20, 63 va, n. 11. Ma poi ammetteva l'esten-

mento prevalente era costituito, come abbiamo visto dalla *ratio*, a detta del napoletano De Ponte «communis est Doctorum opinio, quod dispositio iuris communis correctoria extenditur ad omnes casus eandem rationem habentes»¹⁷⁸.

Inoltre, i giuristi italiani di diritto patrio ritennero che la legge nuova era interpretata, limitata e completata dalla vecchia¹⁷⁹, a sua

sione della nuova disposizione legislativa a casi che nella vecchia legge erano equiparati a quello espressamente modificato: «lex nova etiam correctoria disponens circa unum ex aequiparatis a lege veteri, extenditur ad alterum»: ID., *Decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, cit., *decisio* CXLVII, 271 ra-b, n. 19.

¹⁷⁸ DE PONTE, *De Potestate Proregis*, cit., 108 b, n. 44.

¹⁷⁹ Nel regno di Napoli V. DE FRANCHIS, *Decisiones Sacri Consilii Neapolitani Tomus Primus*, Venetiis, 1747, *decisio* CXLIX, 302 b, n. 14: «lex enim nova potest per interpretationem passivam suppleri, declarari, et limitari per legem veterem»; *Tomus Quartus*, ibid., 1747, *decisio* DXXXI, 3 b, n. 8: «quod lex nova declaretur et suppletur per legem veterem»; *decisio* DXXXVII, 16 b, n. 18: «cum lex nova per veterem distinguatur» (su Vincenzo De Franchis [1531-1601], oltre a MILETTI, *Tra equità e giustizia*, cit., si veda la biografia redatta dallo stesso MILETTI per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 674 s.); D'ANNA, *Septuaginta Allegationes*, cit., 111 rb, n. 112: «lex licet sit antiquior poterit determinare legem hanc novam»; CARAVITA, *Aurea et Solemnis Interpretatio*, cit., 27 ra, n. 12: «legis novae fieri interpretationem per legem veterem». Nel regno di Sicilia CUMIA, *In Regni Capitulum si Aliquem*, cit., 184 a, n. 7: «lex nova corrigens intelligi debet secundum terminos legis correctae»; M. GIURBA, *De Successione Feudorum inter Ascendentes, et Descendentes Masculos*, Messanae, 1635, 75 a, n. 18: «quia novum necesse est, unam per aliam legem suppleri... posteriores priori lege interpretari»; ID., *Consilia seu Decisiones Criminales*, Venetiis, 1626, cons. 56, 277 b, n. 10: «lex quae corrigitur, novam legem non interpretatur... nisi in casibus ab ea recensitis»; INTRIGLIOLI, *De Feudis*, cit., 282 b, n. 7: «lex interpretans debet intelligi secundum terminos legis interpretatae». A Milano BORSATI, *Consiliorum... Liber Quartus*, cit., cons. 454, 188 vb, n. 5: «Lex posterior per priorem suppleatur, terminetur, et interpretetur»; BIUMI, *Consiliorum... Liber Unus*, cit., cons. 11, 42 ra, n. 29: «clara est iuris conclusio, ubi etiam lex nova corrigat ius antiquum in aliqua parte, nisi constet mentem condentis legem novam eam fuisse ut corrigere voluerit in eo, de quo agitur, licet forte constet, quod in alia parte corrigere voluisset, attamen semper lex nova generaliter loquens, debet distingui, et declarari, et limitari ex terminis legis veteris»; cons. 74, 199 rb, n. 4: «iura nova limitantur, et restringuntur ab antiquis, cum leges priores ad posteriores pertineant»; REDENASCHI, *Consilia*, cit., lib. V, cons. 63, 520 a, n. 3: «Quando lex nova loquitur de eadem materia de qua loquitur prima, intelligenda est secundum qualitates, et conditiones primae»; BARBÒ, *Tractatus*, cit., *quaestio* XVI, 155 a, n. 30: «leges posteriores debent declarari per priores leges». Nel ducato sabaudo SOLA, *Commentaria*, cit., 413 b, n. 10: «cum lex nova ab antiqua interpretationem recipiat». A Mantova SORDI, *Consiliorum... Liber Secundus*, cit., cons. 177, 82 rb, n. 33: «lex enim nova intelligitur secundum antiquam, quando loquitur de eadem materia». A Ferrara B. BERTAZZOLI, *Consiliorum sive Responsorum Criminalium et Penaliu Liber Secundus*, Venetiis, 1585, cons. 329, 97 ra, n. 5: «lex nova secundum antiquam venit interpretanda»; cons. 443,

volta l'interpretava¹⁸⁰ e, addirittura, era dalla vecchia corretta¹⁸¹, in un rapporto simbiotico che tutti sottolineavano. Le leggi precedenti dovevano essere collegate alle nuove, come dicevano, ad esempio, il savoiano Antoine Favre, secondo il quale «anteriores leges ad posteriores trahi usitatum est»¹⁸², e il mantovano Giovanni Pietro Sordi, che scriveva «una [lex] declarat aliam»¹⁸³; a detta di quest'ultimo, peraltro, la nuova legge, se era declaratoria della precedente, si applicava anche ai casi passati¹⁸⁴. Nel caso, poi, di leggi speciali a detta di Iacopo Menochio la legge vecchia continuava ad essere vigente, si aggiungeva alla nuova e presentava una normativa più ampia della successiva; dichiarava, infatti, il giurista milanese «quando lex nova specialis tendit ad eundem finem, quem et lex specialis antiqua respicit, nova non corrigit antiquam, sed utraque debet servari, et si plus est in antiqua, quam in nova»¹⁸⁵. Per Giovanni Battista Barbò, infine, «lex nova superveniens (licet generalis) non intelligitur corrigere leges ponentes casus speciales, nisi hoc etiam specialiter declaratur»¹⁸⁶.

In conclusione anche i giuristi di diritto patrio ritenevano necessario ricercare una concordia tra legge vecchia e legge nuova. Lo aveva detto già Sebastiano Napodano che glossando le consuetudini della città di Napoli aveva dichiarato «promptum est leges legibus

233 ra, n. 8: «lex nova debet per antiquam declarari». A Roma L. GALGANETTI, nella glossa agli *Statuta Almae Urbis Romae*, cit., l. II, cap. LXXXIX, 706, rigo 50, dichiarava: «Et leges priores quamvis abolitae in posterioribus interpretandis possunt adhiberi».

¹⁸⁰ N. INTRIGLIOLI, *Decisionum Aurearum Magnae Regiae Curiae Regni Siciliae Liber Unicus*, Panormi, 1617, f. 56 a, nn. 36-37: «sicut etiam una pars scripturae declarat aliam... et una lex declarat aliam»; ID., *De Feudis*, cit., 282 b, n. 7: «leges posteriores supplentur per priores... sed et posteriores»; BALZARANO, *Commentaria*, cit., f. 218 b, n. 10: «una lex supplet aliam»; FENZONI, *Annotationes*, cit., 74 b, n. 37: «lex una declarat aliam».

¹⁸¹ Così, ad esempio, sostenevano il milanese A. S. GARONI, *Variae Resolutiones*, Mediolani, 1644, 93 a, n. 45: «lex posterior corrigatur per anteriorem», e il ligure MASCARDI, *Communes*, cit., *conclusio* II, 107 ab, n. 103: «cum nova constitutio debeat intelligi, et distinguì secundum leges antiquas, posteriores enim leges ad priores pertinent, ut per eas posteriores corrigantur, et determinentur, et supplentur».

¹⁸² A. FAVRE, *Rationalia in Pandectas Tomus Primus*, Lugduni, 1659, 37 a-b.

¹⁸³ SORDI, *Consiliorum... Liber Quartus*, cit., cons. 470, 93 b, n. 19.

¹⁸⁴ ID., *Decisiones*, cit., *decisio* XXIX, 145, n. 6: «lex nova declarans antiquam habetur etiam ad praeteritos casus».

¹⁸⁵ MENOCHIO, *Consiliorum... Liber Undecimus*, cit., cons. 1077, 303 rb, n. 1.

¹⁸⁶ BARBÒ, *Tractatus*, cit., *quaestio* 35, 350 a, n. 15.

concordare»¹⁸⁷; lo ripetevano i milanesi Angelo Stefano Garoni, secondo il quale «praecedens per posteriore... corrigatur quando utraque potest stare et simul concordare»¹⁸⁸, e Giovanni Pietro Biumi, che affermava «cum tamen ea sit interpretatio facienda, ut leges legibus concordentur, ne inter se discrepent, et ideo non est novum, sed id non fieri novum esset, ut priores leges... ad posteriores trahuntur... cum scire leges non tantum sit earum verba intelligere, sed vim et potestatem tenere»¹⁸⁹; con loro concordavano nel ducato sabaudo sia Antonio Sola, che invitava gli interpreti ad operare «ut leges legibus concilientur»¹⁹⁰, sia Antoine Favre, per il quale «leges legibus concordare promptum est, si una secundum aliam intelligatur»¹⁹¹. E la medesima opinione era condivisa sia da Cristoforo Marzi Medici, il quale, commentando le decisioni della Rota senese, affermava che i giuristi dovevano interpretare norme discordanti «ne iura iuribus adversentur»¹⁹², sia dal ferrarese Antonio Leoncilli, per il quale «leges legibus concordantur»¹⁹³.

Rimaneva il problema della allegabilità della legge vecchia in giudizio. Giovanni Paolo Balzarano, ripetendo le parole già pronunciate a suo tempo da Giason del Maino¹⁹⁴, negava la legittimità dell'allegazione, affermando «lex correcta dicitur falsa, et eam allegans punitur de falso»¹⁹⁵. L'allegabilità in giudizio della legge corretta era esclusa anche dal ferrarese Bartolomeo Bertazzoli, secondo cui «lex

¹⁸⁷ *Consuetudines Neapolitanae cum glossis... Sebastiani Napodani*, Neapoli, 1518, f. 57 va, n. 14. Sul giurista (1294-1368) si veda la biografia redatta da L. LOSCHIAVO per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani* cit., II, 1407 s.

¹⁸⁸ A.S. GARONI, *Ordines Excellentissimi Senatus Mediolani, ab anno MCDXC usque ad Annum MDCXXXIX*, Mediolani, 1743, 124, n. 2.

¹⁸⁹ G.P. BIUMI, *Consiliorum... Liber Secundus*, Venetiis, 1598, cons. 113, 52 r a-b, n. 7.

¹⁹⁰ SOLA, *Commentaria*, cit., 467 a, n. 3.

¹⁹¹ A. FAVRE, *Rationalium in Tertiam Partem Pandectarum Tomus Quintus et Ultimus*, Aurelianae, 1625, 648 a.

¹⁹² C. MARZI MEDICI, *Decisiones Rotae et Fori Ordinarij Senensis*, Venetiis, 1628, decisio LX, 447 a, n. 17. Su di lui M. MONTORZI, *Postliminium Codicis. Un archetipo statutario narra le sue impensabili vicissitudini*, in *Rifondare lo studio. Un elogio di Lorenzo il Magnifico. Un abbozzo dello Statuto dei Giuristi*, Pisa, 2007, 103.

¹⁹³ LEONCILLI, *Decisiones*, cit., decisio XXXI, 114, n. 10.

¹⁹⁴ *De actione. Lectura Preclarissima Domini Iasonis Mayno super Nodoso Titulo de Actionibus in Institutionibus Iustinianeis Diligenter Emendata*, Lugduni, 1546, 42 vb, n. 19: «lex correcta non est alleganda et... allegans incidit in falsum».

¹⁹⁵ BALZARANO, *Commentaria*, cit., f. 44 b, n. 12.

correcta allegari non potest»¹⁹⁶, e dal siciliano Cosimo Nepita, che scriveva «leges et consuetudines correctas allegare non licet»¹⁹⁷. Quest'ultimo, comunque, ricordava che parte della dottrina era di parere contrario, mentre l'altro siciliano Mario Giurba sosteneva «ex lege correctae sumi solum potest argumentum, et illud in causis decidendis allegari»¹⁹⁸: la legge corretta, dunque, a parere di Giurba, non era tenuta fuori dal giudizio, perché da essa potevano essere desunte argomentazioni utili.

5. *Legge e consuetudine*

I giuristi di diritto patrio non mancarono di occuparsi della consuetudine e del suo rapporto con la legge. A loro parere la consuetudine nasceva dal consolidamento di un uso seguito costantemente da una comunità per almeno dieci anni¹⁹⁹; e per la sua eliminazione era necessario il non uso per un uguale periodo di tempo²⁰⁰, non essendo sufficienti a questo fine uno o due atti contrari²⁰¹. Cosimo Nepita la definiva «ius non scriptum moribus populi vel a maiori parte ipsius ratione continuatum, et introductum vim legis habens»²⁰², evidenziando che si trattava di un diritto non scritto avente la medesima autorità della legge. Per quanto riguarda il primo aspetto, i giuristi in esame sembrano concordare sul fatto che la consuetudine non perdeva la propria natura se, per essere meglio definita e conosciuta, veniva messa per iscritto: lo diceva, ad esempio, Matteo D'Afflito: «consuetudo est ius non scriptum... scripturae consuetudines in scriptis redactae remanent porro consuetudines, licet per scriptum detur eis forma per librorum divisionem, et titulos»²⁰³. In merito,

¹⁹⁶ BERTAZZOLI, *Consiliorum... Liber Secundus*, cons. 337, 106 ra, n. 12.

¹⁹⁷ NEPITA, *In Consuetudines Civitatis Catinae*, cit., 377 b, n. 8.

¹⁹⁸ GIURBA, *Consilia seu Decisiones Criminales*, cit., cons. 56, 277 b, n. 10.

¹⁹⁹ «Sufficere spatium decem annorum in consuetudine» dichiarava, ad esempio, CAPECE GALEOTA, *Controversiarum... Tomus Primus*, cit. *controversia XXXI*, 282 a, n. 60.

²⁰⁰ SORDI, *Consiliorum... Liber Secundus*, cit., cons. 279 va, n. 80: «ideo tantum temporis ad eam [=consuetudinem] tollendum requiritur quantum fuit necessarium ad eam inducendum».

²⁰¹ *Ibid.*, cons. 262, 279 va, n. 80: «[consuetudo] non tollitur per duos vel tres actus contrarios».

²⁰² NEPITA, *In Consuetudines Civitatis Catinae*, cit., 8 b, n. 51.

²⁰³ D'AFFLITO, *Super Tertium Feudorum Librum Commentaria*, cit., 2 b, n. 6.

poi, all'uguaglianza tra la sua autorità vincolante e quella della legge, la concordia tra i giuristi appare sostanzialmente unanime. «Magna consuetudinis vis est ita ut illa pro lege servetur» dichiarava il napoletano Giovanni Maria Novario²⁰⁴; Roberto Maranta ribadiva «confirmo per generalem consuetudinem huius regni, et observantiam notoriam temporis cuius non extat memoria in contrarium, quae habet vim legis»²⁰⁵; il milanese Iacopo Menochio scriveva «patriae consuetudo fuerit observata, ex quo vim legis obtinet»²⁰⁶; il savoiaro Antoine Favre si chiedeva «quid enim aliud est consuetudo quam lex non scripta?»²⁰⁷; e della stessa opinione erano i piemontesi Antonino Tesauo, per il quale «consuetudo ipsa altera lex»²⁰⁸, e Giovanni Antonio Della Chiesa, secondo cui «consuetudo est ius non scriptum moribus et usibus populi, vel maioris partis ipsius recte initiarum continuatum et introductum, habens vim legis»²⁰⁹; nonché il fiorentino Giovanni Battista Asini, che dichiarava «[consuetudo]... antiquissima... non solum habet vim privilegii, sed etiam legis»²¹⁰, e il mantovano Giovanni Pietro Sordi, che ripeteva «consuetudo vim habet legis»²¹¹.

Ma, pur avendo la stessa forza vincolante della legge, la consuetudine aveva natura di *ius strictum* – cioè valeva esclusivamente per i casi per i quali si era affermata e per le comunità o persone dalle quali era seguita – e non poteva avere il respiro generale di quella. «Consuetudo dicitur stricti iuris, et ob id locum non habet tantummodo in casu, in quo inolevit, non autem extenditur de casu ad casum, nec de persona ad personam» affermava il milanese Iacopo Me-

²⁰⁴ G.M. NOVARIO, *Tractatus, sive Praxis Aurea Dationis in Solutum Necessaria in Duas Partes Distributa*, Venetiis, 1622, *pars secunda, quaestio XV*, 57 b, n. 5.

²⁰⁵ R. MARANTA, *Speculum Aureum et Lumen Advocatorum Praxis Civilis*, Lugduni, 1573, 54 a, n. 126. Sul giurista (1476-1534/35) si vedano le biografie redatte da M.N. MILETTI per il *Dizionario biografico degli Italiani*, LXIX, Roma, 2007, 436-439 e per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1269-1271.

²⁰⁶ I. MENOCHIO, *Consiliorum... Liber Quintus*, Venetiis, 1609, cons. 442, 119 va, n. 76.

²⁰⁷ A. FAVRE, *Coniecturarum Iuris Civilis Liber Viginti*, Coloniae Allobrogum, 1630, 472 b, n. 12.

²⁰⁸ TESAURIO, *Novae Decisiones*, cit., *decisio CCXXVI*, 189 va, n. 13.

²⁰⁹ DELLA CHIESA, *Observationes Forenses*, cit., *observatio I*, 4 a, n. 7.

²¹⁰ ASINI, *Practica Aurea*, cit., par. II, cap. 17, 34 ra, n. 19.

²¹¹ SORDI, *Decisiones... Liber Secundus*, cit., *decisio XXXIV*, 31 a, n. 10.

nochio²¹²; l'altro milanese Francesco Borsati concordava: «de casu ad alium consuetudo non debet extendi»²¹³. Ottaviano Zuccaro, commentando le desisioni della Rota lucchese, ripeteva «consuetudo non extenditur de uno casu ad alium»²¹⁴; e il presidente del Senato mantovano Giovanni Pietro Sordi, dopo aver più volte affermato che «consuetudo est stricti iuris»²¹⁵, precisava «consuetudo tantum de potentia quantum ad actum non extenditur de acto ad actum... licet extenditur ad casus simul vel habentes eandem rationem»²¹⁶, ammettendo un'estensione della consuetudine ai soli casi che presentavano la medesima *ratio* di quelli da lei espressamente disciplinati.

Al pari della legge, anche la consuetudine doveva essere razionale: «consuetudo debet esse rationabilis» dichiarava ancora Matteo D'Afflittio²¹⁷, ammettendo, comunque, la validità di una consuetudine irrazionale, purché non implicante peccato («irrationabilis consuetudo loci valet, dum tamen illa irrationabilitas non contineat in se peccatum, alias secus»²¹⁸). Né la consuetudine poteva essere contraria allo *ius divinum*²¹⁹ o allo *ius naturale*²²⁰. Per quanto riguarda, poi, il suo rapporto con lo *ius commune* la dottrina innanzi tutto sottolineava la sostanziale identità tra consuetudine e statuto: lo dichiarava più volte, ad esempio, Francesco Vivio²²¹, di modo che la soluzione del rapporto *statutum-ius commune* finiva per essere estesa alla con-

²¹² MENOCHIO, *Consiliorum... Liber Quartus*, cit., cons. 383, 240 rb, n. 13.

²¹³ BORSATI, *Consiliorum... Liber Primus*, cit., cons. 57, 179 vb, n. 21.

²¹⁴ O. ZUCCARI, *Decisiones*, cit., *decisio* LI, 91 b, n. 138.

²¹⁵ Ad esempio, SORDI, *Consiliorum... Liber Secundus*, cit., cons. 262, 275 ra, n. 11; ID., *Consiliorum... Liber Tertius*, Venetiis, 1614, cons. 382, 398 va, n. 44.

²¹⁶ ID., *Tractatus de Alimentis*, cit., 113 vb, nn. 86-88.

²¹⁷ D'AFFLITTO, *Super Tertium Feudorum Librum Commentaria*, cit., 403 a, n. 9.

²¹⁸ *Ibid.*, 136 b, n. 7.

²¹⁹ Ad esempio MARANTA, *Speculum Aureum*, cit., 331 b, n. 89: «consuetudo... non potest tollere ius divinum»; MASTRILLI, *De Magistratibus*, cit., 201 a, n. 12: «talís consuetudo minime de iure sustineri potest, cum sit irrationabilis, et contra ius divinum».

²²⁰ P. FOLLERIO, *Commentaria Primae Partis... Super Constitutionibus Capitulis, Pragmaticis et Ritibus Regni*, Venetiis, 1568, 92 rb, n. 25: «contra ius naturale... non valet consuetudo»; SOLA, *Commentaria*, cit., 17 b, n. 9: «laudabiles consuetudines esse quae iuri divino... non adversantur»; n. 11: «consuetudo irrationabilis est quae aequitati naturali repugnat». Per SORDI, *Tractatus de Alimentis*, cit., 66 rb, n. 9 «consuetudo... aequiparatur iuri naturali».

²²¹ VIVIO, *Sylvae Communium Opinionum*, cit., *liber* I, *opinio* CLII, 136 b, n. 1; *opinio* CCCII, 279 a, n. 36, *liber* III, *opinio* DCCLXXXI, 270 a, n. 1 sono alcuni dei passi in cui il giurista parla di «consuetudo seu statutum».

suetudine. Nel regno di Napoli Matteo D’Afflitto in un passo si era espresso con decisione contro la validità di una consuetudine contrastante con lo *ius commune* dichiarando «consuetudo contra ius commune non valet»²²². Ma in un altro passo aveva attenuato questa affermazione e aveva adottato una linea meno decisa, riconoscendo la validità di una consuetudine locale, intendendola come eccezione alla disciplina generale e pertanto non estensibile a casi diversi da quelli da lei direttamente disciplinati: dichiarava, infatti, «si consuetudo sit contra regulas iuris communis indistincte, non potest trahi ad simile»²²³ e «consuetudo contra ius non extenditur ad casum similem»²²⁴. Questa seconda posizione fu condivisa da altri giuristi meridionali, come Scipione Rovito – il quale sosteneva «dum consuetudo corrigit jus commune in uno casu expresse, corrigit jus commune in eo, quod dependet a casu correcto per necessariam consequentiam» e «in materia consuetudinum, quae sunt correctoriae iuris communi... non debent extendi ultra casum suum», per concludere «immo illarum [consuetudinum] dispositio debent, quantum fieri potest, reduci ad jus commune»²²⁵ – e Roberto Maranta, secondo il quale «nulla potest esse fortior, et melior consuetudo, quam illa quae est conformis iuri communi»²²⁶. Opinione accolta anche dal piemontese Galeotto Gallia che dichiarava «consuetudo iuri contraria non extenditur de uno territorio ad aliud»²²⁷. Era, questa, in sostanza, la soluzione che la dottrina di diritto comune aveva accolto in merito al rapporto tra statuto municipale e *ius commune*. Soluzione che aveva trovato una chiara espressione tra i civilisti da parte di Stefano Federici, il quale aveva teorizzato la prevalenza dello statuto *contra ius* come mera eccezione, non estensibile a casi diversi da quello espressamente disciplinato, né al di fuori della comunità in cui lo statuto vigeva²²⁸.

²²² D’AFFLITTO, *Super Terium Feudorum Librum Commentaria*, cit., 102 b, n. 4.

²²³ *Ibid.*, 239 a, n. 20.

²²⁴ *Id.*, *In Utriusque Siciliae, Neapolisque Sanctiones*, cit., ad const. *De feriis et solaris* (I. 73), 194 rb, n. 62.

²²⁵ ROVITO, *Luculenta Commentaria*, cit., 733 a, n. 31, 734 a, nn. 41 e 44.

²²⁶ MARANTA, *Speculum Aureum*, cit., 55 a, n. 130.

²²⁷ L. GALLIA, *Praefationes in Consuetudinem Alexandrinam...*, in *Tractatus Universi Iuris*, II, Venetiis, 1584, 294 r a, n. 99.

²²⁸ S. FEDERICI, *De Interpretatione Legum Opus Egregium*, Genuae, 1648, 216 v, a-b, nn. 33-34. Sul tema rinvio a quanto detto in *Alle origini del diritto europeo. Ius com-*

In merito, poi, al rapporto tra consuetudine e legge del principe, i giuristi in esame innanzi tutto condividevano l'idea, tradizionalmente formulata dalla dottrina, secondo la quale la prima era un'ottima interprete della seconda²²⁹. Un'interpretazione della legge che, a detta di Capece Galeota, poteva avere anche contenuti innovativi: il giurista napoletano affermava, infatti, «quanta in iure sit vis et potentia consuetudinis interpretativae omnes norunt ut quae non solum dubium investiturae tenorem declarandi vim habet, sed immo etiam contra expressa verba illam alterare commutareque possit»²³⁰. Affrontarono, poi, il tema del contrasto tra legge e consuetudine. La loro riflessione al riguardo appare degna di interesse, dato che sul

mune, droit commun, common law *nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, 2005, 58 s. Per Stefano Federici (inizi sec. XV - 1496 c.) si vedano V. PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, Milano, 1956, 12 s., 93-100 e la biografia redatta da M. SEMERARO per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 832 s.

²²⁹ Qualche esempio. Nel regno di Napoli D'AFFLITTO, *Decisiones Sacri Consilii Neapolitani*, cit., *decisio* CLXXIII, 135 va, n. 3: «consuetudo in casu dubio est optima legum interpretis»; BALZARANO, *Interpretationes Luculentissimae*, cit., 196 rb, n. 23: «consuetudo est optima legum interpretis»; NOVARIO, *De Vassallorum Gravaminibus*, cit., 32 b, n. 9: «unde consuetudinem esse optimam legum interpretem communis Doctorum schola clamat»; CAPECE GALEOTA, *Controversarum... Tomus Primus*, cit., *controversia* XXXI, 282 a, n. 60: «quod consuetudo non solum sit interpretativa legum sed privilegiorum»; MERLINO PIGNATELLI, *Controversiarum... Centuria Prima*, cit., 83 a, n. 25: «consuetudo est optima legis interpretis»; SANFELICE, *Decisionum*, cit., *decisio* CXXXV, 231 b, n. 33: «[consuetudo] optima est legum interpretis». Nel regno di Sicilia CUMIA, *In Ritus Magnae Regiae Curiae*, cit., 88 a, n. 6: «consuetudo... optima est legum interpretis»; GIURBA, *Consilia*, cit., cons. 19, 85 b, n. 12: «consuetudo optima est legum interpretis». Nel ducato milanese BARBÒ, *Tractatus*, cit., *quaestio* 41, 416 a, n. 29: «consuetudo est optima legum interpretis»; BIUMI, *Consiliorum... Liber Unus*, cit., cons. 34, 99 vb, n. 37: «ut... magna sit consuetudinis vis, quae legum interpretis optima appellatur»; ID, *Consiliorum... Liber Tertius*, cit., cons. 240, 107 vb, n. 38: «cum consuetudo sit optima legum et rerum interpretis». A Ferrara BERTAZZOLI, *Consiliorum... Liber Primus*, cit., cons. 71, 235 rb, n. 30: «consuetudo interpretatur leges, et statuta et omnem aliam dispositionem». Nel ducato sabaudo FAVRE, *Rationalia in Secundam partem Pandectarum*, cit., 2001 b: «consuetudo... omnium optima est legum interpretis». Nelle terre pontificie FENZONI, *Annotationes*, cit., 58 b, n. 15: «optima est legum interpretis consuetudo» e *Constitutionum Aegidiarum seu Marchiae Anconitanae a Verginio de Boccatis a Cingulo... edita*, Venetiis, 1576, gl.VI, 119, n. 94: «nam consuetudo est optima legum interpretis» (su Virginio Boccacci [m. 1596] si veda la biografia di E. FABBRICATORE nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 271).

²³⁰ CAPECE GALEOTA, *Controversarum Iuris Illustriorum Usuque Frequentiorum... Tomus Secundus*, Neapoli, 1636, *controversia* II, 27 a, n. 7.

tema si scontravano due momenti fondanti del loro pensiero: da un canto l'esaltazione della legge del principe e della sua capacità di parlare per sempre, dall'altro il rilievo che essi riconoscevano alla recezione della legge da parte della prassi consuetudinaria seguita dalla comunità cui questa era stata diretta, un rilievo che li portava a condizionare proprio a tale recezione la stessa entrata in vigore della legge. Il problema venne esaminato sotto diversi aspetti.

In primo luogo i giuristi di diritto patrio si occuparono della capacità della legge del principe di eliminare consuetudini. Nel regno napoletano la maggior dottrina non aveva dubbi nel riconoscere tale autorità alla legge, ammettendo la validità della consuetudine esclusivamente in materie non regolate dalla legge. Già la glossa al *Liber Augustalis*, ribadendo quanto era stato proclamato – come si è visto prima – dagli stessi sovrani legislatori meridionali, aveva messo in evidenza la prevalenza delle leggi regie sulle consuetudini, precisando che tale regola riguardava non soltanto gli usi passati, ma anche quelli che si fossero affermati in seguito. La gl. *et consuetudinibus* a const. I. 1 affermava, infatti, «nota quod hae consuetudines valent in regno, quae his constitutionibus non repugnant... Et dicunt quidam intelligendum de consuetudinibus, scilicet quae praecedunt leges, seu constitutiones istas... Si vero consuetudo sequitur legem tunc corrigit legem... Sed quicquid dicatur, hoc intellige de consuetudinibus tam praecedentibus, quam sequentibus istas constitutiones». La glossa, dunque, respingeva il criterio cronologico che avrebbe potuto far prevalere sulla legge una consuetudine successiva alla stessa e affermava la prevalenza della legge regia su tutte le consuetudini, sia quelle passate, sia quelle future. Andrea d'Isernia condivideva la stessa opinione, dichiarando a proposito delle costituzioni federiciane «constitutiones istae vincunt consuetudines inductas et inducendas»²³¹; e in un'altra opera aggiungeva «consuetudo ergo vincet legem si sit secundum legem, vel praeter legem: et hoc non est dubium... Si sit contra legem non valet... quia minor non tollit legem superioris principis»²³². Idee, queste, ribadite da Matteo D'Afflitto, che diceva «non vigere consuetudinem contra principis

²³¹ *Repertorium Constitutionum et Capitulorum Regni et Glossarum Domini Andree de Ysernia in Constitutiones Regni Siciliae*, Neapoli, 1552, 16 a.

²³² ANDREA D'ISERNIA, *In Usus Feudorum Commentaria*, Lugduni, 1579, *liber secundus*, rubr. I *de feudi cognitione*, 76 vb-77 ra, n. 2.

constitutionem... quod non possunt Cives revocare constitutionem Principis sub quo subsunt, quae est universalis»²³³, e poi confermava «non credo quod consuetudo inferioris a principe possit derogare legi regiae»²³⁴. Giovanni Paolo Balzarano concordava con questa opinione: dichiarava «constitutio Principis derogat consuetudini et statuto locorum»²³⁵ e aggiungeva «consuetudo non tollit legem», precisando «ubi lex deest precellit consuetudo in municipio, in quo consuetudo est recepta»²³⁶, per cui alla consuetudine poteva essere riconosciuta piena forza vincolante soltanto in materie non toccate dalla legge. Pedro Belluga confermava «lex potest consuetudinem reprobare»²³⁷ e Camillo Borrelli commentava tale affermazione scrivendo «ita in hoc Regno Neapolitano iura constitutionum Regni tollunt quaslibet consuetudines in regno contra eas facientes»²³⁸. Peraltro la capacità della legge di prevalere sulla consuetudine era riconosciuta anche al di fuori del regno napoletano: il savoiaro Antoine Favre, ad esempio, attribuiva alla legge chiara superiorità sulla consuetudine dicendo «minor est potestas consuetudinis quam legis, si lex velit consuetudinem tollere»²³⁹. Nel ducato milanese, inoltre, la prevalenza delle leggi sulle consuetudini venne definita dal cap. 176 del libro II degli statuti della città di Milano, secondo il quale «consuetudines non allegentur contra iura scripta, nec ad eas probandas, recipiatur probatio, nisi quatenus hoc reperiatur in scriptis»²⁴⁰; e Cesare Rugginelli commentava la norma affermando «quamvis etiam dari posset consuetudo contraria legi, tamen apud nos locum non habet, resistente statuto nostro in capitulo 176 voluminis 2 quo cautum est ne consuetudines allegentur contra iura scripta»²⁴¹. A Bologna, infine, Ludovico Gozzadini negava che la consuetudine potesse

²³³ D'AFFLITTO, *Tractatus de Jure Protomiseos sive de Jure Congruo Tomus Primus*, Neapoli, 1777, 138 a, n. 9.

²³⁴ ID., *Secunda Commentarii Pars in Secundum et Tertium earundem Constitutionum Librum*, Venetiis, 1588, 25 rb, n. 24.

²³⁵ BALZARANO, *Commentaria*, cit., 44 b, n. 14.

²³⁶ ID., *Interpretationes Luculentissimae*, cit., 128 rb, n. 15.

²³⁷ BELLUGA, *Speculum Principum*, cit., 38 vb, n. 7.

²³⁸ *Additio Camilli Borelli*, *ibid.*, 40 rb, d.

²³⁹ A. FAVRE, *Codex Fabrianus Definitionum Forensium et Rerum in Sacro sabaudiae Senatu Tractatarum*, Lugduni, 1615, 1114 a.

²⁴⁰ *Statuta Mediolani cum apostillis Catelliani Cottae*, Mediolani, 1552, 56 r.

²⁴¹ G.C. RUGGINELLI, *De Arboribus Controversis Resolutionum Liber Singularis*, Mediolani, 1624, 74, n. 35.

prevalere sugli statuti cittadini, affermando «reprobatur consuetudo contra ista Statuta, quod intelligitur non solum de praeteritis sed etiam de futuris»²⁴².

La prevalenza della legge sulla consuetudine non era, comunque, valida sempre: in alcuni casi, o a certe condizioni, i giuristi in esame ammettevano il contrario, cioè che la consuetudine eliminasse la legge. Si riteneva, ad esempio, che in una specifica località nella quale si fosse affermata una consuetudine contraria alla legge, la prima prevaleva sulla seconda come mera eccezione alla regola generale. Tale idea venne sostenuta, ad esempio, nel regno napoletano da Giovanni Maria Novario, il quale, richiamandosi al criterio teorizzato dalla dottrina civilistica in merito alla relazione consuetudine-*ius commune*, ammetteva la prevalenza della consuetudine nella sola località in cui era seguita (al riguardo si contrapponeva perciò a Balzarano): sosteneva, infatti, «consuetudo in loco legem vincit»²⁴³ e «consuetudo loci est attendenda, et observanda in omnibus actibus... ubi consuetudo vincit legem»²⁴⁴. Altri giuristi, poi, sostennero che a precise condizioni la consuetudine poteva prevalere sulla legge. Così, sempre nel regno napoletano, Fabio Capece Galeota affermava che una consuetudine uniforme «fere ducentum annorum... potest abrogare leges et consuetudines, fortius privilegia, si sciente Principe, qui potest legem condere, et tolerante sit inducta»²⁴⁵: perché potesse eliminare una legge, una consuetudine, a suo parere, doveva essere stata seguita in maniera uniforme per un periodo di duecento anni e doveva essere stata conosciuta e tollerata dal principe. Pietro Follerio condivideva l'idea per cui la consuetudine poteva eliminare la legge purché il principe lo consentisse -«lex non potest perimi, nisi per contrariam legem, seu per consuetudinem contrariam sciente, et permittente principe» dichiarava²⁴⁶ – ed aggiungeva l'ulteriore con-

²⁴² L. GOZZADINI, *Annotationes ad Statuta Bononiae*, Bononiae, 1733, *annotatio* LI, 40 a, n. 18. Su Gozzadini (1479-1533) di vedano EDIGATI, *Le annotazioni*, cit., 681 s. e le biografie redatte da C. MAGONI per il *Dizionario biografico degli Italiani*, LVIII, Roma, 2002, 214 s e da E. CORTESE - B. PIERI per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 1043 s.

²⁴³ NOVARIO, *Tractatus, sive Praxis Aurea*, cit., *pars secunda, quaestio* XV, 57 b, n. 6.

²⁴⁴ ID., *Collectanea et Utilia tum Priscarum, tum Neotecarum Impressarum, et Manuscriptarum Totius Universi Orbis Decisionum Reportata*, Neapoli, 1639, 47 b, n. 24.

²⁴⁵ CAPECE GALEOTA, *Controversarum... Tomus Primus*, cit., *controversia* LII, 452 b, n. 43.

²⁴⁶ FOLLERIO, *Commentaria Primae Partis super Constitutionibus*, cit., 172 v b, n. 2.

dizione che la *ratio* della legge fosse ormai superata: affermava infatti «consuetudo legem vincit, cum propter aliquam hominum mutationem propter consuetudinem manifestatur quod lex ulterius non est utilis, si autem adhuc manet eadem ratio, propter quam lex prima utilis erat non consuetudo legem, sed lex consuetudinem vincit»²⁴⁷. Al di fuori del regno napoletano l'accettazione, implicita od esplicita, della consuetudine da parte del principe era richiesta anche dal siciliano Garsia Mastrilli, per il quale «[consuetudo] cum sit contra ius commune debebat induci a populo habente potestatem legis condendae, alias opus est quod a Principe confirmatur»²⁴⁸.

Non mancarono, peraltro, opinioni che sostenevano la capacità della consuetudine di prevalere, se non di eliminare, la legge senza condizioni. Nello stesso regno di Napoli, dove abbiamo visto particolarmente diffusa la tesi favorevole al primato della legge, alcuni giuristi erano favorevoli alla consuetudine. Lo era, ad esempio, Pedro Belluga, il quale dichiarava «consuetudo vincit legem»²⁴⁹, senza sottoporre tale forza della consuetudine ad alcuna condizione. E nel regno siciliano Mario Giurba condivideva detta affermazione scrivendo, a proposito delle norme sulla successione feudale, «leges ipsae consuetudine abrogantur»²⁵⁰. Altri giuristi italiani, poi, erano della medesima idea. Il ferrarese Bartolomeo Bertazzoli sosteneva che «consuetudo decem annorum tollit statutum vel ius civile»²⁵¹, riconoscendo, così, forza abrogatrice a tutte le consuetudini affermatesi in via ordinaria, in virtù, cioè, di un uso decennale. Sempre a Ferrara la medesima tesi fu sostenuta da Ercole Piganti, il quale, dopo aver affermato che «sane sanctiora videntur quae moribus asseruntur, quam quae legibus imperantur... quod consuetudo vincit legem ac statutum et maioris est auctoritas», escludeva tale prevalenza nei confronti delle *constitutiones* pontificie «nisi data scientia Papae»²⁵². A Roma Giovanni Battista Fenzoni ripeteva «consuetudo

²⁴⁷ *Ibid.* 173 r a, n. 7.

²⁴⁸ MASTRILLI, *Decisionum... Liber Secundus*, cit., *decisio* CXXI, 72 a, n. 28.

²⁴⁹ BELLUGA, *Speculum Principum*, cit., 119 ab, n. 4.

²⁵⁰ GIURBA, *De Successione Feudorum*, cit., 6 b, n. 15.

²⁵¹ BERTAZZOLI, *Consiliorum... Liber Primus*, cit., cons. 71, 235 rb, n. 28.

²⁵² E. PIGANTI, *Statutorum Ferrariae Relectionum Liber Primus*, Ferrariae, 1650, 8^a, n. 10, 8 b, n. 15. Sul giurista (1605 c.-1650) si vedano EDIGATI, *Le annotazioni*, cit., 692-694 e la biografia redatta da F. D'URSO per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1585.

legem abrogat»²⁵³. Rolando Cavagnoli, dal canto suo, ricordava decisioni del Senato di Milano e di quello del Monferrato per le quali «consuetudo contraria tollit statutum»²⁵⁴ e Giovanni Pietro Sordi confermava «consuetudo tollit legem contrariam»²⁵⁵.

Diverso dal problema del rapporto tra legge e consuetudine contraria era, poi, quello della caduta in desuetudine di una legge. Nel regno napoletano alcuni giuristi sostenevano che la desuetudine metteva senz'altro fine alla legge. Lo dichiaravano, ad esempio, Tommaso Grammatico -a detta del quale «licet per non usu non tollatur lex, tamen secus est per desuetudinem, quae divertit a vero usu legis, et sic per contrarium usum tacitum vel expressum»²⁵⁶ –, Giovanni Francesco De Ponte -secondo cui «datur per non usum, et desuetudinem abrogatio legis»²⁵⁷ – e Giovanni Maria Novario che, dopo aver parlato – come abbiamo visto – della prevalenza *in loco* della consuetudine sulla legge, aggiungeva «lex per non usum abrogata»²⁵⁸. Anche nel ducato sabaudo era accettata la forza abrogatrice della desuetudine: lo dichiarava, ad esempio, Antoine Favre dicendo «leges non solum suffragio populi, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur»²⁵⁹. Altri giuristi, poi, concordavano sulla potestà abrogativa della desuetudine, ma la sottoponevano a condizioni. Pietro Follerio, ad esempio, la condizionava al mancato intervento del principe: «lex nunquam ligat si unquam fuit servata, sciente, et non contradicente superiore» dichiarava²⁶⁰. Dal canto suo Francesco Vivio sosteneva che la desuetudine di una costituzione doveva essere dimostrata da chi della medesima intendeva avvalersi: «crediturque lex semper vigere et robur habere, nisi per desuetudinem, ac contrario usu abrogata probetur ab eo qui constitutionem praetendit moribus populi non fuisse observatam»²⁶¹.

²⁵³ FENZONI, *Annotationes*, cit., 517 a, n. 50.

²⁵⁴ R. CAVAGNOLI, *Decisionum Consultivarum... Liber Primus*, Mediolani, 1614, 94, n. 18. Su Rolando Cavagnoli (1565-1639) si veda la biografia redatta da E. DEZZA per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 494.

²⁵⁵ SORDI, *Decisiones... Liber Secundus, decisio CCCXXXIV*, 31 b, n. 13.

²⁵⁶ GRAMMATICO, *Consilia*, cit., cons. 12, 292 b, n. 14

²⁵⁷ G.F. DE PONTE, *Consiliorum sive Responsorum*, Venetiis, 1595, cons. 21, 70 vb, n. 50.

²⁵⁸ NOVARIO, *Collectanea et Utilia*, cit., 238 a, n. 5.

²⁵⁹ FAVRE, *Iurisprudentiae*, cit., *illatio* V, 64.

²⁶⁰ P. FOLLERIO, *Commentaria Primae Partis*, cit., 153 vb, n. 11.

²⁶¹ VIVIO, *Sylvae Communium Opinionum*, cit., *liber* II, *opinio* DXVI, 61, n. 28.

Si è visto or ora che Tommaso Grammatico distingueva tra non uso, desuetudine e uso contrario. Una distinzione che era formulata a Milano da Iacopo Menochio, il quale, in particolare, citava il pensiero di Sebastiano Medici in merito alla differenza tra desuetudine e consuetudine contraria alla legge²⁶²: «desuetudo est (inquit Medices) quando evenit casus legis, sed non fuit perita observatio... consuetudo contraria est quando evenit casus, et fuit lex illa adducta et observata animo inducendi contrarium»: nel primo caso «tollitur lex», nel secondo «multo magis tollitur lex»²⁶³. La distinzione fu approfondita da Matteo D’Afflitto. Il giurista si riallacciava al ragionamento formulato a suo tempo da Iacopo da Belviso, il quale aveva definito varie ipotesi di non uso di una legge²⁶⁴, dicendo che quest’ultimo «distinguit per quinque capita et primo aut lex non est servata nec in contrarium observata, secundo aut non est servata, sed semper in contrarium observata, tertio aut lex aliquando est servata, sed malus usus eam transtulit in aliam figuram, quarto aut lex aliquando est servata, sed postea deficit frequentari, et cepit tacite in desuetudinem abire, quinto aut lex est aliquando servata, sed bonus usus eam transtulit in aliam figuram. Primo casu lex nullo tempore tollitur... Secundo casu sine dubio tollitur lex per consuetudinem... Tertio casu ... tollitur per desuetudinem... Quarto casu, et tunc

²⁶² S. MEDICI, *Tractatus de legibus et statutis*, in ID., *Tractatus*, I, Venetiis, 1596, 214 r b. Dopo aver distinto tra «non usus, desuetudo, et contraria legis consuetudo», il giurista aveva affermato «non usus est quando casus legis nunquam evenit, quo in casu, etiam si steterit per mille annos, non tollitur lex. Desuetudo est quando casus evenit legis, sed non fuit petita actio et... per desuetudinem lex tollatur... Consuetudo vero contraria est, quando evenit casus, et fuit lex illa adducta, et non observata animo inducendi contrarium: et tunc multo magis lex tollitur». Ma poi aveva precisato: «Lex non tollitur per contrarium etiam usum, nisi contrarius usus communiter fuerit servatum». Sebastiani Medici f. 166 v a, n. 11. Su Sebastiano Medici (1545-1595) si vedano le biografie rispettivamente redatte da A. CLERICI per il *Dizionario biografico degli Italiani*, LXXIII, Roma, 2009, 168-172 e da D. EDIGATI per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, 1317-1319.

²⁶³ I. MENOCHIO, *Consiliorum... Liber Octavus*, Francofurti, 1595, cons. 719, 61 a, n. 32; si vedano anche i nn. 30 e 31.

²⁶⁴ IACOPO DA BELVISO, *Aurea Lectura... Summam Autenticorum Consuetudinesque et Usus Feudorum Elucidans*, Lugduni, 1511, *collatio I, de haeredibus et falcidia* (Nov. 1), 2 vb. Su Iacopo da Belviso (1270 c.-1335) si vedano le biografie redatte rispettivamente da S. CAPRIOLI per il *Dizionario biografico degli Italiani*, VIII, Roma, 1966, 89-96 e da G.G. MELLUSI per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 1102 s.

etiam per desuetudinem tollitur... Quinto casu non tollitur per desuetudinem, sed per contrariam consuetudinem»²⁶⁵.

Stando a questo ragionamento il mancato uso di una legge assumeva, dunque, varie forme, alcune delle quali configuravano la desuetudine, altre no. Non si poteva parlare di desuetudine quando la mancata applicazione di una legge era dipesa dal fatto che nessuno dei casi da lei disciplinati si era verificato: in questa ipotesi – la prima ipotizzata da Matteo d’Afflitto – la legge rimaneva in vita. E questa idea, sempre nel regno napoletano, fu ribadita da Matteo Apicella, a detta del quale «lex non tollitur per non usum quando casus non accidit, et contra eam fuit servatum contrarium tunc procedit lex»²⁶⁶. In alcuni casi, poi, l’effetto abrogativo di una legge doveva essere attribuito non già alla sua desuetudine, bensì all’affermazione di una consuetudine contraria. Era, questo, il quinto dei casi teorizzati da Matteo d’Afflitto. Alla nascita di una consuetudine contraria, non già al non uso, si doveva attribuire l’abolizione di una legge anche per il siciliano Ottavio Corsetti che sosteneva «et quando dicitur per non usum tolli legem... declarat procedere ubi non usus habet implicitum contrarium usum»²⁶⁷. E la tesi era anche condivisa sia dal lucchese Ottaviano Zuccaro – il quale dichiarava «quod lex non tolleretur per non usum... sed solum per usum contrarium»²⁶⁸ –, sia dal mantovano Giovanni Pietro Sordi, che scriveva «si lex, vel statutum simpliciter non tollatur per non usum, tamen si talis non usus habeat actum contrarium implicitum derogabit statuto»²⁶⁹.

²⁶⁵ D’AFFLITTO, *Tractatus de Jure Protomiseos*, cit., 68 r, nn. 2-3.

²⁶⁶ M. APICELLA, *Iurium Allegationes*, Neapoli, 1621, *allegatio* I, 4 a, n. 12 (qualche notizia su Matteo Apicella, nato a Minori e vissuto tra sec. XVI e XVII, in L. GIUSTINIANI, *Memorie istoriche degli scrittori legali del Regno di Napoli*, I, Napoli, 1787, 75). La tesi di Apicella è citata e condivisa da un altro giurista napoletano, Giuseppe Mele: G. MELE, *Additiones seu Annotationes Analyticae ad Perspicuas Decisiones Regii Consilii Nicolai Antonii Gizzarelli*, Neapoli, 1632, *ad decionem* LXX, 197 b, n. 31: «an autem lex tollitur per non usum vide novissima Apicella, *allegatio* 1, n. 12» (di Giuseppe Mele sappiamo che era originario di Dipignano, presso Cosenza).

²⁶⁷ O. CORSETTI, *Consilia Feudalia et Quaestiones Forenses super Ritus M.R.C. Regni Siciliae*, Panormi, 1646, cons. 12, 96 b, n. 18. Su Ottavio Corsetti (1538-1587) G. FALLICO, in *Dizionario biografico degli Italiani*, XXIX, Roma, 1981, 542-544 e M.A. COCCHIARA, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, 582.

²⁶⁸ ZUCCARI, *Decisiones*, cit., *decisio* LI, 92 b, n. 151.

²⁶⁹ SORDI, *Consiliorum... Liber Primus*, cit., cons. 58, 270 b, n. 11.

Nel regno di Napoli questa tesi risulta, infine, ulteriormente enfatizzata da Scipione Rovito, il quale sosteneva che l'abrogazione di una legge non poteva essere prodotta dal suo non uso (o dalla sua desuetudine), ma derivava la formazione di una consuetudine contraria. Scriveva infatti: «et dum dixi per non usum, seu per contrarium usum, id dixi ad denotandum, quod ad abrogandum legem receptam non sufficit non usus populorum sed requiritur contrarius usus» affermava²⁷⁰. Rovito, peraltro, aggiungeva che sia egli stesso, sia il compilatore delle leggi del Regno avevano inserito nella raccolta «nonnullas Pragmaticas abrogatas, nedum per non usum, seu per contrarium usum, sed etiam per posteriores pragmaticas, cum id necessario, et consulto factum fuerit, ut nihil antiquitatis poenitus ignoretur»²⁷¹. Anche le leggi per varie cause abrogate continuavano, comunque, a far parte in qualche misura della tradizione legislativa del Regno e, di conseguenza, non dovevano essere cancellate perché consentivano una più corretta lettura della normativa vigente. La legge, ancorché in forma ridimensionata, continuava a parlare.

Abstracts

Nella prima età moderna molti giuristi italiani si dedicarono allo studio del diritto vigente negli Stati in cui vivevano. Essi si interessarono anche al tema della legge civile, studiando, in particolare, i problemi della sua creazione, della sua natura, della sua conformità alla legge divina e alla legge naturale, della sua modifica e del conseguente rapporto tra la legge vecchia e la nuova, della sua relazione con la consuetudine. La loro interpretazione presenta interessanti aspetti di originalità rispetto a quella della giurisprudenza di diritto romano canonico, soprattutto là dove sottolineava la necessità che la legge fosse recepita nella concreta prassi giuridica della comunità cui era stata diretta.

At the beginning of the modern age, many Italian scholars devoted themselves to the interpretation of their own countries' law. They took particular interest in the civil law, its creation, its nature, its compliance with divine and natural law, its change and the result-

²⁷⁰ ROVITO, *Luculenta Commentaria*, cit., 2 a, n. 13.

²⁷¹ *Ibid.*, 2 a, n. 12.

ing relation between the old and the new law, its connection with custom. Their interpretation proves to be different from roman canonistic jurisprudence in many ways, particularly in underlining the importance of the law's reception by concrete use of the community.

Codificazione penale o consolidazioni?

Senso e luoghi delle possibili riforme per il tempo presente

Massimo Donini

SOMMARIO: 1. Perché appare inattuale una ricodificazione penale. – 2. L'espansione del penale e la sua mancata percezione da parte dell'opinione pubblica. – 3. La crisi di rappresentanza della legislazione penale e la prevalenza del *ius* sulla *lex*. – 4. La riserva di codice (art. 3-*bis* c.p.) sancisce un doppio binario legislativo ed entra nel sistema nel 2018 insieme a una consolidazione. – 5. Il significato attuale delle consolidazioni. – 6. L'art. 3-*bis* c.p. quale regola *giuridica* sub-costituzionale, anziché disposizione “politico-programmatica”. – 7. L'idea di sistema (costituzionalmente orientato) come garanzia penalistica.

1. *Perché appare inattuale una ricodificazione penale*

Un progetto serio di ricodificazione penale non appartiene all'agenda della politica, né ha fatto parte degli obiettivi dei Parlamenti degli ultimi anni.

L'assenza di un disegno generale e scientifico, che da almeno vent'anni rappresenta un dato costante delle politiche criminali¹, appare un destino politico della prassi legislativa attuale, perché quel disegno stesso sarebbe “impolitico”. Nessun partito potrebbe appropriarsi di un programma di questo tipo, che dovrebbe essere collettivo.

La codificazione penale suppone una adesione solida ai valori di base, è un patto costituzionale, sui valori costituenti, e non ha senso che sia adottata da una parte, anche se maggioritaria numericamente, del Parlamento.

I differenti populismi politici post-Tangentopoli hanno posto continuamente all'attenzione singoli aspetti per lo più emotivi di politiche criminali sostanziali, riguardanti i diversi “nemici” della cosa pubblica, di volta in volta individuati: il contrario esatto di una politica criminale razionale, soprattutto in un quadro generale. Paradossalmente neppure la dottrina offre oggi un disegno politico di provenienza accademica². È più la giurisprudenza delle alte Corti a trat-

¹ M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, Cedam, 2003.

² Una sfida non da poco è l'impresa di riscrivere almeno i reati contro la persona,

teggiare con indici di ascolto maggiori alcune linee-guida, sul sistema sanzionatorio, sulla legalità dei precetti, sulla divisione dei poteri, su colpevolezza e irretroattività, ma a volte anche sugli obiettivi “di lotta” che Parlamenti e giudici sarebbero chiamati a condividere, soprattutto nel contesto europeo degli interventi punitivi.

In questo quadroincipite e contraddittorio siamo chiamati oggi a riflettere sul senso di una “ricodificazione”.

2. *L'espansione del penale e la sua mancata percezione da parte dell'opinione pubblica*

Ancora a fine Ottocento Reinhard Frank, uno dei più illustri penalisti tedeschi del tempo, descriveva come “infinita” l'area delle condotte punibili³. Da allora, nonostante le molte depenalizzazioni e per molti sistemi l'abolizione dei reati minori costituiti da trasgressioni di polizia o contravvenzioni, gli ordinamenti hanno visto una costante crescita delle incriminazioni: la percezione del rischio penale, presso gli addetti ai lavori, è altissima⁴. Molti Paesi hanno illeciti minori come categoria autonoma, e la scomparsa delle contravvenzioni, dove realizzata, non restituisce un senso di libertà acquisita. Gli studi comparati danno il senso della complessità del fenomeno e delle difficoltà di individuare soluzioni condivise⁵.

affrontata dall'AIPDP. Ma questo aggiornamento tecnico e comparato non ha un vero disegno politico *condiviso* alla base, per l'eterogeneità dei suoi costruttori.

³ R. FRANK, *Die Überspannung der staatlichen Gewalt*, in ZStW, 1898, Bd. XVIII, 733 ss., 737.

⁴ Per tutti, nonostante alcune radicalizzazioni del giudizio, T. VORMBAUM, “*Politisches Strafrecht*”, in ZStW 107 (1995), spec. 744 ss., 750 ss.; ID., *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in ZStW, 2011, tr. it. *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2015, 51 ss., ora anche in ID., *Studi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, Esi, 145 ss., spec. 165 ss., e qui anche la sintesi: *Storia moderna del diritto penale tedesco. Prima lezione*, *ivi*, 9 ss.; W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini, M. Pavarini, Bologna, BUP, 2011, 79-89; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, Il Mulino, 1990; ID., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, Il Mulino, 2019.

⁵ C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985; J.C. COFFEE, *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models - And What Can Be Done about It*, 101, *Yale Law Journal*, 1991-1992, 1875 ss., 1880 s.; M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid,

Nonostante queste grida di allarme perduranti, c'è distanza netta fra *élites* giuridiche e opinione pubblica riguardo al tema anticipato. La gente non percepisce il fenomeno. Non si sente accerchiata e minacciata dal rischio di essere incriminata in un processo penale *al pari del rischio* di tumori e malattie cardio-vascolari. In primo luogo perché il rischio penale è tenuto nascosto più della malattia. Quando le persone avvertono il rischio penale perché sono coinvolte nel processo o nella condanna, non amano rendere pubblica la notizia. Invece, quando i reati, a livello di inosservanze dei precetti (a prescindere da risultati lesivi), sono commessi, o le persone stesse non si rendono conto di averli realizzati, o sono fortunate perché non si verificano gli eventi lesivi che rendono per lo più punibili certe violazioni, o non accadono i più temuti risultati di danno rispetto agli illeciti di pericolo. Se non sono comunque scoperte e perseguite non pensano di essere “criminali”, mentre assai spesso, invece, lo sono o lo sarebbero una volta identificati i fatti e gli autori.

Eppure tutti hanno commesso un qualche reato. Ma oggi è più facile che ciò avvenga senza accorgersene. Questo fatto rende evidente che la legislazione penale è divenuta una emergenza: lo è il diritto, ormai, non la criminalità.

Il *quivis de populo*, invece, pensa ancora che il reato riguardi gli altri, i criminali, e non “la gente perbene”. Col tempo, la crescita enorme degli argomenti penalistici nella stampa e nei *media* ha sensibilizzato molte persone alla percezione del diritto penale come materia di educazione ai valori che la legge intende promuovere (come “etica pubblica”), ma anche come “governo della paura”, cioè strumento di lotta dello Stato contro forme di criminalità che richiedono politiche di “sicurezza”, o perfino di lotta politica semplicemente, quale strumento per combattere avversari di partito.

L'opinione pubblica, peraltro, non è stata ancora educata dai *media* a rendersi conto dell'aumento del rischio penale non solo per al-

Civitas, 1999¹, 2001². Anche in traduzione italiana *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, Giuffrè, 2004; M. DONINI, a cura di, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2000; ID., a cura di, *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Atti del Convegno di Modena del 14-15 dicembre 2001, Milano, Giuffrè, 2003; D. BERTACCINI, M. PAVARINI, *L'altro diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2004; D. HUSAK, *Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

cune categorie di delinquenti professionisti od occasionali, criminali organizzati, imprenditori, pubblici amministratori etc., ma proprio per tutti, ben oltre l'area dei reati involontari, colposi. La stampa è in conflitto di interessi nella rappresentazione della realtà effettiva del crimine: dovendo vendere, punta troppo sull'emotività delle masse, su temuti scandali, sulle disillusioni dei cittadini dalla politica, offrendo un'immagine deprimente della realtà. Del resto, premia più le vendite l'immagine di una crescita della criminalità, e fa più paura e attrae i lettori o gli spettatori la notizia del crimine o della scoperta di fatti gravi e oscuri, invece della narrazione delle centinaia di migliaia di processi che li coinvolgono in modo diffuso e poco eclatante.

Il progetto di ridurre il numero dei reati perché sarebbero troppi resta così un 'problema' esoterico, che non viene per lo più compreso. Troppi sembra che siano invece i criminali che non sono assicurati alla giustizia. Ma nessuno dice che abbiamo in Italia un numero bassissimo di omicidi dolosi, pari in un anno a quelli della sola New York.

Il populismo penale ha supportato la persuasione di insicurezza rispetto a molte criminalità e i *media* non sono stati capaci di svolgere un'opera di controinformazione adeguata, che per arrivare alle masse che non leggono i quotidiani un po' di *élite* dovrebbe essere divulgata nei telegiornali e in trasmissioni nazionali-popolari.

Interessano gli interventi mirati, particolari, le "politiche criminali" mediatizzabili, che creano consensi immediatamente fruibili per la politica.

L'idea di codificare nuovamente il diritto penale complessivo, in tale contesto, è quanto di più lontano dai dibattiti di interesse pubblico generale. Era già un tema per specialisti, ma oggi neppure questi lo coltivano più, come vedremo.

3. *La crisi di rappresentanza della legislazione penale e la prevalenza del ius sulla lex*

La crisi di rappresentanza della legislazione penale, peraltro, è ben più seria e grave.

La legge penale non nasce razionale, non "rappresenta" la razionalità, la ragione pubblica: deve sempre più spesso essere razionalizzata *ex post* dall'interprete. E l'interprete lo fa, non aspetta che la

legge sia riscritta dal legislatore, diventa egli stesso un ortopedico del testo. Conta dunque più il *ius* della *lex*, con pieno ribaltamento dell'ideale illuministico. Poco importa che questo *ius* sia mutuato e supportato dai *doctores*, pronunciato dall'interpretazione giudiziale *de plano*, o dal giudice delle leggi.

Sono numerosi gli esempi. La legge Gelli-Bianco e la necessità di riscrivere l'art. 590-*sexies* c.p. per rendere accettabile la regola della irresponsabilità del sanitario per omicidio e lesioni commessi per (effettiva) imperizia, là dove si siano rispettate le raccomandazioni previste da linee-guida: lo fanno le Sezioni Unite aggiungendo che è solo la colpa lieve è esente da responsabilità⁶. La riforma delle false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.) e la necessità di riscrivere la disposizione per colmare la lacuna involontaria dei falsi valutativi: anche qui ci pensano le Sezioni Unite⁷. L'ultima riforma della legittima difesa del 2019, contiene *ab origine* la palese necessità di risolvere un errore legislativo: perché non può essere “sempre” legittima la reazione difensiva armata (art. 52, co. 4, c.p.), comunque sia posta in essere, “*per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone*”.

⁶ Sez. Un. pen., 21 dicembre 2017/22 febbraio 2018, n. 8870, Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, Ric. Mariotti. Cfr. l'art. 590-*sexies* c.p. riformato dalla l. 8 marzo 2017, n. 24: «(Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario). – Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate».

⁷ L'art. 2621 c.p., come noto, è stato prima sostituito dall'art. 1, d.lgs. 11.4.2002, n. 61, poi dall'art. 30, comma 1, l. 28.12.2005, n. 262, con decorrenza 12.1.2006, e, da ultimo, dall'art. 9, l. 27.5.2015, n. 69, con decorrenza dal 14.6.2015. Mentre la riforma del 2002 prevedeva tra le condotte alternative degli amministratori e altri soggetti il fatto di coloro che “espongono fatti materiali non rispondenti al vero *ancorché oggetto di valutazioni*”, la novella del 2015 ha estromesso dal testo il richiamo alle valutazioni, prevedendo testualmente: “espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge”. Come noto le SS.UU. 31 marzo 2016, n. 22474, Pres. Canzio, rel. Fumu, hanno reintrodotta d'imperio il richiamo alle valutazioni, secondo una interpretazione creativa che ridà ragionevolezza alla disposizione. Eppure in questo modo *l'hanno riscritta*. V. sulla decisione F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali, tra legalità e ars interpretandi*, in *DPC, Riv. trim.*, n. 4/2016, 174 ss.

Si impone anche qui una *razionalità esterna* alla *lex*. È una legge che non basta a se stessa. Così come scritta è irragionevole. Non si può presumere “sempre” neppure la sola proporzione, e ancor meno l’intera legittima difesa.

La nuova presunzione, dunque, che non modifica il comma 2 sulla necessità della difesa, ma lo richiama, può intendersi riferita alla sola *proporzione dei mezzi*, di per sé insufficiente da sempre – essendo richiesta una proporzione *tra i beni* nella costruzione basica dell’art. 52 c.p. –, con l’effetto di apprezzarla (correggendo la legge) come *relativa*; si presume proporzionato l’uso delle armi fino a prova contraria: una correzione ermeneutica che depotenzia molto le derive criminogene della disposizione (“sparate pure ai ladri che sembrano rapinatori”).

Una soluzione più lineare, invece, ma più impopolare, sarebbe di dichiararla illegittima *in parte qua* eliminando il “sempre” e con tale avverbio l’intera regola.

La relativizzazione ermeneutica della regola (riducendola a presunzione semplice) la trasformerebbe in indice normativo di valutazione: una interpretazione costituzionalmente conforme (art. 3, co. 1, Cost.) – le presunzioni assolute sono vietate in diritto penale⁸ – può tentare questa strada⁹.

C’è comunque *un doppio difetto di rappresentanza*: la *lex parlamentaria* è scritta per il consenso, e non ha tenuto conto delle osservazioni dei penalisti più accorti. Occorre dunque un *ius* correttivo che il prodotto dei canali ordinari della “democrazia penale” non ha assicurato in modo congruo.

Che esso venga dall’ermeneutica o dalla Corte costituzionale importa meno per il nostro discorso.

Una situazione come questa non è comunque infrequente: la legge ordinaria ha la sola razionalità che l’interprete riuscirà a ricomporre. Il *ius* prevale sulla *lex oltre la misura fisiologica* che esprime questa prevalenza millenaria e universale del diritto sulla legislazione¹⁰.

Figuriamoci allora questi Parlamenti a riscrivere tutto il codice penale.

⁸ F. CARRARA, *Mai presunzioni juris et de jure in penale*, Osservazione XX in *Lineamenti di pratica legislativa penale* (1874), Bologna, Il Mulino, 2007, 361 ss., 365.

⁹ Nella sostanza è la lettura di Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 49883.

¹⁰ *Amplius* M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, n. 2/19, 45 ss., anche in *DPC, Riv. trim.* n. 3/2019, 62 ss.

4. *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) sancisce un doppio binario legislativo, ed entra nel sistema nel 2018 insieme a una consolidazione*

Torniamo dunque, dalla realtà delle riforme di uno o due articoli, all'idea inusitata di riscrivere un intero codice penale: chi ha di fronte la realtà parlamentare odierna capisce subito l'inimmaginabilità di questo evento. Di che cosa si discute, allora?

Il quesito è legittimo e va affrontato partendo da un dato legislativo oggi imprescindibile: l'art. 3-bis c.p. (*riserva di codice*). "Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono"¹¹.

Non può stupire che, quando nel 2018 l'allora Ministro Andrea Orlando ha "riesumato" dal funerale dei lavori della Bicamerale del 1997 l'istituto della riserva di codice, a qualcuno sia parso di vedere uno *zombie*.

I *civilisti* discutono da almeno quarant'anni non più di mera "*de-codificazione*"¹², ma della possibilità di *identificare il "sistema"* non più nel residuo codice, ma *a prescindere dal codice stesso*¹³, della pos-

¹¹ M. DONINI, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Diritto penale e processo*, n. 4/2018, 429-445; ID., *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Legisl. pen.*, 2018 (20.11.2018, approfondimenti), 1-28. V. pure C.E. PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica "idealistica" versus deontica realistica*, in *Criminalia*, anticipato in *disCrimen*, 9.3.2020, spec. 24 ss.; M. PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, n. 5/2018, 136 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 397 ss.; C. RUGA RIVA, *Riserva di codice o di legge organica: significato, questioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale*, in *DPC Riv. trim.* 1/2019, 206 ss.

¹² N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

¹³ Il sistema, nella riflessione dei giuristi, è esistito del tutto a prescindere da un codice ben prima della Pandettistica. L'esempio dei Commentatori è di per sé illuminante. V. pure A. MAZZACANE, *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, a cura di F. Liotta, I. Bologna, Monduzzi, 1999, 213 ss. L'idea che il sistema si possa identificare solo con quello del codice è un mito autoritario dell'Ottocento. Cfr. P. SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico e i suoi satelliti*, in *Il codice civile. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1994, 231 ss.

sibilità che la codificazione sia una *forma legislativa superata*¹⁴, e infine persino della attualità stessa della categoria del “sistema” quale essenza, *ratio cognoscendi*, parametro o anche solo luogo argomentativo del diritto¹⁵.

L'esplosione del *diritto giurisprudenziale*, del resto, si colloca in antitesi diretta con quella mitologia del codice che vedeva in questo il compendio della “esaustività” e “completezza” delle soluzioni giuridiche.

È evidente che per il penalista e per lo stesso legislatore, al di là del processo storico in atto, le cose non stanno così, o meglio: non sono adeguatamente risolte rassegnandosi a questi processi di decodificazione, a-sistematicità, pluralismo delle fonti, regno del diritto giurisprudenziale.

Sappiamo che il codice non può più essere visto come il dominio incontrastato della *lex* sul *ius* – un mito illuministico antistorico – ma ciò non è sufficiente per l'abbandono della forma codice¹⁶.

Nel 2018 è stata introdotta *la riserva di codice penale* per conservare il nucleo codicistico del primo Novecento e aggiungervi di contorno ulteriori innesti, estrapolati dalle tante novelle complementari, con l'intento, per il futuro, di allocare la nuova legislazione penale o nel codice o in testi unici. Mera razionalizzazione dell'esistente, ma razionalizzazione tuttavia.

L'idea forte non è: “tutto nel codice”, ma o codice o testi unici: la costituzionalizzazione di un ordine legislativo binario.

Infatti un dato emerge sovrano: gli unici prodotti che i vari “lodi” parlamentari possono realisticamente confezionare attorno a qualche comma senza sconvolgere quel poco che è rimasto del sistema penale sono *singole leggi di riforma inserite per addizione*.

La trasformazione delle novelle in codice è apparsa ai progettisti della riserva da subito una *mission impossible*. Si sarebbe dovuto riscrivere tutto. Un'impresa titanica. E infatti nell'attuare la riserva di codice il primo esempio di “ricodificazione” operato dalla Commis-

¹⁴ R. SACCO, *Codificare: un modo superato di legiferare?*, in *Riv. dir. civile*, I, 1983, 117 ss.; P. RESCIGNO, *Il 'compleanno' del codice civile*, in *Per i cinquant'anni del codice civile*, a cura di M. Sesta, Milano, Giuffrè, 1994, 19.

¹⁵ *Amplius* su questo movimento di crisi e riflessione collettiva dei civilisti U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002, 72 ss.

¹⁶ A. GAMBARO, *Codici e diritto giurisprudenziale*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002, 507 ss.

sione Marasca (che ha reintrodotto nel corpo codicistico una quindicina di materie extravaganti) è consistito (in ossequio al mandato ricevuto) nel riportare quasi sempre fedelmente alcune regole sparse all'interno del corpo con un atto di trascrizione pedissequa, senza riscriverle.

Un'opera di consolidazione, dunque, non di ricodificazione¹⁷.

5. *Il significato attuale delle consolidazioni*

Nella storia del diritto, come noto, esistono *le consolidazioni e le codificazioni*¹⁸.

Le consolidazioni sono compilazioni di leggi o di consuetudini¹⁹. Registrano l'esistente e lo riassettano in raccolte più ordinate, per iniziativa privata o pubblica; nell'età romana ci furono compilazioni di *leges* e anche di *iura* (commenti dottrinali). Ma quando dai codici-compilazioni come il codice Gregoriano (291 d.C.) o quello Teodosiano (438 d.C.) si passa a una vera "codificazione"?

Lo è il *Corpus iuris* di Giustiniano perché contiene sia *iura* (Digesto) e sia *leges* (Codice e Novelle) e sia una manualistica (le Istituzioni)? Anch'esso costituisce un'opera straordinaria di compilazione "consolidatrice", eppure contiene *iura* e non solo *leges*: i moderni codici, invece, sono solo legislazione, cioè comando, non *iura*²⁰. Che cosa dovrebbe dunque differenziare i codici dell'età delle "codificazioni" (dal XVIII secolo in avanti) dalle precedenti "mere" consolidazioni di leggi e compendi di dottrine? E che pure si autodefinivano *codex*?²¹

¹⁷ Su questi lavori rinvio a M. DONINI, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno*, cit.

¹⁸ M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino, Giappichelli, 1967, 1 ss., 41 ss., 46 ss.; Id., voce *Consolidazioni*, in *Enc. it.*, 1931 (versione on-line).

¹⁹ Per una amplissima rassegna delle consolidazioni cfr. ancora M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni*, cit.

²⁰ Cfr. R. ZIMMERMANN, *Codification: the Civilian Experience reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, in WEN-YEU WANG (Ed.), *Codification in international Perspective. Selected papers from the 2nd IACL Thematic Conference*, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, Springer, 2014, 15.

²¹ Sul semplice ma anche grandioso significato del termine *codex* applicato paradigmaticamente al *corpus iuris* giustiniano e poi transitato nella cultura giuridica mondiale, v. M. ASCHERI, *I diritti del Medioevo. Secoli XI-XV*, Roma, Carocci, 2003, 30 s. e *amplius* tutto il cap. I.

Tradizionalmente si è detto che *le consolidazioni* non hanno una autonoma forza di legge, perché ripetono dalle ‘fonti’ in esse raccolte la loro forza, senza contribuire davvero a una sistematizzazione di quelle fonti e al superamento del particolarismo, potendo la prassi continuare ad attingere alle più varie matrici originarie di leggi, decreti, ordinanze, usi etc. Invece *le codificazioni* avrebbero un carattere spiccatamente *innovativo*: sia perché la raccolta del passato avviene in una prospettiva futura e organica di riorganizzazione della materia, sia perché le novità dei codici sono cospicue, e toccano spesso la stessa formulazione complessiva di tutto il corpo normativo, che realizza *un sistema giuridico nuovo*. Le leggi o le regole preesistenti vengono dunque “riscritte”, non semplicemente “copiate” o trascritte, e si tagliano le radici con le fonti primigenie: da ora in poi vale solo la nuova fonte, riscriva o meno i vecchi materiali. Già questo solo fatto, unito all’autorità pubblica statale che emana il codice, varrebbe a contrassegnare uno spartiacque fondamentale rispetto alle consolidazioni pre-rivoluzionarie.

Pur riconoscendo le differenze idealtipiche, gli storici oggi sono divisi, e la stessa distinzione è messa in dubbio²², per la sua astrattezza classificatoria che costringe a ipotizzare discontinuità e separanze storiche tra forme legislative di maggiore commistione tra componenti compilative e innovative.

Tuttavia la demarcazione concettuale resta suggestiva e illumina momenti tipici dei processi legislativi.

Qualcosa si può affermare in modo almeno approssimativo: ci può essere un sistema giuridico senza un codice, ma il codice suppone *ideologicamente* un ‘sistema’ attorno al quale il suo linguaggio, i suoi contenuti, le sue logiche interne sono costruiti²³. Completo o

²² Cfr. le diverse posizioni di U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, cit., 92 ss., 97 ss.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*. Vol. 2, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 2005, 33 ss., 44 ss.; I. BIROCCI, *Alla ricerca dell’ordine*, Giappichelli, Torino, 2002, 540 ss.

²³ Forse eccessivo e idealizzante (sol che si rammenti che il maggior numero delle consolidazioni storiche si autodefinirono “codex”), ma comunque suggestivo, sulla categoria “moderna” del codice, F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1986, 513 s.: “il codice postula una matematica dell’intelligenza legale nonché tecniche verbali estranee all’universo romanistico: presuppone Cartesio, Spinoza, Grozio-Pufendorf-Tomasio, Leibniz, professori tedeschi dediti a lunghe fatiche nomenclatorio-deduttive, un filone giansenistico intellettualmente alto, curiali dalla testa chiara educati more gallico”. Muovendo da questo idealtipo verrebbe davvero da chie-

meno che sia il suo raggio definitorio e applicativo, il codice possiede autonomia logico-concettuale, autorità e visione politica determinanti di carattere generale per la materia regolata. Esso presenta una forza normativa che gli deriva dal potere politico che lo ha emanato, ma anche dalla sua intima coerenza e capacità di orientamento teorico-pratico. Il codice determina le future applicazioni con lessico e categorie formanti: non ricostruisce (quanto meno, in termini espliciti, dichiarati, programmatici) il passato, non è retrospettivo rispetto a fonti pregresse. È il prodotto di un pensiero forte, a volte anche autoritario. La forma-codice certo non è l'immagine di un debole post-moderno²⁴. La sua messa in crisi, dall'età della decodificazione in avanti, è il precipitato di un clima culturale e politico complessivo, ma non ha mai condotto alla scomparsa dei codici. Indeboliti e decodificati, essi restano insostituibili e comunque non sostituiti²⁵.

Certo che, se un progetto di riserva di codice comincia la sua attuazione con una attività di mera consolidazione codicistica, esso dimostra la grande incertezza 'originaria' del disegno.

Appare allora legittimo chiedersi se sia un mero *progetto politico* o se abbia *sostanza giuridica*.

Questo dovrebbe aiutarci a capire perché si sia cominciata un'impresa di riscrittura normativa con una mera consolidazione.

6. *L'art. 3-bis c.p. quale regola giuridica sub-costituzionale, anziché disposizione "politico-programmatica"*

Uno studente dei primi corsi di giurisprudenza potrebbe chiedere: che cosa è rimasto del codice penale che ci insegnate a lezione? Quale "sistema" viene oggi trasmesso? Quale "grammatica" possiamo apprendere dallo studio della parte generale, che voleva essere la quintessenza di un sistema? Da dove viene la sua struttura che non si deduce più dai commi di regole determinate?

dersi se il codice, *questo* tipo di codice, non sia ormai definitivamente scomparso dalle modellistiche viventi. E se probabilmente ciò non sia neppure un male.

²⁴ Cfr. P. CAPPELLINI, *Il codice eterno. La forma-codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., 11 ss., 31 ss.

²⁵ Ricordava a suo tempo che l'età della decodificazione aveva prodotto quaranta (40) codici civili R. SACCO, *Codificare?*, cit., 118 ss. Il dato è commentato anche da A. GAMBARO, *Codici e diritto giurisprudenziale*, cit., 516 s.

È presto detto. Una grammatica costituzionale e sovralegislativa. Un *ius* che non si identifica con (ma non delegittima certo, e anzi in parte rilegittima, finché non sia rivisto davvero) il codice penale, ma che, restando ancorato al suo dettato legislativo, tuttavia lo riscrive, come del resto lo ha continuamente riscritto (mentalmente, culturalmente, operativamente) dal 1948 in poi.

La riserva di codice è espressione di questa consapevolezza culturale, che il sistema va continuamente ripensato e riscritto, non deducendolo da un atto di imperio originario (una qualsiasi *lex antiqua*), ma dal diritto (*ius*) ricostruito sull'intero ordinamento.

La riserva di codice attua dunque un diritto superiore al codice stesso.

Come già illustrato in diverse occasioni, una lettura “costituzionalmente orientata” dell’art. 3-*bis* c.p. consente di ritenere che la *riserva di codice* non “esprime” semplicemente, ma “legifica” – conferendo a essi la *forma* di legge, ma anche il *contenuto* giuridico *minimo*, necessari perché esistano in un determinato campo applicativo – i *principi di legalità-determinatezza e di ultima ratio* rispetto (non al sistema sanzionatorio, al rapporto con le sanzioni amministrative, alle clausole generali etc., ma) alla “costruzione del sistema” penale: il primo (*determinatezza e legalità-riconoscibilità*), perché un sistema decodificato e acefalo (“decostruito”) produce incoerenza, particolarismo giuridico, irriconoscibilità e in conoscibilità delle regole, violando in definitiva la sufficiente determinatezza e il requisito della riconoscibilità dei precetti; il secondo (*ultima ratio*), perché la decodificazione è un moltiplicatore di fattispecie oltre la necessità, causando quell’inflazione di sistema che è l’opposto del diritto penale come *extrema ratio*.

Un legislatore ordinario che disattendesse sistematicamente la regola dell’art. 3-*bis* c.p., potrebbe incorrere in una censura di illegittimità costituzionale nella costruzione del sistema penale. Questo è l’esito *giuridico* della lettura dell’art. 3-*bis* c.p. come regola sub-costituzionale.

Il progetto della riserva di codice è dunque un’idea di sistema ancora accentrato attorno al codice. Ma non è ingenuo o “utopistico”²⁶. Infatti la regola dell’art. 3-*bis* c.p. rende costante la dialettica

²⁶ La lettura che ne abbiamo proposto, secondo Carlo Enrico Paliero, sarebbe invece utopistica o idealistica: C.E. PALIERO, *La “riserva di codice” messa alla prova: deontica “idealistica” versus deontica realistica*, cit., 8.

in corso tra codice e leggi speciali, pensandola come definitiva e non certo in termini di alternatività: basta che le leggi speciali siano costruite in testi unici, in sottosistemi aventi carattere di organicità.

È una prospettiva che razionalizza *una tendenza in atto*: i reati fallimentari, societari, tributari, in materia di stupefacenti, prostituzione, ambiente, sicurezza del lavoro, alimenti, sanità, armi, stranieri, privacy, t.u.l.p.s., circolazione stradale, navigazione, mercati finanziari, diritto d'autore, trapianti, genocidio, edilizia e urbanistica etc., esprimono già *il dualismo legislativo penale*, secondo la *ratio* della riserva di legge approvata; sono già, in parte, legislazioni attente sia al modello costituzionale e sia all'idea di sottosistema organico, anche se hanno bisogno di ampi *restyling* conformi a una nuova "parte generale" adatta al doppio binario legislativo²⁷, ed è certo che qualcosa di quelle discipline potrebbe rientrare nel corpo codicistico.

Le modellistiche internazionali ci hanno insegnato che dove quasi non esistono le leggi speciali, i codici regolano per lo più la stessa estensione della materia penale, solo celata in regole in bianco, che rinviano a troppe fonti extracodicistiche, in violazione della riserva di legge: sì che riserva "assoluta" di codice (solo codice) e riserva "assoluta" di legge (solo legge, senza rinvii determinanti a fonti subordinate) appaiono entità antinomiche.

È stato tuttavia osservato, da Michele Papa prima²⁸ e da Carlo Enrico Paliero poi²⁹, che secondo una ricostruzione post-moderna della dialettica tra codice e leggi speciali, il codice non potrebbe più ritrovare una vera centralità, e soprattutto non potrebbe recuperare "per legge" ciò che la storia gli ha tolto, essendo dunque ormai destinato a non recuperare più la centralità perduta.

Paliero ammette che l'art. 3-*bis* c.p., letto in chiave performativa (di mero dettato deontologico legislativo "sovraordinato"), può es-

²⁷ Sulle "tecniche costruttive" della prospettata ricodificazione, v. a titolo di esempio quanto scritto in M. DONINI, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno*, cit., § 8.

²⁸ M. PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist*, cit., 136 ss.

²⁹ C.E. PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica "idealistica" versus deontica realistica*, cit. Paliero in termini prescrittivi depotenzia l'art. 3-*bis* a mera regola politico-programmatica (v. *infra* nel testo), mentre sul piano descrittivo condivide la lettura realistica della decodificazione permanente di M. PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist*, cit., 136 ss. Rinvio sulla posizione di Papa a quanto osservato in M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali*, cit., 18 ss.

sere classificato come norma costituzionale in senso materiale oppure come un principio generale dell'ordinamento. “*Tertium non datur*”, dice Paliero.

Escluso che sia principio generale (è infatti regola, non principio), nonostante la rubrica vista anche la novità della riserva di codice, e la evidente assenza del suo contenuto normante da pregresse fonti allocate nel sistema³⁰ – è norma *top-down*, non *bottom up* come sono invece i principi generali dell'ordinamento –, Paliero esclude anche che sia una norma materialmente costituzionale³¹.

Egli sostiene infatti che solo un principio potrebbe essere norma costituzionale in senso materiale, non una regola³². L'assunto appare apodittico.

Si consideri che questa stessa regola della riserva, oggi all'art. 3-*bis* c.p., potrebbe essere costituzionalizzata e inserirsi in un testo costituzionale. Anzi essa è nata così, nella storia dei progetti legislativi. L'art. 3-*bis* riproduce quasi testualmente l'art. 129, co. 4, del Progetto di revisione costituzionale della Bicamerale del 1997³³. Ma già allora, a livello di progetto costituzionale, quell'articolo attuava i principi di *ultima ratio*, determinatezza e riconoscibilità dei precetti. Che sia stato declassato a legge ordinaria non modifica questo dato. E allora perché, qualora la medesima disposizione diventi invece legge ordinaria, non potrebbe esprimere qualche principio costituzionale?

Vero è che Paliero non crede alla riserva di codice come regola sovraordinata di sistema (“performativa” nella sua definizione) per ragioni storiche e sociologiche legate alla prassi legislativa e culturale in atto che sarebbe contraria all'idea stessa di codice (*ivi*, §§ 3-4). Contro questo convincimento che emana da una certa reazione emotiva di fronte alla realtà, non c'è molto da opporre, se non che un codice ancora esiste e non è annullato dalle varie decodificazioni, *ivi* compresa quella del diritto giurisprudenziale, e che nessuno, a co-

³⁰ C.E. PALIERO, *La “riserva di codice” messa alla prova*, cit., 26 s.

³¹ *Ivi*, 25 s.

³² Testuale: “con l'ulteriore avvertenza – che mi sento di formulare per la quale solo un “principio” – in ragione della sua “assolutezza”/“categoricità” di marchio kantiano – può assurgere al rango di norma materialmente costituzionale” (così PALIERO, *op. cit.*, 25).

³³ Per il commento che ne scrissi a suo tempo rinvio a *Alla ricerca di un disegno*, cit., 106 ss.).

minciare da Paliero, propone di abolirlo. Dunque occorrerà gestire al meglio la sua futura in parte inevitabile ricompilazione.

Del resto, qual è la conclusione “normativa” di Paliero sull’art. 3-*bis*? Esso sarebbe “una norma programmatica a contenuto tecnico, ma con finalità politico-criminale”³⁴. Ma con questa singolare circonlocuzione l’illustre penalista ci dice che la norma in questione non è *cogens* per il Parlamento, e dunque egli ce ne fornisce una declinazione non giuridica, ma politica. Tutt’altro che categorica una norma perché senza sanzione? Piuttosto è una *lex imperfecta* perché priva di sanzione giuridica: la sua sanzione sarebbe solo politica. È questo tuttavia il punto di partenza di tutta la discussione: il Parlamento può derogarvi; ma la questione è: potrebbe derogarvi *sempre*? Così vanificando la regola e i principi che essa esprime?

Noi riteniamo che una deroga permanente a questa regola violerebbe i principi costituzionali di cui essa stessa è espressione.

La Costituzione è piena di principi e di regole, ma anche di principi che contengono o esigono regole: i principi richiedono sempre regole che li attuino. La causalità, la colpa e il dolo sono regolabili/regolati per legge (potrebbero non esserlo, e allora sarebbe l’interprete a definirli senza la legge ordinaria, introducendo un *ius senza lex*) e *nel loro nucleo* legificano i principi di responsabilità per fatto proprio e di responsabilità penale personale³⁵. Una responsabilità che non rispetti (in quel nucleo) le regole su causalità, dolo e colpa violerebbe il principio superiore dell’art. 27 Cost. Se però quelle regole (art. 40, 41, 42, 43, 47 c.p.) sono contenute nel codice, esse hanno una copertura costituzionale e anzi attuano principi superiori. La loro violazione è dunque *anche* una violazione di quei principi. Non possono esserci dubbi.

Il resto sono questioni definitorie: norme materialmente costituzionali, sub-costituzionali etc. importa relativamente. Certo non hanno bisogno di essere “principio” per attuare la Costituzione:

³⁴ C.E. PALIERO, *La “riserva di codice” messa alla prova*, cit., 27.

³⁵ Sulla distinzione di questi principi e la loro riconducibilità all’art. 27, co. 1, Cost., si consenta il rinvio a M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1577 ss. L’idea di regole codicistiche che legificano principi costituzionali è già in Bricola, che dell’art. 1 c.p. parlava come “norma costituzionale in senso materiale”: F. BRICOLA, *Il II e III comma dell’art. 25*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, *Rapporti civili. Art. 24-26*, Bologna, Zanichelli, 1981, 256.

sono soprattutto le regole che la attuano. E se la attuano, in una certa misura la contengono. Ci possono essere numerose formule alternative per regolare la causalità, il dolo, la colpa, o gli altri stati soggettivi tipici. Non tutto è “costituzionalizzato”, ovvio. Ma il rispetto basilico del contenuto costituzionale di quelle discipline ha un valore materialmente costituzionale.

7. *L'idea di sistema (costituzionalmente orientato) come garanzia penalistica*

Siamo abituati ormai al “codice” dell’antimafia e dubitiamo del codice penale.

Ma allora non abbiamo dismesso il concetto di codice: l’abbiamo differenziato e moltiplicato. Ci sono più codici. Ed esiste sempre un codice generale e comune. Vero è, peraltro, che il codice comune, il nucleo del sistema penale, non si identifica *tout court* con il codice penale, dovendo trarre da fonti superiori vincoli pregnanti per il *ius* vigente anche “dentro” al codice penale.

Ecco la nuova immagine: la centralità della Costituzione va recuperata davvero dentro al codice, “ricostituzionalizzandolo”, sì che risulterà *vietato decodificarlo* ‘in parte qua’.

Certo questa operazione deve essere consapevole che non esiste una Costituzione-codice, un testo del 1948 che contenga un codice penale privo di mediazione parlamentare e democratica, fatto cioè di imperativi categorici a(nti)storici³⁶. Tuttavia, il codice-Costituzione contemporaneo, rivisitato e storicizzato sulla Carta fondamentale, non è in tante sue regole una qualunque legge ordinaria: non lo è ogni volta che un istituto sia la concretizzazione legislativa di un principio costituzionale. Non lo è quando i principi del garantismo abbiano fondato o ispirato la sua disciplina, tra i quali l’*ultima ratio* e la riconoscibilità dei precetti, oggi riflesse nell’art. 3-*bis* c.p. per non apparire una *fictio iuris*, o un mito delle origini.

I cultori della libertà da vincoli giuridici sulla storia vedono con soddisfazione la liberazione dal modello autoritario del codice-tiranno, del codice eterno, del codice “filosofico” tutto chiuso, completo e totalizzante, del codice dove non c’è spazio per il *ius* perché

³⁶ M. DONINI, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *Questione giustizia*, 2004, 487 ss.

sarebbe tutto *lex*³⁷. Siamo con loro, ma sono in genere dei civilisti. Non hanno il problema delle garanzie.

Per questo oggi la centralità del garantismo porta in primo piano il *ius* (costituzionale, sovralegislativo e di costruzione ermeneutica) rispetto alla *lex* (ordinaria) quale vincolo sulla *lex*, mentre la *lex* in quanto tale appare sì una garanzia ma ancora debole o incompleta.

Il Parlamento potrebbe non avere la capacità di una ricodificazione, e accontentarsi di varie consolidazioni progressive. Ma questo non significa che il codice non rimanga un centro di attrazione per la ricerca dell'ordine del sistema, che fuori dal codice sarebbe ancor più il prodotto di consolidazioni *di sentenze*. Non meno importante è il sistema, rispetto al quale un codice penale rinnovato sarebbe comunque strumentale: il sistema, certo non chiuso in una gabbia definitiva, ma “aperto” e in evoluzione, si ricostruisce su vari livelli normativi. È un dover essere ermeneutico, più che una pre-messa ontologica ed epistemologica³⁸. Un dover essere perché senza coerenza di sistema possono moltiplicarsi solo l'approssimazione e l'arbitrio. Ma non è più il *systema iuris* di Leibniz e di Wolff, e neanche quello di Savigny, di Puchta e di Adolf Merkel³⁹. Questi sistemi supponevano

³⁷ Si legga al riguardo, come un inno alla storia e alla libertà, la requisitoria contro la codificazione di C. PETERSON, *Le implicazioni metodologiche della codificazione*, in *Codici*, cit., 431 ss., e naturalmente, tra le decine di suoi interventi, P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, *ibidem*, 579 ss.

³⁸ L'impegno di questo assunto merita, ma non richiede, una trattazione dedicata, oggi. Esso appare conforme alla *communis opinio*. Il carattere sistematico della penalistica è solo una componente del suo statuto epistemico. *Amplius* il nostro *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, Giuffrè, 2011, cap. IV. Discute oggi (in prospettiva di teoria giuridica generale) di un „bewegliches System“ T.M.J. MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, 2 Aufl., München, Beck, 2019, 284 ss. (§ 8/1 ss.), che riconduce le origini della teorizzazione a Walter Wilburg (1950).

³⁹ Il *paradigma kantiano della scienza come complesso di conoscenze organizzato secondo principi ordinati in un sistema* sostiene l'episteme dei pandettisti (nessun paradigma baconiano di origine esperienziale, o galileiano di verifica sperimentale, ne fa parte): P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, vol. I, *Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, Milano, Giuffrè, 1984, 7 ss., 145 ss.; e per gli sviluppi verso la *allgemeine Rechtslehre*, Id., *Systema iuris*, vol. II, *Dal sistema alla teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1985, 302 ss., 345 ss. Sul concetto di sistema in prospettiva attuale v. pure C.-W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*², Berlin, Duncker & Humblot, 1982. Sulla concezione della scienza come sistema nell'Ottocento giuridico tedesco v. J. RÜCKERT, *Thibaut-Savigny-Gans: der [sechsfache] Streit*

una entità precostituita all'interprete che oggi abbiamo difficoltà a postulare come *reale e soprattutto completa*. E neppure esso può più identificarsi semplicemente con i sistemi concettuali pre-europei e pre-costituzionali di larga parte dell'Ottocento e del Novecento penalistico di matrice tedesca, che da Feuerbach a dopo Welzel hanno rinnovato le basi per una parte dell'analisi delle categorie penalistiche⁴⁰. L'anteriorità storica rispetto a premesse comparate e costituzionali faceva anche di questi sistemi modelli in qualche misura aprioristici o al massimo cripto-giusrazionalistici, non discorsivi e autoreferenziali. Nessun attore giuridico oggi è *dominus* del sistema giuridico: non il legislatore che produce *leges* anziché *ius*, non il giudice, che non fa le leggi, ma le applica, non la dottrina (accademica o professionale) che manca di potere decisorio, anche se illumina l'evoluzione dell'ordinamento e controlla criticamente le applicazioni giudiziali.

Tutti, perciò, ne sono i costruttori. Il sistema non ha un unico luogo di nascita o di residenza, ma resta una casa comune.

Ecco perché il codice penale non vogliono abolirlo neppure quelli che non ci credono più.

Per chi desidera che non sia più il codice-decalogo del passato (i dieci comandamenti), ma uno strumento di politica criminale, ogni nuova norma dovrebbe avere (oggi, se di progettazione governativa) una sua "relazione AIR", cioè un protocollo di analisi di impatto della regolamentazione, e una successiva "relazione VIR" (Verifica di impatto della regolamentazione)⁴¹: ciò che appare *di improbabile dif-*

zwischen „historischer“ und „philosophischer“ Rechtsschule, in ID., *Savigny-Studien*, Frankfurt a.M., Klostermann, 2011, 461 ss., con vari richiami.

⁴⁰ *Amplius*, sull'eredità e il superamento di questa stagione, M. DONINI, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2020. Il significato del concetto di sistema, del resto, non è per nulla pacifico. Esso non viene solitamente fatto oggetto di trattazioni definitorie o di dibattiti attuali. Cfr., oltre alle citate monografie di Cappellini e di Canaris, sulle origini kantiane, gli sviluppi e le esigenze di scientificità "sistemica", all'inizio dell'Ottocento, tra le elaborazioni del penalista Paul Anselm v. Feuerbach e Friedrich Carl v. Savigny, quanto esposto in J. RÜCKERT, *Thibaut-Savigny-Gans*, in ID., *Savigny-Studien*, cit., 461 ss. In prospettiva attuale rinvio, sempre in area tedesca – è una passione *deutsch*, ma è anche un luogo argomentativo (un 'topos') molto frequentato nel *nostro* discorso penalistico –, a C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, AT, Bd. I, München, Beck, 2020, § 7. 38 ss., e a T.M.J. MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, 2 Aufl., cit., 284 ss. (§ 8/1 ss.).

⁴¹ Cfr. l'art. 14, l. 28 novembre 2005, n. 246 "Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005" e il DPCM 15 settembre 2017, n. 169 "Regolamento recante di-

ficoltà per un intero codice costituito di varie centinaia di incriminazioni che dovesse essere emanato tutto insieme.

Se questo fa capire la maggiore praticabilità di modifiche “settoriali” per aggiunta e sottrazione, rende ancor più importante una visione, anziché una dissoluzione, di quello che a tutti gli effetti è oggi un «sistema *in fieri*».

Abstracts

Il saggio illustra le ragioni che impediscono oggi una ricodificazione penalistica, tra disinteresse e scarsità dei mezzi legislativi e loro distacco da una ordinaria collaborazione con la classe accademica. L'enorme espansione della normativa e del rischio penali, lamentata da un secolo dagli specialisti, progressivamente accresciuta, e che rende il diritto penale stesso un'emergenza, è poco avvertita dal cittadino, e trascurata dai media. Il processo penale è un'esperienza drammatica. La legge soffre di profonde carenze di legittimazione democratica e scientifica. In questo clima, dove la riserva di codice, introdotta nel 2018, è oggetto di disilluse sottovalutazioni che riflettono la stessa crisi dell'idea dei codici, portata avanti da decenni nel diritto civile, viene ribadita la necessità di una resistenza costituzionale: il legislatore deve rispettare un ordine ripartito – codice o leggi complementari organiche – che è il precipitato dei principi costituzionali di ultima ratio, determinatezza, legalità e riconoscibilità dei precetti penali. La riserva di codice ha quindi una natura sub-costituzionale, ma la continua opera di consolidazioni e innesti, di decodificazioni di molteplice tipo, chiede al penalista non un ottocentesco codice eterno o filosofico, quanto la ricostruzione continua di un sistema *in fieri*. da un complesso di premesse e fonti in movimento, codice compreso, dove solo vincoli sovralegislativi possono costituire la base vera per il continuo riordino del *ius*, dentro alle multiple *leges*.

sciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione”, che innova il precedente dpcm del 2008. Nell'UE, come noto, la motivazione della legge è imposta a livello di fonti superiori (l'art. 296, par. 2, TFUE), non con mero dpcm. Cfr. A. MAFFEO, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letta attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *federalismi.it*, n. 3/2018.

The essay illustrates the “Zeitgeist” that today impedes a criminal recodification, between disinterest and lack of legislative means and their detachment from an ordinary collaboration with the academic class. The huge expansion of criminal law and risk, progressively increased, that has been complained about for a century by the specialists and makes criminal law itself an emergency, is however poorly perceived by the citizens and neglected by the media. The criminal trial is a dramatic experience. The law suffers from a profound lack of democratic and scientific legitimacy. In this climate, where the “Code reservation”, introduced in 2018, is subject to disillusioned underestimations that reflect the very crisis of the idea of Codes, carried out for decades in civil law, the need for constitutional resistance is reaffirmed: the legislator must respect an imparted order – Code or organic supplementary laws – which is the precipitate of constitutional principles of ultima ratio, precision, legality and recognizability of criminal precepts. The code reservation therefore has a sub-constitutional nature, but the continuous work of consolidations and integrations, of multiple types of “decodification”, requires from the criminalist not a “nineteenth-century” eternal or philosophical Code, but the continuous reconstruction of a “system in progress” from a complex of premises and sources in motion, including the Code, where only super-legislative bounds can constitute the true basis for the continuous reorganization of the *ius*, within the multiple *leges*.

Il principio di proporzionalità della pena e la Carta dei diritti fondamentali

Marco Gambardella

SOMMARIO: 1. La competenza ancora “indiretta” dell’Unione europea in materia penale. – 2. Le implicazioni della *primauté*: interpretazione conforme, disapplicazione e questione di costituzionalità. – 3. Il principio di proporzionalità della pena: fonti e definizione. – 4. Il principio di proporzionalità nella Carta dei diritti fondamentali (art. 49 § 3). – 5. Sindacato di costituzionalità sui valori sanzionatori e principio di proporzionalità. – 6. Qualche riflessione conclusiva: verso il superamento della rigida distinzione oggettivo-legalità/soggettivo-colpevolezza?

1. *La competenza ancora “indiretta” dell’Unione europea in materia penale*

I temi che saranno trattati nel prosieguo – la *primauté* del diritto dell’Unione, la Carta dei diritti fondamentali, la proporzionalità della risposta sanzionatoria – non solo risultano particolarmente complessi per il penalista, giacché s’intrecciano con altri campi del sapere giuridico, ma accentuano la loro difficoltà a causa dell’instabilità e molteplicità delle fonti normative: tanto di natura legislativa quanto di matrice giurisprudenziale.

Conviene allora muovere da un punto fermo nel dibattito in parola: anche dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009, le Istituzioni europee non hanno competenza ad emanare norme incriminatrici direttamente applicabili nei singoli Stati membri.

La competenza dell’Unione europea in materia penale è, infatti, ancora una competenza soltanto “indiretta; cioè competenza a richiedere agli Stati membri di adottare norme penali, introdurre incriminazioni, qualora siano necessarie a tutelare gli interessi dell’Unione. Ma comunque è necessario il passaggio attraverso la mediazione di una legge di attuazione interna per concretizzare l’obbligo comunitario di criminalizzazione¹.

¹ Di recente, cfr. MANES, in MANES, CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, 2020, 38 ss.; MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Giappichelli, 2020, 14 ss. Nella manualistica, si veda MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, 2020, 50 ss.

E ciò non è posto in discussione dall'art. 83 TFUE², il quale ai §§ 1 e 2 prevede una competenza autonoma dell'Unione europea in materia penale in relazione ad alcuni reati, ma pur sempre una competenza indiretta, stante l'indispensabilità di un atto legislativo interno di trasposizione per la presenza del principio costituzionale penalistico della riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.). Né tanto meno dall'art. 86 TFUE, che istituisce un Procura europea per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione; e al cui interno s'iscrive la figura del Pubblico ministero europeo (l'EPPO) disciplinata dal Regolamento 2017/1939/UE³.

È pur vero che gli artt. 83 e 86 TFUE fanno esplicito riferimento ai “reati” e alle “sanzioni” (penali) e sono collocati nel Capo 4 intitolato “Cooperazione giudiziaria in materia penale”, assicurando una base giuridica al diritto penale che *ante* Lisbona era sconosciuta nei Trattati europei⁴.

Possiamo individuare ancora di recente una vicenda in cui l'Italia non ha adempiuto agli obblighi di criminalizzazione, che provenivano da una direttiva europea: ritenendosi invero superflua l'attuazione della direttiva MAD II (2014/57/UE, *Market Abuse Directive*). Si allude qui alla normativa italiana in materia di abusi di mercato. Essa contrasta con le opzioni politico-criminali UE, non punendo penalmente ma soltanto in via amministrativa il c.d. “*insider secondario*” nel delitto di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 t.u.f.); ossia il soggetto che abbia ottenuto l'informazione privilegiata a qualsiasi titolo e non soltanto in ragione delle situazioni indicate nel comma 1 del citato art. 184 t.u.f. (qualifica rivestita o attività svolta all'interno della società). Tale, consapevole ed esplicita, inadempienza del legislatore espone fortemente l'Italia alla procedura di infrazione *ex* artt. 258-260 TFUE⁵.

² Cfr. altresì *postea* il § 4.

³ Cfr. ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2014, 558 ss.

⁴ MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 17 ss.

⁵ Il legislatore italiano nel versante penale degli abusi di mercato è intervenuto tramite il d.lgs. n. 107 del 2018, ma soltanto parzialmente. Ha adeguato unicamente la normativa nazionale alle disposizioni del regolamento UE n. 596 del 2014 (c.d. MAR), mentre vi è stato l'esplicito mancato recepimento della direttiva del 2014 MAD II (cfr. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2020, 364 ss., 398 ss.).

Ora, se è indiscutibile che al momento l'Unione europea non ha competenza diretta legislativa penale, è anche da considerare che il diritto dell'Unione (Trattati, direttive, regolamenti ecc.) ha “ricadute dirette” nel nostro sistema penale. E questo in virtù del principio di supremazia del diritto dell'Unione.

Il primato del diritto dell'Unione (la c.d. *primauté*) è, come noto, legittimato dall'art. 11 Cost., secondo cui l'Italia «consente ... alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni». Non si può tuttavia imporre agli Stati membri la rinuncia ai principi supremi del loro ordine costituzionale, identificati, ad esempio, in campo penale nel principio di irretroattività sfavorevole, di determinatezza e di prevedibilità⁶. E il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale (e in particolare con i diritti inalienabili della persona) spetta in via esclusiva alla nostra Corte costituzionale⁷.

La supremazia del diritto europeo su quello interno trova pertanto un “limite” invalicabile nel contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato o con i diritti inalienabili della persona⁸. Al centro di quel nucleo di cosiddetti “controlimiti”

⁶ Cfr. C. cost., 26 gennaio 2017, ord. n. 24, in *Cass. pen.*, 2017, 1334, con nota di GAMBARDELLA, *Irretroattività e determinatezza della regola Taricco: la valutazione, nel rispetto del primato del diritto dell'Unione, spetta alla Corte costituzionale*.

⁷ C. cost., 31 maggio 2018, n. 115, in *Cass. pen.*, 2018, 2776, con nota di GAMBARDELLA, *Inapplicabile senza eccezioni la regola Taricco nel nostro ordinamento: una parola definitiva della Corte costituzionale?*. Per una attenta analisi della decisione della Consulta, cfr. FLICK, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Cass. pen.*, 2019, 2401 ss.; DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, in *Dir. pen. cont. web*, 1 ss.; CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo “certo”*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, fasc. 6, 2018, 227 ss.

⁸ C. cost., 8 giugno 1984, n. 170 (caso “S.p.A. Granital”), secondo cui la legge di esecuzione del Trattato può essere soggetta al sindacato della Corte costituzionale, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana (cfr. per approfondimenti SOTIS, *Il diritto senza codice*, Giuffrè, 2007). Più di recente, riveste importanza la sentenza della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) del 12 dicembre 2015 (n. 2 BvR 2735/14, pubblicata in *Cass. pen.*, 2016, 1748 ss., con osservazioni di CANESTRINI), secondo la quale le limitazioni di sovranità derivanti dalla normativa comunitaria (come introdotte dalla legge nazionale di ratifica) sono possibili solo a condizione che venga rispettato l'ordine costituzionale. E in ogni caso non sono possibili limitazioni di quei diritti inalienabili derivanti dai principi della Costituzione tedesca non soggetti a revisione o limitazione al-

alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost., vi sono quei valori e principi fondamentali della nostra Carta costituzionale che ne rappresentano l'essenza imm modificabile, legati alla impossibile revisione "interna" o "esterna"⁹.

Come asserito nella giurisprudenza costituzionale, il limite che segna l'apertura dell'ordinamento italiano all'ordinamento internazionale e sovranazionale (artt. 10 e 11 Cost.) è costituito dal rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili dell'uomo¹⁰. Essi rappresentano gli elementi identificativi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale¹¹.

I "controlimiti" sono posti nella Carta costituzionale a salvaguardia della sovranità popolare, giacché l'art. 11 Cost. consente appunto all'"Italia" di limitare la sovranità popolare di cui all'art. 1, comma 2, Cost. La sovranità popolare può essere allora limitata ma non ceduta, in quanto essa deve essere esercitata "nelle forme e nei limiti della Costituzione" (art. 1 Cost.): soltanto in quelle forme e in quei limiti può dunque essere circoscritta¹².

2. *Le implicazioni della primauté: interpretazione conforme, disapplicazione e questione di costituzionalità*

Ma quali sono le implicazioni che conseguono dal "primato" del diritto eurounitario sui diritti nazionali in campo penale? Eb-

cuna (c.d. identità costituzionale o *Verfassungsidentität*), fra i quali appunto l'art. 1 della Legge fondamentale (*Grundgesetz*) in tema di inviolabilità della dignità della persona. Il principio di inviolabilità della dignità umana costituisce appunto principio fondamentale che integra un caso di limite invalicabile, e la verifica in questione spetta al giudice costituzionale quale ultimo garante dell'identità nazionale. Secondo LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 13 ss., 18 ss., il Tribunale costituzionale federale, pur ostentando un'apparente deferenza per il diritto UE, ha contrapposto l'identità costituzionale tedesca a una sentenza della Corte di giustizia, finendo per rendere quest'ultima inoperativa.

⁹ Cfr. ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., 219 ss.; TE-SAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2012, 196 ss.; BIN, CARETTI, PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, il Mulino, 2015, 245 ss.

¹⁰ C. cost., 26 gennaio 2017, ord. n. 24, cit.

¹¹ C. cost., 22 ottobre 2014, n. 238.

¹² In tal senso, esplicitamente LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti*, cit., 6 ss. Chiarisce l'Autore che la questione dei controlimiti non rappresenta una odiosa e retri-

bene, le possiamo riassumere nei seguenti strumenti: (i) l'interpretazione conforme, (ii) la disapplicazione, (iii) la questione di legittimità costituzionale¹³.

Proviamo, in estrema sintesi, a esaminare l'appena menzionato strumentario.

(i) Cominciamo con l'interpretazione conforme al diritto UE.

Ora, se vi è una asimmetria tra la norma interna e la norma europea, il giudice deve risolverla in via interpretativa: una interpretazione adeguatrice. Una attività ermeneutica autonoma rispetto alla più nota interpretazione conforme a Costituzione. In campo penale, non è ammessa tuttavia l'interpretazione conforme al diritto UE con effetti *in malam partem*¹⁴.

(ii) Il secondo strumento è quello della disapplicazione della norma penale interna quando essa è in contrasto con un principio o norma eurounitaria dotati di effetti diretti nel nostro ordinamento.

La differenza tra questi due strumenti (interpretazione conforme al diritto UE *vs.* disapplicazione) è che nel primo caso il giudice applica pur sempre la disposizione interna, leggendola però in modo aderente al diritto dell'Unione europea; mentre nel secondo il giudice disapplica la norma interna contrastante con quella dell'Unione¹⁵.

(iii) Il terzo e ultimo meccanismo consiste nel sollevare la questione di legittimità costituzionale (*ex* artt. 11 e 117, comma 1, Cost.)

resistenza degli Stati-persona ai processi di integrazione sovranazionale e internazionale, ma la rigorosa affermazione della sovranità popolare. E in questa prospettiva assume nuovo vigore anche la classica questione del *deficit* democratico delle istituzioni eurounitarie, trattandosi ancora di una questione di primaria importanza anche e soprattutto in campo penale (p. 7 ss.).

¹³ Cfr. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoris, Giuffrè, 2019, 39 ss.; MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 24 ss.

¹⁴ In giurisprudenza in tema di peculato e confisca per equivalente, così Cass., Sez. un., 25 giugno 2009, in *Cass. pen.*, 2010, 101 ss., con nota di MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale con effetti in malam partem*. In dottrina, v. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Giuffrè, 2016; NAPOLEONI, in MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, 2020, 133 ss. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di M. Pisani*, vol. II, La Tribuna, 2010, 617 ss.; BERNARDI, *Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, a cura di Bernardi, Jovene, 2017.

¹⁵ Si veda in tal senso NAPOLEONI, in MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., 143 ss.

se la disciplina eurounitaria non è dotata di effetti diretti per eliminare il contrasto, l'antinomia, con la norma interna. Qui disposizioni esterne all'ordinamento italiano ricoprono il ruolo di "norma interposta" nell'ambito del giudizio di costituzionalità in via incidentale, e nello specifico si tratta di disposizioni eurounitarie non munite di efficacia diretta¹⁶.

Cerchiamo di approfondire, in particolare, lo strumento della disapplicazione. Siamo stati abituati a ragionare unicamente sul caso della disapplicazione con esiti favorevoli, effetti cioè *in bonam partem*: basti pensare alla sentenza della Corte di giustizia "El Dridi" del 2011, in materia di incompatibilità del nostro diritto penale dell'immigrazione con la Direttiva "Rimpatri"¹⁷. Al riguardo, si è ritenuta corretta la strada della revoca delle sentenze di condanna passate in giudicato tramite l'applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p., come quando il legislatore abolisce un reato modificando per sottrazione il catalogo chiuso degli illeciti penali¹⁸. Si pensi ancora alle vicende della rilevanza penale dell'esercizio abusivo di scommesse sportive (art. 4 l. n. 401 del 1989) e dell'obbligo di apporre il contrassegno SIAE sui supporti contenenti audiovisivi, banche dati, software e videogiochi¹⁹.

Con la saga Taricco²⁰ abbiamo invece scoperto la possibilità per il giudice nazionale dell'impiego dello strumento della disapplica-

¹⁶ Cfr. NAPOLEONI, in MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., 131 ss.

¹⁷ Corte giust., 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11PPU. In dottrina, cfr. VIGANÒ, MASERA, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2011.

¹⁸ Sul tema, cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, 214 ss. In giurisprudenza cfr., ad esempio, Cass., Sez. I, 29 aprile 2011, n. 20130, in *C.E.D. Cass.*, n. 250041, secondo cui la condotta di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore non è più prevista dalla legge come reato, a seguito della pronuncia della Corte di giustizia che ha affermato l'incompatibilità della norma incriminatrice di cui all'art. 14, comma quinto-ter, d.lg. n. 286 del 1998 con la normativa comunitaria, determinando la sostanziale *abolitio criminis* della preesistente fattispecie, con la conseguente applicazione, per via di interpretazione estensiva, della previsione di cui all'art. 673 c.p.p.

¹⁹ Cfr. Corte giust., 6 novembre 2003, causa C-243/01, Gambelli; Corte giust., 6 marzo 2007, cause C-338/04 359/04 360/04, Placanica. Corte giust., 8 novembre 2007, causa C-20/05, Schwibbert.

²⁰ Come noto, la "saga Taricco" origina dalla decisione della Grande Sezione della Corte di Lussemburgo del 2015 (causa C-105/14, in *Dir. pen. cont.*, con nota di VIGANÒ,

zione con effetti *in malam partem*, con ricadute dunque sfavorevoli nel sistema penale, allorché la norma penale interna contrasti con la disciplina eurounitaria.

L'esito sembra essere il riconoscimento dell'astratta ammissibilità di una disapplicazione con conseguenze sfavorevoli del diritto interno in contrasto con il diritto eurounitario, purché si tratti di una regola sufficientemente determinata, prevedibile e non si operi una disapplicazione *in malam partem* retroattiva²¹.

L'ammissibilità, sebbene in modo astratto, di una disapplicazione *in malam partem*, va sottolineata giacché, in realtà, contraddice quanto affermatosi nel nostro dibattito fino a tempi molto recenti. Se, per un verso, è stata infatti risolta in via di indiscussa e ripetuta prassi la questione generale dell'impiego della disapplicazione da parte del giudice penale; si è, per altro verso, reputato non consentito l'effetto *in malam partem* a seguito di disapplicazione della disciplina legislativa interna imposta dalla *primauté* del diritto eurounitario²².

Eppure nella giurisprudenza costituzionale è rinvenibile un'importante decisione, la n. 28 del 2010 (sulle cosiddette "ceneri di pirite"), da cui si poteva desumere che lo strumento della disapplicazione europea trovasse il suo limite invalicabile negli esiti *in malam partem* ai quali essa poteva condurre nell'ordinamento penale ita-

Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?), nella quale si è statuito che il giudice italiano – sul presupposto della *primauté* del diritto dell'Unione – è tenuto a non applicare la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione (il combinato disposto tra gli artt. 160, ult. comma, e 161, comma 2, c.p.), perché in contrasto con la c.d. regola Taricco che si trae dall'art. 325 TFUE in materia di lotta contro le frodi e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Cfr. i volumi collettanei: *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Jovene, 2017; *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, a cura di Bernardi e Cupelli, Jovene, 2017.

²¹ Cfr. GAMBARDELLA, *La sentenza Taricco 2: obbligo di disapplicazione in malam partem "a meno che" non comporti una violazione del principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 2018, 116 ss.

²² Cfr. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, a cura di Bernardi, E.S.I., 2015, 421 ss., il quale segnala il pericolo di forme surrettizie di disapplicazione con effetti *in malam partem*. Un esito, questo, espressamente da bandire, secondo l'Autore, perché il primato del diritto UE violerebbe il "controlimite" della riserva di legge e le garanzie del singolo.

liano. Si tratta di una decisione costituzionale in cui non si prende davvero in considerazione il meccanismo disapplicatorio con ricadute *in malam partem*, bensì il possibile effetto diretto sfavorevole del diritto europeo. Tuttavia le due situazioni possono essere in sostanza equiparate²³.

D'altronde proprio nel caso Taricco, come vigorosamente chiarito dalla Corte costituzionale nella decisione che ha posto la parola finale sulla annosa vicenda, «la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della “regola Taricco” nel nostro ordinamento». E pertanto la Corte costituzionale con la sentenza n. 115 del 2018 ha reputato assolutamente non applicabile nel nostro ordinamento giuridico tanto l'art. 325 TFUE quanto la c.d. “regola Taricco” per difetto di determinatezza.

E già la Grande sezione della Corte di giustizia²⁴ con la c.d. sentenza Taricco 2 ha asserito che il primato del diritto UE deve cedere di fronte all'osservanza del principio di legalità penale. Il rispetto da parte dei giudici nazionali del principio di legalità dei reati e delle pene prevale, pertanto, sull'obbligo di disapplicazione del diritto interno incompatibile con il diritto dell'Unione che grava in capo ai citati giudici (cfr. § 61)²⁵.

È il legislatore nazionale che deve intervenire per adottare le misure necessarie al fine di rendere conforme al diritto dell'Unione la situazione italiana. In questi casi spetta al legislatore emanare le misure necessarie per evitare la sostanziale impunità nei reati di frode grave in materia di IVA che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (§ 41).

²³ Cfr. in proposito le considerazioni di L. BIN, *La prima sentenza “postTaricco” della Cassazione*, in *Arch. pen. web*, 2016, 7 ss.; e in particolare le critiche di MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., 19 ss., secondo cui siamo ben oltre l'orizzonte che la Corte di giustizia ha sempre negato: cioè l'affermazione degli effetti diretti in materia penale.

²⁴ Corte giust., Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-42/17, M.A.S. e M.B., in *Cass. pen.*, 2018, 106 ss., con nota di GAMBARELLA, *La sentenza Taricco 2: obbligo di disapplicazione in malam partem*, cit.

²⁵ In proposito, cfr. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. pen. cont.*, 12/2017, 110 ss.; VIGANÒ, *Legalità nazionale e legalità europea in materia penale: i difficili equilibri della Corte di giustizia nella sentenza M.A.S. Taricco II*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 1281 ss.

Si è preso, inoltre, atto che i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità penale nel nostro ordinamento operano anche riguardo alla disciplina della prescrizione in relazione ai reati in materia di IVA. Un livello di tutela e di garanzie per la prescrizione, che non trova riscontro nella Carta dei diritti Ue e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Va ricordato che nell'ordinanza costituzionale 24 del 2017, è stato affermato che anche se si dovesse assegnare alla prescrizione natura processuale, comunque essa dovrebbe essere applicata in base a regole determinate.

La sentenza Taricco 2 della Corte di Lussemburgo, in pratica, ha riconosciuto che l'applicazione del nostro *standard* di tutela più elevato per la prescrizione, nell'ambito del diritto fondamentale della legalità penale, non compromette né il primato né l'unità e neanche l'effettività del diritto dell'Unione.

La vicenda Taricco ha avuto sicuramente anche altre ricadute positive: ha permesso di riflettere in modo più approfondito su alcuni temi di notevole importanza. Si pensi, invero, alla presa di coscienza della distinzione del modello italiano di legalità penale da quello eurounitario e convenzionale: siamo in presenza di modelli astratti di legalità penale molto diversi fra loro.

Nel modello costituzionale italiano della legalità penale – sulla scorta dell'art. 25, comma 2, Cost., che fa esplicito riferimento al concetto che «nessuno può essere “punito” se non in forza di una legge» – le garanzie del principio di legalità includono in modo ampio ogni aspetto della “punizione”. E pertanto qualsiasi modifica sfavorevole del sistema penale deve essere determinata e non può che operare per il futuro (determinatezza/irretroattività); e ciò anche per quanto concerne l'istituto di diritto penale “sostanziale” della prescrizione (compreso il regime della sospensione/interruzione).

Quanto al modello sovranazionale di legalità penale, se leggiamo le disposizioni di riferimento (art. 7 Cedu, art. 49 Carta diritti Ue), esso prende in considerazione “fattispecie + sanzione”. Il contenuto della garanzia del principio di legalità si riferisce così soltanto alla fattispecie e alla sanzione, e non si estende dunque a tutto ciò che attiene alla punibilità, come per esempio l'istituto italiano della prescrizione. Le formule usate dagli artt. 7 Cedu e 49 Carta UE sono chiarissime in tal senso. Secondo l'art. 7 § 1 Cedu «nessuno può es-

sere condannato per “un’azione o una omissione” che al momento in cui fu commessa non costituiva reato». Similmente poi ad avviso dell’art. 49 Carta UE «nessuno può essere condannato per “un’azione o una omissione” che al momento in cui fu commessa non costituiva reato».

3. *Il principio di proporzionalità della pena: fonti e definizione*

Veniamo all’approfondimento della proporzionalità della risposta sanzionatoria, chiarendo anzitutto quali sono le sue fonti e in che cosa consiste il principio o diritto fondamentale in questione²⁶.

Anzitutto va rammentato che già nella cruciale opera di Cesare Beccaria “Dei delitti e delle pene” (ed. 1764) nel 23° capitolo – intitolato appunto “Proporzione tra i delitti e le pene” – si legge che «vi deve essere una proporzione fra i delitti e le pene»; e ancora nella “Conclusione” (al capitolo 42°) che la pena per non essere violenza contro un privato cittadino deve essere «proporzionata à delitti».

Come diremo a breve, la proporzionalità della pena è principio anche costituzionale e dunque non comporta solo la disapplicazione eurounitaria o l’interpretazione conforme al diritto UE, ma altresì è canone che può costituire parametro di legalità costituzionale e rendere illegittima una norma penale (sia incriminatrice, sia di tipo sanzionatorio). Siamo al cospetto di un ulteriore vincolo di natura costituzionale (e sovranazionale) alle scelte in materia di criminalizza-

²⁶ Sul tema, di recente, l’ampia e approfondita monografia di RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Giappichelli, 2020. Si vedano inoltre SOTIS, *Le “regole dell’incoerenza”*, Aracne, 2012, 109 ss.; PEDULLÀ, *La proporzionalità della pena nella dimensione interna e sovranazionale. L’equilibrio fra legalità della pena e divieto di automatismi sanzionatori in materia di pene accessorie*, in *Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel diritto pubblico*, a cura di Police, Cupelli, Wolters Kluwer Cedam, 2020, 128 ss.; MACCHIA, *Il controllo costituzionale e di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, 19 ss.; F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in *Leg. pen.*, 14.12.2020, 1 ss.; e nella manualistica v. ad es. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 12 ss. Nella giustizia costituzionale sulla relazione tra teoria dei principi e principio di proporzionalità, con particolare riferimento alla esperienza tedesca, cfr. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, 2012 (1994 ed. orig.) 133 ss., il quale sottolinea come il “principio di proporzionalità in senso stretto” coincida con l’obbligo di bilanciamento della norma di diritto fondamentale con carattere di principio collidente con un altro principio concorrente.

zione da parte del legislatore italiano (che si aggiunge ai canoni dell'offensività, della colpevolezza e della sussidiarietà)²⁷.

Le fonti del principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio sono sia interne (artt. 3 e 27 Cost.), sia europee (art. 49 Carta UE, art. 3 Cedu).

Nella “nostra Costituzione”, al principio in questione non è invero dedicata una apposita disposizione; e pertanto esso viene ricavato dalla lettura congiunta degli artt. 3 (principio di uguaglianza-ragionevolezza) e 27, comma 3, Cost. (principio di rieducazione del condannato).

Nella “Carta dei diritti fondamentali UE”, nella rubrica dell'art. 49 è menzionato il principio di proporzionalità dei reati e delle pene. Il paragrafo 3 dell'art. 49 cit. stabilisce che «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

In realtà, se si va a leggere la versione inglese e quella francese dell'art. 49 § 3 Carta UE si osserva come soltanto la versione italiana sembra richiedere un accertamento “in concreto” della proporzionalità della pena (le “pene inflitte”); mentre nelle altre due si fa riferimento alla gravità, alla severità, all'intensità della pena senza ancorare esplicitamente il concetto alla fase di irrogazione giudiziale della sanzione criminale (*the “severity of penalties” must not be disproportionate to the criminal offence; “l'intensité des peines” ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction*).

Il sintagma “pene inflitte” rende allora il senso della disposizione diverso rispetto alle versioni inglese/francese, o meglio l'orienta nel senso di una valutazione “in concreto” della proporzionalità tra fatto commesso e pena inflitta dal giudice. E tale formulazione normativa contribuisce ad alimentare una certa dose di ambiguità se la proporzionalità è “in concreto”, come vuole la nostra versione della Carta UE; oppure è “in astratto”, come talvolta si postula attraverso il riferimento alle cornici edittali dell'incriminazione (le “pene comminate”) e non già alla sanzione irrogata.

Quanto poi al “sistema Cedu”, l'art. 3, nel prevedere il diritto fondamentale a non essere sottoposti a pene o trattamenti inumani o

²⁷ Sull'evoluzione storica, anche in chiave comparatistica, del giudizio di proporzionalità, cfr. ampiamente RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 98 ss.

degradanti, vieta pene gravemente e manifestamente sproporzionate²⁸.

Un'utile definizione del principio/diritto fondamentale secondo cui la pena deve essere proporzionata alla gravità del fatto di reato commesso è sicuramente ricavabile dalla recente giurisprudenza costituzionale con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost.²⁹.

La Consulta ha più volte affermato che il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, in campo penale, conduce a negare legittimità a quelle incriminazioni che producono, attraverso la pena, danni all'individuo e alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti della pena con la tutela dei beni protetti dalla incriminazione. Il trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore per una determinata figura di reato non deve perciò rivelarsi manifestamente irragionevole a causa della sua evidente sproporzione rispetto alla gravità del fatto (art. 3 Cost.).

A ciò va aggiunto che, alla luce dell'art. 27, comma 3, Cost. il principio di finalità rieducativa della pena richiede una costante proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra. Il principio di finalizzazione rieducativa della pena impone quindi un rapporto di proporzionalità tra la sanzione inflitta e la gravità del fatto commesso. La proporzionalità della pena costituisce il presupposto per l'efficacia delle pene medesime in chiave di rieducazione del condannato, il quale non deve percepire la sanzione inflittagli come ingiusta ed eccessiva.

Si è, inoltre, evidenziato nella giurisprudenza costituzionale che il principio di proporzionalità della pena esige in via generale che la pena sia adeguatamente calibrata non solo al concreto contenuto di offensività del fatto di reato per gli interessi protetti, ma anche al disvalore soggettivo espresso dal fatto medesimo³⁰.

²⁸ In proposito, v. CASSIBBA, COLELLA, *Art. 3, in Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis e Viganò Giappichelli, 2016, 64 ss.

²⁹ Cfr. C. cost., 21 settembre 2016, n. 236; C. cost., 7 novembre 2018, n. 233; C. cost., 23 gennaio 2019, n. 40; C. cost., 7 aprile 2020, n. 73; C. cost., 9 luglio 2020, n. 190.

³⁰ C. cost., 29 aprile 2020, n. 73. Per un commento alla sentenza, cfr. LAZZERI, *La rimproverabilità soggettiva come vincolo di proporzionalità della pena in una nuova sentenza della Corte costituzionale dell'art. 69 comma 4*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 1104 ss. Successivamente in tal senso C. cost., 31 marzo 2021, n. 55, la quale ha dichiarato incostituzionale l'art. 69, comma 4, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 116, comma 2, c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p.

Il principio in parola richiede, insomma, che al minor grado di rimproverabilità soggettiva corrisponda una pena inferiore rispetto a quella che sarebbe applicabile a parità di disvalore oggettivo del fatto, così da garantire inoltre che la pena appaia una risposta – non solo non sproporzionata – bensì anche il più possibile “individualizzata”, e perciò calibrata sulla situazione del singolo condannato in attuazione del principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.).

La Corte ha reputato incostituzionale il divieto assoluto di ritenere prevalente la circostanza attenuante del vizio parziale di mente in presenza della recidiva reiterata. Tale divieto inderogabile di prevalenza non consente infatti al giudice di stabilire nei confronti del semi-infermo di mente una pena inferiore a quella che dovrebbe essere inflitta per un reato di parità gravità oggettiva, ma commesso da una persona che abbia agito in condizioni di normalità psichica, e pertanto pienamente capace, al momento del fatto, di rispondere all'ammonimento lanciato dall'ordinamento, rinunciando alla commissione del reato³¹.

Si profilano due possibili declinazioni del principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

(a) Un sindacato sulla proporzionalità della pena condotto mediante comparazione con la sanzione prevista per altre fattispecie criminose ritenute assimilabili.

(b) Un sindacato condotto direttamente, in termini assoluti, sull'entità della pena; attraverso un giudizio di “ragionevolezza intrinseca” di un trattamento sanzionatorio incentrato sul principio di proporzionalità.

4. *Il principio di proporzionalità nella Carta dei diritti fondamentali (art. 49 § 3)*

Si esamina adesso più nel dettaglio il principio di proporzione tra pena e reato previsto dall'art. 49 § 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Esso è mutuato dalle “tradizioni costituzionali

³¹ C. cost., 29 aprile 2020, n. 73, cit., la quale pertanto ha dichiarato incostituzionalità dell'art. 69, comma 4, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 89 c.p. sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p.

³² Cfr. SICURELLA, PANZAVOLTA, voce *art. 49*, in *Carta dei diritti fondamentali del-*

comuni agli Stati membri e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia”³², e rinviene la sua matrice storica, quanto al testo normativo, nell’art. 8 Dichiarazione dei diritti dell’uomo del 1789 «la legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie ...».

Il combinato disposto degli artt. 117, comma 1, Cost. e 49 § 3 Carta UE costituisce il parametro costituzionale che richiede ipotesi criminose rispettose del principio secondo cui la pena inflitta non sia sproporzionata rispetto al fatto di reato. La proporzionalità delle previsioni sanzionatorie impone quindi l’adozione di norme incriminatrici in grado di consentire il pieno adeguamento della pena alle caratteristiche del caso concreto.

Ora, stante la molteplicità di strumenti di tutela dei *fundamental rights* che conseguono dal primato (*primauté*) del diritto dell’Unione sulle normative nazionali, si pongono una serie di cruciali quesiti: anzitutto, se i diritti fondamentali a garanzia del diritto penale (artt. 47-50 Carta diritti UE) debbano operare unicamente come strumento interpretativo per il giudice nazionale, attraverso l’interpretazione conforme o adeguatrice al diritto eurounitario; oppure se rilevino altresì come incentivo per il meccanismo della disapplicazione *in bonam partem*, allorché la norma penale contrasti con una disciplina europea dotata di “effetti diretti”; ovvero se abbiano un percorso più articolato e arduo di tutela, non potendo qualificarsi i diritti fondamentali penali alla stregua di una normativa con “effetti diretti”: e dunque per eliminare il contrasto sia necessario ricorrere alla Corte costituzionale sulla base del disposto degli artt. 11 e 117 comma 1 Cost.³³.

Ebbene, non sembra possibile circoscrivere l’operatività dei diritti fondamentali penali tutelati dalla Carta di Nizza, riconoscendo ad essi il rango di semplice strumento interpretativo per il giudice nazionale. Nondimeno è palpabile la forte preoccupazione che aleggia nell’ammettere che il singolo giudice comune possa autonoma-

l’Unione europea, a cura di Mastroianni, Pollicino, Allegrezza, Pappalardo, Razzolini, Giuffrè, 2017, 972 ss.

³³ Il dibattito è ben illustrato da MANES, in MANES, CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 16 ss. Più in generale sul dibattito intorno alla collocazione della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti e alla sua giustiziabilità nell’ordinamento italiano, v. ora MANACORDA, *Doppia pregiudizialità e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell’Unione Europea nell’era del disincanto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 573 ss.

mente disapplicare – seppure *in bonam partem* – il diritto penale interno (le singole incriminazioni), facendo prevalere i diritti in materia penale garantiti dalla Carta UE. Si tratta pur sempre di una delicata sovrapposizione del giudice comune rispetto al legislatore parlamentare: il primo interviene in una materia riservata al secondo dalla Costituzione in modo episodico e autonomo, limitatamente al caso che deve decidere.

E proprio con riferimento ai principi di legalità e proporzionalità dei reati e delle pene eurounitari (art. 49 Carta UE) è evidente la genericità della loro formulazione normativa, la trama aperta che li costituisce; e quindi la difficoltà di riconoscere l'efficacia diretta a tali principi. Mentre appare diversa la situazione per il principio del *ne bis in idem* (art. 50 Carta UE): al quale sia la giurisprudenza sovranazionale, sia quella di legittimità ha sovente attribuito efficacia diretta³⁴.

A tal proposito, si pensi alla recente giurisprudenza di legittimità che – in tema di abusi di mercato e *ne bis in idem* – si è occupata nel dettaglio di indicare il funzionamento dell'analisi e valutazione circa la proporzionalità della sanzione complessivamente irrogata. Allorché, la violazione del *ne bis in idem* riguardi la sanzione amministrativa, essendo già divenuta irrevocabile quella penale, qualora si ritenesse il complessivo trattamento sanzionatorio lesivo della garanzia del *ne bis in idem* il giudice nazionale dovrà dare applicazione diretta al principio garantito dall'art. 50 Carta diritti fondamentali UE, disapplicando, se necessario e naturalmente solo *in melius*, le norme che definiscono il trattamento sanzionatorio³⁵.

Certamente, la genericità della formulazione dei principi di legalità e proporzionalità europei rappresenta un punto decisivo: come

³⁴ Cfr., per la casistica, MANES, in MANES, CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 19 ss. In particolare, secondo Cass., Sez. VI, 15 novembre 2016, n. 54467, in *C.E.D. Cass.*, n. 268931, nell'ambito dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 50 della Carta di Nizza, si configura come garanzia generale da invocare nello spazio giuridico europeo, anche nei confronti di uno Stato non appartenente alla UE, ogni qual volta si sia formato un giudicato penale su un medesimo fatto nei confronti della stessa persona ed a prescindere dalla sua cittadinanza europea.

³⁵ Cfr. ad es. Cass., Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, in *C.E.D. Cass.*, n. 274604. Per approfondimenti, v. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 444 ss.

sappiamo, la potestà di disapplicazione (*in bonam partem*) da parte del giudice nazionale del diritto penale contrastante con le disposizioni del diritto eurounitario sussiste soltanto allorché quest'ultime siano provviste di "effetto diretto": ossia abbiano carattere *self-executing* (senza necessità di adottare misure di attuazione dei precetti in esse contenute) e siano idonee ad attribuire in capo ai soggetti la titolarità dei singoli diritti invocabili in sede giurisdizionale³⁶.

I diritti garantiti dalla Carta UE non sono tutti provvisti di effetto diretto (disposizioni che hanno le caratteristiche di essere chiare, precise e incondizionate), così pertanto da risultare idonei a determinare la disapplicazione del diritto penale interno confliggente con quello eurounitario. E comunque, in presenza di eventuali dubbi sull'effetto diretto del diritto fondamentale contenuto nella Carta di Nizza, per dipanare il dilemma occorre fare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia *ex art. 267 TFUE*.

Alla stregua della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, la diretta applicabilità dipende dal tenore di ciascuna disposizione di volta in volta rilevante. L'efficacia diretta può così essere riconosciuta alle sole disposizioni della Carta dei diritti fondamentali che presentano i connotati – da verificare in ciascuna occasione eventualmente dalla Corte di giustizia – della chiarezza, precisione e portata incondizionata.

Altro aspetto da prendere in considerazione, quando si prospetti un'antinomia fra una norma e un diritto fondamentale, è quello relativo alla duplice e contemporanea tutela dello stesso sia a livello costituzionale che sovranazionale. Si pensi, in effetti, al principio di proporzionalità: esso è riconosciuto tanto dalla Costituzione italiana (artt. 3 e 27 Cost.) quanto dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 49 § 3). Si tratta di una *overlapping protection*, di una protezione sovrapposta che presenta il rischio congenito di marginalizzare il ruolo delle Corti costituzionali nel settore della tutela dei *fundamental rights*³⁷.

Al riguardo, vanno distinti due profili: inerenti entrambi ai presupposti e all'ambito di verifica dei singoli Tribunali costituzionali de-

³⁶ Cfr. V. ZAGREBELSKY, CHENAL, TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, 2019, 109 ss.

³⁷ Ancora sul punto si veda MANES, in MANES, CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 20 ss.

gli Stati membri e dei giudici nazionali, nel caso di conflitto tra norma interna e diritti fondamentali garantiti dal diritto eurounitario.

Anzitutto, con il notissimo *obiter dictum* nella sentenza c.d. ceramica Sant'Agostino la Consulta ha cercato di attribuirsi un ampio spazio di sindacato sul rispetto dei diritti fondamentali, asserendo che tale controllo gli spetti ogni volta che «una legge sia oggetto di dubbi di costituzionalità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria»³⁸.

Va detto, tuttavia, che la Corte costituzionale è ritornata sull'argomento, precisando le sue affermazioni: nel senso dell'opportunità e non già della doverosità per il giudice ordinario di rivolgersi alla Consulta, qualora si pongano dubbi interpretativi in relazione a diritti riconosciuti sia nella Costituzione sia nella Carta dei diritti UE. Il giudice comune è pertanto libero di rivolgersi direttamente alla Corte di giustizia o di ricorrere agli altri strumenti che il diritto europeo gli fornisce (ad esempio, la disapplicazione), non essendo comunque precluso il ricorso alla Corte costituzionale³⁹.

Il secondo profilo attiene a quanto prescritto dall'art. 51 Carta diritti UE. Dall'interpretazione di quest'ultima disposizione, si ricava quanto segue: perché un diritto fondamentale della Carta UE sia invocabile è necessario che la fattispecie oggetto di legislazione interna sia disciplinata anche dal diritto europeo e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto⁴⁰. A tale riguardo, una certa importanza assume l'art. 83 TFUE in tema di cooperazione giudiziaria in materia penale (cfr. *retro* § 1), in cui si prescrive che a

³⁸ C. cost., n. 269 del 2017, in *Giur. cost.*, 2017, 2948, con oss. di SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*; *ivi* 2955, con oss. di REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*. In proposito, si veda l'analisi di MANACORDA, *Doppia pregiudizialità e Carta dei diritti fondamentali*, cit., 600 ss.

³⁹ In tal senso C. cost., 23 febbraio 2019, n. 63, in *Giur. cost.*, 2016, 637, con oss. di RIMOLI, *Laicità, eguaglianza, intese: la Corte dice no agli atei (pensando agli islamici)*; *ivi*, 647, con oss. di CROCE, *La giurisprudenza costituzionale in materia di edilizia di culto fra esigenze di eguale libertà e bisogno crescente di sicurezza*; v. inoltre C. cost. n. 20 del 2019. In dottrina, cfr. MANES, in MANES, CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 20 ss.

⁴⁰ Cfr. C. cost. n. 80 del 2011.

livello europeo possono essere stabilite norme minime relative alla definizione dei reati “in sfere di criminalità particolarmente gravi che presentano una dimensione transnazionale”: terrorismo, tratta di essere umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

In particolare, l'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali UE stabilisce che le disposizioni della Carta medesima «si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». E il concetto di “attuazione del diritto UE” è stato esteso – dalla giurisprudenza costituzionale – ad ogni attività statale rientrando nell'ambito o nel campo di applicazione del diritto eurounitario⁴¹. In proposito, va tenuto in considerazione che la Grande Sezione della Corte di Lussemburgo, già con la nota pronuncia “Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson” del 2013, ha preso una posizione volta all'ampliamento dell'ambito di applicazione della Carta UE a materie che hanno anche un legame soltanto affievolito con il diritto eurounitario⁴².

Di conseguenza, per adire la Corte costituzionale per l'inosservanza dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione a un diritto fondamentale dell'Unione europea, è necessario individuare il “collegamento” fra la norma sottoposta a scrutinio di costituzionalità e il diritto dell'Unione. Ed è onere delle parti rimettenti – a pena di inammissibilità del ricorso per genericità dei motivi – prospettare tale legame. Fermo restando che poi spetterà alla Corte valutarne la ricorrenza.

Su queste premesse, la Consulta ha reputato inammissibile la questione di costituzionalità, sollevata da uno dei giudici rimettenti con riguardo al principio di proporzionalità eurounitario, ai sensi degli artt. 117, comma 1, Cost. e 49 Carta dei diritti fondamentali. E questo in quanto sul giudice *a quo* grava un vero e proprio onere di dare contezza delle ragioni per cui la disciplina censurata vale ad attuare il diritto dell'Unione. In mancanza di ciò, la prospettazione dei

⁴¹ C. cost., 23 febbraio 2019, n. 63, cit. Cfr. V. ZAGREBELSKY, CHENAL, TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 82 ss.

⁴² Approfondite considerazioni in MANES, in MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., 15 ss.

motivi di asserito contrasto tra la norma denunciata (qui la rapina impropria) e il parametro costituzionale è risultata generica; con la conseguente dichiarazione, da parte della Corte costituzionale, di inammissibilità della relativa questione⁴³.

5. *Sindacato di costituzionalità sui valori sanzionatori e principio di proporzionalità*

Uno dei temi che negli ultimi anni ha proposto dei nuovi scenari è quello dell'incostituzionalità del trattamento sanzionatorio di una incriminazione, in relazione al principio di proporzionalità della pena.

In ordine al sindacato di costituzionalità sui valori sanzionatori, si è assistito infatti nella recente giurisprudenza costituzionale a un allargamento dei confini della possibilità di intervento del Giudice delle leggi, allorché vi siano sintomi di manifesta irragionevolezza per sproporzione di un trattamento sanzionatorio⁴⁴.

È evidente che il limite all'intervento della Corte costituzionale è qui rappresentato dal principio della riserva di legge penale (art. 25, comma 2, Cost.): quest'ultima non può sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo, altrimenti eserciterebbe un inammissibile potere di scelta in materia sanzionatoria penale.

Il punto di equilibrio è stato trovato nell'affermazione secondo cui, per un verso, la determinazione del trattamento sanzionatorio per i fatti di reato è riservato alla discrezionalità del legislatore, in conformità a quanto previsto dall'art. 25, comma 2, Cost.; per altro verso, tuttavia, tale discrezionalità incontra il proprio limite nella manifesta irragionevolezza delle scelte legislative: limite oltrepassato allorché le pene appaiono manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto contemplato come reato⁴⁵.

⁴³ Così C. cost., 31 luglio 2020, n. 190.

⁴⁴ Cfr. C. cost., 22 gennaio 2007, n. 22, in *Giur. cost.*, 2007, 181, con oss. di BRUNELLI, *La Corte costituzionale «vorrebbe ma non può» sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, secondo la quale il sindacato di costituzionalità può investire le pene scelte dal legislatore solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza.

⁴⁵ Chiaramente in tal senso, ad esempio, C. cost., 5 dicembre 2018, n. 222.

Anche se – come vedremo a breve – appare emblematico che attualmente il minimo edittale di una delle incriminazioni più ricorrenti nella prassi (il “traffico illecito di droghe pesanti”) non risulti fissato dal legislatore, bensì da una pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 40/2019); ponendosi l'immane tema di che cosa resti effettivamente del tradizionale (almeno nel nostro Paese) principio della riserva di legge parlamentare in materia penale.

La prima significativa novità è rappresentata proprio dalla possibilità di impiego del principio di proporzionalità della pena quale autonomo parametro di costituzionalità, emancipato dal *tertium comparationis*. Ma poi la vera svolta è avvenuta mediante l'abbandono del paradigma delle “rime costituzionali obbligate”, sotteso al modello triadico che salda lo scrutinio sulla proporzionalità della pena al principio di uguaglianza⁴⁶.

A tal proposito, una notevole importanza assume la vicenda in cui la Corte è stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale della pena prevista per l'ipotesi criminosa di alterazione dello stato civile del neonato di cui all'art. 567, comma 2, c.p. Essa ha ritenuto la cornice edittale irragionevolmente sproporzionata per eccesso e in contrasto con il principio della finalità rieducativa della pena⁴⁷.

La Consulta si è posta la questione di come rispettare il monopolio del legislatore in materia di sanzione penale. Si è asserito pertanto che la valutazione deve essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo. È infatti necessario individuare soluzioni esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata.

Alla Corte è consentito quindi emendare le scelte del legislatore in tema di trattamento sanzionatorio penale, ma unicamente in riferimento a «grandezze già rinvenibili nell'ordinamento». L'obiettivo infatti del controllo sulla manifesta irragionevolezza delle scelte san-

⁴⁶ Per un'ampia e recente ricostruzione della tematica, cfr. MANES, in MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., 364 ss. Si veda inoltre BARTOLI, *Dalle rime obbligate alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2566 ss.; MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, ES, 2020, 336 ss.; MACCHIA, *Il controllo costituzionale e di proporzionalità e ragionevolezza*, cit., 34 ss.; PEDULLÀ, *La proporzionalità della pena nella dimensione interna e sovranazionale*, cit., 131 ss.

⁴⁷ In tal senso, cfr. C. cost., 10 novembre 2016, n. 236, in *Giur. cost.*, 2016, 2105, con oss. di MANES, *Proporzione senza geometrie*.

zionatorie non è quello di alterare le opzioni discrezionali del legislatore, bensì di ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, eliminando le ingiustificabili incongruenze ove possibile.

Sulla scorta di tali considerazioni, il Giudice delle leggi – constatato che oltre alla figura criminosa censurata nell'art. 567 c.p. al comma 1 è contemplato un ulteriore delitto che commina una pena nettamente inferiore, il quale ha tratti comuni e offende il medesimo bene, così da non legittimare una divergenza di trattamento sanzionatorio – per rispettare i limiti del suo potere di intervento ha ritenuto che la soluzione praticabile consiste nel parificare il trattamento sanzionatorio delle due incriminazioni ricomprese nell'art. 567 c.p., così da adoperare una “grandezza già rinvenibile nell'ordinamento”⁴⁸.

In una successiva decisione, la Corte ha confermato e ulteriormente precisato le affermazioni compiute nella sentenza in materia di alterazione di stato. Il Giudice delle leggi ha qui preso in considerazione il carattere fisso decennale della durata delle pene accessorie di natura interdittiva in relazione ai delitti di bancarotta, dichiarando incostituzionale, per violazione dei principi di proporzionalità e necessaria individualizzazione della pena, l'art. 216 ult. comma l. fall., nella parte in cui dispone che la condanna per uno dei fatti di bancarotta fraudolenta comporta la pena accessoria di natura interdittiva per la durata fissa di 10 anni anziché “fino a 10 anni”⁴⁹.

Si è superata definitivamente la necessità per i giudici remittenti di individuare “soluzioni costituzionalmente obbligate” idonee a rimediare al *vulnus* costituzionale denunciato. Si è sostenuto che per l'intervento correttivo della Corte del trattamento sanzionatorio di una figura di reato, di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi costituzionali, non è necessario che esista nel sistema un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma incriminatrice avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*⁵⁰.

⁴⁸ Ancora così C. cost., 10 novembre 2016, n. 236, cit. V. inoltre già per tale prospettiva C. cost. sent. nn. 148 del 2016 e 22 del 2007, cit.

⁴⁹ C. cost., 5 dicembre 2018, n. 222, in *Giur. cost.*, 2018, 2566, con oss. di BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*. Per approfondimenti, cfr. altresì GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 267 ss.

⁵⁰ C. cost., 5 dicembre 2018, n. 222, cit.

Essenziale è invece che il sistema nel suo complesso offra alla Corte costituzionale “precisi punti di riferimento” e “soluzioni già esistenti”, ancorché “non costituzionalmente obbligate”, che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria reputata illegittima. La diversa soluzione, in grado di sostituirsi a quella prevista dalla disposizione censurata e di inserirsi al tempo stesso armonicamente all’interno della logica già seguita dal legislatore escludendo il riscontrato vizio di costituzionalità, è offerta dal sistema della legge fallimentare. Invero, le due disposizioni incriminatrici (artt. 217 e 218 l. fall.: bancarotta semplice e ricorso abusivo al credito) che immediatamente seguono il delitto di bancarotta fraudolenta di cui all’art. 216 l. fall. prevedono le medesime pene accessorie indicate nell’ultimo comma dell’art. 216, ma dispongono che la loro durata sia stabilita discrezionalmente dal giudice “fino a” un massimo determinato dalla legge⁵¹.

In una ancor più recente pronuncia è interessante notare come la Consulta abbia affrontato e risolto la prospettata incostituzionalità della generale causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all’art. 131-*bis* c.p., non applicabile ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva e che presentano una pena detentiva nel massimo superiore a cinque anni. Sarebbe così irragionevolmente preclusa l’operatività della stessa nei confronti di quei reati che proprio attraverso l’omessa previsione di un minimo di pena detentiva (con la conseguente previsione del minimo assoluto di cui all’art. 23, comma 1, c.p., pari a 15 giorni) il legislatore ha mostrato di valutare in termini di potenziale minima offensività, come nel reato di ricettazione attenuata da particolare tenuità⁵².

Ad avviso del Giudice delle leggi, il carattere generale della causa di non punibilità gli impedisce di rinvenire nell’ordinamento un ordine di grandezza che possa essere assunto a minimo edittale di pena detentiva, sotto il quale essa potrebbe applicarsi comunque a prescindere cioè dal massimo edittale. Nondimeno, alla luce dell’art. 3 Cost., si rinviene un’intrinseca irragionevolezza alla preclusione dell’applicazione dell’art. 131-*bis* c.p. per reati come la ricettazione di particolare tenuità. E ciò comporta l’illegittimità costituzionale dello stesso nella parte in cui non consente il riconoscimento della

⁵¹ C. cost., 5 dicembre 2018, n. 222, cit.

⁵² C. cost., 21 luglio 2020, n. 156.

⁵³ C. cost., 21 luglio 2020, n. 156, cit.

causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva⁵³.

Il nuovo indirizzo, che non ritiene inammissibile l'intervento della Corte costituzionale sulla dosimetria della pena anche in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate, si è rafforzato ulteriormente con l'importante sentenza in tema di reati in materia di stupefacenti prima menzionata. La Consulta ha finalmente esaminato nel merito le questioni di costituzionalità sollevate al riguardo, superando le ragioni che avevano nel passato ostacolato tale esame sintetizzabili nel fatto che ai vizi poteva porsi rimedio attraverso una pluralità di soluzioni tutte costituzionalmente legittime, sicché sarebbe spettato unicamente al legislatore e non alla Corte emendare i vizi della disposizione censurata⁵⁴.

Il Giudice delle leggi ha colto qui il difetto di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza del minimo edittale previsto dall'art. 73, comma 1, t.u. stup. (8 anni di reclusione) nel raffronto con il massimo edittale stabilito per il fatto di lieve entità *ex* art. 73, comma 5, t.u. stup. (4 anni di reclusione): il confine sanzionatorio delle due incriminazioni è irragionevolmente distante, e così il trattamento sanzionatorio, sensibilmente diverso tra le fattispecie che si pongono sul confine tra l'ipotesi "ordinaria" e l'ipotesi "lieve", determina un rapporto non ragionevole con il disvalore della condotta, una pena non proporzionata al fatto e quindi percepita come ingiusta e destinata a non realizzare lo scopo rieducativo verso cui obbligatoriamente deve tendere⁵⁵.

Secondo la Corte, restando fermo che non gli spetta di determinare autonomamente la misura della pena, l'ammissibilità della questione in proposito è condizionata non tanto dalla presenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nel sistema di previsioni sanzionatorie che, trasposte all'interno della incriminazione censurata, garantiscano coerenza alla logica perseguita dal legislatore.

⁵⁴ C. cost., 8 marzo 2019, n. 40, in *Cass. pen.*, 2019, 2428; in *Giur. cost.*, 2019, 696, con oss. di MARTIRE, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adequate", benché non "obbligate"*. Al riguardo, v. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, La Sapienza Editore, 2019, 91 ss.

⁵⁵ C. cost., 8 marzo 2019, n. 40, cit.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte ha accolto la questione di legittimità prospettata dal giudice rimettente, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 73, comma 1, t.u. stup. nella parte in cui prevede un minimo edittale di otto anni anziché di sei anni di reclusione. La misura della pena individuata dal rimettente, sebbene non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria e si ricava dalla disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore. È pertanto soluzione costituzionalmente adeguata, benché non obbligata⁵⁶.

L'ultima sentenza che si esamina, in merito al sindacato di costituzionalità sui valori sanzionatori, è quella che riunisce e definisce tre giudizi di legittimità costituzionale aventi ad oggetto la disposizione di cui all'art. 628, comma 2 c.p., la quale contiene il reato di cosiddetta "rapina impropria". Le questioni di legittimità costituzionale, in sostanza, hanno ruotato attorno alla pena comminata nel delitto *ex* art. 628, comma 2, c.p. Si tratta della stessa cornice edittale stabilita per la fattispecie di "rapina propria", ai sensi del comma 1 del medesimo articolo. E, in particolare, viene in rilievo l'elevato valore edittale minimo di cinque anni di reclusione (così fissato dalla l. n. 36 del 2019, in materia di c.d. legittima difesa domiciliare)⁵⁷.

Quanto ai parametri costituzionali, in relazione ai quali la disposizione in questione è censurata, questi sono in gran parte coincidenti nei tre giudizi di costituzionalità. Si è assunto, in primo luogo, la violazione dell'art. 3 Cost.: sia per lesione del principio di uguaglianza formale, sia per lesione del principio di ragionevolezza. In secondo luogo, si è prospettata la violazione del principio di offensività *ex* art. 25, comma 2, Cost. Si è ritenuto, infine, violato il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria: tanto per la lesione dell'art. 27, comma 3, Cost., giacché la funzione rieducativa della pena impone un rapporto di proporzionalità tra sanzione inflitta e gravità del fatto commesso e dell'offesa, non conseguibile sulla scorta della elevata sanzione minima edittale; quanto per l'inosservanza dell'art. 117 Cost. in relazione al diritto fondamentale dell'Unione europea, di cui all'art. 49 § 3 Carta UE.

⁵⁶ C. cost., 8 marzo 2019, n. 40, cit.

⁵⁷ C. cost., 31 luglio 2020, n. 190, cit.

In particolare, nella formulazione del *petitum* viene ricordato come il sindacato di costituzionalità sui valori sanzionatori è subordinato, dalla recente giurisprudenza costituzionale, alla possibilità di identificare nell'ordinamento “grandezze già rinvenibili” e di riportare ad esse l'intervento manipolatorio del Giudice delle leggi.

Secondo il rimettente, per conformarsi agli esiti dell'elaborazione giurisprudenziale riguardo al controllo di costituzionalità delle scelte sanzionatorie compiute dal legislatore penale, occorrerebbe pertanto la totale ablazione del secondo comma dell'art. 628 c.p. La richiesta dei giudici *a quibus* alla Corte costituzionale – il *petitum* – è stato dunque un intervento di radicale caducazione del delitto di rapina impropria. E ciò perché in tal modo le condotte sarebbero sussumibili nelle fattispecie criminose del furto (consumato o tentato) e in quelle di resistenza a pubblico ufficiale o violenza privata. L'eliminazione della disposizione oggetto di censura determinerebbe infatti la riespansione delle figure incluse nel reato complesso *ex art.* 84 c.p. La sostituzione quindi della incriminazione di rapina impropria con quella di furto più i reati commessi “in sequenza”: violenza o resistenza a un pubblico ufficiale (artt. 336 e 337 c.p.) o violenza privata (art. 610 c.p.).

Così, attraverso la declaratoria di illegittimità costituzionale della rapina impropria, si eliminerebbe: sia il *deficit* di eguaglianza formale, introducendo un analogo trattamento per situazioni assimilabili; sia la violazione del principio di ragionevolezza, escludendo l'identico trattamento sanzionatorio di situazioni eterogenee; nonché, grazie alle ampie possibilità di modulazione restituite al giudice, l'ordinamento potrebbe reagire in misura proporzionata ai fatti.

La Consulta attraverso un articolato e rigoroso percorso argomentativo ha, *in primis*, tracciato un confronto degli elementi costitutivi delle due fattispecie di rapina (propria e impropria). A tal riguardo, viene evidenziato come tra le figure vi siano, al contempo, un nucleo comune e un elemento differenziale: il tratto qualificante deve rinvenirsi nella commissione di una condotta violenta o minacciosa nel medesimo contesto spazio-temporale di un'aggressione patrimoniale, mentre l'elemento differenziale risulta costituito dalla “mancata instaurazione di una situazione possessoria in capo all'agente”.

Ebbene, secondo il Giudice delle leggi, tale elemento diversificante, tuttavia, non sottrarrebbe nulla al nucleo comune, rappresen-

tato – come detto – dalla voluta compresenza di un'aggressione al patrimonio e di un'aggressione alla persona. In altri termini, viene riconosciuto come gli elementi costitutivi delle fattispecie di rapina (propria e impropria) non siano perfettamente sovrapponibili; ciononostante, una siffatta divergenza non impone un diverso trattamento sanzionatorio delle due fattispecie, soprattutto perché la scelta del legislatore di parificare il trattamento sanzionatorio non è qualificabile come manifestamente irragionevole, unica opzione che giustificerebbe un intervento della Corte costituzionale.

La Corte, pur dichiarando infondate/inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 628, comma 2, c.p., nell'ultimo capoverso della pronuncia esprime nondimeno una forte preoccupazione in merito al grado di pressione punitiva attualmente esercitata nei delitti contro il patrimonio. Un livello tale da richiedere una «attenta considerazione da parte del legislatore, alla luce di una valutazione, complessiva e comparativa, dei beni tutelati dal diritto penale e del livello di protezione loro assicurato»⁵⁸.

6. *Qualche riflessione conclusiva: verso il superamento della rigida distinzione oggettivo-legalità/soggettivo-colpevolezza?*

L'esame dei temi trattati – *primauté*, Carta dei diritti UE, proporzionalità – è di tale complessità da suscitare qualche riflessione conclusiva, che va oltre gli steccati rigidi del diritto penale. Anzi-tutto, nella mia formazione di studioso del diritto penale sostanziale, quando penso ai principi penali costituzionali (e non solo!), dal punto di vista morfologico immagino tali principi avvinti in una rigida bipartizione: oggettivo/soggettivo, ovvero legalità/colpevolezza (artt. 25/27 Cost.).

E sulla scorta di tale suddivisione, il principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio sembrerebbe da assegnare al versante “soggettivo”: il parametro normativo individuato dalla Corte costituzionale è quello dell'art. 27 Cost.

Cionondimeno se facciamo riferimento alla Carta dei diritti fondamentali UE, il principio di proporzionalità della pena lo troviamo collegato – anche topograficamente – con il principio di legalità nell'art. 49: da attribuire perciò al versante “oggettivo”.

⁵⁸ C. cost., 31 luglio 2020, n. 190, cit.

D'altronde a livello sovranazionale il diritto penale conosce una commistione, una interazione, tra oggettivo-legalità e soggettivo-colpevolezza. Si pensi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che pone la personalità della responsabilità penale nell'art. 7 Cedu (*nulla poena sine lege*).

A livello di principio di proporzione si realizza allora, anche nel nostro ordinamento – tramite il riferimento e la valorizzazione dell'art. 49 Carta UE – una ibridazione, un *mélange*, fra oggettivo-legalità e soggettivo-colpevolezza. Un esito al quale già la celebre sentenza costituzionale n. 364 del 1988, che portava a compimento nel nostro sistema il principio di personalità della responsabilità penale, era giunta, asserendo che il principio di colpevolezza in materia penale (art. 27 Cost.) costituisce anche garanzia di libere scelte di azione del cittadino, e come tale rappresenta il secondo aspetto del principio di legalità (art. 25 Cost.) vigente in ogni Stato di diritto.

Il superamento della rigida distinzione tra oggettivo-legalità e soggettivo-colpevolezza, dicotomia che è inscritta nel DNA del penalista italiano, mi evoca un ardito ma forse proficuo parallelo con il recente saggio del noto fisico teorico italiano (e ormai scrittore di successo) Carlo Rovelli dal titolo “*Helgoland*”⁵⁹.

Lo scritto di Rovelli tratta della teoria dei quanti, definita la più grande rivoluzione scientifica di tutti i tempi. La fisica quantistica prescinde dalla distinzione tra oggettivo e soggettivo, e al mondo fatto di sostanze sostituisce un mondo fatto di relazioni. Una fitta rete di relazioni in cui le proprietà delle cose si manifestano.

E ciò ricorda la nuova “visione” dei principi costituzionali di legalità e colpevolezza intessuti fra loro, i quali danno vita a un gioco prospettico, come di specchi, che esistono solo nel riflesso di uno nell'altro⁶⁰.

Infine, la riflessione non può non appuntarsi sul nucleo concettuale della proporzionalità: ossia la relazione tra gravità del fatto di

⁵⁹ ROVELLI, *Helgoland*, Adelphi, 2020.

⁶⁰ Si veda ancora al riguardo il meraviglioso saggio di ROVELLI, *Helgoland*, cit., 81 ss. Senza dimenticare che già Heidegger con la sua dottrina dell'essere-nel-mondo (*In-der-Welt-sein*) come trascendenza aveva superato la scissione tra soggetto e oggetto, facendo subentrare al suo posto l'unità tra esistenza e mondo (cfr. in proposito GALIMBERTI, *Heidegger e il nuovo inizio*, Feltrinelli, 2020, 85 ss.).

reato e il suo trattamento sanzionatorio. Esso implica, contiene al suo interno, un'idea che sta a fondamento della cultura arcaica.

Ebbene, l'idea in questione si basa sulla constatazione che la natura non è stata prodiga di "misure assolute", sulle quali costruire un sistema di misure normate: vi sono il giorno e l'anno (cioè misure temporali), vi sono gli intervalli armonici, e niente altro.

E dunque il principio di proporzionalità (la relazione tra gravità del fatto/pena) partecipa di quell'idea fondamentale dei tempi antichi, secondo cui – tranne le eccezionali misure assolute prima ricordate – non vi è alcun fenomeno, alcun oggetto che non debba essere "misurato" rispetto a qualsiasi altra cosa⁶¹.

Abstracts

Il lavoro esamina, anzitutto, le ricadute che derivano dal primato del diritto dell'Unione sui diritti nazionali in campo penale, nonostante la perdurante assenza di una competenza normativa diretta in tale ambito. In particolare, poi, si analizza il principio di proporzionalità della pena previsto nella Carta dei diritti fondamentali UE, anche alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale. Infine, si formulano alcune riflessioni volte al superamento della rigida distinzione, in campo penale, fra la legalità (oggettivo) e la colpevolezza (soggettivo).

The paper investigates first the impact of the primacy of Union law on national criminal law, despite the continuing absence of direct regulatory competence in this area. In particular, it analyses the principle of proportionality of penalties provided for in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, also in the light of the jurisprudence of the Constitutional Court. Finally, some reflections are formulated aimed at overcoming the rigid distinction, in the criminal field, between legality (objective) and guilt (subjective).

⁶¹ Si vedano DE SANTILLANA, VON DECHEND, *Sirio*, Adelphi, 2020, 81 ss., che fanno riferimento al concetto ricavabile dal termine greco "συμμετρία", con un senso molto più ampio dell'odierno "simmetria".

Nel centenario della pubblicazione di H. Kelsen, “Essenza e valore della democrazia”

Cesare Pinelli

SOMMARIO: 1. Le due edizioni. – 2. Parlamentarismo e democrazia: il percorso storico e le sfide del presente. – 3. Il confronto con Rousseau. – 4. La selezione dei capi. – 5. I partiti politici e la democrazia quale metodo di selezione dei capi. – 6. Democrazia e relativismo. – 7. L'eredità dell'opera.

1. *Le due edizioni*

A un secolo dalla prima edizione¹, “Essenza e valore della democrazia” di Hans Kelsen è opera con cui fare ancora i conti, a maggior ragione se si cerchi di storicizzarne premesse e approdi. Racchiude, infatti, la prima teoria della democrazia in grado di misurarsi con l'avvento del suffragio universale (maschile) e con l'ascesa dei partiti di massa nell'Europa continentale, alla vigilia di regimi totalitari che vi avrebbero quasi ovunque travolto la convivenza democratica. Un interstizio temporale molto specifico, dunque, nel quale la precarietà degli assetti politici metteva in ombra il bisogno di visioni lungimiranti.

Senonché gli studi di Kelsen sulla democrazia furono oscurati dalla sua fama di “giurista del secolo”, e comunque fortemente condizionati dalla ricerca del loro rapporto con la teoria del diritto². Pur totalmente ingiustificata, quando non avanzata strumentalmente, l'accusa al “formalista” Kelsen di legittimare qualsiasi regime in sede teorica è rimasta nella memoria dei giuristi ben più dei tentativi di ricostruirne analiticamente i percorsi scientifici e di verificarne le reciproche interrelazioni.

¹ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Mohr, Tübingen, 1920, 38. La traduzione del titolo in italiano riportata nel testo non è l'unica. La prima traduzione è *Intorno alla natura e al valore della democrazia*, e si riferisce al testo comparso in H. KELSEN, A. VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, Stabilimento Tipografico Garroni, Roma, 1930, ripubblicato per intero nel 2012 da Aragno, Torino, con prefazione e a cura di M.G. Losano. Per la seconda edizione dell'opera, che è del 1929, si avrà riguardo ad H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in H. KELSEN, *La democrazia*, a cura di M. Barberis, il Mulino, Bologna, 1995.

² Cfr. L. RIZZI, *Legittimità e democrazia. Studio sulla teoria politica di Hans Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1990, 1 ss.

Solo di recente si è indagato sull'evoluzione della sua teoria della democrazia negli anni Venti, e in particolare sul rapporto fra le due edizioni dell'opera³. La differenza principale, che lascia inalterata l'impostazione e gran parte del contenuto dell'opera, sarebbe riconducibile al mutato contesto storico-politico giacché mentre nella prima Kelsen oppone la sua visione della democrazia alla dittatura del proletariato instaurata nella Russia sovietica, nella seconda critica anche il regime fascista nel frattempo affermatosi in Italia e i fautori della rappresentanza corporativa⁴. La diffusione dei totalitarismi nell'Europa degli anni Venti non esaurisce tuttavia i termini del confronto fra le due edizioni. La seconda, che è assai più corposa, si arricchisce di lunghe note dedicate a scritti comparsi dopo il 1920, e soprattutto di una trattazione sui partiti⁵, la quale costituisce una integrazione decisiva della teoria kelseniana della democrazia.

Per intendere il contesto in cui maturò, occorre in definitiva prestare attenzione non solo alle sfide dei totalitarismi che aveva davanti, ma prima ancora alla trasformazione che secondo il suo autore l'idea di democrazia aveva subito con l'avvento del suffragio universale e dei partiti politici organizzati. Per questa ragione mi riferirò alla seconda edizione dell'opera.

2. *Parlamentarismo e democrazia: il percorso storico e le sfide del presente*

Scrivendo Kelsen che “La lotta condotta contro l'autocrazia verso la fine del secolo XVIII e l'inizio del XIX fu, in essenza, una lotta per il parlamentarismo”, dove per “parlamentarismo” intende “la formazione della volontà direttiva dello Stato attraverso un organo collegiale eletto dal popolo in base al suffragio universale ed egualitario, vale a dire democratico, secondo il principio della maggioranza”⁶.

A suo avviso l'affermazione di un organo collegiale eletto dal popolo era andata di pari passo con un processo di democratizzazione segnato da “risultati realmente importanti, quali l'emancipa-

³ S. LAGI, *La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione (1920-1932)*, in *Teoria politica*, 7/2017, Annali VII, 363 ss.

⁴ S. LAGI, *La teoria democratica*, cit., 374 ss.

⁵ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 62-72.

⁶ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 73 ss.

zione completa della classe borghese mediante la soppressione dei privilegi; in seguito, il riconoscimento dell'uguaglianza dei diritti politici del proletariato e, con ciò, l'inizio dell'emancipazione morale ed economica di questa classe di fronte alla classe capitalista"⁷. Senonché, mentre nella monarchia costituzionale le tendenze antiparlamentari rimasero inefficaci "di fronte al progresso lento ma incessante del movimento democratico, che trovava il suo principale sostegno nel Parlamento", la situazione appare a Kelsen diversa quando "il principio parlamentare esercita un dominio assoluto e il limitato [...] La democrazia moderna vivrà soltanto se il parlamentarismo si rivelerà uno strumento capace di risolvere le questioni sociali del nostro tempo. Certo, democrazia e parlamentarismo non sono identici. Ma, poiché per lo Stato moderno l'applicazione di una democrazia diretta è praticamente impossibile, non si può seriamente dubitare che il parlamentarismo sia l'unica forma reale possibile dell'idea di democrazia. Perciò, il destino del parlamentarismo deciderà anche del destino della democrazia"⁸.

Da queste righe può ricavarsi la convinzione che, una volta sconfitta l'autocrazia con l'affermazione del suffragio universale e dell'eguaglianza politica dei cittadini, la democrazia potesse trovare senso solo se si fosse dimostrata la possibilità di risolvere in parlamento "le questioni sociali del nostro tempo". Tutto ciò sul presupposto che a fronte della "impossibilità pratica" della democrazia diretta il parlamentarismo fosse "l'unica forma reale possibile dell'idea di democrazia".

I passi riportati consentono di cogliere il percorso che avrebbe originato lo stato intrinsecamente problematico della democrazia contemporanea. L'affermazione che solo il parlamentarismo può costituire la forma possibile della democrazia diventa tanto più impegnativa, perché dopo aver mostrato come la stabile associazione dell'uno all'altra avesse costituito la chiave del loro successo per oltre un secolo, Kelsen lascia intendere che col suffragio universale la democrazia non poteva più venir concepita come un'ideologia, e doveva essere ripensata anche nel suo rapporto col parlamentarismo.

⁷ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 73.

⁸ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 74.

3. *Il confronto con Rousseau*

In effetti, nelle pagine precedenti si era già confrontato con Rousseau, “forse il più importante teorico della democrazia”⁹. Dove la confutazione sul piano logico dell’attacco di Rousseau alla rappresentanza politica è meno importante della introduzione della distinzione fra ideale e realtà della democrazia.

La celebre affermazione rousseauviana che il popolo inglese è libero solo al momento del voto proverebbe troppo, perché “pure se la volontà generale viene realizzata direttamente dal popolo, l’individuo è libero un momento soltanto, cioè durante la votazione, ma solamente se ha votato con la maggioranza, non con la minoranza che soccombe”¹⁰. Del resto, soggiunge, “perfino un apostolo della libertà quale è Rousseau esige l’unanimità soltanto per il contratto iniziale che fonda lo Stato”, a riprova che “l’opposizione degli interessi [...], che è un dato dell’esperienza”, rende “inammissibili per la vita politica corrente” garanzie della libertà individuale come l’unanimità o la maggioranza qualificata. Né questa restrizione nell’applicazione del principio di unanimità si spiega “con semplici motivi di opportunità”. Il fatto è che

“l’esistenza della società o dello Stato presuppone possa esservi discordanza fra l’ordine sociale e la volontà di coloro che sono ad esso sottomessi. Se fra dovere ed essere esistesse sempre una coincidenza, vale a dire se infinito fosse il valore della libertà, non si potrebbe più parlare di sottomessi. La democrazia rinuncia, per l’elaborazione di un ulteriore ordine sociale, all’unanimità che, ipoteticamente, si sarebbe applicata alla sua fondazione per contratto e si accontenta delle decisioni prese dalla maggioranza, limitandosi ad avvicinarsi al suo ideale originario. Che si continui a parlare di autonomia e a considerare ognuno come sottomesso alla propria volontà, mentre quella che vale è la legge della maggioranza, è un nuovo progresso della metamorfosi dell’idea di libertà”¹¹.

⁹ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 47. Giudizio peraltro implicitamente condiviso da C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), Milano, Giuffrè, 1984, 301 ss., in una concezione della democrazia opposta a quella kelseniana. Sul punto C. Pinelli, *The double fiction of the people*, in G. Amato, B. Barbisan, C. Pinelli (eds.), *Rule of Law versus Majoritarian Democracy*, in corso di pubblicazione.

¹⁰ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 48.

¹¹ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 49-50.

Il ricorso alla dicotomia fra essere e dover essere al fine di spiegare il funzionamento della democrazia presenta solo qualche somiglianza con l'uso della stessa dicotomia nella teoria kelseniana del diritto. In effetti, l'argomento adoperato al momento di applicare la dicotomia alla democrazia, ossia l'impossibilità di considerare il valore della libertà come infinito, aiuta a spiegarne l'uso nella teoria del diritto, che è pur sempre per lui una tecnica di organizzazione sociale. Tuttavia, mentre la dicotomia fra essere e dover essere giuridico resta sempre tale, in quanto condizione di pensabilità del diritto, quella fra ideale e realtà della democrazia non esclude "un avvicinarsi al suo [della democrazia] ideale originario". Per comprendere perché, dobbiamo vedere come Kelsen tratta il principio di maggioranza.

A suo avviso il principio di maggioranza presuppone l'idea di uguaglianza, ma non si può giustificare in base ad essa, nella misura in cui richiede che i più numerosi abbiano maggior potere di pochi. "C'è soltanto un'idea", osserva a questo punto, "che porta, per una via ragionevole, al principio maggioritario: l'idea che, se non tutti gli individui, almeno il più gran numero di essi sono liberi, il che vale a dire che occorre un ordine sociale che sia in contrasto col più piccolo numero di essi"¹². Qui si coglie il senso dell'"avvicinarsi al suo ideale originario", consistente nell'autodeterminazione di tutti. Non si tratta comunque di una prescrizione giuridica, ma di un ideale affermato da filosofi della politica come Rousseau, anche se è bene distinguere dalla realtà poiché "Molti malintesi, nella discussione del problema, vengono originati dal fatto che c'è chi parla soltanto dell'idea e chi soltanto della realtà del fenomeno mentre bisognerebbe tener raffrontati questi due elementi, considerando la realtà alla luce dell'ideologia che la domina, l'ideologia dal punto di vista della realtà che la sostiene"¹³.

Più avanti questa avvertenza è riferita al principio di maggioranza che, se ideologicamente "sta a rappresentare la formazione della volontà generale col più grande accordo possibile fra la medesima e le volontà individuali", nella realtà significa che "i membri della comunità sociale si organizzano essenzialmente in due gruppi. L'importante è che, dalla tendenza a formare una maggioranza, a

¹² H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 52.

¹³ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 57.

conquistare una maggioranza, risulta che, in ultima analisi, non sono che due i gruppi che essenzialmente si oppongono, che lottano per il potere, in quanto gli innumerevoli fattori di differenziazione e di scissione che agiscono nell'interno della società, vengono neutralizzati fino a non lasciar sussistere che un'unica opposizione fondamentale¹⁴. Il che vuol anche dire che

“Una dittatura della maggioranza sulla minoranza non è possibile, a lungo andare, per il semplice fatto che una minoranza, condannata a non esercitare, nel modo più assoluto, nessuna influenza, finirà col rinunciare alla sua partecipazione – soltanto formale e perciò per lei senza valore e perfino dannosa – alla formazione della volontà generale, togliendo con ciò alla maggioranza – che già per definizione non è possibile senza la minoranza – il suo carattere stesso di maggioranza. Appunto questa possibilità offre alla minoranza un mezzo per influire sulle decisioni della maggioranza. Ciò vale in modo particolare per la democrazia parlamentare. L'intera procedura parlamentare infatti, con la sua tecnica dialettico-contraddittoria, basata su discorsi e repliche, su argomenti e controargomenti, tende a venire ad un compromesso. Questo è il vero significato del principio di maggioranza nella democrazia reale”¹⁵.

La tesi che il principio di maggioranza consente sempre di strutturare in due gruppi i membri della comunità sociale appare difficilmente sostenibile, sia perché un esito simile dipende più da variabili interazioni fra sistema elettorale e sistema politico che dal principio maggioritario, sia per la tendenziale irriducibilità delle minoranze identitarie alla dialettica politico-parlamentare. Non è questo, tuttavia, il nucleo forte della posizione di Kelsen sul principio di maggioranza. Riposa piuttosto sulla capacità trasformativa che vi ascrive sotto un duplice profilo: la “metamorfosi dell'idea di libertà”, ovvero la capacità di trasformare la libertà in potere limitato, e il passaggio dal conflitto al compromesso con la minoranza, garantito da procedure parlamentari che presuppongono una maggioranza e una minoranza. Non a caso, in polemica coi marxisti del suo tempo, osserva che per risolvere pacificamente il conflitto di classi, la sola forma politica è quella “della democrazia parlamentare la cui ideologia è, sì, la

¹⁴ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 104.

¹⁵ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 104-105.

libertà non raggiungibile nella realtà sociale, ma la cui realtà però è la pace”¹⁶.

Kelsen ritiene di poter rinvenire nella realtà questa capacità trasformativa, ed è proprio qui che sente di dover prendere congedo irreversibilmente da Rousseau. Ammette “che una distanza enorme separa l’ideologia dalla realtà, anzi, l’ideologia dalla sua realizzazione massima possibile” al punto che “si sarebbe tentati a non considerare come una semplice iperbole retorica la nota affermazione di Rousseau secondo la quale non sarebbe mai esistita e non potrebbe, d’altronde, mai esistere democrazia nel senso vero e proprio della parola, poiché sarebbe contro l’ordine delle cose che il maggior numero governasse e che il minore fosse governato”¹⁷. Eppure l’intero saggio si propone di mostrare proprio le possibilità e i limiti della democrazia reale, fortemente condizionata dal principio di maggioranza, a paragone con l’ideologia democratica.

Si è osservato al contrario che “Nonostante il distacco critico, Kelsen si sente l’esecutore testamentario e il realizzatore scientifico dei principi etico-politici fissati da colui che «è forse il più importante teorico della democrazia»”¹⁸. Ma a seguito di un’indagine approfondita si finisce pur sempre con il confermare che “il piano della praticabilità costituzionale appare a Kelsen quello più efficace da contrapporre all’enfaticizzazione del valore dell’uguaglianza di partecipazione, implicita nella dottrina della democrazia diretta”¹⁹.

Più di recente Luigi Ferrajoli ha rinvenuto nella teoria di Kelsen un’aporia tra il “fondamento assiologico da lui assegnato alla democrazia rappresentativa”, che avrebbe ripreso da Rousseau, e il ripiegamento “su di una fondazione quantitativa della democrazia politica quale massimizzazione della libertà politica assicurata dal principio di maggioranza”²⁰, col risultato che “l’immagine kelseniana della democrazia come massima concordanza tra volontà dei governanti e volontà dei governati – non diversamente da quella rousseauviana

¹⁶ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 116.

¹⁷ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 71-72.

¹⁸ L. Rizzi, *Legittimità e democrazia*, cit., 127, con la già riportata citazione del passo kelseniano su Rousseau.

¹⁹ L. Rizzi, *Legittimità e democrazia*, cit., 151.

²⁰ L. Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016, 218.

della democrazia come obbedienza alle sole leggi che ci siamo prescritte – è una tesi non solo irrealizzabile ma, peggio, realizzabile solo a costo di un'involuzione in senso disciplinare e di una sostanziale passivizzazione del corpo elettorale, che Kelsen per primo rifiuterebbe perché in contraddizione con la sua concezione conflittuale dei rapporti sociali e della stessa democrazia"²¹.

Si direbbe che il critico abbia voluto prima far dire a Kelsen quel che più gli aggradava, con una disinvoltata equiparazione del suo pensiero a quello di Rousseau, e si sia quindi inopinatamente trovato alle prese con la difesa kelseniana del principio di maggioranza. L'aporia nasce dall'aver trascurato che per tutto il saggio Kelsen distingue la nozione ideale da quella reale di democrazia, e invita a diffidare dei "molti malintesi" derivanti dalla frequente mancata distinzione. Infatti, se la si ignora, non ci si avvede che la pretesa "immagine kelseniana della democrazia come massima concordanza tra volontà dei governanti e volontà dei governati" è solo una proiezione di chi ne parla, dal momento che Kelsen ragiona piuttosto del principio di maggioranza come massima approssimazione possibile all'"ideale originario" della concordanza di volontà tra governanti e governati.

Ma la più esplicita smentita della tesi di Ferrajoli si ricava da quanto Kelsen specifica o aggiunge al riguardo nel Capitolo ottavo, intitolato "La scelta dei capi".

4. *La selezione dei capi*

L'affermazione di Kelsen che "L'idea di democrazia implica assenza di capi"²² viene ritenuta equivalente a "la tesi che la democrazia è incompatibile con l'esistenza di capi"²³, come se Kelsen affermasse che non solo l'idea ma la realtà democratica implica assenza di capi. Ancora una volta, si trascura la distinzione, e si trova un bersaglio per critiche immaginarie. La differenza è solo che l'affermazione predetta è posta a guisa di premessa del Capitolo ottavo, sicuramente scabroso per i sostenitori della continuità Rousseau-Kelsen, e da costoro infatti regolarmente rimosso dai resoconti del testo kelseniano.

²¹ L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 223-224.

²² H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 128.

²³ L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 213-214.

Dopo aver riferito l'assenza di capi all'"idea di democrazia", Kelsen così prosegue:

"Ma l'ideale di libertà della democrazia, l'assenza di dominio e, con ciò, di capi è irrealizzabile anche approssimativamente. La realtà sociale, infatti, è il dominio, l'esistenza di capi. Quello che ci si chiede, è semplicemente come si formi la volontà dominatrice, come si formi il capo. È caratteristico della democrazia, a questo proposito, non tanto che la volontà dominante sia la volontà del popolo, quanto che un ampio strato dei sottomessi all'ordine sociale, il maggior numero possibile di membri della collettività, partecipi al processo della formazione della volontà quantunque soltanto – almeno di regola – ad un certo stadio di questo processo, chiamato legislazione e solo con la creazione dell'organo legislativo"²⁴.

Da quanto detto Kelsen desume che la creazione di "numerosi capi diviene il problema centrale della democrazia reale – che, in opposizione alla sua ideologia, non è una collettività senza capi – la quale si distingue dall'autocrazia reale non tanto per l'assenza quanto, piuttosto, per il gran numero di capi. E così, un metodo particolare di selezione dei capi dalla collettività dei governati appare come elemento essenziale della democrazia reale. Questo metodo è l'elezione"²⁵. Kelsen non dubita che "attraverso l'elezione democratica, il capo viene promosso tale dalla collettività sociale dei governati, ma è titolato nel seno dei governati stessi al rango di capo. Quello che Max Weber chiama tanto opportunamente «autocefalia» è spiccatamente caratteristico della democrazia reale e la distingue da quella organizzazione politica che veniva chiamata autocrazia e che ora si preferisce chiamare dittatura"²⁶.

Secondo l'ideologia autocratica, prosegue, il capo "vale come un essere superiore, di origine divina, o circondato da un'aureola di poteri magici", mentre "la realtà mostra l'usurpazione del potere, cioè una specie di autocreazione dell'organo che lo esercita"; invece

"La democrazia reale presenta l'immagine di un cambiamento dei capi più o meno rapido. [...] La razionalizzazione della funzione di capo, con le sue conseguenze (rappresentate dalla pubblicità, dalla

²⁴ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 128.

²⁵ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 132.

²⁶ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 134.

critica, dalla responsabilità), l'idea della libera creazione dei capi, rendono impossibile che essi divengano amovibili. Ma, nella misura in cui essi lo divengono, l'ideologia della direzione esercitata dai capi subisce pure una trasformazione. [...] Per questo movimento che la caratterizza nettamente, la democrazia reale si distingue chiaramente dall'autocrazia ove possibilità d'ascesa non esistono o sono assai limitate, e ove i rapporti di dominio sono relativamente immutabili e rigidi. Il metodo specificamente democratico della scelta dei capi rappresenta dunque, paragonato all'autocrazia, un ampliamento essenziale del materiale a disposizione per la scelta, cioè del numero delle personalità concorrenti al posto di capo"²⁷.

Il Capitolo ottavo non può più lasciare dubbi: non è l'assenza di capi a distinguere la democrazia dall'autocrazia, ma il metodo di designazione e il loro numero. Casomai, una certa discrasia può sorgere fra questi due indici di riconoscimento, almeno quando osserva che l'elezione diretta di un Presidente degli Stati Uniti, reso indipendente dal Parlamento, impedisce la formazione di una volontà nazionale e non rende "poi tanto grande la differenza fra l'autocrazia di un monarca ereditario legittimata con la formula della rappresentanza, e la pseudodemocrazia di un imperatore eletto"²⁸.

5. *I partiti politici e la democrazia quale metodo di selezione dei capi*

Sgombrato il campo da equivoci che tuttora gravano in Italia sull'opera kelseniana, rimane da verificare se il rapporto "ideale/realtà" vi si risolva in una secca alternativa. La trattazione del principio di maggioranza basterebbero a smentirlo, se non altro perché l'iscrizione ad esso di una capacità trasformativa nel duplice senso che abbiamo visto – la metamorfosi dell'idea di libertà e il passaggio dal conflitto al compromesso fra maggioranza e minoranza – rivela sviluppi di pensiero assai più complessi. Ancora più significativo al riguardo è lo sguardo di Kelsen sui partiti politici, uno sguardo come vedremo non meramente realistico.

²⁷ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 136.

²⁸ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 131. La diffidenza dell'epoca di Weimar per la democrazia americana verrà comunque meno nella Berkeley degli anni Cinquanta: in H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia* (1955), in *La democrazia*, cit., 191 ss., scompare ogni critica al presidenzialismo americano.

Raccogliendo dati di esperienza sicuramente univoci, poteva affermare che

“Un’evoluzione irresistibile porta in tutte le democrazie ad un’organizzazione del «popolo» in partiti. Sarebbe anzi più esatto dire che, poiché in un primo momento non esiste un «popolo», come potenza pratica, l’evoluzione democratica fa sì che la massa degli individui isolati si raggruppi e si costituisca in partiti politici scatenando tutte quelle forze sociali che, in qualche modo, si possono chiamare «popolo». Se le costituzioni delle repubbliche democratiche, ancora influenzate dalla monarchia costituzionale sia in questo punto che sotto altri aspetti, non riconoscono giuridicamente i partiti politici, ciò non può più testimoniare – come nella monarchia costituzionale – la volontà di impedire la realizzazione della democrazia, ma può risultare soltanto da una noncuranza dei fatti. Se la Costituzione consacra l’esistenza dei partiti politici, diventa pure possibile democratizzare, entro questa sfera, la formazione della volontà generale. Ciò è tanto più necessario in quanto, presumibilmente, è proprio la struttura amorfa di questi strati che favorisce il carattere nettamente aristocratico dei processi che si susseguono nella formazione della volontà comune. E ciò anche nell’ambito dei partiti aventi un programma ultrademocratico. La realtà della vita dei partiti, nella quale possono prender risalto personalità notevoli di capi più vigorosamente che nei limiti di una Costituzione democratica, questa vita dei partiti dunque, ove funziona ancora la cosiddetta «disciplina di partito», offre in genere all’individuo un’autonomia assai scarsa, mentre, nel rapporto tra i partiti, cioè nella sfera di formazione della volontà parlamentare, non si può pensare seriamente ad un’analogia disciplina di Stato”²⁹.

In nota Kelsen ascrive a Roberto Michels il merito di aver dimostrato il carattere oligarchico della vita interna dei partiti³⁰. Solo che Michels lo ritiene insuperabile: “L’evoluzione stessa rende irrisoria ogni misura profilattica che tenda ad ostacolare il formarsi dell’oligarchia. Se vi sono statuti o regolamenti destinati a porre argine al dominio dei duci, non saranno i duci, ma bensì le leggi a cedere, a poco a poco, il campo”³¹, laddove Kelsen ritiene “possibile”, e im-

²⁹ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 71.

³⁰ Il riferimento è a R. Michels, *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna* (1912), Bologna, il Mulino, 1966.

³¹ R. Michels, *Democrazia formale e realtà oligarchica* (1909), in *Sociologia dei partiti politici. Le trasformazioni nelle democrazie rappresentative*, a cura di G. Sivini, Bologna, il Mulino, 1979, 194.

plicitamente auspicabile, “democratizzare, entro questa sfera, la formazione della volontà generale”.

La differenza fra i due è stata ben colta quando si è osservato che di fronte alla tendenza di Michels a dotare la descrizione sociologica “di una prospettiva di necessità che esaurisce nell’organizzazione elitaria tutte le potenzialità della teoria democratica”, la risposta kelseniana fa emergere “la funzione di contenimento etico che li richiamo al dover essere esercita nei confronti dell’uso e dell’orientamento politici dell’analisi sociologica”³².

Kelsen fisserebbe in definitiva “la linea di ricerca della legalità democratica tra i due estremi etici e sociologici rispettivamente di Rousseau e di Michels”³³. Io credo ci sia qualcosa di più. Perché l’oligarchia interna dei partiti, che Michels ritiene frutto di una necessità insuperabile, diventa per Kelsen oggetto di proposte di correzione in senso democratico? Non gioca tanto, qui, la fiducia del giurista nell’adeguatezza degli strumenti del mestiere, quanto la consapevolezza della insostenibilità del lasciare la vita interna dei partiti in una “struttura amorfa” dopo averne riconosciuto la funzione indispensabile per l’organizzazione del consenso di grandi masse di cittadini. L’invito a regolare i processi di selezione dei capi nei partiti non è perciò solo logicamente coerente con la sua visione della democrazia. Diventa anche eticamente circostanziato.

6. *Democrazia e relativismo*

Che nel saggio kelseniano un filo robusto leghi l’analisi del funzionamento della democrazia ai suoi postulati etici, è confermato nell’ultimo capitolo, intitolato “Democrazia e concezioni della vita”³⁴.

Nei primi passi c’è addirittura una risposta anticipata ai tanti che lo accuseranno di privilegiare le forme al punto da mostrare indifferenza ai regimi politici. I democratici, spiega, tendono a porre la discussione politica in termini di alternativa fra democrazia e autocrazia, mentre i fautori di questo regime respingono la forma politica in secondo piano. Del resto la soluzione della forma politica potrebbe risolvere anche la questione del contenuto politico solo a

³² L. RIZZI, *Legittimità e democrazia*, cit., risp. 177 e 175.

³³ L. RIZZI, *Legittimità e democrazia*, cit., 179, (60).

³⁴ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 145-152.

patto di assumere con Rousseau che la minoranza si sbaglia sul vero contenuto della *volonté générale*. Ma se l'idea di un rapporto dell'autocrate con la Divinità "può ancora pretendere la fede del popolo, tale idea non può certo applicarsi al numero immenso di coloro che compongono la massa anonima, a chiunque". Né si può "credere a quanto amaramente asserisce Ibsen, cioè che la maggioranza abbia sempre torto, che perciò il popolo sia assolutamente incapace di discernere ciò che sia giusto da ciò che non lo sia"³⁵.

Kelsen supera l'*impasse* con una mossa che rovescia il presupposto della contesa:

"La grande questione è... se esista una conoscenza della verità assoluta, una comprensione dei valori assoluti. Questa è la principale antitesi fra le filosofie del mondo e quelle della vita in cui si inserisce l'antitesi fra autocrazia e democrazia. La fiducia nell'esistenza della verità assoluta e di valori assoluti pone le basi di una concezione metafisica e, particolarmente, mistico-religiosa del mondo. Ma la negazione di questo principio, l'opinione che alla conoscenza umana siano accessibili soltanto verità relative, valori relativi e che, per conseguenza, ogni verità e ogni valore – così come l'individuo che li trova – debbano essere pronti, ad ogni istante, a ritirarsi per fare posto ad altri valori e ad altre verità, porta alla concezione del mondo del criticismo e del positivismo, intendendo con ciò quella direzione della filosofia e della scienza che parte dal positivismo, cioè dal dato, dal percettibile, dalla esperienza, e che può sempre cambiare e che cambia incessantemente e che rifiuta quindi l'idea di un assoluto trascendente a questa esperienza"³⁶.

Da un confronto così reimpostato diventa possibile desumere che la democrazia può vivere solo fuori da un appello a verità assolute:

"Perciò il relativismo è quella concezione del mondo che l'idea democratica suppone. La democrazia stima allo stesso modo la volontà politica di ognuno, come rispetta ugualmente ogni credo politico, ogni opinione politica di cui, anzi, la volontà politica è l'espressione... coloro che si appoggiano soltanto sulla verità terrestre, coloro pei quali la conoscenza umana assegna i fini sociali, possono giustificare l'uso inevitabile della costrizione per la realizzazione di questi

³⁵ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 146, dove si riferisce all'opera del drammaturgo norvegese Heinrich Ibsen *Un nemico del popolo* (1882).

³⁶ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 147-148.

scopi soltanto dietro consenso almeno della maggioranza di coloro a cui l'ordine costrittivo deve assicurare la felicità. E quest'ordine costrittivo deve essere organizzato in modo tale che anche la minoranza, la quale non è completamente nell'errore né assolutamente priva di diritti, possa in ogni momento divenire maggioranza³⁷.

Se la democrazia può prosperare solo a condizione di coltivare una concezione relativistica dei valori politici, la sua tenuta si lega a quella del pluralismo partitico. Affermazione che, all'epoca, equivaleva precisamente a un monito realistico contro le tentazioni totalitarie allora emergenti.

7. *L'eredità dell'opera*

Oggi possiamo considerare Kelsen l'aquila del costituzionalismo democratico. Prima e meglio di tanti altri, egli vide le possibilità e le compatibilità interne della democrazia intesa come uno degli assetti istituzionali del XX secolo, ben distante dalle suggestioni e dalle pretese che potevano ispirare l'ideologia democratica prima dell'avvento del suffragio universale e della formazione dei partiti politici organizzati.

Il pluralismo partitico, con le buone ragioni del rispetto reciproco per valori e addirittura concezioni del mondo differenti, è sempre stato solo uno dei principi fondativi del costituzionalismo post-totalitario, ma al tempo stesso ne è stata una condizione di pensabilità: e da lì, oltre che dall'istituto della giustizia costituzionale, anch'esso di matrice kelseniana, sono venuti fuori gli innesti più importanti e duraturi sul tronco dei risalenti principi di separazione dei poteri e di legalità.

Ma la teoria kelseniana comportava anche un invito a raffreddare le aspettative nella politica democratica: "La supposizione demagogica che tutti i cittadini siano ugualmente atti ad esercitare qualsiasi funzione politica finisce col ridursi alla semplice possibilità per i cittadini di esser resi atti ad esercitare ogni funzione politica. L'educazione alla democrazia diviene una delle principali esigenze della democrazia stessa"³⁸. L'invito non sarà però mai raccolto in sede politica, probabilmente perché reputato in contrasto con (vere

³⁷ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 149-150.

³⁸ H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 139.

o presunte) esigenze di ricerca del consenso popolare. E quel rifiuto non è forse pagato oggi, visto che la democrazia tende sempre più a venir riconosciuta e vissuta solo nel suo involucro formale?

Secondo Mario Losano “I testi di Kelsen sul parlamentarismo possono [...] essere riletti *anche* con lo sguardo rivolto alle difficoltà attuali della democrazia parlamentare e alle crescenti critiche lanciate da una destra sempre più radicale”³⁹. La democrazia rappresentativa appare oggi insidiata più sottilmente, anche se non meno pericolosamente, di un secolo fa. Le forze politiche e i leader che la minacciano non rinunciano alle elezioni né ai meccanismi della rappresentanza parlamentare: il bisogno di legittimazione popolare è troppo sentito, e il ricorso alla forza contro le istituzioni democratiche sarebbe troppo contrastato, per potervi rinunciare. Ma la riduzione del principio maggioritario alla regola del “chi vince prende tutto” svuota la democrazia dall’interno.

D’altra parte nessun leader dotato di una vocazione autocratica pretende oggi di incarnare valori assoluti. Rispetto alle grandi contrapposizioni fra concezioni del mondo, la vita politica si svolge su scala ridotta, con un uso ostentatamente strumentale delle istituzioni democratiche e con la sostituzione di immagini e proclami a progetti e visioni politiche di lungo periodo.

Essenza e valore della democrazia è opera lontana da questa doppiamente inedita prospettiva. Eppure meditare su di essa non è per questo meno utile. Ci indica le strade di un modello di pensiero tanto intransigente sui principi democratici quanto duttile nella ricognizione di andamenti e ricadute dei processi istituzionali, nonché capace di segnalare senza paura i punti in cui le acque del diritto costituzionale si confondono con quelle della teoria politica. Un testo di formazione per chi scrive, e oggetto di riletture stimulate dalla scoperta di elementi preziosi, incastonati fra le pieghe di un discorso di verità.

Abstracts

L’articolo ricostruisce la teoria della democrazia di Hans Kelsen, soprattutto là dove assume che il principio di maggioranza si può

³⁹ M.G. LOSANO, *Prefazione. Tra democrazia in crisi e corporativismo in ascesa: il primo libro italiano di Hans Kelsen*, in H. Kelsen, A. Volpicelli, *Parlamentarismo*, cit., 48.

conciliare col suffragio universale. Dato il contrasto ‘fra l’idea della libertà individuale e l’idea dell’ordine sociale’ la maggioranza assoluta rappresenta a suo avviso ‘la maggiore approssimazione possibile all’idea di libertà’. Il punto è che, al contrario di Rousseau, per lui non è l’eguaglianza ma la libertà il principio che può legittimare la regola della maggioranza. L’Autore si propone di dimostrare che la teoria kelseniana ha ancora molto da dire al costituzionalismo contemporaneo.

The article reconstructs Hans Kelsen’s theory of democracy, particularly where it assumes that the majority principle can be reconciled with universal suffrage. Given the contrast ‘between the idea of individual freedom and the idea of social order’, an absolute majority represents for Kelsen ‘the relatively greatest approximation to the idea of freedom’. The point is that, contrary to Rousseau, for him it is not equality but freedom the principle that can legitimize the majority rule. The Author seeks to demonstrate that the Kelsenian theory still has much to tell to contemporary constitutionalism.

Gli interventi *extra ordinem* del Governo in tempo di pandemia come strumento di tutela dell'interesse nazionale e l'incidenza sul rapporto Stato-Regioni

Eleonora Rinaldi

SOMMARIO: 1. Un'ampia gamma di strumenti normativi per affrontare un'emergenza straordinaria. – 2. Le ordinanze di protezione civile. – 3. La scelta di integrare i poteri di ordinanza preesistenti con una disciplina ad hoc dettata con decreto-legge. – 4. (*Segue*) Le prime, eccentriche ordinanze regionali in materia sanitaria, l'iniziale acquiescenza del Governo e l'inversione di rotta alle soglie della 'ripartenza'. – 5. Le ordinanze regionali nel sistema delle fasce di rischio. – 6. (*Segue*) Riflessioni interlocutorie ai confini di un'emergenza 'ordinaria'.

1. *Un'ampia gamma di strumenti normativi per affrontare un'emergenza straordinaria*

Il moltiplicarsi degli interventi normativi e amministrativi finalizzati ad affrontare la crisi sanitaria derivante dalla diffusione del virus SARS-COV 19 ha rinnovato il dibattito sui poteri d'urgenza dell'Esecutivo (decreti-legge e decreti, sia del Presidente del Consiglio dei Ministri che di altri Ministri), sia perché impositivi di limiti a diritti fondamentali, sia in quanto incidenti sull'autodeterminazione degli enti territoriali, da tempo ritenuta indice rivelatore del grado di democraticità di un ordinamento¹.

L'impiego di tali strumenti è stato infatti amplissimo e si è inserito nell'ambito di un'attività di produzione normativa protesa a de-

¹ Tra i Molti, mi limito a rinviare a G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, I ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione, Il diritto pubblico della pandemia*, vol. II, in *Collana di Studi di Consultazione*, www.giurcost.org, 9 ss., 11; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, in *Diritti comparati*, n. 2/2020, 45 ss., in www.diritticomparati.it; F. SORRENTINO, *A proposito dell'emergenza 'coronavirus'*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, vol. II, cit., 2 ss.; e le relazioni su "Gli intrecci talvolta problematici tra fonti primarie e secondarie" e "La questione delle linee-guida" presentate da L. Cuocolo, A. Mangia, D. Morana, C. Bottari, C. Sgroi, L. Violini, F. Sorrentino al XVIII Convegno nazionale di diritto sanitario, dedicato a *Le fonti del diritto alla prova della pandemia*, Alessandria, 16-17 ottobre 2020, al momento disponibili sulla pagina Facebook @Dirittosanitarioalessandria.

rogare tanto alle discipline ordinarie quanto a quelle d'urgenza già previste, con esiti stigmatizzati da più parti, con riguardo al contenuto dei poteri esercitati e alle modalità di controllo².

Non riesaminerò ciascuno degli atti adottati; mi limiterò a ricordare che i primi provvedimenti destinati ad affrontare la pandemia sono emanati dal Ministro della salute in attuazione dell'art. 32, l. n. 833/1978³.

La circostanza non è casuale, visto che lo strumento offerto da tale disposizione è estremamente duttile e rimane, anche dopo l'istituzione del Sistema nazionale di protezione civile – in varie occasioni riformato – il potere governativo d'urgenza più rilevante in caso di epidemie.

Al tempo stesso va ricordato che, in modo quasi contestuale all'emanazione delle ordinanze del Ministro della salute, l'esercizio dei poteri emergenziali intraprende altre due strade⁴; una delle quali, se-

² Sui «limiti di metodo in molte delle ricerche giuridiche che sono state realizzate su questi temi», v. tuttavia le riflessioni di U. DE SIERVO, *Il contenimento di COVID-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, 2021, 62.

³ Prima della deliberazione di emergenza di rilievo nazionale (ai sensi dell'art. 24, comma 1, d.lgs. n. 1/2018), si ritengono sufficienti le ordinanze del Ministro della Salute che impongono misure di sorveglianza sanitaria a carico dei passeggeri sbarcati da voli provenienti da Paesi con trasmissione autoctona del virus e l'interdizione dei voli provenienti direttamente dalla Cina (senza peraltro considerare il rischio scaturente dai voli che, facendo scalo in altre città europee, comunque si prestano a consentire l'ingresso in Italia di individui recatisi nelle stesse aree), cfr. le ordinanze del Ministro della Salute del 25 e 30 gennaio 2020, pubbl. rispettivamente in G.U. 27 gennaio 2020, n. 21 e in G.U. 1° febbraio 2020, n. 26. Seguono ulteriori provvedimenti finalizzati ad affrontare il contagio quando questo ha assunto le proporzioni di un'epidemia – a partire dalle giornate del 20 e 21 febbraio 2020 (in seguito all'infezione di alcuni pazienti ricoverati negli ospedali di Codogno e di Lodi). Il 21 febbraio, in particolare, sono adottate due ordinanze: una prima con efficacia limitata al territorio dei Comuni interessati dal focolaio, è adottata d'intesa con il Presidente della Giunta della Regione Lombardia; essa stabilisce il divieto di entrata e di uscita dallo stesso territorio, la sospensione di tutte le attività lavorative, ludiche e sociali e di tutte le attività educative, ad esclusione dei corsi universitari in modalità telematica. La seconda ordinanza ha efficacia estesa a tutto il territorio nazionale e impone alle autorità competenti di applicare la misura della quarantena con vigilanza attiva per quattordici giorni a tutti quanti abbiano avuto contatto con persone infette. Essa impone infine a quanti abbiano fatto ingresso in Italia da una delle zone della Cina colpite dalla malattia, di segnalare la circostanza alle autorità sanitarie territorialmente competenti.

⁴ Così, C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, cit., 49.

conda in ordine cronologico e conseguente alla delibera dello stato di emergenza nazionale ai sensi dell'art. 24 del *Codice della protezione civile*⁵, 'attiva' il potere di ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile, da questo momento autorizzato a emanare tutti i provvedimenti necessari a coordinare la realizzazione degli interventi necessari anche in deroga alla legge⁶.

⁵ La *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili* è adottata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020.

⁶ A partire dal 31 gennaio 2020, alle ordinanze del Ministro della salute si giustappone così il potere di ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile che, grazie alla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, ai sensi dell'art. 24, lett. c) del Codice della protezione civile, può essere esercitato anche in deroga alla legge, attingendo i fondi necessari (nel limite di 5.000.000 di euro) dal Fondo per le emergenze nazionali di cui all'art. 44, co. 1 del Codice della protezione civile, cfr. M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, 174 ss., 179. Alla delibera dello stato di emergenza di rilievo nazionale segue pertanto, il 3 febbraio, la prima ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile (n. 630) con cui si provvede: «a) all'organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'emergenza in rassegna oltre che degli interventi urgenti e necessari per la rimozione delle situazioni di pericolo per la pubblica e privata incolumità, con particolare riferimento alla prosecuzione delle misure urgenti già adottate dal Ministro della salute con le ordinanze indicate in premessa, alla disposizione di eventuali ulteriori misure di interdizione al traffico aereo, terrestre e marittimo sul territorio nazionale, al rientro delle persone presenti nei paesi a rischio ed al rimpatrio assistito dei cittadini stranieri nei paesi di origine esposti al rischio, all'invio di personale specializzato all'estero, all'acquisizione di farmaci, dispositivi medici, di protezione individuale, e biocidi, anche per il tramite dei soggetti attuatori di cui al comma 1, alla requisizione di beni mobili, mobili registrati e immobili, anche avvalendosi dei Prefetti territorialmente competenti, nonché alla gestione degli stessi assicurando ogni forma di assistenza alla popolazione interessata; b) al ripristino o potenziamento, anche con procedure di somma urgenza, della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture necessari al superamento dalla specifica emergenza ed all'adozione delle misure volte a garantire la continuità di erogazione dei servizi di assistenza sanitaria nei territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea.» (art. 1, comma 2). La stessa ordinanza prevede, per la realizzazione degli interventi indicati dall'ordinanza, la nomina di un Comitato tecnico-scientifico, nominato dal Capo del Dipartimento della protezione civile con proprio provvedimento e composto «dal Segretario Generale del Ministero della Salute, dal Direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, dal Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute, dal Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani", dal Presidente dell'Istituto superiore di sanità, da un rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente

Una modalità di intervento ulteriore si concretizza infine attraverso l'approvazione di diversi decreti-legge, che affrontano in modo ancora diverso la crisi sanitaria; l'attuazione delle norme adottate è demandata a decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che, all'esito di un procedimento delineato dalla fonte superiore, può emanare atti della durata massima di trenta giorni⁷.

Come vedremo a breve, tale opzione è destinata a rivelarsi 'assorbente' sul versante delle misure di contrasto del *virus* e ridimensiona non solo il potere di ordinanza in materia di protezione civile⁸ ma anche quello in materia sanitaria che, solo sul presupposto dell'*estrema necessità e urgenza*, potrà essere esercitato dal Ministro della salute con efficacia sull'intero territorio nazionale e dai Presidenti di regione e dai Sindaci per rispondere a esigenze specifiche dei rispettivi territori⁹.

Di fronte a un'emergenza sanitaria internazionale (e pur non essendo ancora intervenuta la dichiarazione con cui l'Organizzazione mondiale della sanità qualifica la stessa come pandemia)¹⁰, lo Stato dispiega insomma tutta la propria 'potenza di fuoco' e, oltre ad attivare i poteri di urgenza già previsti, ne introduce di nuovi e maggiormente tipizzati.

È una scelta che molto dice sulla portata della vicenda concreta che ci occupa e che evidenzia le difficoltà connaturate ad ogni tentativo di imbrigliare nelle forme definite da regole di diritto la sostanza di un fatto storico assolutamente imprevisto (ma forse non del tutto imprevedibile).

Il rinnovarsi del dibattito sull'assenza di regole costituzionali espresse per l'emergenza in tempo di pace è del resto indicativo e

della Conferenza delle Regioni e Province autonome e dal Coordinatore dell'Ufficio Promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile, con funzioni di coordinatore del Comitato».

⁷ L'art. 3, comma 3-*bis* del d.l. 18 dicembre 2020, n. 172 (conv. con modificazioni dalla l. 29 gennaio 2021, n. 24) ha poi sostituito le parole «di durata non superiore a trenta giorni», presenti nell'art. 1 del d.l. n. 19 del 2020 e riferite ai DPCM attuativi, con quelle «di durata non superiore a cinquanta giorni».

⁸ Ancora C. PINELLI, *Il precario assetto*, cit., 49.

⁹ Il potere di ordinanza dei Sindaci vive peraltro vicende altalenanti, in quanto è in prima battuta previsto (art. 3, comma 2, d.l. n. 6/2020), successivamente dichiarato inefficace (art. 3, d.l. n. 19/2020); infine re-introdotto (cfr. art. 1, d.l. n. 33/2020).

¹⁰ La dichiarazione in discorso risale infatti all'11 marzo 2020.

vede più di un Autore impegnato a riflettere non solo sulle ragioni del silenzio costituzionale relativo ad alcuni istituti (lo stato d'assedio anzitutto)¹¹ ma sul ruolo – mai troppo indagato evidentemente – dello stato di necessità come fonte del diritto, senza trascurarne il rapporto con gli articoli 77 e 78 della Costituzione¹².

Le disposizioni disciplinanti i casi straordinari di necessità e urgenza e i poteri dell'Esecutivo in caso di guerra divengono oggetto di attenzione specifica e si guarda anzitutto allo strumento del decreto-legge, in quanto consente la deroga temporanea di determinate fonti primarie¹³, salva conferma delle Camere con legge ordinaria di conversione avente carattere temporaneo¹⁴.

È una lettura coerente con il disegno costituzionale, che ha il pregio di indicare i meccanismi di preservazione delle condizioni di esistenza dell'ordinamento limitando la forza potenzialmente eversiva di fatti storici da cui scaturisca una situazione di necessità assoluta¹⁵.

¹¹ Sul punto, già C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 831 ss., poi ripubblicato in IDEM, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, (a cura di D. Nocilla), Milano, 1992, 183 ss., 187 (da cui sono tratte le citazioni che seguiranno), riteneva altamente improbabile che i Padri Costituenti avessero ignorato l'esigenza di mettere a disposizione dell'Esecutivo, «in casi eccezionali e straordinari», il potere di «prendere provvedimenti contro la legge al di fuori delle Camere», in quanto gli interessi conservativi dell'ordinamento sono certamente positivizzati dagli artt. 1, 5 e 126 Cost. e il silenzio assoluto su poteri abusati in passato rischiava di essere più pericoloso dell'approvazione di regole specifiche sul punto. Sulla disciplina statutaria dello stato di assedio, v. inoltre F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Stato d'assedio*, in *Nov.mo Dig. it.*, XXIII, Torino, 1971, 251 ss. e in seguito G. Bascherini, *Lo stato d'assedio nell'esperienza statutaria italiana*, in *Giur. cost.*, 1994, 4267 ss.

¹² Sul punto ampiamente G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, 129 ss. In occasione della pandemia sono ritornati a riflettere sulla disciplina costituzionale dell'emergenza, tra gli Altri, v. V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it*, 27 febbraio 2002, in *www.dirittifondamentali.it*; e A. D'ALOJA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, 14 marzo 2020, in *BioLaw Journal*, n. 2/2020.

¹³ Si riprende la tesi di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 183 ss.

¹⁴ In questo senso, implicitamente, già C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 183 ss. e più tardi, in modo espresso, tra gli Altri, P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 373; A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, vol. I, Padova, 1997, 360 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1992, 334 ss., specie 340 ss.

¹⁵ Mi sembra in questo senso ancora valida la tesi di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 244.

Al tempo stesso, salvaguarda il carattere *temporaneo* di un intervento limitativo di diritti costituzionali attraverso una lettura speculare della legge di conversione; in caso di necessità *assoluta* (quantitativamente più intensa), la deroga temporanea di norme sui diritti o relative alle competenze degli enti territoriali, a tutela di interessi primari che altrimenti sarebbero irreparabilmente compromessi, in nessun caso potrà essere *stabilizzata* dalla legge¹⁶, mentre ogni forma di sospensione della disciplina ordinaria relativa ai diritti dei singoli, alle competenze delle regioni o di altri enti, anche se convalidata dalle Camere, sarà destinata a decadere cessata la situazione straordinaria¹⁷.

La scelta di demandare l'attuazione dei ricordati decreti-legge a decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri suscita anch'essa un consistente dibattito, sottolineandosi da più parti i rischi scaturenti dall'attribuzione ad atti monocratici del compito di attuare misure decise dallo stesso Governo¹⁸.

L'attuazione di un decreto-legge attraverso decreti del Presidente del Consiglio o di singoli Ministri (anche in deroga alla legge) trova tuttavia ampio riscontro nel nostro ordinamento¹⁹ e la riconduzione del fenomeno all'orbita della dilatazione abnorme dei poteri normativi e amministrativi dell'Esecutivo non sembra del tutto corretto in quest'occasione: la catena normativa costituita da decreti-legge e decreti del Presidente del Consiglio muove infatti da un'emergenza reale di vastissima portata e impone misure restrittive dei

¹⁶ Sulla sospensione come deroga temporanea rimangono illuminanti le pagine di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, V edizione, Padova, 1984, 193 ss.

¹⁷ Ancora C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 213 ss.

¹⁸ Sulle tendenze verticistiche sottese all'impiego di tali atti, v. già G. TARLI BARBIERI, *L'attività regolamentare*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, 2019, 165 ss.; e sulla natura degli stessi (ben prima della crisi sanitaria da Covid-19), V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in Oss. sulle fonti, n. 1/2016, 13 ss. e D. PICCIONE, *Il comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi.it*, n. 3/2017, 5 ss., in www.federalismi.it.

¹⁹ Di un «sistema di diritto amministrativo parallelo a quello ordinario» parla già V. CERULLI-IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2007, 377. Più tardi, ampiamente, con riguardo al rapporto tra abuso della decretazione d'urgenza e impiego delle ordinanze contingibili e urgenti, C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2009, 317 ss.

diritti di libertà per l'adozione delle quali i poteri di ordinanza preesistenti (anche in deroga alla legge) appaiono inadeguati²⁰.

I decreti-legge disciplinanti le misure di contenimento dei rischi prodotti dalla pandemia introducono insomma poteri 'nuovi' e (quasi subito) interamente tipizzati; rispetto agli stessi, gli argomenti tradizionali sui rischi connessi all'impiego dei poteri emergenziali dell'Esecutivo²¹ appaiono dunque parzialmente fuori asse, oltre che viziati da alcuni pregiudizi.

Proverò ad illustrarne le ragioni.

2. *Le ordinanze di protezione civile*

In via preliminare, mi sembra essenziale richiamare le coordinate del modello disegnato dal *Codice della protezione civile*, che accoglie gran parte del testo della Legge n. 225 del 1992, protesa ad istituzionalizzare il rapporto tra organizzazione della protezione civile e poteri contingibili e urgenti del Governo, anche in deroga alla legge, in caso di calamità naturali o dovute all'attività dell'uomo²².

L'impianto normativo della legge preesistente si era dimostrato infatti largamente inadeguato ed era stato progressivamente superato dalla prassi della decretazione d'urgenza che, in occasione di calamità naturali o dovute all'attività dell'uomo aveva istituito, di volta in volta, un organo *ad hoc* (il Commissario straordinario) cui venivano attribuiti speciali poteri di ordinanza sia a fini derogatori delle norme

²⁰ L'inadeguatezza del potere di ordinanza previsto dal Codice della protezione civile, ma anche dalla Legge n. 833/1978 è subito evidenziata da U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Oss. sulle fonti*, fasc. spec. 2020, 303.

²¹ Sulle ordinanze *extra ordinem*, in prospettiva storica, v. almeno M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Civili*, vol. XXVII, 1948 (1° quadrimestre), ripubbl. in IDEM, *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, 949 ss.; e G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Nov.mo Dig. it.*, Torino, 1965, 89 ss.; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Giuffrè, Milano, 1979; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; più recentemente, cfr. A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 133-184.

²² Sulla soluzione di continuità rappresentata dall'entrata in vigore della legge ricordata insiste A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, 133 ss.

sui diritti, che per superare i limiti scaturenti dalle leggi amministrative vigenti²³.

L'approvazione della riforma del 1992 formalizza dunque gli esiti di un percorso risalente²⁴ e l'articolo 5, rubricato «*Stato di emergenza e potere di ordinanza*», recepisce una tendenza consolidatasi in ragione del fatto che agli organi di protezione civile non sono originariamente imputati poteri di ordinanza; si connettono così le ordinanze d'urgenza (anche in deroga alla legge) all'organizzazione del Servizio nazionale di protezione civile, previa delibera dello stato di emergenza di rilievo nazionale adottata dal Consiglio dei Ministri²⁵.

Il legame tra tale delibera e potere *extra-ordinem* del Governo (oggi in parte riprodotto dagli artt. 24, 25 e 26 del *Codice della protezione civile*) riveste carattere essenziale giacché, solo se vengono accertate «calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari», è possibile avvalersi del potere di ordinanza «in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico», per attuare gli interventi necessari²⁶.

²³ La prima legge organizzativa del Servizio nazionale della protezione civile (l. n. 996/1970) non disciplina infatti un potere di ordinanza *extra ordinem*. Il primo decreto governativo che attribuisce tale potere al Ministro per il coordinamento della protezione civile (istituito inizialmente con un ordine di servizio ma privo di qualunque potere di ordinanze in deroga alla legge) è il d.l. n. 776 del 1980 e viene adottato per fronteggiare la situazione di emergenza conseguente al terremoto che nel novembre del 1980 interessò diverse zone della Campania e della Basilicata. Nella stessa logica, il d.l. n. 776/1980 prevede anche la nomina di un commissario, pure dotato di poteri contingibili e urgenti per affrontare l'emergenza ma non dotato di stabilità, cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione dell'emergenza»*, cit., 149-150.

²⁴ Mi riferisco in particolare all'istituzione del Ministro per il coordinamento della protezione civile che, successivamente stabilizzato (nel 1984), risulta beneficiario del potere di adottare ordinanze in deroga alla legge purché nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento. Sulla vicenda, ampiamente, ancora A. CARDONE, *La «normalizzazione»*, cit., 147 ss.

²⁵ Alla luce dell'art. 5, l. n. 225/1992, l'attivazione del potere di ordinanza è subordinata alla delibera del Consiglio dei Ministri, che fissa la durata dello stato di emergenza determinandone l'estensione territoriale, in quanto correlata alle «emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza di intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo», cfr. art. 2, l. n. 225/1992, ora art. 7, d.lgs. n. 1/2018 (*Codice della protezione civile*).

²⁶ Così l'art. 2, comma 1, lettera c) della l. n. 225/1992.

Non solo la delibera dello stato di emergenza di rilievo nazionale diviene premessa per l'esercizio del potere *extra ordinem* ma, delimitando la «durata ed estensione territoriale dell'emergenza», in «stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi», ne circo-scrive l'esercizio²⁷.

Nel rispetto della rilettura del potere operata dalla giurispruden-za costituzionale²⁸ risulta così formalizzata la necessaria *tempora-neità* delle ordinanze contingibili e urgenti e la subordinazione delle stesse al criterio di *proporzionalità* tra evento e misura, esplicitato dalla previsione dell'*obbligo di motivazione* (nello stesso art. 5) a ga-ranzia di un nesso ragionevole tra misure decise ed evento da fron-teggiare²⁹.

L'indicazione delle *principali norme* cui si intende derogare e la motivazione dell'atto sono strettamente orientati a circoscrivere il ri-corso alla potestà derogatoria nei limiti funzionali alla gestione e al

²⁷ Distingue gli effetti dichiarativi da quelli costitutivi della delibera di stato di emergenza di rilievo nazionale, G.U. RESCIGNO, *Sviluppo e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3/1995, 2189 ss., che sottolinea il significato garantista della separazione tra «dichiarazione del pre-supposto e ordinanze» (2191).

²⁸ I principi che occorre osservare ai fini dell'ammissibilità costituzionale delle ordi-nanze d'urgenza *extra ordinem* sono indicati sin dalla lontana sentenza n. 8/1956 (su cui V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giu-dice comune*, in *Giur. it.*, 1956, I, i, 863) e possono essere sintetizzati ne: a) l'efficacia li-mitata nel tempo in relazione ai presupposti della necessità e dell'urgenza; b) l'adeguata motivazione dell'ordinanza; c) la pubblicazione, laddove il provvedimento non abbia portata individuale; d) la conformità ai principi generali dell'ordinamento giuridico. Successivamente, si deve alla sentenza n. 26 del 1961 la fondamentale precisazione che le ordinanze 'libere' non devono in alcun caso intervenire in materie coperte da riserva di legge assoluta, mentre nelle materie coperte da riserva relativa il legislatore è obbli-gato ad indicare i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo attributario del potere, diversamente ritenendosi violato il limite dei principi generali dell'ordinamento giuridico. Infine, nella sentenza n. 4 del 1977 si delinea un regime comune delle ordi-nanze atipiche; questo è ribadito dalla sentenza n. 201 del 1987, che lo estende alle ordi-nanze di protezione civile (espressamente accostate alle ordinanze ex art. 2 T.u.l.p.s. e ex art. 20 T.u.e.l.). Come vedremo più avanti, tali principi sono recepiti prima dalla l. n. 225 del 1992 e dal d.lgs. n. 33 del 2013, più recentemente dal *Codice di protezione civile* adottato con d.lgs. n. 1 del 2018. Di recente, sui principi individuati sulla giurispru-denza costituzionale in materia di ordinanze contingibili e urgenti, è ritornato E.C. RAF-FIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, 54 ss., specie 57 ss.

²⁹ Così già G.U. RESCIGNO, *Sviluppo e problemi*, cit., 2192.

superamento dell'emergenza e, in quanto esplicitati dal provvedimento, consentono il controllo di legittimità in sede giurisdizionale.

Le innovazioni più rilevanti attengono tuttavia alle scelte organizzative che, recependo le indicazioni della giurisprudenza costituzionale (ma anche amministrativa) più recenti³⁰, configurano il *Servizio nazionale di protezione civile* in modo 'reticolare', inclusivo «secondo i rispettivi ordinamenti e le rispettive competenze», delle amministrazioni dello Stato, delle regioni, delle province, dei comuni, ma anche de «gli enti pubblici, gli istituti ed i gruppi di ricerca scientifica con finalità di protezione civile»³¹.

Anche quando occorre dare attuazione agli interventi emergenziali conseguenti ad una delibera di emergenza per calamità, catastrofi o altri eventi «che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari» è previsto pertanto che si provveda «nel quadro di quanto previsto dagli artt. 12, 13, 14, 15, 16 della legge» e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, fermi restando l'individuazione delle norme oggetto di deroga e l'obbligo di motivazione³².

È una scelta comprensibile, che riflette la volontà di gestire tali emergenze valorizzando il ruolo degli enti territoriali; com'è riconosciuto sin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 127/1995³³, l'esercizio del potere di ordinanza dev'essere circoscritto non solo in rapporto alle misure limitative di diritti fondamentali ma per «non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali»³⁴.

³⁰ Cfr. Corte costituzionale sentenze nn. 201/1987 e 51/1991.

³¹ Così l'art. 6, comma 1, l. n. 225/1992.

³² Cfr. l'art. 5, comma 2, l. n. 225/1992.

³³ La sentenza richiamata nel testo decide un conflitto di attribuzioni avverso un'ordinanza governativa con cui, in deroga alla legge, si dispongono interventi immediati per fronteggiare una situazione di emergenza – verificatasi nella regione Puglia e legata allo smaltimento dei rifiuti e all'approvvigionamento idrico. Nell stessa direzione, v. anche Corte costituzionale, sentenza n. 418/1992.

³⁴ La sentenza annulla così gli artt. 1 e 2 dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri; per un verso, in quanto si prevede il solo *parere* delle regioni per quanto attiene alla programmazione e gestione degli interventi (così l'art. 1); per altro aspetto (l'art. 2), in quanto dispone deroghe troppo ampie ad atti normativi primari, in violazione «dei limiti costituzionali dei poteri di ordinanza, che valgono qui a garanzia delle attribuzioni regionali», cfr. Corte costituzionale, sent. n. 127/1995. Sulla sentenza, oltre a G.U. RESCIGNO, *Sviluppo e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., 2189 ss.; v. le riflessioni di G. MARAZZITA, *Le ordi-*

L'autonomia regionale non impedisce un 'ritaglio' di competenza in capo al Governo in materie di spettanza regionale, ma ne reclama un esercizio conforme ai principi di proporzionalità e leale collaborazione³⁵.

Quanto accade in seguito, a causa di modifiche legislative ma anche di una consistente prassi distorsiva, comprova un allontanamento del potere dall'impianto complessivo della legge³⁶, protesa a garantire, attraverso la legalità sostanziale dei provvedimenti adottati, le competenze degli enti territoriali, oltre che i diritti dei singoli³⁷.

nanze di necessità dopo la legge 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995), in Giur. cost., 1996, 505 ss.; e A. MORRONE, I poteri di ordinanza contingibili e urgenti: l'integrazione del "diritto eccezionale" nel sistema delle fonti e dei livelli di governo territoriale, in Riv. giur. amb., 1997, 258 ss.

³⁵ Nel caso specifico deciso dalla sentenza n. 127/1995 si ritiene peraltro che il provvedimento governativo impugnato non abbia rispettato il principio di leale collaborazione per via di un coinvolgimento della Regione di tipo meramente 'informativo'.

³⁶ Interventi normativi successivi consentono infatti il ricorso a poteri derogatori delle norme di legge non solo per affrontare una situazione emergenziale scaturita da un fatto storico improvviso, ma per eventi noti e spesso perfino programmati dal Governo. Anche la prassi attuativa si allontana dalla logica originaria dell'istituto e, grazie a continue proroghe dei termini di efficacia delle dichiarazioni di emergenza, fa in modo che le ordinanze *extra ordinem* vengano impiegate come strumenti di normazione ordinari. Dall'organizzazione di manifestazioni connesse alla celebrazione di riti religiosi, alla realizzazione di manifestazioni sportive o di fiere nazionali e internazionali, il potere di ordinanza *extra ordinem* diviene così uno strumento di semplificazione, che consente di derogare alla legislazione amministrativa preesistente e di comprimere ove occorra le prerogative degli enti territoriali. Ciò avviene anzitutto grazie all'inserimento nell'art. 5, l. n. 225/1992 del comma 5-bis, dovuta al d.l. n. 343 del 2001 che include nell'ambito applicativo del potere di ordinanza in deroga alla legge anche l'organizzazione e gestione del c.d. «grandi eventi» (in senso critico, sulla sottrazione anche delle ordinanze relative ai «grandi eventi», grazie ad una norma di interpretazione autentica contenuta nel d.l. n. 90 del 2008, l'art. 14), al controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti, cfr. E. ALBANESI, R. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione di decreti-legge» (ed altri scostamenti dalla l. n. 225 del 1992)*, in *Giur. cost.*, 2009, 2246 ss.) e successivamente estendendo il potere di ordinanza agli «interventi all'estero» in coordinamento con il Ministero degli Affari esteri, grazie all'art. 4, comma 2 del d.l. n. 90/2005 (conv. con modificazioni dalla legge 26 luglio 2005, n. 152), cfr. E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 120-121.

³⁷ Non che al fenomeno non si cerchi di porre rimedio in almeno un'occasione e in particolare con il tentativo di istituire l'Agenzia di protezione civile (cfr. l'art. 79, commi 2 e 3 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300) per rendere il sistema nel suo complesso e gli strumenti di eccezione autonomi dalla politica. Sul punto, v. almeno A. SANDULLI, *L'agenzia di protezione civile (articoli 79-87)*, in A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del governo. Commento ai Decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della*

Non ne discende tuttavia – all’esito di alterne vicende – un abbandono delle scelte iniziali³⁸, rafforzate anzi dalla riforma del Titolo V, parte II della Costituzione; alla luce della stessa, in presenza di specifiche esigenze (inerenti l'*esercizio unitario*) che rendono necessario allocare la funzione amministrativa al livello di governo centrale, la competenza a disciplinarne l'esercizio spetta infatti al legislatore statale³⁹.

L'articolo 5 della l. n. 225/1992 è così ritenuto espressione di un principio fondamentale che limita la discrezionalità del legislatore regionale sia laddove quest'ultimo intenda conformare ulteriori poteri di ordinanza (sul piano delle competenze come degli effetti), che in caso di approvazione di leggi protese a vanificare gli effetti di ordinanze di protezione civile ad efficacia nazionale⁴⁰.

Il monopolio governativo del potere di ordinanza finalizzato a fronteggiare le calamità di cui all'art. 2, comma 1, lettera c) della l. n. 225 del 1992 è legittimato dalla dimensione sovraregionale dell'emergenza⁴¹; perpetuando la distribuzione del potere di ordinanza già

Presidenza del Consiglio e dei ministeri, Bologna, 2000, 419 ss. Gli interventi successivi ripristinano però la logica dipartimentale (con la re-introduzione del Dipartimento della Protezione civile sotto il controllo diretto della Presidenza del Consiglio dei Ministri), e associano il potere *extra ordinem* previsto per affrontare le emergenze di rilievo nazionale ad ipotesi eterogenee rispetto a quelle inizialmente previste.

³⁸ La fondamentale riforma del 2012 oltre ad eliminare le deviazioni più evidenti dall'impianto originario della l. n. 225/1992, introduce infatti nuove regole sulla proroga degli effetti della dichiarazione di emergenza di rilievo nazionale. Grazie all'art. 5, comma 1-bis, inserito nella l. n. 225/1992 dal d.l. n. 1 del 2012 e poi sostituito dall'art. 10, comma 1, lett. b) del d.l. n. 93 del 2013 (conv. in l. n. 119/2013), la dichiarazione dello stato di emergenza non può infatti superare «i 180 giorni prorogabile per non più di ulteriori 180 giorni».

³⁹ Con riguardo all'art. 118 Cost., inteso come norma a carattere strumentale che consente al legislatore di 'appropriarsi' della disciplina di una funzione amministrativa all'esito di un giudizio politico, A. D'ATENA, *Diritto regionale*, IV ed., Torino, 2019, 37 e 202, parla di de-costituzionalizzazione parziale della disciplina delle funzioni amministrative.

⁴⁰ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 327/2003, con nota di E. DI BENEDETTO, *Decretazione d'urgenza in materie di competenza regionale. Spunti di riflessione*, in *Giur. cost.*, 2003, 3979 ss.; cui *adde*, Corte costituzionale, sentenza n. 32 del 2006 e più recentemente, la sentenza n. 252/2016.

⁴¹ In particolare quelli che «per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari», così il già citato art. 2, comma 1, lettera c), l. 225 del 1992.

esistente in altri ambiti⁴², soggiace in ogni caso all'osservanza dei principi di proporzionalità e di leale collaborazione, su cui ogni regione può provocare il controllo della Corte costituzionale o del giudice amministrativo⁴³.

La disciplina dettata dal *Codice della protezione civile*, in cui confluisce buona parte della legge precedente, va letta alla luce di queste premesse e, sulla base del ruolo riconosciuto alle autonomie territoriali – parte integrante di un Sistema ispirato ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza –, accoglie ampiamente non solo le indicazioni della giurisprudenza costituzionale relative

⁴² In materia sanitaria, per esempio, in cui la competenza a provvedere in deroga alla legge è attribuita al Governo in ragione dell'effettiva capacità degli organi individuati come competenti di porvi rimedio. Sull'art. 32 della l. n. 833 del 1978 come norma attributiva del potere di ordinanza in materia sanitaria a livello centrale, già A. QUARANTA, *Il sistema di assistenza sanitaria*, Milano, 1985, 85: «Trattasi di un potere *ex novo* conferito allo Stato dalla legge di riforma sanitaria per garantire interventi dettati dalla necessità e dall'urgenza nelle predette materie in un'area territoriale ultra regionale che non consentirebbe, per la sua dimensione spaziale, interventi affidati alle regioni o ad altri enti minori».

⁴³ Nei primi anni successivi alla riforma costituzionale del 2001, il giudizio della Corte costituzionale si svolge effettivamente sul piano della presenza e dell'adeguatezza delle forme collaborative previste con le Regioni; l'adeguatezza non solo riempie di contenuto il giudizio di ragionevolezza delle misure decise ma ne guida l'interpretazione anche laddove il criterio collaborativo non sia espressamente enunciato dalla norma di legge (cfr. per esempio, Corte costituzionale sentenza n. 39 del 2003, con riguardo all'ordinanza di protezione civile del Presidente del Consiglio dei Ministri, n. 3108 del 24 febbraio 2001, annotata da S. BARTOLE, *Principio di collaborazione e proporzionalità degli interventi statali in ambiti regionali*, in *Giur. cost.*, 2003, 259 ss.). Accanto a questo orientamento emerge tuttavia un diverso percorso argomentativo che, oltre a segnare un sindacato meno stringente sui provvedimenti impugnati, disvela i rischi sottesi alla scelta di affidare la tutela dell'autonomia territoriale all'esito del giudizio di volta in volta instaurato (dinanzi al giudice costituzionale o amministrativo). In alcune pronunce, la legittimità dell'ordinanza in deroga alla legge è infatti valutata muovendo dall'incidenza della stessa su una pluralità di materie e ritenendo che, nel caso concreto, prevalga una materia di potestà esclusiva dello Stato (cfr., con riguardo a un'ordinanza sostanzialmente normativa del Ministro della salute emanata il 9 settembre 2003, *Tutela dell'incolumità pubblica dal rischio di aggressioni da parte di cani potenzialmente pericolosi*, v. la sentenza della Corte costituzionale, n. 222/2006 e successivamente la sentenza n. 105/2009). Si tratta di una torsione importante che – destinata ad essere riproposta in tempi recenti (anche se in un conflitto tra enti coinvolgente una Regione a statuto speciale) –, è meno garantista delle prerogative regionali, perché l'applicazione del criterio della materia finisce con l'assorbire lo scrutinio stretto sull'esercizio del potere di ordinanza nel caso concreto.

alla legalità sostanziale del potere di ordinanza *extra ordinem* finalizzato al *coordinamento dell'attuazione* degli interventi da effettuare in caso di emergenza di rilievo nazionale⁴⁴, ma il principio *dell'intesa*⁴⁵.

Non stupisce pertanto che, in occasione della recente crisi sanitaria, il potere previsto dall'art. 25 del Codice sia ritenuto inadeguato; in parte perché funzionale ad obiettivi diversi da quelli perseguiti attraverso le misure di contenimento – interventi di soccorso e di ripristino e riattivazione dei servizi e apparati distrutti o danneggiati da eventi calamitosi – e poi perché correlato all'interlocuzione con gli enti territoriali, ormai 'costituzionalizzata' grazie alla valenza procedimentale riconosciuta al principio di sussidiarietà⁴⁶.

La produzione normativa della pandemia introduce pertanto un modello diverso che, pur inizialmente caratterizzato da alcune criticità, sottende l'intento di disciplinare con decreto-legge un'ampia

⁴⁴ Potere da esercitare nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle norme dell'Unione europea, indicando contestualmente le principali norme cui si intende derogare (in caso di ordinanze in deroga alla legge, cfr. l'art. 25 del d.lgs. n. 1 del 2018).

⁴⁵ All'intesa si subordina anche l'esercizio del potere di direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri finalizzato al coordinamento tecnico delle attività di protezione civile. Sul mancato esercizio di tale nel corso dell'emergenza sanitaria, v. tuttavia F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato-Regioni*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2020, 330 ss., 337.

⁴⁶ La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, in base al quale le funzioni amministrative sono in via di principio attribuite ai Comuni, salvo che «per assicurarne l'esercizio unitario» siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, si traduce infatti in una norma strumentale, perché l'art. 118 Cost. non procede direttamente all'allocazione delle funzioni amministrative, ma demanda al legislatore competente (statale o regionale) il compito di decidere l'allocazione della competenza amministrativa al livello di governo più idoneo a svolgerla (sussidiarietà) all'esito di una valutazione essenzialmente politica.

La delimitazione del margine di apprezzamento del legislatore ordinario nella valutazione delle esigenze di esercizio unitario della funzione che giustificano l'attribuzione della funzione al livello di governo sovra-comunale, si deve, com'è noto, alla Corte costituzionale, che elabora una lettura procedimentale del principio e subordina lo spostamento 'verso l'alto' della funzione amministrativa – e in ossequio al principio di legalità, della stessa competenza legislativa – al coinvolgimento delle Regioni nel procedimento di esercizio della funzione, secondo il principio di leale collaborazione con lo Stato. Si tratta di una lettura condivisibile in linea di principio ma foriera di sviluppi discutibili nella misura in cui lo spostamento della competenza a provvedere in capo allo Stato richiede il raggiungimento di un'intesa con le Regioni dotate di un potere interdittivo in problematico rapporto con l'esigenza di buon andamento dell'amministrazione, così A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 202.

gamma di restrizioni a comportamenti individuali e collettivi (richiedenti come tali un fondamento legislativo puntuale), demandandone l'attuazione a DPCM, chiamati ad adeguare la consistenza delle misure all'evolversi della situazione epidemiologica, ma adottati all'esito di un procedimento semplificato che sacrifica (almeno in parte) le prerogative degli enti territoriali.

3. *La scelta di integrare i poteri di ordinanza preesistenti con una disciplina ad hoc dettata con decreto-legge*

Il d.l. 23 febbraio 2020 n. 6, recante «*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*» prevede dunque un potere di ordinanza aggiuntivo⁴⁷.

L'opzione per il decreto-legge risponde all'esigenza di dotare di fondamento legislativo misure limitative di diritti decise a fini di prevenzione del contagio; a questo fine, la fonte primaria non solo '*riprende*' le misure indicate nelle ordinanze del 21 febbraio del Ministro della Salute⁴⁸, ma elenca una serie di provvedimenti utilizzabili «nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus».

I limiti ascrivibili alla disciplina inizialmente introdotta sono stati ampiamente evidenziati; alla luce dell'art. 1, d.l. n. 6/2020, le *autorità competenti* possono infatti adottare misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia, *anche fuori dei casi indicati* dalla norma primaria⁴⁹.

⁴⁷ È da chiedersi tuttavia perché l'adozione di ordinanze emergenziali sia stata disciplinata in apposita fonte, visto che, tanto il potere di ordinanza previsto dall'art. 32, l. n. 833/1978, quanto quello previsto (per situazioni emergenziali di rilievo nazionale) dal Codice della Protezione civile costituiscono il precipitato di clausole generali di ordinanze libere; nel primo caso riguardanti la sola materia sanitaria, nel secondo aventi oggetto più generale, a partire dal quale è stato anzi argomentato un preciso collegamento istituzionale tra emergenza e ordinanze libere, cfr. già con riguardo alla l. n. 225/1992, A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza: contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., 164 ss., che parla di clausola di chiusura nel sistema delle ordinanze.

⁴⁸ Cfr. l'art. 1, comma 2.

⁴⁹ Così l'art. 1, comma 1, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6.

Né può ignorarsi il riferimento ad imprecisate, *ulteriori misure* rispetto a quelle elencate, che pure si presenta in contrasto frontale con le riserve di legge in materia di libertà di circolazione, di istruzione, di iniziativa economica e in rapporto anche più problematico con le norme costituzionali sulla libertà di culto e di riunione in luogo privato, che non sembrano ammettere restrizioni per motivi di carattere sanitario⁵⁰.

Quanto accade in seguito è parimenti storia nota; alla vistosa incostituzionalità delle disposizioni ricordate sopperisce l'entrata in vigore del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 che, disponendo l'abrogazione del decreto-legge precedente⁵¹, consente per il futuro solo l'adozione di DPCM impositivi di misure restrittive espressamente previste dalla fonte primaria⁵².

Sul distinto versante delle competenze, il potere attuativo è concentrato in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri chiamato a individuare l'ampiezza della limitazione imposta a determinati diritti in ragione del rischio epidemiologico, attraverso propri decreti adottati su proposta del Ministro della Salute, «sentito il Ministro dell'Interno, della Difesa, il Ministro dell'Economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardi esclusivamente una sola re-

⁵⁰ Cfr. l'art. 2 del d.l. n. 6/2020, su cui anche F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 138 ss.

⁵¹ In realtà il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 abroga tutto il decreto-legge n. 6, ad eccezione dei commi 6, 6-bis e 6-ter dell'art. 3, nonché dell'art. 4.

⁵² I DPCM della pandemia sono inoltre applicabili cioè ad una pluralità indeterminata di casi e in quanto tali hanno contenuto normativo, collocandosi nella discutibile categoria degli atti normativi di natura non regolamentare che, come la stessa Corte costituzionale ha chiarito (sentenza n. 116/2006), hanno natura giuridica indefinibile sottraendosi ad un adeguato sistema di controlli (in questa logica, la Corte ha invitato il Governo a non esercitare il potere regolamentare in forma atipica). Va rilevato tuttavia che nel caso dei DPCM attuativi dei decreti-legge nn. 6 e 19 del 2020 (e poi dei dd.l. nn. 33 e 125 del 2020), il controllo politico-parlamentare è escluso solo in una prima fase; in seguito l'art. 2 del d.l. n. 19 del 2020 introduce una procedura di comunicazione, ogni quindici giorni, del Governo alle Camere, sulle linee di attuazione della fonte primaria, in modo da tenere conto degli indirizzi da queste formulate (così, condivisibilmente, U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid-19*, cit., 35-36). Sulla distinzione tra atti normativi e non normativi, v. inoltre, in termini generali, N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, commento a Consiglio di Stato, Ad Plen., 4 maggio 2012, n. 9, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2012, 1209 ss.

gione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, nel caso in cui riguardi il territorio nazionale»⁵³.

Per ragioni di speditezza della decisione, le nuove norme rompono gli argini del procedimento collaborativo previsto dal *Codice della protezione civile* e impongono, in fase di attuazione delle misure, un procedimento più snello che, pur prevedendo il coinvolgimento delle autonomie territoriali (*recte*: delle Regioni), ne semplifica il grado di partecipazione, identificato nell'acquisizione di un parere (reso dai Presidenti delle singole Regioni)⁵⁴.

Il procedimento di adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri si discosta così dalla declinazione del principio di leale collaborazione in materia di protezione civile e, in ragione della gravità della situazione, comprime il potere delle Regioni di co-decidere con lo Stato, benché le scelte attuative certamente incidano su competenze regionali (oltre che su quelle del Ministro della salute, in

⁵³ Cfr. l'art. 3, comma 1, del d.l. citato. Il primo DPCM, emanato contestualmente al d.l. n. 6 risale anch'esso al 23 febbraio 2020 e, in attuazione del citato decreto-legge, stabiliva il divieto di uscita e di accesso nei Comuni del Nord Italia indicati come 'focolaio' (Bertonico; Casalpusterlengo; Castelgerundo; Castiglione d'Adda; Codogno; Fombio; Maleo; San Fiorano, Somaglia; Terranova dei Passerini; Vò che rientrano nella c.d. 'zona rossa'), sulla base di quanto previsto dal d.l. n. 6/2020, nonché la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia delle attività didattiche delle scuole (l'efficacia iniziale è di quattordici giorni). Con il DPCM del 1° marzo 2020, il territorio nazionale viene suddiviso in tre zone; accanto alla c.d. zona rossa si prevede infatti una fascia di territorio comprendente la Lombardia, il Veneto, l'Emilia-Romagna e le province di Pesaro-Urbino e di Savona, in cui sono disposte misure meno stringenti (sospensione di eventi e competizioni sportive; dei viaggi di istruzione nelle scuole, dell'obbligo del certificato di rimissione per assenze superiori a cinque giorni etc.), oltre all'imposizione di altre misure particolari nelle province di Bergamo, Lodi, Piacenza e Cremona. Infine, sulla restante parte del territorio nazionale, si applicano generiche misure di informazione e prevenzione. Nelle regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna il DPCM del 1° marzo proroga anche la chiusura delle scuole (disposta dal 23 febbraio 2020), fino all'8 marzo. Allo stesso subentra tuttavia il DPCM 4 marzo 2020 che estende una serie di misure di contenimento all'intero territorio nazionale, in prima battuta fino al 15 marzo, successivamente fino al 3 aprile (grazie al DPCM 9 marzo 2020).

⁵⁴ Sul fenomeno delle deroghe alle norme della legge sul procedimento amministrativo – in quanto alcuni moduli organizzativi, (per esempio la conferenza dei servizi finalizzata a coinvolgere più amministrazioni) sono ritenuti un ostacolo alla tempestività degli interventi, v. già G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 1-2/2016, 33 ss., 49 (con ampia indicazione di ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri adottate allo scopo).

quanto esplicitazione di una competenza amministrativa imputata allo Stato)⁵⁵.

La concentrazione del potere attuativo in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri ridimensiona inoltre i poteri di ordinanza in deroga alla legge potenzialmente utilizzabili in una situazione di emergenza sanitaria; sia quello disciplinato dall'art. 32, l. n. 833/1978, che quello spettante ai sensi degli artt. 117, d.lgs. 112/1998 e 50, d.lgs. 267/2000 in relazione ad emergenze di carattere esclusivamente locale.

Tanto nel decreto-legge n. 6, quanto nel successivo d.l. n. 19 infatti, i provvedimenti del Presidente del Consiglio dei Ministri possono essere infatti emanati solo «nelle more dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri» e comunque in casi di «*estrema* necessità e urgenza».

La discussione intorno al significato di entrambi gli incisi vede subito contrapposte chiavi di lettura piuttosto diverse; la soluzione più convincente circoscrive tuttavia la possibilità di impiego dei poteri ricordati ai casi in cui la situazione sia divenuta talmente urgente ('estrema'), da rendere intempestiva perfino l'adozione di un'ordinanza del Presidente del Consiglio, imponendo l'intervento immediato del Ministro della salute (ma anche di un Presidente di regione o di un sindaco se l'estensione territoriale dell'aggravamento non è sovra-regionale), finché non intervenga un DPCM⁵⁶.

Il significato della locuzione «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri» non è particolarmente ambiguo e sottende i continui mutamenti del quadro epidemiologico, in ragione dei quali gli stessi DPCM attuativi delle misure emergenziali hanno efficacia temporalmente limitata (all'inizio, tendenzialmente, quattordici giorni).

Per fronteggiare una situazione in continua evoluzione, i decreti-legge non rinunciano inoltre completamente agli strumenti di

⁵⁵ Più tardi, con l'ordinanza n. 4/2021, la Corte costituzionale chiarirà che i decreti-legge relativi alle misure di contenimento della pandemia costituiscono esercizio della potestà esclusiva dello Stato in materia di prevenzione e profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lett. *q*) e che l'allocatione centralizzata delle competenze amministrative 'segue' la dimensione (nazionale) dell'emergenza.

⁵⁶ In questo senso, S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, t. II, cit., 44.

intervento preesistenti e in particolare al potere di ordinanza in materia sanitaria che, sulla base dell'art. 32, l. n. 833/1978, spetta anzitutto al Ministro della Sanità (ora della salute) per l'adozione dei provvedimenti con efficacia sul territorio nazionale e in caso di emergenze più circoscritte, agli organi di vertice degli enti territoriali⁵⁷.

Questa indicazione conferma la preferenza per il livello di governo superiore in ossequio alla dimensione dell'emergenza⁵⁸; in ragione di ciò, dopo la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, la competenza a intervenire in casi di *estrema necessità e urgenza*, quando anche lo snello procedimento di adozione di un DPCM risulti inadeguato, spetta anzitutto al Ministro della salute⁵⁹,

⁵⁷ Assegnata al Presidente del Consiglio dei Ministri la competenza a intervenire in via prioritaria, il primo decreto-legge ammette infatti che, «nei casi di estrema necessità ed urgenza», le misure contemplate (sia quelle elencate che le non meglio precisate, ulteriori misure dell'art. 2 del d.l.) possano essere adottate «ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267», menzionando così tutte le diverse norme attributive di poteri di ordinanza in materia sanitaria. L'art. 32 in particolare, sostituendo la risalente disciplina delle leggi comunali e provinciali e del testo unico delle leggi sanitarie stabilisce che «il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni». Secondo E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 91-92, l'entrata in vigore della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale segna la caduta in desuetudine degli artt. 129, 217, 258, 261 t.u.l.s.); in alternativa, le stesse sono da ritenere tacitamente abrogate dagli artt. 50 TUEL e 117, d.lgs. n. 112/1998.

⁵⁸ La volontà di accentrare le scelte inerenti alla gestione dell'emergenza è ribadita dagli articoli 1, co. 1, e 2, co. 1 della l. n. 13/2020 (di conversione del d.l. n. 6), su cui ancora M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti del Governo*, in *Paper, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, in *Federalismi.it*, 6-7. Il potere di ordinanza imputato al Sindaco dall'art. 50 TUEL scompare tuttavia dal sistema dei poteri emergenziali e ricompare solo più tardi (grazie al d.l. n. 33/2020) quando, cessata la fase peggiore, si introducono le misure della 'ripartenza'.

⁵⁹ L'art. 3, comma 3 del d.l. n. 6 del 2020 fa salvi anche gli effetti delle ordinanze precedentemente adottate dal Ministro della salute. Già in passato, i poteri contingibili e urgenti del Ministro della salute hanno dimostrato grande duttilità grazie alla generalità della fattispecie contemplata dall'art. 32, l. n. 833 del 1978; dopo un inizio 'in tono minore', la disciplina sulle ordinanze in materia sanitaria contenuta nella legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale – la prima legge che alloca il potere di ordinanza in materia sanitaria a livello centrale –, ha avuto ampia attuazione e, anche in vicende recenti, è divenuta fonte di rilevante interesse nell'opinione pubblica. Integrando e contenendo

che può beneficiare della latitudine di intervento accordata al Presidente del Consiglio dei Ministri, assai ampia – lo si è visto – nel d.l. n. 6, ma riscritta dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 per garantire la legalità sostanziale del potere esercitato⁶⁰.

In seguito all'entrata in vigore di quest'ultimo, al Ministro della salute è dunque consentito intervenire «in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute», ma solo scegliendo tra misure *tipizzate*, mentre ai Presidenti di regione spetta un ambito di operatività più circoscritto, in quanto della potestà di introdurre «misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle attualmente vigenti» questi può avvalersi esclusivamente nell'ambito delle attività di competenza regionale «e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale».

Ciononostante, la delimitazione del potere di ordinanza a livello regionale e infra-regionale si rivela ardua e, mentre alcuni Presidenti si attengono all'idea che l'emanazione di ordinanze contingibili e urgenti sia consentita solo per fattispecie non contemplate dai DPCM attuativi dei decreti-legge, molti altri ritengono di poter disporre *in deroga* alle misure nazionali già adottate, sia di livello primario che secondario, in ossequio a specifiche esigenze dei propri territori⁶¹.

discipline parallelamente dettate da decreti-legge, le ordinanze del Ministro della salute riescono infatti a reiterarne il contenuto e, attraverso proroghe ripetute, consentono di stabilizzare nel tempo provvedimenti emergenziali di rango primario incappati nelle maglie della più stringente giurisprudenza costituzionale in materia. Parallelamente, ad esse si è estesa la discussione sul carattere *normativo* o *paranormativo* delle ordinanze *extra ordinem* che, alimentata da una prassi eccentrica rispetto ai principi indicati dalla giurisprudenza costituzionale – sia con riguardo all'osservanza del principio di legalità sostanziale, che relativamente alla temporaneità, all'omessa indicazione delle disposizioni oggetto di deroga e, non di rado, alla stessa sussistenza dei presupposti emergenziali – replica le riflessioni portate avanti in altri ambiti.

⁶⁰ Il d.l. n. 19 del 2020 dispone infatti l'abrogazione del discusso art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6.

⁶¹ L'abrogazione dell'art. 3, d.l. n. 6/2020 disposta dal d.l. n. 19 aspirava a 'fare chiarezza' per arginare l'attivismo eccessivo di alcuni Presidenti ma anche dei Sindaci (comprovato da svariate iniziative che, dall'ordinanza del Presidente della Regione Valle d'Aosta, quelle dei Sindaci di Ischia e Messina, risultano tutte fatalmente dimentiche del tenore letterale dell'art. 120 Cost.); la volontà di arginare il concreto esercizio del potere di ordinanza si traduce così in una previsione che sancisce per un verso l'inefficacia delle ordinanze dei Sindaci difformi dai DPCM (con una disciplina temporanea vigente per circa due mesi), riscrivendo il ruolo delle Regioni attraverso i commi 1 e 3 dell'art. 3 del d.l. n. 19.

La concentrazione del comando emergenziale in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri scatena infatti una gestione personalistica delle misure di contenimento della pandemia⁶² che, probabilmente fomentata da un procedimento volto a chiudere ‘a monte’ questioni su cui si ritiene troppo lungo (e difficile) il raggiungimento di un accordo tra Stato ed amministrazioni territoriali, ingenera tensioni nello svolgersi del rapporto tra Stato e Regioni.

Né l’invocazione, a sostegno delle misure adottate, di una competenza legislativa esclusiva dello Stato – in particolare la *profilassi internazionale* indicata dalla lettera *q*) dell’art. 117, comma 2, Cost. – placa la contrapposizione, in quanto l’esercizio della stessa esclude l’applicazione del principio di leale collaborazione.

La primazia assoluta riconosciuta all’esigenza di prevenzione a tutela della salute, comprensibile nella prima fase dell’emergenza, reclama insomma un bilanciamento con gli altri interessi costituzionali che, in particolare durante la fase calante dell’epidemia, spingono per riemergere e impongono di tenere conto delle prerogative degli enti territoriali inizialmente sacrificate⁶³.

4. *(Segue) Le prime, eccentriche ordinanze regionali in materia sanitaria, l’iniziale acquiescenza del Governo e l’inversione di rotta alle soglie della ‘ripartenza’*

Gli effetti distorsivi scaturenti dal protrarsi nel tempo delle misure emergenziali non tardano a manifestarsi.

È noto che, già durante la fase acuta della pandemia, non pochi ‘Governatori’ si avvalgono del potere di ordinanza *ex art.* 32, l. n. 833 del 1978, emanando misure di confinamento più aspre di quelle decise a livello statale.

Emblematiche l’ordinanza adottata dalla regione Lombardia (che sospende dal 20 marzo fino al 15 aprile cantieri edili, studi pro-

⁶² Su questo profilo, ampiamente, F. MUSELLA, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, in *Dir. reg. Riv. di dir. delle aut. terr.*, n. 2/2020, 109 ss.

⁶³ Mi riferisco in particolare al carattere prevalente riconosciuto alla materia «profilassi internazionale» di cui all’art. 117, secondo comma, lettera *q*), Cost. (su cui ritornerò); da questa derivano non solo la previsione di provvedimenti incidenti sull’esercizio di diritti costituzionalmente garantiti ma l’adozione di norme volte a garantire uniformità anche nell’attuazione, in ambito nazionale, dei programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale (cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 270/2016, n. 173/2014, n. 406/2005, n. 12/2004).

fessionali e attività sportiva all'aperto), ma anche quelle del presidente della Valle d'Aosta e, sull'esempio di quest'ultimo, dei presidenti delle Regioni Piemonte, Basilicata e Calabria, contenenti l'ordine di evitare l'ingresso nel territorio regionale dei non residenti (*recte*: ordinano di evitare), salvi gli spostamenti dovuti a indifferibili esigenze lavorative o situazioni di necessità⁶⁴.

Né può omettersi un richiamo all'ordinanza 20 marzo 2020 n. 33 del presidente della regione Veneto che pretende di *integrare* quanto previsto dal DPCM 8 marzo 2020, stabilendo che gli spostamenti sul territorio regionale debbano essere limitati ad un raggio di 200 metri dalla residenza o dimora, anche quando dettati da necessità fisiologica, vietando altresì l'apertura dei centri commerciali la domenica⁶⁵.

Con specifico riguardo alle ordinanze del primo tipo giacché limitative della libertà di circolazione sul territorio nazionale, i sostenitori della legittimità dell'intervento regionale hanno ricordato che l'impiego di tale potere ha ottenuto in passato l'avallo' dalla Corte costituzionale (a tutela del valore primario della salute)⁶⁶; il richiamo di un 'antico' precedente mi sembra tuttavia non del tutto conferente, dal momento che, nel caso deciso dalla nota sentenza n. 51/1991, l'ordinanza regionale che, ai sensi dell'art. 32, l. n. 833/1978,

⁶⁴ Nello stesso 'filone' si collocano i provvedimenti adottati nel Lazio, in Campania e in Puglia che, stabilendo un periodo di quarantena di quattordici giorni per chi provenga dalle Regioni del Nord inizialmente più colpite dall'epidemia, pure incidono sulla libertà di circolazione sul territorio nazionale in deroga a quanto fino al quel momento previsto.

⁶⁵ Ancora può ricordarsi l'ordinanza che 'blocca' la vendita ad ospedali del Veneto di dispositivi e attrezzature sanitari prodotti da un'impresa locale (Presidente della Regione Puglia); infine le delibere adottate dai Sindaci, tra cui 'spiccano' quella adottata dal Sindaco del Comune di Ischia in quanto volta a vietare l'ingresso nel territorio di cittadini provenienti dal Nord del Paese e l'ordinanza emanata dal Sindaco del Comune di Messina, finalizzata a 'chiudere' lo Stretto al traffico di merci e passeggeri e fatalmente destinata a tradursi nella chiusura dell'intera Regione.

⁶⁶ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 51/1991. sul piano dell'opportunità, si è inoltre sottolineato che il contrasto tra provvedimenti regionali e DPCM statali è spesso apparente, perché i provvedimenti regionali sono nel giro di poco tempo 'recepiti' dai decreti del Presidente del Consiglio che ne estendono gli effetti all'intero territorio nazionale, cfr. G. BOGGERO, *Un decentramento confuso ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID-19*, in *Il Piem. delle Aut. Riv. quad. di scienze dell'Amm. promossa dal Cons. reg. Piem.*, 8 aprile 2020, in www.piemonteaautonomie.cr.piemonte.it, cit., 4-5.

limita la circolazione di ovini e caprini tra due regioni per evitare il diffondersi della brucellosi bovina è concretamente annullata, per difetto di proporzionalità della misura prescelta rispetto al fine di proteggere «la sanità del patrimonio zootecnico o di alcune specie di animali sottoposti alle proprie competenze», proprio in quanto colpisce «*indiscriminatamente* tutti gli ovini e i caprini provenienti da altre regioni italiane»⁶⁷.

In una prima fase, le ardite ordinanze regionali non incontrano tuttavia grossi ostacoli nell'opposizione del Governo⁶⁸ e sono al più impugnate dai cittadini, singoli o in gruppi, specie se riguardanti le modalità di svolgimento delle attività produttive⁶⁹.

Questa linea di tendenza trova conferma anche in seguito all'entrata in vigore del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 che, malgrado la riformulazione di alcune norme per chiarire l'ambito rispettivo di intervento delle ordinanze statali e regionali, non impedisce il susse-

⁶⁷ E non – si legge ancora nella sentenza n. 51/1991 – «soltanto gli allevamenti o gli animali che non siano stati qualificati come indenni o ufficialmente indenni dalla brucellosi da parte delle autorità legittimamente investite in ciascuna regione dei relativi poteri di accertamento».

⁶⁸ Nella fase acuta dell'emergenza, Stato e Regioni convengono tacitamente sull'opportunità di evitare di intraprendere la via del contenzioso giurisdizionale. L'unica eccezione è rappresentata dal giudizio amministrativo instaurato sull'ordinanza del Presidente della Regione Marche da cui, com'è noto, discende l'annullamento del provvedimento regionale che dispone, in assoluta carenza di potere, la chiusura delle scuole di ogni ordine e grado nella Regione. All'indomani dell'entrata in vigore del d.l. 23 febbraio n. 6 e del DPCM adottato nello stesso giorno, per contrastare la diffusione del virus e muovendo dalla «prossimità del territorio marchigiano con la regione Emilia-Romagna in cui sono stati rilevati casi confermati di contagio da Covid-19», il presidente della Regione Marche emana infatti un'ordinanza con cui dispone il blocco delle manifestazioni pubbliche e la chiusura delle scuole di ogni ordine e grado e delle università con sedi sul territorio, ritenendo insufficienti le misure disposte a livello nazionale. Il provvedimento viene impugnato dal Governo dinanzi al TAR Marche e comporta la sospensione del provvedimento del 25 febbraio 2020 con decreto del Presidente del tribunale (il successivo 27 febbraio), cfr. TAR Marche, sez. I, 27 febbraio 2020, decreto n. 56; il decreto è stato poi confermato con ordinanza 5 marzo 2020, n. 64. Sulla vicenda cfr. G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *Coronavirus, il TAR sospende l'ordinanza della Regione Marche (che ne fa un'altra)*, in *laCostituzione.info*, 28 febbraio 2020, in *www.lacostituzione.info*, nonché G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *www.biodiritto.org*, 16 marzo 2020.

⁶⁹ Per un'analisi dei casi più rilevanti, rinvio ad A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in *Dir. reg. Riv. di dir. delle aut. terr.*, n. 2/2020, 86 ss., specie 92 ss.

guirsi di provvedimenti protesi a disciplinare in modo diverso fattispecie già contemplate da un DPCM, in nome dell'avvenuto aggravamento del rischio sanitario nella Regione.

Trova un limite effettivo solo il potere di ordinanza dei Sindaci, di cui espressamente si dispone l'inefficacia⁷⁰, mentre il riferimento a misure regionali «ulteriormente restrittive», sebbene associato alle sole misure già elencate dal decreto-legge e comunque delimitato dalla competenza regionale, risulta insufficiente a fermare i 'Governatori', più inquieti via via che l'emergenza si protrae, scuotendo alle fondamenta un sistema economico-sociale sempre più fragile.

Ma l'acquiescenza del Governo non può durare a lungo e, alle soglie della 'ripartenza'⁷¹, è smentita dal ricorso presentato avverso l'ordinanza con cui la Presidente della regione Calabria amplia le possibilità di esercizio della libertà d'impresa, autorizzando la riapertura di attività produttive (servizi di ristorazione e agriturismi) non contemplate dal DPCM del 26 aprile 2020 (riferito invece al solo settore manifatturiero ed edilizio).

Il provvedimento regionale è prevedibilmente annullato⁷²; pur lasciando emergere il disagio di territori meno colpiti dal *virus* di fronte a misure che restringono in modo uniforme le attività produttive sull'intero territorio nazionale è infatti adottato in carenza assoluta di potere, perché la 'riapertura' delle attività prese in considerazione dall'ordinanza è vietata fino al successivo 17 maggio.

La vicenda concreta, in quanto evidenzia il malessere delle Regioni di fronte alla centralizzazione del potere di gestione dell'emergenza, consente tuttavia di guardare in una luce diversa i decreti-legge successivamente emanati e in particolare il d.l. 16 maggio 2020 n. 33, che disciplina l'avvio di una nuova fase⁷³.

⁷⁰ Cfr. l'art. 3, comma 1 del d.l. n. 19/2020. Tale potere è poi rilegittimato dal d.l. n. 33/2020.

⁷¹ Mi riferisco al periodo che va dall'entrata in vigore del d.l. n. 19/2020 alla cessazione dell'efficacia del DPCM 26 aprile 2020 (il cui periodo di vigenza era compreso tra il 3 e il 17 maggio 2020).

⁷² Si tratta invero dell'annullamento parziale dell'ordinanza, cfr. TAR Calabria, Catanzaro, sez. III, 9 maggio 2020, n. 841.

⁷³ È il d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (conv. in l. n. 74/2020) contenente misure applicabili dal 18 maggio al 31 luglio 2020. Gli effetti dello stesso sono successivamente prorogati; prima dal d.l. 31 luglio 2020, n. 83 fino al 15 ottobre 2020 e, in seguito alle delibere del Consiglio dei Ministri del 7 ottobre 2020 e del 13 gennaio 2021 (entrambe di proroga dello stato di emergenza nazionale), prima fino al 31 gennaio 2021 (proroga re-

Il primo dei decreti-legge della c.d. ‘fase 2’ presenta infatti alcune ambiguità, giacché per un verso ‘stabilizza’ il riparto di attribuzioni previsto dal decreto-legge n. 19⁷⁴, per l’altro legittima nuovi poteri regionali⁷⁵.

L’art. 1, comma 16 del d.l. n. 33/2020 stabilisce infatti che, in considerazione delle esigenze dei territori, l’esercizio del potere di ordinanza regionale possa avvenire *anche in deroga* ai DPCM statali in vigore, tanto per adottare misure *ampliative* quanto per imporre misure più *restrittive*, purché sia informato preventivamente il Ministro della Salute in relazione all’andamento della situazione epidemiologica⁷⁶.

La formulazione della norma rimane così pericolosamente sospesa tra una gestione centralizzata dell’emergenza (finora faticosamente portata avanti) e l’aspirazione alla differenziazione⁷⁷; non solo perché – nell’intento di ampliare il margine di intervento degli organi regionali – si attribuisce al (solo) Presidente della regione il potere di adottare misure *ampliative* che sembrano esorbitare dalla gestione dell’emergenza, ma in quanto – «nelle more di decreti del Presidente del Consiglio e tenuto dell’andamento della situazione epidemiologica» – le Regioni sembrano poter decidere senza subire il limite, finora esplicitato dall’art. 3, comma 1, d.l. n. 19/2020, delle attività di competenza regionale.

Gli effetti della nuova disciplina emergono durante l’estate quando, in seguito alla prima proroga dello stato di emergenza⁷⁸, so-

cepita dal d.l. 7 ottobre 2020, n. 125), poi fino 30 aprile 2021 (proroga anch’essa recepita con d.l. 14 gennaio 2021 n. 2).

⁷⁴ Cfr. art. 1, comma 16, d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (conv. in l. 14 luglio 2020, n. 74).

⁷⁵ Cessano infatti di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all’interno del territorio regionale in virtù del d.l. n. 19 e rimangono vietati gli spostamenti tra regioni (analogamente agli spostamenti da e per l’estero) solo fino al 2 giugno 2020, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza o per motivi di salute, cfr. art. 3, comma 1, d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (conv. in l. 14 luglio 2020, n. 74).

⁷⁶ Successivamente, con il d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, tale previsione è modificata e si ritorna (quasi) alla scelta preesistente, con possibilità per le Regioni di adottare misure più restrittive, ovvero, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti da tali decreti e d’intesa, col Ministro della Salute, anche ampliative.

⁷⁷ Sul «pluralismo anti-pandemia», in senso critico, di recente, S. CASSESE, *Sull’epidemia lo Stato conta più delle Regioni*, in *Corr. della Sera* del 17 gennaio 2021.

⁷⁸ La proroga è disposta fino al 15 ottobre 2020 (v. nota 73).

praggiungono nuovi provvedimenti che, facendo leva sul requisito dell'urgenza (*estrema*), impongono ai cittadini che rientrano da alcuni Stati sul territorio regionale obblighi non previsti dal d.l. n. 19⁷⁹.

Emblematiche l'ordinanza del 12 agosto 2020 della Regione Calabria e l'ordinanza n. 84 del 13 agosto 2020 della Regione Veneto, non impugnate dal Governo in quanto sostanzialmente coeve alle previsioni (identiche) contenute nell'ordinanza del Ministro della salute del 12 agosto 2020⁸⁰, ma emanate in carenza di potere (come lo stesso provvedimento statale), vista l'assenza della misura imposta dall'elenco contenuto nella fonte primaria che, ammettendo l'adozione di misure restrittive della libertà di circolazione, non sembra consentire l'imposizione di obblighi incidenti sulla libertà individuale⁸¹.

Oggetto di ricorso governativo sono invece le ordinanze della regione Sicilia e Sardegna in quanto invasive di ambiti di competenza statale⁸²; la prima perché dispone un ordine di sgombero immediato degli *hotspot* e dei centri di accoglienza dei migranti con contestuale ricollocamento in altri centri fuori dall'isola (motivando con l'impossibilità di mantenere le misure sanitarie precauzionali di prevenzione dei contagi in tali luoghi); la seconda perché volta ad introdurre 'di fatto' un obbligo per i viaggiatori in arrivo in Sardegna consistente nella presentazione del certificato di negatività sierologica al COVID-19, da effettuarsi entro le 48 ore precedenti ovvero successive al viaggio.

Le decisioni di annullamento dei TAR territorialmente compe-

⁷⁹ Mi riferisco all'obbligo di sottoporsi (laddove non lo avessero eseguito nelle 72 ore antecedenti al rientro in patria) al tampone antigenico o molecolare nelle 48 successive al rientro da Croazia, Grecia, Repubblica di Malta o Spagna presso l'ASP territorialmente competente.

⁸⁰ In G.U. del 13 agosto 2020, n. 202.

⁸¹ Mi sembrano invece legittime le ordinanze adottate nel Lazio (ord. n. 62 del 2 ottobre 2020), in Campania (ord. 24 settembre 2020), Calabria (ord. 25 settembre 2020) e Sicilia (ord. 27 settembre 2020) che, imponendo, fino a nuova disposizione, di indossare la mascherina all'aperto durante l'intera giornata, hanno in realtà 'anticipato' la scelta operata da un successivo DPCM (13 ottobre 2020 su cui ritornerò a breve). Intervenedo con riguardo a fattispecie lasciate scoperte dal DPCM in vigore ma attingendo al novero delle misure previste dal d.l. n. 19/2020 tali misure sembrano conformi al quadro normativo vigente.

⁸² Il riferimento è all'ordinanza del Presidente della regione Sicilia 22 agosto 2020, n. 33 e del Presidente della regione Sardegna, 11 settembre 2020, n. 43.

tenti sono condivisibili; l'ordinanza siciliana, pur dichiarando finalità di tutela della salute in conseguenza del dilagare dell'epidemia nel territorio regionale, lede chiaramente la competenza dello Stato in materia di organizzazione e gestione del fenomeno migratorio sul territorio italiano⁸³, mentre il provvedimento del Presidente della regione Sardegna, imponendo ancora una volta, obblighi non previsti da norme primarie, è in contrasto evidente con la riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost. per l'imposizione di prestazioni personali.

In prospettiva analoga può guardarsi all'ordinanza del presidente della regione Lazio, che impone ad alcune categorie di cittadini, sempre senza fondamento legislativo, l'obbligo di aderire alla campagna di vaccinazione anti-influenzale per la stagione invernale 2020-21⁸⁴.

È vero che il comma 16 dell'art. 1, d.l. n. 33/2020 autorizza le Regioni a introdurre misure più restrittive rispetto a quelle statali, ma il confine della competenza regionale rimane insuperabile e certamente non consente di imporre un obbligo in materia di vaccinazioni che, in ragione di quanto previsto dall'art. 32 Cost., sottende una riserva di legge statale.

Anche in questo caso, una rapida lettura di alcune fondamentali pronunce della Corte costituzionale avrebbe dovuto dissuadere dall'adozione del provvedimento, giacché risulta da tempo chiarito che il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica⁸⁵, dev'essere garantito in condizione di eguaglianza nel Paese⁸⁶, attraverso una legislazione generale dello Stato basata su indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale⁸⁷.

⁸³ Il titolo di intervento dello Stato è nell'art. 117, comma 2, lettera *b*), Cost.

⁸⁴ L'ordinanza è la n. Z00030 del 17 aprile 2020, sospesa in via cautelare il 10 agosto successivo e annullata dal TAR Lazio nel mese di ottobre, cfr. TAR del Lazio, sez. III-*quater*, 2 ottobre 2020, nn. 10047 e 10048; e ancora TAR del Lazio, sez. III-*quater*, 16 ottobre 2020, n. 10587.

⁸⁵ Così Corte costituzionale sentenze nn. 282 del 2002, 338 del 2003 e 169 del 2017.

⁸⁶ Cfr. Corte costituzionale sentenza n. 268/2017.

⁸⁷ Cfr. almeno Corte costituzionale, sentenze nn. 307/2003, 331/2003 e 166/2004 e, in base a queste pronunce, TAR, Calabria, Catanzaro, Sezione I, 15 settembre 2020, n. 1462, in cui è possibile leggere: «Se è vero che il confine tra le terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base di acquisizioni scientifiche e sperimentali è determina-

Parimenti problematico si presenta infine il decreto adottato il 9 settembre 2020 dal Presidente della regione Piemonte, n. 95 che, imponendo alle scuole l'obbligo di effettuare la misurazione della temperatura corporea degli alunni prima dell'ingresso in classe, si presenta come integrativo delle disposizioni del DPCM 7 settembre 2020⁸⁸.

L'ordinanza statale prevedeva invero il «coinvolgimento delle famiglie nell'effettuare il controllo della temperatura corporea dei bambini/studenti *a casa* 'prima' di recarsi al servizio educativo dell'infanzia o scuola»⁸⁹ e non l'imposizione di un obbligo in capo alle istituzioni scolastiche; l'atto regionale dispone diversamente e, forzando l'incerta linea di confine tra misure che sviluppino ulteriormente scelte dello Stato e misure innovative, prescrive un vero e proprio obbligo.

Il TAR territorialmente competente conferma in quest'occasione gli effetti del provvedimento, a dimostrazione dell'assoluta centralità acquisita dal giudice amministrativo nella ridefinizione del rapporto tra Stato e Regioni, ma anche dell'imprevedibilità degli orientamenti giurisprudenziali in un momento così difficile⁹⁰.

5. *Le ordinanze regionali nel sistema delle fasce di rischio*

L'introduzione delle fasce di rischio segna, infine, unitamente all'ulteriore proroga dello stato di emergenza disposta in ragione dell'evolvere della curva epidemiologica, l'esplosione delle ordinanze regionali impositive di *ulteriori* misure⁹¹.

zione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia (Corte costituzionale, sentenza n. 169/2017), a maggior ragione e anche per ragioni di eguaglianza, deve essere riservato allo Stato – ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost. il compito di qualificare come obbligatorio un trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili», cfr. da ultimo (con riguardo ad un'ordinanza regionale sulla vaccinazione anti-influenzale obbligatoria di contenuto analogo all'ordinanza del Lazio),

⁸⁸ A propria volta, il DPCM indicato nel testo è di proroga e integrazione del precedente DPCM 7 agosto 2020.

⁸⁹ Così l'allegato 21, inserito nel DPCM 7 agosto 2020 dal successivo DPCM del 7 settembre.

⁹⁰ Cfr. TAR Piemonte, sentenza 17 ottobre 2020, n. 647.

⁹¹ Il decreto-legge che dispone il prolungamento dello stato di emergenza fino al 31 gennaio 2021 è il d.l. 7 ottobre n. 125 in attuazione del quale intervengono il DPCM

La seconda proroga dello stato di emergenza, disposta con delibera del Consiglio dei Ministri del 7 ottobre 2020, ai sensi dell'art. 24, comma 1 del *Codice della protezione civile*, viene recepita dal coevo d.l. 7 ottobre 2020 n. 125 e comporta l'estensione dei termini di efficacia dei decreti-legge emanati durante le 'fasi 1 e 2' fino al 15 ottobre 2020⁹².

Il primo decreto-legge del mese di ottobre si segnala per il drastico ridimensionamento della possibilità per le Regioni di adottare misure ampliative, da questo momento ammesse «nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della salute»⁹³.

La recrudescenza della pandemia è sentita come imminente; nuove misure stanno per essere adottate e, attraverso l'inserimento di due controversi commi nell'art. 1 del d.l. n. 33 del 2020, saranno differenziate in ragione della collocazione delle Regioni in diverse fasce di rischio.

L'art. 19-*bis* del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137 (conv. in l. n. 176 del 2020) intitolato «*Misure in materia di salute e sicurezza e altre disposizioni urgenti*» (inserendo il comma 16-*bis* nell'art. 1 del decreto-legge) prevede che il Ministero della salute, con frequenza settimanale, pubblica i risultati del monitoraggio dei dati epidemiologici⁹⁴ e che, *con propria ordinanza, sentiti i Presidenti delle regioni*

13 ottobre 2020 e, in seguito, i DPCM del 3 novembre (la durata dei provvedimenti è ora pari a trenta giorni ma può essere estesa ad un massimo di cinquanta ai sensi del d.l. 158 del 2 dicembre 2020).

⁹² Così può leggersi nel virgolettato contenuto nel Preambolo del decreto-legge ricordato nel testo, conv. con modificazioni dalla l. 27 novembre 2020, n. 159: «i termini di cui all'articolo 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, all'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74 e al decreto-legge 30 luglio 2020, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 settembre 2020, n. 124». Sul valore di garanzia del coinvolgimento del Parlamento scaturente dalla correlazione tra proroghe dello stato di emergenza ed estensione dei termini di efficacia dei decreti-legge disciplinanti le misure di contenimento della diffusione del virus, v. inoltre U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid-19*, cit., 34, e nota 76 (per indicazioni puntuali degli atti di riferimento).

⁹³ Così l'art. 1, comma 2, lett. a) del d.l. 7 ottobre 2020 n. 125.

⁹⁴ La pubblicazione avviene nel sito internet istituzionale del Ministero e i dati sono comunicati ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati. Il monitoraggio dei dati è a propria volta disciplinato dal decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 112 del 2 maggio 2020.

interessate, può individuare, «sulla base dei dati in possesso ed elaborati dalla cabina di regia di cui al decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020 in coerenza con il documento in materia di ‘Prevenzione e risposta a COVID-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno-invernale’», sentito altresì sui dati monitorati il Comitato tecnico scientifico di cui all’ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, «una o più regioni nel cui territorio si manifesta un più elevato rischio epidemiologico e in cui, conseguentemente, si applicano le specifiche misure individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri tra quelle di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, aggiuntive rispetto a quelle applicabili sull’intero territorio nazionale».

Le ordinanze statali che dispongono l’applicazione di un certo gruppo di misure alle Regioni collocate nelle diverse fasce di rischio sono efficaci per un periodo minimo di quindici giorni, salvo che dai risultati del monitoraggio risulti necessaria l’adozione di misure più rigorose; esse vengono comunque meno allo scadere del termine di efficacia dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri sulla base dei quali sono adottate, con possibilità di reiterazione.

L’Italia ‘a colori’ – com’è stata talora definita in gergo giornalistico – origina da queste previsioni e viene ulteriormente precisata attraverso l’inserimento nella legge di conversione del decreto-legge⁹⁵, dell’art. 1-*quiquies* che, inserendo nell’art. 1 del d.l. n. 33/2020 il comma 16-*ter* prevede che «L’accertamento della permanenza per quattordici giorni in un livello di rischio o scenario inferiore a quello che ha determinato le misure restrittive, effettuato ai sensi del comma 16-*bis*, come verificato dalla cabina di regia, comporta l’applicazione, per un ulteriore periodo di quattordici giorni, delle misure relative allo scenario immediatamente inferiore, salvo che la cabina di regia ritenga congruo un periodo inferiore».

È infine ammesso che, con ordinanza del Ministro della salute, adottata d’intesa con i Presidenti delle regioni interessate, in ragione dell’andamento del rischio epidemiologico⁹⁶, possa essere in ogni

⁹⁵ È la l. n. 137 del 2020.

⁹⁶ In ordine al rischio epidemiologico il decreto-legge prevede che lo stesso sia certificato dalla cabina di regia di cui al decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020.

momento prevista, in relazione a specifiche parti del territorio regionale, l'esenzione dall'applicazione delle misure di cui al secondo periodo».

Si lascia così intravedere non solo una distinzione 'per colori' del territorio nazionale ma un'ulteriore, possibile modulazione delle misure all'interno della fascia di rischio corrispondente, con tutto quanto può derivarne in termini di differenziazione/adequatezza dei provvedimenti adottati ma anche sul versante del grado di confusione per i cittadini⁹⁷.

Senonché, mentre la lettura di queste disposizioni conferma la gestione centralizzata del rischio sanitario, in virtù della quale le Regioni sono tenute a 'collaborare' con lo Stato attraverso una continua e corretta trasmissione dei dati richiesti dal Ministero della salute, in modo da garantire «lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali»⁹⁸, il controverso *comma 16* dell'art. 1, d.l. n. 33 del 2020, in quanto legittimante *misure derogatorie più restrittive* rispetto a quelle disposte con DPCM, continua ad alimentare una vivace dialettica con lo Stato.

In verità, il tenore letterale della disposizione sarebbe chiarissimo, giacché tale possibilità non deriva dalla titolarità di una competenza regionale ma, in quanto presuppone che venga accertato l'andamento della situazione epidemiologica sul territorio – in applicazione di criteri «stabiliti con decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020» – e comunque limitando l'adozione delle ordinanze regionali al periodo che precede l'emanazione di DPCM, previa informazione del Ministro della salute, sottende una competenza dello Stato.

Ciononostante, anche in seguito all'emanazione del primo DPCM attuativo del d.l. n. 27 ottobre 2020, n. 137 (il DPCM 3 novembre 2020)⁹⁹, non poche Regioni si avvalgono del potere di ordi-

⁹⁷ L'articolo si conclude inoltre prevedendo che «I verbali del Comitato tecnico scientifico e della cabina di regia di cui al presente articolo sono pubblicati per estratto in relazione al monitoraggio dei dati nel sito internet istituzionale del Ministero della salute. Ferma restando l'ordinanza del Ministro della salute del 4 novembre 2020, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 276 del 5 novembre 2020, i dati sulla base dei quali la stessa è stata adottata sono pubblicati entro tre giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione».

⁹⁸ Così l'art. 1, comma 16, d.l. 16 maggio 2020, n. 33.

⁹⁹ Il DPCM citato è poi sostituito del DPCM 3 dicembre 2020 che a propria volta

nanza in materia sanitaria per introdurre politiche emergenziali autonome (*recte*: regole non concordate)¹⁰⁰, che talvolta incidono sullo *standard minimo* di garanzia dei diritti previsto nelle zone con rischio epidemiologico elevato¹⁰¹.

Il meccanismo innescato da tali iniziative rivitalizza così il contenzioso sulle competenze, scaricando ancora una volta sul giudice amministrativo il compito di risolvere contese che, conseguenti alle disarmonie tra atti dello Stato e ordinanze regionali, evidenziano i li-

viene sostituito dal DPCM del 14 gennaio 2021 (al momento in vigore) attuativo anche del d.l. n. 172 del 2020, il c.d. decreto Natale, e dei dd.ll. n. 1 e 2/2021.

¹⁰⁰ Mi limiterò pertanto a ricordare l'ordinanza del Presidente della Regione Abruzzo (ordinanza n. 106 dell'11 dicembre 2020) che dopo la collocazione in 'zona rossa' dispone l'inserimento della regione nella fascia di rischio intermedia (arancione), così da autorizzare la riapertura di scuole ed esercizi commerciali. Il Presidente del TAR Abruzzo decide in sede cautelare monocratica, di sospendere il provvedimento giacché sussiste «un preciso interesse giuridicamente tutelato delle amministrazioni statali ricorrenti alla sospensione di un provvedimento che lede direttamente una prerogativa esclusivamente spettante alle amministrazioni statali in base a inequivocabili norme di legge». L'Abruzzo ritorna pertanto in zona rossa ma solo per pochi giorni; il Ministro della salute firma infatti, sempre in data 11 dicembre, un'ordinanza che dal 13 dicembre dispone la collocazione in zona arancione della regione in discorso. A tale caso può affiancarsi la vicenda dell'approvazione in forma di legge di una decisione analoga finalizzata a paralizzare l'efficacia di un difforme DPCM e sospesa in via cautelare, su ricorso del Governo dalla Corte costituzionale (ord. n. 4/2021). È la legge regionale della Val d'Aosta, 9 dicembre 2020 n. 11 che, prevedendo misure di contenimento del contagio meno rigide rispetto a quelle statali, con la riapertura delle attività produttive, commerciali e sportive (inclusi gli impianti da sci), comporta la proposizione di due ricorsi da parte del Governo. Il primo è proposto dinanzi al giudice amministrativo, unitamente alla domanda di sospensione cautelare degli effetti dell'atto applicativo della legge; il secondo, alla Corte costituzionale, consegue al mancato accoglimento dell'istanza cautelare da parte del Presidente del TAR competente in quanto questo prefigura l'impugnativa della legge 'madre'. Sull'istanza di sospensione cautelare della legge si è pronunciata (accogliendola per la prima volta), la Corte costituzionale il 14 gennaio 2021, anticipando in una certa misura, la decisione sul merito (l'udienza si è svolta il 23 febbraio 2021 e il comunicato stampa del giorno successivo conferma l'avvenuto accoglimento parziale del ricorso) chiarisce che le misure di contenimento disciplinate dal d.l. n. 19/2020 e via via prorogate rientrano nella competenza esclusiva del legislatore statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. q), Cost. e che l'allocazione delle competenze attuative segue necessariamente la dimensione dell'emergenza.

¹⁰¹ È il caso dell'ordinanza emanata in Calabria che, disponendo una chiusura generalizzata, estende la c.d. didattica a distanza anche alla scuola primaria (eventualità non prevista neppure nelle zone a rischio epidemiologico elevato) e che per questo sospesa con decreto monocratico del TAR Calabria, Catanzaro, 8 gennaio 2021, n. 2., confermato da Consiglio di Stato, Sezione III, 11 gennaio 2021, n. 8.

miti scaturenti dall'assenza di una visione condivisa circa le modalità di gestione di un'emergenza nazionale¹⁰².

I casi sono numerosi e fornirne una sintesi darebbe vita a una cronaca comunque corposa visto l'attivismo del Governatori regionali; non ne discenderebbe tuttavia un'alterazione delle coordinate di fondo del nostro discorso che si orienta, a questo punto, a formulare alcune considerazioni sull'incidenza ascrivibile ai provvedimenti emergenziali del Governo sul versante di una stabile ridefinizione dei rapporti tra Stato e Regioni¹⁰³.

6. *(Segue) Riflessioni interlocutorie ai confini di un'emergenza 'ordinaria'*

Gli atti normativi primari e secondari emanati per affrontare le c.d. Fasi 2 e 3 della pandemia dettano misure che, in quanto relative non solo all'organizzazione sanitaria (con l'obiettivo di garantire livelli di assistenza adeguati)¹⁰⁴, ma anche alla garanzia dello «svolgimento

¹⁰² Non stupisce, vista la delicatezza delle questioni affrontate, che il giudice amministrativo per assicurare il controllo del Consiglio di Stato su atti fondamentali di governo dell'emergenza, si avvalga anche di poteri non previsti dal decreto-legge che disciplina in modo specifico lo svolgimento del processo amministrativo in periodo di pandemia (d.l. n. 18/2020). Mi riferisco alla riconosciuta (in via pretoria) ammissibilità dell'appello avverso i decreti monocratici emessi durante la fase cautelare dal Presidente del TAR, su cui subito, A.M. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in *Federalismi.it. Osservatorio emergenza Covid-19*, 13 marzo 2020, in *www.federalismi.it*; in senso critico, tuttavia, A. VUOLO, *op. ult. cit.*, specie 105-106.

¹⁰³ Da ultimo anche il decreto-legge 13 marzo 2021, n. 30, che avrebbe dovuto segnare un 'cambio di passo' nella gestione dell'emergenza, arginando le ordinanze regionali, consente, in base all'art. 1, co. 3, l'adozione di misure più restrittive a livello territoriale, per aggravare le misure di contenimento e prevenzione del contagio previste per la zona rossa. Tale scelta risulta confermata dall'art. 1, co. 5 del d.l. 1 aprile 2021, n. 44, che tuttavia circoscrive l'esercizio del potere nelle «province in cui l'incidenza cumulativa settimanale dei contagi è superiore a 250 casi ogni 100.000 abitanti; b) nelle aree in cui la circolazione di varianti di SARS-COV.2 determina alto rischio di diffusione o induce malattia grave».

¹⁰⁴ Emblematica la disciplina dettata dall'art. 2, comma 8 del d.l. n. 34/2020 (c.d. decreto *Rilancio*) con riguardo all'*iter* di approvazione del piano regionale di organizzazione dell'assistenza ospedaliera e dell'assistenza territoriale (che perpetua per questo aspetto la scelta operata in uno dei primi decreti-legge della pandemia, il n. 14/2020 poi abrogato).

in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali»¹⁰⁵ e in genere ad una vasta congerie di interventi a sostegno del tessuto economico¹⁰⁶, pongono la questione dei limiti di un intervento statale palesemente riduttivo delle competenze regionali senza garantire un coinvolgimento adeguato degli enti interessati¹⁰⁷.

Il dibattito sull'inserimento in Costituzione di nuove clausole di omogeneità muove da queste premesse e prospetta, com'è noto, la previsione di una clausola di supremazia che consenta al legislatore statale di intervenire anche in materie di competenza regionale, ma all'esito di un parere reso dalla Conferenza Stato-Regioni¹⁰⁸.

Tale proposta suscita invero perplessità, non solo perché condizionata dal contesto degli ultimi mesi, ma in quanto la formalizzazione di soluzioni puntuali in questa direzione si presta a non univoca utilizzazione e non è di per sé maggiormente garantista dell'autonomia degli enti territoriali¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Questo l'*incipit* dell'art. 1, comma 16, d.l. 16 maggio 2020, n. 33.

¹⁰⁶ Interventi adottati sin dal d.l. n. 9 del 2020.

¹⁰⁷ Gli atti dello Stato ridimensionano infatti la competenza delle Regioni in nome di un'azione di coordinamento spesso carente sul piano del contraddittorio relativo ai dati elaborati e utilizzati e su quello del coinvolgimento di Regioni e Province autonome (della discussione su questo aspetto e dell'avvenuto accoglimento delle istanze regionali dà conto il preambolo del DPCM 3 novembre 2020). Alla luce del procedimento delineato dagli artt. 2 e 3 del DPCM 3 novembre 2020, le Regioni partecipano direttamente alla cabina di regia istituita dal D.M. 30 aprile 2020, ma le ordinanze del Ministro della salute che collocano ciascuna regione in una data fascia di rischio sono emanate semplicemente *sentiti* i Presidenti delle regioni interessate. Né può tacersi l'importanza di una riflessione sul punto, visti gli effetti stabili che la disciplina della ripartenza delle attività economiche, produttive e sociali è suscettibile di produrre nel tempo in ragione di quanto previsto dal decreto-legge n. 33 del 2020 che tali attività sottopone al «rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome *nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida adottati a livello nazionale*», così l'art. 1, comma 14 del d.l. 16 maggio 2020, n. 33. Resta ferma, inoltre, ai sensi dell'art. 1 comma 16 del d.l. n. 33/2020, la possibile riattivazione delle misure attuative dell'art. 2 del decreto-legge n. 19 del 2020.

¹⁰⁸ Per un'analisi puntuale dei progetti di riforma costituzionale aventi ad oggetto gli artt. 116 e 117 Cost. depositati alla Camera dei Deputati e al Senato, ancora F. BRILANCIA, *op. ult. cit.*, 353 ss.

¹⁰⁹ Ciò soprattutto in relazione alla definizione dei diversi ruoli e della differente gradazione della partecipazione delle Conferenze alla determinazione delle scelte e all'adozione degli atti che implicino la collaborazione tra i diversi livelli di governo. Oc-

Convegno ovviamente con quanti sottolineano che l'incremento della conflittualità con lo Stato dimostra gli effetti del mancato coinvolgimento delle regioni nelle scelte di governo della pandemia; credo tuttavia che gli atti normativi di livello primario e secondario adottati in questa fase, in quanto ispirati da una logica emergenziale, si collochino al di fuori della dialettica ordinaria tra Stato ed enti territoriali, in quanto finalizzati a garantire l'attuazione di misure uniformi sull'intero territorio nazionale.

La questione della ridefinizione delle sfere di competenza statali e regionali con riguardo ad oggetti per i quali l'intreccio di materie è particolarmente complesso rimane insomma, per un verso, irrisolta, per altro aspetto esorbitante dalla discussione sui poteri emergenziali del Governo, acquisendo semmai rilievo in relazione al 'dopo COVID'; non solo per testare gli spazi di intervento di Regioni ed enti territoriali in ambiti quali il diritto dell'economia regionale o in materia di autonomia finanziaria, ma per evitare che la giurisdizionalizzazione dei conflitti si cristallizzi come metodo dominante per la definizione delle controversie tra i diversi livelli di governo¹¹⁰.

È comprensibile che durante la fase acuta di una crisi sanitaria ma anche economica e sociale, alcune materie divengano oggetto di contesa e che su questa premessa atti dello Stato e delle Regioni si susseguano, ciascun ente rivendicando la competenza a disporre¹¹¹.

corre inoltre considerare la ridondanza per sovrapposizione della clausola eventualmente inserita con la disciplina di cui all'art. 120 della Costituzione. Per altro verso, gli ambiti materiali di esercizio della funzione legislativa statale in caso di attivazione della clausola di supremazia sembrano troppo ampi e lasciano sopravvivere il dubbio che questa modalità di correzione dei limiti formalistici rappresentati dalla rigidità dei confini materiali degli elenchi competenziali di cui all'art. 117 della Costituzione, in luogo di un'istanza di flessibilizzazione, rischi di cristallizzare un ancor più rigido processo di centralizzazione di interi corpi materiali, una volta che la clausola sia stata attivata con successo, cfr. F. Bilancia, *Le conseguenze giuridico-istituzionali*, cit., 335 ss.

¹¹⁰ Così anche la recente ordinanza n. 4/2021 della Corte costituzionale (di sospensione cautelare della legge approvata dalla Regione Valle d'Aosta), riguardante tuttavia un conflitto tra lo Stato e una regione ad autonomia speciale. L'accoglimento del conflitto nel merito risulta dal comunicato stampa del 24 febbraio 2020 della Corte costituzionale e ribadisce che le misure di contenimento adottate dai decreti-legge ricordati nel testo sono fondate sulla potestà esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale.

¹¹¹ Ciò ha indotto il Governo a fare ricorso perfino a strumenti creativi di uniformazione (si pensi alla predisposizione di uno schema di ordinanza-tipo da parte del Ministro della salute).

Non è tuttavia plausibile che la risposta ‘ordinaria’ alle criticità messe in luce dalla pandemia risieda nel ricorso continuo al giudice amministrativo o costituzionale.

Le recenti proposte di riforma costituzionale sottendono probabilmente quest’esigenza e muovono dall’intento di chiarire l’assetto dei rapporti tra Stato ed enti territoriali, in quanto ritengono insufficienti i meccanismi attualmente operanti a tutela dell’unità, in particolare la presenza di alcuni titoli di intervento esclusivi in capo al legislatore statale che, utili ad escludere la competenza regionale in caso di parallelismo tra potestà legislativa e potestà amministrativa (come nelle regioni a statuto speciale), non sembrano del tutto conferenti se riferiti ai rapporti tra Stato e regioni ad autonomia ordinaria¹¹².

Senonché, in quanto ipotizzano la costituzionalizzazione di una sede di raccordo tra Stato e Regioni (individuata nella Conferenza Stato-Regioni), unitamente all’inserimento di una clausola di supremazia, tali proposte formalizzano una soluzione rigida, destinata ad incidere stabilmente non sull’esercizio delle competenze regionali ma *sull’estensione* di queste¹¹³.

¹¹² La diffusione repentina e impietosa della pandemia ha infatti messo a nudo i limiti di una riforma in cui non solo gli elenchi di materie risultano il prodotto di una contrattazione tra enti indipendente da un’analisi razionale delle funzioni amministrative re-trostanti, ma il concreto impiego dei meccanismi di raccordo previsti in via di legislazione ordinaria è affidato alla buona volontà delle forze politiche. I limiti dell’attrazione in sussidiarietà della funzione amministrativa sono emersi in modo evidente in questa occasione; come è stato più volte ribadito a partire dalla sentenza n. 303 del 2003, in tale ipotesi, l’attrazione di una competenza al livello di governo centrale dev’essere bilanciata dall’applicazione del principio di leale collaborazione (definito dalla Presidente della Corte costituzionale – oggi Emerita – M. CARTABIA, *Relazione della Presidente Marta Cartabia sull’attività del 2019*, 28 aprile 2020, 26, in www.cortecostituzionale.it, «risvolto istituzionale della solidarietà») che non è soddisfatto dalla semplice acquisizione di un parere, ma reclama una previa intesa in sede di Conferenza Stato-regioni.

¹¹³ Vedi per esempio, A. S., d.d.l. Cost. n. 1825, assegnato in data 22 maggio 2020 alla I Commissione referente, in quanto contenente la proposta di formalizzare una clausola di supremazia attivabile con l’approvazione di una legge dello Stato incidente in materie di competenza regionale nel caso siano in gioco interessi unitaria. Oltre a sovrapporsi alla previsione dell’articolo 120 Cost. relativa al potere sostitutivo del Governo (che sembra doversi confinare a singoli episodi di inerzia, o mancato, parziale, non corretto esercizio di una propria attribuzione da parte di un organo della Regione), crea le premesse per una riappropriazione della potestà legislativa da parte dello Stato difficilmente retrocedibile.

Diversamente, una lettura attenta delle singole disposizioni attributive di competenze, limiti reciproci e sfere di attribuzione statali e regionali consente di ipotizzare soluzioni sulla base di strumenti già previsti, suggerendone semmai un'adeguata attuazione.

Lo sguardo prestato allo stato attuale delle relazioni istituzionali tra lo Stato e le Regioni, sebbene condizionato dalle vicende recenti della gestione dell'emergenza, consente insomma di ribadire che l'obiettivo che un intervento dello Stato dovrebbe avere nel proprio orizzonte in via ordinaria, quando insorgono interferenze con le competenze regionali, è quello del coordinamento in senso proprio, nelle sedi istituzionali formalizzate dal legislatore ordinario e valorizzabili alla luce della valenza procedimentale del principio di sussidiarietà.

Quanto accaduto negli ultimi mesi induce ovviamente a interrogarsi su 'chi' potrà prendere sul serio il ruolo del Governo in funzione di indirizzo e coordinamento, ascrivendo adeguato rilievo alla formalizzazione dei poteri delle amministrazioni centrali e periferiche in regole predefinite e al conseguente rispetto, all'atto dell'esercizio delle competenze, di quanto previsto con riguardo al contenuto degli atti e delle attività imputati a ciascun ente¹¹⁴.

Né possono tacersi le difficoltà sottese all'elaborazione di una *visione organica* delle politiche di settore, in un ordinamento contraddistinto da un Parlamento largamente emarginato dall'elaborazione delle scelte strategiche per il Paese e da un sistema dei partiti da tempo destrutturato.

Credo tuttavia che un'ordinata ricostruzione del sistema delle fonti del diritto possa costituire un buon punto di partenza; al fine di garantire che gli interventi dello Stato e quelli degli enti territoriali si muovano nel rispetto delle proprie competenze e per rilegittimare l'azione del Governo che tuteli, anche attraverso l'autodeterminazione delle collettività locali, un interesse nazionale condiviso.

Abstracts

Il saggio indaga la ridefinizione del rapporto Stato-Regioni conseguente agli atti normativi e amministrativi adottati dal Governo per affrontare l'emergenza sanitaria da Covid-19.

¹¹⁴ In questa prospettiva, potrebbe essere utile il rinnovarsi della riflessione sugli organi e gli atti del coordinamento, muovendo dall'esempio di V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, 1 ss.

In questa prospettiva, evidenza che la deroga temporanea delle norme sulle competenze degli enti territoriali ed il ridimensionamento del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni muovono dalla ritenuta inadeguatezza della legislazione preesistente in materia di poteri contingibili e urgenti del Governo.

I decreti-legge adottati in tempo di pandemia introducono pertanto poteri nuovi che, funzionali ad obiettivi diversi da quelli perseguiti dal Codice della protezione civile, costituiscono esito di un procedimento semplificato, con parziale sacrificio delle prerogative degli enti territoriali.

Dopo aver esaminato l'evoluzione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri attuativi di tali decreti-legge e la reazione ascrivibile ai 'Governatori' regionali attraverso l'esercizio del potere di ordinanza in materia sanitaria (*ex art. 32, l. n. 833/1978*), l'Autrice riflette sugli squilibri istituzionali scaturenti dall'accentramento dei poteri di gestione della pandemia.

In particolare, si sottolinea che il susseguirsi di atti amministrativi statali e regionali ha non solo incrementato lo stato di confusione dei cittadini ma rivitalizzato il contenzioso sulle competenze, scaricando sul giudice amministrativo il compito di risolvere le contese conseguenti.

Il saggio ribadisce pertanto che gli interventi emergenziali in deroga alle competenze degli enti territoriali devono avere carattere temporaneo e che l'obiettivo che lo Stato deve perseguire in via ordinaria è quello dell'indirizzo e coordinamento dell'autonomia degli enti territoriali, valorizzando il significato procedimentale del principio di sussidiarietà nelle sedi istituzionali già previste dal nostro ordinamento.

This paper investigates the restrictions to the local self-government resulting from the measures which were adopted during the Covid-19 health emergency situation.

It highlights that the temporary derogation of local competences and the downsizing of the loyal cooperation between State and Region derives from the inadequacy of the existing emergency powers to deal with a long-term health crisis.

The decrees-laws adopted in times of pandemic introduce new powers which, functional to objectives other than those pursued by

the Civil Protection Code, are the result of a simplified procedure, with some limitations imposed on the local self-government powers.

After examining the evolution of the decrees implemented by the Prime Minister and the executive orders issued by the regional ‘Governors’ as a response, the Author reflects on the institutional imbalance arising from the lack of political dialogue between State and Region.

In particular, the focus is on the succession of state and regional executive orders; on the increased confusion of citizens and on the competences dispute which strengthened the powers of the administrative judge.

Finally, the paper reiterates that the limitations imposed on the local self-government powers must remain temporary, and that the most effective way would be to coordinate local powers, thus enhancing the principle of subsidiarity.

INCONTRI DI STUDIO SULLA POVERTÀ^{*}

^{*} Interventi all'incontro di studi tra i docenti delle Facoltà di giurisprudenza della Sapienza Università e dell'Université Panthéon-Assas Paris II, tenutosi a Roma, il 31 maggio e 1° giugno 2019.

La lotta alla povertà come politica pubblica

Vincenzo Cerulli Irelli - Anna Giurickovic Dato

SOMMARIO: 1. Premesse: la nozione di povertà, le situazioni di povertà, la politica pubblica di lotta alla povertà. – 2. L'amministrazione della povertà nel sistema della beneficenza pubblica. – 3. Le politiche di lotta alla povertà nel sistema costituzionale: verso il sistema integrato di assistenza sociale. – 4. Tipologie delle misure di lotta alla povertà ed esigenza di una misura residuale ed universalistica. – 5. Quadro costituzionale delle competenze legislative e amministrative nelle politiche di lotta alla povertà. – 6. In conclusione.

1. *Premesse: la nozione di povertà, le situazioni di povertà, la politica pubblica di lotta alla povertà*

1.1. Il problema della povertà è al centro dell'attenzione dei governi e quindi delle politiche pubbliche da alcuni secoli, almeno dal momento in cui con le dottrine dello Stato di benessere emerse nel corso del 700 negli Stati europei, pure ancora organizzati secondo principi assolutistici, cominciarono ad essere impostate politiche di intervento a favore di ceti meno abbienti o emarginati, anche a scopo di tutela dell'ordine pubblico.

Queste politiche, ovviamente, si sono fatte più intense nel corso dell'ultimo secolo con l'avvento dei principi democratici.

La povertà come fenomeno sociale diviene oggetto di rilevazione da parte dei governi, oggetto di amministrazione pubblica come stato di malessere sociale che deve essere curato; mentre la lotta alla povertà, cioè l'insieme delle misure intese a sradicare o a limitare gli effetti del fenomeno, diviene una delle politiche pubbliche più importanti nello Stato moderno.

1.2. Il punto di partenza del nostro discorso è, naturalmente, il dato di fatto, purtroppo drammatico e preoccupante, costituito dalle dimensioni del fenomeno della povertà: si badi, del fenomeno quale si configura in un Paese come il nostro, ascritto, in tutti i suoi dati statistici, tra i più ricchi del mondo. Ben altra dimensione ha, ovviamente, il fenomeno, inteso nel suo aspetto mondiale, laddove esso investe, non singole e determinate aree sociali, nell'ambito di un Paese (come è appunto il caso del nostro Paese) ma interi Paesi o re-

gioni del mondo nelle quali il fenomeno assume aspetti del tutto pervasivi.

Si può però constatare, sempre a modo di premessa, che proprio in un Paese come il nostro, caratterizzato da un avanzato stato di sviluppo economico e sociale, le dimensioni del fenomeno della povertà, il fatto che esse non decrescano, ma anzi restino cospicue, rende il peso della povertà più insopportabile, e il fenomeno più intollerabile e perciò le relative politiche pubbliche più indispensabili.

A fronte del diffuso benessere che, oramai, investe la gran parte della nostra società, le perduranti aree di povertà emergono con maggiore evidenza. Le politiche di benessere e di sviluppo che hanno portato il nostro Paese al livello dei Paesi più avanzati nell'ultimo cinquantennio, non sono riuscite, invero, a coprire anche l'area della povertà e dell'esclusione sociale. E ciò, sicuramente è indice di un vistoso fallimento di quelle politiche.

Si pensi, infatti, che secondo i più recenti dati elaborati da Eurostat (relativi al 2019) circa il 21 per cento della popolazione dell'Unione europea (oltre 92 milioni di persone) è considerato a rischio di povertà, a causa della mancanza o dell'insufficienza di redditi. Nonostante la percentuale di popolazione a rischio fotografata da tali dati si sia leggermente abbassata nel 2019 rispetto a quella subito successiva alla crisi economica del 2008 (che arrivò quasi al 25 per cento), non solo non ha raggiunto il ribasso previsto dall'Obiettivo 2020 dell'Unione europea (fissato nell'ambito del programma *Europe 2020* adottato, nel giugno 2010, dal Consiglio europeo), ma, come mostrano le stime preliminari 2021 dell'Istat, si è estesa fortemente nel 2020 per effetto della nuova crisi economica provocata dall'emergenza sanitaria da Covid-19, toccando valori record. Inoltre, tra gli Stati membri dell'Unione, l'Italia è considerato il sesto paese tra quelli a maggiore rischio di povertà, con una percentuale (27,3 per cento) che supera di molto la media europea.

L'espressione povertà, tutt'altro che univoca, è riconducibile a una serie di nozioni tra loro eterogenee, in quanto è differente a seconda dei metodi e degli indicatori utilizzati per l'analisi. A seconda dei bisogni considerati essenziali o del punto di osservazione, si parla, infatti, di povertà assoluta o relativa, oggettiva o soggettiva, unidimensionale o multidimensionale, trasversale o longitudinale, ecc. Inoltre, il concetto di povertà cambia a seconda che lo si consideri sotto il profilo quantitativo o sotto quello qualitativo. Proprio a se-

guito di una maggiore considerazione del profilo qualitativo, il modello di povertà tradizionalmente concepito ha subito una profonda evoluzione ed è stato attualizzato in senso più moderno e anche più inclusivo: se prima, infatti, il termine “povero” connotava soltanto alcune categorie – i disoccupati, le famiglie numerose, gli anziani – oggi, con l’emersione di nuove categorie di poveri – i minori, i giovani, i cdd. *working poor*, i senza fissa dimora, gli immigrati, i precari, i NEET (*Not in Education, Employment or Training*), ma anche gli analfabeti informatici – la nozione arriva a ricomprendere un numero maggiore di situazioni di disagio o vulnerabilità sociale, sino a considerare situazioni di povertà non caratterizzate dalla scarsità di mezzi economici, bensì da altri tipi di scarsità: quali la ristrettezza delle relazioni sociali, l’isolamento e l’esclusione sociale, la scarsa salute, il mancato accesso a servizi sanitari o educativi, il c.d. *digital divide*, ecc.

Considerando, pertanto, l’emersione di (sempre più) nuove categorie di poveri, nonché le conseguenze economiche e sociali devastanti che derivano dalla crisi economica del 2020 provocata dall’emergenza pandemica, il rischio di una deriva della c.d. “società dei due terzi”, dove un terzo della popolazione risulta emarginato (GLOTZ), in quella c.d. “delle due metà” (BAUMAN), diviene sempre più attuale. Secondo le stime preliminari dei Conti nazionali, infatti, la pandemia e le misure adottate per contrastare l’emergenza sanitaria, hanno già comportato un calo del PIL di quasi il 9%, una riduzione della capacità reddituale delle famiglie, un crollo record della spesa media familiare, e lo scivolamento di 335mila famiglie in più, rispetto al 2019, sotto la soglia della povertà assoluta.

1.3. *La povertà relativa* è una nozione convenzionale, di carattere statistico, che indica la capacità di spesa per beni di consumo inferiore a una certa soglia (la soglia della povertà relativa) costituita dalla spesa media per consumo *pro capite* inferiore alla metà della spesa media per consumo su base nazionale. La spesa per consumi va intesa come quella effettuata per beni e servizi acquistati o autoconsumati dalle famiglie per il soddisfacimento dei propri bisogni. Tale nozione, pertanto, connota coloro che pur avendo la possibilità di soddisfare i propri bisogni essenziali (intesi, con essi, il minimo necessario per la sopravvivenza) non riescono a utilizzare, invece, tutti i servizi pubblici disponibili.

Dalle rilevazioni statistiche Istat effettuate per l'anno 2019 le famiglie residenti in Italia che vivono in condizione di povertà relativa sono risultate poco meno di 3 milioni, pari all'11,4% delle famiglie residenti, per un totale complessivo di quasi 8 milioni 800 mila individui, vale a dire il 14,7% dell'intera popolazione.

La soglia convenzionale di povertà relativa per una famiglia di due persone, rappresentata dalla spesa media mensile *pro capite* risulta, per l'anno 2019, di Euro 1.094,95: ciò vuol dire che le famiglie di due persone che sostengono una spesa media mensile pari o inferiore a tale soglia sono classificate come povere. Naturalmente per le famiglie più numerose il valore della linea di povertà si individua in relazione a una scala di equivalenza.

Dall'analisi degli indicatori di povertà relativa per ripartizione geografica si evince che la povertà riguarda soprattutto le famiglie del Mezzogiorno: in percentuale l'incidenza della povertà sulle famiglie del Nord Italia è del 6,8%, a fronte del 7,3% del Centro Italia, e del 21,1% nel Mezzogiorno. Rispetto al 2018, tuttavia, si registrano un aggravamento del fenomeno nel Nord, in particolare nei piccoli Comuni (dal 6,6% al 6,8%), e un miglioramento nel Mezzogiorno (dal 22,1% al 21,1%).

Sono le famiglie più numerose a presentare livelli di povertà elevati.

Mediamente, infatti, il 34,4% delle famiglie italiane con tre o più figli minori (contro l'11,4% della media nazionale); mentre la percentuale scende al 14,1% per le famiglie monogenitore, all'8,2% per le famiglie di due componenti e al 9,5% per le famiglie in cui sono presenti due o più anziani.

Inoltre, l'incidenza di povertà relativa è tre volte maggiore per le famiglie con almeno uno straniero (29,1%) e per le famiglie di soli stranieri (30,5%) rispetto alle famiglie di soli italiani (9,7%).

Livelli di istruzione bassi o bassi profili professionali si associano, ovviamente, alla condizione di povertà. Inoltre, un fattore di rischio di povertà molto pericoloso risulta naturalmente il fatto di essere fuori dal mercato di lavoro. Infatti, il fenomeno è più alto nelle famiglie con persona di riferimento in cerca di occupazione (30,7%) mentre, tra gli occupati, nelle famiglie con persona di riferimento in posizione di operaio e assimilato (17,4%), e scende se la persona di riferimento nella famiglia è un lavoratore indipendente in posizione diversa da imprenditore o libero professionista (9,4%).

1.4. La *povertà assoluta* indica un fenomeno reale, non più un dato solo statistico, anche se individuato con strumenti statistici. Essa indica la situazione del singolo o del gruppo familiare caratterizzata, sul piano economico, dalla incapacità a procacciarsi i mezzi necessari per vivere. La nozione prescinde, perciò, dal riferimento alla situazione generale, degli altri, delle altre famiglie. Essa individua un dato assoluto, che si potrebbe definire come la incapacità di vivere dal punto di vista delle disponibilità dei mezzi economici necessari a tal fine. La nozione corrisponde a quella di indigenza, usata nel lessico tradizionale, e anche, come è noto, nella stessa Costituzione (art. 32).

La povertà assoluta si definisce con riferimento al valore monetario di un paniere di beni e servizi essenziali in grado di assicurare alle famiglie uno standard di vita che eviti forme di esclusione sociale. Il paniere comprende una voce per la componente alimentare, una per le spese di abitazione, una relativa alle quote di ammortamento per i principali beni durevoli, ed una c.d. quota residuale che comprende le spese per vestiario, attività ricreative, trasporti e altro.

Il concetto di mezzi necessari per vivere, da quelli alimentari, a quelli abitativi, a quelli che consentono l'accesso a determinati servizi essenziali è un concetto, a sua volta, convenzionale che denota situazioni di estremo bisogno, guardate tuttavia anch'esse da un punto di vista economico (disponibilità di determinati mezzi).

Le stime preliminari Istat della povertà assoluta per l'anno 2020 rivelano, rispetto al 2019, 335mila famiglie in più (oltre 2 milioni di famiglie, il 7,7%) per un numero complessivo di individui pari a circa 5,6 milioni, oltre 1 milione in più rispetto all'anno precedente. Inoltre, si conferma una crescita maggiore della povertà a Nord (con un incremento, rispetto al 2019, al 7,6% dal 5,8%, per un totale di 218mila famiglie e 720mila individui) che nel Mezzogiorno rispetto al 2019, seppure il tasso di povertà assoluta resti ancora molto più alto al Sud (dove la povertà assoluta riguarda il 9,3% delle famiglie). La situazione è migliore nel Centro Italia (5,5%).

Tali stime, inoltre, evidenziano un peggioramento del dato per le famiglie con persona di riferimento occupata. Più specificamente, l'incidenza di povertà assoluta cresce al 7,3% (rispetto al 5,5% del 2019) per un numero totale di oltre 227mila famiglie in più rispetto, di cui oltre la metà ha, come persona di riferimento, un operaio o assimilato (qui l'incidenza passa dal 10,2% al 13,3%) e oltre un quinto un lavoratore in proprio (dal 5,2% al 7,6%).

Nel 2020 si registra, inoltre, un calo record della spesa per consumi delle famiglie: la spesa media mensile torna ai livelli del 2000 (2.328 euro), scendendo del -9,1% rispetto al 2019; le uniche spese che rimangono stabili sono quelle alimentari e per l'abitazione, mentre si registra una diminuzione drastica delle spese relative a tutti gli altri beni e servizi (-19,4%).

Si conferma, poi, un dato che si discosta dal pensiero comune: sono le famiglie di giovani, infatti, le categorie più a rischio, laddove la povertà familiare ha un andamento decrescente all'aumentare dell'età della persona di riferimento. Se la persona di riferimento ha un'età compresa tra i 18 e i 24 anni, infatti, il rischio di povertà assoluta è dell'8,9%, mentre scende al 5,1% nel caso in cui la persona di riferimento abbia più di 65 anni.

Le categorie più colpite dalla povertà assoluta sono i minori (1 milione e 346mila, 209mila in più rispetto all'anno precedente, con un'incidenza pari al 13,6%, due punti percentuali in più rispetto al 2019 e il valore più alto dal 2005) e gli stranieri (con un'incidenza pari al 25,7% rispetto al 6% per gli italiani). L'incidenza di povertà assoluta peggiora, tuttavia, sia per le famiglie composte da solamente italiani (dove cresce di +5,1%) sia per le famiglie con stranieri (dove cresce di +3,7%). Pertanto, se è vero che si riduce la quota di famiglie con stranieri sul totale delle famiglie povere (da oltre il 30% al 28,7%) tale dato non mostra un miglioramento della condizione delle famiglie con stranieri, bensì un peggioramento dello stato di povertà assoluta nelle famiglie composte da soli italiani (circa l'80% delle 335mila famiglie povere in più nel 2020).

Inoltre, come mostrano i dati Istat del 2019, l'incidenza di povertà assoluta varia molto a seconda del titolo di godimento dell'abitazione posseduta: la percentuale di povertà maggiore riguarda coloro che hanno stipulato un contratto di locazione (circa 726mila famiglie, quasi la metà di tutte le famiglie povere, con un'incidenza pari al 43,4% su un 18,4% di famiglie in affitto sul totale di quelle residenti).

Se nel 2019 si era registrato un leggero miglioramento rispetto agli anni precedenti (pur assestandosi su valori superiori a quelli anteriori alla crisi del 2008), la stima preliminare per il 2020 mostra come, a seguito della pandemia, la povertà assoluta raggiunga valori record, i più alti dal 2005 (in quanto è da quest'anno che è disponibile la serie storica per questo indicatore).

Ai fini di questo scritto è interessante constatare, tuttavia, come le misure adottate dal Governo a sostegno dei cittadini (reddito di cittadinanza, reddito di emergenza, ecc.) potrebbero aver avuto alcuni effetti positivi. Le stime Istat mostrano, infatti, come molte famiglie che proprio nel 2020 hanno scavalcato la soglia di povertà, siano comunque riuscite a mantenere una spesa per consumi non troppo lontana da tale soglia.

1.5. Concetto diverso dalla povertà assoluta, anche se indubbiamente assai prossimo, è quello di *esclusione sociale* che denota situazioni nelle quali all'estremo bisogno economico si accompagna la mancanza di condizioni di carattere culturale e sociale (come ad esempio l'alfabetismo, l'essere capace di colloquiare in un ordinato contesto sociale, di accedere ai mezzi di comunicazione, di accedere ai canali formativi e alle politiche di occupazione e così via) tali da comportare l'emarginazione della persona o della famiglia dal contesto sociale nel quale è inserita. Dalla Cattedra più autorevole è stato ricordato come l'analfabetismo costituisca “una grande povertà” e sia “spesso sinonimo di emarginazione” (Giovanni Paolo II, 17.5.2003).

Anche situazioni di estrema povertà non necessariamente comportano esclusione sociale, soprattutto se si tratta di situazioni di povertà temporanea, mentre situazioni di per se stesse non ascrivibili a quelle di povertà assoluta, e in qualche caso, anche di povertà relativa, possono dar luogo ad esclusione sociale ove, appunto, risultino prive di quei fondamentali strumenti che consentono alle persone l'inserimento in un determinato contesto sociale.

Questo quadro diversificato delle situazioni di bisogno rende necessaria una impostazione delle politiche di lotta alla povertà a sua volta diversificata quanto a strumenti utilizzabili.

È noto, infatti, come l'intervento pubblico non sia rivolto a tutte le categorie di poveri, ma soltanto a quella frazione di poveri contemplati dalle stime annuali dell'Istat. Quella considerata dal legislatore, pertanto, è soprattutto la c.d. “povertà integrata” – relativa a persone che vivono in famiglia – mentre lo è meno la c.d. “povertà marginale” – persone senza fissa dimora, in condizioni di povertà estrema, esclusi e disadattati non inseriti nella rete sociale.

Si può, inoltre, affermare che strumenti di carattere esclusivamente economico-finanziario non possono, in via generale, essere considerati sufficienti, dal momento che non tengono conto del fatto

che la povertà sia un fenomeno multidimensionale: alle difficoltà materiali – le più evidenti – si affiancano, come si è detto, diversi altri indicatori di vulnerabilità e disagio, che tengono conto di aspetti sociali, culturali, esistenziali (si pensi al livello d'istruzione, all'accesso ai servizi educativi e sanitari, ai processi migratori, ecc.), fattori, questi, che non possono essere ignorati. Scopo delle politiche di lotta alla povertà, che è di per sé causa di esclusione sociale, è sempre e necessariamente quello della inclusione sociale delle persone e delle famiglie che ne sono affette. Gli strumenti economici devono essere accompagnati, per dare luogo al risultato della inclusione sociale, da misure mirate a tal fine, a loro volta diversificate a seconda delle situazioni personali, ambientali e sociali.

D'altro canto, si può affermare che la lotta alla povertà (o all'esclusione sociale) necessita, come meglio si vedrà, di politiche specifiche (di appositi strumenti amministrativi) e non può essere assorbita senz'altro nella politica generale dell'assistenza sociale. E si può notare che nell'ambito delle politiche del benessere, nelle quali il nostro Paese nell'ultimo cinquantennio ha fatto tanti passi avanti, e nell'ambito stesso delle politiche dell'assistenza sociale, ha trovato gravi difficoltà di attuazione una politica specificamente mirata alla lotta alla povertà, intesa in senso moderno, così da recepire questa impostazione. Tuttavia, la previsione recente del c.d. reddito di cittadinanza (di cui *infra*) ha tentato di rimediare a questa carenza nelle precedenti politiche di lotta alla povertà.

La politica di lotta alla povertà ha dei caratteri propri e finalità proprie che la distinguono dalle politiche di assistenza e protezione sociale nel loro complesso, ma tra esse specificamente, quelle delle politiche di lotta alla povertà che presentano particolarità ed esigenze del tutto proprie.

2. *L'amministrazione della povertà nel sistema della beneficenza pubblica*

Storicamente, il problema della povertà come oggetto di amministrazione pubblica, emerge nell'ordinamento sotto due distinti profili: come problema di ordine pubblico, e perciò oggetto della normazione di pubblica sicurezza e della normazione penale; come problema di assistenza, cioè oggetto di cura da parte dei pubblici poteri e di istituzioni private, sorvegliate e indirizzate dai pubblici poteri. I

due aspetti del problema (e quindi le relative normazioni) si condizionano a vicenda, e sono complementari; ch  il povero come uomo in stato di bisogno deve essere aiutato (e questa   politica sociale) ma in quanto inserito (anche forzatamente) nel sistema pubblico dell'assistenza, cessa di essere un pericolo sociale, "un problema", (diciamo cos ) per l'ordine e la sicurezza pubblica. In tal modo, la politica dell'assistenza diviene strumento di prevenzione a fronte di un problema di ordine e sicurezza pubblica.

L'art. 154, T.u.p.s., classifica tra le "persone pericolose per la societ " i mendicanti, facendo divieto di mendicare in luogo pubblico o aperto al pubblico; mentre le persone riconosciute come inabili al lavoro e prive di mezzi di sussistenza, nonch  di parenti tenuti per legge al loro mantenimento, sulla base di un procedimento disciplinato dalla stessa legge, vengono ricoverati in un istituto di assistenza e beneficenza (v. anche art. 279 ss., reg. appr. r.d. n. 635/1940). A seguito del trasferimento delle funzioni alle regioni, l'art. 1, 1  co., lett. d), d.P.R. n. 9/72, ha attribuito questa materia alle regioni, mantenendo tuttavia fermo l'antico istituto del ricovero obbligatorio.

Questa "pericolosit " delle persone povere, concetto che   ancora presente nella nostra legislazione, come un residuo storico, era il riflesso del desiderio delle classi abbienti, come bene   stato detto, di essere private della vista del miserevole spettacolo delle turbe di indigenti (BALOCCHI), cos  presenti nell'iconografia medievale, ma ancora in epoche a noi molto vicine. Si tratta di una legislazione tendente alla emarginazione definitiva (lontani dalla vista) delle persone povere, piuttosto che al loro reinserimento.

Si ricordi che anticamente il mendicare era lecito, ma lo Stato moderno, direttamente o indirettamente, con la nascita delle istituzioni di beneficenza pose tra i suoi fini quello di diminuire le cause del pauperismo (perci  inaugurando il sistema della c.d. beneficenza legale); e in conseguenza ritenne che il povero in stato di bisogno a queste istituzioni dovesse necessariamente rivolgersi, anzich  alla carit  pubblica e diffusa (ci  che, appunto, divenne reato). In ci , si manifesta la complementariet  tra le due legislazioni; il povero alla vista della societ  non deve esistere, quelli che ci sono devono essere ricoverati!

Storicamente, l'assistenza ai poveri, e in genere alle persone in stato di bisogno, era compito che istituzioni private (laiche o religiose) assumevano a scopo di carit . La fitta rete di queste istituzioni,

con l'avvento dello Stato unitario, divenne oggetto di una normazione e di un'amministrazione intesa a sorvegliarne l'andamento e i conti (ascrivibile al modello dell'amministrazione e della sorveglianza delle fondazioni private in genere): è la c.d. beneficenza istituzionale.

Il sistema della beneficenza istituzionale si distingue da quello della beneficenza legale, in quanto la prima è esercitata dai singoli enti sulla base degli statuti, la seconda, invece, è interamente disciplinata da leggi generali, e tende a svolgersi uniformemente su tutto il territorio dello Stato, ed è, di regola, esercitata da enti le cui attività finanziarie derivano da tributi, in modo da "rappresentare il risultato di un sacrificio imposto obbligatoriamente ai contribuenti a vantaggio dei poveri" (ZANOBINI).

La legge 3.8.1862, n. 753, sull'amministrazione delle opere pie, introdusse la prima normazione dello Stato unitario nella materia (precedentemente, il d. 20.11.1859, n. 3379). Opere pie sono gli istituti di carità e beneficenza, nonché altri enti morali, aventi per fine "di soccorrere alle classi meno agiate, tanto in stato di sanità che di malattia, di prestare loro assistenza, educarle, istruirle e avviarle a qualche professione, arte o mestiere" (art. 1). La legge stabilisce regole di amministrazione, di contabilità, e un sistema di controlli, costituisce in ogni comune una Congregazione di carità, ente di natura pubblica, deputato all'amministrazione di tutti i beni destinati genericamente a prò dei poveri.

Con la legge Crispi del 17.7.1890, n. 6972, sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, nuova forma delle vecchie opere pie, non solo diviene molto più intensa e pregnante l'ingerenza statale nella vita di queste istituzioni, ma vengono chiaramente fissati i loro scopi come scopi di interesse pubblico; e le istituzioni stesse vengono via via trasformate in istituzioni pubbliche; evidente in questo senso è la trasformazione di alcune confraternite, associazioni costituite per l'esercizio di pratiche religiose e di attività benefiche ed assistenziali in confraternite di sola beneficenza.

Infatti, la legge del 1890 tende a realizzare la c.d. "laicizzazione della beneficenza" (ZANOBINI) attraverso la separazione degli enti che si occupano di beneficenza dagli enti di culto, e viene affermato il principio di indifferenza delle attività benefiche rispetto alle confessioni religiose e alle tendenze politiche. Alla legge sono collegati due regolamenti, uno di carattere amministrativo e uno contabile, approvati entrambi con R.D. 5 febbraio 1891 n. 99.

Scopo principale delle istituzioni pubbliche è quello “di prestare assistenza ai poveri, tanto in istato di sanità quanto di malattia”. Alle Congregazioni di carità viene affidata l’amministrazione delle istituzioni di beneficenza ove non vi provvedano i loro organi e altre funzioni sussidiarie. D’altra parte la Congregazione assume la cura degli interessi dei poveri del comune e la loro rappresentanza legale, in ogni sede amministrativa o giudiziaria; promuove provvedimenti amministrativi e giudiziari di assistenza e di tutela degli orfani e minorenni abbandonati, dei ciechi e sordomuti poveri, assumendone provvisoriamente la cura nei casi di urgenza (art. 8).

La legge istituisce il domicilio di soccorso che si traduce nel diritto del povero all’assistenza da parte del comune di residenza o di nascita.

È evidente come con questa legge, l’assistenza ai poveri diventa scopo di interesse pubblico cui si fa fronte nell’ambito di un sistema di istituzioni di carattere pubblico (anche se in gran parte di origine privata) delle quali viene assicurato il perseguimento dei fini, assunti come fini di interesse pubblico, nei confronti delle quali vengono configurate in capo ai soggetti destinatari delle prestazioni (i poveri), situazioni giuridicamente protette, azionabili in sede giurisdizionale.

Si afferma il concetto della pubblica beneficenza, come l’insieme delle prestazioni di soccorso rese dagli enti pubblici agli indigenti (ROMANO), con il fine “di lenire la miseria e l’indigenza rendendo meno penosa la condizione del povero e procurando di attenuare i dannosi effetti che dal pauperismo possono derivare all’intero corpo sociale” (il doppio profilo che presenta la politica di lotta alla povertà). La povertà diviene “il nemico che tanto l’individuo quanto lo Stato debbono combattere” (EUSEBIO).

E si afferma il diritto all’assistenza per coloro che ne hanno titolo ai sensi di legge, che può essere fatto valere anche dalle istituzioni che hanno la rappresentanza legale delle persone in stato di bisogno.

La legge del 1890 si occupa anche del riordino di tutti gli enti che perseguono scopi benefici attraverso mere erogazioni di somme di danaro: e così impone, ad esempio, la revisione degli statuti delle c.d. istituzioni elemosiniere, al fine di indirizzare l’erogazione delle somme a fini determinati dalla legge, e cioè, il concorso al mantenimento degli inabili al lavoro, il soccorso e la tutela dell’infanzia abbandonata, l’assistenza a domicilio degli ammalati poveri, il concorso

alla fondazione e l'incremento di istituzioni di previdenza o di tutela a favore di poveri.

Successivamente, con il regolamento del 1891 n. 99 cit., collegato alla legge del 1890, si dispone la revisione degli statuti di tutta una serie di istituzioni finalizzate a "lenire" particolari situazioni di povertà: quali le istituzioni dotazioni, masse patrimoniali da cui trarre rendite annuali per favorire ragazze povere, in occasione del loro matrimonio (art. 101 reg. 5/2/1891); le fondazioni per patrimoni sacri aventi lo scopo di aiutare i giovani bisognosi ad intraprendere la carriera ecclesiastica (art. 106 reg. cit.); le fondazioni per borse di studio alle quali vengono estese le disposizioni circa le istituzioni di pubblica assistenza e beneficenza qualora come condizione per l'assegnazione della borsa di studio o come titolo di preferenza sia richiesto quello della povertà.

Anche i monti frumentari, deputati ai prestiti di prodotti agricoli per i bisogni annuali dell'agricoltura, sono considerati istituzioni di beneficenza (art. 94 l. n. 1890) dal momento che ad essi è imposto dalla legge di devolvere, a scopi di utilità sociale, gli utili della gestione.

Il sistema inaugurato dalle leggi Crispi, sistema a rete articolato in tutto il territorio nazionale attraverso le istituzioni pubbliche di beneficenza (poi divenute Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza - IPAB: r.d. 30.12.1923 n. 2841), a loro volta coordinate in ambito comunale dalle Congregazioni di carità (poi trasformate in enti comunali di assistenza: l. 3.6.1937, n. 847), si mantiene sostanzialmente intatto sino a tempi recentissimi, sino cioè all'instaurazione del sistema integrato di assistenza oggi in vigore.

Nel corso del secolo il sistema originario di beneficenza acquista via via il carattere di un sistema residuale inteso a far fronte alle situazioni di bisogno cui non provvedessero sistemi di assistenza specificamente previsti per determinate categorie di persone.

Segnatamente, rilevano sul punto, le trasformazioni legislative in materia di tutela del lavoro, che hanno via via introdotto sistemi di tutela dei lavoratori sia sul versante assistenziale che su quello previdenziale (malattie, infortuni, inabilità, vecchiaia) retto secondo sistemi di tipo assicurativo. Prestazioni originariamente rese dalle istituzioni di beneficenza e dai loro stabilimenti (si pensi segnatamente agli stabilimenti di assistenza ospedaliera) per queste categorie, hanno provveduto istituti appositamente costituiti (enti mutualistici).

Al di là di queste significative innovazioni riguardanti categorie di persone caratterizzate dall'inserimento in determinati rapporti di lavoro, vi sono stati interventi diretti dello Stato, che ha provveduto, attraverso istituzioni nazionali, a compiti originariamente affidati al sistema delle istituzioni di beneficenza. Tra questi, si può segnalare per la sua importanza, l'Opera nazionale per la protezione della maternità e dell'infanzia (r.d. 24.12.1934, n. 2316). Nei compiti dell'Opera, a sua volta articolata in una pluralità di istituzioni sparse nel territorio nazionale, vi era quello della protezione e dell'assistenza "delle gestanti e delle madri bisognose o abbandonate, di bambini lattanti e divezzi fino al quinto anno, appartenenti a famiglie che non possono prestar loro tutte le necessarie cure per un razionale allevamento, dei fanciulli di qualsiasi età appartenenti a famiglie bisognose e dei minorenni fisicamente o psichicamente anormali, oppure materialmente o moralmente abbandonati, travati e delinquenti" (art. 4). Come si vede, si tratta di compiti di cura, sia pure specifica, di persone caratterizzate dal trovarsi in stato di bisogno, precedentemente confusi nel sistema della pubblica beneficenza.

Quest'ultimo, strutturato nei robusti schemi della legge Crispi, solo parzialmente intaccata dalla legislazione successiva, resta il sistema residuale di assistenza ai poveri,

identificati come categoria di persone le quali, o perché non inserite in rapporti di lavoro (e perciò non potendo usufruire dei sistemi di protezione che in ordine a tali rapporti si sono venuti via via ad instaurare) né usufruenti di tutele specifiche in ragione di loro condizioni personali, si trovano privi di ogni forma di assistenza (sistema residuale perciò, di ultima istanza si potrebbe dire, con terminologia oggi in uso).

Si deve ancora ricordare che nel sistema della pubblica beneficenza, al Comune resta addossato l'intervento propriamente di ultima istanza. L'istituto chiave, lo si è ricordato, è il domicilio di soccorso che costituisce un rapporto di tipo obbligatorio tra il Comune e i suoi cittadini poveri, che ne rende necessario l'intervento in via sussidiaria ove non vi possano provvedere le altre istituzioni pubbliche. Il T.u. comunale e provinciale del 1934 (rimasto in vigore, come è noto, per parecchi decenni dopo l'entrata in vigore della Costituzione) ascriveva alle spese obbligatorie di ciascun comune, quelle necessarie per il "servizio di assistenza medico chirurgica ed ostetrica a beneficio esclusivo dei poveri, in quanto non sia provveduto da par-

ticolari istituzioni”; nonché per la “somministrazione gratuita di medicinali ai poveri se, ed in quanto a tale somministrazione non si provveda da locali istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza”; e per il “rimborso delle spese di ospedalità degli ammalati poveri appartenenti al Comune per domicilio di soccorso” (art. 91).

3. *Le politiche di lotta alla povertà nel sistema costituzionale: verso il sistema integrato di assistenza sociale*

3.1. Questa a grandi linee, la legislazione in vigore al momento della nascita del nuovo ordinamento costituzionale. Un ordinamento nel quale si era ormai delineato il sistema della previdenza delle categorie lavoratrici, dell’assistenza pubblica a fronte di determinate situazioni di bisogno, restando in vita, come sistema di intervento residuale, quello dell’antica beneficenza.

La Costituzione afferma invero (e questo è l’aspetto più significativo in punto di principio) il diritto del povero al mantenimento e all’assistenza sociale (art. 38). Il testo, come si è accennato, non menziona direttamente i poveri, ma i cittadini “inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere”. Formula nella quale la nozione della povertà è espressa come quella caratterizzata dall’essere sprovvisti dei mezzi necessari per vivere (concetto che corrisponde invero a quello corrente di povertà assoluta); ed è a sua volta correlata a quella di inabilità al lavoro. Sul punto, si inserisce (ed è una grande novità come affermazione di principio) la tutela costituzionale del diritto al lavoro (che esula dal contenuto di queste note), che apre un nuovo scenario della politica sociale. Laddove il cittadino risulti abile al lavoro, egli ha diritto al lavoro prima che all’assistenza (art. 4, artt. 35 ss.). L’inabilità al lavoro, viceversa, fa sorgere nel cittadino (non provvisto di mezzi necessari per vivere diversi da quelli provenienti dalla condizione di lavoratore) il diritto, appunto, come dice la norma, al mantenimento e all’assistenza sociale.

La norma fu approvata dall’Assemblea costituente non senza polemiche, da parte di chi contestava questo “stranissimo diritto, il diritto ad essere mantenuti dallo Stato!”; mantenimento che “non può che andare a carico delle famiglie, non già dello Stato” (on. Mazzei, Assembl. Cost., 10.5.1947). E fu approvata sulla base dell’importante affermazione di principio, risultata prevalente negli orientamenti dell’Assemblea, che l’obbligo del mantenimento fa-

cente capo allo Stato, trova il suo fondamento nella tutela “del diritto alla vita, del diritto fondamentale, di un bisogno insopprimibile”; e perciò, questo diritto al mantenimento (che costituisce un ulteriore e più intenso obbligo facente capo allo Stato, rispetto al più generico obbligo dell’assistenza) deve essere esplicitamente affermato: “quando si tratta di una specificazione che attiene ad un diritto così fondamentale, come il diritto alla vita, è bene evitare qualunque possibilità di interpretazioni eccessivamente restrittive” (on. Ghidini, pres. III Sottocomm., Assembl. Cost., 10.5.1947).

Lo stesso art. 38 distingue poi, com’è noto, da questo concetto di assistenza che riguarda il cittadino in quanto tale, il sistema degli istituti di carattere assicurativo che riguardano il lavoratore a fronte dei bisogni derivanti da cause di invalidità, vecchiaia, malattia, etc.; secondo il sistema legislativo della previdenza, già affermatosi nei decenni anteriori. Al complesso dei compiti di assistenza e previdenza provvedono, secondo la norma, “organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato”, facendo emergere una applicazione (si direbbe *ante litteram*) del principio di sussidiarietà.

La beneficenza pubblica resta distinta dall’assistenza laddove viene attribuita dalla Costituzione alla competenza legislativa regionale (art. 117). Invero, questa distinzione non risulta per nulla chiara nel testo costituzionale; e appare piuttosto come il frutto di una volontà di ridurre la competenza regionale nei limiti dell’amministrazione delle istituzioni di beneficenza, secondo il sistema restato in vita dalla legislazione crispina. In sostanza, l’amministrazione del sistema delle istituzioni locali e degli enti comunali sussidiari.

Successivamente, il concetto di beneficenza pubblica ha subito una dilatazione per effetto delle leggi di trasferimento delle funzioni amministrative alle regioni, con l’intento evidente di trasferire almeno gradualmente alle regioni l’intera materia dell’assistenza sociale, da ricondurre perciò, dato il sistema costituzionale vigente, entro la nozione di beneficenza pubblica. Sul punto, particolarmente significativo il d.l.vo n. 616/77 (art. 22), che dà alla nozione di beneficenza pubblica la massima dilatazione possibile sino a farla senz’altro coincidere con quella dell’assistenza pubblica. Precedentemente la Corte costituzionale, come è noto (n. 139/72, n. 126/76), aveva distinto la nozione di beneficenza da quella di assistenza (nozione questa nella quale risulta preminente “la tipizzazione legislativa di deter-

minate categorie assistibili”, perciò stesso aventi diritto alle prestazioni poste a carico dello Stato).

La distinzione, che sembra viceversa essere presente nel testo costituzionale, tra le attività di assistenza sociale come attività doverose facenti capo allo Stato e rivolte alla generalità dei cittadini in condizioni di bisogno, e quelle riconducibili alla nozione di beneficenza pubblica come insieme di attività fornite da istituzioni dotate nella loro attività di erogazione da discrezionalità a seconda delle situazioni di bisogno, in larga misura giustificate dall’origine privata delle istituzioni erogatrici (v. Corte cost., n. 139/72), scompare nella nuova nozione legislativa di beneficenza pubblica, per ragioni tuttavia, come si ripete, del tutto contingenti; giustificate cioè dalla esigenza di trasferire alle regioni via via l’intero settore dell’assistenza sociale.

Questa problematica, che trova ancora riscontro nell’ultimo d.l.vo di trasferimento delle funzioni alle regioni e agli enti locali (n. 112/98), è definitivamente superata dal nuovo testo costituzionale entrato in vigore con la l. cost. n. 3/2001, che ha soppresso la nozione di beneficenza pubblica, e in virtù della nota impostazione del riparto di competenze legislative e amministrative, ai sensi degli artt. 117 e 118, ha senz’altro attribuito la materia dell’assistenza sociale alla competenza legislativa residuale o esclusiva delle regioni (art. 117, 4° co.); e ha attribuito l’amministrazione del settore, per regola e salvi profili di sussidiarietà, ai comuni (art. 118, 1° co.).

3.2. Le politiche di lotta alla povertà si muovono in un quadro giuridico costituzionale, che le rende nel vigente sistema positivo, doverose ed ineludibili.

Nella nostra Costituzione, come è noto, l’art. 32 nel mentre stabilisce il principio della tutela della salute come “fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività”, fa obbligo alla Repubblica (e quindi all’insieme dei pubblici poteri: art. 114 Cost.) di garantire “cure gratuite agli indigenti”. E l’art. 38 nell’ambito delle politiche di assistenza, prevede espressamente appunto, che il cittadino inabile al lavoro, e “sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all’assistenza sociale”.

L’art. 34 nell’ambito delle politiche scolastiche, stabilisce che i capaci e meritevoli “anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi”. Inoltre, l’art. 24 assicura ai non

abbienti i mezzi di tutela giurisdizionale, l'art. 31 prevede misure economiche al fine di agevolare la formazione della famiglia, l'art. 36 garantisce ai lavoratori una retribuzione che gli permetta di condurre una esistenza libera e non condizionata dal bisogno economico.

Insomma, nel testo costituzionale, sia pure attraverso norme non direttamente mirate alla lotta alla povertà, emerge l'idea che le situazioni di povertà (di bisogno) nell'ambito delle politiche sociali, necessitino di misure specifiche (così da farne, nell'ambito di quelle politiche, una politica a sé). D'altra parte, il concetto moderno di povertà tutelato nella Costituzione, risulta esteso a diverse forme di vulnerabilità: i principi enunciati, infatti, non si limitano ai profili meramente economici, ma includono anche i profili sociali e politici, dal momento che la disparità nella distribuzione dei beni materiali e immateriali viene considerata un ostacolo all'attuazione del principio dell'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2. Pertanto lo Stato, nel perseguire tali finalità, è tenuto a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità dell'individuo e la sua piena partecipazione alla vita collettiva.

La Corte costituzione con una importante sentenza del 1995, estesa dal Prof. Guizzi (n. 519/95), ha dichiarato incostituzionale l'art. 670, 1° co. cod. pen., il quale, sulla base di una antica e oramai ripugnante tradizione, stabiliva la punibilità delle situazioni di mendicizia, pur non invasive, che si manifestano nella semplice richiesta di aiuto (mendicare in luogo pubblico o aperto al pubblico). La Corte constata che purtroppo "nella vita quotidiana specie nelle città più ricche, non è raro il caso di coloro che senza arrecare alcun disturbo domandino compostamente se non con evidente imbarazzo, un aiuto ai passanti"; e come "gli squilibri e le forti tensioni che caratterizzano le società più avanzate" producano "condizioni di estrema emarginazione, sì che ... non si può non cogliere con preoccupata inquietudine l'affiorare di tendenze o anche soltanto tentazioni, volte a nascondere la miseria e a considerare le persone in condizioni di povertà come pericolose e colpevoli". Orbene su questo punto, la coscienza sociale ha compiuto, secondo la Corte, "un ripensamento a fronte di comportamenti un tempo ritenuti pericolo imminente per una ordinata convivenza", mentre la società civile "ha attivato autonome risposte, come testimoniano le organizzazioni di volontariato che hanno tratto la loro ragion d'essere e la loro regola dal valore costituzionale della solidarietà". In questo quadro,

l'antica norma del codice penale risulta costituzionalmente illegittima alla luce del canone della ragionevolezza. Il ricorso alla norma penale, a fronte di situazioni per nulla riprovevoli, ma anzi a loro volta oggetto di intervento e di cura, non risulta infatti in alcun modo giustificato.

La sentenza è significativa, laddove registra una, ancora presente (“purtroppo”), tendenza ad avvicinarsi alle situazioni di povertà come situazioni da rimuovere anziché da curare; ma nello stesso tempo, il mutamento che è in atto nella coscienza sociale, viene correttamente inquadrato nel nuovo contesto costituzionale, che ne sorregge l'ispirazione e lo porta a tradursi in ulteriori testi legislativi.

Tale tendenza, tuttavia, si riscontra ancora nel fenomeno delle ordinanze di limitazione dell'accattonaggio: tra le più recenti rileva quella adottata dal sindaco del Comune di Carmagnola, il quale, nel 2018, ha ordinato “il divieto di accattonaggio nelle aree prospicienti i luoghi di culto e nei pressi degli esercizi commerciali, all'interno degli stessi, nelle aree prospicienti gli ospedali e case di cura, nelle intersezioni stradali e nel restante territorio comunale” prevedendo, altresì, in caso di violazione, una sanzione amministrativa pecuniaria di cento euro, oltre alle conseguenze penali per l'inosservanza del provvedimento (di cui all'art. 650 c.p.).

Il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, tuttavia, è quello di ritenere illegittima l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia “urgenza” di provvedere “cioè l'assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile a tutela della pubblica incolumità” (da ultimo Cons. Stato, V, 26 luglio 2016, n. 3369; Cons. Stato, Sez. V, n. 5239 del 2017). D'altra parte, il Consiglio di Stato ha ricordato come la mendacità non costituisca, di per sé, una minaccia alla tranquillità pubblica e all'ordine pubblico (Cons. Stato, Sez. I, parere n. 1544/2016) a differenza del caso in cui i mendicanti travalichino “i limiti della civile convivenza”, caso in cui, tuttavia, non potrà essere usato il mezzo dell'ordinanza contingibile, ma dovranno utilizzarsi i mezzi adatti a fronteggiare esigenze permanenti, quali, per esempio, i regolamenti comunali o gli ordinari provvedimenti repressivi.

Per completezza, si ricorda che in sede di conversione in legge del c.d. Decreto Sicurezza, su proposta dell'ex Ministro dell'Interno

Matteo Salvini, sono state introdotte alcune novità in materia, tra cui la nuova fattispecie delittuosa dell'esercizio molesto dell'accattonaggio (nuovo art. 663-*bis* c.p.) che riprende il citato art. 670 cit. (abrogato dall'art. 13 del d.lgs. 13 luglio 1994, n. 480) nella parte in cui la mendacità sia esercitata con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà (fattispecie sanzionata con l'arresto da tre a sei mesi e un'ammenda da 3000 a 6000 euro).

Se, l'orientamento nazionale è quello di tutelare la libertà alla mendacità non invasiva, diversamente avviene in Francia, dove la questione degli "arrêtés anti-mendacité" è ancora al centro del dibattito pubblico e giurisprudenziale: a fronte delle molte ordinanze "anti-mendacità" adottate dai sindaci francesi, il Conseil constitutionnel e la giustizia amministrativa hanno riconosciuto la libertà fondamentale di aiutare gli altri, a scopo umanitario, in virtù del principio della *fraternité*. Non è stata riconosciuta, tuttavia, la libertà fondamentale di chiedere l'elemosina (Conseil constitutionnel, decisione n. 2018-707/718 QPC del 6 luglio 2018; Tribunal Administratif de Besançon, n. 1801454 del 28 agosto 2018, che ha annullato l'ordinanza adottata dal sindaco della città di Besançon il 9 luglio 2018). Così in Francia, in seguito alla depenalizzazione della mendacità (1994), si sono moltiplicate le ordinanze anti-mendacità adottate dai sindaci al fine di interdire un comportamento che la legge non sanziona più, in quanto ritenuto contrario all'ordine pubblico; l'intervento del giudice costituzionale è stato fondamentale nel riconoscere il diritto "attivo" di concedere l'elemosina, ma non nel riconoscere quello "passivo" di chiederla in maniera non invasiva.

Con riferimento, poi, al "costo" delle politiche pubbliche per il contrasto della povertà, mentre i diritti sociali sono comunemente considerati "diritti economicamente condizionati" in quanto il loro godimento dipende dalla disponibilità di risorse e dalle decisioni di bilancio (Corte cost. 248/2011 27 luglio 2011, n. 248; Corte conti, 7/2015 e 426/2017 sez. contr. Reg. Campania, 26 gennaio 2015, n. 7, e sez. contr. Reg. Veneto, 3 agosto 2017, n. 426; Cons. Stato, 3297/2016 e 23/2017 sez. III, 20 luglio 2016, n. 3297, e 23 gennaio 2017, n. 267), lo stesso non vale per i provvedimenti volti a contrastare la povertà, per i quali la sola esistenza di difficoltà di finanza pubblica non vale a giustificare limitazioni alla loro adozione. Quello del "povero" è, pertanto, un diritto "incomprimibile" (Corte cost.

275/2016 e 169/2017 Corte cost., 19 ottobre 2016, n. 275 e 21 marzo 2017, n. 169).

3.3. Il Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE) prevede che nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tenga conto “delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale...” (art. 9). Le finalità della piena occupazione, del progresso sociale e della giustizia e la protezione sociale, sono sancite anche dall'art. 3. Inoltre, nell'ambito della politica sociale dell'Unione, tra gli altri obiettivi è prevista espressamente la “lotta contro l'esclusione sociale” (art. 153). Il testo vigente, a differenza del testo della Costituzione Europea (Tratt. 29.10.2004) mai entrato in vigore, non contiene l'esplicito riferimento alla lotta contro la povertà tra le politiche sociali dell'Unione, evidentemente perché detta politica è compresa tra quelle “contro l'esclusione sociale”. Ciò che è sicuramente da condividere, tenendo conto che la situazione di povertà al di là del suo aspetto puramente quantitativo (il reddito di cui la singola persona o la famiglia possa disporre) è strettamente connessa alla posizione di esclusione sociale della singola persona e della famiglia, cioè del suo essere esclusa da quei rapporti che consentono connessioni di inserimento sociale che aiutano la persona e le famiglie a far fronte a situazioni di difficoltà. D'altra parte la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che costituisce ormai parte integrante dei trattati, sancisce come è noto, il principio fondamentale dell'inviolabilità della dignità umana connessa con il diritto alla vita. E di tale diritto, indubbiamente, fa parte quello di disporre di condizioni minime, anche sul piano economico, che consentano di condurre un'esistenza quantomeno dignitosa.

Inoltre, nelle conclusioni della Conferenza intergovernativa di Lisbona (marzo 2000), è stato denunciato come “inaccettabile”, il numero “delle persone che vivono al di sotto della linea di povertà e che si trovano in situazioni di esclusione sociale all'interno dell'Unione”. Ciò che rende necessario “prendere provvedimenti che abbiano un impatto decisivo nella direzione di un vero e proprio sradicamento della povertà attraverso la fissazione di specifici obiettivi”.

Tali obiettivi sono stati riaffermati nel preambolo del Pilastro europeo dei diritti sociali del 2017, volto a rafforzare la dimensione sociale dell'Unione europea. In particolare, nel Capo III, non solo

vengono ribaditi i principi di protezione sociale, inclusione e occupazione, ma è fatto esplicito riferimento al “diritto a un adeguato reddito minimo” al fine della realizzazione di un’esistenza dignitosa. Seppure tale atto non è giuridicamente vincolante, gli Stati hanno il compito di attuarlo nell’ambito della normativa interna.

Insomma, la lotta alla povertà emerge nei suoi vari aspetti, tra le politiche pubbliche dell’Unione (area, com’è noto, tra le più ricche del mondo).

3.4. Nell’ordinamento costituzionale, un’importante svolta nel settore che ci interessa, avviene per quanto concerne l’assistenza sanitaria. Sul punto, si deve ricordare che all’origine anche l’assistenza sanitaria, e ospedaliera (consistente cioè nel ricovero dei malati nelle case di cura), era compresa nel sistema della pubblica beneficenza. E gli ospedali e le case di ricovero di carattere pubblico destinati all’accoglienza dei malati privi di mezzi, erano gestiti, prevalentemente, dalle istituzioni di beneficenza (salve le importanti istituzioni ospedaliere via via create dagli enti mutualistici e destinate alle categorie assistite).

Nell’ordinamento costituzionale, come s’è visto, l’assistenza sanitaria è contemplata in una norma a sé, nella quale, tuttavia, sono previste cure gratuite solo per gli indigenti (art. 32). Ed essa si stacca del tutto dal sistema dell’assistenza sociale al momento in cui viene istituito il Servizio sanitario nazionale: come sistema di prestazioni erogato da istituzioni pubbliche (e il cui costo grava sulla finanza generale) in favore di tutti i cittadini (nonché delle persone provvisoriamente residenti sul territorio nazionale) e a titolo gratuito per tutti, almeno in via di principio e salve limitate eccezioni.

L’introduzione di questo sistema (cuore del c.d. Stato sociale modernamente inteso) svincola le prestazioni sanitarie, pubbliche e gratuite, che costituivano peraltro le principali prestazioni, almeno in termini quantitativi, tra quelle erogate dal sistema delle IPAB in favore delle persone in stato di bisogno, da ogni riferimento allo stato di bisogno degli assistiti. Esse, infatti, sono destinate “al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l’eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio” (art. 1, l. n. 833/78). Precedentemente, già la c.d. legge ospedaliera aveva affermato il principio che l’assistenza ospedaliera

pubblica è svolta “a favore di tutti i cittadini italiani e stranieri esclusivamente dagli enti ospedalieri” (art. 1, l. n. 132/68).

Questi principi riformatori, che vengono attuati attraverso un articolato sistema di presidi sanitari e ospedalieri distribuiti su tutto il territorio nazionale (in modo tale da coprirne in tutte le sue parti la domanda di assistenza) e adesso principalmente organizzati nelle c.d. Aziende USL (strutture organizzative regionali), superano il precetto costituzionale (che appare ispirato piuttosto al sistema precedente ancora in vigore all’epoca della Costituente), secondo il quale la Repubblica è tenuta ad assicurare cure gratuite solo “agli indigenti”. Il servizio sanitario nazionale assicura invece cure gratuite a tutti, e non più agli indigenti; in tal modo applicando in un settore delicatissimo della vita sociale, il fondamentale precetto dell’uguaglianza tra cittadini, a prescindere, tra l’altro, dalle “condizioni personali e sociali”.

La considerazione della condizione personale di bisogno, o comunque di scarsità di mezzi economici, torna fuori nel settore dell’assistenza sanitaria a seguito dell’imposizione dei c.d. *tickets* per l’acquisto di alcuni farmaci e per ottenere determinate prestazioni, dal cui pagamento sono appunto esentate persone e nuclei familiari che presentano situazioni economiche inferiori a determinati limiti stabiliti dalla legge (d.l.vo n. 124/98). E la giurisprudenza individua la figura del paziente indigente nell’ambito del servizio sanitario nazionale, come portatore di un diritto soggettivo (alla prestazione gratuita da parte della AUSL) tutelato in via immediata e diretta dinanzi all’autorità giudiziaria (v., ad. es., Pretura Enna, 6.10.1995; Pretura Roma 3.2.1998 e Pretura Lecce - Maglie 4.2.1998, a proposito della c.d. cura Di Bella); dove l’indigenza viene valutata rispetto al tipo di prestazione di cui si chiede il pagamento (nella specie si trattava della somministrazione di un farmaco indispensabile per il paziente e troppo costoso, date “le sue condizioni economiche”).

È solo con la legge 833/1978, pertanto, che viene data attuazione all’art. 32 Cost.: il sistema sanitario pubblico assume carattere universalistico e la sanità diviene un bene pubblico fruibile da tutti i cittadini. Tale legge è stata, successivamente, più volte modificata con l’introduzione della c.d. “aziendalizzazione”, nonché al fine di rafforzare il potere delle regioni. In seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione, la competenza nell’assicurare i servizi di assistenza sanitaria e ospedaliera è attribuita alle regioni, mentre lo Stato

ha competenza esclusiva per la profilassi internazionale e determina i livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti sul territorio nazionale. (Corte cost., ord. n. 4/2021).

Sul versante dell'assistenza sociale (come insieme di servizi e degli interventi intesi a far fronte alle situazioni "di disabilità, di bisogno, di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza del reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia": così l'art. 1, l. n. 328/2000), nel sistema integrato disciplinato nei suoi principi dalla legge quadro (e nel dettaglio dell'organizzazione e delle prestazioni dalle leggi regionali e gestito prevalentemente a livello locale: art. 128, d.l.vo n. 112/98) la condizione di bisogno e di disagio dei singoli individui e delle famiglie riemerge come presupposto (uno dei presupposti) per usufruire delle prestazioni, erogate dalla istituzioni pubbliche e da quelle private integrate nel sistema.

4. *Tipologie delle misure di lotta alla povertà ed esigenza di una misura residuale ed universalistica*

4.1. Il sistema integrato di assistenza prende il luogo del vecchio sistema crispino dell'assistenza e beneficenza pubblica (le cui istituzioni residue in vita vengono a loro volta integrate nel sistema: art. 10, l. n. 328/2000, d.l.vo n. 207/01).

In tale sistema, prioritario accesso ai servizi e alle prestazioni erogate, è dato ai "soggetti in condizioni di povertà, o con limitato reddito, o con incapacità totale o parziale di provvedere alle proprie esigenze per inabilità di ordine fisico o psichico, con difficoltà dell'inserimento nella vita sociale attiva e nel mercato del lavoro" (art. 2, 3° co.).

Per interventi e servizi sociali si intendono "tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia" (art. 128, d.lgs 31 marzo 1998 n. 112).

Il sistema di cui alla legge n. 328/2000 si realizza attraverso prestazioni coordinate nei diversi settori della vita sociale, integrando

servizi alla persona e al nucleo familiare con eventuali misure economiche.

Alla gestione e alla offerta dei servizi provvedono soggetti pubblici, organismi non lucrativi di utilità sociale, organizzazioni di volontariato, fondazioni e altri soggetti privati. Scopo del sistema integrato è, infatti, “anche la promozione della solidarietà sociale, con la valorizzazione delle iniziative delle persone, dei nuclei familiari, dalle forme di auto-aiuto e di reciprocità e della solidarietà organizzata”.

I livelli essenziali delle prestazioni sociali erogabili sotto forma di beni e servizi, riguardano, tra l'altro, le “misure di contrasto della povertà e di sostegno al reddito e servizi di accompagnamento, con particolare riferimento alle persone senza fissa dimora” mentre le altre misure sono specificamente deputate alla cura di situazioni di disagio derivanti da condizioni personali e sociali, quali la disabilità, l'abbandono minorile, ecc. (art. 22).

Nella stessa legge è istituita, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, la Commissione di indagine sulla esclusione sociale, con il compito di effettuare, anche in coordinamento con l'Unione Europea, ricerche e rilevazioni per indagini sulla povertà e sull'emarginazione, predisponendone annualmente una relazione per il Governo (art. 27).

In attuazione delle disposizioni contenute nella legge sono state emanate delle normative regionali per la predisposizione del sistema integrato di servizi (v. ad esempio, l.r. Lombardia, n. 3 del 12 marzo del 2008; l.r. Toscana, n. 41 del 24 febbraio del 2005; l.r. Emilia Romagna n. 2 del 12 marzo del 2003, l.r. Piemonte n. 1 del 8 gennaio 2004; l.r. Calabria n. 23 del 26.11.2003).

Per l'attuazione delle politiche sociali è previsto il *Fondo nazionale delle politiche sociali* (FNPS) la cui disciplina fondamentale è contenuta nella stessa legge quadro all'art. 20.

Il Fondo è stato introdotto dalla legge finanziaria per il 1998 (art. 59, 44 co., l. n. 449/97) attraverso l'accorpamento di una serie di fondi di settore, è destinato alle autonomie locali per lo sviluppo della rete integrata di interventi e servizi sociali, mentre una quota è attribuita al Ministero del lavoro e delle politiche sociali per gli interventi a carattere nazionale. In particolare, lo Stato, nell'ambito delle proprie competenze, distribuisce le quote alle Regioni titolari degli interventi, una volta stabilito il riparto in Conferenza Unificata.

Il fondo è quindi destinato alla rete ordinaria di interventi e servizi sociali.

Tra le finalità del Fondo sono state specificamente individuate le *voci* per la promozione di interventi per la realizzazione di standard essenziali ed uniformi di prestazioni sociali su tutto il territorio dello Stato per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, la condizione degli anziani, il sostegno alle famiglie, l'inserimento e l'integrazione dei cittadini stranieri; per il sostegno a progetti sperimentali attivati dalle regioni e dagli enti locali; per la promozione di azioni concertate per la realizzazione di interventi finanziati dal Fondo Sociale europeo; e specificatamente, per la sperimentazione di misure di contrasto delle povertà (lett. d). Tali finalità sono state successivamente modificate dalla legge finanziaria per il 2004 (art. 3, 116 co., l. n. 350/03) e attualmente consistono in quella delle politiche per la famiglia, dell'abbattimento delle barriere architettoniche, dei servizi per l'integrazione scolastica dei portati di handicap, e dei servizi per la prima infanzia e scuole dell'infanzia. È venuta a cadere, cioè, proprio la voce concernente le misure di contrasto alla povertà.

Vi è da dire che con la l. finanziaria per il 2003 (l. n. 289/2002) all'art. 46 si era disposto, in via di principio, che gli stanziamenti affluissero al Fondo senza vincolo di destinazione e che il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia, con proprio decreto, stabilisse la ripartizione delle risorse del fondo per le finalità legislativamente previste a carico del Fondo stesso. Tuttavia, già nel comma 2° dello stesso articolo si stabiliva la destinazione del 10% delle risorse a sostegno delle politiche in favore delle famiglie di nuova costituzione, per l'acquisto della prima casa di abitazione e per il sostegno alla natalità, norma questa sulla quale è intervenuta, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 423/2004, dichiarandola in contrasto con l'art 119 Cost. proprio per la previsione di forme di destinazione vincolata delle risorse economiche per le Regioni.

Nella stessa sentenza, la Corte ha dichiarato incostituzionale la normativa relativa al Fondo nazionale per la disposizione contenuta nell'art. 3 comma 101 della l. n. 350/2003 nella parte in cui prevede che "lo Stato concorre al finanziamento delle Regioni che istituiscono il reddito di ultima istanza quale strumento di accompagnamento economico ai programmi di reinserimento sociali, destinato ai nuclei familiari a rischio di esclusione sociale ed i cui componenti

non siano beneficiari di ammortizzatori sociali destinati a soggetti privi di lavoro”.

Il sistema integrato degli interventi dei servizi sociali si attua attraverso il piano nazionale, piani regionali e piani di zona (art. 18, 19 l. n. 328/00). Nei piani tra l'altro devono essere indicate le priorità di intervento con particolare riferimento alla realizzazione dei percorsi attivi “nei confronti delle persone in condizioni di povertà o di difficoltà psico-fisica”.

La lotta alla povertà costituisce perciò sicuramente uno degli obiettivi della politica complessivamente intesa alla assistenza sociale che trova nella legge quadro la disciplina generale del complesso degli interventi di assistenza (e tra di essi, quelli di lotta alla povertà, affidati ai soggetti integrati nel sistema).

4.2. Il sistema integrato prevedeva, tra gli interventi di assistenza nell'ambito delle misure di contrasto alla povertà, l'istituto del reddito minimo di inserimento (R.M.I.), già disciplinato in via sperimentale dal d.l.vo n. 237/1998, in attuazione della delega di cui all'art. 59, 47° e 48° comma della l. n. 449/1997. In particolare, si trattava di uno strumento di natura non meramente assistenzialistica, in quanto attribuiva un contributo a integrazione del reddito degli individui esposti al rischio di marginalità sociale e impossibilitati a provvedere per cause psichiche, fisiche e sociali, al mantenimento proprio e della famiglia. Accanto alla misura di trasferimento monetario sono espressamente previsti, come si è detto, interventi e programmi personalizzati di integrazione sociale con lo scopo di “favorire il superamento dell'emarginazione dei singoli e delle famiglie attraverso la promozione delle capacità individuali” (art. 9, d.l.vo cit.) orientati al recupero e allo sviluppo delle capacità dei singoli e alla ricostruzione delle reti sociali. Questi interventi si concretizzano nel reinserimento nell'ambito lavorativo, anche attraverso la frequenza a corsi di formazione professionale, per i soggetti in età da lavoro non occupati, mentre per i minori essi mirano, principalmente, all'assolvimento dell'obbligo scolastico e successivamente alla formazione professionale.

L'istituto sarebbe stato inglobato, dopo il periodo della sperimentazione, tra quelli di politica sociale specificamente rivolti alla lotta alla povertà.

La sperimentazione della misura ha dato risultati non omogenei, ma in alcune zone del Paese sicuramente significativi. Il Comune di Napoli ha sperimentato, sin dal 1999, con notevole successo l'attuazione di questa misura di contrasto alla povertà, ed è riuscito a fare fronte alla presentazione di un consistente numero di domande di accesso alla misura (ca. 17.700) facendo beneficiare della misura più di 4000 famiglie, per un totale di circa 20.000 persone, di cui il 50% costituito da minori di quattordici anni.

Successivamente, con la legge finanziaria per il 2004 (l. n. 350/03 art. 3 co. 101) nonostante gli aspetti positivi della sperimentazione, soprattutto in alcune aree a rischio, la misura è stata sostituita dalla previsione del "reddito di ultima istanza", a carico dei bilanci regionali, salvo una partecipazione del Fondo nazionale per le politiche sociali. La legge 350/2003, in particolare, attribuisce allo Stato il compito di concorrere al finanziamento delle Regioni che prevedano il reddito di ultima istanza come "strumento di accompagnamento economico ai programmi di reinserimento sociale, destinato ai nuclei familiari a rischio di esclusione sociale ed i cui componenti non siano beneficiari di ammortizzatori sociali destinati ai privi di lavoro". Alle Regioni resta affidata la disciplina di dettaglio della misura, una volta cessato di aver vigore il d.l.vo n. 237/98 di cui si è detto (la norma, per i suoi effetti finanziari, è stata successivamente dichiarata incostituzionale dalla cit. sentenza Corte cost. n. 423/2004). Per tale ragione, però, questa misura c.d. universalistica di contrasto alla povertà, che appariva l'unico vero strumento di lotta alle situazioni di povertà ed emarginazione sociale a prescindere dagli "steccati categoriali", ha perso il connotato della generalità, della universalità, e della necessità, fuoriuscendo dalle misure attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni.

Sul versante delle Regioni si sono registrate, tuttavia, delle positive iniziative.

Con legge della Regione Lazio, n. 11 del 13.9.2004, è stata prevista l'istituzione del reddito di ultima istanza, quale strumento di accompagnamento economico ai programmi di reinserimento sociale, destinato a nuclei familiari a rischio di esclusione sociale formati da componenti non beneficiari di ammortizzatori sociali destinati a soggetti privi di lavoro (art. 5).

Con legge della Regione Campania, n. 2 del 19.2.2004, è stata prevista l'istituzione, in via sperimentale, del c.d. reddito di cittadinanza quale prestazione concernente un diritto sociale fondamentale", assicurato come misura di contrasto alla povertà e all'esclusione e come strumento teso a favorire condizioni efficaci di inserimento lavorativo e sociale (art. 2).

4.3. A seguito della crisi economica del 2008, si è registrato un periodo caratterizzato dall'adozione, a livello nazionale, di una serie di provvedimenti normativi attributivi di vantaggi economici, nel settore dell'assistenza sociale.

Così, innanzitutto il d.l. n. 112/2008 (v. Corte cost. 10/2010, che ha stabilito il necessario coinvolgimento delle regioni nell'attuazione della misura) ha introdotto un'importante novità, istituendo la c.d. *social card* o carta acquisti ordinaria, vale a dire una carta prepagata magnetica destinata a cittadini in condizione di povertà estrema e finalizzata all'acquisto di beni di prima necessità. Tale strumento permette allo Stato di avere la certezza circa il fatto che il denaro pubblico accreditato mensilmente su tale carta sia utilizzato per la destinazione specifica che gli è attribuita. Si tratta di un beneficio accessibile in presenza di condizioni particolari e contingenti determinate dalla crisi economica del 2008, in quanto finalizzata a fronteggiare le "straordinarie tensioni cui sono sottoposti i prezzi dei generi alimentari e il costo delle bollette energetiche, nonché il costo per la fornitura di gas da privati". Nel 2009 la carta acquisti viene trasformata in modo da potervi fare confluire donazioni pubbliche e private. Per un primo periodo la *social card* è rimasta inoperativa, a causa della mancata individuazione dei finanziamenti nella legge stabilità 220/2010; con il d.l. 225/2010 ne è stato, tuttavia, riproposto l'utilizzo; con d.l. 5/2012 e la legge 147/2013 ne ha esteso, poi, l'ambito applicativo, sia prolungandone la durata, sia riconoscendo l'accesso al beneficio a cittadini non italiani, ma europei, titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo. A seguito dei provvedimenti che ne hanno prolungato la durata, lo strumento ha assunto un connotato di stabilità. Nonostante le estensioni temporali e soggettive, tuttavia, lo strumento è di scarsa applicazione e incapace di avere effetti sensibili sui livelli di povertà, ciò sia a causa dei finanziamenti pubblici inadeguati, sia in quanto è comunque esiguo il numero di beneficiari che può accedervi.

In seguito, anche sulla spinta della Risoluzione del Parlamento europeo del 10 ottobre 2010, che ha promosso la lotta contro la povertà e una società più inclusiva in Europa, è adottata la legge 208/2015 (legge di Stabilità 2016) la quale ha affiancato alla carta acquisti, rafforzandola, ulteriori interventi per il contrasto alla povertà: tra questi, innanzitutto, il c.d. sostegno per l'inclusione attiva (Sia), misura che prevede l'erogazione di un sussidio economico alle famiglie in condizioni disagiate, attraverso la carta elettronica finalizzata all'acquisto di beni di prima necessità. Tale sussidio è stato subordinato all'adesione a un progetto personalizzato di attivazione sociale e lavorativa che può prevedere la ricerca attiva di lavoro, l'adesione a progetti di formazione, la frequenza e l'impegno scolastico, la prevenzione e la tutela della salute. Inoltre, la legge stabilità 2016 ha istituito il Fondo nazionale per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale (anche solo "Fondo povertà"), finalizzato all'attuazione del Piano nazionale di lotta alla povertà e al finanziamento della Sia.

Tuttavia, il Sia è stato sostituito, poco dopo, dal reddito di inclusione (Rei), introdotto con la legge delega 33/2017. Trattasi di una misura nazionale individuata come livello essenziale delle prestazioni da garantire uniformemente su tutto il territorio nazionale, che si compone di due parti: un beneficio economico, erogato ogni mese attraverso una carta elettronica, e un progetto personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa. Inoltre, la legge delega ha previsto il riordino delle prestazioni di natura assistenziale e il rafforzamento del coordinamento degli interventi in materia di servizi sociali.

In attuazione della delega, il d.lgs. 147/2017 ha istituito il Rei, nonché la rete della protezione e dell'inclusione sociale, cioè un organismo al quale è attribuito il compito di coordinare il sistema e di elaborare piani programmatici al fine di utilizzare le risorse dei fondi sociali, tra cui il Fondo nazionale politiche sociali, il Fondo non autosufficienza (istituito nel 2006 a sostegno delle persone con gravissima disabilità e ad anziani non autosufficienti) e il Fondo povertà (rimasto per il finanziamento del Rei, dopo la sostituzione della Sia). Successivamente, la legge 205/2017 estende l'ambito di applicazione del Rei e l'importo del beneficio economico viene, altresì, aumentato, per effetto dell'incremento del Fondo povertà.

Solo un anno dopo, tuttavia, il Rei viene abbandonato. I dati raccolti dall'Osservatorio statistico nazionale dell'Inps hanno mo-

strato come, nel breve periodo della sua vigenza, del Rei abbiano usufruito oltre 500.000 nuclei familiari, e quasi un milione e mezzo di individui.

Con la legge 145/2018 viene istituito il reddito di cittadinanza (Rdc) e il Fondo per il reddito e la pensione di cittadinanza (il beneficio assume questo nome se la famiglia è composta da uno o più individui di età pari o superiore ai 67 anni).

Il Rdc è un sostegno economico finalizzato all'integrazione dei redditi familiari, condizionato al possesso di determinati requisiti per una durata non superiore a diciotto mesi, prorogabile; anch'esso è distribuito attraverso una carta di pagamento elettronica ed è accompagnato da un percorso di reinserimento lavorativo e di inclusione sociale. Caratteristica di tale strumento è la previsione di alcune condizioni rafforzate dalla previsione sanzionatoria della perdita del beneficio: più specificamente, il Rdc è condizionato dalla sottoscrizione, da parte dei componenti del nucleo familiare, di una dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro, nonché da quella successiva di un patto per il lavoro presso il centro per l'impiego; se, invece, nel nucleo familiare non sono presenti componenti disoccupati da almeno due anni la sottoscrizione riguarda un patto per l'inclusione sociale che potrà prevedere un percorso personalizzato di inserimento lavorativo e di inclusione sociale, servizio alla comunità, riqualificazione professionale, completamento degli studi, ecc. Sotto il profilo sanzionatorio, poi, il d.l. 4/2019 ha disposto varie sanzioni, di diversa gravità, e di carattere sia amministrativo che penale, nei confronti del beneficiario che acceda illegittimamente al Rdc o violi i patti per il lavoro o per l'inclusione: queste possono consistere nella decurtazione di una o più mensilità del beneficio, ma anche in sanzioni penali in caso di utilizzazione di dichiarazioni o documenti falsi e nel caso di omissione di informazioni dovute o di omissione della comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio.

Il carattere della condizionalità del beneficio, e quindi del diritto alla prestazione, determina l'insufficienza della situazione soggettiva di bisogno a garantire l'accesso alla misura di contrasto alla povertà, in quanto l'aspirante beneficiario è tenuto ad assumere determinati obblighi per accedere o per non perdere il Rdc.

Si è detto che il periodo massimo dell'erogazione è di diciotto mesi, e può essere rinnovato, previa sospensione per un mese prima di ciascun rinnovo; periodo nel quale il beneficiario può rifiutare

eventuali offerte di lavoro, ma a ogni rifiuto la distanza “congrua” del luogo di lavoro dalla propria abitazione aumenta: se inizialmente la distanza congrua è considerata quella che resta entro i 100km (comunque raggiungibile con i mezzi pubblici), la seconda aumenta sino a 250 km e, per la terza, non sono previsti limiti entro il territorio italiano. Nel caso di rinnovo del beneficio, è considerata congrua un’offerta ovunque sia collocata nel territorio italiano, anche qualora si tratti di prima offerta.

Tra gli altri adempimenti richiesti al beneficiario, inoltre, è prevista la registrazione su un’apposita piattaforma digitale e la sua consultazione quotidiana, al fine della ricerca del lavoro. Come è noto, però, il problema del c.d. digital divide – e, cioè, il divario digitale che divide una fascia di persone da un’altra, sia in ragione della loro età, sia in ragione, appunto, della loro povertà o inclusione sociale – incide soprattutto su quelle stesse persone che sarebbero i potenziali candidati delle misure di lotta alla povertà. Anzi, v’è di più: l’estensione della nozione di povertà porta a includervi, altresì, i c.d. analfabeti informatici, i quali, seppure avrebbero i requisiti per accedere a certi servizi offerti dalla P.A., di fatto rimangono esclusi proprio dal processo di informatizzazione e dalla relativa carenza informativa. Così, ancora una volta, tali misure si rivolgono alla povertà integrata nella rete sociale, non a quella marginale o estrema. Tali strumenti non sono, pertanto, del tutto adeguati alla lotta contro l’esclusione sociale.

Si aggiunge, inoltre, che mentre le norme relative all’accesso al beneficio sono norme immediatamente dispositive (tanto più che si affidano a strutture e procedure esistenti e consolidate, per es. l’Inps), la stessa cosa non può dirsi delle norme relative alle politiche attive di reinserimento sociale (si pensi al ritardo registrato nella raccolta delle domande di coloro che intendessero partecipare alla selezione dei c.d. navigator, o anche ai grandi ritardi di attuazione per la piattaforma digitale suddetta). Nella carenza attuativa del pilastro di inclusione sociale previsto da tale misura, spicca, per lo più, il carattere assistenziale del Rdc.

In ogni caso, il carattere condizionale di tale misura, porta a dover distinguere il Rdc (così, impropriamente, denominato) dal reddito di cittadinanza comunemente inteso dagli economisti, il quale consiste in una forma di sostegno al reddito universale di tipo incondizionato, prescindendo sia dalle condizioni economiche individuali,

sia dalla situazione occupazionale: il solo requisito richiesto per beneficiarne è, infatti, la cittadinanza. Le misure di sostegno economico condizionate, selettive e categoriali (che si tratti del Rei, del Rdc, della carta acquisti, del Sia, del reddito minimo di inserimento e di quello di ultima istanza) prendono comunemente il nome di reddito minimo e svolgono una duplice funzione di politica assistenziale e del lavoro. Chiaramente, è proprio il carattere della selettività a rendere gli interventi universalistici di lotta alla povertà espressione del principio della eguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3 della Costituzione.

Con riferimento, infine, agli effetti dell'Rdc sulla povertà, tale strumento ha registrato un impatto più significativo rispetto al Rei, sia con riferimento all'incidenza della povertà assoluta, e cioè il numero dei poveri in rapporto al totale della popolazione, sia con riferimento all'intensità della povertà assoluta, e cioè la distanza tra persone e soglia di povertà. Gli effetti maggiormente positivi, tuttavia, sarebbero dovuti, principalmente, al fatto che per il Rdc sono stati previsti finanziamenti molto più cospicui. I dati Inps 2020 mostrano, infatti, che sono oltre 2,96 milioni le persone che hanno usufruito del Rdc. Solo il 9% di questi, però, sono cittadini extra europei; tale dato, chiaramente, stupisce rispetto alle premesse con cui si è cominciato questo scritto; il dato, infatti, appare bassissimo rispetto all'incidenza di povertà assoluta per gli individui stranieri mostrata dai dati Istat per il 2019 (25,7% per gli stranieri, rispetto al 6% per gli italiani). La discrasia tra gli stranieri aventi bisogno e gli stranieri che, effettivamente, accedono al beneficio si spiega per il fatto che, tra i requisiti per l'ottenimento del sussidio, è inclusa la richiesta del permesso di soggiorno di lungo periodo e che – non senza conseguenze paradossali – requisito per l'ottenimento del permesso di soggiorno stesso sia la dimostrazione del possesso di un reddito minimo. Ne deriva, pertanto, che lo straniero extracomunitario che pure si trovi stabilmente su territorio italiano ma sia privo di un reddito minimo tale da consentirgli l'ottenimento o il rinnovo del permesso di soggiorno, non possa in ogni caso accedere al sussidio che gli consentirebbe, appunto, il beneficio di un reddito minimo (v. Cons. Stato, Sez. III, 1° giugno 2020 n. 3448; Cons. Stato, Sez. III, 8 luglio 2020, n. 4387; Cons. Stato, Sez. III, 18 maggio 2020, n. 3141). Le ragioni addotte dalla giurisprudenza fanno riferimento alla “sostenibilità dell'ingresso dello straniero nella comunità nazionale, al suo in-

serimento nel contesto lavorativo e alla capacità di contribuire con il proprio impegno allo sviluppo economico e sociale del paese al quale ha chiesto di ospitarlo”.

Della questione, peraltro, è stata investita la Corte costituzionale (146/2020), la quale, però, evitando di pronunciarsi sul problema sostanziale, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità per omessa motivazione circa l'intervenuta abrogazione della norma e la disciplina transitoria: la questione di legittimità, infatti, era stata sollevata con riferimento al d.lgs. 147/2017 che disciplinava il Rei. In altra sede, tuttavia, lo stesso giudice costituzionale (106/2018) ha evidenziato che lo *status* di cittadino non è sufficiente per consentire al legislatore di promuovere nei suoi confronti erogazioni privilegiate di servizi sociali rispetto allo straniero legalmente residente da lungo periodo. Ciò nonostante, per l'ottenimento del nuovo Rdc, la relativa disciplina richiede lo stesso requisito del possesso del permesso di soggiorno (già previsto per il Rei) e, quindi, anche di un reddito minimo; previsione che appare discriminatoria e in contrasto con la citata sentenza 106/2018 della Corte costituzionale.

In sede di conversione in legge è stata aggiunta una norma altrettanto discriminatoria, in quanto introduce un'ulteriore difficoltà per lo straniero extracomunitario (esclusi alcuni casi, tra cui quello in cui il richiedente abbia lo *status* di rifugiato politico), e cioè la necessaria produzione di una certificazione, rilasciata dalla competente autorità dello Stato estero, sui requisiti di reddito e patrimoniali, tradotta e legalizzata dall'autorità consolare.

Si noti che a seguito della circolare del Ministero del Lavoro del 14 aprile 2020 – che ha stabilito che per soddisfare il requisito della residenza da almeno dieci anni sul territorio non è necessaria la residenza anagrafica, ma basta quella effettiva, dimostrabile da “elementi concludenti” – si è registrato un aumento significativo del numero dei beneficiari stranieri del Rdc (dall'8% al 22% in soli tre mesi).

Tale circostanza apre una riflessione sulle questioni sollevate nei primi paragrafi di questo scritto, e cioè sull'importanza di definire e estendere la nozione di povertà affinché l'intervento pubblico per la lotta contro la povertà sia il meno parziale possibile, il meno discriminatorio possibile, e, soprattutto, tenga conto, come suo oggetto d'azione, non soltanto della c.d. “povertà integrata”, ma anche della “povertà marginale”, quella che più facilmente sfugge alle stime an-

nuali su cui lo stesso intervento pubblico si basa per definire la sua azione. Non solo, pertanto, è necessario includere nell'azione dello Stato tutte le categorie di poveri – compresi gli esclusi e i disadattati comunque non inseriti nella rete sociale – ma anche ampliare il raggio d'azione a strumenti diversificati (e di carattere non esclusivamente economico-finanziario) a seconda delle situazioni di vulnerabilità.

5. *Quadro costituzionale delle competenze legislative e amministrative nelle politiche di lotta alla povertà*

5.1. La lotta alla povertà come politica pubblica, è dunque da ritenere compresa sul versante costituzionale, almeno nei suoi termini generali, nelle politiche di assistenza sociale di cui all'art. 38. Si è detto sopra che il cittadino descritto al 1° co. di detta norma, quello cioè inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi necessari per vivere, corrisponde al concetto di povero e più precisamente a quello di indigente nella nozione tradizionale, la quale peraltro torna in Costituzione, come s'è visto, nell'art. 32, a proposito delle cure gratuite che la Repubblica è tenuta a garantire. Di povertà si occupano, inoltre, anche ulteriori articoli: l'art. 34, nell'ambito delle politiche scolastiche ai capaci e meritevoli privi di mezzi, nell'art. 24, che assicura ai non abbienti i mezzi di tutela giurisdizionale, nell'art. 31, che prevede misure economiche al fine di agevolare la formazione della famiglia, e nell'art. 36, che garantisce ai lavoratori una retribuzione che gli permetta di condurre una esistenza libera e non condizionata dal bisogno economico.

Secondo l'art. 38, come abbiamo visto, questo particolare tipo di cittadino ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale; diritto cui corrisponde un obbligo da parte dei pubblici poteri (è da intendere, da parte di tutti gli enti costitutivi della Repubblica: art. 114), a provvedervi.

L'assistenza sociale, a seguito delle modifiche costituzionali di cui s'è detto, è ormai divenuta materia di competenza residuale o esclusiva delle regioni (art. 117, 4° co.). La soppressione della menzione della beneficenza pubblica tra le materie regionali ha attratto tutta l'assistenza in ambito regionale (sul punto, v. da ult., Corte cost. cit., n. 423/04). Mentre, dal punto di vista amministrativo, secondo l'impostazione del nuovo testo costituzionale che distingue netta-

mente i criteri per il riparto della legislazione da quelli per il riparto dell'amministrazione (art. 118), le funzioni e i compiti in materia di assistenza sociale sono da ritenere per regola collocati a livello comunale. Questa materia peraltro, come s'è visto, è stata sempre tradizionalmente gestita a livello comunale, data la sua attinenza diretta alla sfera delle persone e delle famiglie; e solo in via di sussidiarietà i superiori livelli di governo, dalla provincia, alla regione, allo Stato, intervengono per l'esercizio di determinate attività di gestione (v. artt. 129 ss., d.l.vo n. 112/98).

Ovviamente, la dislocazione in via di principio di tutte le funzioni concernenti l'assistenza e perciò anche quelle intese alla lotta alla povertà, a livello comunale, rende necessaria l'individuazione di ambiti territoriali ottimali per la gestione di questi servizi, ciò che comporta l'aggregazione organizzativa dei comuni più piccoli in forme associative per l'esercizio dei servizi; e comporta il decentramento nell'ambito dei comuni più grandi della gestione di questi servizi alle articolazioni subcomunali, in genere corrispondenti alle circoscrizioni.

Resta ferma la piena competenza legislativa della regione nella materia, riaffermata da ultimo nella citata sentenza della Corte cost. n. 423/04; competenza che si estende, come s'è visto, anche ai profili finanziari vietando allo Stato l'apposizione di vincoli di destinazione ai fondi trasferiti alle regioni per le politiche sociali.

Lo Stato, tuttavia, pur non avendo competenza legislativa diretta nella materia, né sul versante della legislazione esclusiva, né su quello della legislazione concorrente (e perciò neanche in ordine alla determinazione dei principi fondamentali della materia stessa), è chiamato a svolgere un ruolo importantissimo sul versante legislativo.

Allo Stato spetta infatti, in via generale, ma diremmo segnatamente nella materia in oggetto, di stabilire "i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio" (art. 117, 2° co., lett. *m*)); nonché di adottare le misure di "perequazione delle risorse finanziarie", con riferimento alle diverse realtà territoriali del Paese (art. 117, 2° co., lett. *e*); ma v. anche, art. 119, 3° co. e 5° co.). E a fronte della lotta alla povertà che, come abbiamo visto, è intesa a garantire il primo e il fondamentale tra tutti i diritti, e cioè il diritto alla vita, non vi è alcun dubbio che lo Stato abbia il potere ma anche l'obbligo di determinare in maniera cogente quali debbano essere le prestazioni che

nelle diverse realtà nelle quali si articola il territorio nazionale, debbono essere realizzate dai diversi enti di governo, ai fini della lotta alla povertà. Insomma, questa materia è, prima di tutte le altre, quella nella quale i livelli essenziali delle prestazioni debbono essere determinati precisamente e poi assicurati uniformemente su tutto il territorio nazionale. Ciò dà luogo, nella sostanza, al ritorno di una parte consistente delle competenze legislative nella materia in ambito statale.

Si badi: non a tutta la materia dell'assistenza sociale o dei servizi sociali, si fa riferimento, ovviamente; ma a quella parte, sicuramente, che contiene gli strumenti della lotta alla povertà. Per questa parte, l'esigenza di assicurare il diritto alla vita, cui codesta politica è intesa, rende necessaria la determinazione uniforme dei livelli delle prestazioni.

Nonostante il nuovo assetto di competenze, conseguente alla riforma costituzionale del 2001, l'attuazione della ripartizione delle competenze tra Stato e enti territoriale non è stata semplice, tra i ritardi e gli inadempimenti da parte dei legislatori regionali nel disciplinare la materia, e l'ampio margine di discrezionalità esercitato da comuni e regioni negli interventi. Se è vero, infatti, che allo Stato è rimessa l'individuazione dei livelli essenziali dei servizi, è ancor più vero che la determinazione dell'idoneità dei servizi e delle prestazioni necessarie dipende dalla determinazione del bisogno nel territorio, apprezzamento, questo, che non può che essere fatto dagli enti locali. Da ciò è derivata una forte disomogeneità territoriale di regolazione e di gestione, e, di conseguenza, un sistema instabile e non integrato.

Tali problematiche si evidenziano, anche, sul versante finanziario. È noto che alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, intese alla lotta alla povertà, debbano accompagnarsi le necessarie misure finanziarie. Sul punto, si deve tener conto che la gran parte delle prestazioni concernenti questa politica, si svolgono, come s'è detto, a livello comunale, e perciò occorre garantire una uniformità nella disponibilità dei mezzi finanziari, non solo tra le regioni, ma anche in ambito infraregionale. E su questa distribuzione interna delle risorse, lo Stato non può disinteressarsi per le ragioni sopra indicate. Detto questo, resta fermo ovviamente che le regioni, con proprie leggi, possono individuare misure aggiuntive, e risorse aggiuntive, destinate alle politiche di lotta alla povertà.

I fondi stanziati annualmente dallo Stato devono, pertanto, essere trasferiti a regioni e province autonome e non possono essere vincolati a una specifica destinazione individuata a livello nazionale (sul punto si v. la più volte cit. sentenza 423/04): tra questi si annoverano quelli per le politiche sociali, la non autosufficienza, la famiglia, le politiche dedicate all'infanzia e ai giovani, ecc. A questi si affiancano fondi specifici (quali il Fondo Dopo di noi, il Fondo per il reddito e la pensione di cittadinanza, ecc.).

La destinazione di fondi, al fine di garantire livelli essenziali delle prestazioni nella materia in oggetto, ovviamente deve essere intesa in senso perequativo, cioè come intervento finanziario in favore dei territori che presentano minori capacità fiscali per abitante (art. 119, 3° co.) ovvero che presentino situazioni di particolare ed eccezionale disagio tali da mettere in pericolo "l'effettivo esercizio dei diritti della persona" (art. 119, 5° co.). Resta fermo che al di là delle esigenze di perequazione o delle esigenze di interventi speciali, le politiche di lotta alla povertà, come anche le altre politiche sociali, devono essere finanziate dai diversi enti di governo con mezzi propri (art. 119, 1° co.). Fermo restando l'obbligo di assicurare comunque i livelli essenziali delle prestazioni stabiliti dalla legge dello Stato.

Alla regione spetta comunque la legislazione sostanziale circa le singole misure di lotta alla povertà, la disciplina degli aspetti organizzativi e finanziari, i rapporti tra pubblico e privato, la disciplina dei procedimenti di accertamento delle situazioni di povertà, di erogazione delle misure finanziarie, delle misure di sostegno, i procedimenti e le modalità di valutazione di queste misure, anche in sede di sperimentazione, e così via. Al comune in forma singola o associata, spetta la gestione amministrativa delle misure di lotta alla povertà, salvo il ruolo sussidiario della provincia.

Nonostante i molti fondi previsti dallo Stato, il ricorso a tale strumento ha provocato una difficoltà di coordinamento tra i soggetti coinvolti e una dispersione delle risorse messe a disposizione (come si evince dal Rapporto 2020 sul coordinamento della finanza pubblica, della Corte dei conti).

Proprio con l'intento di risolvere tale problematica, al fine di favorire una maggiore omogeneità territoriale nell'erogazione delle prestazioni, è intervenuta la legge 33/2017, la quale ha istituito un organismo di coordinamento del sistema degli interventi e dei servizi sociali presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Succes-

sivamente, il d.lgs. 147/2017 ha istituito la Rete della protezione e dell'inclusione sociale, incaricata di predisporre piani triennali finalizzati alla programmazione dell'utilizzo delle risorse dei fondi statali dedicati alle politiche sociali, e a individuare le priorità di finanziamento e organizzare le risorse tra le varie direzioni d'intervento.

Il problema della disomogeneità delle prestazioni nel territorio è stato reso ancora più evidente dall'emergenza provocata da Covid-19 e, con d.l. 34/2020, si nuovamente sottolineata da necessità di un rafforzamento dei servizi sociali e dell'integrazione socio-sanitaria tra i diversi livelli di governo.

5.2. Nella nostra materia, come abbiamo visto, hanno sempre giocato un ruolo importantissimo le istituzioni private, sia di origine laica che religiosa. La beneficenza pubblica come insieme di prestazioni garantite dai pubblici poteri, nasce dalla carità, che è per sua natura attività privata (il concetto di "carità legale" che si afferma dopo le leggi Crispi, corrisponde a quello di beneficenza pubblica). E l'assistenza pubblica, a sua volta, nasce dalla beneficenza. Siamo perciò in una materia nella quale il pubblico interviene solo in un secondo tempo, su una diffusa congerie di attività operanti nella società per iniziativa privata.

La legge quadro sui servizi sociali, come s'è visto, riconosce in pieno questa particolare connotazione della materia, dando ampio spazio all'intervento privato. Non a caso si parla di sistema *integrato* di interventi e servizi, nel quale cioè organizzazioni pubbliche e istituzioni private agiscono, in modo integrato tra loro, appunto, per l'attuazione delle finalità del sistema stabilite dalla legge in via generale e in concreto dai singoli atti di programmazione. Quindi, il principio c.d. di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, ult. co., Cost., trova nella nostra materia ampia e diffusa (peraltro consolidata) applicazione.

Mentre, nel settore dell'assistenza sanitaria la nostra legislazione è improntata al principio della prevalenza del pubblico, anche al di là di quanto prescritto dal testo costituzionale, nel settore dell'assistenza sociale il sistema riconosce una parità di ruolo alle istituzioni private, ascritte alla più diversa tipologia, come "soggetti attivi nella progettazione e nella realizzazione concertata degli interventi" (art. 1, 5° co., l. n. 328/00).

Sul punto, il principio costituzionale introdotto dalla riforma del 2001, ha reso ancor più pregnante questa impostazione del sistema integrato, facendo carico alle pubbliche amministrazioni, segnatamente alle amministrazioni comunali in base alle prescrizioni delle leggi regionali, di attivarsi affinché la presenza dei privati, associazioni, cooperative, organizzazioni di volontariato, fondazioni, etc., sia incentivata con adeguate misure (di carattere fiscale e finanziario, fornitura di servizi, di carattere logistico, nelle comunicazioni, etc.). Resta comunque escluso che in un sistema siffatto fondato su questi principi, le amministrazioni pubbliche possano prendere il posto sostituendosi a soggetti privati proficuamente operanti nel settore ad ogni livello di intervento.

Rispetto alla suddetta difficoltà dei comuni a individuare i reali bisogni dei poveri e degli emarginati, il terzo settore ha assunto un ruolo di fondamentale importanza nella lotta alla povertà, non solo integrando ma anche sostituendo l'attività dei diversi livelli di governo. Si pensi all'azione determinante dei privati, nel sopperire alle lacune del sistema pubblico, che si è registrata durante l'ultima grande crisi economico-sanitaria in occasione della diffusione del Covid-19. Gli operatori del terzo settore, grazie al fatto che sono fortemente ancorati al territorio, non soltanto svolgono una funzione necessaria nella lotta congiunta alla povertà, ma sono anche centri di osservazione capaci di valutare i bisogni del territorio in cui operano, laddove gli enti locali non riescono ad assolvere tale funzione. D'altra parte, è la stessa Corte costituzionale a ribadire come il volontariato rappresenti "la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale" (da ultimo v. Corte cost., 4 luglio 2018, n. 171).

Si ricorda che, di recente, la legge 106/2006 ha previsto la riforma del terzo settore e, oltre ad aver riordinato la materia e introdotto il Codice del terzo settore, contenente la relativa disciplina unitaria, ha individuato una serie di esenzioni e vantaggi economici ai quali i soggetti da esso regolati potranno accedere, nonché ha previsto alcune utili indicazioni per le PP.AA. (per esempio la cessione senza oneri alle associazioni di beni mobili o immobili per manifestazioni, o in comodato gratuito come sedi o a canone agevolato per la riqualificazione; l'incentivazione della cultura del volontariato; il coinvolgimento degli enti del terzo settore nella gestione di servizi sociali... ecc.).

6. *In conclusione*

La lotta alla povertà è una politica pubblica di rilievo primario nel nostro assetto politico costituzionale, sulla base dei principi di diritto costituzionale interno nonché dei principi dell'ordinamento europeo. Essa consta di strumenti compresi nell'ambito delle politiche sociali, ma tra questi, essi sono differenziati e connotati per la loro specifica finalità, per il carattere assolutamente inderogabile che presentano, per il carattere di obbligatorietà, di universalità e di gratuità di esse proprio (come quelli intesi alla tutela del primo e più fondamentale di tutti i diritti).

Alla politica di lotta alla povertà provvedono i pubblici poteri, secondo il vigente assetto costituzionale, ciascuno per la propria sfera di competenza, in via primaria e diretta, ovvero in via sussidiaria, a seconda del livello di governo in cui essi operano, nonché a seconda della diversa tipologia delle misure di cui si tratta, se legislative, finanziarie o amministrative.

Le misure di lotta alla povertà si ascrivono a tipologie differenziate, a seconda delle diverse situazioni di fatto nelle quali vanno ad incidere, che possono riguardare categorie di persone connotate per posizioni di lavoro, o per posizioni territoriali, o per caratteristiche fisiche, ovvero singole situazioni di persone o di famiglie, connotate da caratteristiche proprie non ascrivibili ad alcun tipo, ma colpite a livello individuale o familiare, da stati di povertà o di esclusione sociale, ciò che ne fa oggetto di specifiche misure di intervento.

Tra le misure nelle quali si articola la politica di lotta alla povertà, si afferma l'esigenza di una misura a carattere generale e universale (misura universalistica di contrasto alla povertà) del tipo di quella introdotta con d.l. 4/2019, il Reddito di cittadinanza, ma scevra delle debolezze evidenziate, e il cui intervento deve essere assicurato dappertutto a prescindere da ogni differenziata situazione territoriale o sociale, la quale abbia ad oggetto la rimozione o la prevenzione di situazioni di povertà e di esclusione sociale in quanto tali e, a fronte di esse, stabilisca minimi economici garantiti e ponga in atto interventi intesi all'inserimento sociale delle persone o delle famiglie che ne sono affette.

Le misure di lotta alla povertà, ivi compresa la misura universalistica, devono essere integrate con la propria specificità nell'ambito del sistema nazionale (integrato a sua volta tra pubblico e privato)

dell'assistenza sociale. Esso fa capo ai pubblici poteri sulla base, tuttavia, dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, non solo nei rapporti tra livelli di governo, ma anche nei rapporti tra pubblico e privato.

La definizione di questo assetto istituzionale, nella consapevolezza dei passi compiuti, ma nello stesso tempo della grandezza del problema della povertà, ancora centrale nella nostra società e perciò ancor più scandaloso a fronte del benessere collettivo che ci circonda, potrà condurre, alla costruzione di una società fondata sulla giustizia. Al primo posto di tutti i suoi valori, non solo sul piano morale, ma anche sul piano giuridico costituzionale si colloca il principio della solidarietà sociale e il valore primario della dignità dell'uomo, come singolo e come attore sociale; valore che presuppone la tutela del primo di tutti i diritti, cioè del diritto alla vita, nella quale le politiche di lotta alla povertà trovano il loro fondamento e il loro scopo.

Nota bibliografica

Sul vecchio sistema di beneficenza e assistenza: G. VACCHELLI, *Assistenza pubblica*, in *Enc. giur. it.*, Milano, 1884; L. EUSEBIO, *Assistenza Pubblica*, in *Dig. it.*, IV, Torino, 1896; G. TARELLO, *Povertà (questione della)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII; E. BALOCCHI, *Mendicità*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976; F. CAMMEO, *La beneficenza pubblica e le altre attività dello Stato per la distribuzione della ricchezza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1928; V. BRONDI, *La beneficenza legale*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, VIII, Milano; A. LONGO, *Le istituzioni pubbliche di beneficenza*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, VIII, Milano; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. V, Milano, 1959.

Sui principi costituzionali e sul sistema dell'assistenza alle situazioni di bisogno: L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016; M. PERSIANI, *Art. 38 Cost.*, in *Commentario della Costituzione Branca - Rapporti economici I*, Bologna, 1979; G. CREPALDI, *Etica pubblica e giustizia sociale*, in *Iustitia*, 2003; *Seconda tavola rotonda europea sulla povertà e l'esclusione sociale: il ruolo della famiglia nel promuovere l'inclusione sociale* (Torino 16 ottobre 2003), Roma, 2004; Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, *Libro bianco sul welfare. Proposte per una società dinamica e solidale*, 2003; *Reddito minimo di inserimento. Che fare?*, a cura di P. Calza Bini, O. Nicolaus, S. Turco, Donzelli ed., 2003; E. AMA-

TURO (a cura di), *Profili di povertà e politiche sociali a Napoli*, Liguori Ed., Napoli, 2004; AA.VV., *Fra riforma del sistema assistenziale e reddito minimo di inserimento*, in *Assistenza sociale*, 2002, 137; G. MELONI, *Il nuovo assetto costituzionale delle competenze e la legislazione di settore in materia di assistenza sociale*, in *Nuove autonomie*, 2002, 337; S. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti della persona*, Giuffrè, 2004; A. ALBANESE, C. MARZUOLI, *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, il Mulino, 2003; F. MANGANARO, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo e responsabilità delle amministrazioni e delle comunità locali e subnazionali*, in *Dir. economia*, 2003, 273; N. NEGRI, C. SARACENO, *Le politiche contro la povertà in Italia*, il Mulino, Bologna, 2001; P. LAURENT, *Vincere la povertà delle nazioni*, in *Civiltà cattolica*, 1990, 150; L. TORCHIA, *Welfare e federalismo*, il Mulino, 2005.

Tutti i principali dati della problematica in oggetto, sia di carattere storico che di carattere statistico, in G. VECCHI, *In ricchezza e in povertà*, Il mulino, Bologna, 2011;

Sul reddito di cittadinanza, per tutti, C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, o, ove i necessari riferimenti anche bibliografici. V. anche G. CAZZOLA, *Il reddito di cittadinanza*, in *Lavoro nella Giur.*, 2019, 5, 446; D. GAROFALO, *Il minimo previdenziale ed assistenziale: bisogno presunto versus bisogno accertato*, in *Lavoro nella Giur.*, 2019, 11, 977; Osservatorio conti pubblici italiani, *Reddito di cittadinanza: un confronto con l'Europa*, in *osservatoriocpi.unicatt.it*.

Dati della lotta alla povertà nell'ordinamento vigente: Istat 2021, *Stime preliminari povertà assoluta e delle spese per consumi 2020*, in *istat.it*; Eurostat 2020, *Income poverty statistics/it. Statistics Explained*, in *ec.europa/eu*; Istat 2019, *Le statistiche dell'Istat sulla povertà. Anno 2019, 2020*, in *istat.it*; Banca centrale europea, *Bollettino economico*, n. 1/2021 del 15 gennaio 2021 in *www.bancaditalia.it*; Istat, *Condizioni di vita, reddito e carico fiscale delle famiglie. Anno 2018, del 5 dicembre 2019*, in *istat.it*.

Farò tre brevissime considerazioni, relative ai criteri di misurazione delle disuguaglianze, alla povertà-mendicità e alla povertà nelle sue relazioni con la salute.

Le disuguaglianze sono solitamente misurate sulla base del reddito. In questo modo, però, non vengono calcolati i trattamenti differenziali del sistema fiscale e tutti i benefici offerti in maniera ineguale, in favore di coloro che hanno un reddito inferiore. In Italia vi è l'ISEE, Indicatore di situazione economica equivalente, che beneficia le persone che hanno un reddito più basso. La pensione che adesso si chiama assegno sociale, dal 1996 viene data anche a persone che non hanno mai lavorato e quindi non hanno contribuito al sistema previdenziale. L'ultima misura italiana è il reddito di cittadinanza, che dovrebbe coprire tutte le situazioni di povertà c.d. assoluta (circa mezzo milione di famiglie).

Il paradosso è che le istituzioni dirette a ridurre la povertà e la disuguaglianza non sono considerate quando si misurano le disuguaglianze. Vi sono quindi dati "occultati", non considerati, e questo porta a una sottovalutazione dell'azione statale diretta a ridurre la povertà.

Uno studio americano molto interessante ha messo in luce il dramma della disuguaglianza prodotta dagli interventi per assicurare l'uguaglianza. Due famiglie con lo stesso livello di vita, che vivono l'una accanto all'altra. In una due persone lavorano con un modesto salario; nell'altra nessuno lavora, ma le persone vivono di sussidi del governo federale. I primi guardano con invidia i secondi, perché questi non fanno nulla ed hanno lo stesso reddito.

La Corte costituzionale in una prima decisione, immediatamente dopo l'inizio della sua attività, dichiarò legittima la penalizzazione della mendicità. Il problema fu riproposto nel 1992 e la Corte si trovò in forte imbarazzo. Ne uscì con una sentenza molto singolare in cui fissava una serie di principi generali, ma poi esaminava il caso specifico, quello di una persona anziana che non avrebbe potuto avere alcuna assistenza dallo Stato, giungendo alla conclusione che la norma che disponeva pene per la mendicità era illegittima costitu-

zionalmente, perché quella persona non avrebbe potuto avere dallo Stato un aiuto.

L'art. 32 Cost. prevede che la Repubblica garantisca cure gratuite agli indigenti. Quindi, nella Costituzione la condizione di povertà è riconosciuta per la tutela della salute. Ma la configurazione del servizio sanitario nazionale come universale ha reso superflua questa norma costituzionale. Se il servizio sanitario è un servizio universale e gratuito, la differenza tra povero e ricco davanti al servizio dovrebbe scomparire. Tutti hanno diritto di essere assistiti dal servizio. L'unico problema che si è posto riguarda la condizione di cittadinanza, non quella del reddito. Nell'interpretazione dei giudici, il servizio universale è stato inteso come servizio gratuito anche per i cittadini immigrati, regolari ed anche irregolari. Se ne è discusso quando c'era differenza tra permesso di soggiorno lungo e breve e quando un governo non ha consentito l'iscrizione all'anagrafe degli immigrati irregolari.

La “povertà” nell’ordine giuridico del capitalismo*

Diego Corapi

SOMMARIO: 1. Povertà assoluta e povertà relativa. – 2. Le misure dell’ordine giuridico per la povertà relativa. – 3. L’accrescimento delle disuguaglianze e lo scivolamento verso la povertà assoluta. – 4. Che fare?

1. *Povertà assoluta e povertà relativa*

Non solo la parola, ma la stessa nozione, financo il concetto di povertà, quella vera, assoluta, sono estranei all’odierno sistema economico finanziario capitalistico e al suo ordine giuridico.

La povertà assoluta, la miseria, ovvero “la carenza dei mezzi indispensabili alla sussistenza”, calcolata secondo gli indici elaborati dall’UNDP (United Nations Development Promotion) in relazione alle dimensioni di base della vita umana (durata della vita e condizioni di salute, accesso alle conoscenze, disponibilità economica, grado di partecipazione sociale), invero comporta esclusione dal sistema economico, emarginazione dalla vita sociale.

La povertà assoluta mortifica chi ne soffre e offende la sua dignità, valore assoluto e principio delle moderne Costituzioni¹.

* Questo scritto trae spunto dall’intervento da me svolto nel corso dell’incontro tra docenti delle Facoltà di giurisprudenza dell’Université de Paris II Panthéon Assas e dell’Università Sapienza di Roma, che si tiene annualmente per uno scambio di idee sui temi più notevoli che le vicende dei nostri tempi propongono alla riflessione dei giuristi. Il tema proposto in quest’ultimo incontro è stato quello della “povertà” e delle questioni più urgenti che questa infelice, ma a quanto sembra ineliminabile situazione pone alle società odierne. Questo scritto è stato da me completato il 1° marzo 2020. La sopraggiunta pandemia con i conseguenti squilibri economici e l’aggravarsi delle situazioni di povertà in Italia e nel mondo, che fa apparire quasi profetica la scelta del nostro tema di discussione, rende indifferibile una riflessione più approfondita su di esso. Spero che a tal fine questo scritto, che preannuncia soltanto alcuni aspetti della nuova situazione, possa mantenere un qualche interesse.

¹ Estranea alle presenti notazioni è la visione della povertà che scaturisce dalla sua concezione non come sofferenza mortificante, ma come essenzialità e autenticità della condizione umana, che nelle Beatitudini evangeliche, ma anche nel Tao e nello Zen conduce al contatto intimo con l’Essere ed è allora intesa come svuotamento dello spirito prima che privazione del corpo. Su questa visione C. BOLOGNA, *Povertà dei corpi, povertà degli spiriti*, in *Povertà*, Atti del sesto colloquio internazionale di letteratura ita-

Come può dunque la sua considerazione rimanere estranea al sistema cui è informato l'ordine giuridico delle attività economiche del nostro e degli altri paesi della tradizione occidentale?

In questi paesi in cui centro del sistema economico è il libero scambio nel mercato e perno dell'ordine giuridico è il riconoscimento di diritti individuali, è soltanto in rapporto al libero esercizio di questi diritti che le persone vengono in considerazione nel sistema e nel suo ordine giuridico e chi effettivamente non è in condizione di esercitarli resta fuori.

Si è consapevoli, naturalmente, che disuguaglianze economiche e distinzioni sociali sono presenti nella società. Si ritiene, tuttavia, che siano insiti nel sistema i meccanismi perché ognuno possa superarle.

Le disuguaglianze sono, in realtà, apprezzate come indispensabili motori del sistema, il cui dinamismo presuppone la spinta di ogni individuo verso il miglioramento della sua situazione, e si assume che la sua ascesa sia soprattutto dovuta al suo talento.

L'utilità comune, che – secondo l'art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 – è la sola che può giustificare le distinzioni economiche e sociali tra uomini e cittadini, è nel sistema capitalistico ritenuta insita nella libertà di cui ognuno di essi gode di partecipare all'attività economica e sociale a parità di diritti.

Questa uguaglianza di diritti è, però, soltanto una posizione di partenza, ma non elimina la diversità dei risultati che ognuno può trarre dal loro esercizio e, soprattutto, non comporta che il loro esercizio sia sempre e per ognuno possibile.

Nel sistema capitalistico, quindi, ci saranno sempre ricchi e poveri.

Pertanto, questa insopprimibile distinzione dovrebbe essere tale da non comportare per nessuno la definitiva esclusione economica, l'emarginazione sociale.

Il sistema capitalistico postula invero che la povertà compatibile, anzi socialmente utile, sia soltanto una povertà relativa. L'ordine giuridico del sistema pone in essere misure che si ritiene possano offrire l'opportunità di superare tale situazione a coloro che si trovano

o sono caduti in tale stato, ma che hanno requisiti di base per essere recuperati, a coloro cioè che si trovano in situazione di povertà relativa.

Il sistema capitalistico non si occupa di coloro che sono irreversibilmente emarginati, che cioè si trovano in situazione di povertà assoluta.

2. *Le misure dell’ordine giuridico per la povertà relativa*

Lo stigma che nell’antica Roma segnava i debitori insolventi (*infames* nelle Leggi delle XII Tavole) destinandoli alla schiavitù (che del resto era fondamento del sistema economico dell’epoca) ovvero, con la *Lex Roscia Theatralis*, al pubblico ludibrio, continuato per secoli nei loro confronti con la previsione di rituali esclusioni pubbliche (la bancarotta) e pene corporali contro il *decoctor ergo fraudator* (nella definizione di Baldo), è stato cancellato dal riconoscimento dei diritti civili con l’Illuminismo e con le grandi rivoluzioni della fine del sec. XVIII, e nel prosieguo dello sviluppo industriale del sec. XIX, ha trovato il fondamento per un definitivo superamento.

Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), cap. XXXII, *Dei debitori*, Milano, 1964, 110, pur continuando ad affermare che la buona fede dei contratti e la sicurezza del commercio costringono il legislatore ad assicurare ai creditori le persone dei falliti, ritenne che si dovesse distinguere il fallito doloso dall’innocente e, riconoscendo che il commercio e la proprietà dei beni non sono il fine del patto sociale, ma possono essere un mezzo per ottenerlo, dichiarò di aver vergogna di aver scritto che il fallito innocente dovesse esser custodito come un pegno de’ suoi debiti o adoperato come schiavo al lavoro per i creditori, ma di non meritare perciò le accuse di irreligione, né quelle di sedizione, ritenendo invece di avere in realtà difeso “*i diritti dell’umanità*”.

La ricchezza e la povertà – rifletteva, sulla scia di Beccaria, Cosimo Amidei, *Discorso filosofico-politico sopra la carcere de’ debitori*, Harlem - Paris 1771, 3 – *sono vicende necessarie nel corpo politico, e chi tentasse di opporvi delle resistenze non tenderebbe che a sostituire al moto la forza d’inerzia*. Muovendo, poi, dallo stesso principio per cui bisogna punire soltanto il fallito o il debitore doloso, perché non si punisce così il debitore, ma il delinquente, questo autore aggiun-

geva che, se per l'economia pubblica è necessaria la classe dei ricchi e la classe dei poveri, o meglio sono necessarie tutte le tre classi in cui è divisa la Nazione, quella dei proprietari, quella produttiva e la classe sterile, allora se *si tolga da qualunque di queste tre classi qualche individuo con porlo in carcere per debito, si sospende l'opera di costui per quel tempo, che piace al creditore, ed intanto lo stato perde quell'utile, che ne avrebbe ricavato, se non fosse stato distorto da' suoi affari, ed il creditore non fa che renderlo viepiù impotente a soddisfare il debito* (C. AMIDEI, *op. cit.*, 5).

Lo studioso illuminista coglieva così non solo il fondamento morale, ma anche quello economico e sociale della diversa struttura economica e sociale della incombenza società industriale, al cui sviluppo tutti sono chiamati a partecipare.

Nel 1842 si chiuse in Inghilterra la famigerata prigione di Marshalsea, dove per oltre 500 anni venivano detenuti, oltre a marinai ammutinati o condannati per pirateria, i debitori insolventi che vi dovevano rimanere finché non avessero estinto i loro debiti (Charles Dickens, il cui padre fu colà imprigionato e che dovette perciò cominciare a lavorare all'età di 12 anni, ha in molti suoi romanzi evocato questo ambiente).

In Italia solo con la legge n. 4166 del 6 dicembre 1877 la prigione per debiti fu abolita (peraltro neppure totalmente, in quanto l'arresto personale per il mancato pagamento dei risarcimenti alle parti civili per danni da reato fu abrogato soltanto a seguito dell'emanazione del codice civile del 1931).

Non si può dimenticare, poi, che la schiavitù è stata abolita negli Stati Uniti solo dopo la metà e in Brasile solo alla fine del sec. XIX.

Nell'arco di quel secolo, comunque, il sistema capitalistico, spinto anche dalle politiche colonialistiche e imperialistiche dei paesi occidentali, si è affermato definitivamente nel mondo e, quando la società industriale si è sviluppata come società di massa, ha informato il proprio ordine giuridico al riconoscimento dei diritti individuali, giungendo, dopo aspri conflitti sociali, al riconoscimento di diritti anche collettivi delle classi lavoratrici.

Il paradigma dei diritti individuali, dei diritti civili espressione della libertà di iniziativa economica, ha così legittimato l'utilità sociale della disuguaglianza e ha accompagnato anche lo sviluppo economico del secolo scorso, sostenuto peraltro dalle politiche keyne-

siane di intervento pubblico, di stimolo dei consumi, nonché di tutela del *Welfare* dei cittadini.

Si è così potuto ritenere che fossero superate le visioni apocalittiche di quei pensatori che di fronte alle realtà miserabili che avevano accompagnato lo sviluppo della società industriale dell’Ottocento ritenevano che le disuguaglianze economiche fossero ineluttabilmente destinate ad accrescersi per effetto della sovrappopolazione e della scarsità di risorse alimentari (Malthus), della concentrazione della proprietà fondiaria (Ricardo) o della tendenza all’accumulazione infinita del capitale (Marx).

Il sistema economico, spinto dalla ricostruzione dopo i terribili disastri delle due guerre mondiali, e, poi, dall’aumento della produttività dovuto soprattutto al progresso tecnologico, ha, invero, aumentato il benessere generale e limitato l’accrescimento delle disuguaglianze.

Questa favorevole situazione è apparsa confermare che la spontanea partecipazione di tutti alla macchina dell’economia e alla vita sociale attraverso il libero esercizio dei diritti a ognuno riconosciuti, pur mantenendo o producendo inevitabilmente disuguaglianze, fosse un elemento del sistema indispensabile al suo ordinato sviluppo.

In quest’ottica sono stati attuati interventi normativi che, da un lato, sostengono la partecipazione al sistema economico e sociale, e d’altro lato, mirano al superamento delle difficoltà che possono impedirla. Sono interventi, insomma, volti a far fronte alle c.d. *market failures*, a quelle situazioni in cui la legge del mercato lasciata a sé stessa porterebbe a risultati inefficienti.

Da un lato, dunque, si sono previsti procedimenti al fine di impedire che l’attività d’impresa venga a cessare in caso di crisi e che l’unità produttiva sia liquidata, e si è regolata invece la sua ristrutturazione e continuazione: dall’antesignana norma del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense e dall’introduzione dapprima in Francia e poi anche in altri ordinamenti, delle c.d. procedure *d’alerte*, e in Italia dalla normativa per il risanamento della crisi delle grandi imprese (c.d. legge Prodi), si è giunti ora ad una riforma delle procedure concorsuali che, in modo significativo, non fa più riferimento nel suo titolo al fallimento, ma è denominata *Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza* (decr.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14). La finalità di questa normativa, invero, non è o comunque non è soltanto la

soddisfazione in modo paritetico dei creditori, ma è principalmente la prevenzione della crisi dell'impresa ovvero l'eventuale suo risanamento.

Negli ordinamenti di tradizione germanica in realtà l'insolvenza è sempre stata l'unico presupposto per l'applicazione delle procedure concorsuali e, pertanto, non si distingue a tal fine tra debitore civile e debitore commerciale. In Italia, invece, solo con una più recente evoluzione della legge fallimentare si è superata la separazione esistente (nonostante le critiche di Cesare Vivante e di Gustavo Bonelli) tra gli effetti dell'insolvenza civile e quelli dell'insolvenza commerciale, sì che procedure concorsuali si applicano ora ad ogni tipo di attività economica.

Oltre all'esigenza di mantenere il più possibile in vita le organizzazioni produttive, il sistema capitalistico ha anche, più in generale, l'esigenza che il flusso di attività finanziarie per lo sviluppo delle loro attività sia costante e, anzi, si accresca continuamente.

Di qui l'incentivo alla partecipazione al finanziamento delle imprese da parte del più largo numero di persone e la previsione di strumenti che rendano più agevole e sviluppino il credito ai consumatori e utenti.

Di qui rimedi al fine di non escludere definitivamente dal mercato il debitore caduto in stato d'insolvenza, ma al contrario di favorirne opportunamente il reinserimento.

Le procedure nei confronti dei debitori insolventi perdono i loro connotati punitivi, che sono definitivamente limitati ai soli casi di violazione di norme penali. Lo stesso stato d'insolvenza è qualificato nel caso dei consumatori solo come un "*souvraindebitamento*", cioè una eccedenza di passività temporanea rispetto alla loro normale situazione, che è quella di essere indotti dal *marketing* di produttori e distributori alla continua domanda di beni e servizi spesso superflui, e di essere perciò in uno stato perenne di più o meno solvibili debitori.

Negli Stati Uniti si sono adottate normative più decisamente volte a mantenere la partecipazione al mercato del consumatore di beni o utente di servizi, nonostante eventuali difficoltà di far fronte regolarmente ai debiti che su di lui gravano a causa di tale partecipazione. Per il consumatore insolvente è prevista dal *Chapter 7* del *Bankruptcy Code* la procedura di *discharge*, cioè la cessione dei pro-

pri beni e la cancellazione dei debiti pregressi, che consente una *fresh start*, in sostanza il rientro del debitore nel sistema economico.

Questo procedimento tipicamente individualista e funzionale al mercato, è in linea con la assenza o limitata presenza negli Stati Uniti di un sistema di assicurazioni sociali, che caratterizza, invece, in Europa il *Welfare State*.

In definitiva, queste misure sono espressione della medesima concezione che considera l’uguaglianza realizzata con l’attribuzione formale a tutti di parità di diritti e che ritiene comunque fisiologica la presenza nel sistema di un certo grado di disuguaglianze in quanto contribuiscono al suo indispensabile dinamismo.

L’ordine giuridico del sistema capitalistico definisce i suoi paradigmi muovendo dai postulati del liberismo economico e della razionalità delle scelte individuali, asseriti espressamente o implicitamente presupposti nei suoi principi e nei suoi fini.

Nella versione delle dottrine più estremiste, l’ordine giuridico non mira alla giustizia, ma all’efficienza economica, o meglio la giustizia è valutata con il criterio della efficiente allocazione delle risorse.

La visione del sistema capitalistico come foriero di benessere attraverso la presenza di relative disuguaglianze dei suoi partecipanti ha così finito per assumere carattere addirittura mitico.

Lo sviluppo economico che si è realizzato dal finire dello scorso fino all’inizio di questo secolo aveva favorito questa visione ottimistica del sistema, che aveva avuto il suo suggello politico con la conferenza di Detroit del 1953. La sua formulazione teorica può trovarsi in una tesi, la c.d. *curva* di Simon Kuznets (*Economic Growth and Income Inequality*, in *The American Economic Review*, 1955), che ha alimentato il mito per cui il capitalismo fondato sul principio della libertà degli scambi nei mercati porta non solo all’incremento della ricchezza, ma anche alla sua equa distribuzione secondo i meriti e talenti di ognuno (“*Growth is a rising tide that lifts all boats*”).

L’esperienza delle recenti crisi del sistema ci ha dimostrato la fallacia di questa visione. L’ipertrofico e globale sviluppo dei mercati finanziari ha avuto effetti distorsivi sull’economia reale. L’adeguamento alle condizioni di lavoro è stato arduo per intere categorie di persone, paradossalmente proprio a causa degli straordinari sviluppi della tecnologia. L’ondata delle immigrazioni ha reso drammatica l’integrazione sociale nei paesi occidentali e ha favorito l’insorgere di conflitti e alimentato chiusure nazionalistiche.

3. *L'accrescimento delle disuguaglianze e lo scivolamento verso la povertà assoluta*

La crisi economica e finanziaria che abbiamo di recente vissuto e le sue drammatiche conseguenze ci hanno dimostrato, sulla scia delle ricerche e dell'opera seminale di Thomas Piketty (*Le Capital au XXI^e Siècle*, Paris 2014; *Capital et idéologie*, Paris 2019), che in un sistema capitalistico di mercato l'incremento del reddito da capitale (la rendita) è superiore a quello del reddito da lavoro (la produttività) e che, pertanto, crescendo il capitale, le disuguaglianze economiche e sociali sono destinate non a ridursi, ma ad accrescersi.

Non risulta affatto vero, in particolare, che l'incremento del reddito da capitale di alcuni porti la loro maggior ricchezza a "sgocciolare" (*trickle down*) in modo significativo a beneficio dei non abbienti.

Il coefficiente di Gini, che misura la disuguaglianza nella distribuzione del reddito, conferma questa analisi. Negli anni più recenti c'è stato un significativo incremento del coefficiente negli USA e in Europa (in particolare in Italia e in Germania) e il c.d. "ascensore sociale" ha ridotto il suo funzionamento (sorprendentemente più negli Stati Uniti che in Europa).

Per chi viene da una situazione familiare disagiata si sono drammaticamente ridotte le opportunità di ottenere un grado di istruzione adeguato e di accedere alle nuove tipologie di lavoro offerte dallo sviluppo tecnologico, che ha reso obsolete le attività tradizionalmente svolte da persone di classe e di istruzione medio-bassa. Ai giovani in particolare vengono offerti lavori ripetitivi, privi di prospettive di qualificazione e di miglioramento. Di conseguenza, alla luce degli indici dell'UNDP, per un numero crescente e importante di persone la partecipazione alla vita economica e sociale rischia di diventare sempre più marginale e di non consentire una vita dignitosa.

Questa situazione si trasforma sempre più spesso da "povertà relativa" in "povertà assoluta".

Le prospettive in Italia, come e forse ancora più marcatamente che negli altri paesi europei, sono quelle di uno scivolamento verso il basso piuttosto che di una risalita verso l'alto.

I dati più recenti ci rivelano che in Italia è aumentato il numero delle famiglie in situazione di "povertà relativa" (3 milioni di famiglie

– pari all’11,8% del totale, cioè circa 9 milioni di persone – pari al 15% del totale della popolazione), ma che è aumentato soprattutto il numero di famiglie in situazione di “povertà assoluta” (in Italia 1,8 milioni di famiglie – pari al 7% del totale, cioè circa 5,4 milioni di persone – pari all’8% del totale della popolazione).

Sono dati che, pur se si deve tener conto della significativa presenza nel nostro paese di una economia sommersa (purtroppo anche alimentata dalle attività della criminalità organizzata) che rende di fatto meno pesante la situazione, rivelano comunque una realtà drammatica, che conferma le carenze del sistema capitalistico e i limiti degli strumenti che il suo ordine giuridico ha finora implementato per il governo dell’economia e della società.

Non basta sollecitare regole di correttezza e di trasparenza che assicurino una *fairness* di trattamento a tutti coloro che esercitano i loro diritti individuali. Né si tratta più di intervenire nei casi, considerati eccezionali, di “*market failures*”.

Neppure è sufficiente predisporre rimedi soltanto per chi è rimasto indietro accidentalmente, ma si ritiene che possa rientrare nel sistema.

Né, infine, si può ritenere che la soluzione per chi è totalmente emarginato e non riesce neppure ad accedere ai rimedi funzionali al sistema, possa venire da attività di solidarietà, individuali o collettive, che, pur meritorie, restano però del tutto fuori da esso.

Le conseguenze drammatiche del sistema capitalistico e la sua incapacità di risolverle con gli strumenti predisposti dal sistema stesso impongono un intervento più drastico.

Occorre ripensare le finalità e gli strumenti del sistema economico e riformare il suo ordine giuridico in modo che la questione delle disuguaglianze non sia considerata estranea ad esso, ma sia posta al suo centro.

4. *Che fare?*

La povertà, assoluta o relativa, offende la dignità umana e la dignità nella nostra società e nel nostro ordine giuridico (costituzionale) costituisce un valore in assoluto non bilanciabile o, comunque, certamente non bilanciabile rispetto a una pretesa utilità sociale dell’efficienza economica.

Il sistema economico sociale e il suo ordine giuridico non solo non possono ignorare l'impatto delle disuguaglianze, ma non possono neppure correttamente funzionare se non si fanno carico del compito di porre ad esse rimedio almeno nei limiti in cui queste non risultino offensive per la dignità umana.

Il che non significa soltanto che il sistema economico sociale e il suo ordine giuridico non devono poter consentire che gli emolumenti mensili del CEO di una società quotata negli USA giungano ad essere mediamente 343 volte il salario di uno dei suoi dipendenti, ma significa anche che il sistema economico sociale deve poter offrire a tutti i cittadini condizioni di salute, di istruzione e di lavoro che consentano loro una vita dignitosa.

Insomma, per poter costituire una risposta alle sfide poste dal nostro tempo, il sistema economico e il suo ordine giuridico devono essere riformati nella misura necessaria per risolvere la questione della povertà.

In questa direzione sembrano essere indirizzati quegli interventi come l'attribuzione di un c.d. "reddito di cittadinanza" o in precedenza di un c.d. "reddito di inclusione" in Italia, e di un *revenu de solidarité active* in Francia, o altri simili strumenti adottati in tutti gli altri paesi europei, in cui è presente una finalità non solo assistenziale, ma anche di recupero sociale delle persone che sono sull'orlo dell'esclusione e della totale emarginazione.

Si è già previsto, poi, in molti di questi paesi e in altri è allo studio, il riconoscimento di un salario minimo quale misura che, laddove esista un rapporto di lavoro, assicuri che il suo compenso consenta i fondamentali elementi di una vita dignitosa.

I limiti degli strumenti previsti per tali finalità e, soprattutto, gli ostacoli che il sistema comunque frappone a esse, hanno finora reso non risolutivi questi interventi.

Sono ostacoli basati su rilievi che, con una visione miope, coltivano l'illusione di poter continuare a ragionare sulla base di postulati teorici travolti dalla recente storia. Del tutto inconferente è, invero, il rilievo critico per cui le risorse destinate a finanziare il reddito di cittadinanza potrebbero essere allocate in modo più efficiente a settori economici produttivi. Il reddito di cittadinanza e altri simili strumenti non hanno la finalità di incrementare la domanda di consumi e, quindi, indirettamente anche l'attività produttiva. Il reddito di cit-

tadinanza ha esattamente la diversa e ormai indispensabile funzione di riparare ai difetti e ai limiti del sistema fondato su questa visione efficientista.

La soluzione o almeno un avvio di soluzione della questione della povertà richiederà non solo il superamento di questi ostacoli, ma anche ulteriori interventi strutturali direttamente sui punti fondamentali del sistema e riforme del suo ordine giuridico.

Aperta in merito è la discussione, che riflette diverse impostazioni ideologiche, e diverse sono le strade che si possono percorrere.

Da un lato, quelle che propongono interventi sulla struttura organizzativa, l’attività e la finalità stessa dell’attività d’impresa che superino il paradigma della *shareholders’ primacy* e, tenendo conto della sostenibilità, coinvolgano le persone e le comunità interessate ovvero siano volti a realizzare (anche) finalità *no profit*, e, d’altro lato, quelle del c.d. terzo settore, che auspicano invece più radicali interventi verso nuove forme di proprietà comune e di cooperazione.

Infine anche le strade che propongono interventi pubblici, finanziati dai mercati ma anche per mezzo di imposte sul patrimonio, per incrementare gli elementi necessari per una vita dignitosa: l’istruzione e la formazione professionale, la riconversione e l’avviamento alle nuove tipologie di lavoro e la tutela della salute.

Queste diverse strade non sono necessariamente alternative.

Tutte, anche quelle meno radicali, richiedono riforme, che non lascino la povertà come una sgradevole, ma ineliminabile questione fuori dalle regole di funzionamento del sistema economico, ma tendano a realizzare strumenti per la sua integrazione nel sistema. Ciò comporta il cambiamento profondo dei suoi attuali principi e paradigmi fondamentali.

La pandemia, improvvisamente scoppiata soprattutto nei paesi più economicamente sviluppati, ha inciso drammaticamente sulla prospettiva di queste riforme. La questione della povertà è entrata prepotentemente e definitivamente nel quadro del sistema. Il dogma liberista, secondo cui il mercato funziona autonomamente, ignorando che anche il mercato funziona in base a regole eteronome, e che ha già mostrato il suo fallimento con la crisi del 2008, è incapace di risolvere la questione.

L’intervento pubblico in stile keynesiano, urgentemente evocato e invocato, potrà soltanto dare temporaneo sollievo se non verrà

operato nel contesto di una considerazione della natura dei beni pubblici ovvero sociali o comuni, e delle modalità di loro definizione, gestione e fruizione in una presa di coscienza della necessità di tutela dell'ambiente. In questa direzione sembrano volti gli interventi finalmente adottati in sede europea per finanziare una ripresa basata su obiettivi economici e sociali innovativi.

Anche rispetto a queste prospettive resta fondamentale l'esigenza di tutelare la dignità umana. Utile è, invero, ricordare la lezione morale di uno studioso che aveva saputo vedere la realtà del nostro sistema economico. *“Cosa può importare – scriveva Federico Caffè – se determinati servizi siano o non siano in pareggio! ... Quando si attaccano i servizi sociali non ci si rende conto del guadagno realizzato da tutta la collettività”*. E ancora *“Il pieno impiego – o, come diremmo oggi, il riconoscimento di un reddito minimo per tutti – non è soltanto un mezzo per accrescere la produzione e intensificare l'espansione, ma è un fine in sé – i suoi vantaggi vanno considerati sul piano produttivo, ma anche e soprattutto sul piano della dignità umana”*.

Per sottolineare la distanza, anzi l'estraneità, della povertà rispetto al commercio, e dunque al diritto commerciale, il prof. Libonati era solito ricordare, nella lezione introduttiva del corso, che San Francesco manifestò pubblicamente la scelta di vivere in povertà spogliandosi non già, genericamente, dei vestiti, ma delle vesti di commerciante, da lui fino a quel momento indossate sulle orme del padre, che, appunto, esercitava la professione di mercante.

Proprio in quanto diritto della ricchezza, il diritto commerciale non regola, e non conosce, la povertà, se non quella, per dir così, sopravvenuta: non il *povero*, insomma, quanto semmai, ed al più, l'*impoverito*; è proprio questa l'immagine restituita, ad esempio, dalla regola che impone al giudice delegato di limitare l'acquisizione al fallimento delle retribuzioni del fallito entro "quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia", tenendo conto delle rispettive condizioni personali, e, soprattutto, di quella che consente al medesimo giudice delegato di concedere al fallito "un sussidio a titolo di alimenti per lui e per la famiglia" nell'ipotesi in cui a costui siano venuti "a mancare i mezzi di sussistenza", escludendo nel contempo, ma solo fino all'esaurimento della liquidazione delle restanti attività, la sottrazione della casa di abitazione del fallito a tale uso (artt. 47 e 48 l. fall. e artt. 146 e 147 cod. crisi). D'altra parte, sono appunto le cause dell'impoverimento a venire in considerazione nella norma che sanziona penalmente, con il reato di bancarotta semplice, il fallito, ormai appunto impoverito, che, in tempi evidentemente migliori, "ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica" o comunque "ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti" (art. 217 l. fall. e art. 323 cod. crisi): un'ottica, questa del legislatore penale, ovviamente tutta rivolta ad un passato, ad una ricchezza ormai perduta, anzi ormai dilapidata, sulla quale si posa uno sguardo severo, ben diverso da quello, senz'altro benevolo, di recente adottato da diversi legislatori nazionali, tra i quali il nostro, come pure da quello europeo, con la serie di discipline volte a concedere, mediante l'esdebitazione, una seconda opportunità al so-

vraindebitato, come, con terminologia finanziaria, e solo apparentemente asettica, si indica, ancora una volta, l'impoverito (non anche il povero, che, non avendo mai goduto di alcuna fiducia, di alcun credito, non ha ragionevolmente avuto nemmeno l'occasione di indebitarsi), inaugurando la tendenza a vedere nella povertà una sorta di stato transitorio, di pausa, si direbbe, auspicabilmente breve, tra due situazioni quantomeno di benessere, se non di vera e propria ricchezza.

Ciò non toglie che sia proprio nella povertà che affonda le radici un istituto, e prima ancora una operazione, sempre più centrale nella vita economica, e dunque anche nel diritto commerciale, vale a dire quella di *finanziamento* (al quale era forse non a caso dedicato il precedente incontro): radici, tuttavia, dapprima occultate, e poi del tutto recise, all'esito, come si è avuto modo di osservare in un lavoro dedicato a Francesco Guizzi, di un completo capovolgimento assiologico del fenomeno che, originariamente diretto a sovvenire un bisogno, risulta ora utilizzato in funzione prevalentemente lucrativa, cioè come strumento di guadagno per il finanziatore.

Il finanziamento rappresenta infatti una operazione strutturalmente unilaterale, caratterizzata non tanto, come la dottrina, almeno italiana, è solita sostenere, dall'elemento, logicamente positivo, della dilazione, ma dalla circostanza, logicamente negativa, che alla prestazione di un determinato valore da parte del finanziatore a favore del finanziato non corrisponde alcuna contestuale prestazione da parte del secondo a favore del primo: per un verso, infatti, è solo muovendo da una tale definizione che appare possibile qualificare come finanziamenti anche quelli c.d. a fondo perduto, dei quale non è in vero prevista alcuna restituzione, l'operazione esaurendosi integralmente nell'esecuzione dell'unica prestazione. Per altro verso, solo se inteso in questi termini il finanziamento può essere distinto dallo scambio, o, meglio, e più radicalmente, ad essere ad esso logicamente contrapposto, in quanto, appunto, *atto di non scambio*: non solo, infatti, le operazioni in cui alla prestazione di una parte corrisponde la contestuale controprestazione dell'altra si prestano, come è ovvio, ad essere definite in termini di scambio (uno scambio senza controprestazione risolvendosi, all'evidenza, in una contraddizione in termini, a differenza del finanziamento, che resta tale, come detto, anche in assenza di restituzione); ma, qualora il destinatario di una

prestazione debba bensì effettuare una controprestazione, in un momento tuttavia successivo alla prima, la vicenda finisce per assumere la forma, ibrida, di *scambio a credito*: di vicenda, cioè, nella quale la funzione di finanziamento si innesta, arricchendola, in un'operazione di scambio.

In questa prospettiva emerge con chiarezza un profilo che ricorre spesso nelle discussioni in tema di povertà, quello, cioè, della *diseguaglianza* tra le parti dell'operazione: diseguaglianza che vale anch'essa, questa volta in una dimensione soggettiva, a caratterizzare il finanziamento e a distinguerlo dallo scambio.

I protagonisti dello *scambio*, infatti, si pongono su di un piano di reciproca parità, assumendo ciascuno un ruolo uguale e contrario rispetto all'altro, quello cioè di acquirente di un bene, o, più in generale, di una risorsa, e di alienante dell'altra: sul presupposto, allora, che entrambi risultino, tanto anteriormente quanto successivamente all'operazione, titolari di risorse (tra loro qualitativamente diverse), che si tratta, appunto, di scambiare; a sua volta, è appunto, e soltanto, alla luce di siffatta *uguaglianza formale* tra i soggetti dello scambio che si giustifica la regola della tendenziale libertà della fissazione dell'equilibrio di scambio: la scelta cioè di affidare, in via di principio, all'autonoma determinazione delle parti l'individuazione del prezzo o, più in generale, del rapporto tra le quantità delle risorse coinvolte dall'operazione.

Al contrario, la struttura unilaterale, nel senso cronologico sopra indicato, del *finanziamento* esprime la *diseguaglianza formale* che contraddistingue, anche terminologicamente, finanziatore e finanziato: mentre il primo ha a propria disposizione risorse delle quali risulta attualmente in grado di privarsi, almeno per un periodo di tempo, il secondo non solo non dispone delle risorse di cui attualmente necessita, ma non appare nemmeno in condizione di procurarsele attraverso uno scambio, perché addirittura sprovvisto di risorse, o perché le risorse di cui dispone sono destinate a soddisfare necessità primarie, come nel caso, per riprendere un esempio agostiniano (*Serm.*, 239, 4, 5), della casa di abitazione (alla quale peraltro si è già avuto modo di fare cenno).

Siffatta diseguaglianza non soltanto comporta, per ragioni uguali e contrarie a quelle sottolineate a proposito dello scambio, l'istituzionale inattendibilità dell'accordo raggiunto tra le parti in or-

dine alla determinazione della misura della remunerazione, in forma di interessi, da riconoscersi al finanziatore: e cioè a colui che, all'atto della concessione del finanziamento, ricopre, almeno da un punto di vista formale, una posizione di forza; ma, prima ancora, e più radicalmente, induce, come si anticipava, a riconoscere all'operazione una *funzione di sovvenzione* a favore del finanziato, e dunque una natura, per così dire, tendenzialmente "liberale", al punto da consentire di individuare in quello a fondo perduto la forma più autentica di finanziamento: il che, se non vale a rendere la previsione di una remunerazione di per sé addirittura incompatibile con tale funzione, solleva comunque l'esigenza che il carattere oneroso dell'operazione (dipendente dalla previsione del diritto del finanziatore di ottenere una prestazione aggiuntiva rispetto alla restituzione di quella a suo tempo effettuata, il finanziamento configurandosi invece come gratuito qualora l'obbligo del finanziato si esaurisca in siffatta restituzione) risulti contenuto in termini tali da non snaturarne il significato.

Tutto ciò, allora, impedisce non soltanto di considerare gli interessi in termini di una sorta di "prezzo", e cioè di "corrispettivo", della prestazione effettuata dal finanziatore, trattandosi piuttosto, e soltanto, di una specifica forma di "remunerazione" della stessa, peraltro alternativa ad altre forme di remunerazione, come quella rappresentata, ad esempio, dagli "utili": ma, prima ancora, di ricostruire il finanziamento in termini di scambio tra la prestazione del finanziatore e quella, eventuale (ma comunque non contestuale), del *finanziato*; d'altra parte, proprio nella considerazione di quest'ultimo come soggetto istituzionalmente e tipicamente non solo debole, ma *bisogno*, ancorché non necessariamente indigente (situazione, quella di indigenza, alla quale la giurisprudenza costituzionale ha in più occasioni mostrato di accordare una specifica rilevanza, fin dalla sent. n. 519/1995, pres. Mauro Ferri, rel. Francesco Guizzi, con la quale si è esclusa la punibilità della mendicizia non invasiva: e v. pure, tra le altre, la motivazione della sent. n. 359/2010), deve rinvenirsi la ragione ultima, etica ed al contempo economica, della tendenza, se non addirittura ad escludere la produttività del capitale dato a prestito, a porre comunque limiti massimi alla misura degli interessi, ed anzi a sanzionare il loro superamento non solo civilmente, attraverso la nullità della relativa pattuizione, ma anche penalmente mediante le

norme in materia di usura, che presupponevano, e in parte continuano a presupporre, lo stato di bisogno del sovvenuto: esigenze, queste, in vero non estranee allo scambio, per quanto circoscritte nei limiti segnati dalla disciplina, strutturalmente diversa, ma in fondo funzionalmente analoga, della rescissione.

D'altro canto, il medesimo significato "liberale", e per dir così altruistico, dell'operazione richiede di circondare di particolari cautele la stessa decisione di concedere il finanziamento, a tutela, questa volta, del finanziatore, in modo da garantire la spontaneità della volontà in tal senso manifestata: un'esigenza, questa, avvertita in ordine a tutti gli atti liberali, seppure soddisfatta attraverso tecniche nei vari casi tra loro diverse; mentre in materia di donazione si richiede che la manifestazione di volontà del donante sia accompagnata dall'osservanza di forme solenni, nel caso del finanziamento si valorizza invece il ruolo della consegna, e cioè della concreta esecuzione della prestazione, ridimensionandosi, parallelamente, la portata della mera espressione della volontà di effettuarla, ed in particolare riconoscendosi all'impegno a concedere un finanziamento (come più in generale alle promesse unilaterali) un valore vincolante ridotto, insufficiente, cioè, a permetterne l'esecuzione in via coattiva, e idoneo a far sorgere al più, in capo al promittente, una sorta di responsabilità da affidamento, allora circoscritta al c.d. interesse negativo: ed è proprio in questo senso, ed in questi limiti, che la realtà, tipica dei contratti restitutori, si arricchisce, in ordine a quelli di finanziamento, di un significato ulteriore, si direbbe tipologico, e proprio per ciò indisponibile da parte dell'autonomia negoziale.

L'originaria caratterizzazione del finanziamento in termini di sovvenzione a favore di un soggetto, o meglio di una persona, che versa in stato di bisogno ha finito per modificarsi profondamente, ed anzi per capovolgersi, in relazione al *finanziamento concesso a favore di un'impresa*, e cioè di un organismo destinato a produrre nuova ricchezza: in questo ambito, infatti, la relativa operazione perde, oltre al connotato di eccezionalità, quantomeno statistica, che in via di principio la caratterizza, o meglio la caratterizzava, rispetto al consumatore, e più in generale al debitore civile, dal momento che l'iniziativa imprenditoriale necessita, in quanto tale, di finanziamenti, anche, e prima ancora, la stessa funzione di sovvenzione, e per assumere un significato invece *speculativo* (anche, si noti, nell'eventualità in cui

essa si configuri, formalmente, come a fondo perduto, come ad esempio accade nell'ipotesi di versamenti soci).

Le peculiarità del finanziamento all'impresa, che valgono a privare l'operazione dell'originaria connotazione "liberale", emergono del resto in forma per così dire estrema nell'ipotesi in cui si tratti di *impresa organizzata in forma societaria*: in questo caso, infatti, il sovvenuto, e cioè la società, non solo è "artificialmente" creato da una specifica categoria di finanziatori, i soci, ma si presta ad essere da loro distinto solo formalmente, e non anche sostanzialmente; a sua volta, l'identità che, sul piano appunto sostanziale, è dato in tal caso rinvenire tra finanziatori e sovvenuto, e dunque tra soci e società, nello stesso momento in cui consente di configurare la struttura della relativa operazione in termini di *auto-finanziamento*, e cioè, tecnicamente, di *investimento*, rende plasticamente evidente l'impossibilità logica di riconoscerle una pur marginale funzione di sovvenzione: mancando, appunto, un soggetto "bisognoso" da sovvenire.

In questo diverso ambito, si assiste ad un completo capovolgimento della valutazione degli interessi in gioco e, più radicalmente, ad una profonda modificazione del loro contenuto: in relazione al finanziamento all'impresa, infatti, non soltanto vengono del tutto meno le originarie istanze di tutela del sovvenuto, ma ne sorgono di nuove, per certi versi ad esse opposte; se infatti si considera che la possibilità di restituzione del finanziamento concesso all'impresa dipende fondamentalmente dalla capacità di quest'ultima di produrre in concreto nuova ricchezza, appare chiaro che anche i finanziatori risultano in quanto tali esposti, per quanto indirettamente, al rischio di impresa, della quale, tuttavia, non sempre risultano in grado di controllare, o financo di conoscere, l'andamento: il che fa sorgere allora l'esigenza di tutelare innanzitutto il finanziatore, in quanto appunto creditore di impresa, e l'"affidamento" da costui riposto nelle potenzialità reddituali di quest'ultima, dalle quali in vero dipende la stessa possibilità di ottenere la restituzione del finanziamento.

L'istituzionale diseguaglianza tra finanziatore e sovvenuto, che come detto caratterizza l'originaria configurazione dell'operazione di finanziamento, distinguendola da quella di scambio, si riscontra dunque anche nell'ambito del finanziamento all'impresa, in ordine al quale tuttavia essa si riproduce non solo in termini per certi versi capovolti, ma nella forma, del tutto inedita, di *asimmetria informativa*:

in tal caso, infatti, per un verso a presentarsi come parte “debole” non è il sovvenuto, e cioè l’impresa, ma, come detto, il finanziatore; e, per altro verso, la disparità di posizioni risulta fondata sul diverso grado di disponibilità non già di risorse, ma appunto di informazioni: ed è proprio in questa prospettiva che si prestano ad essere tra loro contrapposti, in primo luogo, i finanziatori “esterni” all’impresa, e cioè i creditori, a quelli ad essa “interni”, e cioè i soci, vale a dire gli investitori, e poi, nelle forme più sofisticate di organizzazione dell’impresa, soprattutto di significative dimensioni, i soci di maggioranza, o comunque di controllo, a quelli di minoranza, oltre che ai creditori, ed infine, nei mercati finanziari, i c.d. *insiders*, indipendentemente dalla veste giuridica in concreto ricoperta, al mercato complessivamente considerato.

Quanto si viene dicendo non impedisce, del resto, di cogliere comunque, ma più in profondità, e segnatamente nella dimensione del *lavoro* e della destinazione dei suoi frutti, una linea di continuità, e proprio sul piano delle esigenze di tutela, tra l’operazione, micro-economica, di finanziamento e l’ambito, macro-economico, del *mercato finanziario*: un tema, quello del lavoro, anch’esso più volte evocato nei discorsi in tema di povertà.

Si consideri, infatti, che la tutela apprestata, in una dimensione appunto micro-economica, al sovvenuto, in quanto soggetto “bisogno”, attraverso il divieto di praticare tassi usurari era diretta, in ultima analisi, ad impedire una sistematica spoliazione da parte del finanziatore delle risorse che il primo si sarebbe procurato attraverso lo svolgimento di attività remunerate, cioè dei frutti del suo *lavoro futuro*: ad evitare cioè il rischio che il finanziato si veda costretto a lavorare a vantaggio del finanziatore, e che dunque lo stesso finanziamento, da aiuto al bisognoso, finisca per diventare non già rimedio, ma causa, di ulteriore e più grave povertà, se non addirittura di una sorta di riduzione in schiavitù; d’altro canto, nei mercati finanziari ad assumere la posizione di soggetto debole, in quanto istituzionalmente privo delle necessarie informazioni, non è tanto il singolo finanziatore, ma il *pubblico dei risparmiatori*: ed è proprio il risparmio, o meglio il pubblico risparmio, vale a dire, in una prospettiva appunto macro-economica, il complesso delle risorse ricavate dal lavoro e non consumate, a rappresentare, in attuazione dell’art. 47 Cost., l’oggetto costante di tutela da parte di una serie sempre più

numerosa di discipline (come peraltro emerge testualmente dalla stessa intitolazione di taluni provvedimenti legislativi), dirette, in particolare, ad evitare una sistematica spoliazione dei frutti del *lavoro passato* (ciò che appare particolarmente evidente nel caso dei fondi pensione): che cioè il risparmiatore, al momento di godere i frutti del proprio lavoro, si ritrovi ad aver lavorato, inconsapevolmente, per altri, e cioè per colui a cui ha affidato i suoi risparmi.

Tutto ciò, a sua volta, consente di instaurare un parallelismo tra le esigenze di protezione del bisognoso e, rispettivamente, del risparmiatore, non tanto e non solo sotto il profilo, generico, della debolezza, bensì, come si diceva, in relazione alla specifica dimensione del lavoro: e può non essere del tutto casuale, in questa prospettiva, l'abitudine ad individuare il risparmiatore, o, meglio, il fondo pensione per antonomasia, nella vedova scozzese, laddove proprio la vedova, in quanto privata dei frutti del lavoro del marito, ha tradizionalmente rappresentato (al pari dell'orfano) il prototipo del soggetto bisognoso.

Il discorso si presta ad essere ulteriormente ampliato, estendendo la visuale dalla dimensione macro-economica a quella, per dir così macro-politica, delle *relazioni internazionali*: a ben vedere, infatti, è nel rapporto tra paesi industrializzati e paesi in via di sviluppo e del terzo mondo, nei quali la povertà si presenta nelle forme più crude e più tragiche, che si trova riprodotta, su scala planetaria, ed in termini questa volta pressoché analoghi a quelli originari, quella stessa disparità di posizione economica che, come detto, caratterizza l'operazione di finanziamento, e che rappresenta il presupposto economico e, al contempo, il fondamento etico della sua disciplina giuridica; ed è in vero proprio dall'analisi della *disciplina del finanziamento*, a conferma della sua persistente vitalità e fecondità, che deve allora prendere le mosse qualsiasi tentativo di adeguare la regolamentazione, e la gestione, delle relazioni finanziarie tra “mondi” diversi al rispetto di principi, quelli appunto del finanziamento, che, al di là della forma, giuridica, etica, o religiosa, di volta in volta assunta, hanno storicamente svolto, e continuano a svolgere, coerentemente come detto alla loro vocazione originaria, un ruolo culturalmente insostituibile: quello di costante *paradigma normativo* di ogni *rapporto economico tra diseguali*.

À propos de la pauvreté dans l'histoire des doctrines économiques. Relire Jean De Sismoni

Yves Gaudemet

Très beau thème choisi par notre collègue Vincenzo Cerulli-Irelli; mais qui, je l'avoue, m'a d'abord plongé dans la perplexité. C'est que la pauvreté est partout, sous tous ses aspects, dans un dialogue ou une opposition permanent avec la richesse. Plutôt que d'en dresser un catalogue, je me bornerai à quelques citations références qui en manifestent l'ubiquité et la pluralité de sens.

À tout seigneur tout honneur, je commencerai par l'Écriture. «Bienheureux les pauvres d'esprit» nous disent les Béatitudes, s'entendant de ceux qui ont l'esprit de pauvreté. Tout différemment de la pauvreté au sens matériel, celle qui, selon l'admirable prière d'Agar au Livre de la Sagesse, n'est pas plus recommandable que la richesse: «Seigneur, ne me donne ni pauvreté ni richesse; accorde-moi le pain qui m'est nécessaire. De peur que, dans l'abondance, je ne te renie et ne dise: qui est l'Éternel ? De peur aussi que, dans la pauvreté, je ne sois entraîné au vol et ne déshonore le nom de mon Dieu»¹.

Franchissons les siècles et constatons que cette modération, cette mesure qui est celle des deux héritages qui ont construit l'Europe, la pensée hébraïque et la philosophie grecque, n'est plus de mise aujourd'hui. La pauvreté est un mal, un mal absolu, dont on déplore les effets et dont on dénonce la cause, l'excessive richesse des uns au détriment des autres.

La pauvreté est partout, vécue pour elle-même ou comme un état de comparaison, appelant considération, sollicitude et réparation. Elle est bien sur la pauvreté économique, mais aussi la pauvreté psychologique, sociale, culturelle, intellectuelle, par handicap, par solitude, etc.

Elle n'est pas le propre des personnes physiques. Il est des Nations pauvres, économiquement certainement, peut-être aussi pauvres en espérance et bonheur, puisqu'on a inventé un indice pour mesurer cela. Il est des personnes publiques pauvres; et nos universités, aujourd'hui, chers collègues, en font hélas partie.

¹ *Livre des Proverbes*, XXX, 8-9.

Autrement dit, le petit parcours très désordonné auquel je me suis livré, à travers les siècles et à travers les formes de la pauvreté, ne m'a pas permis de mieux identifier mon sujet. Du coup j'y retrouve toute liberté pour en choisir la matière et surtout le parcours qui m'a mené à l'histoire et plus précisément à l'histoire des doctrines de ce que l'on appelait encore dans les années 70 l'économie politique.

* * *

Historiquement, l'économie politique aborde la pauvreté dans son rapport avec la richesse, rapport à la fois dialectique et d'opposition, et rapport de causalité. Il y a des pauvres parce qu'il y a des riches, en terme de comparaison parce qu'on est toujours le pauvre ou le riche d'un autre. Mais il y a des pauvres parce qu'il y a des riches et que l'accaparement de la richesse crée la pauvreté; c'est là une relation causale: le riche est l'ennemi du pauvre parce que c'est la richesse qui fait la pauvreté.

La question de la pauvreté, ainsi considérée en termes économiques et comme un mal qui appelle remède, m'a renvoyé à Sismondi, auteur aujourd'hui un peu oublié et qui ne fut pas qu'un économiste, et à son analyse de la pauvreté, déjà novatrice à l'époque mais qui, me semble-t-il, n'a pas perdu de son actualité².

On sait que Sismondi, d'abord disciple d'Adam Smith et de Ricardo et qui s'est toujours revendiqué libéral, s'est écarté de ces auteurs à partir de 1819 avec la publication de ses *Nouveaux principes d'économie politique* dont le titre complet est «*De la richesse dans ses rapports avec la population*», ouvrage qui fera date et que prolongeront, 15 années plus tard, ses *Etudes sur l'économie politique*.

Sismondi met la question de la richesse et de la pauvreté au centre de sa réflexion. Il s'en saisit comme constituant des objets d'étude économique et place l'analyse de leurs rapports sur le terrain des doctrines économiques (on ne disait pas encore science économique et Sismondi s'est toujours défendu d'être saint-simonien). En cela déjà sa démarche tranche avec celle d'Adam Smith, ce qui,

² De la même façon, la présentation de Sismondi dans l'ouvrage *d'Histoire des doctrines économiques* de Charles Gide et Charles Rist en 1909 (éd. Sirey) reste très actuelle. On s'y est référé dans certains des développements qui suivent.

d'ailleurs, lui vaudra ces mots assez durs de J.B. Say: «Monsieur de Sismondi nomme l'économie politique *la science qui se charge de veiller au bonheur de l'espèce humaine*. Il a sans doute voulu dire: la science que devrait posséder *ceux* qui se chargent de veiller au bonheur de l'espèce humaine; sans doute les gouvernants s'ils veulent être dignes de leurs fonctions doivent savoir l'économie politique, mais le bonheur de l'espèce humaine serait cruellement compromis si, au lieu de reposer sur l'intelligence et le travail des administrés, il reposait sur le gouvernement»³.

Mais surtout, la doctrine de Sismondi – d'ailleurs autant doctrine d'économie sociale que doctrine d'économie politique, Charles Gide en fait la remarque dans son Histoire des doctrines économiques – tranche par la détermination de son objet et par la méthode qu'elle propose.

Le propos premier de Sismondi, par une sorte de contre-point de l'intitulé de son ouvrage dont le titre désigne «la richesse», est bien la pauvreté et même, très concrètement – on y reviendra – l'état du pauvre. Si la pauvreté et la richesse entretiennent d'évidents rapports d'identification, de constitution et de contradiction, elles ne relèvent pas de la même approche; elles n'ont pas la même nature, pourrait-on dire, et n'appellent pas la même reconnaissance ni le même traitement.

C'est de la pauvreté qu'il faut partir: car ce n'est, comme l'écrit Sismondi, qu'après que les besoins du pauvre ont été satisfaits que commencent les droits du riche: «le pauvre acquiert par son travail et par son respect pour la propriété d'autrui des droits à un logement et à des vêtements propres et salubres; à une nourriture assez abondante, assez variée pour maintenir les forces et la santé... Ce n'est qu'après que toutes ces choses ont été assurées au pauvre sur le fruit de son travail que commencent les droits du riche. Ce n'est que le superflu, après qu'il a été pourvu à la vie de tous, qui forme le revenu de l'opulence»⁴.

Louis Blanc, à peu près à la même époque, ne disait pas les choses autrement⁵: «la bourgeoisie, en matière d'industrie, sacrifia

³ J.B. SAY, *Cours complet d'économie politique pratique*, tome 2, 551.

⁴ *Études sur l'économie politique*, tome 1, 273.

⁵ Louis BLANC, *Histoire de 10 ans (1830-1840)*, Paris, Pagnerre éd., 1841, 138 - Plus violent est plus exalté, dans le Faust de Gounod, le diable Méphistophélès chante

l'association à la concurrence, principe dangereux qui transforme l'émulation en une guerre implacable, consacre tous les abus de la force, tourmente le riche de désirs insatiables et laisse mourir le pauvre dans l'abandon... Augmenter la masse des biens sans tenir compte de la répartition, tel fut le résumé des doctrines économiques adoptées par le libéralisme. Elles étaient sans entrailles ces doctrines; elles éloignaient l'intervention de tout pouvoir tutélaire dans l'industrie; elle protégeaient le fort et laissaient l'existence du faible à la merci du hasard».

Le pauvre est au cœur de la réflexion de Sismondi; il s'identifie par les besoins qui sont les siens et la mesure de ceux-ci constitue, si l'on peut dire, le seuil au-delà duquel peuvent s'exprimer les droits du riche. C'est là une présentation à l'époque novatrice et qui le demeure. Elle se situe en marge sinon au rebours d'une démarche de caractère macro économique en termes de grands agrégats économiques et privilégie une réflexion que l'on a dit justement être d'économie sociale, sous-tendue par des considérations morales, des représentations de valeurs, qui interdisent de réduire la matière économique à une série de causalités quantifiées, modélisables et plus ou moins maîtrisables.

Sismondi s'écarte ainsi de l'école libérale pure. Alors que celle-ci considère que la croissance, en elle-même bénéfique, viendra du marché, que la concurrence est le meilleur état pour animer le marché et que l'intervention de l'État ne peut être qu'une sorte de pis allé de nature à troubler le fonctionnement du marché, Sismondi rejette cette démarche théorique qu'on dirait aujourd'hui de caractère macro-économique; il entend lui substituer une approche concrète; il reproche aux économistes de considérer les produits, la production, le cadre de la production, et non pas les hommes, ceux qui travaillent, ceux qui financent, ceux qui spéculent, ceux qui consomment, et tout spécialement ceux qui sont pauvres et qui le seront davantage demain; ceux qui profitent aussi et dont les besoins portent au superflu. Considérer la richesse en elle-même en l'oubliant

ainsi: «le veau d'or est toujours debout!... Pour fêter l'infâme idole, roi et peuple confondus, aux bruits sombres des écus, dansent une ronde folle autour de son piédestal... Le veau d'or est vainqueur des dieux! ... Il contemple, ô rage étrange, à ses pieds le genre humain se ruant le fer en main dans le sang et dans la fange brille où brille l'ardent métal! Et Satan conduit le bal, ...».

l'homme, très concrètement «le bien-être de l'homme», c'est le meilleur moyen de faire fausse route.

«Gardons-nous, écrit Sismondi, de la dangereuse théorie de cet équilibre qui se rétablit de lui-même. Un certain équilibre se rétablit, il est vrai, à la longue, mais c'est par une effroyable souffrance»⁶. C'est la voix de l'école réaliste et historique qu'on entend ainsi, reprochant aux libéraux et surtout à Ricardo d'égarer l'économie politique dans les voies sans issue de la théorie et de l'abstraction.

On sait que le contexte dans lequel se situe la réflexion de Sismondi est celui de l'apparition dans les grands centres de production de l'industrie manufacturière en plein développement d'une classe nouvelle et misérable, celle des ouvriers, alors que se construisent, au bénéfice de leur travail, d'immenses fortunes. C'est l'apparition du paupérisme dans un contexte également marqué par des crises de surproduction. «Le paupérisme et les crises économiques, tels sont les deux ordres de faits qui s'imposent à l'attention au moment même où la liberté économique célèbre ses premiers triomphes»⁷.

Sismondi, dans ce contexte, sans adhérer à l'idéologie socialiste dont il se défend toujours – et en cela il se sépare de Louis Blanc par exemple – cherche le remède au paupérisme – qu'il dénonce avec les mêmes accents passionnés que Louis Blanc, on l'a rappelé ci-dessus – dans une forme de modération du libéralisme, propre également selon lui à prévenir les crises.

On a dénoncé à l'époque ce qu'il y avait de sentimental dans ce système, et par la même, comme celui-ci manquerait à l'analyse scientifique et modélisable des grands agrégats économiques; et il est vrai que, dans la forme comme sur le fond, le subjectivisme, on pourrait presque dire le moralisme des écrits de Sismondi tranche avec l'appareil scientifique, objectivé et d'une certaine façon abstrait de Ricardo ou de Jean-Baptiste Say, lesquels d'ailleurs ne lui ont pas épargné leurs critiques.

Mais c'est aussi pour cela que Sismondi reste actuel: au moins autant que par la démarche qui est la sienne, par son choix de faire dans la réduction du paupérisme la finalité ultime de la pensée économique, celle qui justifie le marché comme celle qui doit guider l'État s'il intervient. Ce sont des considérations d'économie sociale, on

⁶ *Nouveaux principes d'économie politique*, tome 1, 220.

⁷ CH. GIDE et CH. RIST, *op. cit.*, 200.

pourrait presque dire de justice sociale qu'il introduit ainsi dans sa réflexion et qui déterminent celle-ci.

C'est là un chemin volontariste et de réalisme peut-être un peu vite délaissé jusqu'aujourd'hui par les doctrines économiques lesquelles tendent volontiers – et pour le dire d'un mot – à fondre l'économie publique et l'économie sociale dans une science économique auto proclamée, à large périmètre et parfois davantage portée à expliquer qu'à agir; car c'est bien là le propre d'une science: elle apporte la connaissance; elle est sans doute le prélude à l'action et la condition de l'action; mais cette dernière n'est pas mue par la science, mais bien par un objectif proprement politique ou moral.

Pour Sismondi, ce fut selon la formule qu'il utilise: assurer les besoins élémentaires et vitaux du pauvre avant de reconnaître les droits du riche au superflu. Cette finalité est d'aujourd'hui autant que d'hier comme l'est la nécessité de mettre la science économique à son service.

Le sujet est vaste quoiqu'inattendu. En effet, la propriété intellectuelle est un instrument destiné à procurer des revenus ou une forme de capital aux créateurs ou investisseurs de toutes sortes, de sorte qu'il apparaît d'emblée comme un instrument destiné soit à lutter contre la pauvreté de ses titulaires, à les enrichir soit à mesurer la richesse des nations, tous titulaires confondus. C'est surtout le droit d'auteur qui joue le premier de ces rôles, le second se concentrant davantage sur les droits de propriété industrielle, le brevet en particulier.

Lorsque les artistiques se sont définitivement émancipés de leurs mécènes et ont recouvré leur liberté, la pauvreté, compagnon de bohème, a été le lot de beaucoup d'entre eux. Si le XVIII^{ème} siècle a proclamé la propriété littéraire et artistique pour conforter la liberté d'expression des écrivains, le XIX^{ème} siècle a vu quant à lui émerger la figure de l'artiste maudit, pauvre, et méconnu, dont le génie ne sera reconnu qu'après mort.

Claude Monet voyait ses toiles saisies pour payer ses dettes et ce n'est qu'à l'âge de 50 ans qu'il a pu acheter une maison, où il a enfin pu loger ses deux enfants, sa compagne et les six enfants de cette dernière. Une toile de la série «Meules», représentant des meules de foin au crépuscule, a été adjugée plus de 110,7 millions de dollars la semaine dernière (mai 2019). Amedeo Modigliani, né dans une famille pauvre et décédé en 1930 à l'âge de 36 ans, monnayait ses toiles contre quelques pièces afin de subsister. En mai 2018, le «Nu couché» a été adjugé 157,2 millions de dollars.

Le droit d'auteur offre une palette de mécanismes juridiques pour la améliorer le sort des artistes et surtout ... de leur famille. Ils sont essentiellement au nombre de deux: la durée des droits et le droit de suite.

La meilleure assurance de la famille de l'artiste réside dans l'allongement du monopole conféré par le droit d'auteur au-delà de la vie du créateur, mécanisme qui déroge complètement à la logique de la propriété intellectuelle. Alphonse de Lamartine, le grand poète mais aussi grand politique, rapporteur du projet de loi qui prévoyait

d'instaurer un délai de cinquante années post mortem, s'exprimait ainsi devant la Chambre des députés le 13 mars 1841: “[...] *un autre homme dépense sa vie entière, consume ses forces mentales, énerve ses forces physiques dans l'oubli de soi-même et de sa famille pour enrichir après lui l'humanité, ou d'un chef-d'oeuvre de l'esprit humain, ou d'une de ces idées qui transforme le monde: il meurt à la peine, mais il réussit. Son chef-d'oeuvre est né, l'idée est éclos. Le monde intellectuel s'en empare. L'industrie, le commerce les exploitent. Cela devient une richesse tardive, posthume souvent, cela projette des millions dans le travail et dans la circulation; cela s'exporte comme un produit naturel du sol. Tout le monde y aurait droit, excepté qui l'a créé, et la veuve et les enfants de cet homme, qui mendieraient dans l'indigence à côté de la richesse publique et de fortunes privées, enfantées par le travail ingrat de leur père. Cela ne peut se soutenir devant la conscience, où Dieu a écrit lui-même le code ineffaçable de l'équité*”.

La durée du droit d'auteur est aujourd'hui de 70 ans après la mort de l'artiste, pour tenir compte de l'allongement de l'espérance de vie... pour deux générations d'héritiers.

L'introduction du droit de suite tient moins au verbe du poète qu'à mythologie de Montmartre. La légende raconte que c'est une caricature de Jean-Louis Forain qui accéléra les réflexions sur le droit de suite afin que les héritiers d'artistes renommés puissent continuer à bénéficier de la valeur des œuvres; au premier plan, un garçon en guenilles, devant l'hôtel des ventes, disait à son voisin: «Un tableau de papa!» faisant référence à la vente de L'Angélus de Millet pour un million de francs alors que l'œuvre avait été vendue 1 200 francs par l'artiste et que sa petite-fille vivait dans un dénuement extrême. Le droit de suite est un pourcentage du montant de la revente d'une œuvre d'art reversé à l'artiste (qui n'est pas partie à la transaction, évidemment). Instauré en France par une loi du 20 mai 1920, le droit de suite a fait tache d'huile dans de nombreux pays européens. À l'extérieur de l'Europe, le droit de suite est prévu par la législation de 39 pays. Le champ d'application de ce droit dépend à la fois des caractéristiques de l'œuvre et de l'artiste. La première doit être une «œuvre d'art originale»; du côté des artistes, ceux-ci doivent être ressortissants d'un pays qui reconnaît le droit de suite ou avoir été assimilés. Contrairement aux autres créateurs qui négocient le taux du montant de droit d'auteur proportionnel au succès, le titu-

laire du droit de suite ne fixe pas le taux de sa rémunération, la loi le fait. Le droit de suite reste cependant un droit à rémunération proportionnelle au succès dont le fondement essentiel, historiquement, a été de ne pas défavoriser les artistes à la fois par rapport aux créateurs d'autres domaines culturels et par rapport aux autres agents économiques du marché de l'art.

A l'inverse, le droit d'auteur moderne aménage l'accès des indigents aux créations. Ainsi, le traité de Marrakech du 27 juin 2013 facilite l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées. De façon plus générale, l'allongement de la liste des exceptions aux droits d'auteur à l'époque contemporaine tient compte du phénomène de la pauvreté et de la nécessité de l'accès des plus démunis à la culture. De la même manière, les dispositions de l'ADPIC (annexe des Accords de Marrakech sur le commerce mondial consacrée à la propriété intellectuelle) ont adapté le droit des brevets de manière à ce que ces droits ne fassent pas obstacle à un accès rapide et peu coûteux aux moyens de production des produits pharmaceutiques de base et des autres médicaments nécessaires pour faire face aux principaux fléaux qui ravagent les populations des pays les plus pauvres. Au-delà des actuelles dispositions de l'ADPIC, de nouveaux instruments légaux prenant en compte l'indispensable et les intérêts raisonnables des propriétaires de brevets et copyrights, aident à combler le fossé technologique.

La propriété intellectuelle apparaît plus globalement comme un instrument de mesure de la richesse des nations mais aussi de lutte contre la pauvreté. Dans un document de 2015, l'OMPI (l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) confirme que les objectifs de développement durable sont étroitement liés aux travaux de l'Organisation: l'Objectif n° 1 est d'éliminer la pauvreté sous toutes ses formes et partout dans le monde. Au vrai, le classement des pays selon leur richesse recoupe le nombre de brevets, de marques, de dessins et modèles déposés par leurs entreprises.

Alain GHOZI a commencé par une déclaration provocatrice: “Si vous supprimez les pauvres, il n’y aura pas de système capitaliste”, car un système capitaliste a besoin des pauvres, des mendiants voire de voleurs.

Prolongeant une intervention précédente, la question de l’efficacité du microcrédit en tant qu’instrument de développement économique dans la lutte contre l’exclusion financière, il souligne que prétendre à un microcrédit, c’est renvoyer à une certaine forme d’effacement, de l’activité bancaire: si les sommes empruntées sont d’un faible montant (micro crédit), les taux d’intérêt sont fort élevés le plus souvent, au-dessus de ceux proposés par les banques qui sont, elles, soumises à la réglementation de l’usure.

Il a ensuite insisté sur la relativité de la définition de la pauvreté en présentant les chiffres dégagés par des études récentes en France: en fait, les statistiques ne tiennent pas compte de divers indicateurs extrêmement importants, tels que, par exemple, l’aide à la famille et toutes les autres aides collatérales. Il reste qu’une fraction de la population française vit en dessous du seuil de pauvreté; elle est évaluée à 3,5 millions de personnes au minimum. Enfin, le professeur Ghozi a exposé ce qu’il en est du traitement de la pauvreté par les banques. Détenir un compte en banque est devenu une nécessité car c’est le moyen de percevoir les allocations, subsides, et indemnités dus aux personnes pauvres. Aussi le législateur est-il intervenu, avec ce paradoxe que l’action publique en ce domaine s’avère bien moins efficace que l’initiative privée. En effet, d’un côté le législateur impose aux banques ce qui est dénommé «droit au compte»; droit au compte complété par ce qui a été dénommé «service bancaire de base». Cependant ces mesures, certes utiles, ne connaissent pas le succès espéré en raison de la nature des formalités requises pour bénéficier des avantages escomptés, formalités perçues comme stigmatisantes par ceux qui pourraient en bénéficier. Ainsi, d’un côté, fin 2017, la Banque de France, dans son rapport sur l’inclusion ban-

* Resoconto dell’intervento dell’autore.

caire, indiquait qu'il n'y avait que 350 000 comptes ouverts aux personnes en fragilité financière alors que l'institut national de la statistique, et les Banques par l'analyse des comptes considèrent que la population des personnes concernées s'élève à 3, 6 millions de personnes. D'un autre côté cependant, et en comparaison des résultats médiocres du droit au compte, il y a lieu de souligner le succès du «Compte-Nickel»: créé par la banque française BNP paribas et une association de propriétaires de bureaux de tabac, il a été conçu pour des personnes aux ressources modestes; et pour les protéger contre elles-mêmes, il n'est pas possible de payer au-delà de la somme disponible au crédit. Cependant ce compte profite en réalité à toutes sortes de déposants en raison de ses avantages: il est ouvert, selon la publicité qui en est faite, en quelques minutes dans un bureau de tabac, il suffit de présenter une carte d'identité et un numéro de téléphone, et l'on reçoit rapidement une carte de paiement (mais non pas de crédit) car, cela a été déjà dit, il ne permet pas d'agir à découvert. Par exemple, un ressortissant de l'UE qui souhaiterait détenir un compte bancaire en France sans se soumettre à des formalités contraignantes peut ouvrir un compte Nickel aisément. Le compte Nickel connaît un succès fulgurant qui témoigne qu'il séduit au-delà de la population pauvre: au 1^{er} trimestre 2019, il y avait 1, 1 millions de comptes ouverts; entre 2017 et 2018, le taux de croissance du nombre de comptes ouvert était de 44%, soit 30 000 nouveaux clients par mois. Cependant, à présent, l'expansion du compte Nickel est freinée en raison de la fermeture de nombreux débits de tabacs frappés par la politique publique de dissuasion de la consommation du tabac. Bref, le compte Nickel manque de diffuseurs.

1. Le droit civil, c'est-à-dire la partie du droit qui régit les rapports entre les personnes privées, et plus précisément qui régit ces personnes, leurs biens, les obligations qui peuvent exister entre elles, la famille, les successions et les libéralités, ne traite guère de la pauvreté, en tout cas pas directement.

Ceci est assez logique car le droit civil est un droit commun, applicable à tous, quelle que soit leur situation, à la différence par exemple du droit de l'aide sociale, évidemment dirigé vers l'assistance aux pauvres, ou du droit de la consommation, qui ne vise que certaines personnes, celles qui ont la qualité de consommateurs – parfois surendettés – et qu'il faut protéger dans leurs relations avec des professionnels... Ainsi le droit de propriété, organisé par le droit civil, est le même que les biens sur lesquels il porte appartiennent à une personne très fortunée, ou à une personne très pauvre.

Ouvrez le code civil et vous n'y verrez pas le mot *pauvreté*, ni le mot *pauvres*.

2. Toutefois, pour être très précis, il faut dire que vous ne le verrez plus! Car en 1804 l'article 910 parlait «des pauvres d'une commune», à propos d'une libéralité à eux faite par une personne généreuse et qui supposait une autorisation par arrêté du Gouvernement. En outre l'article 937 prévoyait que l'acceptation des donations faites au profit «des pauvres d'une commune» relevait des administrateurs de cette commune, après y avoir été dûment autorisés.

Cette figure de la «libéralité aux pauvres» était classiquement présentée d'ailleurs comme un assouplissement de l'exigence de principe de la détermination du bénéficiaire d'une libéralité, car qui sont exactement les pauvres de la commune – On admettait que les bureaux de bienfaisance ou d'aide sociale, devenus les Centres communaux d'action sociale devaient être chargés de désigner les destinataires précis de ces libéralités.

C'était du temps où la langue du Code civil présentait souvent un caractère très concret: comme on y parlait à l'article 524 des pi-

* Rencontre La Sapienza - Paris II - Rome, 31 mai - 1^{er} juin 2019.

geons des colombiers, des lapins des garennes, des ruches à miel, des poissons des étangs, on n'hésitait pas non plus, un peu plus loin, à évoquer les pauvres et la générosité qu'ils pouvaient susciter.

Mais les technocrates contemporains, avec leurs réformes législatives, sont passés par là. Les pauvres ont disparu de l'article 937 à la faveur d'une loi du 12 mai 2009 et de l'article 910 à la faveur d'une ordonnance du 23 juillet 2015: il n'y est plus question que de libéralités ou donations au profit d'établissements de santé ou sociaux et médico-sociaux ou d'utilité publique... Seulement des personnes morales et plus des êtres de chair: cachez cette misère qu'on ne saurait voir!¹ Le mot pauvre est un mot chrétien a-t-il été dit vendredi matin, et on ne veut plus l'employer dans la langue législative actuelle.

3. Cependant si les pauvres et la pauvreté ont disparu nominativement du Code civil, ils apparaissent tout de même en filigrane – c'est le même phénomène que celui qui a déjà pu être mis en lumière dans d'autres disciplines, en particulier en droit constitutionnel – à travers la notion de besoin à laquelle se réfèrent plusieurs institutions du droit civil.

Le besoin y est tantôt créateur de droits (I), tantôt source d'exceptions protectrices (II).

I. L'état de besoin créateur de droits

4. Dans certains cas l'état de besoin d'une personne crée à son profit des droits à l'encontre d'autres personnes privées. Il s'agit de la très classique obligation alimentaire (A), qui connaît une certaine effervescence actuellement dans un rôle nouveau que veut lui faire jouer le droit contemporain: un rôle de substitut de la réserve héréditaire (B).

A. L'état de besoin, source classique de l'obligation alimentaire

5. Depuis toujours le droit civil impose à certaines personnes de verser des aliments à d'autres «qui sont dans le besoin» (articles 205 à 207 du Code civil).

¹ Est-ce à dire qu'une libéralité expressément faite par testament aux «pauvres de la commune» pourrait aujourd'hui être contestée et arguée de nullité par les héritiers du défunt, comme faite à personne indéterminée ? En tout cas il ne se trouve plus de texte pour la valider expressément.

La règle de droit est toutefois singulièrement limitative quant au cercle de personnes concernées. Il s'agit seulement des membres de la famille très proches: l'obligation alimentaire légale n'existe qu'entre descendants et ascendants et réciproquement, ou entre certains alliés au premier degré (entre gendres ou belles-filles et leurs beaux-parents et réciproquement). Bref sont exclusivement concernées des personnes unies par un lien étroit de parenté ou d'alliance.

6. En 1891 a toutefois été accordé aussi au conjoint survivant qui est dans le besoin un droit à pension alimentaire contre la succession de son époux prédécédé, droit qui existe toujours (ancien article 207-1, devenu ultérieurement article 767).

Ce droit n'est pas sans rappeler la «quarte du conjoint pauvre» que l'Empereur Justinien avait accordée à la veuve sans ressources, qui lui permettait de recevoir une part de la succession de son mari, une part variable selon la proximité des héritiers et leur fortune, mais qui ne dépassait jamais un quart de la succession. Puis ce droit a été étendu au mari veuf qui ne possédait pas de biens. Cette quarte du conjoint pauvre s'est maintenue dans les pays de droit écrit de l'ancienne France jusqu'à la période révolutionnaire.

7. Mais en dehors du cercle de ces très proches parents ou alliés, la loi civile n'impose pas de venir en aide aux personnes dans la misère ou le besoin: ni à son frère, ni à sa sœur, ni à un oncle ni à une tante, et encore moins à des cousins.

Le droit naturel va plus loin dans le registre de la charité: on admet qu'il existe une obligation naturelle d'assistance entre frères et sœurs tout particulièrement, et même entre ex-époux après un divorce, voire entre un employeur reconnaissant et la personne qui l'a autrefois fidèlement servi. Dans tous ces cas, la promesse d'exécuter l'engagement est valable et transforme l'obligation naturelle en obligation civile, susceptible d'exécution forcée.

8. L'obligation alimentaire ne prend naissance entre les sujets actif et passif que si un état de besoin est caractérisé chez celui qui en devient créancier et si des ressources existent chez celui qui en devient débiteur.

Etre dans «le besoin», c'est être dans l'impossibilité de pourvoir par ses propres ressources à sa subsistance. Cette notion est marquée d'une certaine relativité. Les besoins varient selon les individus, car ils dépendent de divers facteurs tels que l'âge, le sexe, les charges de famille ou le coût de la vie dans le lieu où les personnes se trouvent. On admet qu'il faille aussi les apprécier en fonction de la condition sociale du créancier, car, dit-on, «la misère apparaît plus vite chez un individu habitué à un train de vie plus élevé»².

Si le débiteur a des ressources suffisantes pour faire face à cette obligation, il devra verser au créancier des aliments, largement compris: c'est-à-dire, au-delà de la seule nourriture, tout ce qui est nécessaire à la vie.

9. Cette obligation alimentaire, qui exprime la solidarité familiale, est en principe en première ligne par rapport à l'aide sociale apportée par les collectivités publiques, qui n'est que subsidiaire. Toutefois le développement des assurances sociales dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, l'organisation de l'assurance chômage, la mise en place du Revenu minimum d'insertion (RMI) devenu Revenu de solidarité active (RSA) et de l'Allocation personnalisée d'autonomie pour les personnes âgées (APA), ont sans doute eu pour effet de faire paraître moins naturel le recours à la solidarité familiale: ceci peut expliquer la résistance que rencontrent souvent les créanciers lorsqu'ils veulent mettre en œuvre leur droit alimentaire, et aussi leur hésitation ou même parfois leur refus de le mettre en œuvre. De nombreuses actions en justice contre les débiteurs d'aliments sont en réalité intentées par des personnes publiques ou d'autres personnes morales qui mettent en œuvre ces droits pour le compte des besogneux, en vertu de textes spéciaux: les collectivités chargées de l'aide sociale, les établissements publics de santé et, dernièrement, depuis la loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, les établissements sociaux et médico-sociaux, tout particulièrement les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD).

Pourtant le droit civil contemporain n'hésite pas à faire jouer à l'obligation un nouveau rôle: celui de substitut de la réserve héréditaire.

² L. LEVENEUR, *Aliments*, *JurisCl. Civil*, art. 205 à 211, fasc. 10, n° 52.

B. L'état de besoin, source d'un diminutif de la réserve héréditaire

10. La réserve héréditaire est sur la sellette. Certains voudraient la supprimer, ou du moins en réduire la portée.

Un premier coup lui a déjà été porté par la loi du 23 juin 2006 qui a supprimé la réserve (d'un quart par ligne) des ascendants du *de cujus* décédé sans enfant. On peut noter en revanche que la loi du 3 décembre 2001 a créé une réserve d'un quart au profit du conjoint dans ce cas (article 914-1 du Code civil). Mais le conjoint écarte même de la succession *ab intestat* les ascendants autres que les père et mère.

Ceux-ci ne sont donc plus réservataires, ni même héritiers, s'ils sont en concours avec le conjoint. Mais la loi de 2001 leur a tout de même accordé, dans cette hypothèse de concours avec le conjoint survivant, s'ils «sont dans le besoin», une créance d'aliments contre la succession» (article 758).

11. Et la question a pris un tour médiatique avec des vedettes de la chanson ou de la musique qui ont plus ou moins fini leur vie à l'étranger, dans un pays ne connaissant pas la réserve, spécialement la Californie, pour tenter d'échapper à l'institution réservataire et de disposer à leur totale guise de tous leurs biens: c'est l'affaire de la succession de Johny Halliday (chanteur de rock n'roll), qui déclenche actuellement les passions en France; c'est aussi l'affaire de la succession de Maurice Jarre (compositeur), qui a déjà donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation où celle-ci affirme sans ambages «qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français»³. Ceci a soulevé un concert de protestations!

Mais la Cour ajoute que l'application d'une telle loi étrangère «ne peut être écartée que si son application concrète au cas d'espèce conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels». Et comme ici les enfants d'un premier lit écartés par un legs universel au profit de la dernière épouse ne soutenaient pas «se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin», la loi californienne n'a pas été écartée.

³ Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198.

On ne sait trop ce qui se passerait si la loi étrangère était écartée au vu d'une situation concrète de besoin ou de précarité économique. Y aurait-il lieu d'appliquer toute la réserve française – Ou seulement à hauteur de ce qui serait nécessaire pour faire sortir le demandeur de l'état de besoin – Le mystère est pour le moment assez épais.

12. En tout cas on voit se profiler un rôle tout nouveau pour la réserve qui traditionnellement a deux fonctions. D'une part, une fonction de conservation des biens dans la famille, en instaurant une protection du patrimoine familial contre des libéralités à des tiers. D'autre part une fonction de préservation d'un minimum d'égalité entre les héritiers réservataires lorsqu'ils sont plusieurs, car la réserve est toujours dévolue par parts égales, et notamment sans privilège ni de masculinité ni de primogéniture. Et la réserve remplit ces fonctions indépendamment de la situation de fortune des héritiers.

Voici que la jurisprudence veut lui faire jouer dans un contexte international un rôle limité d'amélioration de la situation économique des héritiers pauvres. Ceci n'est pas sans rappeler approximativement la quarte du conjoint pauvre ... mais qui n'était pas une réserve.

II. La situation de précarité économique, source d'exceptions protectrices d'un débiteur

Ces exceptions protectrices d'un débiteur en situation de précarité économique sont les délais de grâce (A) et les insaisissabilités (B).

A. Délais de grâce

13. La force obligatoire du contrat et d'ailleurs de toute obligation civile contraint le débiteur à payer ce qu'il doit, au moment où il le doit, c'est-à-dire lorsque sa dette est exigible.

Le Code civil a cependant toujours doté le juge d'un pouvoir modérateur à cet égard: le pouvoir d'accorder un délai de grâce, «mesure de charité individuelle»⁴, «en considération de la position du débiteur» (article 1244).

⁴ PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10e éd., 2018, n° 1124.

Les dispositions relatives à ce délai de grâce n'ont cessé d'en étendre l'ampleur.

En 1804 l'approche était très restrictive: «Les juges peuvent néanmoins [...] en usant de ce pouvoir avec *une grande réserve*, accorder des délais *modérés* pour le paiement et sursoir à l'exécution des poursuites...» (article 1244 dans sa version initiale). Lors de la crise des années 1930, cet encadrement législatif a été assoupli par une loi du 20 août 1936, qui a supprimé le caractère «modéré» et a permis au juge des référés d'octroyer ces délais, même après une condamnation à exécuter. Plus tard la loi du 11 octobre 1985 a doublé la durée maximale du délai de grâce en la portant de un an à deux ans.

Aujourd'hui, le nouvel article 1343-5 (issu de l'ordonnance du 10 février 2016) présente les pouvoirs du juge d'une façon étendue: celui-ci peut «compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner dans la limite de deux années le paiement des sommes dues. / Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes des échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit (...)». Une seule catégorie de dettes échappe à ces pouvoirs, les dettes d'aliments (article 1343-5 dernier alinéa): l'état de besoin du créancier d'aliments est une considération primordiale, qui l'emporte sur celle de la situation de son débiteur alimentaire.

Il existe aussi des délais de grâce spéciaux dans le Code de la consommation, notamment pour le cas de licenciement de l'emprunteur.

B. La protection de la subsistance du débiteur par les insaisissabilités

14. «Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir», proclame depuis 1804 le Code civil (article 2092 devenu article 2284). C'est le droit de gage général des créanciers développés par l'article suivant: «les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution». Bref, si le débiteur ne paye pas spontanément, les créanciers sont en droit de saisir et faire vendre ses biens pour s'en partager le prix.

Cependant lorsqu'il s'agit de passer à l'application concrète du principe, un peu de charité apparaît: ce sont les insaisissabilités du Code des procédures civiles d'exécution. Par exception au principe de saisissabilité de tous les biens, ne peuvent être saisis «les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille.

La liste de ces biens nécessaires à la vie et au travail est donnée par l'article R. 112-2 du même code. Elle a tendance à s'allonger avec le temps, ce qui montre le caractère relatif de la pauvreté: bien entendu y figurent les vêtements, la literie, le linge de maison... mais aussi désormais «une machine à laver le linge», ou encore «un poste téléphonique permettant l'accès au service téléphonique fixe ou mobile». Voici des biens qu'il y a 50 ou 80 ans auraient été vus comme des produits plutôt luxueux, réservés aux gens aisés! A notre époque, ce sont devenus des biens courants perçus comme indispensables à tous.

Il faut toutefois remarquer que l'insaisissabilité cède et les biens en question redeviennent saisissables lorsque ce sont «des biens de valeur, en raison de leur importance, de leur matière, de leur rareté ou de leur caractère luxueux», ou encore s'ils perdent leur caractère de nécessité en raison de leur quantité» (article L. 112-2, 5° du Code des procédures civiles d'exécution). Où l'on voit que les insaisissabilités ne visent à protéger que les débiteurs qui sont vraiment dans la nécessité, la pauvreté.

La tutela contro la povertà in Italia

Bernardo Giorgio Mattarella

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I criteri di definizione della povertà. – 3. Tutela contro la povertà e altre politiche pubbliche. – 4. La prevenzione della povertà. – 5. La cura dei poveri.

1. *Introduzione*

La povertà rileva nel diritto pubblico più che in altri settori del diritto, nei quali essa rileva solo occasionalmente. Il diritto privato normalmente non tratta il povero in modo diverso dagli altri soggetti, ma occasionalmente ciò avviene, per esempio quando si tratta di valutare la responsabilità per l'inadempimento di un'obbligazione. Similmente, nel diritto penale i poveri non hanno normalmente un trattamento diverso dagli altri soggetti, ma la condizione di povertà può occasionalmente rilevare per la valutazione della responsabilità o per l'accesso alla difesa d'ufficio. Nel diritto amministrativo, invece, la condizione di povertà è di per sé rilevante: è una condizione che l'ordinamento tende a rimuovere, affidando a pubbliche amministrazioni compiti a ciò finalizzati.

Inoltre, mentre in altri settori del diritto la povertà che rileva è solo quella individuale, nel diritto amministrativo è rilevante anche la povertà diffusa, quella di intere categorie di cittadini, perché è compito delle pubbliche amministrazioni prevenirla, promuovendo la produzione e la redistribuzione della ricchezza e la riduzione delle disuguaglianze.

Questo scritto esamina la politica di tutela contro la povertà in Italia e discute alcuni problemi inerenti al rilievo della povertà nel diritto amministrativo. In primo luogo, esamina il concetto di povertà e i criteri di individuazione dei poveri (par. 2). In secondo luogo, considera il rapporto tra questa politica e altre politiche, a essa connesse, osservando che solo in tempi recenti la prima ha acquisito autonomia rispetto alle seconde (par. 3). In terzo luogo, considera i due possibili approcci alla tutela contro la povertà, uno preventivo (par. 4) e uno successivo (par. 5), suggerendo che il primo ha dato finora risultati migliori del secondo ma descrivendo le recenti innovazioni legislative, che valorizzano il secondo.

2. *I criteri di definizione della povertà*

La tutela contro la povertà pone innanzitutto un problema di individuazione dei soggetti interessati, cioè dei poveri. Dal punto di vista giuridico la povertà è diversa dal suo contrario, cioè dalla ricchezza: la ricchezza deve essere soltanto misurata, mentre la povertà deve essere misurata e anche accertata. Misurare la ricchezza è necessario, per esempio, a fini fiscali o per valutare la capacità di far fronte ai debiti, ma non esiste la categoria giuridica dei ricchi. Esiste, invece, la categoria dei poveri, ai quali l'ordinamento assicura determinati benefici.

La condizione di povertà deve essere quindi accertata e ciò pone il problema del criterio di individuazione dei poveri. Esistono diversi criteri, che normalmente si basano sulla disponibilità di denaro, anche se l'esclusivo riferimento al denaro è spesso criticato.

Il criterio monetario è una semplificazione, che comunque pone il problema dell'individuazione della soglia di povertà, la quale può essere valutata oggettivamente o soggettivamente. Normalmente si adotta un criterio oggettivo: è una seconda semplificazione, perché la stessa condizione economica può essere accettabile per qualcuno e insostenibile per qualcun altro, in relazione a fattori come le abitudini, l'educazione, i rapporti sociali e la condizione familiare. È comunque una semplificazione che, a sua volta, lascia aperte diverse possibilità, come dimostrato dalla distinzione tra povertà relativa (valutata in rapporto alla ricchezza altrui, e quindi propria della parte meno ricca della popolazione) e povertà assoluta (consistente nell'indisponibilità di determinati beni a cui si ritiene che tutti dovrebbero poter accedere per un'esistenza dignitosa: situazione, come si vede, a sua volta relativa e storicamente variabile in relazione all'individuazione di questi beni).

Come si vede, sia per la povertà relativa, sia per quella assoluta, l'individuazione della soglia di povertà comporta scelte difficili e ampiamente discrezionali: per quella relativa, che in effetti esprime una misurazione della disuguaglianza piuttosto che della povertà, occorre stabilire il rapporto tra la ricchezza media e la soglia di povertà (normalmente, e discrezionalmente, la seconda è individuata nella metà della spesa media per consumi); per quella assoluta, occorre individuare il paniere di beni, in assenza dei quali si individua la condizione di povertà.

Si può aggiungere che l'ordinamento giuridico attribuisce rilevanza anche ad altri concetti, contigui a quello di povertà, come quello di vulnerabilità, che esprime la concreta possibilità di povertà futura e, quindi, riguarda una parte sensibilmente più grande della popolazione.

I criteri e le nozioni elencati servono a individuare, in astratto, la soglia di povertà. Problema diverso è misurare, in concreto, la situazione economica del singolo, per stabilire se egli è al di sotto di quella soglia e, quindi, ha diritto a determinate prestazioni. Anche questo è un compito difficile, che implica l'elaborazione di criteri per stabilire di quali disponibilità tenere conto: il reddito o il patrimonio, la ricchezza personale o quella familiare, la titolarità di benefici già ottenuti, la situazione familiare e così via. Sulla condizione economica del singolo possono incidere anche le prestazioni che esso riceva a causa della sua povertà: ciò può generare effetti perversi, rendendo più conveniente trovarsi un po' al di sotto della soglia di povertà che un po' al di sopra di essa. Servono criteri omogenei o unificati, che tengano conto di tutti i dati rilevanti: uno di questi è l'Indicatore della situazione economica equivalente, spesso utilizzato per individuare gli aventi diritto a determinate prestazioni o esenzioni.

3. *Tutela contro la povertà e altre politiche pubbliche*

Come già osservato, il problema della povertà emerge molto più frequentemente nel diritto pubblico che nel diritto privato, dove esso si pone solo occasionalmente. Per molto tempo, tuttavia, l'approccio del diritto pubblico non è stato molto diverso da quello del diritto privato: la povertà emergeva solo occasionalmente, perché fino a tempi molto recenti l'ordinamento giuridico non si è fatto carico del problema nel suo complesso. Esso veniva affrontato quando emergeva in situazioni particolari: lo studente povero aveva diritto al sostegno agli studi, il malato povero a cure gratuite, il pensionato povero a un'integrazione della pensione e così via. Il fine principale non era quello di combattere o attenuare la povertà, ma un fine variabile: la tutela del lavoro, della salute, della famiglia, dell'istruzione e così via. Il semplice povero, privo di ulteriori qualificazioni, difficilmente aveva una tutela.

La politica di lotta alla povertà, dunque, è stata a lungo accessoria ad altre politiche, come quella sanitaria e quella dell'istruzione.

Il legislatore si preoccupava raramente dei poveri in quanto tali, di tutti i poveri; molto più spesso, si preoccupava di singole categorie deboli, la cui debolezza è accentuata dall'eventuale povertà. Ciò era vero prima della Costituzione, quando la legge prevedeva specifiche prestazioni da riservare ai poveri, ed è rimasto vero in epoca costituzionale, dominata da discipline frammentarie. Questo approccio è coerente con la più generale tendenza alla microlegislazione propria del legislatore italiano, che preferisce procedere per specie piuttosto che per generi, per deroghe piuttosto che per regole. Un approccio che ha ovviamente contribuito all'assenza di una vera protezione generale contro la povertà e ha impedito a lungo una considerazione unitaria dei bisogni dei soggetti deboli.

Non si può negare, peraltro, che la povertà assume spesso indubbio rilievo per le politiche indicate, con conseguenti aree di confine e sovrapposizione di funzioni. Per esempio, il cattivo rendimento scolastico dei bambini poveri, determinato dalla malnutrizione, può essere visto come un problema di povertà o come un problema di istruzione. Similmente, le malattie derivanti da carenze igieniche possono essere affrontate nell'ottica della tutela della salute o della lotta alla povertà. È evidente, poi, la connessione tra la politica del lavoro e quella della tutela contro la povertà: come si esporrà tra breve, la Costituzione punta soprattutto sul primo per sconfiggere la seconda.

Particolarmente rilevante, per le politiche di lotta alla povertà, è stata a lungo anche la materia della sanità, che ha a sua volta assorbito e condizionato varie funzioni assistenziali. In una fase iniziale, in realtà, il rapporto era inverso, nel senso che erano le funzioni amministrative di tipo sanitario a essere assorbite da quelle di tipo assistenziale: nella logica ottocentesca, la sanità dava luogo a funzioni amministrative solo per i poveri, ai quali erano essenzialmente destinati gli ospedali, e non per chi poteva permettersi i medici e le cure domestiche. L'assistenza sanitaria, erogata negli ospedali, era dunque solo per i poveri: la salute dei ricchi non era un problema della pubblica amministrazione. Successivamente, peraltro, la sanità si è affrancata dalla beneficenza: è ormai chiaro che la malattia è una debolezza diversa dalla povertà e colpisce anche i non poveri, bisognosi a loro volta di tutela. Sono ora le funzioni amministrative in materia di sanità a esercitare una forza di attrazione nei confronti degli inter-

venti contro la povertà. Esse diventano talmente importanti, in termini di organizzazione amministrativa e di spesa, da assorbire alcune funzioni assistenziali, che a volte vengono svolte nell'ambito del servizio sanitario.

Negli ultimi decenni si è progressivamente affermata la tendenza alla tutela contro la povertà in quanto tale, basata sull'idea dell'affrancamento dal bisogno come contenuto del diritto di cittadinanza o come presupposto per il suo diritto. Questa tendenza è affiorata in diversi atti normativi, i cui risultati sono stati tuttavia limitati, soprattutto a causa della scarsità di risorse impiegate. È ovvio che per rimuovere la povertà serve una quantità di risorse molto maggiore che per beneficiare singole categorie di soggetti poveri, nel quadro di altre politiche.

È solo a partire dal 2017 che sono state adottate misure più significative per la tutela contro la povertà in quanto tale. Le cifre sono eloquenti: fino al 2017 lo Stato italiano, per strumenti di assistenza ai poveri, spendeva 200 milioni di euro all'anno; a partire dal 2017, per il reddito di inclusione sono stati spesi 2 miliardi all'anno; a partire dal 2019, per il reddito di cittadinanza è prevista la spesa di 8 miliardi all'anno. Questi nuovi strumenti saranno descritti nell'ultimo paragrafo.

4. *La prevenzione della povertà*

Una volta che la tutela contro la povertà diventa una politica autonoma, e la povertà in quanto tale è considerata dall'ordinamento una situazione da eliminare, si pone il problema di come perseguire questo obiettivo. Si possono ipotizzare due strategie, non alternative tra loro: aiutare i poveri singolarmente; favorire lo sviluppo economico e la produzione di ricchezza. In altri termini, ci si può preoccupare individualmente dei singoli poveri e si può aggredire la povertà collettiva.

Il secondo approccio potrebbe essere messo in discussione. Si potrebbe dubitare del nesso tra la produzione di ricchezza e la riduzione della povertà: in astratto, l'ulteriore ricchezza prodotta può concentrarsi sui soggetti già agiati, accentuando la disuguaglianza. I dati storici, tuttavia, suggeriscono che vi è sempre uno *spillover effect*: l'effetto crescita prevale sull'effetto disuguaglianza e, quindi,

l'arricchimento generale determina comunque un aumento del benessere, più o meno marcato, per tutti. È vero, quindi, che le politiche di crescita economica sono un modo per combattere la povertà. Ne è prova la storia italiana, che ha visto una notevolissima riduzione della povertà, misurata attraverso diversi indicatori, nei periodi di crescita economica. Parimenti, si registra un aumento o un'invarianza della povertà nei periodi di scarsa crescita: la povertà, per esempio, aumentò nel periodo tra le due guerre, quando la politica autarchica e quella monetaria del fascismo, unitamente ai salvataggi delle imprese e delle banche in crisi, determinarono una stagnazione dell'economia.

L'aumento della ricchezza complessiva, in effetti, determina spesso anche una riduzione delle disuguaglianze, che è un altro obiettivo che può essere perseguito per tutelare dalla povertà. L'aumento della ricchezza e la riduzione delle disuguaglianze procedono normalmente di pari passo: è stato così nel corso di tutta la storia d'Italia, con due importanti eccezioni, quella degli anni Venti e quella degli ultimi venticinque anni (periodi caratterizzati dall'aumento delle disuguaglianze più che del benessere diffuso).

L'obiettivo di ridurre le disuguaglianze, peraltro, può autonomamente essere perseguito attraverso un'azione redistributiva da parte delle pubbliche amministrazioni: in termini di redistribuzione del reddito, operata attraverso gli strumenti fiscali; o in termini di riequilibrio territoriale, perseguito attraverso le politiche di coesione, oggi in buona parte definite al livello europeo. Questo obiettivo ha anche una dimensione diacronica, nel senso che esso può essere declinato come limitazione degli squilibri intertemporali o intergenerazionali: per esempio, negli anni Settanta e Ottanta del ventesimo secolo si ebbero una grande riduzione della povertà, ma anche una grande espansione del debito pubblico, di cui oggi paghiamo le conseguenze.

Individuati gli obiettivi, si deve osservare che il loro perseguimento è estremamente complesso. Declinarli in fini più specifici, trovare le ricette giuste per favorire la crescita economica, implica valutazioni controverse e decisioni tutt'altro che scontate. Mentre aiutare gli individui in condizione di povertà o di vulnerabilità può essere relativamente facile, ottenere la crescita economica è difficile e richiede spesso il compimento di scelte tra teorie e tra interessi.

Come si è già osservato, l'approccio preventivo è molto forte nella Costituzione italiana, dove il diritto all'assistenza è disciplinato nel contesto della tutela dei lavoratori ed è espressamente riconosciuto solo al cittadino inabile al lavoro. Nella logica della Costituzione, la povertà è un'ipotesi marginale, rispetto all'auspicata situazione di piena occupazione: se fosse mantenuta la promessa costituzionale di piena occupazione, implicita nell'affermazione del diritto al lavoro, il problema della povertà sarebbe sostanzialmente risolto e il bisogno di prestazioni assistenziali potrebbe effettivamente porsi solo per gli inabili al lavoro.

La realtà è ben diversa da quella alla quale la Costituzione aspira. La disoccupazione involontaria è una situazione tutt'altro che marginale, ma contro di essa manca una protezione complessiva: la promessa non mantenuta si è trasformata in un'illusione o in una giustificazione per l'assenza di una rete di protezione. Il collegamento tra lavoro e povertà rimane, ma gioca essenzialmente a favore di chi perde il lavoro (con istituti come la cassa integrazione guadagni), mentre rimane sostanzialmente privo di protezione chi il lavoro non lo ha ancora.

Nel complesso, nella storia d'Italia ha funzionato meglio l'approccio preventivo, consistente nel favorire lo sviluppo economico e la riduzione delle diseguaglianze: i periodi storici in cui si è molto ridotto il numero dei poveri, e la povertà estrema è stata quasi eliminata, sono stati periodi di crescita economica. La cura della povertà attraverso il soccorso ai poveri, invece, non è mai stata altrettanto efficace, anche per via della già rilevata scarsità di risorse.

5. *La cura dei poveri*

Come già accennato, solo negli ultimi anni le risorse destinate alla cura dei poveri, principalmente attraverso trasferimenti economici, sono sensibilmente aumentate.

Non è che in precedenza lo Stato italiano spendesse poco a favore dei poveri. La spesa pubblica per le politiche sociali è sempre stata in linea con quella degli altri Stati membri dell'Unione europea. Esso ha sempre speso, però, in modo spesso disordinato e squilibrato, selezionando male i beneficiari delle prestazioni, senza preoccuparsi della coerenza del sistema e senza indirizzare le risorse prin-

cialmente all'obiettivo fondamentale di alleviare la povertà. La spesa sociale continua a essere alquanto squilibrata (soprattutto a vantaggio dei pensionati) e spesso non è andata dove ce ne era maggiore bisogno, come dimostrato dal fatto che i trasferimenti legati a prestazioni come la social card e il bonus famiglie erano andati in quota non trascurabile a famiglie non povere o addirittura ricche.

Negli anni antecedenti al 2017 erano state introdotte varie misure a beneficio dei poveri: il reddito minimo di inserimento, i livelli essenziali delle prestazioni, il reddito di ultima istanza, la social card. Si trattò di timidi tentativi di assicurare un reddito minimo a tutti, che comunque avevano attenuato per molte persone la povertà.

Un cambio di passo si è avuto nel 2017 con l'introduzione del reddito di inclusione. Si trattava di una misura rivolta ai nuclei familiari, composta da un sussidio economico e da un pacchetto di servizi, erogata a fronte dell'impegno dei beneficiari a seguire un progetto personalizzato, definito su misura per la singola famiglia. I beneficiari erano individuati sulla base di requisiti economico-patrimoniali (indicatore della situazione economica equivalente non superiore a 3.000 euro, patrimonio non superiore a 20.000 euro, esclusa la casa di abitazione) e familiari (presenza nel nucleo familiare di un minore, di un disabile, di una donna incinta o di un disoccupato di età superiore a 55 anni), ma era stata prevista un'estensione della relativa platea. Il principale limite della misura era dato dall'esiguità delle risorse inizialmente stanziare, delle quali peraltro si ipotizzava un progressivo incremento.

Nel 2019 il reddito di inclusione è stato sostituito dal reddito di cittadinanza, misura costruita in modo molto più semplice e con ben maggiore dotazione finanziaria. I requisiti sono solo economico-patrimoniali: indicatore della situazione economica equivalente non superiore a 9.360 euro, reddito familiare non superiore allo stesso importo, patrimonio immobiliare non superiore a 30.000 euro (esclusa la prima casa), patrimonio finanziario non superiore a 6.000 euro. Si tratta solo di un sussidio, erogato in modo quasi automatico sulla base di questi presupposti: il suo ammontare è, per un individuo che vive da solo, di 780 euro al mese. Il reddito di cittadinanza viene erogato attraverso una sorta di carta di credito, che viene caricata mensilmente: essa consente di pagare solo determinate spese (escluse quelle di lusso) e di prelevare una quantità limitata di contanti.

Inizialmente il reddito di cittadinanza era concepito come un sostegno per i poveri in quanto tali. Poi, nel corso del processo di approvazione delle relative previsioni legislative, si è aggiunta l'idea dell'inserimento nel mondo del lavoro (tanto che esso è stato a volte definito reddito di inserimento). Sulla base di questa idea, il sussidio è erogato per una durata limitata (al massimo diciotto mesi) a fronte dell'impegno ad accettare, a determinate condizioni, le offerte di lavoro proposte sulla base di un sistema di collocamento introdotto contestualmente.

La disciplina del reddito di inserimento è stata elaborata molto rapidamente, perché vi era l'esigenza politica di introdurla velocemente. Per questa ragione, essa non è stata preceduta da un'adeguata analisi dei costi e dei benefici, né vi è stato il tempo di definire con precisione i requisiti e le modalità di erogazione, né di costruire il sistema per individuare i posti di lavoro da proporre ai beneficiari. Ne sono derivate una serie di imperfezioni: disuguaglianze, soprattutto a danno delle famiglie più numerose; rischi di percezione indebita del sussidio; possibilità che esso alimenti il lavoro nero, perché il lavoro e il reddito regolare impediscono la percezione del sussidio; difficoltà di funzionamento del sistema di collocamento; rischio che i disoccupati non cerchino un'occupazione, soprattutto se precaria, per mantenere il reddito di cittadinanza.

Alcuni di questi problemi sollevano questioni generali, relative alle misure volte alla cura dei poveri. Queste misure, se non adeguatamente congegnate e in assenza di controlli efficienti, possono generare disuguaglianze e incentivi perversi. Se, per esempio, diversi benefici sono erogati a coloro che abbiano un reddito inferiore a una certa soglia, chi si trovi poco al di sotto di quella soglia potrà avere benefici tali da fargli scavalcare, in termini di disponibilità di ricchezza, chi si trovi poco al di sopra della stessa soglia. Ciò può comportare non solo effetti ingiusti, ma anche incentivi negativi: lavorare può essere poco conveniente, se il reddito supplementare ottenuto fa perdere benefici maggiori o paragonabili. All'esigenza di curare i poveri si aggiunge quindi, inevitabilmente, un ulteriore compito dell'amministrazione, quello di controllare l'effetto redistributivo delle prestazioni erogate.

Non sono ancora (né, credo, siamo) in grado di apprezzare le conseguenze economiche, istituzionali e giuridiche della pandemia che ha investito da un anno il mondo, e l'Italia in modo particolarmente virulento. Le previsioni che cominciano a circolare bastano però ad avvertirci che nel nostro Paese avremo un forte aumento della disoccupazione e con esso della povertà. Ci troviamo in un passaggio che taluni già paragonano al secondo dopoguerra proprio sotto il profilo dell'improvviso aggravamento delle condizioni di povertà.

La notizia non sarebbe così grave se la crescita produttiva e la mobilità sociale non fossero da oltre venti anni ai minimi della storia repubblicana. Ne deriva una stasi che ci lascia inermi di fronte a sfide esterne, quali la crisi della finanza globale o l'emergenza sanitaria.

D'altra parte, la Costituzione non contiene programmi di politica sociale o economica, né lo potrebbe senza condannarsi a una rapida obsolescenza. Le sue parole enunciano principi capaci di orientare la convivenza, ma non tanto vincolanti da fissare criteri inderogabili all'azione dei pubblici poteri. È uno spazio che le Costituzioni democratiche lasciano alla discrezionalità della sfera politica, nel rispetto dei principi di convivenza da esse enunciati.

Il rapporto fra principi costituzionali e indirizzi di politica sociale o economica volti a contrastare la povertà non si può porre dunque in termini di conformità, ma di compatibilità dei secondi coi primi, che diversamente resterebbero mere declamazioni.

Un'indagine così impostata può rivelarsi utile in una duplice direzione. Può fungere da premessa per valutare la sussistenza di singoli vizi di legittimità costituzionale di leggi espressive di quei programmi, in ipotesi oggetto di scrutinio. E può segnalare, ed è quanto più interessa in questa sede, gli scostamenti delle politiche sociali dai principi costituzionali, che non giungono alla Corte per ragioni di tecnica del giudizio costituzionale, o per limiti inerenti ai modi di accesso a tale giudizio. Non ne verrebbero risultati immediatamente spendibili nell'azione di contrasto alla povertà, ma una prospettiva in grado di ripercorrere dal punto di vista della Costituzione le varie fasi delle po-

litiche sociali, e di segnare binari entro cui possono ritenersi assistite da una presunzione di compatibilità coi principi costituzionali.

Quanto detto richiede, in ogni caso, una visione complessiva dei principi costituzionali rilevanti e delle possibili reciproche interazioni.

Nel diritto positivo la categoria del povero raramente corrisponde a una fattispecie soggettiva. E la Costituzione lo conferma: parla di “indigenti” quale condizione per la garanzia di cure gratuite (art. 32), di “capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi” quale condizione per usufruire del “diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi” con “borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso” (art. 34), dell’“inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere” quale condizione per usufruire del diritto al mantenimento e dell’assistenza sociale (art. 38).

Che la Costituzione parli dei poveri solo in specifiche occasioni, non equivale peraltro a un difetto di attenzione. Sia perché tali occasioni corrispondono alla enunciazione dei diritti sociali fondamentali alla salute, all’istruzione e all’assistenza. Sia perché ai riferimenti espressi alla povertà occorre giocoforza aggiungere i principi di solidarietà, di pari dignità sociale e di eguaglianza sostanziale, che comportano una netta presa di posizione contro sperequazioni economiche e sociali e un corrispondente impegno a rimuoverle.

Ma il punto in cui questa complessiva opzione di principio contro la povertà si converte in direttive dell’azione dei pubblici poteri va rinvenuto nel nesso lavoro/assistenza, che pure forma oggetto di diverse interpretazioni.

Per alcuni il lavoro retribuito vi compare quale strumento necessario e sufficiente di protezione/inclusione sociale, vista l’enfasi sul diritto-dovere di svolgere un’attività lavorativa (art. 4), il principio di retribuzione sufficiente (art. 36), nonché il mancato riconoscimento de “il diritto all’assistenza sociale per gli inoccupati (abili al lavoro) e per i disoccupati di lunga durata, non più beneficiari della tutela previdenziale proprio a causa del protrarsi del loro stato oltre i limiti temporali massimi previsti dal sistema in un’ottica di disoccupazione ‘frizionale’ (art. 38, commi 1 e 2, Cost.)”¹.

¹ E. ALES, *Il lavoro di scarsa qualità*, in ASTRID, *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, a cura di C. Pinelli, Firenze, Passigli, 2012, 217.

La tesi di una presunzione costituzionale di piena occupazione o di disoccupazione frizionale poggia sull'argomento letterale della destinazione dell'assistenza all'"inabile al lavoro". Nella stessa direzione si muove chi esclude che il nostro *welfare* sia stato concepito dai Costituenti "sull'idea di un reddito universale che prescindendo dal lavoro"².

Per altri, al contrario, le diversità fra assistenza e previdenza non tolgono che lo Stato sia "tenuto in ogni caso a realizzare la libertà del bisogno", come conferma la Costituzione quando chiama "organi ed istituti previsti o integrati dallo Stato" ad assolvere ai "compiti previsti in questo articolo" (art. 38, quarto comma)³. E a un approdo analogo giungerà la Corte costituzionale, configurando l'assistenza sociale come diritto "alla rimozione di situazioni di svantaggio o di bisogno, per la promozione del benessere fisico e psichico della persona" (sent.n. 287 del 2004).

La divergenza interpretativa su come l'art. 38 Cost. prefigura il rapporto fra destinatari dell'assistenza e della previdenza si protrae da decenni, e si è sempre imperniata sulla dicotomia fra un'impostazione assicurativa e una universalistica della protezione sociale⁴, nonostante la condivisibile ipotesi di un assestamento col quale, nel perdurare di una struttura assicurativa e di uno schema centrato sul lavoro, il sistema previdenziale è stato parzialmente convertito in "strumento di redistribuzione a fini di protezione collettiva per situazioni di bisogno socialmente rilevanti"⁵.

La ricerca del fondamento costituzionale di azioni pubbliche di contrasto alla povertà deve tenere conto dello stato del dibattito, ma non può restarne appagata. Rimane sempre uno scarto, con riguardo a soggetti diversi dall'"inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere".

² R. PESSI, *La tutela previdenziale ed assistenziale nella Costituzione. Sostenibilità economica e sostenibilità sociale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2019, 50.

³ M. PERSIANI, *Articolo 38*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Art. 35-40, I, Bologna Roma, Zanichelli Foro italiano, 1979, 240.

⁴ Di dibattito "mai realmente sopito" tra "concezione mutualistica e solidaristica", ragiona M. CINELLI, *Condizionamenti finanziari e diritti sociali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 13.

⁵ W. CHIAROMONTE, S. GIUBBONI, *Cittadinanza amministrativa e previdenza sociale*, in *Cittadinanze amministrative*, a cura di A. Bartolini, A. Pioggia, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. VIII, Firenze University Press, 2016, 59.

Lo scarto non ci sarebbe se la Costituzione presupponesse uno stato di piena occupazione o di disoccupazione frizionale raggiunto grazie all'intervento pubblico. Ma la tesi che il riconoscimento del diritto al lavoro equivalga alla sua effettiva garanzia da parte pubblica è esclusa dalla giurisprudenza costituzionale (v. già sentt.nn. 2 e 270 del 1986, 238 del 1988) e da gran parte della dottrina, anche per ragioni strettamente testuali.

In effetti, il riconoscimento “a tutti i cittadini” del diritto al lavoro si accompagna alla previsione che la Repubblica “*promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto*” (art. 4, primo comma). Il confronto più immediato è con l'art. 34, dove al riconoscimento del diritto dei capaci e meritevoli di raggiungere i gradi più alti degli studi, anche se privi di mezzi, corrisponde la proposizione “La Repubblica *rende effettivo questo diritto* [...]”.

Le due formule differiscono fra loro non sotto il profilo della prescrivibilità, ma per il contenuto del compito richiesto alla Repubblica. La prima esprime una “direttiva costituzionale in materia di politica occupazionale”⁶, non meno vincolante dell'obbligo di rendere effettivo il diritto indicato all'art. 34. Tuttavia, chi sia chiamato a “promuovere le condizioni” per raggiungere un certo obiettivo svolge necessariamente un'azione complementare a quella di altri soggetti. Nella specie la Costituzione presuppone un mercato del lavoro, nel momento stesso in cui detta la direttiva della maggiore occupazione possibile.

Si spiega allora perché la “disoccupazione involontaria” rientri fra i casi in cui i lavoratori sono titolari del diritto a “che siano previsti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita” (art. 38, secondo comma): la piena occupazione non è ritenuta uno stato, ma un obiettivo per il quale i pubblici poteri debbono lottare continuamente. Il dover essere costituzionale sconta anche su questo terreno condizioni di fatto sfavorevoli da superare politicamente, in corrispondenza col generale precetto dell'art. 3, secondo comma.

Le condizioni di fatto con cui misurarsi oggi sono completamente diverse da quelle del passato. Non si tratta solo dei mutamenti economici e sociali sopravvenuti, compreso lo stesso significato del lavoro. In misura non minore va tenuto conto di uno stravolgimento del ruolo dei pubblici poteri prefigurato dai Costituenti.

⁶ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 15.

Come è stato notato, “Nell’impianto ibrido dello Stato sociale italiano si stratificano [...] livelli e itinerari diversi e talvolta dissonanti di mutamento, nei quali – accanto ad un generale indebolimento della *finalité* redistributiva d’ispirazione keynesiana – si fa fatica a tracciare linee nette di evoluzione, a maggior ragione se si aspira a cercarle in un progetto – introvabile – che si volesse ispirato ai principi della prima parte della Costituzione”⁷.

Se c’è una tendenza costante al di là delle filosofie di intervento e dei climi politici, consiste nell’inadempimento del compito costituzionale di promozione dell’occupazione. In luogo di esso, abbiamo avuto fasi ricorrenti di erogazione di sussidi, tentativi subito falliti di avvio delle politiche sulla formazione professionale e di mediazione fra domanda e offerta di lavoro, una conseguente creazione di amministrazioni che a quei fallimenti sono poi sopravvissute, a cominciare dai centri per l’impiego.

Qualunque discorso sul contrasto alla povertà va impostato a partire dalla consapevolezza di questo passato, e della necessità di voltare pagina.

⁷ W. CHIAROMONTE, S. GIUBBONI, *Cittadinanza amministrativa*, cit., 74.

RICORDI

Nell'arco di meno di un anno sono scomparsi due fra i massimi giuspubblicisti italiani, che per decenni hanno illustrato la nostra Facoltà: Giuseppe Guarino (1922-2020) e Gianni Ferrara (1929-2021). Pur maggiore di soli sette anni, Guarino era maestro di Ferrara. Ma i due erano soprattutto amici, tanto che ciascuno sottoponeva all'altro qualsiasi studio per averne un'opinione prima che venisse pubblicato, nella certezza di ottenere un riscontro sincero e perciò utile. E ambedue attribuivano estrema importanza all'insegnamento e alla vita della Facoltà e della sua rinata rivista, come può a maggior ragione attestare chi li ha conosciuti principalmente fuori dall'ambito accademico, in occasioni politiche e professionali. Vi sono state e vi saranno iniziative per onorare la memoria dei due Maestri. Ad essi sono dedicati i seguenti ricordi degli allievi.

“L'uomo senza istituzioni non esiste. L'uomo in tutti gli istanti della sua vita opera come uomo di una istituzione”. Quando, qualche tempo fa, ebbi modo di leggere questa frase che compare nel lavoro su “L'uomo istituzione” che Giuseppe Guarino ha pubblicato con Laterza nel 2005 il mio pensiero andò alla prima lezione di diritto costituzionale che Guarino, appena trasferito dall'Università di Sassari, tenne a Siena nel novembre del 1952. Ebbi in sorte di assistere a quella lezione come matricola appena iscritta alla Facoltà di giurisprudenza e debbo oggi riconoscere che quella è stata una delle occasioni più fortunate e determinanti della mia vita.

Mi ero iscritto alla Facoltà di giurisprudenza per rispetto di una tradizione familiare, ma con scarsa convinzione dal momento che non era certo il campo del diritto quello che suscitava il maggiore interesse per i giovani della mia generazione. Quello che allora ci attraeva già nei banchi del Liceo era il volto nuovo che, dopo la prova della guerra, il nostro paese veniva a mostrare attraverso la politica, la letteratura e il cinema, mentre il diritto ci appariva come una scienza polverosa ancora legata ai vecchi riti che si celebravano nelle aule dei tribunali e negli studi degli avvocati e dei notai. Ma fu proprio quella prima lezione di Guarino di cui conservo un ricordo vivissimo a farmi cambiare idea.

In quella lezione Guarino parlò delle istituzioni, che nascono dalla dinamica perenne che guida gli interessi umani e che, una volta nate, condizionano i comportamenti delle persone concorrendo alla loro formazione e alla loro collocazione nel contesto della storia. Istituzioni sorrette dal principio di effettività in base a regole di condotta la cui lettura varia nel tempo e che ai livelli più alti della vita politica trovano il loro primo supporto in convenzioni costituzionali che mutano gradualmente attraverso assestamenti progressivi prodotti dalla spinta degli interessi sociali. In questo quadro la legge scritta faceva il suo ingresso per ultima come uno dei tanti strumenti inventati dall'uomo per rendere più certo e sicuro il principio di aggregazione sociale. Questo discorso arricchito da continui richiami alla vita reale veniva ad aprire le porte un mondo nuovo che scendeva fino alle basi

dell'antropologia per risalire poi alla sociologia, all'economia e alla politica con un intreccio che collocava il diritto tra le maggiori forze motrici della storia. Un'esposizione condotta con un linguaggio rapido e lucidissimo che riusciva a far convergere, con grande naturalezza, l'analisi empirica con la ricostruzione sistematica, il realismo della cultura anglosassone con l'universalismo della cultura illuminista.

L'interesse per quella lezione e per la visione nuova che veniva ad offrirmi sul fenomeno giuridico fu tale da spingermi a seguire tutte le lezioni che Guarino avrebbe poi tenuto sia nel mio corso che nei corsi successivi: cosa che di fatto avvenne e che condusse a laurearmi in diritto costituzionale nell'ultimo anno dell'insegnamento senese di Guarino. La tesi che discussi con lui appena dopo il suo trasferimento a Napoli portava il titolo un po' pomposo da me proposto di *"Realtà e diritto dei partiti politici nell'ordinamento costituzionale italiano"*, ed era un lavoro che si sforzava di seguire il metodo suggerito dai suoi scritti e, in particolare, dalla monografia sullo scioglimento delle assemblee parlamentari la cui lettura mi aveva entusiasmato. Da questa tesi, che ottenne l'invito alla pubblicazione, nacque l'incoraggiamento che Guarino mi fece di proseguire nello studio del diritto pubblico sotto la guida sua e di Paolo Barile, che gli era appena succeduto nella cattedra senese. Invito che accettai con entusiasmo e che mi offrì la fortuna di svolgere il mio percorso universitario accanto a due personalità eccezionali.

Questo è il ricordo più vivo e grato che conservo di Giuseppe Guarino.

Quello che mi ha sempre colpito di lui, nella lettura dei suoi scritti e nei colloqui che si svolgevano presso il suo studio romano, era la vitalità e la curiosità che lo spingevano a immergersi continuamente in spazi nuovi scavalcando le frontiere delle scienze tradizionali nell'ansia di cogliere l'essenza dei problemi dell'uomo artefice della costruzione del tessuto sociale e istituzionale. Per questo penso che sia alla fine riduttivo parlare di Giuseppe Guarino come di un grande giurista, come uno dei maggiori cultori delle scienze costituzionali del nostro paese. Guarino è stato sì uno dei maggiori giuristi del nostro paese, ma è stato anche e prima di tutto un uomo di cultura ed una personalità geniale il cui pensiero ha spaziato nei campi più diversi e che resta alla fine impossibile rinchiudere dentro i confini di una disciplina specifica.

Un grande e generoso maestro.

Il 20 febbraio 2021 Gianni Ferrara ci ha lasciato. Non è questa la sede per illustrare analiticamente la figura di studioso, il suo raffinato pensiero costituzionalistico. Non è però neppure possibile limitarsi a ricordare solo l'“uomo”, secondo quella tradizionale distinzione che propone di separare l'opera scientifica dalla vita personale. Forse non lo è in nessun caso, certamente nel caso di Gianni Ferrara la figura di studioso tende a coincidere con quella privata: egli ha sempre coniugato il suo impegno civile, la sua passione sociale, i propri ideali individuali, le sue stesse personali scelte di vita, con lo studio del diritto e la riflessione scientifica, e dunque distinguere l'un aspetto dall'altro rappresenterebbe un torto sia allo studioso sia alla persona. Se un insegnamento di carattere “etico” è da trarre dalla vita e dall'opera insieme del professor Ferrara è proprio quello che la coerenza delle idee non può andare disgiunta da una parallela coerenza dei comportamenti. Ciò porta inevitabilmente ad affrontare le scelte intellettuali in modo non facile, caratterizzando le proprie posizioni per un rigore estremo; trovandosi spesso ad assumere punti di vista scomodi e di minoranza, senza remora – se è del caso – nel sostenere opinioni eretiche o eterodosse, poiché la coerenza non sempre si coniuga con la duttilità.

Una visione quella indicata che qualifica la ricerca scientifica e la vicenda umana di Gianni Ferrara. Una prospettiva che non può stupire se si considera come egli abbia cercato sempre di unire aspetti che per molti vanno invece tenuti separati. Una sorta di “conciliazione dei diversi” che contrassegna tutta la sua produzione intellettuale, il suo modo d'essere.

Così, se per molti può apparire difficile far coesistere *rigore* e *passione*, non c'è pagina della sua produzione scientifica, non c'è discorso pronunciato da Ferrara, che non trasudi invece l'uno e l'altro aspetto: un rigore scientifico coniugato sempre assieme ad un forte impegno civile, una consapevolezza critica che si traduce in intransigente passione. Insomma, tutto può affermarsi della riflessione di Ferrara, salvo che si tratti di un pensiero algido, che non scuota gli animi, che non raggiunga tanto il cervello quanto il cuore.

Credo possa dirsi anche di più: il metodo d'indagine scientifica adottato da Ferrara non solo dimostra che possono conciliarsi i “diversi”, ma anche i “contrari”.

Contro coloro che sostengono che il realismo non possa abbinarsi all'utopia, Ferrara fornisce, infatti, la prova di come un'indagine scientificamente fondata possa realizzarsi facendo assegnamento su entrambe queste prospettive: rimanendo sempre solidamente ancorata ai dati ed ai fatti che la realtà propone, ma non perciò accontentandosi di questi; sorreggendo invece le costruzioni teoriche, ma anche i giudizi espressi, in base ad una forte spinta ideale, che non può che determinare un motivato “realismo utopico”.

A proposito di conciliazione dei “contrari”, credo che un altro tratto valga a segnare la riflessione scientifica di Ferrara. Egli è certamente da annoverare tra gli autori che più hanno svolto un'analisi ravvicinata dei meccanismi della politica. Indagini svolte con una partecipazione consona al temperamento energico ed appassionato dello studioso. Non appartiene Ferrara a quella vasta schiera di studiosi che si trincerano dietro le proprie *technicalities*, che possono trovare, ad esempio, solidi ma anche confortevoli rifugi nel commento di una legge ovvero nella analisi di una sentenza di un giudice, fosse anche il giudice delle leggi. Non può dirsi che Ferrara tenesse in grande conto o praticasse il genere dei commenti a sentenza o alle leggi in genere, egli non sembra pensare al giurista come a colui che riesce ad affermare una visione puramente neutrale, che in base ad un'opera di forzata sterilizzazione della politica sia in grado di affermare una superiore logica di sistema (neutralizzando la scienza assieme alla politica). Ferrara appare invece sostenere che lo studio dei sistemi costituzionali deve svolgersi nel pieno della concreta temperie politica, valutando circostanze magari d'origine extragiuridiche, ma che, ciò nondimeno, agli istituti, agli atti, ai soggetti, finanche alle teorie del diritto, contribuiscono in modo essenziale a dare forma e sostanza.

Dunque un'analisi *ravvicinata* – non priva di partecipata passione – *della politica*. Come può conciliarsi quest'approccio con il necessario distacco dello studioso che non voglia perdere in lucidità ed in rigore scientifico? A me appare chiara la via seguita da Gianni Ferrara.

È la convinzione della storicità integrale dei concetti giuridici – “Il diritto come storia” è il titolo di uno dei suoi più significativi in-

terventi – che ha portato Ferrara a concepire la scienza giuridica come parte di una più complessiva storia delle scienze sociali espressione della cultura dei popoli, definita dalle forze materiali che il diritto deve regolare e il diritto costituzionale in specie deve poter governare. Una visione aperta e “contaminata” del diritto costituzionale, dunque; che tende naturalmente a liberarsi dei propri formalismi, delle chiusure dogmatiche e delle sue anguste tecniche. In questa visione la politica appare un elemento vitale, che non può non essere assoggettato all’analisi scientifica, ma che non può neppure dominare incontrastata la scena.

In fondo è la specifica visione del costituzionalismo moderno di matrice democratica, che viene fatta propria dal giurista Ferrara, quel costituzionalismo che nasce e si afferma al fine di limitare il sovrano, dettando regole ad esso, sottoponendo la politica al diritto. Un diritto costituzionale non disposto, dunque, a farsi dominare dalla categoria del “politico”; che si colloca, all’opposto, al di sopra del sistema politico, non al servizio di questo, perché ad esso fornisce legittimazione. Una prospettiva di studio, quella indicata, impegnata e, al tempo stesso, di orgogliosa rivendicazione dell’autonomia del sapere dalla politica; una prospettiva che – mi sia concesso sottolinearlo – appare oggi particolarmente utile richiamare e assai difficile da ritrovare.

Il diritto come parte di una più complessiva storia politica e sociale, si pone a fondamento anche di un ulteriore tratto del giurista Ferrara, che spiega alcune altre diverse “aperture” nello studio del diritto costituzionale secondo la pragmatica del nostro autore. Un diritto costituzionale che non può fare a meno di guardare alle altre scienze e agli altri campi del sapere, come dimostra l’uso non strumentale o collaterale delle elaborazioni filosofiche, i riferimenti costanti e non pleonastici ai classici del pensiero, non esclusivamente giuristi. Ma forse soprattutto spiega l’attenzione particolare prestata alle ragioni materiali che muovono le azioni umane e si pongono alla base delle costruzioni giuridiche. Una sensibilità che ha portato Ferrara a sottolineare costantemente e con insistenza il condizionamento economico, il quale finisce sempre per influenzare, se non per determinare, la giuridicità dell’esperienza. Ciò ha indotto Ferrara a non accontentarsi del rigore formale delle *analisi* giuridiche, ma sempre a ricercare la dignità delle *interpretazioni* giuridiche analizzando la

loro reale funzione politica, sociale, culturale, filosofica, ed infine economica.

La consapevolezza della complessità nello studio del diritto, che non può ridursi entro schemi semplificati e di comodo; la vastità delle conoscenze e delle competenze necessarie per interpretare il fenomeno giuridico, che non è di facile dominio per un singolo studioso; ma anche – soprattutto nei tempi più recenti – la necessità di riconsiderare problematicamente i tradizionali concetti che in passato potevano ritenersi indiscussi ed in grado di fornire la grammatica ai costituzionalisti e alle ricostruzioni sistematiche da questi svolte, e che oggi appaiono invece precipitate entro un vortice di crisi senza fine; tutto ciò spiega la propensione di Ferrara a soffermarsi su quella che egli stesso ha definito la “microfisica del diritto costituzionale”. Un’analisi cioè dei meccanismi di base, degli elementi più interni degli ordinamenti costituzionali, senza la pretesa dunque di imporre una visione complessiva e sistematica del diritto costituzionale, non cedendo alla tentazione di pensare la conoscenza come momenti dell’articolazione dialettica del tutto. Verrebbe da dire: l’assolutezza dello spirito hegeliano che pretenderebbe di ricercare la verità soltanto nella totalità, si trasforma nella pratica di ricerca propria della filosofia novecentesca, che si palesa (marxianamente) come funzione critica, ormai secolarizzata ed affrancata da ogni idealistica filosofia della storia. Le indagini sugli atti costituzionali, sul lessico dei costituzionalisti, sui concetti base del costituzionalismo, non possono che rappresentare pezzi di una ricerca che non punta più (se mai vi ha puntato) alla totalità del vero, ma alla riflessione critica, ed attraverso questa alla comprensione del reale. In termini foucaultiani, dunque una specifica “microfisica del potere”: analisi tese ad indagare i diversi modi in cui il potere viene concepito, esaminando l’insieme pluralizzato di relazioni e le diverse (presunte o reali) “fratture epistemologiche”, prodotte da un tempo che appare avere abbandonato il suo umanesimo, senza però abbandonare la centralità del soggetto. In questo contesto l’archeologia del sapere, lo studio di ogni specifico “pezzo” che va a comporre l’ordinamento concreto, l’indagine dei modi di composizione tra questi “pezzi” e la comprensione delle loro dinamiche, possono essere la via per fare emergere la struttura del potere reale.

Vasta è la produzione scientifica di Ferrara, che copre i più diversi territori del diritto, e che dunque appare impossibile ricon-

durre ad un'unica unità argomentativa, a dimostrazione dell'ampiezza d'interessi dello studioso. Ciononostante, mi è sembrato di potere individuare due costanti, tra loro intrecciate, che sembrano tenere assieme l'intera produzione e che sembrano orientare tutta la sua ricerca.

In primo luogo, l'adesione ai principi della Costituzione, nonché, più in generale, ai principi del costituzionalismo democratico. Questi sembrano rappresentare l'*humus* culturale che ha alimentato costantemente le diverse costruzioni teoriche di Ferrara.

In secondo luogo – e più in particolare – tra i principi che la storia del costituzionalismo moderno ha sostenuto, uno appare porsi al centro della riflessione di Ferrara: la “rappresentanza politica”, il suo concreto modo d'essere, il suo diverso conformarsi. Il centro tematico attorno al quale ruota l'intera produzione dello studioso può essere rinvenuto nell'analisi dei rapporti che tramite la rappresentanza politica si definiscono, e l'esame dei caratteri che in tal modo vengono concretamente ad assumere i diversi sistemi costituzionali e democratici. Parafrasando lo stesso Ferrara può dirsi che leggendo i suoi scritti ci si accorge via via che tutti i vari sentieri cui ci conduce portano, per strade diverse, ma convergenti, alla rappresentanza. Principio costantemente tenuto presente e posto al centro delle preoccupazioni di Ferrara, perché in grado di esprimere l'adesione ai principi del costituzionalismo democratico ed a mostrarne la sua reale condizione.

Sarà forse per questo, per l'evidente crisi in cui versa la rappresentanza politica negli odierni ordinamenti democratici, in particolare in quello italiano, ma anche nell'ordinamento europeo ed in quello che definisce i rapporti internazionali, che negli scritti più recenti si avverte un acuirsi della critica, una preoccupazione crescente. Continui sono i richiami ai rischi di grave degenerazione che i sistemi costituzionali corrono, per via delle trasformazioni degli ultimi anni. Denunce espresse a volte con toni di inusitata asprezza e profondità. Questa inquietudine sulle sorti delle nostre democrazie e sulle possibili torsioni dei principi del costituzionalismo democratico, il pericolo avvertito dunque di un abbandono dei valori cui Ferrara ha votato la propria esistenza ed in cui riposa il suo credo, non ha portato il nostro ad acquietarsi, non ha lo ha indotto – come suol dirsi – “a più miti consigli”. In caso, invece, lo ha persuaso a farsi ancor più battagliero.

Una dimostrazione significativa di questo rinnovato vigore polemico e della necessità di un impegno diretto e concreto per la difesa delle ragioni della scienza del diritto costituzionale può rinvenirsi – e mi piace ricordarlo – nella responsabilità assunta con l’ideazione e poi la direzione per lungo tempo della rivista “costituzionalismo.it”: una sede di confronto, di elaborazione teorica e di analisi, di carattere propriamente scientifico, che fa della battaglia delle idee la sua ragione costitutiva. Un luogo, magari inappropriato rispetto alla complessità dei processi di trasformazione in atto, ma che non rinuncia alla lotta per il diritto, alla lotta per la costituzione, a lottare per affermare le ragioni del costituzionalismo democratico.

Ferrara, dunque, appare un giurista non mansueto, che è riuscito a scuotere la nostra comunità scientifica. Mi si consenta, allora, da ultimo, di rivolgere al compianto professor Ferrara un ringraziamento che spero non risulti essere solo fatto a titolo personale e che desidero formulare richiamando il noto ammonimento che alla fine del '700 (nel 1798-99 per essere esatti), il grande pittore spagnolo Francisco Goya ha scolpito nelle nostre memorie: “Il sonno della ragione genera mostri”, titola una delle più celebri tele dell’artista. Ebbene, in questi tempi faticosi, ma anche un po’ sonnolenti, non molto allegri in verità, siamo spesso portati a distrarci e ad assopirci, a farci prendere, a volte senza accorgersene, da un ottundimento critico, mettendo pericolosamente a riposo la ragione. Gianni Ferrara spesso ci ha scosso, provocandoci magari turbamento, magari anche irritazione, ma sollecitandoci comunque ad alzarci per tornare a riflettere. Con la sua voce tuonante, ha spesso finanche urlato il suo argomentato sdegno e la sua allarmata preoccupazione per i “mostri” che scorge e che rischiano di essere generati. Una salutare sveglia ai nostri pacificati sogni, dai quali dobbiamo uscire per non arrenderci al sonno della ragione. Anche per questo, credo, dobbiamo tutti noi ringraziare lo studioso e l’uomo Gianni Ferrara. Grazie Gianni.

Dopo una lunga, operosissima e battagliera vita, Gianni Ferrara si è congedato dalla famiglia, nonché da allievi, colleghi e compagni di fede, la sera di sabato 20 Gennaio 2021, a Roma.

Casertano – era nato il 21 aprile 1929 a Casal di Principe – aveva frequentato a Napoli, nell'immediato secondo dopoguerra, il liceo Umberto e poi Giurisprudenza, allievo di Giuseppe Guarino e collega fra i banchi studenteschi di Giuseppe Cuomo e Nello Motzo [G. CUOMO, *Saluto ai partecipanti*, in *La transizione repubblicana. Studi in onore di Giuseppe Cuomo*, a cura di S. Labriola, Padova, 2000, 148]. Subito dopo fu funzionario alla Camera dei Deputati e in seguito ricordò, in un breve scritto dedicato all'amico, la contemporanea esperienza nel medesimo ruolo, ma al Senato, del pesarese Leopoldo Elia [G. FERRARA, *Per Elia*, in *Riv. it. sc. giur.*, 9 (2018), 223 ss.].

Di questo primo impegno pubblico mi sono ricordato nel chiedermi come avrebbe giudicato la polemica sollevatasi, proprio nelle ore in cui ci lasciava, a causa degli insulti a un'esponente politica di estrema destra da parte di un professore universitario, nel corso di una trasmissione radiofonica. Ebbene, non ho alcun dubbio che a lui, pur così convinto della propria identità politica e culturale radicalmente di sinistra, un infortunio – un involgarimento inelegante – del genere non sarebbe mai potuto succedere.

Come ha bene osservato Paolo Ridola, in uno dei suoi non rari e sempre pensosi interventi nel proprio profilo di *Facebook*, era stato

* Il presente lavoro appare anche nel *Liber Amicorum* in onore di Gianfranco Cocco, cui è dedicato nel ricordo dei tempi della nostra giovinezza, durante i quali (assieme al mai troppo compianto Pasquale Ciriello) noi tre ci preparavamo – studiando in dialogo costante nella sua casa calda di affetti familiari, in un palazzo del Corso Umberto, di fronte alla facoltà di Giurisprudenza della Federico II, in cui aveva avuto il suo studio professionale Enrico De Nicola – ai primi passi delle rispettive carriere accademiche. Al tempo stesso intende rammentare la nostra condizione di laureati del comune, amato Maestro, che ha impresso su ciascuno di noi (e sui tanti che hanno avuto la fortuna di esserne allievi) un'impronta che non abbiamo mai dimenticato o rinnegato. Una versione più breve di questo scritto è apparsa con lo stesso titolo nella pagina di cultura del *Corriere del Mezzogiorno - Campania* di martedì 23 febbraio 2021. Ringrazio Maria Sarah Bussi e Paola Santini per il soccorso nel reperimento di alcune fonti bibliografiche.

appunto da giovane, con altri, l'espressione migliore di una burocrazia parlamentare che era innanzitutto un'aristocrazia repubblicana di grandi servitori dello Stato e non avrebbe mai dismesso un abito mentale di rigorosa neutralità formale nell'esercizio di quelle funzioni (come il medesimo interessato, del resto, ammette proprio nell'occasione sopra richiamata), né io stesso l'ho mai visto senza giacca e cravatta, sospettabile di sciatteria, salvo che nelle mie visite a casa d'estate, quando lo trovavo in una polo comunque elegante, per quanto nella conversazione amicale privata tornasse ad essere il puntuto e appassionato propugnatore delle sue idee.

Passò quindi all'insegnamento universitario, dopo avere vinto a Sassari un concorso da ordinario di Dottrina dello Stato, ternato con Antonio Pigliaru e Toni Negri, diventando professore a Genova [F. LANCHESTER, *Ricordo di un "partigiano" della Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 1/2021], prima del ritorno nella città degli studi giovanili, chiamato ad insegnare Diritto Costituzionale a Giurisprudenza, nell'allora unica e storica università che avesse tale facoltà e nel momento in cui si concludeva il lungo regno di "don" – uso meridionale che dice di un costume di rapporti – Alfonso Tesauo [M. SCUDIERO, *Alfonso Tesauo*, in *Rileggere i Maestri*, a cura di M. Tedeschi, Cosenza, 2011, 83 ss. e – in un quadro storico più ampio – ID., *La scienza del diritto costituzionale a Napoli, dall'Unità d'Italia ai tempi più recenti*, in *Atti dell'Accademia Pontaniana*, Napoli, 2018, 123 ss.].

Ero allora un ventenne diligente, ma non molto appassionato di diritto, la cui scelta della facoltà universitaria era stata compiuta più in ossequio pigro a una risalente tradizione familiare di avvocati, magistrati e notai che con un davvero convinto trasporto: sognavo infatti di diventare un giornalista, mettendo così a frutto in questa professione le prime prove vissute in fogli di provincia e l'ho raccontato nel mio contributo agli scritti in onore del Maestro [*"Il Governo di coalizione" rivisitato*, in *Scritti...*, cit., Torino, 2005, III, 195 ss.], quando – nella veste che aveva allora assunto e nella stagione politica di cui dico oltre – lo incontrai nel palazzo storico della sede centrale al Rettifilo.

Per me fu un amore a prima vista verso la materia, trasmessa attraverso la sua parola calda, dal timbro della voce arrochito dalle molte Gauloises (in seguito sostituite da sigari e pipa: non mi è comunque mai capitato di vederlo fuori dalle aule universitarie – per

quanto ricordi – senza che fosse circonfuso da una nuvoletta di fumo). Le mie passioni (o almeno alcune: in età matura mi sono lasciato ulteriormente intrigare dall'innesto tra diritto e letteratura) si erano a questo punto finalmente svelate per intero, incrociate, sovrapposte. Grazie a lui potevo dire di avere scoperto il fascino anche del diritto e in particolare da questa malattia, l'ossequio ammirato e di più: l'amore verso la Costituzione come disegno di geometrie nato da eventi infuocati e proiettato verso l'avvenire, non sono ancora guarito dopo cinquant'anni, ormai pensionato, avendolo fatto diventare il mio mestiere, anche se sono stato altresì avvocato e con le collaborazioni giornalistiche ho continuato.

L'agente benefico dell'infezione era stato lui, per me e per tanti, oggi (a debita distanza di valore) suoi colleghi, oppure avvocati, magistrati, funzionari, capaci – anche se non ci fossimo conosciuti prima – di “fiutarci” reciprocamente, di riconoscere il segno che la sua personalità aveva impresso nel nostro comune modo di ragionare, come a me è capitato con una collega romana, appunto durante una controversia che ci vedeva contrapposti quali difensori, ciascuno del proprio cliente: discutevamo con durezza di una possibile transazione della lite e nessuno di noi due si spostava dalle rispettive posizioni. Facemmo allora una pausa per un caffè, durante la quale scoprimmo di avere avuto lo stesso relatore, in Atenei diversi. Alla ripresa della nostra seduta di lavoro constatammo che il clima si era “miracolosamente” rasserenato e abbastanza agevolmente pervenimmo infine a un accordo soddisfacente per entrambi.

Non faccio alcun nome perché, se ne scordassi qualcuno, verrei giustamente rimproverato. Quanto a me, sono stato appunto e semplicemente l'ultimo suo laureato napoletano in ordine di tempo, il 31 luglio del 1974, prima che lasciasse la città perché chiamato alla Sapienza.

Nella capitale ebbe altri allievi importanti e uno stuolo di estimatori tra gli studenti e tornò anche alla Camera dei Deputati, stavolta da eletto, nella IX e X Legislatura, ma andiamo con ordine.

Quando lo avevo conosciuto era un socialista quarantenne, capo di gabinetto di Francesco De Martino, allora segretario del partito e vicepresidente del Consiglio nei governi Rumor e Colombo, in anni cruciali per la vita della Repubblica, all'avvio di importanti riforme sui diritti del lavoro e civili, ma anche della contestazione giovanile e della “strategia della tensione”, con le bombe di piazza Fontana a

Milano [il profilo culturale dell'uomo politico, senza però nessun accenno alla sua esperienza di governo, è ricordato in G. FERRARA, *De Martino teorico della politica*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 1990, XXIII ss.] e giovane socialista di “rito lombardiano” ero io stesso.

Uscì dal partito con l'ascesa di Craxi, assieme a Franco Bassanini e a Tristano Codignola e questo fu il mio medesimo percorso, solo che io lasciai del tutto la giovanile militanza politica e mi concentrai sulla costruzione del mio albare percorso di ricerca universitaria: l'indirizzo che aveva assunto il PSI non mi convinceva più, senza che però mi seducesse il partito comunista, approdo naturale dei suoi dissidenti di allora.

Gianni Ferrara rappresentò invece a Montecitorio dal 1983, prima per la Sinistra indipendente e poi per il PDS, il collegio di Napoli e Caserta e si intestò con altri proposte riformatrici da giacobino radicale, come il monocameralismo con membri ridotti sì, ma in un contesto di legge elettorale proporzionale e forte limitazione dei poteri governativi di decretazione d'urgenza, il che contribuiva a delineare un parlamentarismo assembleare, riprendendo un'antica idea delle sinistre – soprattutto del PCI – alla Costituente [P. PETTA, *Ideologie costituzionali della sinistra italiana* (1892 - 1974), Roma, 1975] e lo indusse ad avversare pochi mesi orsono il referendum costituzionale di mero taglio degli eletti, ribellandosi in un'intervista a chi accostava strumentalmente l'esito sperato ed in effetti realizzato dai promotori attuali al suo disegno di allora [A. FABOZZI, *Gianni Ferrara: con Rodotà difendevamo il Parlamento, questi vogliono affossarlo*, ne *Il Manifesto*, 26 agosto 2020].

Nel suo pensiero è rimasto sempre caratterizzato dai tratti riconoscibili – per ognuno che l'abbia frequentato – dei primi ricordi che gli hanno in questi giorni dedicato amici e allievi: il “costituzionalista intransigente” dell'*obituary* di Tommaso Frosini [in *Federalismi.it*, 6/2021]; “l'appassionato avversario della ‘letteratura rosa’ dei colleghi giuristi”, buona per scrivere contributi irenici adatti a conquistare cattedre, come scrisse lui una volta, ma elusiva della rappresentazione reale dei conflitti sociali [G. FERRARA, *Il diritto come storia*, che riprende nel titolo un'ispirazione del suo amato Giorgio Arcoleo e che si legge in *Costituzionalismo.it*, 1/2005, 1 ss.; la notazione sta proprio all'inizio] del ritratto intellettuale dedicatogli da Gaetano Azzariti [ne *Il Manifesto*, 23 febbraio 2021]; l'uomo che rifiutava il

“tremebondo neutralismo”, tuttavia al tempo stesso capace di “rigore del metodo pur nella consapevolezza – manifestata ampiamente nei suoi scritti – dei profondi legami tra il diritto, l’economia ed i rapporti sociali e politici”, nell’immagine restituitane da Gaetano Silvestri [in *Giustizia Insieme*, 25 febbraio 2021]; il “militante della Costituzione. Un’opzione ideale, prima ancora che politica e giuridica, dalla quale sarebbe scaturito il suo inesauribile impegno a difesa del fondamento sociale della Repubblica, della democrazia parlamentare, del sistema dei diritti, della centralità della politica” dell’ultimo saluto di Claudio De Fiores [in *Dpeur on line*, 1/2021]; il “politico perché giurista” dei commossi ricordi di vita comune, delle sintonie e dei rari dissensi nel riconoscimento tributato a un “fratello maggiore”, “per tutti... uno spirito libero” di Massimo Villone [ancora ne *Il Manifesto*, 23 febbraio 2021], L’“europeo scontento” di Giuseppe Allegri [in *Furiadeicervelli.blogspot*, 25 marzo 2021].

Al tempo stesso, è altresì restato in ogni circostanza una persona di calda umanità, aperto agli affetti, certo sanguigno nella discussione, ma comunque rispettoso – nella polemica di circostanza – della dignità personale dell’occasionale interlocutore, mai negandosi al dibattito culturale, alimentato fin quasi alla scomparsa da riviste di area e dalle colonne del *Manifesto* (chiusa la parentesi da deputato si era nel frattempo si era avvicinato a Rifondazione Comunista), per poi trovare una sede stabile e pressoché esclusiva onde esprimersi nella rivista giuridica *Costituzionalismo.it*, che fondò e di cui fu a lungo direttore e un ruolo ulteriore per venire esercitato nel consiglio di amministrazione dell’Istituto italiano per gli studi filosofici a Napoli.

È difficile sintetizzare in poche righe il ricchissimo e fecondo lascito del Ferrara giurista, ma si possono indicarne le costanti: una formazione culturale marxista rimasta negli anni indenne da pentimenti e mode, che la rammentata vicinanza a De Martino, autore di una monumentale *Storia della Costituzione* romana in sei volumi, aveva confermato e rafforzato; il rigore argomentativo serrato che negli omaggi segnalati in precedenza è stato da ognuno riconosciuto; un robusto realismo giuridico, nutrito anche da Hobbes, Machiavelli, Vico e – tra i nomi del Novecento – da un autore scomodo come Schmitt, naturalmente riletto “da sinistra”; il senso della Storia come conflitto di classe per la liberazione dell’uomo da ogni sfruttamento; la fede nel popolo sovrano – ma organizzato in partiti e non disperso nell’ambiguità della “democrazia immediata” e in movimenti dal non sempre

limpido tratto – che lo rendeva più che critico verso i disegni di riforma costituzionale sfornati a getto continuo, in una voga politologica alla quale non ha mai mancato di rivolgere strali di acuminato sarcasmo; la freddezza verso il divenire in concreto di un’Unione Europea ormai lontana dal sogno del Manifesto di Ventotene e ridotta a somma di egoismi economicamente condizionati.

In uno scritto destinato a celebrare Leopoldo Elia (lui pure – da sponde e riflessioni distinte, ma non distanti, come si diceva all’inizio – vicino al Maestro che qui si onora), è stato citato Giuseppe Capograssi, che rendeva a sua volta omaggio a Vittorio Emanuele Orlando, proprio relatore della tesi di laurea, ricordandone le lezioni mattutine alla Sapienza, prima di raggiungere l’assemblea cui apparteneva: “Che cosa fanno i giuristi di diritto pubblico? Prendono una situazione di fatto, cioè storica (...) come fosse cristallizzata, la traducono in concetti, la esprimono in termini di sistema. Debbono fare così, è necessario che facciano così (...). Questo è il delicato, terribilmente delicato lavoro della scienza del diritto pubblico: accettare il labile e cercare di trasformarlo in stabile” [G. CAPOGRASSI, *Il problema di Vittorio Emanuele Orlando* (1953), ora in *Opere*, V, Milano, 1959, 359 ss., richiamato da C. PINELLI, *Il tempo della Costituzione nel pensiero di Leopoldo Elia*, in *Oss. Cost.*, 3/2018, 477 ss. (478 per la citazione)].

Ebbene, questo è un rilievo molto fondato per tutti, ma tanto più per il Nostro, che pensava appunto in termini sistematici il presente storico, riannodandone tuttavia i fili al passato e guardando all’avvenire.

Nel primo studio monografico sul *Rinvio della legge alle Camere prorogate* (Milano, 1964) egli tipizza tra l’altro il possibile rifiuto della sua promulgazione nell’ambito di una forma di governo parlamentare in termini rigidi, che certo non contemplavano la successiva prassi presidenziale di promulgazioni condizionate o con messaggio di accompagnamento, che palesa riserve e contiene moniti.

Nel *Presidente di Assemblea parlamentare* dell’anno successivo, sempre edito a Milano, facendo della figura il custode e il garante dell’attuazione parlamentare dell’accordo di coalizione, guarda alle prime esperienze e speranze del “centrosinistra organico”, ma quasi cinque decenni dopo, determinatosi un ambiente politico maggioritario, con una “concezione della democrazia, sbandierata ora come decidente, immediata, di investitura, bipolare e via distorcendo”,

quando “la scelta del sistema elettorale maggioritario avrebbe definitivamente attribuito il potere di indirizzo politico al Governo e tutto intero”, osserva come la “configurazione del Presidente di Assemblée parlamentare credo quindi che la si possa ora identificare in quella del ‘magistrato neutrale’ ”, caricandolo perciò dei compiti di garanzia istituzionale delle minoranze [G. FERRARA, “*Il Presidente di Assemblée parlamentare*”, *quarantotto anni dopo*, ne *Il Filangieri*, quaderno 2013 (2012-2013), Napoli, 2014, 301 ss.].

Nel *Governo di coalizione* (Milano, 1973), mentre il suo antico mentore De Martino propugnava da politico “equilibri più avanzati” nelle coalizioni di governo ad egemonia democristiana, prende atto della necessità di rafforzare la componente socialista nel dialogo competitivo, ma anche ausiliario, con l’opposizione parlamentare di sinistra, in ciò giovandosi anche delle conclusioni raggiunte ne *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)* [in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss.] e dunque facendo di una clausola fino ad allora intesa come svolazzo esornativo del testo costituzionale la chiave di volta di un ragionamento in cui essa diventa il grimaldello antidiscriminatorio di forze politiche, funzionale insomma a fare saltare la serratura della *conventio ad excludendum*.

L’ultima stagione è quella del ritorno alla dimensione storica e teorico-generale, attraverso gli editoriali o comunque gli scritti e i commenti all’attualità della rivista che dirigeva. Su quest’aspetto, si veda l’approfondito contributo di A.A. CERVATI, *Gianni Ferrara storico e giurista tra politica e Costituzione* [in *Costituzionalismo.it*, 1/2021].

Appartengono a questa fase *Gli atti costituzionali. Lezioni*, Torino, 1999, che il medesimo autore riconosce come un suo ennesimo elogio delle ragioni della rappresentanza politica, *leit-motiv* di una vita; *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*. Milano, 2006, di cui egualmente chiarisce in un’autorecensione dell’anno successivo l’urgenza etica e militante che più premeva in lui per indurlo a scrivere: “un atto di rivolta contro la regressione culturale, morale e politica dei tempi che stiamo vivendo. La regressione che induce a considerare la Costituzione come ostacolo, limite, arma, perciò oggetto da mutilare, convertire, trasformare in funzione di altro da quello che la sua essenza, la sua ragion d’essere le impone. Perché ostacolo, limite essa è: allo strapotere di chi detiene il potere, all’arbitrio e al dominio” [in *Ritorno al diritto*, 6/2007, 196 ss.] ed

ancora le riflessioni pessimistiche di *La crisi della democrazia all'inizio del XXI secolo* [Roma, 2012], il cui cuore tematico è un affilato attacco al neoliberismo decostruttore dei diritti sociali e alla filosofia della “governamentalità”, ottica ripresa anche in *La Costituzione violata* dell'anno successivo [Napoli, 2013], mentre *I comunisti italiani e la democrazia. Gramsci, Togliatti, Berlinguer* [Roma, 2017] delinea con ricchezza anche documentaria un modello di “democrazia progressiva” che, altrettanto progressivamente e non senza lacerazioni anche nelle vite e nei rapporti personali, benché con eccesso di lentezza, si distacca da quello sovietico.

Ciò senza trascurare la collaborazione, cui teneva molto, alla *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, alla quale consegna ulteriori ricostruzioni storiche di invito a continuare la battaglia, con indicazioni di prospettive aperte, mentre restano invece prive di luce le pagine che analizzano l'involuzione contingente della forma di governo italiana.

La produzione teorico-generale si chiude con un lucido libro di piccola mole, ma di profonde riflessioni riepilogative di un lunghissimo percorso, prodigiosamente licenziato a novant'anni, *Riflessioni sul diritto*, Napoli, 2019 [su cui si legga la recensione di M. PROSPERO, in *Riv. it. sc. giur.*, 10 (2019), 921 ss.]. Dell'anno successivo è – a suggello – l'antologia *Per la democrazia costituzionale. Scritti scelti*, Napoli, 2020, curata da due cari allievi come Claudio De Fiores e Michele Della Morte, che ripete testualmente nel titolo il suo contributo agli *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come limite e regola al potere*. [Napoli, 2009, V, 1899 ss.].

Chiudo con un ultimo ricordo personale: presentando con altri a Napoli, nell'aula Pessina dell'allora ancora facoltà di Giurisprudenza della Federico II, il libro sulla Costituzione da documento politico a diritto effettivo che si è rammentato sopra ed era all'epoca da poco uscito, ebbi a dire – osservando che siamo in fondo ancora tutti un poco figli di Hegel – che, rispetto alla galassia dei suoi allievi, ritenevo di potermi collocare nella “destra ferrariana”, ma solo (aggiunsi, ammiccando a lui che mi ascoltava incuriosito su dove volessi andare a parare) perché quello era l'unico posto dove mi sarei potuto ritagliare uno spazio per trovare un'identità personale: una sinistra ferrariana in realtà non poteva esistere, perché da quel lato non c'era alcuno che potesse scavalcarlo.

La verità è che i figli nascono, crescono e poi vanno per il mondo, fanno le loro esperienze, provano a conquistare una voce autonoma rispetto a padri talora ingombranti, ma infine assai spesso ritornano e comprendono la verità profonda di quanto affermava Ennio Flaiano [*Taccuino* 1946, in *Diario notturno*, Milano, 1956]: “La saggezza di certi vecchi alberi mi riempie di venerazione. Ognuno, credo, è legato agli alberi della sua terra, come ogni uomo si accorge, un bel giorno, di essere suo padre e suo nonno e che questa è l’unica immortalità possibile”.

Dobbiamo concederlo, o almeno lo fa chi scrive. In questa unica dimensione possibile della sopravvivenza, però, Gianni Ferrara durerà ancora molto a lungo, nel ricordo, nella gratitudine, nell’affetto, nell’operosità degli allievi diretti, dei loro ulteriori allievi e dei tanti lettori, simpatetici o no che essi siano, perché a ciascuno ancora indispensabile.

Mentre questo numero va in stampa apprendiamo della scomparsa di un altro illustre Maestro della Facoltà, Professore emerito di diritto penale, Alfonso Maria Stile (1941-2021). Mentre si organizzano iniziative per onorarne la memoria, a lui è dedicato il seguente ricordo.

Alfonso Stile ci ha lasciati. Professore illustre e avvocato penalista tra i più noti e apprezzati in Italia, testimone e ispiratore dei più importanti Convegni nazionali e internazionali degli ultimi cinquant'anni, Alfonso è stato un animatore instancabile, uno scopritore di talenti, un docente appassionato, un osservatore vigile e sempre critico della realtà legislativa e giudiziaria. Tutti quelli che lo hanno conosciuto ne hanno apprezzato le doti di fine giurista, ma anche di umanità, signorilità del tratto e autorevolezza di giudizio. Sia come professore e sia come difensore penale. Ma è del professore che posso dire qualche parola di ricordo più personale. Un punto di riferimento e un esempio di instancabile dedizione all'Università come discorso pubblico e dibattito, come formazione di generazioni educate al significato sovranazionale e comparato delle scienze penalistiche. Alfonso Stile è stato un punto di riferimento. Maestro di una Scuola prima urbinata, poi napoletana (Federico II) e romana ("La Sapienza"), ricca di valenti allievi di più generazioni educate alla formazione in Istituti della cultura penalistica tedesca e al dialogo internazionale, il ricordo di Alfonso non ha bisogno ora di una narrazione del suo *curriculum* accademico che già è stato percorso con molta precisione allorché gli fu conferito l'emeritato dall'Università "La Sapienza" di Roma presso la quale ha insegnato per un ventennio. Certo non si può non ricordare in Lui quella sintesi di dogmatica penale e politica criminale che ha costituito il metodo e anche l'ideale degli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, producendo un modello di *episteme* penalistica che si è propagato sino al nuovo millennio.

Tra le sue pubblicazioni si devono menzionare le monografie sul *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze* (1971), e su *Omissione, rifiuto o ritardo di atti d'ufficio* (1974), gli studi sulla discrezionalità giudiziale, sulla commisurazione della pena, l'editing di alcuni volumi classici, in tema di *Bene giuridico e riforma della parte speciale* (1985), su *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza* (1989), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale* (1991), *La riforma della parte generale del codice penale: la posizione*

della dottrina sul progetto Grosso (2003), e vari altri, sino a tempi recentissimi.

La figura di Alfonso Maria Stile presenta soprattutto una unicità nel panorama dei penalisti italiani che riguarda la sua attività di organizzatore culturale. Nessuno come Lui ha saputo per decenni incarnare il ruolo del maestro conferenziere, del Presidente o Vicepresidente di organizzazioni internazionali come l'*Istituto Superiore di Scienze criminali di Siracusa* (Isisc) e l'*Association internationale de Droit pénal* (Aidp), e il suo *Gruppo italiano*, in una indefessa promozione di dibattiti e convegni di alto livello. Veramente una presenza straordinaria, una dedizione unica a questa *mission* che ha coinvolto tutti i più importanti interpreti della nostra disciplina. Accanto a questa attività c'è stata quella editoriale, di pubblicazione degli atti di numerosissimi congressi: opere, alcune sopra ricordate, che illustrano la produzione scientifica di contributi spesso fondamentali e su temi sia classici e sia di grande attualità o di riforma.

È solo negli ultimissimi tempi che la malattia aveva attenuato questa sua spinta formidabile, ma non la sua attenzione e presenza, dove possibile, a tutti i principali eventi. Sino agli ultimi convegni dell'Associazione Silvia Sandano, che Alfonso ha saputo promuovere con lucido disegno di dialogo internazionale con alcuni tra i più grandi penalisti del nostro tempo.

Questo contributo organizzativo e di scambio intellettuale costituisce l'apporto obiettivamente più importante di tutti, qualcosa che va oltre le singole idee, gli scritti di un *curriculum*, la partecipazione a una Commissione di riforma del codice penale, e che non ha eguali nel panorama penalistico italiano e forse anche internazionale. Se noi ci siamo sentiti parte di una realtà culturale comune, di un lessico, di un *modus vivendi*, di una identità accademica e di valori, è stato per la partecipazione a questi eventi, dove Alfonso aveva il ruolo non solo di regia culturale e gran cerimoniere, ma anche di presenza attiva e vigile al dibattito e ai suoi contenuti.

L'amicizia personale che ci ha legati e la stima che mi ha sempre manifestato sono aspetti che non incidono in nessuna misura sul giudizio qui espresso, che rende senza accentuazioni aspetti imperituri della persona e dell'opera di Stile. Grazie Alfonso.

RECENSIONI

J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford University Press, Oxford-New York NY, 2020, pp. 256.

Dopo aver avviato una trattazione del tema in conferenze, articoli¹ e interventi sul suo blog², il professor Balkin della Yale Law School, alla vigilia delle elezioni statunitensi del novembre 2020, ha dato alle stampe un agile volume il cui scopo principale è quello di spiegare come la cultura costituzionale statunitense abbia potuto raggiungere l'«attuale disagio»³ e cosa accadrà dopo quelle elezioni.

L'autore si dedica a questo compito cercando di definire la categoria dei cicli del tempo costituzionale. La visione ciclica è vagamente ispirata a una suggestione astrologica (la totale eclissi solare vissuta negli Stati Uniti nell'estate 2017), e a una serie di riferimenti stilistici agli insegnamenti di Polibio e Machiavelli, poi agli studi di Arthur Schlesinger e infine a un aforisma di Mark Twain, secondo cui è vero che la storia non si ripete ma spesso fa rima⁴.

Non il primo lavoro in cui Balkin propone un esercizio di determinazione di scenari futuri⁵, la previsione di fondo fatta dall'autore è la seguente: il regime Reaganiano (*Reagan regime*), che ha caratterizzato gli Stati Uniti d'America dagli anni '80 del Novecento a oggi, e di cui la presidenza Trump è il prodotto finale, è in fase di declino e un nuovo *regime* è alle porte; questo sarà segnato dalla guida del Partito Democratico, sulla base della coalizione già anticipata dalla presidenza Obama (e composta da *minorities, millennials, college-educated professionals, suburbanites, women*).

¹ J.M. BALKIN, *The Recent Unpleasantness: Understanding the Cycles of Constitutional Time*, in "Indiana Law Review", vol. 94, 2019; ID., *Why Liberals and Conservatives Flipped on Judicial Restraint: Judicial Review in the Cycles of Constitutional Time*, in *Texas Law Review*, vol. 98, 2019.

² *Balkinization Symposium on Democracy and Dysfunction. Collected Posts*, in *Balkinization*, 21 giugno 2019.

³ «The Recent Unpleasantness» è il titolo di esordio del primo paragrafo del saggio di Balkin, simbolicamente ripreso da uno degli eufemismi con cui gli abitanti degli Stati del Sud si riferivano alla Guerra Civile statunitense. Poche righe dopo Balkin è più diretto e ammette che «qualcosa è andata seriamente storto con la democrazia costituzionale negli Stati Uniti» (p. 3).

⁴ Balkin ha dato prova in passato di conoscere Vico (ad es. in *Originalism and Living Constitutionalism: A Symposium on Jack Balkin's Living Originalism and David Strauss's The Living Constitution*, in *Boston University Law Review*, vol. 92 n. 4, 2012, 1289), ma della sua influenza in questo lavoro non si trova traccia.

⁵ Si v. ad esempio J.M. BALKIN, R. SIEGEL (a cura di), *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, New York NY, 2009. Trattasi, in questo caso, di una raccolta di interventi di giuristi di confessione dichiaratamente *liberal*, che suggeriscono chiavi di lettura per uno sviluppo progressista del discorso costituzionale.

Mentre licenzia le bozze del libro Balkin non può escludere che Donald Trump ottenga un secondo mandato, ma anche in tale remota (p. 28) eventualità, ritiene questa esperienza il canto del cigno del regime Reaganiano.

L'assonanza ciclica alla base della previsione è invece la seguente: quella vissuta finora è qualcosa di simile a una seconda *Gilded Age* (con la prima si suole descrivere il periodo a cavallo tra XIX e XX secolo, segnato da corruzione politica, monopoli nel mercato, discriminazioni indotte dall'immigrazione, segregazione razziale, etc. – p. 62), e quella che incalza è qualcosa di simile una seconda *Progressive Era* (con la prima si suole indicare l'epoca inaugurata dal New Deal di Roosevelt). Si vive quindi un momento di transizione, la cui durata può variare da cinque a dieci anni.

L'assunto di fondo è che quello vissuto finora è stato un periodo molto buio (*nightmare*) della storia costituzionale americana, per come interpretata dalla cultura del New England: ma il futuro, annuncia Balkin, sarà «migliore».

Il saggio si compone di tre parti: inquadramento del tema (i cicli del tempo costituzionale, appunto), i cicli del *judicial review* (il cuore del volume), e conclusioni.

Nella prima parte Balkin articola un incastro di tre cicli: ciclo di nascita e caduta dei regimi politici nella storia americana; ciclo di polarizzazione e depolarizzazione; ciclo di decadenza (o di corrompimento costituzionale [*constitutional rot*]) e rinnovamento del governo repubblicano. L'interazione di questi cicli genera quello che l'autore chiama *constitutional time*.

Quanto al primo ciclo, la storia politica americana viene caratterizzata dalla successione di regimi politici ben definiti da un punto di vista ideologico e operativo, con la coalizione dominante che fissa la base di ciò che verrà ritenuto politicamente possibile e impossibile.

Balkin conta sei *political regimes* (p. 15): quello del Partito Federalista (l'originario partito rivoluzionario che ha guidato la fondazione del paese), che perde il potere nel 1800 a favore del regime Jeffersoniano. Segue quello Jacksoniano, che vede alla guida un Partito Democratico, «il primo partito politico di massa» americano, che è il partito del *white working man*, ma anche il partito degli schiavisti. Viene quindi il regime Repubblicano (un nuovo Partito Repubblicano viene creato nel 1854 sulle ceneri dei Whigs) che domina il lungo periodo che va dalla guerra civile all'affermazione del nuovo regime inaugurato con Roosevelt: il c.d. *New Deal/Civil Rights Regime*. Per ultimo, il già menzionato regime Reaganiano, che secondo Balkin è alle ultime battute.

I cicli delle polarizzazioni descrivono invece un altro scenario. La polarizzazione politica, secondo l'autore, di fatto comincia solo all'indomani della Guerra Civile, con la stabilizzazione del sistema politico (p. 33), e si protrae fino agli inizi del XX secolo. I primi decenni di questo secolo vedono tre partiti sulla scena: i Democratici degli stati del Nord, i Democratici degli stati del Sud e i Repubblicani. In principio queste fazioni sono divise su tutto: identità sociale, questione razziale, governo del mercato, delle innovazioni tecnologiche, immigrazione. Il Partito Repubblicano continua a essere ritenuto il più egualitario sulle questioni razziali, mentre quello Democratico è teso tra l'area sudista (legata al c.d. suprematismo bianco) e l'area liberale degli stati del Nord. L'avvio dell'era dei diritti civili negli anni '60 del Novecento è stato possibile grazie un'alleanza tra i questi ultimi e i Repubblicani. A partire da quel momento la politica nel Sud si allinea al bipartitismo del resto del paese, ma con un effetto collaterale: i bianchi meridionali vanno a ingrossare le fila del Partito Repubblicano, e i due partiti ricominciano a polarizzarsi.

E quindi, mentre si alternano diversi regimi politici, la storia americana ha conosciuto solo un grande ciclo di polarizzazione (iniziato alla fine del XIX, attenuatosi nella metà del XX, e ripreso a salire dagli anni '70 del Novecento in poi): nella disparità di reddito, in cui si compendiano vari fatti sociali (schiavitù, immigrazione, corruzione politica) (p. 33 ss.), è rinvenuta la ragione dello sfasamento tra i due cicli.

Quanto al ciclo di corrompimento e rinnovamento costituzionale, Balkin licenzia questo volume in un momento (la prima metà del 2020) in cui può aver senso la seguente precisazione: gli Stati Uniti non stanno vivendo una crisi costituzionale. Il senso di avere una costituzione, secondo l'autore, sta nell'incanalare lo scontento e le lotte per il potere in un sistema di diritto e di procedure politiche che impediscano a quello scontento e a quelle lotte di degenerare in violenza, guerra civile, o insurrezione⁶. Delle possibili tipologie di crisi costituzionale, la più diffusa nell'immaginario comune è quella che si realizza quando il diffuso disaccordo sul significato o sull'attuazione della Costituzione, invece di incanalarsi in proteste espresse con il voto, controversie giudiziarie, editoriali, o al limite con *tweet*, si riversa nelle strade e sfocia in violenza fisica. Ebbene, niente di tutto questo è accaduto nella storia americana dopo la Guerra Civile, e soprattutto – tiene a rassicurare Balkin (p. 40) – non è ancora accaduto sotto Trump, nonostante le evidenti eccentricità della persona e della sua amministrazione. Si potrà avere una crisi costituzionale – scrive l'autore – se, per esempio,

⁶ È questa la tesi più ampiamente sviluppata in S. LEVINSON, J.M. BALKIN, *Constitutional Crises*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 157, 2009, 707 ss.

Trump dovesse perdere le elezioni del 2020, si rifiutasse di lasciare l'ufficio e invocasse un intervento armato (p. 42). Ma niente di tutto questo, secondo Balkin, sembra poter accadere (e invece come noto di lì a poco accadrà⁷).

Nel momento in cui scrive, Balkin ritiene che il sistema costituzionale statunitense sia semplicemente diventato marcio (*rot*), non essendo più in grado di mantenersi come repubblica e come democrazia (p. 44). È sempre meno democratico perché è sempre più insensibile alla volontà (voto) popolare. È sempre meno repubblicano perché i rappresentanti sono sempre più devoti ad accomodare gli interessi di piccoli gruppi di individui o enti. Ha visto la graduale distruzione di quelle regole politiche di tolleranza reciproca e leale concorrenza che rendono possibile il perseguimento di un bene comune anche nella discordia delle posizioni. Si caratterizza per la perdita trasversale di fiducia: non solo quella tra cittadini e uffici pubblici, ma anche quella reciproca tra pubblici ufficiali. Inoltre, la scomparsa di una classe media (necessaria, secondo Balkin, per contrastare le ambizioni dei potentati economici, livellare i bisogni, e dare i giusti incentivi al perseguimento di un bene comune) e la globalizzazione dell'economia portano a realizzare che l'associazione biunivoca, in cui indulgono gli americani, tra capitalismo e democrazia è fuorviante e che non ogni versione del primo può convivere con la seconda.

Seguono pagine in cui l'autore descrive come questi intrecci ciclici si compendino nell'ascesa di Donald Trump (p. 54 ss.). Ascesa che tuttavia segna – e di qui la nota di ottimismo di Balkin – il fondo di questa *constitutional rot* e la fine fisiologica del regime Reaganiano, che della polarizzazione politica e della disuguaglianza economica si è nutrito.

Nella seconda parte del lavoro, la più corposa per estensione, Balkin si interroga su come questi incastri ciclici abbiano determinato il funzionamento dell'apparato giudiziario federale chiamato ad applicare la Costituzione (p. 67 ss.). Con un caveat subito eloquente: va evitata la tentazione di trovare nel *judiciary* soluzioni al presente disagio, ché questo apparato non solo è per statura un campo di battaglia politica, ma è proprio parte del problema.

Rispetto al primo ciclo (quello della successione dei *political regimes*, 81 ss.), il sistema bi-partitico caratteristico degli Stati Uniti è tale per cui il partito dominante, man mano che riesce a occupare l'apparato giudiziario con nomine di suo gradimento, si affida sempre più al *judicial review* per

⁷ Il riferimento è chiaramente all'assalto al Congresso americano del 6 gennaio 2021, su cui v. S. LEVINSON, *The "Constitutional Crisis" Has Finally Arrived*, in *Balkinization*, 12 gennaio 2021.

raggiungere i suoi obiettivi politici; corrispettivamente, il partito all'opposizione si sbraccia a invocare il *judicial restraint*; finché poi le posizioni non si invertono col passaggio di *regime*. Il mandato vitalizio dei giudici federali, inoltre, insieme all'intreccio politico alla base delle loro nomine, e all'autonomia goduta dalla Corte Suprema nella scelta dei casi di cui occuparsi, sfalsano il tempo politico e quello giudiziario (p. 72), facendo della Corte Suprema il fanalino di coda del primo.

Lo stesso istituto del *judicial review of legislation* viene presentato da Balkin come invenzione politica, disegnata appositamente per servire gli interessi di medio-lungo termine delle organizzazioni partitiche: un lavoro certosino durato duecento anni, che da *Marbury v. Madison* (1803) ha raggiunto una vetta simbolica in *Bush v. Gore* (2000), passando per lo snodo decisivo rappresentato dalla fine della Guerra Civile (quindi dall'approvazione del XIV Emendamento, dall'emersione delle questioni federali, e dall'intervento del governo centrale nella regolazione del mercato) che ha segnato l'inizio del «moderno» *judicial review* (p. 86).

Alla base della costruzione politica dell'istituto si pongono varie ragioni: in un sistema federale con separazione dei poteri, i politici nazionali vogliono che sia l'apparato giudiziario a risolvere le controversie tra stati e federazione, e tra Presidente e Congresso; la soluzione di alcuni temi spinosi inficerebbe coalizioni politiche, per cui è meglio passarli al *judiciary* (paradossalmente, nota Balkin, il Partito Repubblicano può raccogliere i voti dei movimenti *pro-life* più con che senza *Roe v. Wade*, lo storico precedente del '73 che ha riconosciuto il diritto a interrompere la gravidanza); i politici vogliono che le loro azioni siano legittimate da una sentenza di costituzionalità, e corrispettivamente perseguono un giudizio di incostituzionalità o l'applicazione ristretta di una legislazione approvata dalla fazione avversaria. Insomma, «storicamente, richiedere alle corti di consegnare vittorie politiche e raggiungere obiettivi che i politici non possono o non osano avvicinare è un'attività tanto ricercata da entrambi i partiti, quanto pubblicamente negata» (p. 76).

Rispetto all'influenza sul *judicial review* del secondo ciclo (quello di polarizzazione e depolarizzazione, 112 ss.), secondo l'autore quando il paese è in uno stato di depolarizzazione, anche il ricorso a questo istituto non è controverso. Figlia di un paese non polarizzato è, ad esempio, la generazione di giuristi che non ha avuto difficoltà ad assemblare maggioranze bipartisan in Corte Suprema per riconoscere fondamentali diritti civili come quello all'interruzione di gravidanza, cosa oggi inconcepibile (p. 116). Una generazione di cui il giudice Roberts è l'ultimo esponente: solo tenendo a mente la sua formazione universitaria, avvenuta negli anni '70 in un contesto di sostanziale pacificazione politica, si può prendere sul serio la

convinzione con cui – durante la seduta del Senato per la sua conferma a Chief Justice della Corte Suprema nel 2005 – dichiarava che il mestiere del giudice è simile a quello dell'arbitro, che fischia i falli ma non interferisce col gioco (p. 114).

Viceversa, in tempi di polarizzazione come quelli correnti, il *judicial review* viene impiegato per ottenere vittorie non conseguibili per le vie politiche. La composizione stessa della Corte Suprema – prosegue Balkin – finisce presto o tardi per rispecchiare la polarizzazione politica, da ultimo raggiunta nel 2010, con il ritiro di Stevens e la nomina di Kagan e rafforzata nel 2018 con il ritiro di Kennedy e la nomina di Kavanaugh (p. 73)⁸. Si pensi, ad esempio, alle ultime nomine effettuate da amministrazioni a guida Repubblicana: partendo dalla seconda metà del XX secolo, se i soli Rehnquist e Scalia potevano essere annoverati tra i *movement conservatives*, contro una stragrande maggioranza di giudici *moderate*, a partire dalla nomina del giudice Thomas nel '91 tutte le scelte del Partito Repubblicano sono cadute sull'area più movimentista dei conservatori (p. 122).

La polarizzazione si riflette anche nei criteri di selezione dei giudici dal proprio bacino di influenza politica: mentre le amministrazioni Democratiche di Clinton e Obama hanno avuto cura di rappresentare la varietà demografica delle loro *constituencies*, nominando più giudici donne ed esponenti di minoranze, le amministrazioni a guida Repubblicana hanno guardato più al radicamento conservatore dei profili prescelti.

Ciò è stato causato anche da un processo di polarizzazione che Balkin definisce asimmetrico: nel corso del regime Reaganiano i Repubblicani si sono spostati verso destra più decisamente e più velocemente di quanto i Democratici si siano sposati verso sinistra. Lo sviluppo di istituzioni elitarie che rispecchiassero la nuova identità politica è emblematico di questa asimmetria: convinti che i *liberal* avessero egemonizzato cultura e politica, i movimenti conservatori hanno iniziato a creare proprie organizzazioni rappresentative, con appositi media (Fox News, nata 1996), *think tanks* (Heritage Foundation, nata nel 1973), e *network* (Federalist Society, fondata nel 1982), mentre i *liberal* si sono trovati privi di alternative corrispettive.

Infine, il corrompimento costituzionale contagia con la sfiducia generalizzata anche l'apparato giudiziario, la giurisprudenza si esprime in ter-

⁸ E Balkin scrive in un momento in cui non poteva sapere che nell'autunno del 2020 una giudice *liberal* (Bader Ginsburg) sarebbe deceduta e sostituita dall'amministrazione Trump con una giudice conservatrice (Coney Barret). Aggiornando quindi il calcolo di Balkin (p. 77), dal 1969 il Partito Repubblicano ha potuto nominare in Corte Suprema ben quindici giudici (senza contare la promozione a Chief Justice di Rehnquist prima e Roberts poi), contro le quattro nomine effettuate dal Partito Democratico.

mini sempre più polarizzanti, e l'indipendenza del *judiciary* è compromessa (p. 135 ss.). A un certo punto, il potere giudiziario, essendo composto da un'élite di giuristi soggetta alla polarizzazione al pari dell'élite politica, smette di essere una garanzia a protezione della democrazia e inizia a essere una delle forze che concorrono alla *contitutional rot*.

Balkin è ancora più didascalico: quando il sistema costituzionale è così marcio, la Corte Suprema non solo non può fungere da contrappeso, ma favorirà il corrompimento del paese accelerando il degrado di democrazia e repubblicanesimo. In altri termini, la Corte è parte del problema.

Si prendano a esempio gli ultimi casi decisi dalla Corte Suprema con la sola maggioranza di giudici di nomina Repubblicana (5-4): *Shelby County v. Holder* (2013)⁹, *Trump v. Hawaii* (2018)¹⁰, *Janus v. AFSCME* (2018)¹¹, *Rucho v. Common Cause* (2019)¹². Non c'è dubbio, afferma l'autore, che questi giudici fossero convinti di sviluppare ragionamenti giuridici, ma non può neppure essere casuale che le loro visioni sui principi costituzionali fossero coincidenti con quelli del Partito Repubblicano e in diretto contrasto con quelle di area *liberal* (p. 138). Per non parlare dell'infelicitissimo *Census case*¹³, in cui i giudici conservatori della Corte Suprema hanno voluto ignorare l'evidenza probatoria che dimostrava come l'amministrazione Trump avesse effettivamente mentito al Congresso e in tribunale, coprendo il tentativo di articolare il quesito censitario col fine esplicito di scoraggiare la partecipazione delle fasce più vulnerabili della popolazione (p. 143 ss.).

In altri termini, «l'ordine giurisdizionale federale nel suo insieme, e la Corte Suprema in particolare, tendono a riflettere le ingiustizie e le cecità ideologiche del tempo» (p. 145): per riprendere l'analogia con l'arbitraggio fatta da Roberts, in una corte polarizzata i giudici non si comportano più come arbitri, ma come avamposti del partito che la controlla.

Dato questo scenario, Balkin non si sottrae al compito di proporre una soluzione ai mali storici del sistema giudiziario statunitense e il funzionamento della Corte Suprema in particolare (p. 150 ss.). Di qui un pacchetto di riforme: nomine regolari e prevedibili dei giudici della Corte, isti-

⁹ Sono incostituzionali alcune previsioni del Voting Right Acts del 1965 che pongono una supervisione federale sulle leggi elettorali statali, in particolare su quelle sospettate di discriminazione razziale.

¹⁰ Sono costituzionali le restrizioni poste dal Governo all'ingresso nel paese di persone provenienti da certi paesi o a rifugiati sprovvisti di documenti di viaggio.

¹¹ L'imposizione di una contribuzione a favore delle unioni sindacali viola il diritto alla libertà di espressione protetto al I Emendamento.

¹² Il disegno delle circoscrizioni elettorali – *gerrymandering* – è questione politica, su cui la Corte non può pronunciarsi.

¹³ Department of Commerce v. New York (2019).

tuzione di limiti temporali al loro mandato, meno discrezionalità alla Corte nella scelta dei casi di cui occuparsi, *sunrise provisions* per incoraggiare riforme bipartisan. Le proposte vengono poi articolare nel dettaglio.

Balkin affronta anche il tema del ruolo giocato dalla teoria costituzionale nell'attività giudiziaria e nell'ambito dell'interpretazione costituzionale in particolare. Il tema è ritenuto pertinente con questa seconda parte del saggio perché, precisa l'autore, la teoria offerta dalla dottrina statunitense è focalizzata «quasi ossessivamente» sulla Corte Suprema (p. 97). E così anche le due grandi scuole sul *judicial review* – il *living constitutionalism* e l'*originalism* – possono essere lette in relazioni ai cicli del tempo costituzionale.

L'idea di una Costituzione vivente nasce all'inizio del XX secolo, in reazione alla giurisprudenza della Gilded Age, caratterizzata dall'antipatia mostrata dall'apparato giudiziario verso gli interventi di politica sociale ed economica effettuati all'indomani della rivoluzione industriale (nota anche come giurisprudenza *Lochner*). Ma quella idea ha conosciuto diverse declinazioni: nella sua originaria manifestazione il *living constitutionalism* ha espresso un mero argomento a sostegno del contenimento giudiziario, poi ha rappresentato un attacco al ragionamento formalistico della giurisprudenza *Lochner*, quindi è stato il concetto usato per imporre la deferenza dei giudici alle scelte fatte dalle maggioranze democraticamente elette, infine è stato il grimaldello teorico per l'attivismo giudiziario a protezione di diritti e libertà civili. E così «arrivati agli anni '60-'70 del Novecento, il *living constitutionalism*, da critica al *judicial review* della giurisprudenza *Lochner*, è divenuto giustificazione del riconoscimento di importanti diritti e libertà, esplicitamente contemplati o meno dal testo della Costituzione» (p. 101).

Speculare è stato il percorso dell'*originalism*. Nato come dottrina a sostegno del *judicial restraint*, contro le licenze poetiche prese dai giuristi *liberal*, dalla fine del XX secolo è diventata la base di un *judicial engagement* fondato sulla protezione di diritti individuali e limiti al potere pubblico. Oggi quindi si assiste all'inversione del ciclo: da alcuni decenni sono i teorici di area *liberal* che, per criticare la giurisprudenza del regime Reaganiano, hanno iniziato a elaborare varianti sul tema del contenimento giudiziario (p. 109 ss.). Sono così fiorite le teorie del *popular constitutionalism* (Tushnet, Kramer, Post, Siegel), del *judicial minimalism* (Sunstein), teorie volte a preservare le conquiste nel campo dei diritti civili (come quella dei *constitutional moments* di Ackerman), e declinazioni *liberal* dell'*originalism* (come quella di Amar e dello stesso Balkin¹⁴).

¹⁴ Cfr. J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2011, su cui v. A. DI MARTINO, *Il "Living Originalism" di Jack Balkin*, blog di *Diritti Comparati*, 21 ottobre 2012.

La terza parte del saggio (p. 157 ss.) vuole essere la parte predittiva, in cui l'autore descrive le sembianze del nuovo regime costituzionale, spiegando come potrebbe recedere la disfunzionale polarizzazione politica e come metter fine al corrompimento costituzionale.

Secondo Balkin, il Partito Repubblicano vivrà progressive tensioni tra l'ala populista (riunita attorno al Tea Party) e quella neoliberista più vicina all'*establishment*. Trump è riuscito a tenere insieme le due anime, prima di tutto facendo leva sulle divisioni culturali e razziali e poi accontentando sia i conservatori economici che quelli religiosi con l'abbassamento delle tasse sulla ricchezza, *deregulation* e nomine di giudici conservatori. Ma è un momento politico che ha esaurito la sua energia, che non ha più radicamento nelle nuove generazioni e comprende posizioni tra loro troppo confliggenti, quali quelle dei *libertarians*, dei sostenitori dello *small government*, dei securitari, dei conservatori sociali, dei conservatori religiosi, dei nazionalisti isolazionisti.

La classe lavoratrice e «la povera gente» si troveranno di gran lunga meglio nel nuovo regime «perché il brand del Partito Democratico è più egualitario di quello del Partito Repubblicano» (p. 161). Tuttavia l'ala sinistra del primo non sarà protagonista, non nel breve termine almeno: alla classe lavoratrice americana infatti manca un movimento organizzato di un certo peso, necessario per rovesciare l'ineguaglianza economica. Per una vera riforma economica, invece, l'area liberista del Partito Democratico dovrà piuttosto vedersela con quella più legata agli interessi delle imprese e generalmente più neoliberale. Il disallineamento di questi interessi, in particolare con quelli espressi dalla sinistra di questo Partito, prima o poi andrà affrontato. Difficile dunque che si crei subito un'energia trasformatrice simile a quella del New Deal.

Incalzato dagli eventi che vuole anticipare ma anche frenato dalla cronaca che incombe¹⁵, quello di Balkin è sostanzialmente un agile lavoro di scienza politica. A sua volta organizzato in argomenti che si rinnovano ciclicamente, esso ruota attorno al concetto onnicomprensivo di polarizzazione. Su tutto c'è discordia. Su politiche sociali, quali assistenza sanitaria universale, libertà di scelta nella gestione della gravidanza, riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, restrizioni all'uso delle armi da fuoco,

¹⁵ Oltre alle imminenti elezioni del novembre 2020 (che comunque l'autore non ritiene decisive per la tenuta della sua analisi), Balkin fa in tempo a inserire qualche riferimento alla pandemia in corso al momento della pubblicazione. I due eventi – elezioni e pandemia – vengono poi conformati al tema di questa monografia in J.M. BALKIN, *Rot and Renewal: The 2020 Election in the Cycles of Constitutional Time*, in "Northeastern University Law Review", 2021.

abolizione della pena di morte, liberalizzazione di sostanze stupefacenti. Anche le minoranze da proteggere sono partigiane. Per i Repubblicani sono i bianchi, maschi, e i cristiano-conservatori a essere stati esclusi da legislazioni antidiscriminatorie e *affirmative actions*; i più vulnerabili sono i bambini mai nati, vittime dell'olocausto di leggi pro-abortiste; contraccettivi e diritti transgender non sono temi di eguaglianza sessuale, e tutelare questi interessi implica discriminazione e oppressione delle posizioni dei cristiano-conservatori. I Democratici credono nell'esatto contrario: i giudici dovrebbero proteggere i diritti di omosessuali e transgender da ogni forma di discriminazione, i diritti riproduttivi sono profondamente connessi a uno status di cittadinanza paritaria delle donne, le discriminazioni positive sono necessarie, il diritto penale e il sistema penitenziario sono corrotti dal razzismo¹⁶, e permettere oggi di discriminare omosessuali per motivi religiosi non è diverso dal permettere di discriminare persone di colore. In altri termini, «in un mondo polarizzato, ogni fazione ha proprie visioni riguardo diritti fondamentali, strutture fondamentali, democrazia, e regole basiche della politica». Ciò coinvolge anche la comunità dei giuristi. Élite altamente educate «discordano sulla natura del mondo, sui fatti della politica americana, sulle fonti della corruzione politica, e soprattutto su quali sono le più gravi minacce alla democrazia» (p. 145)¹⁷.

Rispetto al momento attraversato dalla comunità giuridica statunitense e rispetto ad altri lavori dello stesso autore, si possono annotare alcune invarianti, ma anche punti di discontinuità.

Quanto alle prime, con questo lavoro va registrato un nuovo sforzo proveniente dalla scuola di Yale di organizzare la storia costituzionale americana (il saggio è dedicato a Bruce Ackerman); una proposta, quella dei cicli del tempo costituzionale, forse poco prescrittiva e più descrittiva, ma che sembra rinnovare il bisogno di sistemare per periodi e locuzioni di sintesi un passato la cui lettura è resa tormentata dall'onnipresente ma ineliminabile problema del testo costituzionale.

D'altro canto, le continue crisi di modernità¹⁸ in cui si è imbattuta questa cultura sembrano suggerire a Balkin di abbandonare del tutto il lin-

¹⁶ La questione del razzismo istituzionale viene ripresa e tematizzata da Balkin successivamente in J.M. BALKIN, *Race and the Cycles of Constitutional Time*, in *Missouri Law Review*, 2021.

¹⁷ La cultura giuridica conservatrice in particolare è ormai in fibrillazione: J.M. BALKIN, *The Great Debate in the Conservative Legal Movement*, in *Balkinization*, 18 giugno 2020.

¹⁸ Concetto sviluppato in J.M. BALKIN, *Constitutional Interpretation and Change in the United States: The Official and the Unofficial*, Yale Law School, Public Law Research Paper No. 542, 2015.

guaggio di una scienza costituzionalistica: anche il linguaggio a cui il lettore euro-continentale è stato abituato negli ultimi decenni, quello delle due scuole di *constitutional interpretation*, sembra doversi dismettere. L'approccio ciclico proposto da Balkin è, infatti, dichiaratamente alternativo agli approcci ritenuti lineari espressi da *originalism* e *living constitutionalism*: l'originalismo, in particolare, si baserebbe su una «storia implicita», per cui più ci si allontana dalla fonte dell'autorità costituzionale più si accumulano errori nell'interpretazione della costituzione; il *living constitutionalism* si baserebbe su un «progresso implicito» nella natura costituzionale dell'atto (p. 4 ss.). La critica di questa linearità non sembra salvare la già fragile proposta del *living originalism* balkiniano, che provava a coniugare la positività del testo costituzionale con l'evoluzione nella sua interpretazione¹⁹. Più in generale, la visione ciclica non sfocia in una diversa *constitutional interpretation*, ma sovrasta il problema con la lente dell'analisi politologica: tutte quelle teorie, sembra dire Balkin, la sua inclusa, una volta storicizzate, non possono aspirare a diventare dottrine.

Al «presente disagio», quindi, lo scienziato americano del diritto costituzionale non sembra avere risposte. Anche le ipotetiche riforme della Corte Suprema ideate da Balkin ruotano attorno non a un superamento ma a una regolarizzazione dell'intreccio partitico che ne ha connotato l'essenza (intreccio che per l'autore va reso più prevedibile ed esplicito), e sono tutte aggiungibili a costituzione invariata. In altri termini, Balkin sembra dedicare così tanto spazio al tema del *judicial review of legislation* per recapitare un messaggio di fondo: l'istituto è irrecuperabile.

Una *pars destruens*, quella che vede il costituzionalismo americano ormai tutto riversato sul *judicial constitutionalism*, alla quale tuttavia non si riesce ancora ad accompagnare una riflessione più ampia sulla sorte dei *check and balances* di quella forma di governo. L'invarianza della politicità della giustizia costituzionale statunitense, infatti, unita alla consapevolezza della «quasi ossessione» che la dottrina americana ha per il *judicial review*, non fornisce a Balkin un'occasione per interrogarsi sul posto del *government* nella sua riflessione: per esempio, dei vari riferimenti a Robert Dahl, pur presenti nel lavoro di Balkin, non si colgono le critiche che quell'autore muove al presidenzialismo statunitense.

Anche il linguaggio politologico, in questa sede più prediletto, non sembra essere sempre sorvegliato dall'autore. Oltre a un uso più meditato del lemma «partito», usato invece per descrivere qualunque realtà politica, in qualunque secolo della storia politica americana, sarebbe stato utile al lettore euro-continentale qualche argomento a sostegno dell'assimilazione

¹⁹ BALKIN, *Living Originalism*, cit.

tra *working class* e ala «populista», ala di cui sarebbero dotati sia i Democratici che i Repubblicani: secondo Balkin i due partiti sono divisi da questioni di «identità», più che di «classe» (rappresentando entrambi gli interessi della medesima) (p. 172).

La sollecitudine con cui l'autore sembra muoversi in questo campo può forse comprendersi isolando uno degli elementi che distinguono questa monografia da altri lavori di Balkin. Se infatti in opere importanti, come lo stesso *Living Originalism*, l'autore adottava un approccio chiaramente relativistico²⁰, qui la postura della neutralità analitica cade e il lavoro assume spesso i tratti del pamphlet d'impegno, una «speranza» per i *liberal* americani per uscire da questo «incubo» (p. 6, 12).

NICOLA GIOVANNI CEZZI

²⁰ Come segnalato da DI MARTINO, *Il "Living Originalism"*, cit., 6.

Regolamento della procedura di valutazione dei contributi proposti per la pubblicazione sulla “Rivista italiana per le Scienze Giuridiche”

1. La Rivista pubblica articoli scientifici di contenuto giuridico.
2. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione.
3. Gli articoli devono essere corredati da una sintesi del testo in italiano e in inglese.
4. La Direzione può eccezionalmente decidere della pubblicazione in deroga ai punti 2. e 3., per specifiche ragioni.
5. La Direzione effettua una prima istruttoria e decide se il contributo sia meritevole di essere pubblicato sulla rivista.
6. La Direzione sottopone successivamente a valutazione esterna gli articoli scientifici che ha accettato, e, una volta espletata la procedura, decide definitivamente sulla pubblicazione.
7. La Direzione può decidere di non sottoporre a valutazione esterna gli articoli che ha ricevuto, per la loro natura o per i contenuti, o per l'autorevolezza dell'autore. Tali articoli non possono superare il 40% delle pagine dello stesso.
8. La Direzione invia gli articoli che sottopone a valutazione esterna ad almeno due referenti, esterni alla Direzione e alla Redazione, scelti tra i professori ordinari e associati, anche a riposo, della stessa materia o di materie affini, esperti dei temi trattati dallo scritto. Possono essere interpellati anche abilitati alla prima e seconda fascia, seppure ancora non chiamati, durante il periodo di validità della loro abilitazione.
9. La valutazione avviene secondo il metodo del c.d. doppio cieco: gli autori non avranno conoscenza dell'identità dei valutatori e i valutatori non avranno conoscenza degli autori.
10. Direzione e valutatori sono tenuti al riserbo sulla procedura di valutazione.
11. I valutatori possono subordinare l'approvazione del lavoro a miglioramenti e integrazioni del testo.
12. La Direzione comunica le indicazioni dei valutatori all'autore, e decide sull'adeguatezza delle modifiche da questi apportate, nel caso in cui i valutatori non richiedano espressamente di riesaminare il lavoro.
13. La Direzione cura per tre anni la conservazione degli scritti ricevuti e delle valutazioni esterne.

Finito di stampare
nell'aprile 2021
PL Print - Napoli

