



NUMERO SPECIALE 5 2019
25 OTTOBRE 2019

Costituzione economica,
integrazione sovranazionale,
effetti della globalizzazione

A cura di Paola Bilancia



ISSN 1826-3534

Numero speciale / Special Issue 5/2019

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo finanziario del Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-politici dell'Università degli Studi di Milano

Tutti i contributi sono stati sottoposti a *peer review*.

Coordinamento editoriale: dott. Giovanni Cavaggion



Sommario

INTRODUZIONE

- Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione, di *Paola Bilancia* 4

RELAZIONI

- L’effettività della Costituzione economica nel contesto dell’integrazione sovranazionale e della globalizzazione, di *Paola Bilancia* 9
- Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?, di *Roberto Miccì* 27
- Costituzione economica e globalizzazione, di *Francisco Balaguer Callejón* 43
- Do common constitutional traditions matter in the field of regulated markets?, di *Giovanni Pitruzzella* 55
- La donna lavoratrice nella “sua essenziale funzione familiare” a settant’anni dall’approvazione dell’art. 37 Cost., di *Elisabetta Catelani* 67
- “Costituzione economica” e integrazione sovranazionale, di *Eugenio De Marco* 89
- Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano, di *Giampiero di Plinio* 103
- Garanzie e limiti costituzionali del diritto alla cogestione delle aziende: la sostenibilità di equivalenti italiani alla Mitbestimmung, di *Jörg Luther* 135
- Passato e (incerto) futuro delle “nazionalizzazioni” tra dettato costituzionale e principi europei, di *Anna Papa* 153
- La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti per un rilancio della dimensione oggettiva e sociale dell’art. 47 Cost., di *Filippo Scuto* 169
- L’art. 44, u.c., Cost.: quale valorizzazione delle zone montane?, di *Gloria Marchetti* 203
- Il diritto al lavoro nella prospettiva dell’automazione e dell’informatizzazione, di *Giovanni Cavaggion* 235

CONCLUSIONI

- Notazioni conclusive. Regolazione giuridica ed economia: un problema di diritto costituzionale, di *Sandro Staiano* 269

NOTIZIE SUGLI AUTORI 282



Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione

di Paola Bilancia

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano

Questa raccolta di saggi prende le mosse da un Convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano nel marzo 2019, organizzato dal DIHLPS (Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-politici) in collaborazione con il Centro Studi sul Federalismo di Torino, dal titolo "Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione". In questo evento costituzionalisti italiani si sono confrontati sul tema, oggi quantomai attuale, consapevoli che trattare oggi la materia della Costituzione economica significa affrontare, ancora una volta, le criticità che tale concetto ancora oggi implica, mai realmente risolte in modo soddisfacente dalla dottrina, giuspublicistica e non.

L'assetto costituzionale è stato profondamente influenzato, specie nelle decadi recenti, da fenomeni epocali quali la globalizzazione e la crescita dell'integrazione sovranazionale europea. Da tali fenomeni non è certo immune la Costituzione economica che anzi, proprio per via della naturale tendenza della materia economica ad assumere contorni che travalicano quelli dello Stato, ne risulta particolarmente colpita. L'impatto dei mutamenti progressivi delle strutture del commercio mondiale e il cambiamento tecnologico in atto hanno poi assunto una portata tale per cui il baricentro degli interessi costituzionali rilevanti, una volta saldamente ancorato all'interno dello Stato, sta gradualmente ma inesorabilmente migrando al di fuori di esso, con nuovi attori sovranazionali non statuali che, in un mondo globalizzato, dispongono di un potere (non solo, ma soprattutto, economico) tale da poter rivaleggiare con quello degli attori statuali.

A riprova della sempre crescente interconnessione tra gli ordinamenti, e dei suoi effetti dirompenti al livello degli ordinamenti nazionali, basti pensare alle trasformazioni innescate dalla crisi finanziaria globale iniziata nel 2008 negli Stati Uniti e poi propagatasi in tutta Europa, che si è trasformata rapidamente in una crisi economica e, conseguentemente, occupazionale quasi senza precedenti. Il riferimento è, evidentemente, al diffuso abbassamento dei livelli di tutela dei diritti sociali motivato da ragioni di contenimento della spesa pubblica, all'arresto del processo di valorizzazione delle autonomie e al riaccentramento promosso dal legislatore nazionale, alle difficoltà del processo di integrazione europea in ragione dell'exasperarsi del cosiddetto *deficit* democratico e, in ultimo, alle revisioni costituzionali fondate sulla necessità di dare attuazione al Trattato "*Fiscal Compact*".

I saggi raccolti nel presente numero si interrogano pertanto sull'effettività odierna della Costituzione economica alla luce dei fenomeni epocali appena menzionati, e mirano quindi a cercare di comprendere quanto della Costituzione repubblicana sia, in questo ambito, ancora attuale, quanto sia invece, di fatto, oggi disapplicato (anche in virtù dell'“erosione” da parte del diritto eurounitario), e quanto invece possa e debba essere valorizzato, se del caso anche attraverso un'interpretazione evolutiva.

Un primo gruppo di saggi affronta quindi temi di ampio respiro, quali le trasformazioni della Costituzione economica europea, il rapporto tra Costituzione economica e globalizzazione, la Costituzione economica e l'integrazione sovranazionale, l'incidenza della tutela della concorrenza sulla Costituzione economica, il ruolo della donna lavoratrice nella “sua essenziale funzione familiare” nella fase odierna, il rapporto tra Costituzione economica e vincoli quantitativi.

Un secondo gruppo di saggi si concentra invece su singole disposizioni costituzionali che vanno a comporre la Costituzione economica, e studiano dunque, ad esempio, le garanzie e i limiti del diritto dei lavoratori alla cogestione delle aziende, le prospettive (passate e future) delle nazionalizzazioni tra dettato costituzionale e principi del diritto europeo, la tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica, la prospettiva - forse tradita - della valorizzazione delle zone montane, il diritto al lavoro nella prospettiva dell'automazione e dell'informatizzazione.

Il filo conduttore dei lavori pubblicati è la consapevolezza che è imprescindibile oggi per il costituzionalista avvicinarsi allo studio della Costituzione economica con un approccio sinottico, che la ponga in parallelo con le integrazioni che discendono da *norme* extrastatali (come i divieti e gli obblighi derivanti dai Trattati europei) e con le evoluzioni indotte da *fenomeni* extrastatali (come quelli derivanti dalla globalizzazione, dalla società interconnessa e dal progresso tecnologico). Solo attraverso una lettura evolutiva e consapevole delle norme del Titolo III della Parte I della Costituzione repubblicana, che miri ad aggiornarne il contenuto e la portata ai fini di adattarli alla mutata realtà sociale globale – tenendo tuttavia saldi i paletti della centralità della persona nell'ordinamento e della dimensione sociale del sistema economico complessivamente considerato – appare infatti possibile fare fronte alle sfide in corso e a quelle, in parte ancora imprevedibili, che dovranno essere gestite negli anni a venire. È solo nell'ambito di questa cornice che la Costituzione economica può mantenere, ancora oggi, la sua effettività.





L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione*

di Paola Bilancia

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano

Sommario: 1. La perdurante problematicità della definizione del concetto di “Costituzione economica” nel costituzionalismo. 2. La Costituzione economica nell’ordinamento italiano e nei lavori della Costituente. 3. Il “nucleo duro” della Costituzione economica e la Costituzione economica “oltre” il Titolo III della Parte I della Costituzione. 4. Effetti della globalizzazione e integrazione sovranazionale. 5. L'effettività della Costituzione economica nella congiuntura attuale.

1. La perdurante problematicità della definizione del concetto di “Costituzione economica” nel costituzionalismo

Trattare oggi il tema della Costituzione economica significa confrontarsi, ancora una volta, con le numerose criticità che restano sottese al concetto – estremamente duttile e finanche poliforme – mai realmente risolte in modo conclusivo e soddisfacente dalla dottrina, giurpublicistica e non. Tali problematiche partono infatti sin dalla difficoltà di definire con accuratezza la locuzione “Costituzione economica”, e ciò nonostante essa sia stata approfonditamente studiata da diverse angolazioni e in diversi settori del sapere¹.

E così, in una prospettiva sociologica, per Costituzione economica si intende di norma la struttura dell’assetto economico generale derivante dal rapporto intercorrente tra forze ed attività produttive in un dato ordinamento (che sia statale o sovranazionale) e in un dato contesto sociale².

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ In punto sia consentito il rinvio a P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 1 ss.

² Si veda, per tutti, A. Loria, *La Costituzione economica odierna*, Torino, Bocca, 1899. Di recente, con riferimento alla dimensione sovranazionale del concetto, si veda D. Schneiderman, *Constitutionalizing economic globalization: investment rules and democracy's promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 328 ss.

In una prospettiva storica, invece, la Costituzione economica viene studiata quale succedersi degli eventi che portano al costituirsi dell'equilibrio tra le forze economiche prevalenti, e dunque si riferisce al modello economico e alle fasi del suo sviluppo nell'ambito del modello sociale di una data epoca³.

Nella prospettiva delle scienze economiche, infine, la Costituzione economica viene studiata – in ottica anche quantitativa – in quanto equilibrio nato all'interno del sistema sociale, secondo le regole della teoria generale del mercato⁴.

Come avviene sovente per molti concetti contraddistinti da una loro intrinseca interdisciplinarietà e oggetto di studio da parte di altre scienze sociali, il diritto si è dunque approcciato con relativo ritardo al tema della Costituzione economica. Ai fini di analizzare la questione da un punto di vista giuridico, e più specificatamente giuspubblicistico, deve essere innanzitutto operata una distinzione tra lo studio della Costituzione economica nell'ambito della teoria generale, che tende a ricostruirne il contenuto in termini teoretici, e il suo studio nell'ambito della dommatica, e dunque con riferimento alle caratteristiche che il concetto assume in uno specifico ordinamento.

In ambito giuridico il concetto di Costituzione economica è stato sviluppato, in origine, principalmente dalla giuspubblicistica tedesca del XX secolo, dimostratasi particolarmente sensibile all'argomento sia sotto il profilo teoretico che sotto quello dommatico, portando peraltro a risultati anche molto diversi tra loro.

Alcuni autori, come ad esempio Walter Eucken – che definiva la Costituzione economica come la decisione globale relativa all'ordine della vita economica di una collettività – sostenevano, pur con posizioni differenziate, la validità del concetto dal punto di vista giuridico e la sua utilizzabilità nell'ambito del costituzionalismo⁵. Tra gli autori che hanno sostenuto l'utilità del concetto spicca altresì Franz Böhm, che aveva elaborato la celebre definizione di Costituzione economica come decisione globale per generi e forme dei processi di cooperazione economico-sociale⁶.

Altri autori, tra cui spicca Carl Schmitt, negavano invece finanche l'esistenza di una Costituzione economica negli Stati moderni, preferendo utilizzare concetti alternativi come ad esempio quello di forme

³ Si vedano, per tutti: D. Demarco, *Per la storia economico-sociale dell'ordinamento regionale italiano: le origini intellettuali dell'art. 117 della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, n. 3, 1965, pp. 557 ss.; G. Arias, *Osservazioni sul metodo storico in economia*, in *Giornale degli Economisti*, vol. 38, 1909, pp. 429 ss.

⁴ Si veda, per tutti, C. Ottolenghi, *I profitti industriali nella costituzione economica odierna*, Torino, UTET, 1907. Di recente, con riferimento al fenomeno della globalizzazione e della dimensione transnazionale della Costituzione economica, si veda P. Behrens, *Weltwirtschaftsverfassung*, in *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, vol. 19, 2000, pp. 5 ss.

⁵ Si veda W. Eucken, *Der Wettbewerb als Grundprinzip der Wirtschaftsverfassung*, in *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsanslese*, 1942, pp. 25 ss.

⁶ Così F. Böhm, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung: Kritische Betrachtungen Zu Dem Aufsatz Von Ministerialrat Dr. Adolf Arndt über Das »Problem Der Wirtschaftsdemokratie in Den Verfassungsentwürfen«*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, vol. 1, n. 6, 1946, pp. 10 ss.

di “Stato economico”⁷. Schmitt riteneva più precisamente che il concetto di Costituzione economica fosse “inesatto e ingannevole”, dal momento che Stato, politica, società ed economia, nel costituzionalismo moderno, sono divenuti elementi inscindibili e non suscettibili di essere considerati come distinti ambiti oggettivi⁸. Solo nello Stato autoritario o totalitario a partito unico, come quello sovietico o l’Italia fascista, si potrebbe parlare di una Costituzione economica all’ombra di un’organizzazione di partito fortemente centralizzata, che non rende autonoma l’economia ma la consegna allo Stato e la sottomette ad esso⁹.

Nel quadro che si è sinteticamente ricostruito, non stupisce constatare come le profonde divisioni dottrinali e le fratture politiche che animarono l’Assemblea nazionale tedesca del 1919 abbiano portato al recepimento, nella Costituzione di Weimar, di un compromesso in campo economico, con l’implementazione di norme che lasciavano, di fatto, aperta la strada sia per il modello economico propugnato dalle forze radicali, che per quello promosso dalle forze liberali, escludendo tuttavia al contempo forme estreme di socialismo, per via del timore della cosiddetta “ondata bolscevica” che sembrava prendere vigore nel corpo sociale in seguito alla Rivoluzione di ottobre¹⁰. La scelta di compromesso dei Costituenti tedeschi è stata aspramente criticata dalla dottrina (in particolare, spicca ancora una volta la critica di Carl Schmitt), sulla base dell’argomento per cui la compresenza nell’ordinamento costituzionale di istituti riconducibili a concezioni tra loro opposte rappresenterebbe, in ultima analisi, una “non scelta”, a dimostrare, ancora una volta, l’inesistenza di una Costituzione economica in senso stretto¹¹.

Le criticità sottese al dibattito iniziato in seno alla giuspubblicistica tedesca sono state trasferite in termini sostanzialmente analoghi alla fase costituzionale del Secondo Dopoguerra¹², e del resto ciò non sorprende, se si considera che la Costituzione di Weimar è nota per avere di fatto anticipato, per molti versi, l’avvento della forma di Stato sociale che ha successivamente preso piede in Europa. In generale, nel costituzionalismo contemporaneo, i modelli prevalenti possono essere suddivisi in:

⁷ In questo senso C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, (1931), trad. it., *Il custode della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 149.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ In tema si veda, per tutti, C. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1946.

¹¹ Si veda C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, *passim*. Evidenza la mancanza di unità sociale quale criticità strutturale della Costituzione di Weimar M. Luciani, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 171 ss.

¹² Si vedano B. Cavallo, G. Di Plinio, *Manuale di diritto pubblico dell’economia*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 34 ss.

- economia di mercato, in cui produzione e distribuzione dei beni e dei servizi vengono determinate interamente (e liberamente) dal gioco delle forze economiche, in una prospettiva in cui il ruolo centrale viene assunto dalla libera concorrenza e dalla logica del profitto¹³;
- economia guidata (*gelenkte Wirtschaft*) o regolata, in cui si versa comunque nell'ambito dell'economia di mercato, ma il decisore pubblico, ai fini di tutelare uno o più interessi costituzionalmente rilevanti, può intervenire in modo continuativo (se del caso nell'ambito di limiti imposti dalla Costituzione formale) con funzione regolatrice o di "sostegno" all'economia¹⁴, che in alcuni casi può spingersi fino a una vera e propria pianificazione¹⁵;
- economia di Stato, in cui la proprietà dell'impresa economica è sottratta ai privati ed è interamente attribuita allo Stato, e pertanto la produzione e la distribuzione dei beni economici rientrano tra le funzioni statali¹⁶.

Quasi tutte le Costituzioni europee adottate a partire dal Secondo Dopoguerra, come quella italiana, quella tedesca, o quella francese, recependo un modello economico di compromesso che lascia di fatto un ampio spazio di manovra al legislatore¹⁷, si sono assestate nell'ambito di forme di economia guidata o regolata, e dunque in una posizione intermedia tra i modelli "puri" rappresentati dall'economia di mercato liberale da una parte, e dall'economia di Stato socialista dall'altro.

In generale, va comunque rilevato come il punto fermo che emerge da quasi tutte le esperienze costituzionali dell'Europa Occidentale è che il concetto di Costituzione economica, a prescindere dalla portata che ad esso si voglia ascrivere (e dunque dalla sua valenza descrittiva o prescrittiva), non può essere considerato "per compartimenti stagni", ma deve necessariamente essere letto in prospettiva sistematica nell'ambito dell'ordinamento costituzionale complessivamente inteso. Le perplessità della dottrina relative all'impossibilità di riconoscere una reale prescrittività della Costituzione economica in uno Stato democratico e liberale, pena lo scivolamento verso forme di stato autoritario o totalitario che attuano una rigida programmazione dell'economia, possono forse in questo senso essere, almeno in parte, fugate¹⁸. Un conto è infatti negare, come condivisibilmente si nega, che uno Stato democratico di diritto possa esercitare un controllo pervasivo sul modello economico che comprima (o addirittura annienti) gli

¹³ Si veda F. Forte, *Manuale di politica economica*, Torino, Einaudi, 1970, I.

¹⁴ Si vedano: G. Farjat, *L'ordre public économique*, Paris, Librairie general de droit et de jurisprudence, 1963, *passim*; V. Spagnuolo Vigorita, *Economia (interventi della pubblica amministrazione nella)*, *Novissimo Digesto italiano*, VI, Torino, UTET, 1960, pp. 336 ss.

¹⁵ Si veda J. Egerer, *Der Plangewährleistungsanspruch*, Baden Baden, Nomos, 1971, *passim*.

¹⁶ Si vedano R. David, J. N. Hazard, *Le droit soviétique*, Paris, Librairie general de droit et de jurisprudence, 1954, pp. 44 ss.

¹⁷ Si veda l'analisi di E. De Marco, "Costituzione economica" e integrazione sovranazionale, in questo numero, pp. 6 ss.

¹⁸ Sul tema si veda l'analisi di G. Di Plinio, *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*, in questo numero, pp. 2 ss.

spazi per l'iniziativa dell'individuo e dell'impresa, oltre che per il lavoro autonomo, un altro è invece riconoscere, come sembra doveroso, che il potere costituente, nel suo manifestarsi, possa individuare dei "paletti", delle linee guida che tratteggino i confini (espressione di principi costituzionali fondamentali che, a loro volta, fotografano un *idem sentire* sociale) entro i quali il modello economico dovrà essere lasciato libero di dipanarsi.

In ogni caso, e a prescindere dalle osservazioni di cui sopra, è indubbio che le incertezze definitorie concernenti la reale portata e il significato del concetto di Costituzione economica sono state e continuano ad essere molteplici. Nondimeno, come si cercherà di argomentare, lo studio del tema appare, oggi come non mai, ancora attuale.

2. La Costituzione economica nell'ordinamento italiano e nei lavori della Costituente

La dottrina giuspubblicistica italiana, così come quella tedesca, ha dibattuto a lungo sull'utilità e la validità del concetto di Costituzione economica, e dunque sulla possibilità di individuare, all'interno della Costituzione repubblicana, una Costituzione economica nel senso stretto del termine. Parte della dottrina si è espressa in modo cautamente ottimista, scorgendo nelle pieghe della Costituzione formale un insieme di norme capaci di restituire uno schema sufficientemente omogeneo per poter tendere a definire il modello economico, conciliando le contrapposte esigenze di sviluppo e di solidarietà sociale¹⁹. Altri commentatori hanno invece negato la possibilità di perimetrare una Costituzione economica in questi termini nel nostro ordinamento, poiché sarebbe impossibile, in ultima analisi (e con ciò riprendendo il cuore della critica schmittiana), isolare la sfera economica dalle ulteriori attività sociali umane: ne conseguirebbe dunque che una Costituzione economica sarebbe inevitabilmente priva di una sua autonomia ontologica²⁰. Altri autori, infine, hanno tenuto una posizione intermedia e quindi, pur non utilizzando la formula "Costituzione economica", hanno preso atto del fatto che la Costituzione repubblicana contiene, oggettivamente, un insieme di norme che configurano l'assetto economico che l'ordinamento deve assumere, delineando i principi fondamentali che orientano i rapporti economici²¹. In ogni caso, e pur alla luce delle complessità appena descritte, sembra potersi ritenere che la locuzione "Costituzione economica" possa essere utilizzata, in ambito costituzionalistico, se non altro in senso strettamente descrittivo, ai fini di indicare quelle parti della Costituzione che regolano i rapporti economici e delineano il modello economico da seguire nell'ordinamento. In questa prospettiva, pertanto,

¹⁹ Si veda, *ex multis*, C. Lavagna, *Diritto pubblico dell'economia. Introduzione*, Roma, 1971, p. 16.

²⁰ Si vedano in questo senso, per tutti: M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Appendice al novissimo digesto italiano*, 1988, pp. 373 ss.; P. Beretta, *La "Costituzione economica": genesi e principi*, in *Il politico*, 1988, pp. 399 ss.

²¹ Così A. Bertolino, *L'attività economica, funzioni e forme organizzative del lavoro. Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro*, in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, Barbera, 1950.

quando si parla di “Costituzione economica” con riferimento al nostro ordinamento, si intendono di norma quegli istituti economici previsti e disciplinati dal Titolo III della Parte I della Costituzione repubblicana, e più precisamente agli articoli da 35 a 47, rubricati con la dicitura “Rapporti economici”. Da un’analisi della lettera delle norme appena menzionate emerge chiaramente una loro intrinseca duttilità (in alcuni casi si potrebbe forse addirittura spingersi a parlare di “eterogeneità”), duttilità che deriva dal fatto che, come noto, la Costituzione repubblicana è – come molte Costituzioni coeve – il frutto del compromesso tra forze politiche anche profondamente diverse tra loro dal punto di vista ideologico, in quanto espressione di una società pluriclasse e disomogenea (quale era indubbiamente quella italiana del Secondo Dopoguerra). Questo spiega perché la Costituzione economica italiana si componga di norme che appaiono riconducibili a principi estremamente differenti (talvolta contrapposti), tra i quali spiccano quelli dell’economica di mercato, dell’economia guidata e dell’economia collettivista. Il Titolo III infatti, così come l’intera Costituzione repubblicana, ha recepito l’esito del compromesso tra le ideologie delle forze politiche costituenti, e l’esito di tale compromesso sarà evidentemente tanto più differenziato quanto più le posizioni di dette forze divergono. Non sorprende dunque, per i motivi di cui si è detto, che la differenziazione arrivi a raggiungere i suoi massimi livelli proprio laddove si definisce l’approccio statale all’economia.

Nondimeno, non bisogna dimenticare che tali forze politiche, pur nella loro diversità, erano tra loro solidali, in quanto accomunate dalla lotta e dalla vittoria sul fascismo e dalla condivisione dei valori della resistenza che hanno caratterizzato e sorretto il patto costituente²².

Ciò posto, è difficile negare che la materia economica fosse quella (o almeno una di quelle) in cui le divergenze tra le forze dell’Assemblea costituente erano maggiori, se appena si considera che l’arco costituzionale andava dai liberali ai comunisti, e comprendeva pertanto posizioni tra loro finanche antitetiche per quanto riguarda la regolamentazione statale dell’economia. Il dibattito in Assemblea costituente ha infatti visto, come noto, il confronto tra una pluralità di posizioni estremamente variegata, che andavano dall’antiliberalismo delle componenti cattoliche, fautrici di un approccio solidarista e di un orientamento in senso sociale del sistema economico (e si pensi ad esempio alle posizioni di Dossetti), al liberalismo propugnato da numerosi padri Costituenti – tra cui spicca Einaudi –, fino al socialismo (anche estremo) promosso dalle sinistre rappresentate nell’Assemblea²³.

Il cuore del problema era, come sottolineato da Calamandrei, la necessità di “compensare” in modo accettabile le forze di sinistra per la “rivoluzione mancata”, necessità che portò le altre forze a non opporsi

²² Si veda A. Cheli, *Il problema storico della Costituente*, in *Politica del diritto*, 1973, p. 506.

²³ Sul tema sia concesso il rinvio alla ricostruzione operata in P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, cit., 75 ss.

(o quantomeno a non opporsi fino in fondo) al recepimento nella Costituzione di una “rivoluzione promessa”²⁴. Il raggiungimento di un compromesso in questi termini fu indubbiamente facilitato dal fatto che le sinistre italiane (pur nell’eterogeneità delle posizioni che le contraddistinguevano) non pensavano, almeno in quella fase, ad una rottura del sistema, e dunque ad una decisa svolta in senso collettivista del modello economico²⁵.

La necessità di costruire e mantenere un equilibrio tra le diverse posizioni sopradescritte ha portato a un approccio estremamente cauto dei Costituenti, connotato dalla tendenza a fissare dei paletti, più che delle norme dettagliate e univoche, sempre con attenzione preminente alla centralità nell’ordinamento della persona e dei suoi diritti, ai fini non tanto di delimitare un sistema o un modello economico in senso stretto, quanto di contenere (o, meglio, ostacolare) scelte economiche tra loro contrapposte. In altri termini, le norme recepite nella Costituzione economica servono ad impedire che una delle diverse componenti (pubbliche o private) che vanno a formare quello che è stato impropriamente definito come “modello misto”²⁶ possa guadagnare terreno al punto di imporsi sulle altre, di fatto annullandole²⁷. Si può quindi dire che dalla trama del Titolo III erano due le possibili soluzioni che sarebbero potute emergere: la prima era quella di un’economia di mercato controllata dallo Stato e volta a perseguire delle finalità sociali; la seconda era quella di un’economia guidata dallo Stato che, pur nel rispetto dell’autonomia privata, fosse tesa alla realizzazione di finalità sociali e, più particolarmente, di giustizia sociale.

E tuttavia non si può trascurare che un minimo comune denominatore, pur nell’estrema diversità delle ideologie, esisteva, ed era dato proprio dalla già menzionata battaglia comune contro il nazifascismo e dall’adesione collettiva ai valori della resistenza. Tradotta in ambito economico tale proposizione significa il rifiuto del sistema autarchico e profondamente corporativistico imposto dal fascismo. Ulteriore elemento che accomunava le componenti della Costituente era la sostanziale concordia nel ritenere sussistente la necessità (se non altro nella fase storica del Secondo Dopoguerra) di incisivi interventi dello Stato ai fini di promuovere la transizione economica, lasciandosi alle spalle l’economia di guerra e trasformando l’Italia (allora Paese prevalentemente agricolo) in un Paese realmente industrializzato.

²⁴ Così P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, cit., XXXV.

²⁵ Ciò fu dovuto anche alla lungimiranza dei leader delle forze della sinistra. È noto del resto che lo stesso Togliatti aveva affermato che il suo partito si sarebbe orientato verso soluzioni costruttive, non potendo non tenere conto delle condizioni reali del Paese, che facevano sì che anche se si fosse proposto un piano economico generale, sarebbe stato di fatto impossibile realizzarlo. Si veda sul tema G. Mammarella, *L’Italia dopo il fascismo: 1943-1973*, Bologna, Il Mulino, 1974.

²⁶ La definizione indica, di fatto, la mera compresenza in un modello di un’economia pubblica a fianco e a sostegno dell’economia privata, ma risulta in ultima analisi imprecisa, non riuscendo a cogliere i rapporti effettivi tra la componente statale e la componente privata.

²⁷ Sul tema si veda M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 129 ss.

3. Il “nucleo duro” della Costituzione economica e la Costituzione economica “oltre” il Titolo III della Parte I della Costituzione

Esiste pertanto, pur nella duttilità e poliedricità delle possibili interpretazioni, un “nucleo duro” della Costituzione economica che definisce il modello economico nell’ordinamento, nucleo la cui modificazione comporterebbe un sovvertimento dell’assetto economico-sociale recepito dalla Costituzione repubblicana. Tale contenuto minimo, incompressibile, della Costituzione economica deve essere ritenuto parte del patto sociale che regge il sistema costituzionale per come oggi lo conosciamo.

È proprio in ossequio a tale contenuto minimo e a tale patto sociale fondamentale che, nei fatti, il sistema economico nazionale si è ispirato, nei primi quarant’anni dell’esperienza repubblicana, a un modello di economia i cui tratti salienti possono essere individuati nella compresenza di un’economia pubblica e di un’economia privata (cosiddetta “economia mista), nella forte tutela accordata al diritto al lavoro anche attraverso forme pervasive di intervento statale, e nella presenza di una costante pressione dell’impresa privata per un ricalibramento generale del sistema in suo favore (che si è in parte verificata a cavallo dell’inizio del secolo attuale). In questa prospettiva, gli elementi ricorrenti nel modello costituzionale dei rapporti economici sono il “privato”, il “sociale” e il “pubblico”, in uno schema in cui le attività economiche private sono controllate dai pubblici poteri per ragioni (e fini) di utilità sociale²⁸. Ricorrono e si bilanciano tra loro, pertanto, le tre componenti che caratterizzavano l’approccio liberale, quello cattolico e quello socialista.

Gli articoli racchiusi nel Titolo III della Parte I della Costituzione repubblicana inquadrano dunque il modello che l’ordinamento si dà nei rapporti economici, ma non si può certo dire che essi rappresentino le uniche norme costituzionali destinate a impattare sulle questioni dell’economia. Da un lato, infatti, vi sono innumerevoli altre norme che, pur sistematicamente collocate al di fuori del Titolo III della Parte I, impattano profondamente l’approccio statale all’economia, e basti pensare ad esempio all’articolo 81 Cost., che detta le norme fondamentali con riferimento al bilancio dello Stato (e che, dopo la novella costituzionale del 2012, prescrive ora l’equilibrio di bilancio in accordo con le regole del cosiddetto “Fiscal Compact”), o all’articolo 117 comma 2 lettera e) Cost., che nel ripartire la competenza legislativa nell’ordinamento riserva allo Stato la competenza esclusiva per le materie “moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato;

²⁸ Sia consentito il rinvio a P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, cit., pp. 80 ss.

armonizzazione dei bilanci pubblici; perequazione delle risorse finanziarie”. A sua volta, la riforma del Titolo V, che aveva lasciato prefigurare, anche nelle intenzioni del legislatore, forme avanzate di decentramento fiscale e di bilancio, non ha mai avuto piena attuazione²⁹, e la stessa revisione costituzionale dell’articolo 81 nel 2012 ha di fatto rinforzato, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale successiva, la competenza statale in materia, che è oggi certamente qualcosa di più della mera “armonizzazione” dei bilanci pubblici prevista dalla lettera dell’articolo 117 comma 2 lettera e) Cost.³⁰.

Dall’altro lato, la Costituzione economica deve essere sempre inquadrata nella prospettiva ricavabile dalla trama dei principi fondamentali, poiché in qualsiasi ordinamento costituzionale contemporaneo è difficile, se non impossibile, come peraltro aveva colto sin dal principio la dottrina più attenta, isolare le regole economiche dalle regole fondamentali che reggono il sistema sociale. In questo senso, la Costituzione economica deve in primo luogo essere letta in combinato disposto con:

- il principio personalista ex articolo 2 Cost., che impone la centralità dell’individuo, dei suoi diritti e delle sue libertà anche nei rapporti economici, e che impedisce forme di programmazione pervasiva del lavoro individuale da parte dello Stato, oltre a tutelare l’iniziativa lavorativa del singolo in autonomia e nell’impresa, quale mezzo per lo svolgimento della sua personalità;
- il principio solidarista ex articolo 2 Cost., che esclude forme di liberismo prive di contrappesi tipiche, ad esempio, dell’esperienza costituzionale statunitense e pertanto, in sostanza, impone una forma di Stato democratico *sociale*, nell’ambito della quale sono previste forme di previdenza, di assistenza e di tutela forte per i diritti sociali dell’individuo;
- il principio di eguaglianza sostanziale ex articolo 3 Cost., che impone un sistema economico caratterizzato anche da logiche perequative e redistributive, e dunque in cui vi sia un’eguaglianza di opportunità per gli individui, che devono essere messi in grado di farsi strada nel sistema economico (così come in quello dell’istruzione) secondo i loro meriti e le loro capacità;
- il principio di apertura internazionale ex articolo 11 Cost., che ha assicurato la permeabilità della Costituzione economica (e, conseguentemente, del modello economico adottato nell’ordinamento) da parte del diritto internazionale convenzionale (e si pensi all’adesione dell’Italia prima al *General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT, e poi alla *World Trade Organization* – WTO) e, soprattutto, come si dirà, da parte del diritto eurounitario.

²⁹ Sull’attuazione del cosiddetto “federalismo fiscale” e le criticità sottese si veda F. Scuto, *Nuove sfide di governance territoriale nel federalismo fiscale*, in P. Bilancia (a cura di), *modelli innovativi di governance territoriale. profili teorici e applicativi*, Milano, Giuffrè, 2011, pp.173 ss.

³⁰ Sul tema si veda C. Buzzacchi, *Vincoli europei di bilancio e politiche sociali delle Regioni*, in *Diritti regionali*, 2018, pp. 484 ss.

Pertanto, il modello delineato dai Costituenti prevede indubbiamente una serie di limiti e garanzie, attagliati su principi fondamentali dell'ordinamento e preordinati ad esigenze di trasformazione sociale, senza tuttavia arrivare ad una funzionalizzazione delle libertà economiche e del diritto di proprietà³¹.

Si può quindi dire che se è vero che, come si è visto, le disposizioni della Costituzione economica si prestano certamente a una pluralità di interpretazioni, compatibili con modelli anche molto diversi tra loro, una loro lettura attraverso le lenti dei principi fondamentali (e in particolare dei principi di cui agli articoli 2 e 3 Cost.) restituisce inevitabilmente l'esigenza di approntare un modello che contemperi le esigenze di sviluppo economico con le esigenze di giustizia sociale³², nell'ambito di un'economia sociale di mercato³³.

Parimenti, il modello delineato dai Costituenti entra in tensione se giustapposto agli obblighi derivanti dall'adesione a Trattati internazionali e all'Unione europea, che impone il recepimento di principi economici fondati, spesso, su assunti fondamentali che divergono da quelli immaginati dai Costituenti.

4. Effetti della globalizzazione e integrazione sovranazionale

Il quadro descritto ai paragrafi precedenti è profondamente mutato nelle decadi recenti. Fenomeni epocali come la globalizzazione e l'integrazione sovranazionale (nella specie, l'integrazione europea) possono avere, come noto alla dottrina, effetti profondi sugli ordinamenti costituzionali nazionali, arrivando ad influenzarli in modi che un tempo non erano certo prevedibili³⁴. Da tale fenomeno non è certo immune la Costituzione economica che anzi, proprio per via della naturale tendenza della materia economica ad assumere contorni che trasbordano quelli dello Stato, ne risulta particolarmente colpita. L'impatto dei mutamenti progressivi delle strutture del commercio mondiale e il cambiamento tecnologico in atto hanno ormai assunto una portata tale per cui il baricentro degli interessi costituzionali rilevanti, una volta saldamente ancorato all'interno dello Stato, sta gradualmente ma inesorabilmente migrando al di fuori di esso, con nuovi attori sovranazionali o non statuali che, in un mondo globalizzato, dispongono di un potere (non solo, ma soprattutto, economico) tale da poter rivaleggiare con quello degli attori statuali³⁵. Basti pensare, solo per fare qualche esempio, oltre alle istituzioni europee, al WTO, ma anche alle grandi *corporation* nel settore IT, alle agenzie di *rating*, al sistema della finanza globale, ecc.

³¹ Si veda M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, CEDAM, 1995, p. 123.

³² In questo senso si veda C. Lavagna, *Diritto pubblico dell'economia. Introduzione*, cit., p. 16.

³³ Sia consentito il rinvio a P. Bilancia, *The social market economy model between the Italian Constitution and the European Treaties*, in *The European Union Review*, nn. 1-2-3/2013, pp. 97 ss.

³⁴ Si veda A. Martinelli, *Cosa cambia nel governo della globalizzazione*, in B. Biancheri (a cura di), *Il nuovo disordine globale*, Milano, Università Bocconi Editore, 2002.

³⁵ Si veda F. Balaguer Callejón, *Costituzione economica e globalizzazione*, in questo numero, pp. 2 ss.

Prova ne sia la crisi finanziaria globale iniziata nel 2008 negli Stati Uniti e poi propagatasi in tutta Europa, che si è trasformata rapidamente in una crisi economica e, conseguentemente, occupazionale quasi senza precedenti, e che oltre ai noti e devastanti effetti sotto il profilo economico-finanziario e sociale, ha avuto altresì effetti assolutamente non trascurabili dal punto di vista costituzionalistico. Infatti, la crisi globale, a cui gli Stati non sono stati capaci di rispondere con i tradizionali metodi che i rispettivi ordinamenti costituzionali mettono a disposizione per il governo dell'economia a causa della crescente interconnessione (ma anche a causa, come si dirà, dell'integrazione sovranazionale), ha reso sempre più difficile mantenere gli standard di tutela dei diritti sociali fondamentali che erano stati raggiunti in cinquanta anni di crescita economica più o meno costante³⁶, minando persino alcuni di quelli che erano stati ritenuti veri e propri capisaldi dello Stato sociale europeo³⁷.

Ancor più dirimente, forse, è stato l'effetto dell'integrazione sovranazionale, e in particolare l'effetto del processo di integrazione europea. L'impatto in materia economica del diritto (anche primario) eurounitario, già considerevole sin dal Trattato di Roma del 1957, è infatti andato crescendo costantemente e ineluttabilmente a partire dal Trattato di Maastricht, al punto che è divenuto necessario interrogarsi circa l'opportunità – che pare ormai divenuta, a dire il vero, necessità – di interpretare la Costituzione economica nazionale ridisegnandola e modellandola in un contesto europeo.

L'accelerazione dell'integrazione europea sotto il profilo appena menzionato induce inoltre a vagliare con attenzione l'ipotesi, fino a tempi recenti forse impensabile, che si possa configurare una “Costituzione economica europea”, profondamente radicata nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e che si sovrappone alle rispettive Costituzioni economiche nazionali, sovrascrivendone in parte i contenuti³⁸. Il graduale processo di integrazione europea è infatti, come noto, in uno stadio particolarmente avanzato proprio per quanto riguarda la realizzazione del mercato unico e dell'unione monetaria, al punto che, se non si può parlare ancora di una “Costituzione europea”³⁹, l'ambito economico è forse quello in cui la trama normativa, per coerenza ed effettività (anche grazie all'opera interpretativa ed evolutiva della Corte di Giustizia), assume connotati che possono essere definiti “quasi-costituzionali”. Il nucleo di tale Costituzione economica europea dovrebbe essere ricercato

³⁶ Sul tema dell'impatto della crisi economica sulla tutela dei diritti sociali si vedano: S. Gambino, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale?*, in *Astrid rassegna*, n. 5/2015; B. Caravita di Toritto, *Trasformazioni costituzionali nel federalizing process europeo*, Napoli, Jovene, 2012; F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, Jovene, 2012; A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014.

³⁷ Sul tema sia consentito il rinvio a P. Bilancia, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *Federalismi.it*, n. speciale 4/2018.

³⁸ Sul tema si veda R. Miccù, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, in questo numero.

³⁹ Si veda E. De Marco, “Costituzione economica” e integrazione sovranazionale, cit., pp. 13 ss.

necessariamente nell'articolo 3 TUE, e dunque nel progetto di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente, per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, e sulla promozione del progresso scientifico e tecnologico⁴⁰.

Va evidenziato che esiste una perdurante e, forse, irriducibile tensione tra la Costituzione economica nazionale e la Costituzione economica europea, nella misura in cui esse muovono da presupposti quasi specularmente opposti: la Costituzione economica nazionale disegna infatti un ruolo *attivo* dello Stato ai fini di improntare il modello economico che deve perseguire lo scopo dell'utilità sociale, mentre la Costituzione economica europea disegna un ruolo *passivo* dello Stato nell'ambito economico, ai fini di garantire l'integrazione e la pace tra le nazioni europee⁴¹.

Il diritto eurounitario, in virtù dell'intersezione tra la tensione appena descritta ed il principio di primazia che lo vede prevalere sul diritto, anche costituzionale, interno (fatta salva la cosiddetta "dottrina dei controlimiti), ha quindi di fatto "eroso" intere parti del Titolo III della Parte I della Costituzione repubblicana, al punto che diverse norme paiono ormai disapplicate o comunque private di una loro perdurante effettività. Si pensi, solo per fare un esempio, all'articolo 41 comma 3 Cost., che prevede la possibilità per lo Stato di attuare una programmazione generale, e che pare oggi incompatibile, se inteso in questi termini, con i principi che regolano il mercato comune europeo, retto dai principi della libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone.

O si pensi, sempre con riferimento all'articolo 41 Cost., alla normativa europea in materia di concorrenza, che vieta, salvo rare eccezioni, di fornire aiuti statali a imprese pubbliche e private, e dunque limita fortemente la capacità di azione dello Stato a sostegno di aziende giudicate vitali per l'economia nazionale, vuoi perché strategiche, vuoi perché foriere di un elevatissimo numero di posti di lavoro⁴². Si potrebbe ragionare, in punto, dell'impatto del diritto europeo sulla revisione costituzionale del 2001, nella parte in cui essa ha introdotto all'articolo 117 comma 2 lettera e) Cost. il concetto di "concorrenza" (assegnando la tutela della stessa alla competenza esclusiva dello Stato), concetto che fino ad allora era sconosciuto, non senza motivo, alla lettera della Costituzione repubblicana.

⁴⁰ Sia consentito il rinvio a P. Bilancia, *The social market economy model between the Italian Constitution and the European Treaties*, cit., pp. 97 ss.

⁴¹ Sul tema sia consentito il rinvio a P. Bilancia, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, pp. 4 ss.

⁴² Si vedano, per tutti, i contributi racchiusi in M. Ainis, G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari-Roma, Laterza, 2019.

Si pensi, infine, all'articolo 43 Cost. e alle nazionalizzazioni ivi previste per fini di utilità generale, istituto da ritenersi oggi sostanzialmente incompatibile, per gran parte della sua originaria portata, con i principi fondanti del diritto europeo⁴³

La questione ha assunto, come evidente, proporzioni ancor maggiori con l'implementazione dell'*ESM* e del *Fiscal Compact*, e con la conseguente revisione costituzionale del 2012 volta a recepire nell'ordinamento la cosiddetta "*golden rule*", che ha sostanzialmente innovato l'ordinamento costituzionale per effetto di un Trattato internazionale, adottato sì nella cornice di riferimento del diritto europeo, ma formalmente estraneo al diritto eurounitario e raccordato in modo dubbio allo stesso e alle sue istituzioni (con ogni conseguenza in tema di democraticità – o deficit di democraticità – delle scelte adottate)⁴⁴.

È proprio in questo contesto che i due fenomeni sinora analizzati (la globalizzazione e l'integrazione sovranazionale) si sono saldati con forza maggiore, nella misura in cui la crisi economica e le relevantissime competenze in campo economico delle istituzioni europee hanno prodotto un oggettivo affievolimento delle competenze degli Stati membri nel governo dell'economia e nella determinazione dell'indirizzo economico.

È stato in questo senso osservato che, se in un primo momento l'interazione tra globalizzazione (e i fenomeni che a essa sono collegati) e integrazione europea aveva prodotto effetti virtuosi, nella misura in cui proprio l'integrazione europea aveva consentito di tenere sotto controllo e mitigare gli effetti maggiormente problematici della globalizzazione, nella fase attuale e con le caratteristiche che la globalizzazione ha recentemente assunto tale intersezione si è trasformata, divenendo foriera di effetti spesso deleteri sia per le economie degli Stati che per i diritti fondamentali individuali, al punto che deve essere rimesso in discussione, ancora una volta (e con ciò, forse, chiudendo il cerchio) il concetto stesso di Costituzione economica⁴⁵ o, quantomeno, la perdurante effettività della normativa che ad essa afferisce. Ciò è vero in particolare per gli Stati membri che, come il nostro, sono contraddistinti da fragilità strutturali delle loro economie anche a causa di un debito pubblico sovradimensionato: in altri termini, tanto maggiori le criticità sottese al sistema economico statale, tanto maggiore è stata la "debolezza

⁴³ Sul tema si veda A. Papa, *Passato e (incerto) futuro delle "nazionalizzazioni" tra dettato costituzionale e principi europei*, in questo numero, pp. 13 ss.

⁴⁴ Si vedano sul tema: O. Chessa, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2016, pp. 455 ss.; A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013; F. Bilancia, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012; G. M. Salerno, *Alla prova del nove la via europea e sovranazionale per la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in *Guida al diritto*, n. 4/2012, pp. 6 ss.; C. Buzzacchi, *Copertura finanziaria e pareggio di bilancio: un binomio a rime obbligate?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012; G. Di Plinio, *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*, cit., pp. 20 ss. Sia inoltre consentito il rinvio a P. Bilancia, *La nuova governance dell'eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 23/2012.

⁴⁵ Si veda in questo senso l'analisi di F. Balaguer Callejón, *Costituzione economica e globalizzazione*, cit., pp. 2 ss.

contrattuale” dello Stato con le istituzioni europee, tanto maggiore è stata la conseguente cessione di sovranità in favore del livello sovranazionale.

È evidente che in un contesto siffatto il rapporto tra economia (Costituzione economica) e pubblici poteri risulta profondamente alterato rispetto al quadro immaginato dai Costituenti, dovendosi riconsiderare al contempo sia il ruolo che il margine di intervento che spettano al decisore pubblico a fronte di una perdurante e strutturale affievolimento della sovranità statale.

5. L'effettività della Costituzione economica nella congiuntura attuale

Alla luce delle trasformazioni radicali appena descritte diviene allora urgente passare in ricognizione le norme racchiuse nella Costituzione economica, sia singolarmente che nel loro complesso, ai fini di vagliarne la perdurante (o non) effettività, dovendosi intendere per “effettività” la capacità della Costituzione economica di trascendere l'aspetto strettamente formale e porsi come diritto vivente, come tale in grado di informare l'effettivo assetto economico dell'ordinamento e della collettività⁴⁶.

Se questo è il caso, pertanto, di particolare interesse è, per evidenti motivi, il vaglio di tale effettività alla luce dei fenomeni della globalizzazione e dell'integrazione europea, vaglio che restituisce un quadro estremamente variegato ed eterogeneo.

Alcune norme della Costituzione economica sono infatti sostanzialmente disapplicate, avendo dovuto cedere il passo alla primazia del diritto eurounitario (e basti pensare, solo per fare qualche esempio, alle norme relative all'intervento statale nell'economia di cui agli articoli 41 e 43 Cost., o a quelle relative alla tutela del risparmio di cui all'articolo 47 Cost.).

Ci si dovrà allora interrogare, in primo luogo, sul rinnovato peso della tutela del risparmio nell'era della crisi finanziaria ed economica globale, e in particolare sull'espansione di tale interesse costituzionalmente rilevante negli anni recenti, al punto da giustificare, solo per fare alcuni esempi, il “salvataggio” di istituzioni bancarie ai fini di salvaguardare i correntisti e gli investitori (a volte con conseguenze problematiche sotto il profilo dell'eguaglianza di trattamento riservato a situazioni profondamente diverse) e il rifiuto da parte del Presidente della Repubblica di procedere al conferimento dell'incarico al Presidente del Consiglio investito di un mandato esplorativo per via dell'indicazione, nell'elenco dei Ministri, di una personalità che aveva sostenuto la possibilità di uscita dall'Area euro⁴⁷.

Parimenti, ci si dovrà interrogare sull'incidenza della tutela della concorrenza, così come definita dal diritto europeo e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, sulla Costituzione economica nazionale

⁴⁶ Sia consentito il rinvio a P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, cit., p. 21.

⁴⁷ Su questi temi si veda F. Scuto, *La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti per un rilancio della dimensione oggettiva e sociale dell'art. 47 Cost.*, in questo numero.

che, come si è anticipato, ha visto la rimozione dall'ordinamento di alcuni degli strumenti più incisivi a disposizione del decisore pubblico con riferimento all'indirizzo del sistema economico e all'intervento statale in economia⁴⁸.

Ci si dovrà chiedere, infine, quale sia lo spazio residuo per il trasferimento, a fini di utilità sociale, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale⁴⁹.

Altre norme della Costituzione economica si sono invece trasformate per via evolutiva, alla luce di un mutato contesto sociale che ha fatto venir meno i presupposti empirici che avevano sorretto le scelte compiute dai Costituenti (si pensi, sempre a titolo esemplificativo, al diritto al lavoro di cui all'articolo 4 Cost. e agli articoli 35, 36, 37 e 38 Cost.), oppure necessiterebbero di una spinta evolutiva che possa garantirne l'effettività per gli anni a venire (si pensi al ruolo dei sindacati di cui all'articolo 39 Cost., o alla tutela della donna lavoratrice di cui all'articolo 37 Cost.).

Ci si dovrà quindi interrogare in primo luogo sulle nuove dimensioni del diritto al lavoro e del principio lavorista in un'epoca di profonde trasformazioni, caratterizzata da quella che viene definita "nuova automazione" (con macchine, robotica e intelligenze artificiali che reclamano spazi un tempo coperti da lavoratori, alimentando il fenomeno della cosiddetta "disoccupazione tecnologica"), dalle nuove professioni del "capitalismo diffuso", da una precarietà strutturale delle posizioni lavorative disponibili, e da una società sempre più interconnessa ma anche sempre più dematerializzata⁵⁰.

Anche la tutela della donna lavoratrice nella "sua essenziale funzione familiare" dovrà necessariamente essere interpretata in senso evolutivo ai fini di rispondere alle reali esigenze di protezione nella prospettiva di una effettiva parità di genere e delle nuove forme di lavoro precarie o "da remoto", che rischiano di mettere a repentaglio l'impianto delle garanzie storicamente tarate sulle necessità della lavoratrice dipendente⁵¹.

Similmente e nella medesima prospettiva, il ruolo costituzionale dei sindacati dovrà essere necessariamente ripensato, atteso che essi, che già da tempo non apparivano più in grado di offrire una piena ed efficace tutela alle nuove richieste dei lavoratori, dovranno essere capaci di adattarsi a una fase

⁴⁸ Si veda sul tema G. Pitruzzella, *Do common constitutional traditions matter. in the field of regulated markets?*, in questo numero.

⁴⁹ Si veda A. Papa, *Passato e (incerto) futuro delle "nazionalizzazioni" tra dettato costituzionale e principi europei*, cit.

⁵⁰ Sul tema si veda G. Cavaggion, *Il diritto al lavoro nella prospettiva dell'automazione e delle intelligenze artificiali*, in questo numero.

⁵¹ Sul tema si veda E. Catelani, *La donna lavoratrice nella "sua essenziale funzione familiare" a settant'anni dall'approvazione dell'art. 37 Cost.*, in questo numero.

sociale in cui il mercato del lavoro è come non mai fluido e in divenire, con la conseguenza che gli istituti tradizionali di contrattazione risultano sostanzialmente svuotati di gran parte della loro efficacia.

Altre norme infine, non sono mai state pienamente applicate sin dalle origini della Costituzione repubblicana e potrebbero forse oggi, paradossalmente, offrire, se recuperate, dei validi appigli per fare fronte a fenomeni epocali che stanno rivoluzionando l'intero sistema sociale (si pensi alla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende di cui all'articolo 46 Cost., o alla valorizzazione delle comunità montane di cui all'articolo 44 ultimo comma Cost.).

Bisognerà allora guardare alle esperienze europee, anche in prospettiva comparata, per conferire un'effettività reale alla previsione di forme di collaborazione dei lavoratori alla gestione delle aziende, voluta dal Costituente ma mai effettivamente attuata, e che potrebbe presentare indubbie potenzialità per la risoluzione di alcuni dei problemi principali della fase sociale attuale, caratterizzata da un indebolimento diffuso della tutela dei lavoratori e da una graduale dissoluzione dell'impresa quale centro di interessi non solo economici, ma anche sociali, e dunque come luogo di svolgimento della personalità dell'individuo-lavoratore ex articolo 2 Cost.⁵².

Per quanto riguarda invece la tutela delle aree montane, espressamente prevista in Costituzione e parimenti mai pienamente attuata, la collocazione sistematica dell'articolo 44 ultimo comma nell'ambito della Costituzione economica non può essere trascurata, e la montagna può ben essere oggetto di investimenti in infrastrutture e servizi essenziali volti ad esaltarne le potenzialità turistiche, rurali e produttive cessando di essere considerata alla stregua di un luogo disagiato e depresso e bisognoso di sporadici e isolati interventi di sostegno⁵³.

In altri termini, diviene imprescindibile oggi per il costituzionalista avvicinarsi allo studio della Costituzione economica con approccio sinottico, leggendola in parallelo da un lato con le integrazioni che discendono da *norme* extrastatali, come sono evidentemente i divieti e gli obblighi derivanti dai Trattati europei, e dall'altro con le evoluzioni e modificazioni indotte da *fenomeni* extrastatali, come quelli derivanti dalla globalizzazione e dal progresso tecnologico. Solo attraverso una lettura evolutiva e consapevole delle norme del Titolo III della Parte I della Costituzione repubblicana, che miri ad aggiornarne il contenuto e la portata ai fini di adattarli alla mutata realtà sociale globale – tenendo tuttavia saldi i paletti della centralità della persona nell'ordinamento e della dimensione sociale del sistema economico complessivamente considerato – appare infatti possibile fare fronte alle sfide in corso e a

⁵² Sul tema si veda J. Luther, *Garanzie e limiti costituzionali del diritto alla cogestione delle aziende: la sostenibilità di equivalenti italiani alla Mitbestimmung*, in questo numero.

⁵³ Si veda G. Marchetti, *L'art. 44, u.c., Cost.: quale valorizzazione delle zone montane?*, in questo numero, p. 32.



quelle, in parte ancora imprevedibili, che dovranno essere gestite negli anni a venire. È solo nell'ambito di questa cornice che la Costituzione economica può mantenere, ancora oggi, la sua effettività.





Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*

di **Roberto Miccù**

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Sapienza – Università di Roma

Sommario: 1. Introduzione. 2. Paradigmi della costituzione economica europea in trasformazione: dal paradigma di Maastricht alle trasformazioni attuali. 3. Il cambio di paradigma attuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. 4. Conclusioni: problemi e prospettive sulla democraticità della *governance* economica multilivello.

1. Introduzione

Nel dibattito sul diritto costituzionale europeo all'inizio del XXI secolo diversi autori hanno sostenuto che la crisi economico finanziaria abbia prodotto una profonda mutazione costituzionale¹ o, meno drammaticamente, una trasformazione fondamentale negli equilibri costituzionali dell'Unione Europea². Ora, non vi è dubbio che la crisi economica abbia messo in luce tutti i limiti di una organizzazione e di un equilibrio costituzionali disegnati a Maastricht e caratterizzato da una fondamentale asimmetria tra una Unione e una politica monetaria accentrata a livello "federale" europeo e una politica economica lasciata al mero coordinamento delle competenze degli Stati membri. Per questo motivo, può dirsi che con l'architettura concepita essenzialmente nel Trattato di Maastricht, l'Unione Europea era non solo impreparata ma impossibilitata a fronteggiare il rischio di un "fallimento" di uno o più dei suoi Stati membri³.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Sull'utilizzo di questa categoria di "mutazione costituzionale" in relazione alle trasformazioni nell'epoca della crisi economico-finanziaria, rispetto ad altre categorie più consolidate nella dogmatica giuspubblicistica, cfr., da ultimo, A. BARAGGIA, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi. La condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Giappichelli, Torino, 2017, 5 ss., con riferimenti di dottrina.

² A. BARAGGIA, *La condizionalità economica nella giurisprudenza della crisi: un'analisi comparata*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, ESI, 2019, 38 ss.; M. IOANNIDIS, *Europe's New Transformations: How the EU Economic Constitution Changed During the Eurozone Crisis*, in *Common Market Law Review*, 2016, 56, 1251 ss.; ora in una versione rivisitata: Idem, *Europa: diritto della crisi e crisi del diritto. Austerità, diritti, cittadinanza*, a cura di C. MARGIOTTA, il Mulino, 2018.

³ La cd. no bail-out clause prevista dall'art. 125 TFUE afferma che "l'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali, o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto economico specifico. Gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell'amministrazione statale, degli enti regionali, locali o degli altri enti pubblici, di altri organismi di diritto pubblico". Accanto all'art. 125 TFUE anche un'altra previsione del cd. market-based paradigm posto dal Trattato di Maastricht si frapponeva alla possibilità per l'Unione di fornire assistenza agli Stati

In dottrina, si è registrata, quindi, in questi ultimi anni una diffusa opinione che ritiene che la crisi abbia portato con sé quanto meno un cambio di paradigma interpretativo della costituzione europea e di quella economica, in particolare⁴.

In questo contributo cercheremo di ricostruire la trama essenziale di come il cambiamento di paradigma sia divenuto particolarmente evidente a seguito di alcune sentenze della Corte di Giustizia della UE⁵ - il caso *Pringle*⁶, il caso *Gauweiler*⁷ e l'ultima - che conferma le prime due - la più recente del 11 dicembre 2018 relativa al caso *Weiss*⁸ - che hanno marcato un fondamentale cambiamento economico-istituzionale avvenuto dopo il 2010, sintetizzabile nell'abbandono dell'idea che il finanziamento degli Stati membri dovesse essere governato esclusivamente dalle logiche di mercato e l'accettazione che, invece, debba prevalere una logica di intervento dei poteri pubblici nel segno della assistenza finanziaria pubblica. Non solo: le medesime tre fondamentali sentenze, di cui sopra, hanno fornito la fondamentale legittimazione giuridica a questo cambio di paradigma economico-costituzionale.

In altri termini, in questo contributo assumiamo che il cambio di paradigma dallo stato regolatore ad una nuova forma di stato interventista o 'salvatore' può essere sintomaticamente e significativamente sintetizzato e legittimato dai contenuti dei tre *leading cases* della Corte di Giustizia UE su cui ci si soffermerà nel prosieguo.

In questo contributo si utilizza ripetutamente il termine "paradigma" per contribuire a costruire una nuova "narrazione" costituzionale, ricordando che questo termine è stato introdotto nella filosofia della scienza in almeno due accezioni a partire da un celebre lavoro di Thomas Kuhn sulla "struttura delle rivoluzioni scientifiche"⁹.

in difficoltà: l'art. 123 co. 1 TFUE che proibisce il finanziamento monetario degli Stati membri da parte della Banca Centrale Europea: "Sono vietati la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, da parte della Banca Centrale Europea o da parte delle banche centrali degli Stati membri (in appresso denominate banche centrali nazionali), a istituzioni, organi od organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali o locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della Banca Centrale Europea o delle banche centrali nazionali".

⁴ Per una ricostruzione della ampia dottrina in materia si veda: G. MARTINICO, *EU Crisis and Constitutional Mutations: a Review Article*, in *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 2014, 165, 247-280.

⁵ Sul ruolo delle Corti nella governance economica della Unione, v. T. CAPETA, *The role of courts in economic governance in the European Union*, in F. J. CARRERA HERNÁNDEZ (a cura di), *Towards a new government of the economy in the European Union?*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.

⁶ C-370/12 *Pringle v. Government of Ireland and the Attorney General*, 27 November 2012.

⁷ C-62/14 *Gauweiler v. Deutscher Bundestag*, 16 giugno 2015.

⁸ C-493/17 *Weiss and others*, 11 dicembre 2018.

⁹ Th. S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962, tr. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1978, 212 ss.

In particolare, la nozione di “paradigma” è in prima battuta assimilabile a quella che Kuhn definisce come “matrice disciplinare”, «ciò che i membri di una certa comunità scientifica possiedono in comune, cioè l'insieme delle tecniche, dei modelli e dei valori a cui i membri della comunità più o meno consapevolmente aderiscono».

Ma il paradigma può essere inteso anche in un secondo senso ovvero come «un singolo elemento di quest'insieme che, fungendo da esempio comune, si sostituisce alle regole esplicite e permette di definire una particolare e coerente tradizione di ricerca»¹⁰.

Nel campo del diritto costituzionale europeo dell'economia la fine del “secolo breve” è stata senza dubbio segnata dalla presenza di un “paradigma” – lo Stato regolatore – mediante il quale si è cercato di dare conto di un ampio movimento di rinnovamento nella disciplina della materia economica, così come nei modelli di organizzazione amministrativa, stringendoli in un'unica sintesi verbale, in un unico enunciato (descrittivo e normativo insieme).

La nozione di Stato regolatore, per come è stata utilizzata, ha inteso rinviare anche ad un elemento di discontinuità nella tradizione scientifica del diritto pubblico dell'economia, una discontinuità che si può senza dubbio ricondurre alla diffusa consapevolezza nella dottrina, non solo italiana ma europea, almeno a partire dai primi anni Novanta di trovarsi di fronte ad un *quid novi* - rispetto alla lettura tradizionale degli enunciati costituzionali in materia economica – rappresentato dalla costituzione economica europea. Il rapporto con l'ordinamento comunitario-europeo - con relativa apertura dei mercati – in una con le trasformazioni conseguenti al più ampio fenomeno della globalizzazione del diritto – hanno segnato il definitivo venir meno del collegamento tra diritto dello Stato e territorio¹¹.

Questa discontinuità non va intesa nel senso banale, diacronico e lineare di una successione di un paradigma ad un altro, come potrebbe lasciar intendere l'idea, spesso esemplificativamente riproposta, del passaggio dallo *Stato interventore* allo *Stato regolatore* e, ancora, a seguito delle ultime vicende legate alla crisi finanziaria internazionale, ad uno “*Stato salvatore*”. Infatti, la qualità e la quantità dell'intervento pubblico nell'economia paiono dipendere più da dinamiche cicliche di lungo periodo che non da un

¹⁰ Per un approccio particolarmente pregnante all'uso dei “paradigmi” nelle scienze sociali: G. AGAMBEN, *Signatura Rerum. Sul metodo*, Torino, 2008, 13 ss.

¹¹ Cfr., da ultimo, il bel libro di A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, Giuffrè, 2010.

percorso evolutivo unilineare, secondo corsi e ricorsi storici¹², con un pendolo che oscilla a seconda dei periodi storici tra Stato (id est: potere pubblico) e mercato¹³.

Ciò che l'uso del termine “paradigma” - riferito allo Stato regolatore e ad un nuovo Stato “interventore” post crisi economico-finanziaria – vuole, invece, qui intendere è l'idea che un singolo elemento (o un complesso coerente di elementi) della nuova disciplina dei fatti e dei rapporti economici diventa «esempio comune, si sostituisce alle regole esplicite e permette di definire una particolare e coerente tradizione di ricerca»¹⁴.

Com'è evidente, per comprendere il significato del “paradigma” dello Stato regolatore occorre partire da quello che concordemente viene considerato come il punto di partenza di ogni riflessione sul nuovo diritto pubblico dell'economia, il vero spartiacque storico, dottrinale e giuridico-positivo: il Trattato di Maastricht.

2. Paradigmi della costituzione economica europea in trasformazione: dal paradigma di Maastricht alle trasformazioni attuali

Fino all'approvazione del Trattato di Maastricht, la dottrina (almeno quella italiana) era ancora segnata profondamente dal problema della compatibilità tra la disciplina costituzionale nazionale in materia economica e la cd. costituzione economica europea.

Non è difficile risalire alla lettura allora prevalente della costituzione economica interna, così efficacemente sintetizzata: «il fatto che, fino agli anni Settanta, in molti Paesi le politiche di *deficit spending* vennero associate alla costruzione dello Stato sociale acquisì in Italia un particolare significato dal punto di vista giuridico-costituzionale. Se solo in alcuni Paesi, costruire lo Stato sociale equivaleva ad attuare la Costituzione (non ad es. nel Regno Unito), fra questi solo l'Italia si era data, nell'immediato dopoguerra, una Costituzione che riconosceva direttamente nel testo i diritti sociali (a differenza di Francia e

¹² Sembra possibile trasporre in tale ambito, in effetti, la valutazione formulata da A. O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, 1970, circa l'andamento tra pubblico e privato nella realizzazione delle attività a contenuto sociale e delle relative politiche pubbliche, secondo cui vi sarebbero delle dinamiche di lungo periodo che investirebbero giudizi antitetici riguardo la valutazione e la richiesta di un livello di maggiore o minore libertà degli individui nel campo economico e, corrispettivamente, di maggiore o minore intervento pubblico nell'economia. In senso analogo, v. M. PACI, *Pubblico e privato nei moderni sistemi di Welfare*, Liguori, 1989, 35-39; E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2005, p. 2, che parla di “equilibrio instabile” tra mercati e istituzioni. Delinea l'alternarsi di fasi nel rapporto tra ordine politico e ordine economico, da ultimo, B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. Amm.*, 2008, 26. Sulla nuova fase di intervento pubblico nell'economia, determinato dalla crisi finanziaria che dagli Stati Uniti ha spiegato i suoi effetti sul mondo globalizzato, v., fra gli altri, G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1083 ss.

¹³ Cfr. al riguardo, da ultimo, P. DE GRAUWE, *I limiti del mercato*, il Mulino, Bologna, 2018, 133 ss.

¹⁴ Così, ancora G. AGAMBEN, *ult. op. cit.*, 13.

Germania). [...] Nei dibattiti politico-costituzionali e nelle Assemblee costituenti prevalse così l'idea che ai diritti sociali fosse connaturato l'elemento della prestazione pubblica. Prevalse sulla tesi dei pluralisti, che nei diritti sociali vedevano diritti all'integrazione del singolo nei gruppi o nelle formazioni sociali di appartenenza, secondo una nozione di cittadinanza più ricca, ma meno compatta di quella fondata sulla prestazione pubblica: a parte ogni altra considerazione, tesi simili si confacevano di più a un'epoca di benessere diffuso»¹⁵.

Non è un caso che proprio Maastricht segni un momento di “improvvisa” consapevolezza e presa di coscienza del cambiamento intervenuto. Infatti, fino a quel momento si può dire che nei rapporti tra il disegno delle Comunità europee come “comunità di diritto funzionali” (*Zweckverbaende funktionaler Integration*) all'integrazione dei mercati e un ordinamento costituzionale interno in cui l'attuazione delle disposizioni costituzionali sui diritti sociali veniva concepita prevalentemente in termini di interventi pubblici a sostegno dei più diversi fini sociali o, ancora, attraverso un'idea tradizionale di programmazione economica, avesse funzionato una sorta di “divisione del lavoro”. In questa “divisione del lavoro”, peraltro, secondo quello che era l'intento originario dei padri dei Trattati istitutivi delle Comunità europee, la crescita e diffusione del benessere procurata dall'apertura dei mercati e dalla concorrenza a livello di mercato comune (poi unico) europeo doveva in qualche misura servire proprio come “garanzia” per l'autonoma gestione dei welfare nazionali da parte dei paesi membri¹⁶.

Ma questa fase termina senza dubbio con il Trattato del 1992 – che rende peraltro evidente quanto era già chiaro almeno dall'Atto Unico Europeo – termina sia perché il Trattato si pone degli obiettivi chiaramente politici sia perché l'illusione che l'apertura dei mercati nazionali nei quali era cresciuto il *Welfare*, con la predeterminazione di vincoli di bilancio e di compatibilità macroeconomica assai stringenti, non potesse non destabilizzare o incidere sugli equilibri sociali, finora definiti da misure statali, doveva necessariamente svanire.

L'evoluzione più recente, a seguito della crisi economico-finanziaria che ha investito i debiti sovrani di Stati membri dell'Unione segna una ulteriore nuova fase che presenta delle nuove caratteristiche: in base al paradigma *market-oriented* frutto del compromesso tradotto nel Trattato di Maastricht gli Stati membri dell'Eurozona generalmente si finanziavano sia attraverso l'imposizione fiscale sia mediante i prestiti nei mercati dei capitali. Questa doppia fonte di sostentamento pubblico era connessa alle due essenziali modalità di controllo delle politiche economiche nazionali: da un lato i contribuenti esprimevano la loro

¹⁵ C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, in C. PINELLI-T. TREU, *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 24-25.

¹⁶ In questo senso, molto bene, S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2002, 17 ss.

approvazione o disapprovazione attraverso i rispettivi processi politici democratici nazionali, dall'altro gli attori del mercato facevano ricorso a tassi di interesse variabili, con ciò esprimendo le loro preferenze attraverso uno strumento analogo ma diverso dal voto.

La nuova forma di assistenza finanziaria che emerge nel periodo della crisi economico-finanziaria, aggiungendo una terza fonte di finanziamento (quella della Banca Centrale Europea), ha sconvolto questo paradigma e ha innescato quella serie di mutamenti costituzionali di cui si diceva all'inizio.

Dal momento che le procedure di bilancio nazionali e i tassi di interesse non erano più meccanismi di controllo sufficienti, le istituzioni politiche dell'Unione e la Corte di Giustizia hanno dovuto elaborare nuovi strumenti per eliminare il pericolo di quello che gli economisti chiamano *moral hazard*¹⁷. La condizionalità, cioè la previsione di requisiti politici per finanziare i trasferimenti, è diventata un nuovo, fondamentale, strumento di controllo, dettato appunto dai rischi di azzardo morale nella zona-Euro da parte di alcuni Stati membri¹⁸. Questa nuova forma di disciplina o di disciplinamento, se si vuole, pone anche la questione della legittimità democratica in una nuova luce: dal momento che i nuovi strumenti di controllo non sono basati né sul mercato né collocati nelle procedure politiche nazionali, essi ripropongono nuovamente con urgenza la questione del governo democratico nella trasformazione dell'Europa.

Come si è detto, l'analisi che si intende svolgere si basa, prevalentemente, sull'eredità della crisi dell'Eurozona, la quale ha prodotto una profonda trasformazione dei principi costituzionali fondamentali (della costituzione economica europea), senza però che venisse apportato, di fatto, alcun emendamento esplicito.

È stata la necessità di garantire la sopravvivenza della moneta unica durante la crisi del debito sovrano che ha trasformato il ruolo della BCE da garante della stabilità dei prezzi a garante della solidità dell'unione monetaria nel suo complesso. La BCE si è guadagnata così un nuovo ruolo di prestatore *condizionato* di ultima istanza nel sistema bancario e nel mercato del debito sovrano della zona euro¹⁹.

Successivamente, sono state adottate varie misure durante la crisi, in particolar modo quelle *non convenzionali*, che hanno contribuito allo sviluppo di un nuovo modello di *governance economica europea*, che

¹⁷ In generale, l'azzardo morale descrive la distorsione degli incentivi ad agire in un certo modo in dipendenza del fatto che i costi della propria condotta sono sopportati in ultima analisi da un'altra persona – in termini economici – sono, cioè, esternalizzati.

¹⁸ Sulla condizionalità, a partire dalla sua apparizione in relazione al Fondo monetario internazionale fino alle sue manifestazioni nella crisi dell'euro-zona, con il determinarsi di una "sovranità condizionata", v. ora E. PAPARELLA, *Il fondo monetario internazionale nell'Eurozona. La stretta condizionalità e la sovranità condizionata*, Napoli, Jovene, 2018, in ptc. da 67 ss.

¹⁹ P. DE GRAUWE, *The European Central Bank as Lender of Last Resort in the Government Bond Markets*, CESifo Economic Studies, No 59, 3/2013, 520–535; W.H. BUTTHER, E. RAHBARI, *The ECB as Lender of Last Resort for sovereigns in the Euro area*, CEPR Discussion Paper, n. 897.

punta a rilevare, prevenire e correggere le tendenze economiche problematiche quali i disavanzi pubblici o i livelli di debito pubblico eccessivi che possono frenare la crescita e creare rischi per le economie. Tutto ciò, naturalmente, non è accaduto senza che fossero sollevate numerose critiche, soprattutto in ragione della problematica secondo la quale la BCE stesse esercitando funzioni eccedenti le proprie competenze. Tali critiche sono culminate, in taluni casi, con le dimissioni di cariche istituzionali importanti, e con il ricorso dinnanzi alle Corti, la Corte di Giustizia UE e le Corti costituzionali nazionali, in particolare il Tribunale costituzionale federale tedesco.

Veri e propri *leading cases* sono quindi diventate le tre sentenze, *Pringle*, *Gauweiler* e *Weiss*, le quali, senza ombra di dubbio, hanno segnato un passaggio fondamentale nella trasformazione del paradigma economico-giuridico di Maastricht, sia in relazione al fatto che, al loro interno, viene toccato diverse volte il punto circa la scissione tra politica monetaria ed economica, la prima di competenza della BCE, la seconda degli Stati membri; sia poiché sanciscono la presenza di interventi pubblici nel debito sovrano, come l'assistenza finanziaria, erogata da meccanismi specifici come già il MES, misure monetarie non convenzionali e, probabilmente, anche ristrutturazioni del debito. Ciò è stato possibile anche grazie ad una nuova interpretazione e al superamento dei divieti contenuti nell'art.125.1 e nell'art.123.1 TFUE, i quali vengono presi in considerazione sotto un diverso punto di vista, nonché quello che riguarda il meta-obiettivo da raggiungere, mettendo in secondo piano gli effetti.

Tuttavia, anche se gli sforzi sostenuti dalla BCE sono stati finora necessari ad evitare il peggio, questi non possono considerarsi comunque sufficienti a far uscire la zona euro dalla crisi. Questo perché la BCE si è comportata solo da supplente di un'unione economica ancora strutturalmente debole che non ha tuttora completato il processo di trasformazione.

Nonostante l'ultima riforma dei Trattati sia avvenuta a Lisbona nel 2007, i principi cardine della costituzione economia europea risalgono ancora – come si è detto - al trattato di Maastricht, all'interno del quale vengono dettate le regole basilari della *governance economica*, rimaste invariate fino allo scoppio della crisi finanziaria che ha colpito l'Eurozona dal 2010.

Il modello di Maastricht si basava prevalentemente su una suddivisione degli ambiti di politica economica e monetaria; quest'ultima era di competenza esclusiva della BCE, il cui obiettivo principale, come detto precedentemente, è quello di «mantenere la stabilità dei prezzi». In materia di politica economica, invece, veniva attribuita ampia discrezionalità agli Stati membri, nonostante fosse previsto l'obbligo di mantenere i bilanci entro dei parametri prestabiliti, il divieto di assistenza finanziaria da parte della Banca Centrale Europea e delle altre istituzioni europee, così come disposto all'interno dell'art. 123.1 TFUE e il divieto di *bail-out*, sancito dall'art.125, 2 co., TFUE. Secondo tale logica, il finanziamento degli Stati doveva essere

lasciato al mercato, per evitare che si generassero fenomeni di *moral hazard*²⁰, cioè la possibilità che i Paesi membri tenessero comportamenti poco responsabili, confidando negli aiuti erogati dalla BCE o altri Stati. Tuttavia, la riforma della *governance economica* ha operato una modifica strutturale, rimuovendo, seppur parzialmente, l'asimmetria caratterizzata dalla scissione fra politica monetaria ed economica, che non ha retto l'incalzare della crisi²¹. La presenza del MES, introdotto a causa del *default* della Grecia e dell'instabilità dei tassi di interesse sui titoli, ha costituito un'eccezione al già citato art.125 TFUE, rappresentando, dunque, un chiaro esempio di superamento di tale suddivisione.

Pertanto, poiché le misure presenti all'interno del Trattato si sono rivelate poco efficaci nel contrastare la crisi finanziaria, è stato necessario, da parte delle Istituzioni economiche europee e della BCE, introdurre nuovi strumenti come, ad esempio, i meccanismi di assistenza finanziaria, in collaborazione con il Fondo Monetario Internazionale²², e le già menzionate *misure non convenzionali*, che hanno di fatto modificato l'assetto dei principi costituzionali europei.

In sostanza, la trasformazione del paradigma economico di Maastricht non è avvenuta in relazione ad un progetto lineare e prestabilito, ma a causa della necessità di colmare le lacune presenti al suo interno. Difatti, la revisione formale non è l'unico modo mediante il quale è possibile introdurre nuovi obiettivi costituzionali. Questi possono essere stabiliti anche attraverso un processo di trasformazione del significato delle disposizioni esistenti senza alcuna modifica del testo²³. L'organo che sancisce tale trasformazione, nel caso dell'Unione Europea, è la Corte di Giustizia (CGUE), la quale detiene la facoltà di indicare le modalità di accettazione del nuovo significato. Nel corso degli ultimi anni la CGUE si è pronunciata diverse volte circa la legittimità di atti introdotti a difesa dalla crisi finanziaria, soprattutto mediante le sentenze *Pringle*, *Gauweiler* e, la più recente, *Weiss*, in cui è stato messo in questione se il passaggio dal paradigma di Maastricht basato sul mercato a quello dei trasferimenti transfrontalieri e dell'assistenza finanziaria fosse costituzionalmente accettabile.

²⁰ L'azzardo morale può essere contrastato mediante strumenti quali la condizionalità, ovvero mediante la concessione di aiuti finanziari subordinata alla presenza di determinati requisiti o iter, il monitoraggio delle azioni degli Stati membri e, infine, la condivisione del rischio.

²¹ L'asimmetria del modello di Maastricht viene ritenuta una delle cause principali della crisi europea. Tale criticità fu rilevata per primo da S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*. Milano, 2001.

²² Scopo principale del Fondo è quello di favorire la cooperazione monetaria internazionale, gli scambi commerciali e, attraverso opportune garanzie, può rendere disponibili per gli Stati membri risorse economiche per affrontare eventuali difficoltà.

²³ M. IOANNIDIS, *Europa: diritto della crisi e crisi del diritto*, cit..

3. Il cambio di paradigma attuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

Come si è detto, gli aiuti pubblici, espressione del nuovo paradigma economico-costituzionale, hanno ricevuto il via libero definitivo con l'assenso espresso della Corte di Giustizia in tre casi paradigmatici, *Pringle* e *Gauweiler*, confermati ancora di recente da un terzo caso sul programma di cd. *quantitative easing*, nel caso *Weiss*. Nel primo caso la questione fondamentale era la compatibilità dell'istituzione del MES con l'art. 125 del TFUE. Infatti, come è noto, nella riunione del Consiglio europeo del 28-29 ottobre 2010, si convenne sulla necessità che gli Stati membri istituissero un meccanismo permanente di gestione della crisi per salvaguardare la stabilità finanziaria dell'Eurozona, nonché il MES (Meccanismo Europeo di Stabilità).

Venne, così, adottata la decisione 2011/199/UE, che ha apportato un emendamento all'art.136 TFUE disponendo che: «*gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della Zona Euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità*».

La ragione di fondo dell'emendamento è stata quella di disciplinare il caso in cui l'elevato livello di indebitamento di uno stato rischiasse di contagiare l'intera area euro, quindi il caso della "inoperatività" della c.d. clausola di non salvataggio.

L'istituzione del MES ha fatto insorgere numerosi dubbi circa la legittimità di tale meccanismo, ma la contestazione più forte sulla modifica al TFUE è culminata con un rinvio pregiudiziale da parte della *Supreme Court of Ireland*, su sollecitazione del parlamentare irlandese *Thomas Pringle*. Egli, dinnanzi alla High Court, ha sostenuto, innanzitutto, che la decisione 2011/199/UE non era stata legittimamente adottata alla luce della procedura di revisione semplificata prevista dall'art. 48, paragrafo 6 TUE; e, inoltre, che ratificando approvando o accettando il Trattato MES, l'Irlanda avrebbe assunto obblighi contrari alle disposizioni dei Trattati UE e TFUE, al principio generale di tutela giurisdizionale effettiva, nonché al principio di certezza del diritto.

La High Court, tuttavia, ha respinto integralmente il ricorso del parlamentare, il quale si è rivolto al giudice *a quo*. In questa occasione sono state poste dinnanzi alla CGUE diverse questioni pregiudiziali, ovvero, se la decisione 2011/199/UE fosse effettivamente valida²⁴; se uno Stato membro dell'Unione Europea, la cui moneta è l'euro, potesse legittimamente aderire e ratificare un accordo internazionale come il

²⁴ Considerando: - l'utilizzo della procedura di revisione semplificata ex articolo 48, paragrafo 6, TUE e, in particolare, se la modifica proposta dell'articolo 136 TFUE comporti un'estensione delle competenze attribuite all'Unione nei trattati;
- il contenuto della modifica proposta, in particolare se comporti violazioni dei trattati o dei principi generali del diritto dell'Unione.

Trattato MES²⁵; e, infine, se la facoltà di uno Stato membro di aderire e ratificare un accordo internazionale come il Trattato MES, fosse subordinata all'entrata in vigore della decisione 2011/199/UE.

La Corte di Giustizia europea, ha ritenuto tale rinvio pregiudiziale di eccezionale importanza e, su ordinanza del proprio Presidente, ha svolto i lavori secondo un procedimento accelerato.

Prima di procedere all'esame delle tre questioni pregiudiziali con relativo responso, la CGUE ha dovuto precisare che, soprattutto in relazione alle prime due, possedesse le competenze per entrarne nel merito. Successivamente, per ciò che concerne la prima questione, la Corte ha esaminato se la modifica del trattato TFUE prevista dalla decisione 2011/199/UE riguardasse unicamente disposizioni contenute nella parte terza dello stesso, e se tale emendamento non estendesse le competenze attribuite all'Unione nei Trattati. In particolare, è stato necessario verificare che la decisione non eccedesse le competenze dell'Unione nel settore della politica monetaria e in quello del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, evidenziando che il TFUE non contiene una definizione della politica monetaria e si limita a sancire il mantenimento della stabilità dei prezzi quale obiettivo principale da perseguire. Dunque, salvaguardare la stabilità dell'Eurozona, così come previsto all'interno dell'art.136, non rientra nell'ambito della politica monetaria, bensì nel settore della politica economica. Il MES, tuttavia, non invade la competenza dell'Unione nell'adozione di misure di coordinamento. Appare ovvio, infine, che gli Stati membri non possano sottrarsi dal rispetto del diritto dell'Unione, il quale viene rispettato grazie al principio di condizionalità presente all'interno dell'art.136 TFUE.

In relazione alla seconda questione pregiudiziale, la Corte ha dovuto esaminare l'interpretazione delle disposizioni contenute nel TUE e nel TFUE relative alle competenze esclusive dell'Unione, alla politica economica di quest'ultima, al principio di leale collaborazione, alla compatibilità di assegnazione di nuove funzioni in capo alla Commissione, la BCE e alla Corte di Giustizia dell'UE e, infine, al principio di tutela giurisdizionale effettiva. Dunque, anche in merito a tali questioni, la CGUE si è pronunciata a favore del MES, e ha stabilito, innanzitutto, che non fossero presenti elementi di ostacolo alla conclusione tra gli

²⁵ Considerando: -gli articoli 2 TUE e 3 TUE nonché le disposizioni della Parte terza, Titolo VIII, del Trattato FUE, in particolare gli articoli [119 TFUE 123 TFUE] [e 125 TFUE 127 TFUE];
-la competenza esclusiva dell'Unione per la politica monetaria, di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera c), TFUE, e per la conclusione di accordi internazionali ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, TFUE;
-la competenza dell'Unione per il coordinamento delle politiche economiche in conformità dell'articolo 2, paragrafo 3, TFUE e Parte terza, Titolo VIII, TFUE;
- le attribuzioni e le funzioni delle istituzioni dell'Unione in base ai principi esposti all'articolo 13 TUE;
- il principio di leale collaborazione enunciato all'articolo 4, paragrafo 3, TUE;
- i principi generali del diritto dell'Unione, incluso, segnatamente, il principio generale ad una tutela giurisdizionale effettiva e il diritto a un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio generale della certezza del diritto.

Stati di un accordo come il trattato MES in relazione alle competenze esclusive e alla politica economica dell'Unione²⁶, oltre che alle disposizioni riguardanti il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4.3 TUE e il principio generale di tutela giurisdizionale effettiva. Dunque, l'istituzione del Meccanismo Europeo di Stabilità non viola alcuna norma del TFUE, ed in particolare la clausola di "divieto di salvataggio", il già citato *bail-out*, posta dall'art.125 TFUE. Questo è possibile poiché, all'interno di tale sentenza, viene data una nuova interpretazione del contenuto dell'articolo stesso: nella nuova ottica la concessione di assistenza finanziari da parte di uno o più Stati membri ad un altro non viene vietata, purché le condizioni collegate a siffatta assistenza siano tali da stimolarlo all'attuazione di una politica di bilancio virtuosa. In tal modo l'art.125 TFUE diviene fonte giuridica aggiuntiva per la condizionalità²⁷. Per ciò che concerne, infine, l'assegnazione di nuove funzioni alla Commissione, alla BCE e alla Corte di Giustizia da parte del MES, la CGUE ha stabilito che non è stato violato l'art. 13.2 in tema di limiti alle attribuzioni di funzioni alle istituzioni²⁸.

Con l'ultima questione pregiudiziale è stata esaminata la possibilità degli stati membri di procedere alla conclusione e alla ratifica del Trattato MES prima dell'entrata in vigore della decisione 2011/119/UE: poiché quest'ultima non ha attribuito nuove competenze agli Stati membri, il diritto di uno Stato di concludere e ratificare il Trattato non è subordinato all'entrata in vigore della decisione stessa.

In conclusione, la Corte non ha rilevato alcun elemento atto ad inficiare l'istituzione del Meccanismo Europeo di Stabilità.

Qualche tempo più tardi, invece, nel caso *Gauweiler* la Corte di Giustizia europea è stata chiamata a valutare la relazione tra l'OMT (*Outright Monetary Transactions*) e il divieto di finanziamento monetario, sancito dall'art. 123 TFUE e nel mandato della BCE.

Nonostante i diversi argomenti, la domanda in entrambi i casi era sostanzialmente la stessa, così come la risposta data dalla Corte UE. In entrambi i casi *Pringle* e *Gauweiler*, la questione era se il passaggio dal

²⁶ A ciò si è aggiunto che: - l'art 122 non indica che solo l'Unione sia competente a concedere assistenza finanziaria ad uno stato membro;

-la concessione di un'assistenza finanziaria da parte degli stati membri ad altro stato membro non rientra nel divieto diretto a BCE e banche centrali di concedere aiuti economici previsto dall'art 123 TFUE;

- l'art 125 TFUE in forza del quale "l'Unione o uno Stato membro non risponde né si fa carico degli impegni di un altro stato membro" non è diretto a vietare la concessione di qualsiasi forma di assistenza finanziaria ad un altro stato membro.

²⁷ M. IOANNIDIS, *Europa: diritto della crisi e crisi del diritto. Austerità, diritti, cittadinanza*, cit.

²⁸ Ciò lo si è dedotto da:

-la giurisprudenza della Corte ove si legge che nei settori che non rientrano nella competenza esclusiva dell'unione, gli stati membri hanno il diritto di affidare alle istituzioni compiti come il coordinamento di un'azione comune o la gestione di un'assistenza finanziaria;

-l'art 273 TFUE conformemente al quale la Corte è competente a conoscere di qualsiasi controversia tra stati membri in connessione con l'oggetto dei trattati quando tale controversia le venga sottoposta in virtù di un compromesso.

paradigma di Maastricht basato sul mercato a quello dei trasferimenti transfrontalieri e dell'assistenza finanziaria fosse costituzionalmente accettabile. In entrambi i casi la Corte ha risposto affermativamente. La lettura trasformativa della Corte che sostanzialmente sostituisce un paradigma con un altro in pochi paragrafi e ha profondamente modificato la comprensione della costituzione economica dell'Unione. In *Pringle* la Corte sembra accettare l'accordo originario di Maastricht quando esso tratta l'assistenza pubblica come un problema di debito. Nelle parole della Corte di Giustizia:

l'obiettivo dell'art. 125 del TFUE è quello di garantire che gli Stati membri seguano una sana politica di bilancio [...] Il divieto di cui all'art. 125 garantisce che gli Stati membri rimangano soggetti alla logica del mercato quando contraggono debito, dato che ciò dovrebbe indurli a mantenere una sana disciplina di bilancio (par. 125).

Alla fine, tuttavia, la Corte ha sostituito questo modello di disciplina del mercato con la nuova realtà post-crisi basata, innanzitutto, sui trasferimenti pubblici e, in secondo luogo, sul controllo pubblico delle politiche economiche nazionali. “Tuttavia – infatti - continua la Corte,

l'art. 125 non vieta la concessione di un aiuto finanziario da uno o più Stati membri ad un altro [...] a patto che le condizioni fissate per l'erogazione di tale aiuto siano tali da indurre lo Stato membro a consolidare la sua politica di bilancio (par. 137).

La Corte giustifica questo passaggio inaspettato dalla centralità del mercato alla assegnazione di un ruolo fondamentale alle istituzioni pubbliche con il riferimento all'obiettivo finale della disciplina del mercato – per sollecitare buone politiche di bilancio ed assicurare la stabilità finanziaria dell'Unione europea (parr. 135-136). Attraverso questa interpretazione, la Corte *trasforma* il significato dell'art. 125 TFUE da disposizione che vietava all'Unione – o ad uno stato membro – di fronteggiare il debito di un altro Stato membro, in una norma che consente l'assistenza pubblica a due condizioni: che le misure di sostegno siano indispensabili per salvaguardare la stabilità dell'Area euro e che siano sottoposte ad una “rigorosa condizionalità” (parr. 136-137).

Deve essere qui sottolineato che il testo dell'art. 125 TFUE non contiene alcuna indicazione di questi due requisiti, in particolare quello della condizionalità. Eppure, la Corte interpreta la disposizione alla luce di un meta-obiettivo generale dei “sani principi di bilancio”, assumendo l'art. 125 del TFUE come fonte aggiuntiva per la condizionalità. Pertanto, qualsiasi trasferimento transfrontaliero sotto forma di fondi pubblici dovrebbe essere accompagnato da un'estensione dei poteri di controllo dell'Unione europea allo scopo di essere considerata compatibile con l'art.125 TFUE. Come osservato da alcuni autori, la sentenza

“*Pringle* ha costituzionalizzato la riduzione della sovranità che gli Stati beneficiari devono accettare come prezzo dell’assistenza finanziaria”²⁹.

Tanto *Gauweiler*, come *Pringle*, mostrano una chiara tendenza della Corte a guardare allo scopo dell’art. 123, par. 1 del TFUE in una luce totalmente nuova: come nel caso *Pringle*, per accertare se gli acquisti dell’OMT avessero prodotto tale effetto equivalente, la Corte si è rivolta all’obiettivo dell’art. 123, par. 1 TFUE. La Corte non si è concentrata sull’obiettivo immediato della disposizione, vale a dire salvaguardare la determinazione dei prezzi e la disciplina dei mercati del credito, ma come nel caso *Pringle*, è andata direttamente al meta-obiettivo, vale a dire “incoraggiare gli Stati a perseguire una solida politica di bilancio” ed evitare “livelli eccessivamente alti di debito o deficit eccessivi degli Stati membri” (par. 100)³⁰. Secondo la Corte, per essere conforme al testo dell’art. 123, par. 1 TFUE, gli acquisti dell’OMT non dovrebbero indebolire lo sforzo degli Stati membri a seguire una solida politica di bilancio (par. 109). L’Avvocato generale Cruz Villalon ha collegato esplicitamente questo requisito all’interesse “indubbiamente legittimo” a eliminare “ogni indizio di azzardo morale che può derivare dall’intervento significativo della BCE sul mercato delle obbligazioni statali”. La Corte si è schierata con questa opinione, affermando che:

la subordinazione dell’acquisto di titoli di stato al rispetto integrale dei programmi di aggiustamento strutturale ai quali sono sottoposti gli stati membri interessati esclude che un programma come quello annunciato nel comunicato stampa possa incitare tali stati a rinunciare al risanamento delle loro finanze pubbliche fondandosi sulle facilitazioni di finanziamento che potrebbero derivare dall’attuazione di un programma siffatto.

Infatti, l’argomento principale della Corte a favore della compatibilità dell’OMT con l’art. 123.1 TFUE è che il meta-obiettivo delle sane politiche di bilancio è raggiunto attraverso mezzi non di mercato.

In sintesi, tre conclusioni essenziali:

1) i tre casi segnano la trasformazione dall’originario paradigma di Maastricht in un modello che consente interventi pubblici nel debito sovrano, come l’assistenza finanziaria, misure monetarie non convenzionali e probabilmente anche misure di ristrutturazione del debito. Da un lato, è estremamente difficile affermare che le misure esaminate dalla Corte fossero permesse dagli artt. 125.1 e 123.1 TFUE per come questi erano stati interpretati originariamente. Dall’altro lato, insistere che gli art. 125.1 e 123.1 TFUE

²⁹ K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 189.

³⁰ cfr. M. GOLDMANN, *Constitutional Pluralism as mutually Assured Discretion: The European Court of Justice, the German Federal Constitutional Court and the ECB*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23, 2016, 122 ss.

proibiscano ancora l'assistenza finanziaria, dopo queste pronunce, non solo è impraticabile ma anche in contrasto con il nuovo significato che queste disposizioni hanno acquisito dopo *Pringle*, *Gauweiler* e *Weiss*.
2) tutte le decisioni riconoscono l'azzardo morale come la preoccupazione principale La Corte è consapevole del pericolo che andare oltre i principi di Maastricht e consentire l'intervento pubblico nelle dinamiche del mercato che reggono il debito sovrano potrebbe distorcere gli incentivi dei governi nazionali ad impegnarsi nelle riforme necessarie.

La trasformazione degli artt. 125 e 123 TFUE ha comportato il trasferimento di poteri di disciplinamento dal mercato alle istituzioni pubbliche europee nella forma di una nuova *governance* e specialmente nella forma della condizionalità.

3) la Corte si schiera con le istituzioni dell'UE su quali siano i mezzi utili a contrastare l'azzardo morale. La condizionalità è considerata un mezzo necessario e sufficiente per conseguire i meta-obiettivi della solida politica di bilancio e del consolidamento fiscale che sono stati interpretati dalla Corte come le ragioni ultime degli artt. 125.1 e 123.1 TFUE.

Infine, come si è detto in precedenza, il caso *Weiss* che riguarda il cd. *Quantitative Easing* (QE), conosciuto anche con il nome di *Public Sector Asset Purchase Programme* (PSPP), una misura non convenzionale adottata dalla BCE volta all'acquisto di titoli di Stato dei Paesi della Zona Euro, con l'obiettivo di combattere la deflazione ed aiutare gli Stati membri che presentano una situazione economica preoccupante a finanziarsi sui mercati. Il caso *Weiss*, vertente sulla legalità di questo programma, rappresenta l'ennesimo tentativo di dialogo tra la Corte di Giustizia e la Corte Costituzionale tedesca sul mandato monetario della BCE.

Così come nella sentenza *Gauweiler*, anche in relazione a tale rinvio pregiudiziale, i giudici tedeschi hanno dichiarato di voler giudicare le misure della BCE *ultra vires*, a prescindere dal responso sulla legittimità da parte della CGUE, ostacolando, di fatto, l'attuazione del QE da parte della Bundesbank.

È evidente che una decisione in tal senso si sarebbe ripercossa sull'intero programma, in quanto gli acquisti di titoli previsti a livello centrale dalla BCE vengono poi implementati dal SEBC, cioè dalle singole banche centrali nazionali. Dal suo canto, la Corte di Giustizia si è rifiutata di agire mediante una procedura accelerata, rilasciando la sentenza circa un mese prima dal termine del programma, in modo da impedire alla Corte tedesca di influenzarne di fatto l'efficacia.

In questa ultima, delle tre sentenze prese in esame, la Corte di Giustizia ha sancito la compatibilità del QE con i trattati europei, ripetendo in larga parte quanto già decretato in *Gauweiler*. Dinanzi ad essa sono stati posti due diversi quesiti di rilevanza costituzionale, il primo riguardante la conformità del programma all'ambito di politica monetaria, di competenza esclusiva della BCE, come ribadito più volte. Anche in

questo caso viene posto il problema della difficile scissione delle competenze di politica monetaria ed economica e, così come nella sentenza sulla legittimità delle *OMT*, oltre che in *Pringle*, anche nella sentenza *Weiss*, viene ribadita l'importanza di focalizzarsi sugli obiettivi perseguiti, piuttosto che sugli effetti conseguiti, per stabilire se una misura appartenga o meno all'ambito della politica monetaria della Banca Centrale Europea. Il sindacato dei giudici non si estende pertanto agli effetti economici delle misure della BCE, ma si limita a valutare se l'obiettivo che si intende realizzare sia sancito dai Trattati, se il mezzo scelto dall'Istituto di Francoforte sia legale, e se vi sia proporzionalità tra l'obiettivo perseguito ed il mezzo scelto per realizzarlo. Il QE aveva come fine ultimo quello di contrastare la spinta deflazionistica verificatasi nell'Eurozona, scopo che, per la Corte, rientrava perfettamente nella legittimità riconosciuta dai Trattati. La Corte ritiene, inoltre, che l'Istituto di Francoforte abbia adottato le necessarie precauzioni al fine di assicurare che gli acquisti fossero proporzionati all'obiettivo di combattere la deflazione, grazie al carattere della temporaneità e della flessibilità che hanno consentito di superare il test di proporzionalità.

Il secondo quesito, invece, era basato sulla valutazione della compatibilità del QE con il divieto di finanziamento monetario previsto all'interno dell'art.123 TFUE. Il QE, diminuendo il costo di finanziamento per istituti di credito e Stati Membri, potrebbe sembrare in antitesi con il fine ultimo dietro tale divieto, ovvero quello di assicurare che i governi nazionali seguano una politica di bilancio virtuosa. La Corte sottolinea che, nonostante il massiccio volume di titoli acquistati dalla BCE, i soggetti privati non possono «prevedere con certezza se determinati titoli verranno effettivamente riacquistati, sui mercati secondari, nell'ambito del PSPP».

Secondo i giudici, nonostante la BCE renda pubbliche le proprie intenzioni di acquisto, fa sempre intercorrere un certo periodo tra l'emissione dei titoli e la loro effettiva acquisizione (“periodo di black-out”), proprio per permettere al mercato di “prezzare” tali prodotti finanziari. Inoltre, il fatto che il volume e la qualità di tali acquisti sia predeterminata dalla BCE, e dunque soggetta a specifiche soglie massimali, espone i soggetti privati al rischio di «non poterli rivendere al sistema di Banche Centrale nazionali sui mercati nazionali, essendo in ogni caso escluso un acquisto della totalità dei titoli emessi».

Oltre a ciò, i giudici ritengono che il QE non faccia venire meno la disciplina di mercato nei confronti delle politiche fiscali nazionali. L'incertezza relativa all'acquisto dei titoli non riguarderebbe soltanto i prenditori privati, ma anche gli Stati membri emittenti, i quali sarebbe spinti, di conseguenza ad attuare una politica fiscale responsabile.

Prima di tutto, i governi nazionali non possono contare sul supporto incondizionato della BCE, dal momento che quest'ultima effettua acquisti solo finché il programma è ritenuto necessario per la stabilità dei prezzi. Inoltre, il tetto massimo previsto al volume di acquisti assicura che ciascuno Stato Membro,

nonostante il supporto del QE, debba comunque collocare la maggior parte dei propri titoli presso investitori privati. Infine, è bene ricordare che nel QE gli acquisti non avvengono in base al bisogno di spesa dei singoli Paesi, ma sono proporzionati alla grandezza delle economie nazionali.

La Corte riconosce tali elementi come sufficienti per assicurare la compatibilità tra il QE e la disciplina fiscale degli Stati Membri.

4. Conclusioni: problemi e prospettive sulla democraticità della governance economica multilivello

Naturalmente, non è questa la sede per affrontare nelle sue diverse sfaccettature il problema della democraticità del processo costituzionale europeo e, in particolare delle conseguenze che derivano dalle trasformazioni della governance economica europea³¹.

Ciò nondimeno, sul piano generale, va ricordato come non vi sia dubbio che dal punto di vista della sovranità interna, il metodo comunitario, soprattutto nella sua accentuazione tecnocratica³², contribuisca ad allargare il divario con la democrazia rappresentativa classica³³. Ciò che l'impianto normativo ed istituzionale della moneta unica da Maastricht in poi ha fatto emergere, soprattutto in ragione della contestuale rottura dell'equilibrio dell'*embedded liberalism* ovvero del modello originario eredità dell'*ordoliberalismo* iscritto nei Trattati, è la questione del *deficit* di democrazia dell'Unione, che si traduce in una rinnovata esigenza di individuare i soggetti preposti alla formulazione delle politiche che i singoli Stati membri non possono più sostenere a causa delle restrizioni di bilancio.

Si tratterebbe, quindi, di ricostruire la sede della formulazione di quell'indirizzo politico che ha perso la sua collocazione negli Stati ovvero, in senso più lato, di individuare una possibile concezione di democrazia che si adatti all'asimmetrica ripartizione di poteri sovrani tra Stati membri e Unione, attraverso una risistemazione delle competenze e della titolarità dell'azione politica, che possa garantire soprattutto i termini della protezione sociale, così come dettata dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri.

Tutto questo richiederebbe un ripensamento di una serie di questioni di fondo, tra cui, innanzitutto, quella della individuazione di una comunità politica di riferimento che possa fare propria una specifica

³¹ Con specifico riferimento ai problemi – anche di natura teorica – posti dall'ordinamento economico e finanziario per l'ordinamento giuridico democratico, cfr. da ultimo, ottimamente, M. Goldmann, S. STEININGER, *Democracy and Financial Order: Legal Perspectives*, Springer, Berlin, 2018, 1 ss.

³² Cfr. J. M. PORRAS RAMIREZ, *Intergubernamentalismo y tecnocracia en la gobernanza económica de la Unión Europea. El cuestionado papel de las instituciones dotadas de poder ejecutivos*, in F. J. CARRERA HERNANDEZ (Ed.), *Hacia una nueva gobernanza económica de la Unión Europea?*, Thomas Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, 113 ss.

³³ Si veda, da ultimo, ancora E. PAPARELLA, *Il fondo monetario internazionale nell'Eurozona. La stretta condizionalità e la sovranità condizionata*, Napoli, Jovene, 2018, 50 ss.

concezione di democrazia in grado di adattarsi all'asimmetria dell'Unione³⁴. Ed è proprio quest'ultima la difficoltà maggiore del processo costituzionale europeo nella attuale fase – post-crisi - della rottura del “compromesso istituzionale post-bellico” ovvero l'individuazione di un *demos* che possa trovare una concordanza di visione sulle modalità dell'esercizio dei poteri al livello sovranazionale. Questo esigerebbe il completo superamento del metodo comunitario incentrato sulla regola dell'unanimità, e un maggiore avvicinamento a forme di esercizio della democrazia che tengano conto della necessità di istituire delle procedure di formazione del consenso, sia che si tratti di un modello compromissorio, che di un modello più competitivo³⁵.

Per venire, invece, ai profili più recenti legati agli sviluppi della *nuova governance economica europea* post-crisi, le critiche si concentrano soprattutto sul versante della partecipazione dei Parlamenti³⁶. In particolare, per quanto concerne le conseguenze della condizionalità applicata ai nuovi strumenti di governo dell'Eurozona, gli unici diritti riconosciuti al Parlamento europeo e ai Parlamenti nazionali sono i diritti all'informazione e alla discussione.

È vero, in teoria i parlamenti nazionali conservano il diritto di astenersi dall'adozione di misure di attuazione necessarie per recepire la condizionalità nella legislazione nazionale, ma questo in pratica è un potere fittizio, come ha dimostrato il caso del referendum greco.

Un modo più sofisticato per affrontare queste problematiche e recuperare a livello nazionale la legittimità democratica dei processi di decisione economica post-2010 è stato il rafforzamento delle procedure democratiche interne ai singoli Stati membri. Due eventi storici che si sono verificati durante la crisi sono emblematici di questo sforzo e devono essere letti assieme: la giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca sul MES e sul programma OMT, e il referendum greco del 2015.

Come si evince da questi due importanti esempi, il tentativo di affermare una linea di demarcazione delle *constituencies* democratiche, durante la crisi, si è rivelato del tutto “provinciale” e alla fine dei conti privo di efficacia.

La crisi ha portato in primo piano la capacità/incapacità delle collettività democraticamente organizzate – come quella tedesca o quella greca – di influenzare concretamente e reciprocamente le condizioni di vita nei singoli Paesi, sul piano sociale, economico e morale. In altri termini, si è potuto vedere che come i greci organizzano la loro spesa pubblica è diventato un problema anche per i tedeschi, dal momento

³⁴ Cfr. M. GOLDMANN, S. STEININGER, *A Discourse Theoretical Approach to Sovereign Debt Restructuring: Towards a Democratic Financial Order*, in M. GOLDMANN, S. STEININGER, *Democracy and Financial Order: Legal Perspectives*, cit., 8 ss.

³⁵ Sul punto, M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, Cedam, 2013, 139-140.

³⁶ Cfr. F. J. CARRERA HERNANDEZ, *Reforzar la legitimidad de la “politica” economica de la Union Europea: que tipo de refuerzo para que politica?*, in F. J. CARRERA HERNANDEZ (Ed.), *Hacia una nueva gobernanza economica de la Union Europea?*, Thomas Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, 23 ss.

che essa è stata in parte finanziata dal denaro pubblico tedesco. E, di converso, se e a quali condizioni i tedeschi decidono di concedere i prestiti diventa una questione che influenza la stabilità dell'Eurozona e le condizioni sociali dei paesi beneficiari.

Entrambi questi esempi testimoniano i limiti del tentativo di rintracciare la legittimità delle decisioni nelle sole procedure nazionali e l'obsolescenza di qualsiasi visione secondo la quale la democrazia e le trasformazioni della *governance* economica europea continuino ad essere legate soltanto allo Stato-Nazione. Quindi, difficilmente un più forte coinvolgimento delle sole democrazie nazionali potrà rappresentare la risposta alla legittimazione della costituzione economica europea per come si è effettivamente trasformata.

Nonostante la crisi abbia portato a radicali spostamenti nell'architettura dell'Unione monetaria, queste mosse non sono state sostenute da un'adeguata riflessione su come la responsabilità per la definizione delle politiche economiche debba essere allocata tra i diversi *demoi* di riferimento dell'Eurozona.

Il problema dagli economisti è stato spesso inquadrato in termini di azzardo morale e di razionalità economica, mentre, invece, si tratta di un problema essenzialmente costituzionale: si riferisce al cruciale scollamento che le trasformazioni dell'Eurozona hanno prodotto tra i responsabili delle decisioni dell'Eurozona e coloro che ne sopportano il rischio.

Tra l'altro, sembrerebbe che guardare il problema attraverso la lente dell'azzardo morale abbia indotto sia i decisori che l'opinione pubblica a vedere la condizionalità connessa all'assistenza pubblica più in termini di istituzione di contro-incentivi – impolitici, tecnici, punitivi – all'assistenza stessa, piuttosto che come forma per assumere decisioni pubbliche sugli affari comuni.

Il punto che diventa fondamentale è aprire, invece, una narrazione costituzionale che ponga l'accento sulla discussione delle trasformazioni non ancora compiute: la ridefinizione dei limiti dell'*accountability* politica ai fini delle decisioni economiche e l'istituzione di una nuova cornice istituzionale che la rifletta adeguatamente.



Costituzione economica e globalizzazione*

di Francisco Balaguer Callejón

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada e Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Derecho Constitucional Europeo y Globalización

Sommario: 1. Introduzione. 2. Costituzione e economia. Una legittimazione convergente nel primo costituzionalismo. 3. Costituzione economica. Una tensione risolta all'interno della Costituzione normativa. 4. Economia *versus* Costituzione. Gli effetti della globalizzazione. 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La relazione tra costituzione ed economia ha sofferto una profonda trasformazione in conseguenza della globalizzazione, specialmente nella sua fase più avanzata e recente, sviluppata negli ultimi anni come terza globalizzazione. Nel primo costituzionalismo, economia e costituzione facevano parte dello stesso universo culturale, basato sul razionalismo universalista che attribuiva eguali facoltà e condizioni alla costituzione come “legge” politica e come “legge” economica. Anche l'economia e la politica dovevano seguire le loro proprie regole senza l'intervento della politica sull'economia¹, entrambe erano espressione di una stessa razionalità e riflettevano lo stesso sistema di valori.

La relazione tra economia e costituzione si trasformò in Europa con l'incorporazione progressiva di una componente sociale al costituzionalismo che avrebbe dovuto configurarsi attraverso lo Stato sociale di Diritto o attraverso formulazioni analoghe². Con la “costituzione economica”³ è incorporato nel costituzionalismo il conflitto relativo alla tensione tra capitale e lavoro così come alla necessità di dotare i diritti costituzionali di un fondamento materiale che garantisca la loro effettività. Costituzione e

* Articolo sottoposto a referaggio. Traduzione dal castigliano di Tommaso Nicola Poli.

¹ Come indicato da M. García Pelayo, “el orden estatal y el orden económico eran considerados como dos sistemas de funcionamiento sustancialmente independiente, cada uno orientado por sus propios fines y realizándose por la operación de leyes de distinta naturaleza (jurídicas en un caso, económicas en otro)”, M. GARCÍA PELAYO, *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*, 1979, Obras Completas, T. III, CEC, Madrid, 1991, p. 2856.

² Cfr., F. BALAGUER CALLEJÓN, *La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Cacucci Editore, Bari, 2016, pp. 1-22.

³ La condizione storica di questo concetto è stata evidenziata da Franz Neumann. Naturalmente, come indicato da questo autore, non può paragonarsi a qualsiasi sistema economico perché “si la constitución económica fuera idéntica con aquélla, en ese caso siempre hubiera existido la misma, de igual modo que el sistema económico del liberalismo (la no intervención) sería a una constitución, puesto que incluso una constitución económica negativa tendría a el atributo de constitución, de modo que la problemática relativa al carácter específico de una constitución económica no hubiera surgido en nuestra situación actual”. F. NEUMANN, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung*, 1931, versione spagnola, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 9/2008 (<https://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/11FranzNeumann.htm>).

economia continueranno a formare parte dello stesso ordine concettuale nella misura in cui è la costituzione stessa quella che stabilisce i procedimenti per risolvere i conflitti e contiene i principi e valori che devono orientare la loro soluzione⁴. Si potrebbe affermare anche che la Costituzione normativa e la Costituzione economica in essa contenuta implicano la subordinazione, anche se formale, dell'economia al Diritto. Si configura così la caratteristica fondamentale della Costituzione economica: la normativizzazione dell'economia attraverso la Costituzione, che definisce la cornice generale alla quale dovrà essere subordinata l'attività economica.

In realtà, la costituzione economica e la globalizzazione convissero in Europa durante la seconda metà del secolo XX senza determinare una rottura tra costituzione e economia. Il processo di integrazione europea contribuì durante questo periodo alla circostanza che gli effetti più dannosi della globalizzazione potessero essere controllati e integrati nell'economia degli Stati attraverso successivi processi di riconversione economica. In compenso, la costituzione nazionale perse una parte della sua centralità nella stessa misura in cui lo Stato rinunciava ad una parte della sua sovranità a favore delle istituzioni europee. Questa parte di intervento pubblico, sviluppata dagli Stati in maniera concertata nelle istituzioni europee, generò una nuova "costituzione economica", una regolamentazione della vita economica a livello sovranazionale con la quale doveva essere armonizzato il governo nazionale dell'economia.

La situazione cambia in maniera radicale con lo sviluppo della globalizzazione che genererà grandi attori globali che condizionano l'economia degli Stati e che indeboliscono la costituzione economica. La possibilità di canalizzare la tensione tra capitale e lavoro è ridotta nella misura in cui entrambi i fattori si contrappongono essenzialmente fuori dallo Stato e senza rispettare le condizioni stabilite nella Costituzione nazionale. I diritti delle persone si stanno spostando sempre di più dalla sfera della produzione a quella del consumo, dal loro status in termini di lavoratori salariati al loro status di consumatori e utenti di prodotti⁵. Il processo di globalizzazione, delocalizzazione e progressivo sviluppo tecnologico dell'economia sta cambiando le priorità nell'ordine della protezione dei diritti in relazione alla costituzione economica nazionale tradizionale. In una economia nella quale la produzione dipende sempre di più da fattori esterni, l'accento è posto non tanto sulla relazione tra lavoro e capitale quanto

⁴ Questa specifica dimensione normativa è rilevata da Garcia Pelayo per il quale, ancorchè non vi sia unanimità sul contenuto concreto del concetto, può intendere per Costituzione economica l'insieme delle "normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica", norme che "sirven de parámetros jurídicos básicos para la acción de los actores económicos públicos y privados". M. GARCÍA PELAYO, *op. cit.*, p. 2857.

⁵ Come indica Raffaele Perna, "Il baricentro dell'impianto culturale della Costituzione economica e □ rappresentato dai produttori (lavoratori, imprese pubbliche, imprese private) mentre e □ del tutto assente la categoria del consumatore, che viceversa rappresenta l'architrave dell'economia di mercato". R. PERNA, *L'Italia ha bisogno di una nuova Costituzione Economica?*, in *Astrid*, 2010 (http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Pern/Perna-R_Incontro_fondazione-Magna-Carta_15_06_10.pdf).

sulla relazione tra consumo e capitale. I diritti da proteggere sono sempre di più i diritti dei consumatori e degli utenti di fronte alle grandi compagnie, specialmente quelle tecnologiche. La qualità di consumatori e di utenti acquisisce una condizione universale e si sovrappone a tutte le categorie produttive.

Con lo sviluppo attuale della globalizzazione, il concetto stesso di costituzione economica perde la sua funzionalità perché non esprime più la capacità della costituzione nazionale di regolare in pieno la sfera economica, canalizzando e rendendo possibile la soluzione dei conflitti tra i diversi attori economici e sociali attraverso le clausole economiche stabilite proprio dalla costituzione. Costituzione economica e globalizzazione sono, in grande misura, incompatibili, perché lo Stato manca ormai di molte delle facoltà di intervento sull'economia che erano caratteristiche della costituzione economica nazionale⁶. L'economia perde una parte della sua "normatività" o "costituzionalità", indebolendosi la sua subordinazione alla costituzione economica.

Il problema è, tuttavia, di maggiore respiro dal punto di vista costituzionale. Se analizziamo l'evoluzione storica della relazione tra costituzione e economia, possiamo vedere come ad una prima fase del costituzionalismo (Stato liberale o Stato legale di Diritto) nella quale entrambi gli aspetti formano parte dello stesso universo culturale anche quando l'economia e la costituzione seguono strade separate, segue una seconda fase (Stato sociale o Stato sociale di Diritto) nella quale la costituzione stessa accoglie l'aspetto economico e lo armonizza con gli altri aspetti costituzionali attraverso la costituzione economica. In entrambi i casi, costituzione e economia condividono la loro legittimazione.

Con la globalizzazione, tuttavia, l'economia non solo comincia a svincolarsi dalla costituzione ma ad opporsi alla costituzione, sviluppando una propria autonoma legittimazione. A partire dall'ultima crisi economica si è manifestata in maniera molto chiara questa tensione specifica tra economia e costituzione con l'adozione nei dibattiti politici e costituzionali di una terminologia specifica, un vocabolario politico proprio che si contrappone ai concetti tradizionali del costituzionalismo. In ultima istanza si è inteso imporre una interpretazione economica della costituzione e della democrazia che subordinava l'ordine costituzionale alle esigenze di razionalità strettamente economiche⁷.

⁶ Evidentemente, non siamo già in tempi nei quali è elaborato il concetto di Costituzione economica da autori come Franz Neumann, partendo dall'idea in base alla quale "al «Estado» le corresponde el poder de dirección n ilimitado en el ámbito del Derecho económico en virtud de su soberanía" così "en la organización de la constitución económica el Estado deberá ostentar siempre el último influjo en todos los asuntos decisivos de carácter económico-político". F. NEUMANN, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung*, 1931, versione spagnola, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 9/2008 (<https://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/11FranzNeumann.htm>).

⁷ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Una interpretación constitucional de la crisis económica*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 19/2013 (https://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15_F_BALAGUER.htm).

L'evoluzione di questa tensione nel futuro è incerta. Nella misura in cui la crisi economica è stata inizialmente superata, la costituzione ha potuto recuperare qualcosa della sua vitalità in alcuni Stati membri dell'Unione europea. Tuttavia la costituzione economica, che anche oggi continua ad essere nel testo delle nostre costituzioni, sembra essere stata seriamente danneggiata dallo sviluppo della globalizzazione. Nell'ambito globale non c'è, tuttavia, una alternativa alla costituzione economica nazionale. Le regolazioni parziali che sono state stabilite per tentare di evitare nuove crisi a livello internazionale⁸ non hanno il carattere generale della costituzione economica né possono integrare l'insieme dei fattori che erano propri di questa istituzione, sviluppata nella cornice della costituzione nazionale. Queste normative sono orientate essenzialmente a garantire le condizioni fondamentali del funzionamento dell'economia e si collocano integralmente sul piano della legittimazione economica svincolata dai riferimenti costituzionali che la costituzione economica dello Stato nazionale integrava.

2. Costituzione e economia. Una legittimazione convergente nel primo costituzionalismo

Se intendiamo per costituzione economica una regolazione dell'economia vincolata allo Stato nazionale e ai suoi sistemi costituzionali, nella quale la tensione tra i distinti fattori economici è equilibrata nella costituzione stessa, in maniera tale che il sistema economico sia unito ad una dimensione sociale, ad uno Stato sociale che si prenda cura della redistribuzione della ricchezza per rendere attuabili i diritti della cittadinanza, possiamo dire che ciò non esisteva nel primo costituzionalismo, anche se cominciò a prendere forma prima delle costituzioni normative posteriori alla seconda guerra mondiale⁹. È esattamente nel periodo tra le due guerre, che potremmo definire come “costituzionalismo antagónico” quello nel quale la tensione si fa più presente e nel quale già appare la questione sociale ed economica nella Costituzione di Weimar del 1919¹⁰. Sarà anche il momento dal quale Hermann Heller affronta apertamente la necessità di avanzare verso uno Stato sociale per preservare il sistema democratico¹¹.

⁸ Cfr. J. DE MIGUEL BÁRCENA, *Estabilidad financiera en entornos federales: la nueva constitución económica del riesgo*, in *ReDCE*, n. 26/2016

(https://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/02_DE_MIGUEL.htm).

⁹ Come indicato da Horst Ehmke “El concepto de Constitución económica se desarrolló por los sociólogos bastante antes de la Ley Fundamental de Bonn. Al igual que el concepto de “democracia económica” fue tema de discusión científica en los años de la República de Weimar”. Cfr. H. EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, versione spagnola, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 5/2006, p. 333.

¹⁰ All'interno della “Zweiter Hauptteil” sulla “Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen” titolava specificamente come “Fünfter Abschnitt” esattamente “Das Wirtschaftsleben”, la vita economica.

¹¹ In un testo il cui titolo descrive già l'alternativa dell'epoca: *Rechtsstaat oder Diktatur?*, 1929, versione spagnola, *¿Estado de Derecho o Dictadura?*, nella ristampa dello stesso autore *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985. Per Heller (p. 301) “la sumisión de la economía a las leyes bajo el Estado de Derecho no es otra cosa que el sometimiento de los medios a los fines de la vida”.

Nel primo costituzionalismo, tuttavia, questa idea di costituzione economica non è immaginabile perché si esige semplicemente l'astensionismo dello Stato nell'economia, sottoposta alle proprie regole. Tuttavia questo non significa che economia e costituzione siano inconciliabili. Al contrario, entrambe esprimono la stessa razionalità, sono espressione della ragione, che si manifesta sul piano politico nella costituzione attraverso la volontà generale e la sovranità nazionale e sul piano economico nelle leggi economiche che potevano scoprirsi ugualmente per mezzo della ragione. La legittimazione economica e la legittimazione politica o costituzionale convergono nel primo costituzionalismo come anche l'idea di progresso. Possiamo parlare di Costituzione e economia come di due legittimazioni che convergono.

In effetti, a partire dalla Rivoluzione francese si consacra un'idea di Costituzione che riunisce tutte le legittimazioni proprie del mondo moderno¹². La Costituzione, in quanto legge che regge la società e la politica incorpora le caratteristiche di un concetto di legge che, come indicato da García Pelayo, procede dagli sviluppi che si sono prodotti precedentemente nel campo delle scienze naturali¹³. La legge – e la Costituzione in quanto legge politica fondamentale – non è solo la espressione della volontà generale¹⁴ e, pertanto, la massima manifestazione democratica, ma anche l'espressione della razionalità che la riguarda¹⁵ e che riflette sul piano politico le caratteristiche della legge scientifica¹⁶. Nella Costituzione si intrecciano la legittimazione scientifica, quella democratica (nei termini con la quale si intende la democrazia in questa epoca, che non era considerata incompatibile con il suffragio censitario) e quella che deriva dalla sua condizione di strumento di progresso e sviluppo, la quale include anche l'aspetto economico.

La convinzione della Costituzione come fattore di trasformazione e di progresso capace di propiziare i progetti di sviluppo personali e sociali continuerà come una costante nel mondo moderno fino a quando è iniziata l'ultima crisi economica. Pensiamo per esempio al suo momento iniziale, nella Dichiarazione di Indipendenza nordamericana del 1776 quando esprimeva che “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights,

¹² Cfr. F. BALAGUER CALLEJON, *Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux*, in *Mélanges en l'honneur de Dominique Rousseau*, in corso di stampa.

¹³ “El mismo papel que desempeña la ley científica en el mundo del espíritu es el que desempeña la ley jurídica en el mundo del Estado”, M. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, ristampa della 7ª edizione del 1961, Alianza Editorial, Madrid 1984, p. 70.

¹⁴ Art. 6 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789.

¹⁵ Ricordiamo che per J.J. ROUSSEAU, “il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des lois, puisqu'elles sont des actes de la volonté générale (...) ni si la loi peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui-même”, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, 1762, Livre II, Chapitre VI.

¹⁶ Secondo García Pelayo, questo concetto di legge, proprio del primo costituzionalismo, “significa la expresión, en el campo jurídico de una actitud mental dominante en el siglo XIX, y que se esfuerza por encuadrar bajo la ley todos los posibles campos del espíritu”, Cfr. *Derecho constitucional comparado*, cit., pp. 68 e ss.

that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness” e vediamo come anche nel Progetto di Trattato Costituzionale in Europa del 2004 si affermava nel suo Preambolo “Certi che, “Unita nella diversità”, l’Europa offre ai suoi popoli le migliori possibilità di proseguire, nel rispetto dei diritti di ciascuno e nella consapevolezza delle loro responsabilità nei confronti delle generazioni future e della Terra, la grande avventura che fa di essa uno spazio privilegiato della speranza umana”. La “felicità” e la “speranza” esprimono qualcosa in più della legittimazione che può offrire il Diritto o la Politica. Implicano una legittimazione che trascende questi ambiti e si estende all’intera società e alla vita delle persone, nella quale la Costituzione fa parte dei riferimenti culturali che promuovono la civiltà e il progresso dell’Umanità.

3. Costituzione economica. Una tensione risolta all’interno della Costituzione normativa

L’incorporazione formale della costituzione economica nelle costituzioni normative tedesca e italiana dopo la Seconda Guerra Mondiale permette di disciplinare l’intervento statale nell’economia per equilibrare i fattori produttivi e assicurare il buon funzionamento di un sistema che, com’è stato provato, non si regola autonomamente. Anche in questo caso la legittimazione economica e costituzionale convergono perché la costituzione regola l’economia per il tramite della costituzione economica. L’idea del progresso si incanala attraverso la costituzione economica e il coordinamento delle relazioni tra lavoro e capitale che in essa è contenuta. Secondo questa prospettiva, la legittimazione economica sarà una costante, nonostante le successive crisi economiche, che si risolvono all’interno della cornice costituzionale e non sono percepite, fino all’ultima di queste, nel secolo XXI, come crisi sistemiche che alterano l’ordine costituzionale.

Nel contesto della democrazia pluralista, la Costituzione normativa aggiunge una nuova legittimazione che sostituisce, in alcuni dei suoi aspetti, la legittimazione scientifica che le si attribuiva inizialmente, in quanto espressione di una ragione universale e astratta. Questa nuova legittimazione è quella giuridica, quella del Diritto, e in questa convergono anche quelle due condizioni precedenti della legittimazione del costituzionalismo procedimentale della Rivoluzione francese: la garanzia dei diritti e il controllo del potere. Dalla diversità delle ragioni e delle convinzioni sorgerà il consenso fondamentale che dà luogo alle costituzioni normative. Una delle funzioni essenziali della costituzione consisterà esattamente nel preservare questa diversità, garantire la sopravvivenza del pluralismo politico, che è, nell’ambito della società, la stessa cosa che la biodiversità è nella natura.

La Costituzione normativa disciplina questa diversità e incanala i conflitti che si generano nella società rendendo possibile la soluzione pacifica di questi conflitti per il tramite del Diritto. La costituzione economica sviluppa le condizioni giuridiche che rendono possibile la soluzione dei conflitti attraverso i

procedimenti contemplati nella costituzione, e secondo la cornice dei valori e dei principi definiti proprio dalla costituzione. La disciplina dell'economia consente una pluralità di politiche economiche che sono attuabili all'interno di questa cornice costituzionale. La costituzione economica non si limita a prevedere, come accadrà dopo nel contesto della globalizzazione accelerata e della crisi economica, un'unica soluzione per i problemi economici determinata da una "dottrina economica" riformulata in termini deterministi, ma offre il Diritto come strumento di ordine delle alternative possibili.

Quindi, di fronte alla legittimazione scientifica, quella giuridica; di fronte alla democrazia censitaria, la democrazia pluralista; di fronte all'economia del "laissez faire", la costituzione economica. Così potrebbe procedersi in altri ambiti: di fronte allo Stato liberale, lo Stato sociale; di fronte allo Stato legale di Diritto, lo Stato costituzionale di Diritto, etc. Nonostante tutti questi cambiamenti e le modulazioni che implicano, può dirsi che le fonti di legittimazione del costituzionalismo delle costituzioni normative continuano ad essere essenzialmente le stesse di quelle del primo costituzionalismo: la Costituzione accompagna il progresso scientifico e economico delle società e lo rende possibile attraverso la pacificazione e la stabilità che il Diritto comporta.

4. Economia *versus* Costituzione. Gli effetti della globalizzazione

Lo sviluppo accelerato della globalizzazione alla fine del secolo XX e all'inizio del secolo XXI crea una nuova relazione tra Costituzione ed economia perché le decisioni economiche sono esternalizzate, si collocano fuori dallo Stato, in maniera tale che le previsioni costituzionali sull'economia sono indebolite fino ad arrivare al punto, com'è accaduto con la crisi economica, di rimanere sospese, prive di un'autentica efficacia normativa¹⁷. Tuttavia, la Costituzione continua a stabilire formalmente un sistema nel quale l'intervento statale sull'economia dovrebbe rendere possibile la redistribuzione e la garanzia dei diritti sociali, in contrasto con la realtà dell'esternalizzazione delle decisioni economiche, che ostacola la capacità redistributiva dello Stato.

In questa tappa della terza globalizzazione non esiste ormai un'autentica Costituzione economica dello Stato poiché l'economia si svincola dallo Stato per quanto riguarda i fattori economici legati al capitale e al sistema economico nelle loro linee matrici e si presenta come un sistema autonomo, con una propria logica che è opposta a quella della Costituzione. Si produce così la rottura della Costituzione economica

¹⁷ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2018. *Anticipazioni Convegno: Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa* (http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Balaguer_Constituzionalismo.pdf). Esiste una versione italiana: *Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte alla globalizzazione nel XXI secolo*, attualmente in corso di stampa.

statale e lo sviluppo di una nuova legittimazione, quella economica, che si svincola dalla Costituzione e, eventualmente, si oppone alla Costituzione.

In effetti, il ritmo accelerato che la globalizzazione acquisisce nel secolo XXI suppone una trasformazione essenziale nel sistema di legittimazione che aveva definito precedentemente la relazione del costituzionalismo con i suoi referenti culturali e sociali¹⁸. Precedentemente, a partire dal 1989, è stato prodotto un cambiamento storico con la scomparsa dell'alternativa teorica al capitalismo che implicava il blocco sovietico o l'adeguamento ai suoi postulati degli altri sistemi comunisti, com'è il caso della Cina. L'evoluzione del capitalismo verso formule ogni volta più orientate all'accumulazione del capitale, rappresentate dal predominio nell'economia del settore finanziario, finisce per costituire anche il substrato di questa trasformazione. L'accumulazione del capitale finisce per rappresentare uno strumento orientato alla creazione di impresa e finisce per convertirsi in un fine in se stesso. L'incremento del prezzo delle materie prime e specialmente del petrolio contribuisce in questa direzione con la formazione di grandi fondi di investimento con una finalità puramente speculativa. Il capitale si dissocia dal lavoro e acquisisce autonomia, specialmente nel contesto della globalizzazione, con la libertà di circolazione dei capitali e la delocalizzazione della produzione.

La dissociazione del capitale rispetto al lavoro determinerà anche la sua dissociazione dallo Stato e, in ultima istanza, della costituzione statale. L'integrazione sovranazionale europea, la più avanzata, non è ancora in condizioni di fare fronte a questa evoluzione, perché si trova in un momento critico, a metà del cammino. Da un lato, l'integrazione sovranazionale ha generato una dissociazione della regolamentazione macroeconomica, che si è spostata a livello europeo, e delle politiche redistributive del benessere, che continuano ad essere statali, ma subordinate alle condizioni sovranazionali¹⁹. In questo modo, il potere di bilancio si divide in due parti, una che è mantenuta in mano agli Stati (quella redistributiva) e un'altra che è sottoposta al controllo dell'Unione (quella dimensionale)²⁰. Dall'altro lato, la linea divisoria tra politica monetaria *europea* e le politiche economiche *nazionali* consacrata a Maastricht è stata allentata con

¹⁸ Cfr. su questo aspetto, F. BALAGUER CALLEJON, *Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux*, in *Me□langes en l'honneur de Dominique Rousseau*, in corso di stampa.

¹⁹ Cfr. G. DI PLINIO, *Sulla Costituzione economica. Contributo per una teoria degli effetti costituzionali dell'economia*, in *Il Risparmio*, n. 8/2008, p. 8. Disponibile in Internet in: http://www.consiglio.regione.campania.it/cms/CM_PORTALE_CRC/servlet/Docs?dir=docs_biblio&file=BiblioContenuto_102.pdf.

²⁰ Cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2013. Versione e-book, cap. IX *La nuova costituzione economica*.

la crisi, rendendo possibile l'intervento dell'Unione europea sulle politiche economiche degli Stati²¹ che diventano quasi “terminali operativi” dell'Unione²². Ciò ha ulteriormente indebolito gli Stati membri.

Nonostante lo Stato non costituisca ormai un freno al predominio dell'economia sulla politica e sulla Costituzione, l'Unione europea non è ancora in condizione di porre limiti al crescente orientamento finanziario dell'economia e al potere degli speculatori finanziari a livello globale, che si manifesta all'interno degli Stati stessi, determinando le loro politiche pubbliche e incidendo sui loro sistemi costituzionali. La costituzione economica nacque come strumento di composizione degli equilibri all'interno dello Stato e della Costituzione statale, ma non può fare fronte ai poteri economici che si collocano fuori dallo Stato. Per questi poteri, la costituzione economica non è più un ostacolo, che deve essere disattivato in modo da non ridurre la redditività dei loro investimenti.

I primi segnali del cambiamento nelle condizioni economiche e culturali della Costituzione arriveranno con la crisi economica, che crea una nuova legittimazione, quella dell'“economia”, che non si sottomette alle condizioni definite nella costituzione economica, ma che pretende di trasformare queste condizioni e quelle dell'intero sistema costituzionale. La nuova legittimazione economica (vincolata ad una legittimazione “scientifica” dell'economia come disciplina che pretende di essere equiparata a quella delle scienze naturali) si confronta direttamente con i fondamenti dell'ordine costituzionale e altera le sue caratteristiche essenziali, snaturandole. Non si limita a trasformare la costituzione economica, rompendo l'equilibrio tra capitale e lavoro e stabilendo nuove regole di disciplina dell'economia. Al contrario, pretende di interpretare la Costituzione intera in chiave economica, sottoponendo al filtro della sua stessa legittimazione tutti gli enunciati costituzionali. Quello che è compatibile con le politiche economiche di austerità previamente definite sarà costituzionalmente accettabile. Quello che non lo è dovrebbe rimanere in sospenso a favore di queste politiche economiche. E in sospenso sono rimasti durante la crisi in alcuni paesi tutti gli elementi caratteristici delle costituzioni normative: dalla democrazia pluralista fino ai diritti fondamentali, passando per la divisione dei poteri, i diritti sociali, la decentralizzazione politica o la forza normativa stessa della Costituzione²³.

²¹ Cfr. G. PITRUZZELA, *La costituzione economica europea: un mercato regolato e corretto, nulla a che vedere con il fondamentalismo di mercato*, in *federalismi.it*, n. 16/2018, p. 5 (<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=36947>).

²² La espressione di S. CASSESE, *La nuova costituzione económica*, Laterza, Bari, 2013. Versione e-book, cap. IX, *La nuova costituzione económica*.

²³ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2016. Anticipazioni CONVEGNO FINALE PRIN “Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello”. In memoria di Antonio Zorzi Giustiniani (http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2016/04/Parlamenti-nazionali-e-Unione-europea-nella-governance-multilivello_ita.pdf).

L'“interpretazione economica della Costituzione” esige ora l'imposizione sulle altre legittimazioni del costituzionalismo proprio della legittimazione economica. L'economia si impone sulla democrazia perché se questa non permette di garantire la crescita economica non si considera un'autentica democrazia. Si impone anche sul Diritto perché le regole giuridiche che hanno garantito lo Stato di Diritto devono essere aggirate per facilitare la ripresa economica²⁴. L'economia intende lasciare da un lato i diritti fondamentali e sociali se è necessario per facilitare l'uscita dalla crisi. L'economia comporta anche la trasformazione della divisione dei poteri se è richiesto dalle condizioni di urgenza economica. L'economia obbliga ad allentare il controllo del potere nella misura in cui sia conveniente per superare la crisi. Infine, sempre partendo da questa “interpretazione economica della Costituzione” che si è imposta negli ultimi anni in alcuni paesi, l'economia può comportare lo superamento della Costituzione per superare gli ostacoli che la Costituzione suppone di fronte a queste politiche economiche²⁵.

In definitiva, la nuova legittimazione economica che è stata sviluppata in maniera specialmente rapida e intensa nel secolo XXI non va più necessariamente a braccetto con il costituzionalismo. Al contrario, si sviluppa al margine della Costituzione, come un sistema chiuso con una propria logica, capace di modulare (“riformare” materialmente si potrebbe dire) il sistema costituzionale o anche di affrontarlo e di sottometterlo alle sue esigenze²⁶. Questo implica la rottura della costituzione economica nazionale senza che sia possibile un'alternativa globale e senza che sia completata l'alternativa sovranazionale che coinvolge l'UE, manca anche di una autentica democrazia pluralista e di un contenuto sociale sostanziale che equilibri la configurazione economica del progetto di integrazione, nonostante i timidi tentativi di configurare un pilastro sociale europeo che, per quanto possa essere valutato positivamente, non ha la consistenza sufficiente tale da equilibrare i fattori produttivi nell'ambito di una costituzione economica europea equivalente a quella nazionale²⁷.

²⁴ In ultima istanza, come indica Cassese, la globalizzazione giuridica è inadeguata per tenere interamente sotto controllo la globalizzazione economica. Con la crisi l'economia si globalizza molto rapidamente e lo Stato e il Diritto tentano, meno velocemente, di controllare questo sviluppo. Tuttavia l'incremento della globalizzazione economica è tale che non si può parlare in senso stretto di “Stato e economia”. Cfr. S. CASESSE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2013. Versione e-book, cap. IX, *La nuova costituzione economica*.

²⁵ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *KorEuropa*, n. 1/2012 (<https://www.unikore.it/index.php/it/francisco-balaguer-callejon-crisi-economica>).

²⁶ Questo succede tanto con la legittimazione economica quanto con quella tecnologica che, tra l'altro, tendono a convergere tra loro. In entrambi i casi si costruisce anche un vocabolario proprio che ha una dimensione politica e che esprime una visione specifica del mondo attraverso la quale si cerca di condizionare e anche strutturare l'ordine costituzionale.

²⁷ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *La prospettiva spagnola sul pilastro sociale europeo*, in P. BILANCIA (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in *federalismi.it*, n. 4/2018, pp. 69-79 (<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37065>).

5. Conclusioni

Come altre tecniche e istituzioni sviluppate e costruite attraverso le tensioni politiche che stanno alla base della nostra storia recente, la Costituzione economica fa parte dell'epoca dorata del costituzionalismo, che si sviluppa in Europa con le costituzioni normative dopo la Seconda Guerra Mondiale, seguendo l'esempio della Costituzione tedesca e italiana. Con questa è interiorizzato il conflitto sociale e economico ed è incanalato per il tramite di procedimenti, principi e valori che definiscono le regole che devono orientare e limitare l'attività economica. È un momento nel quale la Costituzione occupa il centro dello spazio politico e realizza una funzione di mediazione tra la cittadinanza e lo Stato destinata a controllare il potere e garantire i diritti. Sul piano economico questa mediazione si manifesta nell'articolazione dei fattori produttivi, integrando tensioni e conflitti che in altri periodi si affrontavano come inconciliabili all'interno dell'ordine costituzionale.

Una grande parte di questi fattori produttivi si collocano oggi fuori dallo Stato o sono controllati da attori globali che non si riconoscono esattamente nella concreta costituzione economica di uno Stato perché agiscono a livello globale. Per questi attori e fattori, la costituzione economica nazionale è spesso un ostacolo da superare, che rende difficile la loro attività e può ridurre i loro benefici. Nelle condizioni di un'economia progressivamente finanziaria e con le limitazioni di bilancio degli Stati, le regole della Costituzione economica nazionale non hanno grande valore perché sono gli attori globali quelli che impongono le proprie regole agli Stati. Nella tensione tra economia globale e costituzione economica nazionale, si sta imponendo chiaramente la prima sulla seconda.

Tuttavia non è solamente la costituzione economica quella che è indebolita di fronte all'economia globale ma anche la costituzione come tale che risente di questo confronto con l'economia che colpisce la normatività dei suoi precetti e dei principi e valori in base ai quali l'ordine costituzionale è costituito nel suo insieme. La costituzione perde in grande misura la sua centralità e occupa un luogo sempre più marginale nello spazio pubblico e nei dibattiti di politica economica, attenti soprattutto agli attori globali (in particolare agli speculatori finanziari) e alle istanze sovranazionali europee.

La rivitalizzazione della Costituzione non diventa un compito facile perché siamo di fronte ad un cambio di paradigma che ha provocato nuovi indirizzi culturali condizionati non solo dall'economia ma anche dalla tecnologia, i due grandi strumenti di legittimazione del nostro tempo. Un intervento efficace per controllare i grandi attori globali che agiscono su entrambi i livelli richiede mezzi tanto a livello europeo come a livello statale. Una maggiore integrazione europea faciliterebbe una migliore risposta e una maggiore capacità di controllo di questi attori. Tuttavia si devono anche adottare mezzi a livello statale che impediscano che la costituzione economica nazionale finisca per convertirsi in lettera morta e,



soprattutto, che permetta di ristabilire gli equilibri perduti recuperando le funzioni essenziali del costituzionalismo.

Certamente, la costituzione economica nazionale non recupera mai pienamente la posizione che ha avuto in relazione all'attività economica. La globalizzazione non solo ha portato delocalizzazione e un'alterazione profonda delle relazioni tra capitale e lavoro. Ha generato anche un progressivo orientamento finanziario dell'economia, a discapito dell'economia produttiva, e una trasformazione radicale dei settori produttivi, di dimensioni ancora imprevedibili, nella nuova era digitale. Questa evoluzione è difficile da inserire in una costituzione economica progettata per un altro momento storico con un altro tipo di economia. Alla costituzione economica nazionale mancano oggi grande parte dei suoi riferimenti speciali (per quanto riguarda lo Stato) ma anche temporali (per quanto riguarda ciò che si riferisce alla trasformazione essenziale dell'economia in questo nuovo momento storico).

Non è immaginabile che la legittimazione economica, che oggi si colloca fundamentalmente fuori dallo Stato, torni a confluire nella Costituzione statale. Il costituzionalismo dovrà difendere il suo contributo di fronte ai progressi della civiltà tanto a livello statale come sovranazionale e globale mediante il ricorso ad altre fonti di legittimazione che si trovano nel nucleo dei suoi contributi storici: i diritti fondamentali, il controllo del potere e la risoluzione dei conflitti attraverso il Diritto. Pertanto sarà fondamentale la costruzione di una narrativa alternativa a quella economicista, che si presenta a se stessa come una formulazione scientifica ineludibile, difendendone il pluralismo e i valori che hanno reso il costituzionalismo un fattore essenziale del progresso civile dell'umanità.



Do common constitutional traditions matter in the field of regulated markets?*

di Giovanni Pitruzzella

Avvocato Generale alla Corte di giustizia dell'Unione europea

1.- A new tension is spreading throughout Europe: the tension between Common Constitutional Traditions (CCTS) and Constitutional Identity (CI). Recent cases brought before the Court of Justice of the European Union (CJEU), which have gone to the core of European Integration, have revealed this tension. In particular, I mention the “Taricco saga” and the more recent cases concerning the independence of the judiciary in Poland.

The rulings concerning the first group of cases use the concept of CCTS in a quite conventional way, that is, with regard to fundamental rights. As Professor Sabino Cassese wrote concerning the CCTS clause:

“Its purpose in the TEU is very clear. It should be instrumental to the establishment of general principles for the protection of fundamental rights”.

But, immediately after, he added:

“In principle, common constitutional traditions can go beyond the protection of fundamental rights, and could be instrumental, for example, to new arrangements in other areas of European law, such as the separation of powers or judicial independence. However its scope is limited by the TEU”¹.

Indeed, in the second group of cases I mentioned, the CCTS are invoked in relation to a fundamental principle of constitutional organization, that of the independence of the Judiciary. The ruling of the Grand Chamber on the 27 February 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, recognized the role in primary EU law of the principle of independence of the judiciary, which has its roots in the right to effective judicial protection, qualified as a general principle of EU law which derives from the CCTS

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ S. CASSESE, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» of the European Union*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, n. 4, p. 939 ff., spec. p. 943.

of the Member State and which is guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and by Art. 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU.

The subsequent Grand Chamber ruling of 25 July 2018, *LM*, strongly reaffirmed that the principle of the independence of Judges concerns the essential content of the fundamental right to a fair process and added that it plays a crucial role in guaranteeing the common values of the Member States recognized by Art. 2 of the TEU, including the rule of law.

In these rulings, the interaction between the CCTS and fundamental rights produces a general principle which goes beyond the sphere of fundamental rights, affects the constitutional organizations of the Member States and concerns the core values of the EU.

Immediately after the request for a preliminary ruling on the same issue by the Polish Supreme Court, the Attorney General/Minister of Justice of the Republic of Poland submitted a question before the National Constitutional Court (in October 2018) concerning the compatibility of Art. 267 TFEU with Poland's Constitution, in so far as it allows a preliminary ruling to be given on fundamental aspects of the Constitution.

The Polish Question expresses the tension which the relationship between the CCTS and CI (Constitutional Identity) can trigger and shows that if constitutional identity can be used to reaffirm a certain pluralism, referrals to the CCTS can go in the opposite direction, acting as a centripetal force². In the end, this dialectical relationship seems, in part, to overlap with the relationship between European Integration and State Sovereignty³. As Joseph Weiler suggested some years ago, National Identity may be considered a disguised form of Sovereignty.

At this point in time, it is possible that the complex relationship between the CCTS and CI will affect other areas, such as the market regulation and public intervention in the economic sphere. This is an area in which the eurozone crisis, which peaked in 2011, has left many problems unresolved, as well as conflicting ideas on how to restore sustainable economic growth together with financial stability. A political context which fuels the dialectical relationship between European economic integration and economic sovereignty.

² M. GRAZIADEI, R. DE CARIA, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» in the Case-law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its Finest*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, n. 4, p. 949 ff., spec. p. 969.

³ M. E. COMBA, *Common Constitutional Traditions and National Identity*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, n. 4, p. 973 ff., spec. p. 974.

2.- The Court of Justice has used the CCTS in the field of fundamental rights. The wording of art. 6 of the TEU limits the use of CCTS with respect to fundamental rights. But the concept has the ability to expand its scope.

In the light of the recent developments mentioned above, I would like to address the following question: are CCTS relevant when dealing with markets and their relations with public authorities?

Generally speaking, the jurisprudence of the CJEU has not explicitly used this notion in the economic field. Nevertheless, Advocate General Cruz Villalón in his Opinion delivered on 14 January 2015, in a very sensitive case concerning the role of the European Central Bank (ECB), applied the concept of the CCTS and focused on the interplay between the CCTS and Constitutional identity. So, the CCTS and CI were used – almost always in one case – to address a crucial aspect of the so-called Economic Constitution of the EU.

The Opinion, which prepared a landmark CJEU decision, was expressed in the well-known *Gauweiler* case. The Advocate General said:

“I think it useful to recall that the Court of Justice has long worked with the category of ‘constitutional traditions common’ to the Member States when seeking guidelines on which to construct the system of values on which the Union is based. Specifically, the Court of Justice has given preference to those constitutional traditions when establishing a particular culture of rights, namely that of the Union. The Union has thus acquired the character, not just of a community governed by the rule of law, but also of a ‘community imbued with a constitutional culture’. That common constitutional culture can be seen as part of the common identity of the Union, with the important consequence, to my mind, that the constitutional identity of each member State, which of course is specific to the extent necessary, cannot be regarded, to state matters cautiously, as light years away from the common constitutional culture. Rather, a clearly understood, open, attitude to EU law should in the medium and long term give rise, as a principle, to basic convergence between the constitutional identity of the Union and that of each of the Member States”.

In my view, it is important to stress that the Advocate General’s reflections were formulated with a particular aim in mind: to resolve the question of the “functional difficulty” of the request for a preliminary ruling, when placed in the context of the relevant case-law of the BVerfG (Bundesverfassungsgericht).

In fact, a section of the order for reference concerned the judgments of 12 October 1993 (Maastricht), 30 June 2009 (Lisbon) and 6 July 2010 (Honeywell) issued by the German Constitutional Court. The request for a preliminary ruling was placed in the context of national case-law in so far as the BVerfG attributed a special function to the preliminary ruling in the specific case: to prepare the ground for a

subsequent assessment by the Constitutional Court of the OMT program delivered by the ECB. The BVerfG, in essence, threatened to use its Constitutional “Identity checks” and “Ultra Vires check” in the event that the CJEU ruled in favour of the compatibility of the OMT program with the TFEU and with Protocol n. 4 on the Statute of the European System of Central Banks and of the European Central Bank. The two measures, which have been shaped by the jurisprudence of the Federal Constitutional Court (FCC), are closely linked. In principle, the ultra vires doctrine serves to protect the democratic principle guaranteed by the Basic Law. Indeed, according to the FCC, the democratic legitimacy of the EU secondary law applied in the German legal system is strengthened by the participation of the German Bundestag, which lays down its European integration agenda in its Act of Assent to a European Treaty. Consequently, the decision of the EU institutions that violate the competences transferred by the Bundestag are inapplicable in the German constitutional order. The case could end in a clash between the German Constitutional Identity and the EU Law.

3.- Until then, the interpretation of the provisions, introduced by the Maastricht Treaty, on the function of the ECB has been consistent with the role that German economic and legal culture has attributed to the Central Bank. A role which was deeply influenced by Ordoliberalism and the more recent monetarist theory and supply-side economy.

According to the “Brussels-Frankfurt consensus”, the Eurozone states had to finance their budgets on the market, the states which required more financial resources than those obtained through taxation had to issue bonds and other financial instruments subject to the conditions set by the capital markets. The cost of financing should differ from State to State according to the different credit values decided, in a decentralized manner, by the financial market. The different interest rates, paid by the States, would have a disciplinary function: if a State had spent more than its economic fundamentals justified, the market would have demanded higher interest rates, prompting the State to adopt a more prudent budgetary policy. European institutions had nothing to do with the above mentioned functions: financing the States and regulating their finances.

In this perspective, the key provisions were those of Articles 123 and 125 of the TFEU. The first provision forbids the monetary financing of States by the European Institutions and the other States, while the second contains the so called “no bail-out clause”.

Other essential features of the model concerned a prudent budgetary policy, which should avoid excessive government deficits and public debt, and the role of the ECB. The central bank cannot do much to stabilize the economy. The danger is that its intervention could cause inflation. So the best thing a central

bank can do is to stabilize the premium level. This will have the added effect of producing the best possible outcome in terms of the stability of the economic cycle.

The model was based on the prevalence of rules over discretion. EMU (European Monetary Union) was governed by a predefinite set of substantive rules limiting the discretion of monetary and fiscal policy.

Was this model embedded in the Treaty or was it compatible with the Treaty but not legally binding?

The BVerfG's threat was that an interpretation which considered a different role for the ECB compatible with the Treaty and saved the MTO program would have hindered the German Constitutional Identity and given way to an "ultra vires" check conducted by the German Court.

4.- Returning to the Advocate General's conclusions in the case in question, he stressed the "functional difficulty" already mentioned in the reference for a preliminary ruling linked to a subsequent review, conducted by a Constitutional Tribunal, having, in substance, the same subject as the ruling requested from the CJEU. To simplify, the difficulty lay in the fact that the reference for a preliminary ruling is not a procedural mechanism designed to make it easier for national courts and tribunals to review the legality of EU acts, such as the review by the BVerfG, but rather to ensure that the review of validity is carried out before the court which has exclusive jurisdiction for that purpose, namely the Court of Justice. If a national constitutional court were to reserve the last word on the validity of an EU act, the preliminary ruling procedure would then be of a purely advisory nature, and its function would thus be severely undermined.

The solution provided by the Advocate General was based on the principles of "mutual loyalty" and a "cooperative relationship" between the CJEU and the National Constitutional Courts. Something more defined than the imprecise "dialogue" between the Courts.

The AG pointed out that:

"It is clear that the principle of sincere cooperation also applies to courts and tribunals, including the two courts concerned in these important proceedings. That mutual loyalty is all the more important in those cases in which the supreme court of a Member State raises... its concern about a given decision of an EU body".

This obligation implies that any review subsequent to a preliminary ruling and conducted on the basis of constitutional criteria would not reach conclusions that are in open contradiction with the ruling given by the Court of Justice. At the same time, the principle of loyal cooperation is applied to the Court of Justice and entails a two-fold obligation. In the words of the Advocate General:

“In the first place, substantively, that principle requires the Court of Justice to respond in the greatest spirit of cooperation possible to a request which has been referred to it in the same spirit: there cannot be the least doubt about it.... In the second place...the principle of sincere cooperation requires a particular effort on the part of the Court to provide an answer on the substance to the question referred...”.

The premise of this reasoning was, as we have seen before, that there is a general convergence between the constitutional identity of the Union, built on the shoulders of the CCTS, and that of each member State.

5.- The *Gauweiler* case concerned relations between the financial market, the Member States and the ECB. At first there was a conflict between two ideas of the EMU and the role of the ECB, which seemed irreconcilable.

On the one hand, the dominant idea expressed by the FCC which gave a rigid and restrictive interpretation of the role of the ECB, strictly limited to assuring price stability, in line with the German tradition regarding the Central Bank. In this perspective, there was a sort of overlap between the European economic constitution and the German *Finanzverfassung*.

The central legal question posed by the FCC was whether art. 123 TFEU prohibits the purchase of bonds on the secondary market and whether the ECB, through its non-conventional operations on this market, pursues economic policy objectives, going beyond its mandate which focuses exclusively on price stability.

On the other hand, there was a competing idea, to weaken the early years of the EMU, but reinvigorated in the aftermath of the crisis and more consistent with the constitutional, political and economic traditions of other member States, such as France and Italy.

In short, according to this concurrent idea, a monetary union needs adequate tools to deal with asymmetric shocks. The focus is, therefore, on the European budget, which should act as a federal budget. The Budgetary Union should perform two functions, the so-called insurance function and the debt consolidation function. The role of the ECB should also be very different from that envisaged by the first model, and should be more similar to that of a “last resort lender” in the sovereign bond market. A conflict between two strong ideas of the economic constitution underlined the case.

The end of the story is well known. The CJEU rejected the German interpretation and saved the MTO but, at the same time, the Court made the legitimacy of the MTO subject to strict conditions which recognized some of the concerns expressed by the Constitutional Court.

In this judgement, the Court delivers an interpretation of the TFEU which does not adopt any of the conflicting ideas on the economic constitution and the role of the ECB referred to above. The TFEU does not impose a very detailed model of the ECB, although some limitations have been set, and so Clemens Kaupa has support his thesis on the pluralistic nature of the European economic constitution⁴. The FCC showed deference to the CJEU ruling, but immediately afterwards issued a new reference order concerning the Public Sector Purchase Programme (PSPP) adopted by the ECB. This time it was not a question of the eligibility of non-conventional transactions and the purchase of government bonds on the secondary market, but of compliance with the conditions laid down by the Court in the *Gauweiler* ruling.

I have referred to the ECB's non-conventional programmes and related cases in a very concise way, because, of course, my aim is only to gather from them some elements which may be useful to address the subject of this presentation.

6.- There are several indications which can be drawn from the judicial narrative developed in the *Gauweiler* landmark case, which, in my opinion, touch on the topic of the CCTS and their interaction with CI.

The first point is that CCTS is a part of the mechanism, alongside European case law, which goes beyond the field of fundamental rights and can engage the European Economic Constitution and therefore also the relations between markets and public powers. This trend is still embryonic, but could have interesting and useful developments. This observation is very emphatic with the subsequent addition of Graziadei and De Caria, as far as the CCTS is concerned:

Their role is multifarious, ranging from being a tool to interpret existing EU law, to possibly a self standing ground of review⁵.

The CCTS may be invoked not only to build a general principle that serves to shape a fundamental right, but, in a more ambitious way, “to build the system of values on which the Union is founded “ and, in doing so, to forge that common constitutional culture which “can be seen as part of the common identity of the Union” (I again quote the words of Cruz Villalón).

In this perspective, the way in which the contents of the CCTS are determined has important implications. The decisions of the Court and the opinions of the Advocates- Generals have never

⁴ C. KAUPA, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, Oxford, 2016.

⁵ M. GRAZIADEI, R. DE CARIA, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» in the Case-law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its Finest*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, n. 4, p. 949 ff., spec. p. 955.



attempted a comparative analysis of the text of the Constitutions of the Member States and have sometimes qualified as CCTS a principle which was present only in very few States.

The fact is that it is the Court that chooses which aspects of national constitutional culture matter. The Court can use material that is very rich in texts, customs, political ideas, socio-economic norms, constitutional theory, and, in doing so, the Court can reach two objectives. Firstly, to maintain the effectiveness of EU law and the legitimacy of the intervention of the EU institutions. In this respect, we should always bear in mind that the discovery of the CCTS was, at its origins, a response to the challenge raised by the German Federal Administrative Court in the *Internationale Handelsgesellschaft* to question the legitimacy of the EU legal order on the basis of the German constitutional order.

Secondly, to weaken the conflict with the national constitutional order by building a bridge between the constitutional traditions belonging to different Member States, and between these and the constitutional identity of the EU.

From this perspective, we can say that – as it is evident in the Opinion of AG in the *Gauweiler* case - CCTS and CI can go hand in hand, in an institutional environment based on the principle of judicial cooperation. To achieve this goal, it is necessary to manage the intrinsic ambiguity of the notion of identity. Identities can be used as a basis for an exclusive membership, fueling an unresolved conflict with other identities, as can be seen in Carl Schmitt's well-known theorization of the *amicus-hostis opposition* as the essence of politics. But identities can be integration factors, if they are used to include different traditions and ideas, bridging the gap and smoothing differences, while maintaining a certain degree of pluralism.

To follow this path, the Court cannot totally embrace a constitutional model or a specific socio-economic theory. But the approach should be pragmatic, less intellectually coherent but more result-oriented. This constitutional pragmatism, for instance, is manifested in the case law on the role of the ECB and, as a result, gives the European economic constitution a pluralistic character.

This character could be very useful at a time when rapid political transformation and populism have called European integration into question. Recognizing the pluralistic nature of the economic Constitution leads to political conflict, limiting the risk of the EU's constitutional structure, identity and existence being called into question.

In this broader view, the CCTS has a role to play in all situations where there is a potential conflict between EU primary law and the CI of a Member State.

7.- Before going on, allow me to make a brief point. The ability of the CCTS to develop a dialogue between different constitutional and socio-economic ideas is underlined by the type of legal language



which is intrinsic to this concept: the language of principles. Art. 6 of TEU specifically links the CCTS and the general principles of law.

It should be noted that there is a basic distinction between rules and principles. They both have legal value, but while rules are applied in the form of “all or nothing”, so that if the conditions laid down by the rule are met it is legally binding to apply all the consequences foreseen by the rule, the principle expresses a reason which must be taken into consideration when making the judicial decision. Principles can have different implementations and their typical way of working is to compare with other principles. Those who have the responsibility to decide should strike a balance between different principles and proportionality and is generally the criterion used to assess the proper way in which a principle has been implemented. In the end, principles have an inherent aptitude to engage constructive debate and to find a possible compromise between the different points of view.

The search for compromise is sought as far as it is possible. It is important to stress “as far as possible”. Because, the effort to accommodate should not be ill-timed and there are exceptional situations where conflict cannot be avoided.

8.- If we move from the macroeconomic aspects of the European economic constitution to the microeconomic aspects, linked to the internal market and the safeguarding of competition, it is easy to establish that the CCTS and IC have not been used. Nevertheless, I think that the methodological approach which I have called “constitutional pragmatism” can also be found in these fields, which show other interesting features regarding the relationship between CCTS and IC.

The milestone in the jurisprudence concerning the common market is the *Cassis de Dijon* judgement. With this judgment the principle of mutual recognition emerged, when the CJEU interpreted the notion of Restrictions of equivalent effects to quantitative restrictions on imports and exports (articles 34 and 35 TFEU). According to it, goods are entitled to move freely within the European market once they comply with the law of their “home State” and the “host State” is principally no longer allowed to exercise its internal sovereignty over the “marketing” of imported goods. In this way – as Robert Schütze pointed out – the Court seemed to embrace a specific model of market integration: a federal market model⁶. To use the words of Schütze:

“A federal market is based on the principle that States that States not only lose a part of their ‘external sovereignty’; they will also have to give up a part of their ‘internal sovereignty’ over their internal markets. This happened in the United States where the (dormant) Commerce clause expanded to cover intra-State

⁶ R. SCHÜTZE, *From International to Federal Market. The Changing Structure of European Law*, Oxford, 2017.

commerce and, consequently, measures that – even if not distinctly applicable to imports – were nevertheless seen as excessively burdening interstate commerce. [...]

Within art. 34 TFUE, the federal model of market integration is not concerned with the question whether or not the host State laws discriminate against imports. Rather, it examines whether the extension of host State laws to imports imposes a restriction or an obstacle to intra-Union trade”⁷.

To quote again Robert Schütze:

“Through the federal prism, a restriction or obstacles is here seen to arise because a good is subject to two – or worse, twenty-eight – different national standards that simultaneously demand application in the common market”⁸.

The Cassis judgment regarded a specific category of measures – technical barriers through product requirements -, but the Commission propagated a generalization of its ratio. In a communication concerning the consequences of Cassis, it thus argued:

“In its judgment of 20 February 1979 the Court indicates the scope of art. (34) as it applies to technical and commercial rules. Any product lawfully produced and marketed in one member States must, in principle, be admitted to the market by any other Member State”.

This attempt to export the Cassis judgment and the principle of mutual recognition beyond technical rules influenced the jurisprudence of the CJEU. The “national market” model gained strength in the second half of the 1980’s, as showed by a series of rulings concerning the opening of shops on Sunday. In *Torfaen* (C-145/88), the Court stated that selling arrangements could be subject to an absolute trade-restrictiveness test. For it was not the intra-Union disparities between national opening times that created an obstacle to trade but the very existence of the national measure that restricted trade. In this perspective, free-movement provisions were no longer concerned with inter-State trade but with trade tout court. The provision on free movement of good could potentially become an “economic due process” clause that would allow individual traders to challenge all national laws regulating trade.

Advocate General Tesouro (in case C-292/92) warned against this development whose aim was – in his words – “to encourage the unhindered pursuit of commerce in individual Member States”.

A problem was thus posed: how could this ultraliberal interpretation has cohabited with national constitutional traditions common to some Member States – like France or Italy – in which an economic

⁷ R. SCHÜTZE, *From International to Federal Market. The Changing Structure of European Law*, Oxford, 2017, spec. p. 134.

⁸ R. SCHÜTZE, *From International to Federal Market. The Changing Structure of European Law*, Oxford, 2017, spec. p. 134.

model based on government control was still embedded? This national model was at odds with free and competitive market economy which was at the core of the European Economic Constitution.

In this situation it is interesting to stress that the subsequent jurisprudential developments were bidirectional. On the one hand, the court restricted the scope of the provision on free movement of goods, taking seriously national concerns. On the other hand, a new interpretation of the national economic constitutions developed which fostered a progressive shift from the state-controlled model to a free and competitive marked economy.

The Court made admission that the liberal philosophy behind art. 34 had gone too faraway. In 1991 the Court stated:

“In view of the increasing tendency of traders to invoke art. (34) of the Treaty as a means of challenging any rules whose effect is to limit their commercial freedom even where such rules are not aimed at products from other Member States, the Court considers it necessary to re-examine and clarify its case-law on this matter”.

The admission was made in the Keck case (joined cases C-267.8/91). In this judgment the Court abandoned the national market model with regard to measures which it described as “selling arrangements”. This kind of measures, even when they prohibited certain distribution channels or certain marketing method, would not violate art 34 if two conditions were fulfilled. First, the national measures would need to apply to all traders within the national territory, that is they must be indistinctly applicable; and, secondly, the selling arrangements would have to affect in the same manner the marketing of domestic and imported goods.

With Keck judgement the Court admitted that different categories of national rules were subject to different tests. The introduction of a new test to assess the lawfulness of national measures was a pragmatic way to limit the scope of the provision on the free movement of goods. For a very long time it seemed that art. 34 could solely cover national rules that something interfered with the commercial chain beginning with the production of a good to its trading and subsequent selling. The status of national laws regulating the “consumer use” of a good therefore seemed safe. But in 2006 the Court started a new approach (in the Case Commission v. Portugal, case C-265/06). The Court qualified national measures that reduce consumer demand as measures equivalent to quantitative restrictions. So a third test was introduced. According to the market access test any national measure that greatly restricts the use of goods is seen as “hindering the access to the domestic market in question for those goods” and thus constitutes a measure having equivalent effect to quantitative restrictions on imports. (case C-142-05, Mickelsson and Roos). This third line captures national measures that apply without distinction to



imported and domestic goods, and whose restrictive effect is not caused by a disparity of national legislation. The consequence is that the model of market integration is that one of a national market with a very strong limitation of economic sovereignty of each member State, that rehabilitated the ultra liberal philosophy of 1980's.

It is noteworthy to observe that the Court does not follow a unique test and a unique model of economic integration but has a casuistic flexibility, so that – to quote again Schutze – “economic interests must never become the Court’s sole or dominant value in interpreting Article 34”. The introduction of the market access test was introduced when the constitutional culture of the Member States had rejected the State controlled model and embraced the principles of a free and competitive marked economy. This development, for example, brought to what has been called the “Europeanization of the Italian Constitutional court’s case law on competition and free trade (E.M. Lanza). The Court delivered an interpretation of art. 41 of the Italian Constitution – a provision extensively based on a vision of private economic choices guided by the pursuit of a “common good” to the effect that private economic initiative could be squeezed to the extent necessary – which was consistent with the fundamentals principles of the European economic Constitution. The change of perspective with regard to market economy became more and more evident in the 1990's.

9.- It was only in 1982, i.e. after 25 years of Italy’s membership to the EEC, that the Italian Constitutional Court (ICC) considered competition as a useful instrument to achieve the “common good” (judgment n. 223/1982). The ICC stated that free competition has a double aim: on the one hand, it fulfills the freedom of economic initiative and, on the other hand, it is instrumental to the interests of the overall society, because the plurality of competing undertakings holds down the prices and improves the quality of products. For the first time, the ICC referred to the application of European competition law in the domestic legal order. Even if judgement number 223/1982 proved to be a one off case, as it not followed a series of judgments cutting off the heavy presence of the State in the economy, in the nineties the ICC opened the doors to competition. Judgment n. 241/1990 stressed that the absence of the domestic antitrust law was a serious lack in the Italian legal system and some months after the Italian Parliament adopted law no “87/1990, “Provisions to protect competition and the market”., while the 2001 Italian constitutional reform put in the text of the Constitution a reference to the “protection of competition”. It was classified as a matter upon which the central State, as opposed to the Regions, retained exclusive legislative competence (art. 117, paragraph 2, letter e). The reference to the “protection of competition” promoted the perception of competition as a limit to the scope of public regulation, in many fields, from State aids to public tenders.



La donna lavoratrice nella “sua essenziale funzione familiare” a settant’anni dall’approvazione dell’art. 37 Cost.*

di Elisabetta Catelani

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Pisa

Sommario: 1. Introduzione. 2. Elaborazione dell’art. 37 Cost. in Assemblea costituente. 3. La giurisprudenza della Corte costituzionale. 4. La via legislativa statale ed europea per la tutela della donna lavoratrice. 5. Gli effetti ulteriori del riconoscimento dell’essenziale funzione familiare della donna. 6. La denatalità come espressione della non effettività dell’art. 37 Cost. 7. L’intelligenza artificiale e le nuove tecnologie come strumenti per agevolare la donna lavoratrice nella sua “essenziale funzione familiare”.

1. Introduzione

Obiettivo di questo mio intervento è quello di cercare di capire come s’inserisce il ruolo della donna lavoratrice all’interno di tematiche più generali quali quelle della costituzione economica, della globalizzazione e del contesto sovranazionale in cui viviamo. Un tema quello del lavoro femminile, ampiamente affrontato dalla dottrina sotto vari punti di vista e, da un punto di vista giuridico, si è sempre posto particolare attenzione agli strumenti per garantire l’eguaglianza di trattamento al fine di evitare discriminazioni¹, ai profili che attengono alle modalità di disciplina del diritto al lavoro² in un contesto di equità, nonché al riconoscimento dei diritti connessi alla maternità ed agli obblighi familiari.

Può essere invece utile analizzare l’art. 37 Cost. avendo presenti anche gli effetti economici che ne derivano, specialmente in una fase di crisi economica come quella attuale che non pare aver fine. Su questi aspetti, cercherò di soffermare la mia attenzione.

L’incremento dell’occupazione femminile nel mondo del lavoro può infatti costituire per l’Italia uno strumento significativo di un cambiamento di passo nelle prospettive di crescita economica, visto il dato

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Cfr. per tutti l’ampia bibliografia riportata da F. COVINO, voce *Donna lavoratrice (dir. cost)*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Digesto disc. pubbl.*, Agg., UTET, Torino 2015, 128 ss.

² F. GUIDOTTI, *Il lavoro delle donne e dei fanciulli e la tutela delle lavoratrici madri*, in *Tratt. Dir. Lav.*, diretto da Borsari-Pergolesi, Padova, 1953, III, 272 ss.; G. ABBAMONTE, *Osservazioni sul diritto al lavoro*, in *Rivista Dir. Pubbl.*, 1954, 23 ss.; M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, Milano, 1956; M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, il Mulino, Bologna, 1979; e più di recente della stessa Autrice, *La Costituzione e il lavoro delle donne: eguaglianza, parità di trattamento, pari opportunità*, in M. Gigante (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, 75 ss.

di partenza estremamente basso di presenza femminile nel mondo del lavoro e comunque nettamente inferiore rispetto alla maggior parte dei paesi europei. Maggiore presenza che può essere favorita, come vedremo, dall'evoluzione del mondo del lavoro, dalle nuove tecnologie, da modalità diverse di svolgere determinate attività, che possono avere effetti positivi più generali sul lavoro e sui rapporti familiari. Accanto a tali profili, occorre anche ricordare un altro aspetto connesso che, a sua volta, costituisce uno degli aspetti critici per la nostra società, rappresentato dalla denatalità italiana, che apparentemente potrebbe essere considerato in contrasto con il lavoro femminile e che, invece, come risulta da altre esperienze europee, può essere agevolato proprio dal lavoro femminile.

Per comprendere le complessità attuali può essere utile verificare almeno velocemente gli strumenti costituzionali che sono stati forniti dall'Assemblea Costituente per poi comprendere l'evoluzione maturata anche grazie alla normativa europea ed all'evoluzione che di fatto si è maturata in questo settore. Il tema della donna lavoratrice a settant'anni dall'approvazione della Costituzione non può non partire da un apprezzamento particolare di tutto quanto si è svolto all'interno dell'Assemblea costituente, dell'intuito, delle novità e del difficile lavoro di convincimento che allora fu fatto dalle donne Costituenti su tutti gli altri Costituenti.

E solo partendo dall'analisi di quella discussione si percepisce l'arretratezza di quel periodo storico, ma anche la lungimiranza e la capacità di elaborare principi costituzionali che sono stati in grado d'indirizzare il legislatore per lungo tempo. Si possono capire i limiti, ma anche la capacità innovativa, in quanto le Costituenti hanno saputo introdurre un progetto di trasformazione sociale ben circostanziato all'interno del testo costituzionale che tuttora costituisce un punto essenziale per delineare la condizione attuale della donna lavoratrice, creando un processo ascensionale d'inclusione, che consente alle donne, fino a quel momento sicuramente discriminate, di poter aspirare alla parità, pur con le loro differenziazioni e specificità.

In altre parole, ciò che è stato l'obiettivo delle costituenti prima³, ma con un grande apporto di molti colleghi uomini, non è stato solo quello di assicurare una parità di opportunità d'accesso nel mondo del lavoro, così come parità di retribuzione e di evoluzione in esso, ma anche di garantire per la donna lavoratrice la sua essenziale funzione familiare. Lavoro e famiglia non erano considerati in opposizione

³ Sul ruolo delle Costituenti sulle questioni di genere, cfr. da ultimo M. D'AMICO, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea costituente*, relazione tenuta al Convegno "70 anni dopo, tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo" Bergamo, 5 ottobre 2018, ed ora in corso di pubblicazione; M. T. A. Morelli, *Le donne della Costituente*, Laterza, Roma, 2007, 5 ss. In generale, sul tema M. Iacometti, *Il contributo delle donne dell'Assemblea costituente all'elaborazione della Costituzione italiana*, in M. D'Amico – S. Leone (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti?*, Un percorso non ancora concluso. Giuffrè, Milano 2017, 170.

all'interno della discussione in Assemblea costituente, così come non lo devono essere ora, ma anzi i due aspetti possono rappresentare uno strumento d'integrazione reciproca.

Tanti passi sono stati fatti per andare oltre il testo costituzionale, nonostante le poche pronunce della Corte costituzionale in riferimento all'interpretazione da dare all'art. 37, ma forse più in generale con interventi giurisprudenziali sui problemi di discriminazione che hanno effetti anche sul lavoro. Tale evoluzione si è realizzata anche grazie al legislatore che, *sua sponte* o spesso anche indotto da politiche europee molto sensibili al problema, hanno portato all'approvazione di una pluralità di norme che hanno ridotto le discriminazioni dirette fra uomo e donna nell'ambito della legislazione sul lavoro.

E, dunque, dinanzi a tale evoluzione normativa ed interpretativa del tema, occorre cercare di capire se ancora può avere un senso quell'inciso "essenziale funzione familiare" contenuta nell'art. 37, se, in altre parole debba essere considerato un inciso desueto senza alcun significato normativo, ovvero se possa essere data una lettura attualizzata al contesto ed alle necessità della fase storica contemporanea.

2. Elaborazione dell'art. 37 Cost. in Assemblea costituente

Come si è detto, il dibattito in Assemblea costituente può ancora costituire una chiave di lettura per la situazione attuale, ma anche per capire le ragioni dell'interpretazione che è stata data dalla Corte costituzionale all'art. 37 Cost.

Una dichiarazione sicuramente di rilievo, che apre i lavori della Terza sottocommissione sull'argomento, è quella dell'On. Merlin, secondo la quale *"il riconoscimento della funzione sociale della maternità non interessa solo la donna, o l'uomo, o la famiglia; interessa tutta la società. Proteggere la madre significa proteggere la società alla sua radice"*⁴.

Questo è uno dei primi interventi sul contenuto del futuro art. 37 Cost., ma anche una chiave di lettura essenziale per comprendere il valore intrinseco della norma in quella fase, ma con effetti indubbi sul suo significato nell'attuale contesto storico. L'On. Merlin intende richiamare l'attenzione dei Costituenti, non solo sulle esigenze e sulle necessità connesse al lavoro femminile, ma in particolare sulla specificità della maternità.

La discussione all'interno dei lavori dell'Assemblea costituente è ampia ed articolata. Appassionato è l'intervento dell'on. Maria Federici del 10 Maggio 1947, che, nel commentare la formulazione dell'articolo, auspica che in un rapido futuro le precisazioni contenute in tale norma possano essere considerate superflue. *"Da qui a pochi anni, noi dovremo perfino meravigliarci di aver introdotto questo articolo nel testo costituzionale; non perché esso non riguardi materia puramente costituzionale — da questo punto di vista dovremmo meravigliarci d'aver*

⁴ A.C. III Sottocommissione 13 settembre 1946 che può leggersi in <https://www.nascitacostituzione.it/02p1/03t3/037/index.htm>

introdotto troppi articoli del genere — ma piuttosto per aver dovuto sancire nella Carta costituzionale che a due lavoratori di diverso sesso, ma che compiono lo stesso lavoro, spetta un'uguale retribuzione. Così pure ci dovremo meravigliare di aver dovuto stabilire come norma costituzionale che le condizioni di lavoro, per quanto riguarda la donna, debbano consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare". Funzione familiare che, secondo la Federici dovrebbe essere meglio qualificata nel senso di materna.

Ma, forse, ancor più significativo è il dibattito in sottocommissione, con affermazioni che, in certi casi, hanno costituito il nocciolo duro del contenuto costituzionale definitivo, in altri, invece, hanno caratterizzato un dibattito datato, surreale e comunque altamente limitativo dei diritti delle donne. In quest'ultimo senso è da leggersi l'intervento dell'On. Lucifero, che afferma come *“la funzione della donna, fin quando esisterà la famiglia, è prevalentemente nell'ambito di questa”*. E, continua ancora, *“il lavoro e le funzioni che la donna deve esercitare come madre e come sposa prevalgono su quelli che essa può esercitare come lavoratrice”*⁵.

Diversamente, l'On. Moro, fin dall'inizio, aveva perfettamente le idee chiare sul contenuto della tutela da garantire con questa norma ed aveva proposto una formulazione che nella sostanza ricalca il contenuto attuale, ossia che *«Alla donna lavoratrice sono assicurati tutti i diritti che spettano al lavoratore ed inoltre è garantita in ogni caso la possibilità di adempiere, insieme al suo lavoro, alla sua essenziale missione familiare»*. Da notare l'uso del termine “missione”, che viene poi mutato in “funzione”, solo in sede di coordinamento, senza una discussione in proposito.

L'On. Merlin era contraria all'uso della parola essenziale, ipotizzata dall'On Moro, perché riteneva che avrebbe potuto determinare una limitazione dell'attività della donna al solo ambito familiare, escludendo l'attività sociale ed economica, come risulta da affermazioni esplicite ed opposte espresse in sottocommissione, ad esempio manifestate dall'On. Mastrojanni⁶.

Non a caso il testo che era stato formulato all'interno della sottocommissione della Commissione dei 75 era incentrato sul valore e sulla tutela della maternità *«La Repubblica riconosce che è interesse sociale la protezione della maternità e dell'infanzia. In particolare le condizioni di lavoro devono consentire più completo adempimento delle funzioni e dei doveri della maternità»*. Ed ancora, dice l'On. Merlin, *«Noi sentiamo che la maternità, cioè la nostra funzione naturale, non è una condanna, ma una benedizione e deve essere protetta dalle leggi dello Stato senza che si*

⁵ Nella stessa linea estremamente riduttiva e contraria ad una valorizzazione del lavoro femminile è anche l'intervento dell'On. La Pira in sottocommissione (8 ottobre 1946), quando dice che *“la missione della donna è essenzialmente familiare”*, cosicché il lavoro femminile viene valutato marginale e, se possibile, da evitare.

⁶ Il quale afferma sempre nella seduta dell'8 settembre 1946 che *“Se si trascurasse di affermare questo principio essenziale, che cioè la funzione naturale della donna è quella che la natura le ha attribuito, comprendente non solo la procreazione ma anche la difesa e l'educazione dei figli, si verrebbe ad ammettere il principio che si possa anteporre alla funzione naturale biologica della donna, la funzione economica e sociale. Di conseguenza, ritiene che la parola «essenziale» abbia un significato dal quale non si possa prescindere, nel senso che si deve ritenere che la donna rimanga quanto è più possibile nella sua funzione naturale, e che il resto della sua attività nella vita pubblica e lavorativa sia considerato come accessorio e non come essenziale”*.

circoscriva e si limiti il nostro diritto a dare quanto più sappiamo e vogliamo in tutti i campi della vita nazionale e sociale, certe, come siamo, di continuare e completare liberamente la nostra maternità».

Viceversa, l'on. Moro, favorevole come si è detto all'inserimento del termine "essenziale", riteneva che *«questo riferimento alla «essenzialità» della missione familiare della donna sia un avviamento necessario ed un chiarimento per il futuro legislatore, perché esso, nel disciplinare l'attività della donna nell'ambito della vita sociale del lavoro, tenga presenti i compiti che ne caratterizzano in modo peculiare la vita»*⁷.

Un'interpretazione del concetto di essenziale funzione familiare sicuramente datata storicamente e restrittiva del ruolo della donna. I dati, il contesto culturale, le situazioni materiali di quella fase non dovevano in ogni caso incidere su una prospettiva futura difficile da immaginare⁸, cosicché la norma doveva vivere in piena autonomia, indipendentemente dal contesto storico in cui era nata. E la formulazione di essa lo consente, perché pur all'interno di un dibattito contrapposto, sono stati individuati i presupposti per una tutela della donna lavoratrice a tutto tondo, nel rispetto del suo ruolo familiare e, nello stesso tempo, all'interno di un contesto economico di parità.

In definitiva, in Assemblea costituente viene disegnato un ordine normativo nuovo della realtà sociale, grazie alla formulazione dell'art. 37, insieme all'art. 3 e 51, così da porre le basi per una elaborazione sociale delle differenze fra i sessi, che non devono dare origine a discriminazioni, ma anzi meccanismi d'inclusione, contribuendo a determinare quella che i sociologi chiamano la "sessuazione della società"⁹.

3. La giurisprudenza della Corte costituzionale

L'interpretazione che ha dato la Corte costituzionale all'art. 37 Cost. ha sicuramente agevolato in passato e può ancora consentire meccanismi di *favor* nei confronti della donna lavoratrice.

La prima sentenza storica sul tema del lavoro delle donne e sull'affermazione del principio di parità è rappresentato dalla sent. n. 33 del 1960, sul "caso Rosa Oliva" (concorso per prefetto) con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 7 della legge 17 luglio 1919, che impediva l'accesso delle donne alle principali carriere e uffici pubblici, demandando ad un regolamento d'attuazione la specificazione degli impieghi pubblici preclusi alle donne.

Tale sentenza può essere considerata il "grimaldello" per consentire alle donne l'accesso ai concorsi pubblici, perché oltre alla prefettura, che costituiva l'oggetto della questione di costituzionalità,

⁷ Nello stesso senso è la posizione dell'On. Persico che si esprime a favore del termine «essenziale» in quanto ritiene che debba essere interpretato non come esclusività, ma in ogni caso nel senso di "precipua" funzione familiare.

⁸ Come giustamente rileva F. COVINO, voce *Donna lavoratrice (dir. cost)*, cit., 138, "dal dibattito emerge la necessità di non cristallizzare il dato presente, ma di coglierlo nella sua evoluzione"

⁹ Cfr. da ultimo, C. CIPOLLA-E. CANESTRINI (a cura di) *La dissoluzione della sessualità umana nell'era digitale*, FrancoAngeli, Milano 2018.

L'estensione dell'accesso viene poi prevista anche per la magistratura e per le attività giudicanti allora vietate, mentre solo nel 1999 l'accesso delle donne si estende anche alla carriera militare. La pronuncia del 1960 sul caso Oliva e quindi il relativo riconoscimento della parità d'accesso alle carriere pubbliche prima limitate, non trova tuttavia fondamento nell'art. 37, ma, ovviamente, nell'art. 51 Cost., rappresentando tuttavia lo strumento per garantire la parità delle donne nel lavoro pubblico.

Spesso le pronunce d'illegittimità costituzionale, a causa della previsione di diseguaglianze uomo/donna in ambito lavorativo, trovano fondamento non solo nella violazione dell'art. 37 Cost., ma anche sottolineando la stretta correlazione con l'art. 3 Cost. In questo modo si è espressa la Corte costituzionale nella sent. n. 275 del 2009 con cui si è dichiarata l'illegittimità di alcune norme del Codice delle pari opportunità, in quanto imponevano alla donna lavoratrice l'onere di dare tempestiva comunicazione (tre mesi prima della data di perfezionamento del diritto dalla pensione di vecchiaia) della propria intenzione di rimanere in servizio al datore di lavoro, pena la recedibilità *ad nutum* da parte di quest'ultimo dal rapporto di lavoro¹⁰.

La maggior parte delle pronunce della Corte, che utilizzano, come parametro di valutazione, direttamente l'art. 37 Cost., si riferiscono tuttavia agli effetti che derivano sulla maternità: dall'indennità di maternità¹¹, al periodo di astensione obbligatoria dal lavoro per maternità¹² o, andando più indietro nel tempo, alle dichiarazioni d'illegittimità delle c.d. clausole di nubilato¹³.

Ai nostri fini non rileva comunque la pluralità di pronunce espresse sul tema, quanto l'indirizzo ed i criteri che vengono utilizzati per il riconoscimento della parità. Le pronunce dalla Corte sul tema non sono state molte, in realtà, ma se si vuole individuare un criterio interpretativo comune è stato quello di favorire un'interpretazione non restrittiva dell'art. 37 Cost., cercando di coniugare l'essenziale funzione familiare richiamata in detta norma non soltanto con riguardo alla donna, ma come un obiettivo di parità per entrambi i sessi, così da agevolare ed incrementare il congedo parentale per tutti e due i genitori.

¹⁰ Come dice la Corte costituzionale nel punto 4 del considerato in diritto: “Anche nella disposizione oggi censurata, l'onere di comunicazione posto a carico della lavoratrice, infatti, condizionando il diritto di quest'ultima di lavorare fino al compimento della stessa età prevista per il lavoratore ad un adempimento – e, dunque, a un possibile rischio – che, nei fatti, non è previsto per l'uomo, compromette ed indebolisce la piena ed effettiva realizzazione del principio di parità tra l'uomo e la donna, in violazione dell'art. 3 Cost., non avendo la detta opzione alcuna ragionevole giustificazione, e dell'art. 37 Cost., risultando nuovamente leso il principio della parità uomo-donna in materia di lavoro”.

¹¹ Corte costituzionale sent. nn. 257/2012; 360 e 361/2000; 132/1991.

¹² Corte costituzionale sent. n. 106 del 1980.

¹³ Corte costituzionale sent. n. 27/1969 dove la motivazione pare proprio netta a tutela della lavoratrice inserita in un contesto familiare, affermando che “questa particolare protezione accordata alla lavoratrice nubenda o sposata da meno di un anno - protezione, dunque, ben limitata nel tempo - non costituisce un ingiustificato privilegio nei confronti degli altri lavoratori coinvolti nelle vicende dell'azienda. Il legislatore, infatti, può ben stabilire, nell'esercizio della sua valutazione politica, un regime preferenziale di garanzia di conservazione del lavoro in favore di determinate categorie tutte le volte in cui sussistano motivi che lo giustificano: e nel caso in esame, per tutto quanto si è detto innanzi, la legge è sorretta da ragioni che trovano valido riscontro nella realtà sociale e nella Costituzione”.

Un'interpretazione quindi evolutiva dell'art. 37 che pone in evidenza il valore della famiglia e della parità anche con riguardo alla famiglia, al fine d'incentivare la partecipazione anche dei padri alla gestione familiare.

Non solo. Pare quasi che la tutela della lavoratrice madre, *ex art. 37 Cost.*, venga via via ridotta in rapporto ad altri principi connessi, come quello della tutela della famiglia o della maternità indipendentemente dal fatto che la donna sia o meno lavoratrice. La Corte, pertanto, prende atto dell'evoluzione legislativa in atto che impone, a sua volta, anche un'evoluzione dell'interpretazione costituzionale¹⁴, una trasformazione del concetto e dei principi di base che regolano la donna lavoratrice, non tali da svuotare completamente il valore ed il significato dell'art. 37 Cost., ma forse ponendo tale norma in una posizione di marginalità rispetto ad altri valori che contemporaneamente si ampliano di contenuto e di tutela normativa.

4. La via legislativa statale ed europea per la tutela della donna lavoratrice

L'evoluzione normativa è stata particolarmente incisiva, in quanto si è passati da una discriminazione palese fra uomo e donna con la valutazione della forza lavoro della donna paragonata a quella dei fanciulli (la c.d. mezza forza lavoro presupposta nel contenuto della legge n. 653 del 1934¹⁵), alla necessità di garantire determinate situazioni particolari come quelle delle gestanti e delle puerpere (r. d. lgs. n. 850 del 1929 e r. d. n. 654 del 1934¹⁶

Non è possibile qui ripercorrere e richiamare la pluralità di leggi che sono state approvate in questi 70 anni, al fine di garantire il rispetto dei principi contenuti nell'art. 37 e più in generale a tutela della parità di trattamento delle donne rispetto agli uomini, ma, almeno a grandi linee, si possono individuare almeno tre tappe importanti di sviluppo normativo nel settore.

¹⁴ In questo senso sia la sent. n. 197 del 2002, sia la n. 495 dello stesso anno dove si ribadisce che la Corte costituzionale “*preso atto dell'evoluzione del sistema normativo, ha rilevato che si è progressivamente attuata una più estesa protezione della maternità in quanto tale piuttosto che della lavoratrice madre, ed ha sottolineato come tale evoluzione si ponga in continuità con i principi ripetutamente espressi dalla giurisprudenza costituzionale in ordine alla tutela della maternità, giungendo quindi alla conclusione che l'applicazione di questi stessi principi non può non obbligare l'interprete ad una lettura della norma conforme a Costituzione*”.

¹⁵ Legge che si riferiva e si tutelava contemporaneamente il lavoro delle donne e dei fanciulli imponendo il divieto di lavori pericolosi, insalubri e faticosi, il divieto di trasporto e sollevamento pesi, del lavoro notturno e limiti massimi d'orario.

¹⁶ Con il r. d. lgs. n. 850 del 1929 furono introdotte disposizioni per la tutela delle operaie ed impiegate durante lo stato di gravidanza e puerperio con il divieto di adibire le donne al lavoro durante l'ultimo mese di gravidanza e nel primo mese dopo il parto. Successivamente, con il r.d. n. 654 del 1934 il periodo di astensione obbligatoria fu ampliata a sei settimane dopo il parto.

Una prima fase può essere individuata con l'approvazione di una serie di leggi fra gli anni '50 e '70 (leggi nn. 860/1950¹⁷; 7/1963¹⁸; 1204/1971¹⁹; 903/77²⁰), che hanno avuto il pregio di eliminare quello stato di sottosviluppo che fino agli anni '70 caratterizzava lo *status* della donna lavoratrice. Un periodo in cui l'autonomia della donna viene riconosciuta a livello generale e non solo a livello lavorativo, che ha avuto poi un riconoscimento strutturale grazie alla riforma del diritto di famiglia del 1975²¹, che può essere considerata una legge rivoluzionaria per quei tempi e che, più di altre, ha determinato uno sviluppo dei presupposti per l'effettiva parità della donna con effetti a cascata fuori dal contesto familiare, come appunto in quello lavorativo²².

La seconda tappa dell'evoluzione normativa in questo settore si ha negli anni '90 e, in particolare, un intervento significativo è stato quello determinato dall'introduzione e dal riconoscimento delle azioni positive a partire dalla legge n. 125 del 1991 *“Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro”*, ossia, come ha detto anche la Corte costituzionale, (sent. n. 109/1993) *“interventi di carattere positivo diretti a colmare o, comunque, ad attenuare un evidente squilibrio a sfavore delle donne, che, a causa di discriminazioni accumulate nel corso della storia passata per il dominio di determinati comportamenti sociali e modelli culturali, ha portato a favorire le persone di sesso maschile nell'occupazione delle posizioni di imprenditore o di dirigente d'azienda”*. Interventi normativi che hanno permesso sia di eliminare le disparità di fatto derivanti dalla formazione scolastica e professionale, sia di favorire la diversificazione delle scelte professionali con l'accesso al lavoro autonomo (formazione imprenditoriale e qualificazione professionale), sia ancora favorire, mediante una diversa organizzazione del lavoro, le condizioni ed il tempo di lavoro, l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali e una migliore ripartizione di tali responsabilità tra i due sessi. In questo modo si è cercato di parificare le due posizioni ed incentivato misure che consentissero anche ai padri di condividere quell'essenziale funzione familiare di cui parla la Costituzione.

Infine, una terza tappa può essere individuata a partire dall'inizio di questo secolo, quando la spinta anche a livello europeo è stata significativa sia con interventi normativi che giurisprudenziali. In questa terza tappa è effettivamente difficile distinguere quanto l'Italia ha legiferato in modo autonomo e quanto introdotto in applicazione di direttive europee o interpretazioni della giurisprudenza europea.

¹⁷ *“Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri”*, diretta a tutelare in modo esclusivo le lavoratrici gestanti e puerpere.

¹⁸ In tema di divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio.

¹⁹ Legge che introduce una normativa dettagliata e generale a tutela delle lavoratrici madri.

²⁰ Si tratta della legge che per la prima volta mette in dubbio la tradizionale prospettiva della tutela differenziata trasformandola in una parità di trattamento. La principale linea di intervento attiene alla parità della retribuzione, all'accesso al lavoro sia nello svolgimento e nell'estinzione del rapporto.

²¹ Legge n. 151 del 1975.

²² Sul tema cfr. M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2018, 44 ss.

Espressione di un'iniziativa italiana, anche se nata seguendo un'esperienza presente in Norvegia, è stata l'approvazione della legge Golfo-Mosca n. 120 del 2011²³ (sulla composizione dei consigli d'amministrazione e dei collegi sindacali delle società quotate) e, successivamente, l'approvazione del regolamento previsto nell'art. 3 comma 2 della predetta legge (DPR 251/2012) al fine di garantire una corretta presenza di rappresentanti di entrambi i generi negli organi di amministrazione e controllo delle società controllate dalle pubbliche amministrazioni a livello centrale, regionale e locale. Due interventi normativi connessi che hanno portato, da un punto di vista meramente formale ad una presenza significativa nelle posizioni di vertice delle società sia pubbliche che private, ma da un punto di vista sostanziale anche ad una maggiore ricerca della competenza sia femminile che maschile. Non si tratta quindi soltanto di uno strumento per agevolare la presenza delle donne nei consigli d'amministrazione, quanto anche d'introdurre effetti positivi sulle modalità di selezione dei futuri componenti, sia, poi, sulla stessa qualità media dei prescelti. In altre parole, lo strumento delle quote non si limita a garantire l'eguaglianza dei punti di partenza o comunque la previsione di misure antidiscriminatorie, quanto agevola l'introduzione di meccanismi che incentivano la meritocrazia indipendentemente dal sesso di provenienza. Si è poi constatato in uno studio riguardante gli effetti dell'introduzione delle quote nei consigli d'amministrazione delle società quotate che si determinano effetti di ricaduta più ampia sull'intera società, contribuendo ad aumentare anche l'occupazione femminile²⁴.

Sulla legislazione italiana di settore, significativo è stato, comunque, il contributo proveniente dalla Corte di giustizia dell'UE che ha distinto le discriminazioni dirette da quelle indirette al fine della tutela della parità²⁵. Discriminazioni più subdole, più difficili da individuare in quanto derivanti da norme

²³ Occorre tener conto che il vincolo contenuto nella legge ha una validità temporale limitata alla nomina dei consigli di amministrazione nei successivi tre mandati dall'entrata in vigore. Cosicché, a partire dal 2020, progressivamente ad ogni rinnovo di consiglio verrà meno l'obbligo di riservare almeno un terzo delle cariche al genere meno rappresentato e quindi alle donne. Il vincolo da normativo, si è infatti trasformato in un principio contenuto nel codice di autodisciplina delle società quotate e quindi non più vincolante. La società quotata sarà cioè libera di non rispettare la quota di un terzo dei componenti di genere diverso con una semplice motivazione delle ragioni che hanno indotto a non "poter" rispettare il vincolo, il c.d. "*comply or explain*". C'è solo da augurarsi che nel prossimo anno i disegni di legge presentati nella XVIII legislatura (n. 1028 e n. 1095 espressione sia di componenti della maggioranza, che dell'opposizione) che propongono una proroga del vincolo per altri tre mandati, siano approvati, perché consentirebbe un maggiore consolidamento dei risultati raggiunti e perché il rischio di una regressione anche in questo settore è particolarmente significativo.

²⁴ Cfr. in particolare la ricerca di M. BERTRAND – S.E. BLACK – S. JENSEN – A. LLERAS MUNY, *Breaking the Glass Ceiling? The Effect of Board Quotas on Female Labor Market Outcomes in Norway*, Review of Economic Studies, Oxford University Press, 2019, vol. 86(1), 191-239.

²⁵ Sent. 6 aprile 2000, causa C-226/98 Jorgensen, ed in particolare sent. 9 settembre 2003, causa C-25/02 sul caso Rinke in cui la Corte di Lussemburgo, pur non accogliendo il ricorso della Dott.ssa Rinke (medico in formazione di medicina generale che metteva in dubbio l'esclusione dell'uso dell'orario ridotto, e l'obbligo del solo tempo pieno per tale formazione), afferma tuttavia un principio di carattere generale, ossia che "il rispetto del divieto delle discriminazioni indirette basate sul sesso costituisce un presupposto della legittimità di ogni atto adottato dalle istituzioni comunitarie".

apparentemente formulate in modo imparziale, ma che di fatto possono danneggiare una percentuale notevolmente più elevata di donne rispetto agli uomini. La normativa europea (2006/54/CE) e quella nazionale d'attuazione (art. 25, co. 1, D.Lgs. n.198/2006, c.d. codice delle pari opportunità)²⁶ specificano il contenuto della discriminazione diretta, precisando che si tratta di quelle situazioni nelle quali una persona è trattata meno favorevolmente, in base al sesso, rispetto a quanto sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una situazione analoga. Si arriva poi a precisare le caratteristiche della discriminazione indiretta (art. 25, co. 2), prevedendo che “si ha discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”²⁷.

Un altro strumento significativo a tutela della donna lavoratrice è rappresentato dalla disciplina dei congedi parentali ed in particolare dal riconoscimento del congedo di paternità dopo la nascita (o l'adozione) di un figlio. La novità è rappresentata dal riconoscimento esclusivo della possibilità del padre di avere dei giorni di permesso retribuito esclusivi ed autonomi rispetto al periodo di congedo per la madre e che non possono trasferirsi ad essa²⁸. Potrebbe apparire contraddittorio che il riconoscimento di

²⁶ Più in generale il Codice delle pari opportunità (d. lgs. n. 198 del 2006 e poi più volte modificato d. lgs. n. 5/2010) costituisce attuazione della direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione impiego. Ha come obiettivo primario quello di introdurre “misure volte ad eliminare ogni discriminazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza o come scopo di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo”. In base a tale normativa la parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti campi, del lavoro e della retribuzione, sia attraverso azioni positive, che non possono pertanto essere considerate discriminatorie nei confronti degli uomini, sia attraverso azioni dirette alla prevenzione di discriminazioni, mediante un'attribuzione diretta di tale obiettivo ai contratti collettivi (art. 50 *bis*) con l'introduzione di codici di condotta, linee guida e buone prassi.

²⁷ La Corte di Cassazione ha ravvisato l'esistenza di discriminazioni indirette in quei bandi di concorso che prevedano, per i concorrenti, un'altezza minima al di sopra di quella che statisticamente è la media femminile, ma entro quella maschile (Cass. 13 novembre 2007, n. 23562, in *NGC*, 2008, 579).

²⁸ Nel nostro ordinamento tale opportunità è già prevista dall'art. 4, c. 24, lett. a), legge 28 giugno 2012, n. 92 che ha istituito il congedo obbligatorio e il congedo facoltativo, alternativo al congedo di maternità della madre, fruibili dal padre lavoratore dipendente anche adottivo e affidatario, entro e non oltre il quinto mese di vita del figlio. In particolare, l'art. 1, c. 354, legge 11 dicembre 2016, n. 232 (legge di bilancio 2017) ha previsto, per l'anno solare 2018, l'aumento del suddetto congedo obbligatorio da due a quattro giorni, congedo che si configura come un diritto autonomo e pertanto aggiuntivo a quello della madre e spetta comunque indipendentemente dal diritto della madre al proprio congedo di maternità.

A livello europeo è stata ora approvata la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1158 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio, su cui *ultra* nel testo.

un diritto individuale per il solo padre possa costituire uno strumento di tutela della donna lavoratrice, ma in realtà dalle indagini statistiche, svolte in passato²⁹, risulta che uno degli strumenti per incrementare la condivisione dei carichi familiari e per agevolare il ritorno della donna all'interno del proprio lavoro, è rappresentato dal riconoscimento dei congedi ai due genitori in modo autonomo e separato. Viceversa, là dove i congedi parentali possono essere usati da entrambi i genitori, i padri tendono a non farne un uso elevato ed a trasferire eventualmente l'opportunità alla sola madre.

L'unicità in capo alla donna della procreazione non deve determinare come inevitabile conseguenza che sia l'unico soggetto demandato alla cura della prole, cosicché proprio al fine di tutelare la donna lavoratrice occorre incentivare la condivisione dei carichi familiari e non consentire, entro determinati limiti, il trasferimento del periodo di congedo retribuito da un genitore all'altro ed in particolare dal padre alla madre.

L'ultima direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento e del Consiglio, appena approvata³⁰, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, vuole in particolare incentivare l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare nonostante la crescente prevalenza di orari di lavoro prolungati o non predeterminati, che hanno un impatto negativo sull'occupazione femminile³¹. Con tale direttiva si distinguono, come si diceva, i diritti connessi al congedo di paternità³², rispetto al congedo parentale³³, cosicché gli Stati membri dovranno garantire il congedo di paternità (al padre o al secondo genitore equivalente là dove viene riconosciuto dal diritto nazionale) per almeno dieci giorni lavorativi e retribuiti, indipendentemente al congedo di maternità. Ciascun lavoratore, poi deve disporre di un diritto individuale al congedo parentale di quattro mesi, di cui due mesi non possano essere trasferiti all'altro genitore. Nella direttiva si prevede poi il riconoscimento del diritto di chiedere modalità di lavoro flessibili sia per i genitori, fino a quando il bambino abbia raggiunto almeno otto anni di età, sia per i prestatori di assistenza. In particolare, entrambi i genitori potrebbero chiedere, ad esempio, un orario di lavoro o un'organizzazione della vita professionale flessibili e di fruire del diritto al lavoro a distanza. Occorre ribadire che, in base alla direttiva, si riconosce un vero e proprio diritto della lavoratrice e non si lascia al datore di lavoro la discrezionalità di concedere meccanismi flessibili di lavoro.

²⁹ Come risulta da una ricerca del 2015 *Promoting uptake of parental and paternity leave among fathers in the European Union*, che mette in evidenza come per essere efficace il congedo dei padri deve essere esclusivo e non cedibile alla madre.

³⁰ Direttiva che abroga espressamente la precedente direttiva 2010/18/UE.

³¹ Si dice infatti che “Uno dei principali fattori che contribuiscono alla sotto rappresentanza delle donne sul mercato del lavoro è la difficoltà di conciliare l'attività professionale con gli impegni familiari” ed obiettivo dell'Unione è quello di agevolare un riequilibrio delle posizioni.

³² La direttiva definisce il “congedo di paternità”: “un congedo dal lavoro per il padre o, laddove e nella misura in cui riconosciuto dal diritto nazionale, per un secondo genitore equivalente, da fruirsi in occasione della nascita di un figlio allo scopo di fornire assistenza”.

³³ Si definisce congedo parentale, “un congedo dal lavoro per i genitori da fruirsi a seguito della nascita o dell'adozione di un figlio per prendersene cura”.

Anche tale modalità di lavoro può agevolare in maniera significativa il lavoro femminile, sempre alla luce della sua “essenziale funzione familiare”.

Si tratta, in altre parole, di una serie di indirizzi agli Stati di introdurre meccanismi che non consentano il trasferimento alla donna di periodi di congedo, così da incrementare i periodi in cui anche i padri sono indotti ad una presenza con il minore, che può avere un effetto a cascata e moralizzatore sui padri anche nelle fasi successive e non obbligatorie. Parimenti, modalità di lavoro flessibile possono agevolare l'ingresso e la permanenza nei posti di lavoro della donna anche dopo la maternità.

Gli effetti di tale direttiva si potranno vedere solo fra cinque anni³⁴ e, comunque, molto dipenderà dalle modalità con cui i vari Stati ed in particolare l'Italia intenderà dare attuazione alla direttiva, con formulazione delle conseguenti norme per indurre, per quanto è possibile, anche i padri a partecipare alle cure familiari, così da consentire un equilibrio effettivo di entrambi i genitori fra attività professionale e vita familiare. Ciò che attualmente è carente nella realtà dei fatti, è un'equa ripartizione delle responsabilità d'assistenza all'interno della famiglia ed una delle strade per incrementarla può essere rappresentata dall'instaurazione di un precoce legame affettivo fra padre e figlio, naturale per la madre e da sviluppare per il padre, che la normativa, appunto può agevolare.

Altre direttive europee sono state adottate su aspetti strettamente connessi: occorre quantomeno ricordare la direttiva 2004/113/CE del Consiglio che ha istituito un quadro per l'attuazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso a beni e servizi e la loro fornitura, estendendo la protezione contro la discriminazione fondata sul sesso oltre la sfera del mercato del lavoro e della vita professionale ad altre aree della vita quotidiana. Direttiva poi recepita con il d.lgs. 6 novembre 2007 n. 196, che attribuisce compiti di promozione, analisi e controllo della parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura al Dipartimento per le pari opportunità.

In definitiva le politiche europee, in questa terza fase storica iniziata in questo millennio, hanno contribuito in maniera significativa ad agevolare condizioni di parità fra uomo e donna sia nel lavoro che nella famiglia. Se da un lato, specialmente all'inizio le norme europee hanno configurato il diritto di non discriminazione della donna lavoratrice con un'accezione di politica economica, intesa come necessità di avere opportunità di lavoro, al fine di tutelare ed incrementare la presenza delle donne nel mondo del lavoro, ovvero al fine di evitare che diversità salariali riconosciute alle donne non determinassero poi una violazione delle norme sulla concorrenza, via via, con l'approvazione dei nuovi trattati, Amsterdam prima

³⁴ In particolare, l'art. 20 della direttiva, che disciplina i tempi di recepimento da parte degli Stati, fissa il termine per la conformazione al 2 agosto 2024, salvo per quanto attiene alla retribuzione e alle indennità del congedo parentale previste nell'art. 8. 3, la cui efficacia è anticipata al 2 agosto 2022.

e Lisbona poi, nonché con l'attribuzione di efficacia vincolante alla Carta dei diritti, si è data una lettura non in senso prettamente soggettivistico dell'individuo, ma nella funzione sociale del diritto.

Tutto ciò si percepisce in tempi relativamente recenti a partire dalla sentenza Rinke della Corte UE, prima citata, dove si afferma che il principio di parità di trattamento e di non discriminazione nel mondo del lavoro è una delle condizioni essenziali per la garanzia di effettività del diritto dell'Unione. Principio questo ribadito nelle varie direttive prima analizzate e poi introdotto formalmente nell'art. 157 del TFUE³⁵. E proprio in tale norma si percepisce l'evoluzione che la stessa UE ha raggiunto nel legittimare anche in questo settore le azioni positive: viste negativamente dall'UE con una motivazione esplicitata in modo netto nella sentenza Kalanke³⁶, dove si afferma che non sono ammissibili leggi che introducono clausole di preferenza assoluta ed incondizionata a favore delle donne, ma poi le azioni positive sono state via via rivalutate nel corso del tempo e non escluse con il comma 4 dell'art. 157 TFUE.

Un aspetto non marginale di questa terza fase è anche rappresentato dall'adozione di atti di *soft law* che individuano obiettivi generali, finalità ed esercitando una sorta di controllo e di verifica sugli stati membri in ordine all'attuazione dei piani adottati dal Consiglio dell'Unione³⁷. Nel più recente piano d'azione sulla parità di genere 2016-2020 ad esempio, oltre a fissare i classici pilastri tematici da perseguire (garantire l'integrità fisica e psicologica, promuovere i diritti sociali ed economici e rafforzare la voce e la partecipazione delle donne), è stato previsto che l'analisi di genere dovesse essere effettuata sistematicamente per tutte le nuove azioni esterne intraprese, come nei progetti e nella programmazione

³⁵ Articolo 157 (ex articolo 141 del TCE)

1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura;

b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro.

3. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

4. Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali.

³⁶ C. giustizia CE 17 ottobre 1995, C-450/93.

³⁷ Cfr. le conclusioni al piano d'azione dell'UE sulla parità di genere II nel 2017: rafforzare la parità di genere e l'emancipazione femminile nell'azione esterna dell'UE, adottate dal Consiglio nella sessione del 26 novembre 2018, che possono leggersi in <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14551-2018-INIT/it/pdf>.



bilaterale e regionale. Su tutto ciò è poi previsto un controllo costante dell'UE utilizzando dati disaggregati per sesso, al fine di verificare l'effettivo rispetto della parità con gli uomini per quanto riguarda il reddito, l'istruzione di qualità, la formazione professionale e l'accesso alla sanità o alla tecnologia.

Si deve poi aggiungere che l'UE a livello organizzativo della propria amministrazione pone particolare attenzione alla parità d'accesso ai propri uffici, avendo attivato, ad esempio, un metodo di selezione del personale europeo affidandolo ad un Ufficio interistituzionale apposito l'EPSO il compito d'organizzare procedure di selezione, con una predisposizione di elenchi di idonei a cui le varie istituzioni o agenzie UE possono attingere. La particolarità di tale Ufficio non è limitato alla centralizzazione della selezione, che costituisce uno strumento per accentuare la valutazione meritocratica, in genere sempre favorevole a garantire la parità, ma ha come obiettivo specifico quello di garantire il rispetto del principio di inclusione nelle procedure di selezione e fornisce a tutti i candidati pari opportunità, sia con riguardo al sesso, sia connesse alla disabilità, alla razza, all'origine etnica o sociale, al fine di dimostrare le loro effettive competenze nel proprio settore.

In definitiva, una serie di buone pratiche anche a livello amministrativo che potrebbero costituire un ottimo esempio da seguire.

L'Italia, nonostante tutto, è uno degli Stati in cui vi è la minor percentuale di occupazione a livello europeo e, nonostante i passi avanti di questi ultimi anni, i report europei sul punto confermano l'arretratezza della situazione italiana.

5. Gli effetti ulteriori del riconoscimento dell'essenziale funzione familiare della donna

Dinanzi all'evoluzione normativa, sia nazionale che europea, al conseguente adattamento dell'interpretazione costituzionale al nuovo contesto ed alle caratteristiche della donna lavoratrice nel quadro economico attuale, è utile domandarsi quale sia la lettura da dare all'art. 37 Cost. una volta superata, almeno formalmente, la discriminazione diretta e forse anche in parte quella indiretta nel mondo del lavoro.

Occorre cioè rispondere all'ultimo aspetto che era stato trattato in premessa, ossia se l'inciso contenuto in Costituzione della "essenziale funzione familiare" sia una formulazione antiquata o mantenga la sua vitalità.

Se infatti il riferimento all'essenziale funzione familiare venisse riferito alla donna in mera contrapposizione con quella dell'uomo, verrebbe superata dalla semplice interpretazione della Corte costituzionale che più volte ha indirizzato la normativa lavoristica verso una valorizzazione della partecipazione dei due generi nella conduzione familiare, seguita ormai in modo completo dal legislatore.

Dovremmo quindi considerare tale precisazione datata e stereotipata³⁸, o comunque ormai una norma desueta. Ma non ha senso parlare, con riguardo ad una norma costituzionale, di una norma desueta, principalmente per tre ordini di motivazioni.

Innanzitutto, perché l'inciso esiste giuridicamente e s'inserisce in un contesto di una disciplina di garanzia della posizione della donna lavoratrice ancora inattuato sotto vari punti di vista.

In secondo luogo, perché l'art. 37 Cost. costituisce un baluardo contro l'approvazione di normativa regressiva nel riconoscimento di particolari agevolazioni a favore delle donne lavoratrici, come appare emergere negli ultimi tempi. Ciò deriva dal fatto che le *affirmative actions* vengono spesso criticate e considerate generatrici di privilegi, cosicché si ritiene che debbano essere limitate al massimo al fine di garantire una parità, senza distinzioni, secondo la formulazione dell'art. 3 Cost., non considerando invece le basi di partenza diverse da cui provengono le posizioni giuridiche delle donne lavoratrici rispetto a quelle degli uomini.

Ma in terzo luogo occorre riconoscere a quell'inciso un significato attuale, attraverso un'interpretazione in parte evolutiva, attribuendo valore alla specificità del richiamo alla lavoratrice madre, come madre naturale o adottiva, all'interno di un concetto anche ampio di famiglia, grazie alla specificità della sua natura di madre. Da qui un duplice valore ed effetto: da un lato, avendo presenti i caratteri di una famiglia che alcuni hanno definito liquida³⁹ e che comunque si manifesta nella pluralità delle sue formazioni: dalla famiglia mono-genitoriale, alla famiglia di fatto, alle varie forme di famiglia che il legislatore nel corso del tempo vorrà riconoscere. E questa trasformazione della famiglia inevitabilmente determina conseguenze sul modo in cui si deve tutelare anche la donna lavoratrice nella varietà delle forme connesse alla realtà familiare. Cosicché, come il legislatore ha ampliato il riconoscimento dei permessi parentali e di gran parte dei diritti in un'ottica di parità della genitorialità, ne deriva come conseguenza che nel momento in cui si riconoscesse un'estensione della famiglia anche ad altre situazioni (e come in parte è avvenuto in via

³⁸ Così B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, in B. Pezzini (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo University Press, Bergamo 2012, 32, precisando poi che l'art. 37 cost. "costituisce l'unica disposizione costituzionale in cui la titolarità di diritti viene declinata al *femminile*" e, pur consentendo attraverso un'interpretazione adeguatrice, l'estensione di alcuni diritti anche al sesso maschile, "serve a conservare la *specificità* di quelli irrinunciabilmente ancorati al corpo femminile (tutela della gravidanza e del puerperio), riservati alle sole lavoratrici di sesso femminile.

³⁹ Cfr. *amplius* G. L. CONTI, *La struttura naturalmente liquida della famiglia*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. GUAZZAROTTI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, Giappichelli, Torino 2010, 65 ss., che riprende sul punto un'idea di Z. BAUMAN, *Liquid love* 2003, ora tradotto in ID, *Amore liquido*, Laterza, Bari-Roma 2017.



giurisprudenziale)⁴⁰, effetti conseguenti ne dovrebbero derivare anche sull'interpretazione dell'art. 37 Cost.

Ma la particolarità dell'art. 37 è quella di aver fatto emergere allo stesso livello di tutela costituzionale e sullo stesso piano normativo il ruolo della donna lavoratrice e quello familiare, ma non in riferimento alla famiglia *tout court*, ma in quanto espressione del suo ruolo di madre. Se da un lato si afferma la parità fra donna ed uomo nel campo del lavoro, quando la donna svolge il suo ruolo di madre, si attiva una sorta di situazione differenziata che consente anche di attivare meccanismi di privilegio.

Norma che era stata d'altra parte formulata avendo presente i due elementi essenziali di tutela: la donna lavoratrice e il bambino, come le due parti essenziali ed inscindibili della norma.

Il ruolo materno insito nell'art. 37 Cost. deve essere letto in stretto rapporto con la tutela della maternità garantita dal comma 2 dell'art. 31 Cost. là dove riconosce, a sua volta, l'incontestabile differenza fra i sessi nella riproduzione. Le due norme quindi cristallizzano la differenza naturale e insuperabile fra i sessi nella riproduzione, introducendo così “una regola unidirezionale, applicabile al solo sesso femminile”⁴¹, prevedendo così non solo e non tanto una norma per la donna lavoratrice, ma anche un combinato disposto, che tutela la donna in quanto madre. E, mentre l'art. 31 Cost., proteggendo la maternità, intende proteggere contemporaneamente anche l'infanzia, nell'art. 37 Cost. la maternità è tutelata in quanto impersonata da una lavoratrice, ma questo non esclude che le due norme siano espressione di un disegno unitario.

In definitiva, l'art. 37 Cost. introduce un particolare *favor* a tutela della donna lavoratrice e che può e deve legittimare tutta una serie di azioni positive che, da un lato agevolino la partecipazione della donna all'attività produttiva in modo paritario a quello dell'uomo e, dall'altro non costituiscano un freno per la maternità.

In altre parole, alla luce della necessaria interpretazione evolutiva che da sempre deve essere data alla Costituzione, non si può pensare che l'essenziale funzione familiare determini come conseguenza inevitabile la difficoltà se non l'impedimento per la donna di poter scegliere anche una funzione sociale e pubblica del suo ruolo. La prima parte dell'art. 37 Cost., dove si parla della donna lavoratrice, non può

⁴⁰ La legislazione è intervenuta al fine di allargare l'obiettivo della tutela affinché vi fosse un riconoscimento sociale al ruolo di entrambi i genitori all'interno della famiglia, ma la norma nasce e resta come uno strumento di garanzia per la donna lavoratrice in generale e ancor di più per la donna (lavoratrice) che sia anche madre. Questo non significa voler mettere in dubbio la tutela delle varie forme di famiglia garantito e tutelato dall'art. 29 Cost., anche in quella che alcuni hanno descritto nella sua forma liquida, ma il contenuto dell'art. 37 Cost. intende tutelare in via esclusiva il ruolo della donna madre e lavoratrice.

⁴¹ Così B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, cit., 31.

essere in contraddizione con la seconda, cosicché devono essere riconosciuti effetti derivanti da questa sua funzione unica da un punto di vista scientifico⁴².

Da qui la necessità di attivare tutta una serie d'interventi normativi, non tanto qualificabili come azioni positive per favorire l'ingresso delle donne nel mondo del lavoro, ma un incremento d'interventi di *welfare* che agevolino appunto la tutela dei due obiettivi connessi: maternità e lavoro femminile.

6. La denatalità come espressione della non effettività dell'art. 37 Cost.

Se si vuole attribuire un significato evolutivo alla “essenziale funzione familiare” dell'art. 37 Cost. non si può quindi prescindere dall'altro aspetto attualmente incombente sul nostro Paese, rappresentato dal basso tasso di fecondità che non può considerarsi scisso dai problemi connessi al lavoro femminile. Dalle indagini comparate risulta in modo indiscutibile che nei Paesi in cui la condivisione degli impegni familiari è maggiore, maggiore è anche la percentuale di donne lavoratrici e più alto è il tasso di natalità, con effetti inevitabilmente benefici per l'economia. In altre parole, non si verifica quello che in passato è sempre stato paventato come un pericolo, ossia che il maggior coinvolgimento lavorativo potesse costituire un limite alla disponibilità delle donne di procreare.

Le donne, in realtà, hanno sempre lavorato, sia in passato, che nel presente, ma il “lavoro” interno alla famiglia, ossia le attività di assistenza ai figli ed alla famiglia, non entra nel circolo economico e non può essere quantificato formalmente e quindi è come se non esistesse⁴³. A ciò si aggiunge che tale tipologia di lavoro non viene remunerata e può determinare il rischio di maggiore povertà all'interno della famiglia. Come conseguenza ne deriva una minor propensione alla procreazione, con conseguente denatalità.

Viceversa una maggior occupazione delle donne determina, sia più crescita economica e meno vulnerabilità per le famiglie, ma anche una maggiore tranquillità emotiva ed una maggiore predisposizione alla procreazione, proprio in virtù della stabilità economica.

Gli studi di settore, le indagini europee (e non solo) sulla materia hanno potuto accertare che nel momento in cui vi è un incremento della presenza delle donne nel mondo del lavoro, a sua volta si determina uno sviluppo del lavoro indotto, con effetti economici conseguenti. Se la donna non ha la possibilità di svolgere direttamente una serie di lavori di cura, si attivano di conseguenza nuove professionalità e, forse anche nuove tipologie di lavoro fino a poco tempo fa inimmaginabili. Non solo quindi servizi ai minori

⁴² Anche con i nuovi metodi di procreazione assistita non si può mai prescindere dal periodo di gestazione nell'utero materno.

⁴³ In questo senso M. FERRERA, *Il fattore D. Perché il fattore donna farà crescere l'Italia*, Oscar Mondadori, Milano 2008, 20, che peraltro è critico su tali conclusioni, considerandola una visione miope da un punto di vista sociale ed economico: “se non vi fosse il lavoro di riproduzione sociale (dal quale dipendono in gran parte “beni” concreti e fondamentali per la salute, l'educazione, la stabilità emotiva, la stessa sopravvivenza fisica delle persone) non potrebbe esistere nessuna forma di produzione e transazione economica complessa”.

o attività di cura della casa, ma anche incremento dei servizi alimentari esternalizzati (*take away* e non solo), *pets sitter*, trasporto delle camicie in tintoria, ecc. Tanto che si ritiene che l'incremento della presenza delle donne nel mondo del lavoro costituisca un moltiplicatore economico, in quanto ogni cento donne occupate si determini un incremento del 15% di nuovi ed ulteriori posti di lavoro.

Allo stato attuale le percentuali dell'occupazione delle donne in Italia sono ancora fra le più basse in Europa, come risulta dai *Report* del 2018 e del 2019 della Commissione europea⁴⁴, ed uno degli obiettivi che l'Italia si dovrebbe porre è quello di incrementare tale *gap* occupazionale, che da molti economisti è considerato uno degli strumenti essenziali d'incremento del PIL e che può consentire all'Italia, superando questo divario, di differenziarsi rispetto agli altri Stati che si sono già attivati sul tema in passato e che quindi non possono utilizzare più questo strumento per l'incremento alla crescita.

Ciò che ancora manca in Italia sono delle politiche per incentivare quella che è stata definita dagli economisti *womeneconomics*, cosicché il lavoro delle donne possa rappresentare il più importante motore dello sviluppo mondiale. La teoria della *womenomics*⁴⁵ è infatti la prima a connettere le tematiche delle pari opportunità agli indicatori economici di crescita di un Paese, nella convinzione, basata sui dati statistici e sulla comparazione, che senza un maggior apporto alla produzione da parte delle donne l'economia mondiale non possa crescere sufficientemente. A ciò si aggiunge la constatazione che nei paesi dove questa partecipazione è alta anche i problemi demografici sono minori⁴⁶. Ciò è tuttavia subordinato anche all'introduzione di politiche adeguate per non ridurre la fertilità, ma anzi incrementarla, che solo in parte la normativa nazionale ha previsto fino ad ora: un congedo parentale significativo, assistenza all'infanzia (come l'incremento degli asili nido pubblici) e agli anziani, consentire orari di lavoro più flessibili, riformare i sistemi fiscali e previdenziali che creano disincentivi al lavoro delle donne e viceversa introdurre, come in Francia, regimi fiscali che agevolino le famiglie con un numero maggiore di figli attraverso l'introduzione del c.d. "quoziente familiare"⁴⁷. Profili questi che in parte sono di competenza

⁴⁴ Vedasi Relazione per paese relativa all'Italia 2018. Comprensiva dell'esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici, che può leggersi in <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-italy-it.pdf> e per il 2019 vedasi https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/2019-european-semester-country-report-italy_it.pdf

⁴⁵ *Womenomics* è un neologismo coniato da *The Economist* nel 2006 (riprendendo le tesi di una analista di Goldman Sachs del 1999) che introduce una nuova formula della crescita economica costituita dalla connessione fra quattro elementi essenziali: donne, lavoro, economia, fecondità.

⁴⁶ Come si è constatato nell'indagine del *The Economist* che può leggersi in <https://www.economist.com/finance-and-economics/2006/04/12/a-guide-to-womenomics> "In paesi come il Giappone, la Germania e l'Italia, che sono tutti in difficoltà demografica, lavorano molte meno donne che in America, per non parlare della Svezia. Se la forza lavoro femminile arrivasse ai livelli americani, darebbe un potente spinta alla crescita economica di questi paesi?".

⁴⁷ In Francia il sistema fiscale è particolarmente complesso, ma che, in sintesi, può essere riassunto nella divisione del reddito totale familiare per il numero dei componenti e, maggiore è il numero dei figli oltre a due, maggiore è il valore riconosciuto alla presenza dei figli e quindi minore sono le tasse che devono essere pagate (padre e madre

statale e quindi su cui lo Stato potrebbe e dovrebbe fare politiche generali di favore per le donne lavoratrici. Altri settori, come quello dell'assistenza, sono invece affidati alla competenza regionale, determinando così ulteriori e più gravi disequaglianze fra le varie parti del territorio nazionale⁴⁸.

Tutto ciò induce a ritenere essenziale che l'interpretazione che può desumersi dall'art. 37 Cost. riguardi non solo la madre lavoratrice, che ha già un posto di lavoro, al fine di garantirle quegli strumenti di assistenza fondamentali per mantenere la sua duplice funzione di madre e di lavoratrice, ma anche la lavoratrice che vuole diventare madre. Solo in questo modo si può riconoscere alla donna che lavora "la sua essenziale funzione familiare", cosicché tale precisazione sia intesa come un obiettivo per garantire un livello di natalità adeguato all'attuale struttura dello Stato. Pertanto "le condizioni di lavoro" che devono consentire "l'adempimento della sua essenziale funzione familiare", non attengono solo a quanto il datore di lavoro deve fornire in termini di congedo parentale o per i prestatori d'assistenza, ma misure strutturali che agevolino l'ingresso e la permanenza delle donne nel mondo del lavoro.

La direttiva europea 2019/1158, già richiamata, dovrebbe indirizzare su questa strada, ma i tempi d'attuazione, così lunghi, possono vanificare completamente gli obiettivi previsti. Anche perché si fa riferimento ad interventi normativi che s'inseriscono in un settore che sta cambiando molto velocemente ed il rischio è che i tempi della politica, del governo e del legislatore non riescono certo a seguire l'evoluzione in atto.

7. L'intelligenza artificiale e le nuove tecnologie come strumenti per agevolare la donna lavoratrice nella sua "essenziale funzione familiare"

Prima la *sharing economy*, poi l'intelligenza artificiale e le nuove tecnologie nel loro complesso stanno determinando un'evoluzione nel mondo del lavoro con conseguente trasformazione sostanziale indipendente da interventi normativi che difficilmente riescono a seguire lo sviluppo in atto. Un'evoluzione che tuttavia non pare necessariamente contraria agli obiettivi che la norma costituzionale pone, ossia quella di garantire che le condizioni di lavoro della donna lavoratrice non siano contrarie all'adempimento della sua essenziale funzione familiare.

valgono 1, i primi due figli valgono 0,5, dal terzo figlio il valore torna ad 1). Come normalmente si dice, il costo del terzo figlio è a carico dello Stato.

⁴⁸ Come risulta dal *report 2019* prima citato in nota 44 "il divario regionale resta acuto. Nel Sud la produttività è particolarmente debole a causa di fattori strutturali, ad esempio investimenti insufficienti e inefficaci. Dopo la crisi sono aumentati gli squilibri territoriali. Nelle regioni meridionali gli investimenti e la produttività sono ostacolati da una *governance* debole e dalla scarsa capacità di spesa e attuazione delle politiche. Inoltre, livelli inferiori di istruzione e innovazione limitano l'impatto positivo delle misure adottate a sostegno degli investimenti privati. Il Sud è in ritardo soprattutto in termini di investimenti immateriali, infrastrutture di trasporto, gestione dei rifiuti, infrastrutture idriche e prevenzione dei rischi derivanti da catastrofi naturali. Nelle zone rurali, inoltre, la rete a banda larga è meno avanzata".

Per quanto attiene agli effetti dell'intelligenza artificiale e delle nuove tecnologie non pare che possano incidere sull'occupazione femminile in maniera così dirompente, come in genere si teme, sia per quanto attiene l'impatto sui posti di lavoro, sia con riguardo alle modalità di svolgimento del lavoro.

In riferimento all'occupazione le conseguenze sulle donne dovrebbero essere più ridotte rispetto a quelle maschili, specialmente nei livelli d'impiego medio – bassi. Tutto ciò per una serie di fattori: innanzitutto perché i settori d'impiego femminile sono stati toccati dagli effetti dell'automazione già in un recente passato e vi è già stato un riassetto su altre attività, inoltre l'incremento dell'occupazione femminile porta, come si è detto, ad uno sviluppo della domanda di servizi alla famiglia che prevalentemente non possono essere svolti da macchine, ma anzi attivano nuovi ruoli di lavoro prevalentemente femminili. Infine, si deve aggiungere, che il livello d'istruzione delle donne è maggiore di quello maschile, così da consentire una capacità di qualificazione lavorativa diversa rispetto a quella che può essere svolta dalle macchine o comunque una capacità di trasformazione della propria attività lavorativa maggiore⁴⁹.

Per quanto poi attiene alle condizioni di lavoro, l'evoluzione tecnologica, forse, potrebbe rappresentare uno strumento per favorire la “essenziale funzione familiare”. Lo sviluppo di tali nuove tecnologie dovrebbe infatti favorire il telelavoro, forme di *job-sharing* con una conseguente flessibilità sia nell'organizzazione che nelle modalità di svolgimento del lavoro. E la normativa statale potrebbe agevolare tutto ciò attraverso politiche adeguate all'evoluzione digitale⁵⁰.

Come ormai spesso si dice, siamo entrati nella quarta rivoluzione industriale e la nostra Costituzione si può facilmente adattare a tale evoluzione, sempre che l'art. 37 Cost., per quanto più direttamente ora ci interessa, sia interpretato conformemente a tale trasformazione, agevolando il lavoro femminile, favorendo contemporaneamente la natalità e, non ultimo, incrementando la crescita economica dell'Italia. Può essere quindi utile richiamare, a tale riguardo ed in via conclusiva, quanto scrisse Virginia Woolf in un famoso *pamphlet*, *Le tre ghinee*, pubblicato prima dello scoppio della seconda guerra mondiale nel 1938. La Woolf in una lettera immaginaria ad un avvocato per rispondere al dubbio di “cosa si deve fare per prevenire una guerra”, ipotizza di spendere una ghinea per fondare un'università femminile, l'altra per sostenere un'associazione per donne che vogliono esercitare una professione e la terza per un'associazione per evitare una guerra. I tre obiettivi, tuttavia, nella elaborata ricostruzione della Woolf perseguono lo stesso scopo, ossia quello di prevenire la guerra.

⁴⁹ Anche indagini OCSE rilevano che la trasformazione digitale aprirà delle opportunità per ridurre gli ostacoli che le donne affrontano nell'accesso e all'interno del mondo del lavoro.

⁵⁰ Le nuove tecnologie impongono d'altra parte interventi normativi statali indipendenti dal genere al fine di promuovere ed incentivare lo studio in settori scientifici, favorire l'aggiornamento e l'apprendimento permanente. Il ritmo dell'obsolescenza delle tecniche e delle conoscenze è sempre più rapido e quindi è necessario che si attivi un sistema di assistenza per agevolare il passaggio del vecchio ad un nuovo lavoro, per contribuire alla formazione e all'adattamento all'evoluzione tecnologica.



Attualmente, il problema dell'accesso all'Università è stato ben superato, non completamente abbiamo risolto il pieno accesso delle donne alle attività produttive in piena parità, ma le politiche governative ed europee, come abbiamo visto, hanno fatto e potranno fare molto in questa direzione. Il ruolo della donna lavoratrice può rappresentare, quindi, non certo la soluzione a tutti i problemi, ma una strada per contribuire a superare quella guerra economica che stiamo vivendo.

Sarà un caso, ma i Paesi del nord Europa, che hanno una percentuale di occupazione femminile nettamente superiore alla nostra, non devono combattere la stessa guerra.





“Costituzione economica” e integrazione sovranazionale*

di Eugenio De Marco

Professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Milano

Sommario: **1.** Sul concetto di “costituzione economica” nelle sue più ricorrenti classiche accezioni. **2.** Costituzione economica e Stato sociale. **3.** L’affermarsi di costituzioni economiche nel primo dopoguerra: in particolare la Costituzione di Weimar. **4.** (*segue*): le costituzioni economiche negli Stati di democrazia classica del secondo dopoguerra: elasticità, peraltro, delle relative regolamentazioni dei rapporti economico-sociali. **5.** Sulle politiche di intervento dei pubblici poteri in economia negli Stati del mondo anglosassone. Analogie e differenze tra Regno Unito e Stati Uniti d’America. **6.** Un discorso a parte sugli ormai superati sistemi economici di stampo collettivista negli Stati europei del socialismo reale. **7.** Il processo di integrazione comunitaria e la progressiva regolamentazione sopranazionale dell’economia: la Costituzione economica dell’Unione europea. **8.** Sovranismo e populismo vs integrazione sovranazionale.

1. Sul concetto di “costituzione economica” nelle sue più ricorrenti classiche accezioni

Non rappresenta certo una novità l’essere il termine “costituzione economica” ormai entrato nell’uso corrente. Un termine, invero, con il quale, in linea di massima, si sogliono indicare le norme delle Carte costituzionali che disciplinano i rapporti economici in generale.

Premesso che le costituzioni economiche hanno incominciato a prendere corpo nel XX secolo con l’entrata in vigore delle costituzioni tipiche dello stato sociale, contenenti cioè norme concernenti l’intervento dei pubblici poteri nell’economia nell’ottica appunto della realizzazione di tale tipo di Stato, non si possono tuttavia sottacere alcune delle diverse opinioni emerse in dottrina sul valore giuridico da attribuire alle costituzioni economiche.

Anche a prescindere dalle posizioni intese a negare il concetto stesso di costituzione economica caratterizzando piuttosto lo Stato come uno “Stato economico”¹, nello stesso ambito delle opinioni dottrinali intese a riconoscere valore giuridico al concetto di costituzione economica si sono delineate posizioni diverse.

Così, nella nostra dottrina, in passato si è a volte ritenuto di assegnare alle norme di costituzione economica che nei sistemi ad economia mista costituzionalizzano il principio dell’intervento pubblico in economia un valore di norme direttive, la cui attuazione sarebbe rimessa alle scelte degli organi di

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Cfr. sul punto, con specifico riferimento alla Costituzione di Weimar, C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, pp. 149-154 (traduz. ital. dell’originale *Der Hüter der Verfassung*, 1931).

indirizzo politico-legislativo, ma, una volta attuate, stante il carattere programmatico del quadro costituzionale dei rapporti economici in cui si inseriscono, darebbero luogo a riforme in genere irreversibili². Di tutt'altro tenore le opinioni tendenti a sminuire il significato ed anche il valore delle norme di costituzione economica. Così, sempre nella nostra dottrina, ad una interpretazione “minimale” delle norme di costituzione economica in un sistema ad economia mista, è addivenuto Giannini, per il quale le previsioni costituzionali in tema di rapporti economici varrebbero soltanto a legittimare la coeva esistenza della presenza “pubblica” e “privata” in economia e a garantire la non assorbibilità del “pubblico” nel “privato” e viceversa. Le norme di costituzione economica, quindi, non risponderebbero ad un ruolo indirizzante per il Legislatore nella regolamentazione della materia economica a livello subcostituzionale verso traguardi di economia programmata, ma concernerebbero soltanto l'attività regolatrice dello stesso Legislatore in un'ottica garantistica di istanze egualmente legittimate in sede costituente³.

Nel complesso, comunque, per diverso tempo sono prevalse, almeno nella nostra dottrina, tendenze volte ad attribuire valore e significati giuridici anche notevoli alle norme di costituzione economica⁴.

Successivamente, tuttavia, le costituzioni economiche – al di là della loro rigidità formale – hanno rivelato sempre più una sostanziale “elasticità”. Così, anche nei sistemi in cui il principio dell'interventismo pubblico in economia risalta maggiormente in costituzione, si è visto che in realtà le norme di costituzione economica hanno “subito” – e non “pilotato” – le scelte politiche, anche quelle comportanti trasformazioni di fondo nelle politiche economiche⁵.

2. Costituzione economica e Stato sociale

Correlato al concetto di costituzione economica e alla sua evoluzione e trasformazioni è il concetto di Stato sociale.

Come per le costituzioni economiche la dottrina è apparsa spesso divisa sul valore giuridico da attribuire alla costituzionalizzazione del principio dello Stato sociale.

² Cfr., in tal senso, C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, p. 544.

³ Cfr., in tal senso, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989, p. 129.

⁴ Cfr., in tal senso, ad esempio, G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980, p. 45, che pone l'accento sulla rigidità giuridico-formale dei principi costituzionali economici e sulla loro stabilità, intesa come attitudine a ispirare lo svolgimento della vita costituzionale anche per lunghi periodi, pur senza però mancare di evidenziare il loro adattamento alla vita reale e l'influenza su di essi della costituzione vivente.

⁵ Per talune considerazioni, con particolare riferimento al caso italiano ma non limitabili ad esso, sulla labilità di varie norme della costituzione economica formale cfr. S. CASSESE, *Dubbi e interrogativi sulla costituzione economica*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *La Costituzione economica*, Ricerca dell'ISLE, Milano, 1985, pp. 135-137.

Per diverso tempo tuttavia si è spesso attribuito in dottrina un valore giuridico al principio dello Stato sociale, intendendolo come tipo di Stato che “caratterizza la struttura dell’ordinamento e della Costituzione”, in modo da determinare sul piano giuridico “una profonda trasformazione degli istituti, finalizzandoli a scopi, appunto, sociali”. E si è anche ritenuta, da una parte almeno della dottrina, la compatibilità tra il principio dello Stato sociale e quello dello Stato di diritto, quali principi suscettibili di comporsi reciprocamente e trovare la loro sintesi nella figura dello “Stato sociale di diritto”⁶.

Pur non essendo mancate le critiche anche serrate al concetto di Stato sociale, per diverso tempo sono prevalse, almeno nella nostra dottrina, tendenze volte ad attribuire valore e significato giuridico anche notevole all’assunzione nelle Carte costituzionali del principio dello Stato sociale.

Tuttavia, soprattutto le esperienze più recenti hanno finito per ridimensionare notevolmente il valore di tale asserzione e la costituzionalizzazione del principio dello Stato sociale si è spesso rivelata, in ultima analisi, di scarsa consistenza giuridica.

Proprio sul piano della funzionalità il modello di Stato sociale – nonostante indiscutibili progressi realizzati in molti settori della vita sociale – ha espresso molteplici incongruenze e contraddizioni, ha rivelato disfunzioni anche gravi; per non pochi aspetti si è anzi rivelato alla prova dei fatti un mito irrealizzabile o quasi, tanto da apparire ormai a molti un modello in crisi irreversibile, nei termini invero in cui è stato fino ad oggi concepito.

L’enorme espansione delle strutture amministrative⁷, conseguente al progressivo ampliamento dei compiti dello Stato, ha finito spesso per incidere negativamente sulla funzionalità delle stesse amministrazioni. D’altro canto, il notevole accrescimento dei fini dello Stato ha determinato forti dilatazioni della spesa pubblica che tende sempre più a sfuggire ad ogni controllo. E proprio l’accolto da parte dello Stato di oneri sempre più gravosi per mantenere una quantità di strutture improduttive, l’elargizione di sovvenzioni troppo spesso a fondo perduto e altri fenomeni simili hanno finito per

⁶ Cfr. G. QUADRI, *Diritto pubblico dell’economia*, cit., pp. 26-32. Sulle politiche mirate attraverso cui lo Stato sociale si prefigge obiettivi di eguaglianza sostanziale e sul ruolo del sistema tributario, improntato a criteri di progressività, quale principale strumento giuridico inteso a realizzare “una redistribuzione coattiva di una parte della ricchezza prodotta nel paese” cfr. A. RINELLA, *Forme di Stato*, in P. BILANCIA – E. DE MARCO (a cura di), *L’ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società*, Padova, 2018, p. 47. Nella dottrina straniera v., tra gli altri, P. FLORA – A.J. HEIDENHEIMER (a cura di), *The development of Welfare State in Europe and America*, 1981; sul legame tra stato di diritto e stato sociale, “collegati l’un l’altro in un rapporto di integrazione” pur non mancando “di un momento di tensione” cfr. E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto*, in *Stato di diritto in trasformazione*, traduz. ital. Milano, 1973, p. 66.

⁷ Sulla “espansione delle organizzazioni e...degli ambiti delle attività di amministrazione, al punto che dette attività costituiscono la parte di gran lunga prevalente dell’azione dei pubblici poteri” cfr. M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, n. 2-3/1979, p. 390.

declassare in molte esperienze concrete, lo Stato sociale a quello che nel linguaggio corrente si è definito “Stato assistenziale”⁸.

Da qui le spinte alla revisione (ma da taluni si è parlato anche di “smantellamento” dello Stato sociale) sviluppatasi dapprima nel mondo anglosassone, ma poi diffuse anche nel continente europeo, negli stessi sistemi a costituzione economica rigida (seppure con qualche maggior cautela e in forme un po’ meno accentuate).

Il banco di prova di queste nuove politiche economico-sociali è stato rappresentato dalle c.d. “privatizzazioni”⁹.

3. L’affermarsi di costituzioni economiche nel primo dopoguerra: in particolare la Costituzione di Weimar

L’interventismo dei pubblici poteri in campo economico-sociale e, più in generale, una nuova attenzione per tutta la materia economico-sociale hanno rappresentato uno degli elementi di differenziazione – a volte anche marcata – dello Stato di democrazia pluralista rispetto allo Stato liberale classico¹⁰. Il principio dell’interventismo in economia ha incominciato anche ad assumere rilievo in certe costituzioni caratterizzandole come “costituzioni economiche” e qualificando lo stesso Stato in senso sociale.

Prototipo di “Stato sociale” è stato comunemente ravvisato nella Repubblica di Weimar, la cui Costituzione (del 1919) è stata a lungo assunta a modello – tra l’altro – di “costituzione economica” e ad essa si sono ispirate molte costituzioni successive, anche del secondo dopoguerra.

Traspariva evidente, invero, dalla Carta di Weimar l’intenzione del Costituente di determinare la trasformazione del sistema economico, in modo da passare dal *Rechtsstaat* al *Sozialstaat*. La Costituzione di Weimar si distaccava dalle costituzioni di stampo liberale classico, introducendo principi come quelli della priorità del “sociale” rispetto all’“individuale”, della eguaglianza sostanziale, della speciale tutela del lavoro inteso peraltro anche come dovere sociale, della tutela delle componenti più deboli della società e

⁸ Sull’assistenza come forma principale della protezione sociale nello Stato pluriclasse cfr. M.S. GIANNINI, *Op. ult. cit.* p. 394.

⁹ Nel senso, peraltro, che le politiche di privatizzazioni e *deregulations*, avviate nei paesi del mondo occidentale soprattutto a partire dagli anni ottanta dello scorso secolo, pur caratterizzate da alcuni orientamenti comuni, se hanno diminuito “l’area della gestione pubblica diretta”, non hanno ridotto “necessariamente l’area del controllo pubblico complessivo sull’economia” cfr. S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/1991, p. 384. Nella dottrina straniera si vedano, tra i vari scritti: A. BIZAGUET, *Le secteur public et les privatisations*, Paris, 1988; J. VICKERS, *The politics of Privatizations in Western Europe*, London, 1989.

¹⁰ Sulla qualifica dello Stato liberale come <<Stato non interventista>> nel senso di Stato che prediligeva “azioni volte ad assicurare il corretto svolgimento delle dinamiche sociali e economiche, senza determinarne gli esiti; oppure azioni di tipo sussidiario nei confronti degli interessi economici prevalenti. In ogni caso, nel rispetto della libertà individuale” cfr. A. RINELLA, *Forme di Stato*, in P. BILANCIA – E. DE MARCO (a cura di), *L’ordinamento della Repubblica* cit. p. 42.

della esigenza di assicurare un minimo di diritti sociali comuni a tutti, dell'economia mista e dell'intervento dello Stato nella gestione economica per conciliare le esigenze della produzione con quelle della giustizia distributiva, della cooperazione capitale-lavoro, ecc.¹¹.

Sempre nel periodo del primo dopoguerra, in diversi altri Stati europei vennero adottate costituzioni, peraltro di effimera durata, contenenti regolamentazioni dei rapporti economici e dei diritti sociali¹². D'altro canto, anche a livello empirico e a prescindere dall'esperienza sovietica, vari fattori tra i quali le crisi economiche, le lotte sociali, il crescente ruolo dei sindacati portarono in diversi Stati, seppure a fasi alterne, a politiche più o meno interventistiche dei pubblici poteri in economia¹³.

4. (segue): le costituzioni economiche negli Stati di democrazia classica del secondo dopoguerra: elasticità, peraltro, delle relative regolamentazioni dei rapporti economico-sociali

Nel secondo dopoguerra in sintonia con le enunciazioni di principio dello "Stato sociale" vengono recepite in molte costituzioni di Stati di democrazia classica dell'Europa occidentale discipline spesso dettagliate del regime dei rapporti economici e del ruolo dei pubblici poteri nell'economia: pur tenuto conto di talune inevitabili diversità – anche nella impostazione – tra costituzione e costituzione, in dipendenza di fattori di vario ordine e natura legati alle caratteristiche proprie di ogni realtà statale¹⁴.

Fino a tempi relativamente recenti, peraltro, si è spesso attribuito un notevole rilievo alla distinzione, nell'ambito dei sistemi c.d. ad economia mista – per tali intendendosi, come sottolineato in via generale in dottrina, "quei sistemi nei quali lo stato opera un certo intervento nell'economia, lasciando però sussistere l'iniziativa economica privata e le leggi del libero mercato"¹⁵ – tra Stati nei quali l'interventismo

¹¹ Non è possibile in questa sede soffermarsi sul dibattito nella dottrina tedesca sul rapporto tra costituzione economica e costituzione politica nella Repubblica di Weimar. Così, pur ravvisandosi da una parte della dottrina in disposizioni del Capo V della Parte II, Capo espressamente dedicato alla "Vita economica", il fondamento ideale della costituzione economica, vi era anche chi caratterizzava piuttosto lo Stato come "Stato economico", negando quindi alla costituzione statale il carattere di costituzione economica: cfr. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit. *supra*, nota 1. Nella nostra dottrina, sulla disciplina della vita economica in generale nella Costituzione di Weimar, si veda lo scritto di C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Roma, 1946, pp. 162-165. Per successivi studi sulla Costituzione di Weimar v. T.E. FROSINI, *Sovranità e Costituzione nella dottrina di Weimar*, in *Il Politico*, n. 1/1996; ID., *La "terribile" Costituzione di Weimar*, in *Nuovi Studi politici*, n. 1/1999.

¹² Si possono così ricordare, pur nelle diverse matrici: la Costituzione federale della Repubblica d'Austria del 1920 (l'unica rimessa in vigore dopo il secondo conflitto mondiale); la Costituzione della prima Repubblica cecoslovacca del 1920; la Costituzione della Città libera di Danzica del 1920; la Costituzione della Polonia del 1921; la Costituzione del Regno dei Serbi, Croati e Sloveni del 1921; la Costituzione della Lituania del 1928; la Costituzione della Repubblica spagnola del 1931.

¹³ Sugli interventi pubblici nell'economia negli Stati europei tra le due guerre mondiali cfr. B. CAVALLO – G. DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1983, pp. 34-41.

¹⁴ Sulle origini, in generale, delle costituzioni europee dopo la fine del secondo conflitto mondiale cfr. AA.VV., *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, Torino 25-26 ottobre 1996, Padova, 2000.

¹⁵ G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit. p. 33.

pubblico in economia è stato assunto come principio costituzionale e Stati nei quali interventi pubblici nell'economia – come si vedrà nel successivo paragrafo con riferimento peraltro ad un arco di tempo non limitato al secondo dopoguerra – sono stati realizzati in assenza di qualsiasi principio o regola costituzionale che li prescrivesse o contemplasse.

Venendo, comunque, agli Stati di democrazia classica dell'Europa occidentale del secondo dopoguerra dotatisi di costituzioni rigide, l'attenzione si focalizza, per quanto di interesse nel presente scritto, sui contesti normativi che consentono appunto di ravvisare nelle rispettive costituzioni caratteri tipici delle “costituzioni economiche” con correlativa qualificazione degli stessi Stati come “Stati sociali.

Va anzitutto richiamata la Costituzione della Francia del 1946, vale a dire la Costituzione della IV Repubblica¹⁶, che all'art.1 qualificava espressamente come “sociale” lo Stato francese e tracciava il quadro dei rapporti economico-sociali soprattutto nel Preambolo ove erano affermati tra l'altro principi come quelli del diritto-dovere al lavoro, della partecipazione dei lavoratori alla determinazione collettiva delle condizioni di lavoro e alla gestione delle imprese, della necessaria collettivizzazione delle imprese aventi carattere di servizio pubblico nazionale o di monopolio di fatto, della tutela della salute e della sicurezza sociale con particolare riferimento alle componenti più deboli e meno protette della collettività, ecc.

A sua volta, la Costituzione della V Repubblica francese del 1958¹⁷, che parimenti dichiara all'art. 2 il carattere “sociale” dello Stato, nel proprio Preambolo conferma – richiamandolo espressamente – il Preambolo della Costituzione del 1946 e quindi i principi sociali ivi espressi.

Ancora più accentuatamente caratterizzato in senso sociale è il quadro costituzionale dei rapporti economici delineato nella Costituzione italiana del 1947. Il principio dell'interventismo statale in campo economico-sociale trova il suo fondamento nell'art. 3, comma 2, Cost.. Da tale norma base – definita in dottrina come “il principio fondamentale dell'ordinamento, la sua supernorma”¹⁸– si evince altresì che l'interventismo dello Stato è precipuamente finalizzato alla eliminazione di squilibri di carattere economico e sociale, e non necessariamente alla realizzazione del mero *optimum* economico-produttivo.

¹⁶ Sulla quale si veda l'accurata esposizione di C. MORTATI, in *Le forme di governo*, Padova, 1973, pp. 227-248. Sulle vicende che hanno portato alla nascita della Costituzione francese del 1946, dopo la bocciatura con *referendum* di un primo progetto, cfr. F. MODERNE, *Il caso francese*, in AA.VV., *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, cit., pp. 193-218.

¹⁷ Al quale riguardo si vedano, tra i molti scritti: G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques. Les Institutions de la Ve République*, 1959; M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1963; F. LUCHAIRE – G. CONAC (direction), *La Constitution de la République Française. Analyse et commentaires*, Paris, 1999.

¹⁸ In tal senso, A. PREDIERI, *Aspetti del processo legislativo in Italia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974, p. 2481. Si veda inoltre l'approfondito studio di B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale: un'analisi dell'art.3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984.

Il principio interventista posto dall'art. 3, comma 2, risulta poi ampiamente sviluppato da altre norme che prevedono interventi specifici dello Stato in campo economico-sociale¹⁹.

Vi è poi la Legge fondamentale (*Grundgesetz*) della Repubblica Federale di Germania del 1949 che qualifica espressamente come “sociale” (oltre che federale, democratico e di diritto) lo Stato tedesco e contiene una serie di norme e principi caratteristici del tipo di Stato che la dottrina suole indicare come interventista in campo economico e sociale. Così, la garanzia del diritto di formare associazioni per la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni economiche e del lavoro; l'enunciazione del principio della funzione sociale della proprietà; la previsione della possibilità di nazionalizzare, o sottoporre ad altre forme di economia collettiva, la proprietà terriera, le ricchezze naturali e i mezzi di produzione; l'adozione di istituzioni per una pianificazione-quadro generale; ecc.²⁰

Ampio rilievo ai principi dello Stato sociale è conferito dalla Costituzione greca del 1975, la cui seconda Parte è espressamente dedicata ai diritti sociali, oltre che individuali; dalla Costituzione portoghese del 1976, che dedica ampio spazio ai diritti e doveri economici e sociali e all'organizzazione economica; dalla Costituzione spagnola del 1978²¹, la quale, dopo avere definito “la Spagna...uno Stato sociale e di diritto” (art. 1, comma 1), sviluppa, con normativa assai articolata, una serie di principi caratteristici dello Stato sociale in materia di lavoro, di imposizione tributaria, di proprietà e di impresa, di cooperazione e socializzazione, di pianificazione finalizzata ad obiettivi di eguaglianza sostanziale.

E gli esempi si potrebbero moltiplicare.

Come già rilevato, peraltro, soprattutto nelle esperienze più recenti, le costituzioni economiche – al di là della loro rigidità formale – hanno rivelato una sempre maggiore “elasticità” sostanziale, a seconda delle forze politiche al governo. Così, le norme di costituzione economica non si sono rivelate, a ben considerare, un ostacolo insormontabile a tendenze al “ritorno al passato” manifestatesi un po' ovunque

¹⁹ Sulla stretta correlazione nella Costituzione italiana tra disciplina dei rapporti economici e “sistema di relazioni sociali che il disegno contenuto nel secondo comma dell'art. 3 tende a rendere egualitarie” cfr. B. CAVALLLO – G. DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, cit. p. 61. Per un argomentato studio della costituzione economica italiana v. P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996. Su molteplici aspetti e problemi della costituzione economica italiana nell'ottica di prospettive di riforma che si affacciavano nell'epoca cfr. M. D'ANTONIO (a cura di), *La Costituzione economica*, cit., con acute considerazioni anche su “debordanze ed eccessi nella costruzione dello Stato sociale” nella *Relazione di sintesi* di M.S. GIANNINI.

²⁰ Sulla struttura dell'economia nell'ordinamento costituzionale della Repubblica federale tedesca come prodotto delle forze operanti nell'economia, piuttosto che creazione dello Stato, pur non negandosi una adeguata partecipazione dei pubblici poteri, cfr. E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, p. 270 (traduz. dell'originale tedesco *Rechtsstaat im wandel*, Stuttgart, 1964). Si vedano anche le regolamentazioni dei rapporti economici nelle costituzioni dei *Länder* della Repubblica federale tedesca dell'immediato secondo dopoguerra anche antecedenti alla Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca. Così, ad esempio, la Costituzione della Baviera del 1946, la Costituzione della Renania-Palatinato del 1947, ecc.

²¹ Sui cui molteplici aspetti v. F. FERNÁNDEZ SEGADO (a cura di), *La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Madrid, 2003.

negli ultimi tempi, sotto la spinta di eventi politici interni, ma anche internazionali. Né, d'altronde, le normative costituzionali rigide di Paesi della Comunità europea hanno rappresentato (nonostante le iniziali resistenze anche di organi di giurisdizione costituzionale) un limite all'ingresso negli ordinamenti nazionali del diritto comunitario.

5. Sulle politiche di intervento dei pubblici poteri in economia negli Stati del mondo anglosassone. Analogie e differenze tra Regno Unito e Stati Uniti d'America

Tipici esempi di Stati formalmente privi di una costituzione economica nel senso classico del termine vanno ravvisati in Stati del mondo anglosassone sia perché dotati di costituzioni brevi risalenti al periodo liberale classico e non contenenti quindi norme dedicate al ruolo dei pubblici poteri nell'economia né al regime dei rapporti economici (se si prescinde dai riconoscimenti del diritto di proprietà privata) come nel caso degli Stati Uniti d'America²², sia perché privi addirittura di costituzione scritta come nel caso del Regno Unito.

In tali Stati, politiche di intervento dei pubblici poteri nell'economia si sono sviluppate in seguito all'assunzione della guida del governo da parte di forze di ispirazione socialista (come i laburisti nel Regno Unito) o comunque democratico-progressista (come il partito democratico negli U.S.A.); mentre con il ritorno al governo delle forze fautrici di politiche economiche di stampo conservatore o comunque tendenzialmente tale, il ruolo dei pubblici poteri nell'economia ha subito ridimensionamenti a volte anche drastici, pur senza ritornare a schemi ormai irripetibili di vetero-conservatorismo ottocentesco.

In questo alternarsi di politiche caratterizzate da diversi e a volte anche opposti orientamenti, si segnala per il Regno Unito, nella fase di poco successiva al termine del primo conflitto mondiale, una spinta verso processi di trasformazione sociale sulla scia di forti ondate di scioperi, seguita peraltro da una ripresa di vigore di una politica liberistica di stampo tradizionale²³; mentre, subito dopo la fine del secondo conflitto mondiale, con l'avvento al governo dei laburisti, si ebbe una politica di carattere decisamente interventistico con la nazionalizzazione di importanti settori economici anche nel campo delle industrie e dei trasporti²⁴. Per contro, in tempi più recenti, per limitarci agli esempi più significativi, vanno in

²² La cui Costituzione, come è noto, risale al 1787, pur essendo stata integrata da numerosi emendamenti, dei quali i primi dieci, costituenti la "Dichiarazione dei diritti" risalgono peraltro al 1791. Cfr. al riguardo J.J. PATRICK, *The Bill of Rights. A History in Documents*, Oxford University Press, 2003.

²³ Cfr. B. CAVALLO – G. DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, cit. pp. 34-36.

²⁴ Si vedano, in proposito: D.N. CHESTER, *The nationalized industries*, London, 1951; B.W. LEWIS, *British Planning and Nationalization*, London, 1952. Anche se è dubbio se e in quale misura sia ravvisabile un qualche nesso tra le nazionalizzazioni effettuate dal governo laburista dopo la seconda guerra mondiale, governo che durò in carica dal 1945 al 1951, e gli aspetti funzionali e sociali acquisiti dal diritto di proprietà e dalle libertà economiche in genere, date le considerazioni di ordine ideologico che hanno in ampia misura ispirato quelle nazionalizzazioni.

particolare ricordati sempre nel Regno Unito gli anni del governo conservatore di Margaret Thatcher²⁵ caratterizzati da una incisiva svolta politica sulla via delle *deregulations* e delle retrocessioni a privati, e d'altro canto, gli anni del governo laburista di Tony Blair²⁶, caratterizzati da una politica interna rivolta al sociale, come l'introduzione della legge nazionale sul salario minimo. E così via, fino ai nostri giorni con il governo conservatore²⁷ di Theresa May²⁸.

Anche negli U.S.A., pur in un contesto costituzionale da cui traspare – come già detto – una visione decisamente “astensionista” del ruolo dei pubblici poteri in economia, si sono alternate, a seconda delle presidenze democratiche o repubblicane politiche di stampo più o meno interventista nel campo dell'economia. Particolarmente significativo, dal punto di vista interventistico, il *New Deal* impresso negli anni trenta dal Presidente Roosevelt, caratterizzato da un netto mutamento nel modo di gestire la cosa pubblica, con introduzione di misure di pianificazione territoriale²⁹. Un mutamento, peraltro temporaneo, seguito dal frequente prevalere, sotto le amministrazioni repubblicane, di politiche di stampo conservatore o comunque meno rivolte al sociale. Politiche alle quali si procedette con ancora maggiore decisione negli anni ottanta dello scorso secolo, in particolare con la politica conservatrice anche in campo economico del Presidente repubblicano Ronald Reagan^{30 31}. Una netta contrapposizione si riscontra poi tra le ultime due presidenze: quella democratica di Barack Obama, decisamente improntata al sociale dal campo dell'assistenza sanitaria a quelli dell'istruzione, dell'ambiente ecc.; e l'attuale presidenza repubblicana di Donald Trump, di stampo spiccatamente conservatore e con iniziative rivolte a smantellare diverse riforme del suo predecessore Obama.

²⁵ Anni che vanno dal 1979 al 1990.

²⁶ Governo che durò dal 1997 al 2007.

²⁷ Con l'apporto, peraltro, del partito unionista democratico (di destra) dell'Irlanda del Nord.

²⁸ Anche nelle svolte di stampo più spiccatamente liberistico e conservatore, peraltro, le imprese e i settori privatizzati sono stati sottoposti a forme indirette di controllo pubblico, con l'introduzione quindi di *reregulations*, seppure più ridotte e sintetiche.

²⁹ Tra di esse va ricordata, in particolare, la creazione della *Tennessee Valley Authority*, con il compito di governare a fini di risanamento un territorio riguardante più Stati. Cfr., al riguardo, B. CAVALLO – G. DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, cit. pp. 49-51. Sul *New Deal* in generale si veda A. SCHLESINGER, *L'età di Roosevelt*, 3 vol., Bologna, 1961-1965.

³⁰ Politica nota come *Reaganomics*.

³¹ Di stampo centrista invece la politica, negli anni novanta, del Presidente democratico William “Bill” Clinton, politica indicata come *Third Way*, in quanto intesa a conciliare posizioni di destra in campo economico con indirizzi progressisti in campo sociale.

6. Un discorso a parte sugli ormai superati sistemi economici di stampo collettivista negli Stati europei del socialismo reale

Le costituzioni socialiste dell'U.R.S.S.³² e degli Stati dell'Europa orientale riflettevano un sistema di economia già collettivizzata, in cui il regime dei rapporti economici era sempre rigorosamente improntato ad un quadro di avocazione alla mano pubblica, nel senso che tutte le attività economiche di un certo rilievo erano state trasferite allo Stato, assunto di conseguenza a massimo imprenditore, a centro motore dell'intera vita economica della collettività, a detentore per eccellenza dei mezzi di produzione e di scambio.

Se nei sistemi socialisti considerati le collettivizzazioni avevano costituito uno strumento insostituibile per realizzare il passaggio da un ordine economico basato sull'iniziativa economica privata e sulla proprietà privata dei beni produttivi ad un ordine economico fondato sulla proprietà collettiva dei beni e mezzi di produzione³³, la pianificazione economica rappresentava uno strumento altrettanto insostituibile di governo dell'economia finalizzato alla realizzazione degli obiettivi del socialismo³⁴. A differenza peraltro delle politiche di programmazione adottate nei sistemi ad economia mista, negli Stati socialisti la pianificazione ha assunto caratteri di ben maggiore coattività e assolutezza, al punto da determinare in modo rigido l'intera vita economica e sociale della collettività che era così improntata ad un rigoroso statalismo.

7. Il processo di integrazione comunitaria e la progressiva regolamentazione sopranazionale dell'economia: la Costituzione economica dell'Unione europea

Con il processo di integrazione comunitaria ha preso progressivamente corpo una dimensione sopranazionale del rapporto tra diritto ed economia. Il governo e la regolamentazione dell'economia, pur tra gli *stop and go* determinati da remore e resistenze di questo o quello Stato-membro, sono passati in notevole misura al "livello" comunitario³⁵.

³² L'ultima Costituzione dell'Unione Sovietica risale al 1977.

³³ Cfr. al riguardo, K. KATZAROV, *Théorie de la nationalisation*, Paris, 1960, p. 11, il quale sottolinea che per Lenin "La nationalisation des moyens de production est une condition préalable, essentielle à la réalisation de la doctrine socialiste". Pur trovando le libertà economiche un certo riconoscimento e tutela nelle costituzioni degli Stati socialisti, esse svolgevano in realtà un ruolo del tutto secondario nel sistema socialista dell'economia. Tuttavia, nell'odierna Repubblica popolare cinese, nella quale il sistema politico del socialismo reale è rimasto, sotto la spinta dello sviluppo economico e dello sviluppo delle relazioni economiche internazionali degli ultimi anni, si sono affermate forme di liberismo che hanno dato luogo ad "esperienze di economia di mercato socialista" (A. RINELLA, *Forme di Stato*, in P. BILANCIA – E. DE MARCO [a cura di], *L'ordinamento della Repubblica* cit. p. 53).

³⁴ Sull'introduzione e sui successivi sviluppi del sistema di pianificazione nell'Unione Sovietica cfr. B. CAVALLLO – G. DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, cit. pp. 41-49.

³⁵ Sulle origini e sull'avvio del processo di integrazione comunitaria si vedano, nella nostra dottrina: E. PENNACCHINI, *Il sorgere dell'Europa comunitaria*, in E. PENNACCHINI – R. MONACO – L. FERRARI BRAVO

L'integrazione comunitaria si è infatti sviluppata soprattutto sul piano dell'economia e la normativa comunitaria, i regolamenti e le direttive, hanno tuttora in ampia misura come oggetto la regolamentazione di rapporti economici. Tanto che può dirsi a ragione che l'ordinamento comunitario è basato sulla priorità del rapporto diritto-economia. Una priorità che proprio in tale settore vede il maggior depotenziamento della sovranità statale. Anche se con il passare degli anni nell'ordinamento europeo si sono affiancati ai valori di mercato altri valori di carattere tipicamente sociale.

La regolamentazione dei rapporti economici è venuta caratterizzandosi per "fughe di sovranità" dal livello statale verso il livello sopranazionale. Sono note le contrapposizioni e controversie tra giurisdizioni nazionali e Corte di giustizia comunitaria: le une spesso restie o comunque caute nell'accettare le dismissioni di competenze degli ordinamenti nazionali a favore di quello comunitario³⁶; la Corte di giustizia comunitaria, invece, fino dall'inizio ferma su posizioni volte ad affermare il primato del diritto comunitario nei settori di relativa competenza. Sta di fatto, comunque, che in ambito comunitario il rapporto diritto-economia si è progressivamente spostato in una dimensione sopranazionale: una dimensione che, tra l'altro, lo valorizza ulteriormente in quanto "cardine" di un sistema ordinamentale che ha profondamente trasformato il contesto europeo e i rapporti tra gli Stati che fanno parte dell'Unione europea³⁷.

Le conseguenze del processo di integrazione comunitaria sono state quelle di rendere sempre più obsolete le "costituzioni economiche" nazionali a favore di una "costituzione economica europea" ai cui principi fondamentali, come già rilevato in dottrina, "si ispira la stessa azione delle istituzioni comunitarie"^{38 39}.

– S. PUGLISI, *Manuale di diritto comunitario*, Torino, 1983, pp. 9-20; ID., *Il cammino della Comunità Europea*, *Ibidem*, p. 21-39; F. POCAR, *Diritto delle comunità europee*, Milano, 1991, p. 9-13.

³⁶ Basti pensare alle resistenze della Corte costituzionale italiana o del Tribunale costituzionale federale tedesco nell'accettare il primato del diritto comunitario. Sulle "tappe" del "cammino comunitario" della Corte costituzionale italiana si veda, tra i vari scritti, G. SILVESTRI, *La diretta applicabilità delle norme comunitarie: implicazioni teoriche*, in *La costituzione europea*, Atti del XIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Perugia 7-9 ottobre 1999, Padova, 2000, pp. 151-163.

³⁷ Si veda B. CARAVITA, *Trasformazioni costituzionali nel federalizing process europeo*, Napoli, 2012.

³⁸ L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, pp. 190-191.

³⁹ Ovviamente ogni riferimento ad una "costituzione economica europea" è inscindibilmente connesso al tema della "costituzione europea". Un tema, è superfluo ricordarlo, da tempo al centro di dibattiti a livello non solo politico ma anche giuridico. Alle concezioni dottrinali che, seppure con diversità di accenti, ne hanno negato l'ammissibilità sul presupposto che il concetto di costituzione vada collegato allo Stato, si contrappongono quelle posizioni che, nell'assunto – ormai sempre più ricorrente – che il concetto di costituzione non sia necessariamente legato alla figura dello Stato, ritengono ammissibile, sullo stesso piano giuridico, l'idea di una costituzione europea, al punto da affermarne spesso l'esistenza: costituzione, invero, ravvisabile nei Trattati costitutivi e modificativi dell'ordinamento comunitario (quale ordinamento distinto da quelli degli Stati membri), o almeno nei principi cardine di tali Trattati. Né sono mancate posizioni secondo le quali potrebbe supporre un ordinamento basato <<sulla netta prevalenza dei valori di mercato>> (v. A. BARBERA, *Esiste una "costituzione europea"?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2000, p. 70). Su taluni altri aspetti si veda T.E. FROSINI, *Luci ed ombre di una futura Costituzione*

Certo, il processo non è stato sempre costante e lineare e anche ai nostri giorni segna oscillazioni e anche rallentamenti. Una costituzione economica, invero, quella europea, la realizzazione dei cui aspetti si è svolta per processi gradualisti⁴⁰, tanto che – come evidenziato in dottrina – se non si può “parlare dell’Europa come del regno del neoliberalismo” bisogna ancora interrogarsi “sul cammino che resta da fare per realizzare pienamente l’economia sociale di mercato di cui parlano i Trattati”⁴¹.

Se però ci si colloca in un’ottica d’insieme e non legata allo stretto contingente, ci si può agevolmente rendere conto di quanto, ad esempio, appaiono obsolete non poche norme della nostra “costituzione economica” (si pensi, ad esempio all’art. 43 Cost. relativo alle nazionalizzazioni) a fronte del quadro normativo comunitario in tema di economia⁴². Ed anche con riferimento alla riforma operata con la legge costituzionale n. 3 del 2001, che valore, almeno sul piano dell’effettività, si può riconoscere al nuovo art. 117 allorché attribuisce alla legislazione esclusiva dello Stato la materia della “moneta”⁴³, quando a termini del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea rientra nella competenza esclusiva della stessa Unione “la politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l’euro”⁴⁴?

europea, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 111/1996. D’altro canto, sul piano normativo, e trattasi indubbiamente del profilo più significativo, ad un “Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa”, adottato a Bruxelles nel luglio 2003 da una Convenzione sul futuro dell’Europa ma respinto tra il maggio e il giugno 2005 in sede di *referendum* in due paesi fondatori della Comunità europea (la Francia e l’Olanda), ha fatto seguito un nuovo “Trattato che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea”, il c.d. “Trattato di Lisbona”, adottato a Lisbona nel dicembre 2007 ed entrato in vigore il 9 dicembre 2009: Trattato che persegue, almeno a prima vista, obiettivi meno ambiziosi del decaduto progetto di Trattato costituzionale, ma nella sostanza recepisce in ampia misura i contenuti del progetto di Trattato costituzionale (cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Introduzione*, in P. BILANCIA – M. D’AMICO [a cura di], *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. XI. Si vedano inoltre: J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; F.-X. PRIOLLAUD – D. SIRITZKY, *L’Europe du Traité de Lisbonne, La documentation Française*, Paris, 2008).

⁴⁰ Sull’evoluzione della nozione comunitaria di Costituzione economica, anche in anni passati, cfr. L. CASSETTI, *Op. loc. ult. cit.*

⁴¹ Così, G. PITRUZZELLA, *La costituzione economica europea: un mercato regolato e corretto, nulla a che vedere con il fondamentalismo di mercato*, in www.federalismi.it, 1° agosto 2018. Sulla “idea di un mercato regolato...strettamente compenetrata con la struttura costituzionale comunitaria” cfr., in precedenza, P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella “costituzione europea”*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2000, p. 36. Da un punto di vista generale si veda B. CARAVITA, *Quanta Europa c’è in Europa? Profili di diritto costituzionale europeo*, Torino, 2015.

⁴² Sui settori della costituzione economica nazionale che necessitano di adeguamenti cfr., anche nella dottrina meno recente, R. MONACO – P. FOIS, *Costituzione economica e Comunità economica europea*, in M. D’ANTONIO (a cura di), *La Costituzione economica*, cit., pp. 502-503.

⁴³ Al comma 2, lettera e).

⁴⁴ Art. 3, lett. c), TFUE. Il rilievo è ovviamente correlato all’appartenenza del nostro Paese all’area dell’euro. Solo in caso di fuoriuscita dalla moneta unica, invero, la norma dell’art. 117, comma 2, lettera e), diverrebbe effettiva: trattasi tuttavia di un discorso di carattere del tutto ipotetico.

8. Sovranismo e populismo vs integrazione sovranazionale

Il discorso sull'integrazione sovranazionale potrebbe essere esteso fino a considerare le tematiche della "globalizzazione" e del diritto "transnazionale". Tematiche che costituiscono sempre più oggetto di approfonditi studi e stimolanti ricerche^{45 46}.

Limitando, peraltro, il discorso ad alcuni aspetti attuali dell'integrazione sovranazionale a livello di diritto dell'U.E. è possibile constatare come a tale processo si siano venuti frapponendo fenomeni tra loro correlati come il "sovranoismo" e il "populismo".

Nella più accreditata dottrina, invero, per sovranoismo si intende quel fenomeno che "allude alla sovranità", pur senza necessariamente implicare l'esaltazione del potere dello Stato, come dimostrano emersioni del fenomeno anche a livello locale, mirando, "in particolare, ad accorciare la distanza tra cittadini e decisori, riducendo le intermediazioni che ostacolano il canale diretto tra popolo e potere, anche e soprattutto nelle fasi del riconoscimento e della revoca del mandato politico"⁴⁷.

Sovranismo, quindi, non è necessariamente sinonimo di sovranità, potendo questa – come dimostrano e hanno dimostrato esperienze soprattutto del passato – essere riferita a poteri autocratici anche privi di supporto popolare. Il sovranoismo, invero, si traduce in una spinta che viene dal basso e mira quanto meno ad un ridimensionamento di vincoli provenienti dall'alto e nella specie da livelli sovranazionali.

⁴⁵ Sulla globalizzazione intesa quale processo che riguarda un quadro fenomenologico in cui il ruolo principale viene sempre più assunto da un sistema complesso e deterritorializzato di nuova economia mondiale, che tende a sostituirsi al classico quadro, proprio dell'internazionalizzazione, pur sempre caratterizzato dalla preminenza delle economie nazionali, si vedano, tra i molti scritti: U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione*, Roma, 1999; S. CASSESE – G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000; A. GIDDENS, *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Bologna, 2000; G. CAVALLARI (a cura di), *Comunità, individuo e globalizzazione*, Roma, 2001; P. BILANCIA (a cura di), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione europea e Mercosur*, Milano, 2006; J.L. TORRADO – E. OLIVAS – A.O-A. DE LA FUENTE (a cura di), *Globalización y Derecho*, Editorial Dilex, 2007; A. RINELLA, *Forme di Stato*, in P. BILANCIA – E. DE MARCO (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica* cit., pp. 55-56.

⁴⁶ Sul diritto transnazionale inteso quale diritto che "si colloca a un livello intermedio tra i due ordini normativi – nazionale e internazionale – andando a disciplinare attività poste in essere in nuovi spazi, transnazionali per l'appunto, che non necessariamente coincidono con i confini dello Stato-Nazione né con quelli circoscritti dal diritto statale", si veda nella nostra dottrina l'approfondito studio di S. SASSI, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, Padova, 2018, p. 23. Con riferimento ai profili giurisprudenziali si vedano le interessanti considerazioni contenute nello scritto di G. DE VERGOTTINI, *Il dialogo transnazionale tra le Corti*, Napoli, 2010. Tra i contributi della dottrina straniera si vedano: P.F. KJAER, *The Structural Transformation of Democracy. Elements of a Theory of Transnational Constitutionalism*, London, 2011; R. COTTARELL, *What is Transnational Law?*, in *37 Law & Social Inquiry*, 2012; G.C. SHAFFER, *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge, 2012; M. AVBELJ (a cura di), *The Concept and Conceptions of Transnational and Global Law*, Berlin, 2016; P. CRAIG, *Constitucionalismo transnacional: la contribución de la Comisión de Venecia*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40/2017.

⁴⁷ F. FRACCHIA, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in www.federalismi.it, 12 settembre 2018, p. 2.

Il sovranismo, quali che siano le forme in cui si esprime, appare invece correlato al concetto di “populismo” inteso come “quella forma di contestazione che lamenta in generale la sordità delle <<élites>> governanti rispetto alle esigenze del <<popolo>>, ossia dell’insieme dei governati”⁴⁸.

Un concetto quindi, quello di populismo, che può assumere connotazioni tanto di destra quanto di sinistra⁴⁹, ma che si innesta comunque con la crisi della partecipazione popolare e del “ruolo di mediazione rappresentativa tra società e sistema politico svolto in passato dai partiti”⁵⁰.

Ed un contesto, invero, quello risultante dal connubio “sovranismo-populismo” che, per limitare l’attenzione al quadro comunitario, può avere effetti o assumere atteggiamenti non in sintonia con il processo di integrazione comunitaria o almeno con le modalità con cui tale processo viene portato avanti⁵¹; quando non si arriva a posizioni non conciliabili con lo stesso processo di integrazione, come nel caso della Catalogna per le sue pulsioni indipendentiste, o addirittura dirompenti come nel caso della “Brexit”⁵².

Anche se poi tali prese di posizione di stampo “sovranista-populista” stentano a tradursi negli intenti che le hanno indotte. E il caso “Brexit”, con le notevoli difficoltà sopravvenute per l’attuazione, tra le contrastanti opzioni tra una Brexit *hard* o una Brexit *soft*, è eloquente⁵³.

⁴⁸ M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 3.

⁴⁹ Cfr., in tal senso, M. MANETTI, *Op. ult. cit.*, p. 2.

⁵⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 520, il quale si interroga, tra, l’altro, sulle cause del fenomeno. Sempre sul populismo in generale nonché in alcuni suoi aspetti si vedano, tra gli altri: Y. MÉNY – Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, Bologna, 2001; B. CRICK, *Democracy. A very short Introduction (Chapter V: Democracy and populism)*, Oxford, 2002; L. VIOLANTE, *Appunti per un’analisi del populismo giuridico*, in *Democrazia e diritto*, 2010; R. CHIARELLI, *Il populismo tra storia politica e diritto*, Soveria Mannelli, 2015; M. ANSELMINI, *Populism. An Introduction*, London, 2017; P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018.

⁵¹ Al riguardo, non vanno sottostimati diversi atteggiamenti assunti in Italia dal c.d. “Governo giallo-verde” (cioè 5Stelle-Lega) della XVIII Legislatura. Pulsioni sovraniste e populiste, sia di destra sia di sinistra, si manifestano anche in Francia, come pure in altri Stati dell’UE come nell’Ungheria di Orbán. Su talune di tali manifestazioni si vedano, tra gli altri: F. DE NARDIS – L. ALTERI, *Tra federalismo e sovranismo: il movimento antiglobalista e l’Europa nel caso italiano e francese*, in *La critica sociologica*, 2006, 157, pp. 14-31; P. GRADVOHL, *Orbán et le souverainisme obsidional*, in *Politique étrangère*, n. 1/2017; nonché, con riferimento del pari al sovranismo di Orbán, S. SASSI, *La società civile nel law making process*, in corso di pubblicazione in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2019.

⁵² Cfr. E. DE MARCO, *Democrazia in trasformazione: i nuovi orizzonti della democrazia diretta*, in www.federalismi.it, 2 ottobre 2017, pp. 11-12.

⁵³ Sulla difficoltà incontrate non da oggi dalla procedura per la realizzazione della Brexit cfr. P. BILANCIA, *La Repubblica e l’Unione europea*, in P. BILANCIA – E. DE MARCO (a cura di), *L’ordinamento della Repubblica* cit. pp. 104-107.



Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*

di **Giampiero di Plinio**

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università Gabriele D'Annunzio di Chieti/Pescara

Sommario: 1. Una premessa: che significa, esattamente, costituzione economica? 2. Struttura economica e diritto pubblico. 3. Evoluzione delle costituzioni economiche: lo Stato sociale costituzionale. 4. Morte e trasfigurazione delle costituzioni economiche keynesiane. 5. Storicità della 'Costituzione finanziaria'. Il bilancio e la sua evoluzione. 6. Matematica e Costituzione. Il 'nuovo' articolo 81. 7. Il senso costituzionale delle grandezze quantitative. 8. Equilibrio di bilancio, ma redistribuzione, invece di Keynes. 9. Chi garantisce i numeri?

1. Una premessa: che significa, esattamente, costituzione economica?

In un recente Convegno milanese¹, Paola Bilancia, nella sua splendida introduzione, ha esploso sugli astanti, tutt'altro che 'a salve', una serie di affilatissime questioni intorno alla costituzione economica. Se fai bene le domande, come ha fatto Paola, allora hai già le risposte.

In questo scritto proverò a dare risposte a quelle questioni, e anche ad altre. Non so fino a quanto le mie saranno coincidenti con quelle che la professoressa Bilancia custodisce nella sua colma faretra, ma il fatto che le sue siano sicuramente più appuntite non mi esime dal provarci. E allora partiamo dalle questioni. Di fronte agli tsunami della crisi economica, cosa resta della Costituzione? Abbiamo davvero una 'costituzione economica'? Esiste un oggetto del genere? A che serve? È solo descrittivo, o è anche normativo? E in che senso? Aveva ragione Walther Rathenau — che fin da Weimar, affermava che il destino, cioè il "futuro", non è più nelle mani della politica ma è scritto dall'economia² — o Carl Schmitt,

* Articolo sottoposto a referaggio. Questo saggio è destinato agli Scritti in onore del Prof. Antonio Ruggeri.

¹ Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici – UNIMI / Centro Studi sul Federalismo, Convegno su: *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, 4/5 marzo 2019.

² "Die Wirtschaft ist das Schicksal". Questo celebre sintagma di Rathenau viene citato spesso, e spesso senza la reale consapevolezza del suo pensiero, dell'opera effettiva, e del contesto che lo ha prodotto, su cui, con grande precisione, L. VILLARI, *Crisi del capitalismo e autocritica borghese: Walther Rathenau*, in *Studi Storici*, n. 1/1976, pp. 41-56. Walther Rathenau va allora collocato nel *mainstream* dei grandi riformatori borghesi, come Giolitti da noi, nel cammino della trasformazione della costituzione economica liberale nella costituzione economica sociale-interventista, di fronte alla 'crisi di sistema' del capitalismo liberale di fine Ottocento (sia consentito il rinvio alle mie ricerche, tra cui qui richiamo: *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998; *Costituzione e scienza economica*, in *Il Politico*, 2009, p. 168 ss.; *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2012, numero speciale, p. 65 ss.).

che replicava che il destino continua sempre ad essere segnato dalla politica, perché è l'economia che si è fatta politica, e quindi determina le scelte legislative³?

Ogni domanda ne genera altre, come in una matrisca infinita. Se una costituzione economica può esistere solo se è prescrittiva, qual è la cifra del suo *enforcement*? Lo Stato totalitario, nazista⁴ o comunista⁵?

³ Il problema sollevato da Schmitt, in merito all'ammissibilità del termine "costituzione economica", «se vincula más a su confrontación con el Estado social que a la tensión aparente entre Constitución política y Constitución económica» (G. MAESTRO BUELGA, *Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 8/2007, p. 66. In realtà, dunque, più che di contrasto con la visione di Rathenau, qui si può parlare di superamento, perché in Schmitt la politica, e quindi il diritto, assorbe (e disciplina, ma può anche negare) gli imperativi finalistici che derivano dall'economia. Schmitt pertanto non nega valore alla costituzione economica, non dice che essa 'non esiste', ma semplicemente la riconduce al dominio della politica (che però è la veste che l'economia ha assunto). Il problema è fino a che punto la politica (e gli altri formanti: i costituzionalisti e le Corti) possono pasticciare con le grandezze economiche senza produrre danni irreversibili. Ma di questo parleremo tra breve.

⁴ È quanto sembra suggerire, ad esempio, A. SOMMA (*Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in C. BERGONZINI, S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Napoli, 2016, p. 57): «Per attuare la costituzione politica, e dunque la costituzione economica, i pubblici poteri dovevano operare in un ambiente pacificato, entro cui l'individuo era sciolto nell'ordine ... era questo il senso del motto, coniato da Carl Schmitt, per cui una "economia sana" presupponeva uno "Stato forte". ... Tutto ciò venne teorizzato dagli ordoliberali legatisi più o meno esplicitamente al regime nazista, ma non troppo diverse furono le teorizzazioni di alcuni studiosi che scelsero la via dell'esilio: tra questi ... Röpke e Rüstow. Entrambi vollero riformare il sistema delle libertà economiche secondo schemi che, se anche non contemplavano la soppressione delle libertà politiche, preludevano quanto meno alla loro compressione, del resto indispensabile a produrre le forme di coesione sociale la cui sopravvivenza veniva messa a rischio dal funzionamento del meccanismo democratico».

⁵ Giovanni BOGNETTI (in *La costituzione economica italiana*, Milano, 1995) accusava Francesco Galgano e Giuseppe Guarino di aver sviluppato, per vie diverse, interpretazioni della costituzione economica italiana tali da aprire oggettivamente lo sbocco verso modelli costituzionali socialisti e collettivisti. Sebbene il corollario che intendo trarre da quell'accusa sia abbastanza semplice e intuitivo, credo utile raccontarne brevemente la storia. Al primo (qui richiamo gli studi più significativi nel mirino del Bognetti: F. GALGANO, *Commento all'articolo 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario cost.*, Bologna-Roma 1982, ID., *Introduzione* e capitolo finale, intitolato *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, I, *La costituzione economica*, Padova 1977; ID., *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, e *Le istituzioni dell'economia di transizione*, pubblicati rispettivamente nel 1974 e nel 1978) il Bognetti rimproverava l'insistenza sulla natura soggettivamente *mista* della costituzione economica italiana, determinata da tre soggetti, Stato, imprese, sindacato, il cui gioco reciproco procederebbe in una direzione unica: ridurre sempre di più il margine di manovra dell'impresa e allargare sempre più i confini dello Stato e del sindacato; il fine, insomma, di creare un'economia collettivista attraverso un processo parallelo di pubblicizzazione e sindacalizzazione del sistema. A Giuseppe Guarino, Bognetti contesta di aver teorizzato (ad esempio in G. GUARINO, *Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, seconda serie, Milano, 1970) il principio che in economia mista le imprese pubbliche avrebbero potuto essere più efficienti delle imprese private a patto di disporre del medesimo regime di libertà e degli stessi strumenti operativi; «cadrebbe così il mito della maggiore efficienza delle imprese private e apparirebbe alla fine non contrastare col modello costituzionale e con gli equilibri finanziari generali la pubblicizzazione integrale dell'impresa». Bognetti sostanzialmente rimprovera a Guarino di aver mitizzato l'impresa pubblica, e di aver accolto e divulgato in fondo l'idea che *nessuna linea di separazione razionale vi fosse tra l'economia mista e il modello socialista*, in cui tutte le imprese sono pubbliche. Al di là delle intenzioni, veniamo al corollario: Galgano e Guarino, in fondo, stavano esprimendo un concetto seminale: che *nelle società industriali del Novecento*, a prescindere dalle costituzioni 'politiche', le forme di relazioni tra potere ed economia fossero fundamentalmente omogenee dal punto di vista qualitativo, vale a dire che imprese, banche, mercati e finanza pubblica si controllano più o meno allo stesso modo, indipendentemente dalla geopolitica. *Ma, rovesciando il corollario, si scopre che una 'costituzione economica'*

Ma se così fosse, non si spiegherebbe come le costituzioni sociali e democratiche del '900 abbiano potuto rendere prescrittivo il modello macroeconomico keynesiano, pur senza ovviamente introdurre formule autoritarie o totalitarie, né si spiegherebbe perché il modello di Weimar, per la parte economica, sia sostanzialmente stato attuato dallo Stato nazista, per poi ripassare tranquillamente, con tutta l'economia sociale di mercato nella declinazione di Friburgo, alla democrazia economica, sociale e/o ordoliberalista che sia⁶, della *Bonner Grundgesetz*. Ma il teorema del nesso tra costituzione economica prescrittiva e regime autoritario non riesce nemmeno a dar ragione del fatto incontrovertibile che la costituzione economica "fascista" (ma è più corretto dire "costituzione economica keynesiana, nata in periodo tardo liberale e sviluppatasi nel periodo fascista"), transitò senza sconvolgimenti particolari nella Costituzione repubblicana, talora con grande visibilità e polemiche in gran parte formali (lavoro, proprietà, impresa, programmazioni, nazionalizzazione) talora in nicchie comunque formidabili (partecipazioni statali e impresa pubblica, Banca Centrale, risparmio e controllo bancario)⁷.

Il dato più interessante che si può trarre come corollario da queste brevi considerazioni è che la modellistica dei rapporti tra stato ed economia — chiamiamola ancora costituzione economica, per un po' — è, *sincronicamente*, tendenzialmente trasversale rispetto alle forme di Stato e di governo, ma, *diacronicamente*, radicalmente dialettica rispetto appunto alla evoluzione storica. Così, ad esempio, nel sorgere e consolidarsi della forma di stato liberale di diritto nelle sue varie declinazioni ottocentesche, si annida in tutte le sue manifestazioni concrete una *costituzione economica liberale*, mentre, dagli albori del ventesimo secolo alle varietà delle costituzioni politiche si accompagna, seppure, appunto, con varia declinazione e forme, l'intervento pubblico nell'economia, cioè una modellistica di *costituzione economica interventista*, generalmente segnata da tratti e fisionomie che nessuno meglio di John Maynard Keynes ha saputo descrivere in un documento scientifico.

Tirando adesso qualche conclusione provvisoria, rilevo che la spiegazione della dialettica diacronica, e dell'ancor più singolare trasversalità diacronica, della costituzione economica nei confronti della forma di stato e di governo, può in astratto essere declinata in due modi, diametralmente opposti.

*pienamente normativa può trovare tranquillamente ospitalità in una delle costituzioni formali più 'democratiche' del mondo. E in fondo, già negli anni di Guarino e Galgano, un altro eccellente studioso 'scopriva' che la Costituzione italiana consente la transizione a una costituzione economica prescrittiva di tipo socialista, senza bisogno né di processi rivoluzionari né di riforme costituzionali né tanto meno di una forma di governo totalitaria (C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977)*

⁶ Così lo stesso A. SOMMA, *La Germania e l'economia sociale di mercato. 1. Da Weimar a Helmut Schmidt*, Torino, 2014, in part. p. 57 ss.

⁷ Mi sia consentito rinviare variamente ai miei studi, citati in nota 1. V. anche il volume collettaneo *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. CAFAGNO — F. MANGANARO, nella collana di Studi *A 150 anni dall'Unificazione Amministrativa italiana* a cura di L. FERRARA, D. SORACE, vol. V, Firenze, 2016, in particolare il saggio introduttivo *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, di CAFAGNO e MANGANARO, p. 9 ss.

Potremmo infatti, muovendo da concezioni formaliste condite con variegati dosi di idealismo giuridico, dire che la costituzione economica del periodo liberale è stata progressivamente smontata da riforme, sempre più illuminate, generate da un costituzionalismo in movimento, che si è spostato dalla semplice dottrina della limitazione e della divisione dei poteri alle teorie sempre più complesse e articolate della dilatazione dei diritti, del pluralismo politico, dell'allargamento della democrazia e dell'avvento dello Stato costituzionale. L'economia pertanto sarebbe stata progressivamente 'conformata' dal diritto pubblico attraverso un epocale processo costituente, che nel mezzo del Novecento avrebbe raggiunto la sua piena maturazione, consolidando un nucleo di valori e principi, sottratto alla stessa democrazia rappresentativa e affidato alla custodia delle Corti costituzionali⁸. In questa ottica, qualsiasi tentativo di costruire una versione 'autonoma' della costituzione economica è destituito di fondamento: l'economia è solo uno, e nemmeno fra i più importanti, dei settori materiali su cui agisce il nucleo armonico di valori, principi e regole che formano il corpo della Costituzione. In questa stessa ottica, inoltre, le trasformazioni socioeconomiche 'radicali' cioè non riconducibili a quel nucleo, sono impossibili, vietate. Incostituzionali. Perché quel nucleo contiene, anzi è esso stesso, una clausola di eternità⁹.

⁸ Per la critica di questi argomenti in un contesto analitico più ampio, rinvio al mio *Il finto "effetto Marx": Resistibile ascesa, deriva keynesiana e irresistibile declino del marxismo giuridico italiano*, in *federalismi.it*, n 22/2018.

⁹ È quindi piuttosto chiara la ragione per cui una concezione 'normativa' di costituzione economica (implicando che i vincoli posti dall'economia 'producano' regole, cioè siano essi medesimi fonti materiali del diritto costituzionale) risulti sgradevole per ogni *Weltanschauung* costituzionale che consideri i fondamentali del sistema economico interamente manipolabili attraverso il diritto, e consideri le crisi economiche di sistema e le conseguenti trasformazioni storiche dell'economia come accidenti di percorso da tener fuori dall'interpretazione scientifica del 'movimento' delle costituzioni. Alla crisi sistemica e alle trasformazioni economiche dalle quali essa deriva — in questo pensiero — non è riconosciuto spazio nella teoria giuridica della costituzione; a volte si ha l'impressione di un rifiuto pregiudiziale, che spesso appare come tentativo più o meno inconscio di esorcizzarne non solo gli effetti costituzionali e l'utilizzabilità scientifica, ma anche l'esistenza reale. Questo spiega, in gran parte, perché anche eccellenti costituzionalisti rifiutano di accettare una teoria normativa della costituzione economica. In tale deciso rifiuto, tuttavia, non si può fare a meno di vedere — come abbiamo già notato — una macroscopica straordinaria incoerenza, in quanto proprio mentre quei costituzionalisti combattono contro questi oggetti (o li esorcizzano), dimenticano che la loro argomentazione e le loro conclusioni si fondano su una specifica costituzione economica materiale (quella 'keynesiana' che genera una costituzione democratico-sociale, nazionale e interventista) ritenuta implicitamente consacrata da un intoccabile potere costituente e formalizzata in clausole di eternità di 'testi' ai quali rimangono ineluttabilmente fedeli, ostinandosi a non vederne la palese storicità. Un tale atteggiamento teorico nega in primo luogo l'evidenza che la crisi di sistema e il mutamento economico che la origina e l'accompagna colpiscono e trasformano non solo le parole del testo, ma soprattutto 'quella' specifica *costituzione materiale* che si vuole difendere, e anche il 'tipo' di costituzionalismo che si fonda su di essa. Crisi e trasformazioni sono considerate al massimo come disturbi 'esterni' temporanei e comunque giuridicamente controllabili con il *toolkit* di cui quel costituzionalismo dispone, allo scopo di conservare democrazia rappresentativa e diritti sociali — ma senza rivoluzione d'ottobre — nella fiducia incrollabile della magia del bilancio keynesiano. Con premesse metodologiche e presupposti di questo tipo l'analisi giuridica dei mutamenti delle forme del potere e del diritto generati dalle crisi sistemiche è fisicamente impossibile, e quindi le analisi interpretative che ne conseguono sono prive di base scientifica. Il diritto pubblico che ne scaturisce è, sostanzialmente, fermo al Novecento. Non sarebbe un gran problema, alla fine, se quell'atteggiamento, veicolato dall'influenza indubbia di chi lo esibisce, non ostacolasse (spesso dichiaratamente) sia l'adattamento degli Stati nazionali alle pressioni della crisi sia la formazione e la

Un approccio radicalmente differente al ‘mistero’ della costituzione economica muove, al contrario del primo, da una concezione storicistica ed ‘evoluzionistica’ del diritto (costituzionale). Per svilupparne un disegno sintetico riprendo e comprimo, qui di seguito, alcuni miei precedenti lavori.

2. Struttura economica e diritto pubblico

Proviamo a formulare una ipotesi più che banale: il diritto di ogni società, in particolare il diritto pubblico, è in stretta dipendenza dalle condizioni specifiche — storiche, geografiche, culturali — di esistenza di quella società, e in primo luogo dalla forma e dalla materia della sua economia. La storia insegna che di questo truismo non sempre i governi, in tutte le epoche, hanno avuto piena consapevolezza. Tra gli studiosi il giudizio è naturalmente differente. Storici, economisti, filosofi sono in genere sensibili a quella elementare constatazione, e sono disposti a ritenere scientificamente valido il teorema che l’economia reale condiziona le forme delle società, e in particolare le strutture politiche fondamentali e i relativi ordinamenti giuridici¹⁰, con la conseguenza che, quando evolvono, mutano, si spezzano e si trasformano quelle condizioni, anche il diritto di quella società muta e si trasforma, per diventare coerente con le nuove condizioni materiali di esistenza di quella società¹¹. Fanno curiosamente eccezione i costituzionalisti, che in grande maggioranza continuano a ritenere che la storia del diritto pubblico si sia definitivamente conclusa con la nascita di quella stupenda creatura che si chiama ‘Stato sociale costituzionale’¹².

stabilizzazione delle nuove forme del pubblico potere e l’accesso a nuove strumentazioni, di livello adeguato alla dimensione della crisi stessa e al governo dei suoi processi e dei suoi prodotti.

¹⁰ Da cui deriva il semplice corollario che il modo di essere di diritto e istituzioni segue un *principio di storicità*, con la conseguenza che ai mutamenti storici dell’economia reale segue anche una coerente trasformazione delle forme di potere e delle costituzioni. In questo senso il diritto dovrebbe «farsi permeare da quanto avviene nel magma naturale sociale ed economico» altrimenti «la visione ordinamentale ci presenta un osservatorio capovolto» (P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 34).

¹¹ Ciò avviene non solo in esito a processi rivoluzionari, ma anche a seguito di trasformazioni non radicali del substrato delle Costituzioni formali. In un passo di un notissimo scritto (G. ZAGREBELSKY, *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, p. 937 ss.), l’Autore, dopo aver distinto tra “adeguamenti” della Costituzione formale al mutamento della Costituzione materiale e “riforme” («le modifiche che vengono prima delle trasformazioni materiali, perché intendono determinarle»), afferma che le “riforme” sono *impossibili*. Gli adeguamenti, mi pare di poter aggiungere, sono invece *necessari*.

¹² Si noti, però, che quella mirabile creazione è fondata proprio su una *particolare costituzione economica*, quella keynesiana, che nel cavallo tra secondo e terzo millennio è messa in crisi (fiscale, di razionalità, di legittimazione) e superata da un nuovo assestamento delle leggi del moto del capitalismo mondiale, chiamato sinteticamente, e alquanto riduttivamente, globalizzazione.

Ciò può contribuire a spiegare perché il diritto costituzionale classico risulta alquanto disarmato nei confronti di recenti e devastanti problemi sollevati da un mondo reale profondamente rivoluzionato rispetto alle condizioni in cui, agli inizi del Novecento, si andava formando lo Stato sociale interventista¹³. Possiamo a questo punto formulare il postulato che *l'economia reale genera imperativi* che — attraverso i meccanismi forniti dalla complessità sociale e politica, storicamente determinata in base al periodo storico e alla posizione geografica di riferimento — vanno a costituire i principi di nucleo dei rispettivi sistemi giuridici¹⁴, per poi indagare su come sono, come si formano, e come agiscono quegli imperativi economici che selezionano le forme giuridiche più adatte e si installano nel loro nucleo normativo.

Se ad ogni grado di sviluppo delle forze produttive corrisponde una differente ‘meccanica’ dei rapporti di produzione, gli imperativi in questione coincidono con le leggi intime del modo di produzione, cioè con imperativi materiali derivanti dal modo in cui — in quel grado di sviluppo — la natura dell’economia, i ‘fatti’ economici, condizionano quei rapporti. In questa prospettiva, lo strumento di misura scientifica del fenomeno giuridico è *il modo di produzione*, perché ad esso è legata la sopravvivenza, ma anche la stessa esistenza, delle norme e dei formanti dell’ordinamento giuridico.

Non dico affatto che il diritto si esaurisce nell’economia reale e nei suoi imperativi, che i formanti del diritto possono modellare in una pluralità di forme e anche reprimere, sbagliando talora clamorosamente¹⁵: i popoli possono crearsi tutti i mostri giuridici possibili e immaginabili, e qui non interessa chiarire perché lo fanno. Ciò che invece mi pare scientificamente definito è che un sistema giuridico eccessivamente incoerente con il suo substrato economico è empiricamente raro, e che laddove si verifici una situazione del genere la società e l’economia generalmente si bloccano e regrediscono. Le grandi trasformazioni nelle istituzioni giuridiche, negli ordinamenti e nelle forme di potere, possono quindi essere spiegate come effetti generati dai grandi mutamenti economici e sociali¹⁶.

¹³ Uno di tali problemi, quello a mio avviso centrale, è creato da una serie di imperativi economici che, nelle condizioni storiche attuali, sembrano imporsi ai titolari della sovranità, non solo il Parlamento ma anche le Corti, mediante *vincoli quantitativi*, “numerici”, nell’esercizio della sovranità e in specie nell’assunzione delle decisioni di bilancio.

¹⁴ J.M. BUCHANAN, G. BRENNAN, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, Cambridge, 1985. Altri riferimenti, qui e nel discorso che segue, nei miei lavori già citati, cui *adde*: *Evoluzione e Costituzione*, in AA.VV., *Darwin tra Storia e Scienza*, Roma, 2011, p. 107 ss.

¹⁵ Per fare un esempio tanto banale quanto macroscopico, se nel modo di produzione capitalistico un legislatore impazzito dichiarasse illegittimo il profitto d’impresa, il ciclo economico andrebbe in pezzi, assieme alla società che ne fruisce, e a quello stesso legislatore. Pur non arrivando a tanto, comunque, parecchi legislatori ci si sono pericolosamente avvicinati.

¹⁶ «... non si tratta già di ritradurre in categorie economiche tutte le complicate manifestazioni della storia, ma si tratta solo di spiegare *in ultima istanza* (Engels) ogni fatto storico per via della sottostante struttura economica (Marx): la qual cosa importa analisi e riduzione, e poi mediazione e composizione» (A. LABRIOLA. *Del materialismo storico. Dilucidazione preliminare*, Roma, 1896, p. 7). Una fonte inesauribile di sintesi di fasi economiche e corrispondenti istituzioni in E. MANDEL (*Traité d’Économie marxiste*, 4 voll., Paris, 1969).

Questo approccio storicizza il diritto, in senso materiale, e lo relativizza, in senso funzionale. Una conseguenza immediata si verifica sul piano dei cosiddetti valori giuridici, che sono storicizzati e relativi, con la conseguenza che la trasposizione di valori caratterizzanti un periodo storico ad un altro è destituita di fondamento scientifico¹⁷. Insomma, praticando il metodo storicistico, empirico e oggettivo, la ricerca dell'*Assoluto Giuridico* diventa priva di senso: i caratteri di storicità e relatività dei fenomeni giuridici raccontano che non esiste «il» diritto ma esistono «i» diritti, intesi come sistemi giuridici storicizzati, ciascuno dei quali trae fondamento, razionalità e legittimazione da determinati assetti storici della società e dell'economia (in altre, importanti parole, da una determinata “costituzione economica”), e si estingue con il mutare di tali condizioni¹⁸.

Tutta l'evoluzione storica delle forme di potere, dall'antichità al sistema feudale, da questo allo Stato, nei suoi vari passaggi e forme (Assolutismo, Stato liberale di diritto, Stato democratico sociale, Stato post-interventista), costituisce la prova più vistosa dell'effetto del mutamento dell'«ambiente» socioeconomico sul mutamento delle «specie» giuridiche, con la conseguenza che l'analisi di questi processi evolutivi deve prendere in considerazione le trasformazioni dei *core values* che in ogni fase installano negli ordinamenti giuridici le condizioni materiali dettate dal modo di produzione e dai suoi mutamenti.

Possiamo chiamare tale nucleo *costituzione economica*.

In questa lettura, è palese che il cambiamento — superficiale o profondo o rivoluzionario — degli ordinamenti giuridici dipende dalla intensità del mutamento della *living (economic) constitution*, che dunque non è un oggetto di disciplina, né un presupposto estraneo alla scienza giuridica, ma ne è un dato di nucleo.

Dal punto di vista considerato, tutti gli ordinamenti giuridici si fondano su una costituzione economica, composta dai valori imperativi del modo di produzione; non necessariamente tali valori debbono risultare trascritti in un testo formale, e non sempre, quando ciò avviene, il testo formale resta coerente nel tempo con la dinamica della costituzione materiale. Solo quando i valori giuridici formalmente garantiti sono

¹⁷ M. BLOCH, *Per una storia comparata delle società europee*, in *Lavoro e tecnica nel Medioevo*, Laterza, Bari, 1970, p. 48.

¹⁸ Così ad esempio il rapporto di produzione schiavistico come forma di diritto economico, fondato su divisione del lavoro e appropriazione stabile di una frazione del lavoro dello schiavo, non può esistere se non si verifica nell'evoluzione del modo di produzione una condizione essenziale: che il grado di sviluppo delle forze produttive sia giunto a generare un *sovraprodotta economico* (la schiavitù è infatti 'possibile' solo quando “due braccia producono più di quanto una bocca mangi”: B. K. MALINOWSKI, *Freedom and civilisation*, Roy Publishers, New York, 1944). Inoltre, la natura stessa del rapporto limita in concreto le possibilità di esercitare continuamente e in modo irrazionale certi poteri “di vita e di morte”, pena l'esito di restare senza schiavo. L'istituzione giuridica della schiavitù diventa fortemente adattiva con la rivoluzione neolitica (anche se non è necessariamente l'unica forma giuridica adattiva in questo ambiente), ma subisce una evoluzione regressiva di fronte alla successiva trasformazione dell'ambiente 'naturale' che si presenta come nuovo modo di produzione, cioè la rivoluzione commerciale e industriale (V. ad esempio E. MANDEL, *Traité*, cit., e M. BLOCH, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, Les Belles-Lettres, Paris, 1931).



anche coerenti con la costituzione materiale l'ordinamento conserva la condizione essenziale di stabilità; in caso contrario, esso si addentra in uno stato di crisi, più o meno grave, più o meno strutturale, di coerenza, di razionalità e di legittimazione, nel corso della quale compaiono nuovi valori, che spingono le istituzioni giuridiche alla evoluzione o alla regressione¹⁹, sotto forma di revisione, riforma o rivoluzione. Mi sembra importante qui sottolineare che gli imperativi che l'economia impone al diritto non sono liberamente (cioè *senza conseguenze*) manipolabili dai *driver* del sistema giuridico (legislatori, giudici, governanti e dottrina giuridica), ma non per ragioni metafisiche, ma perché se ciò avvenisse si renderebbe impossibile il funzionamento del modo materiale di produzione. Da un altro punto di vista, è lo stesso sistema economico materiale che rende inservibili su larga scala sistemi giuridici materialmente incompatibili con esso: le norme fondamentali, le 'costituzioni', non possono essere casuali o arbitrarie, perché non funzionerebbero; in tutte le società umane storicamente esistite gli eventi che hanno determinato il diritto sono sempre stati, in un certo senso, ineluttabili, perché una 'specie' di sistema giuridico deve essere tendenzialmente coerente con il contesto delle condizioni materiali della società nella quale esse devono funzionare, altrimenti il modo di produzione storicamente determinato, che è la macchina della sopravvivenza in quel tempo e in quel luogo, si arresterà, e presumibilmente altre 'specie' giuridico-istituzionali, più adatte, la sostituiranno in quella particolare nicchia di appropriazione umana del mondo.

¹⁹ La teoria della costituzione si può strutturare come estensione sociale della teoria evolucionistica? (E.F. OESER, *Evolution and Constitution, The Evolutionary Selfconstruction of Law*, 2003, Dordrecht-Boston, 2003). Si può dire che le costituzioni (materiali) si 'autoscrivono' per adattarsi agli imperativi imposti dal mutamento dell'ambiente naturale rappresentato dall'economia materiale, del quale rappresentano le leggi interne e di movimento? Da questo punto di vista, sono un inferno di complessità, e finora ne abbiamo capito solo una piccolissima parte. Una visione critica dell'accezione metaforica di evoluzione costituzionale e una notevole quantità di materiale in S. DODSON, *A Darwinist View of the Living Constitution*, in *Vanderbilt L. Rev.*, vol. 61, 5/2008, 1319 ss. Di recente si è tentata una revisione congiunta delle teorie biologico-comportamentali del diritto e di quelle della *living constitution*, ma dire che le costituzioni somigliano a organismi viventi, è un po' come dire che lo sono effettivamente. Ma su questo, che non è il mio campo, ho delle riserve che però hanno radici nel mio campo. In realtà, non mi sembra rilevante tanto l'aspetto metaforico del concetto di costituzione materiale come *costituzione vivente*, quanto quello relazionale, cioè il suo prodursi materialmente come *sistema di norme di nucleo* coerenti con un determinato grado di sviluppo delle forze produttive. Alla base, ci sono le società umane, che sono organismi (viventi) di tipo comunitario, e che interagiscono con la natura in forma collettiva attraverso l'infinita rete di contatti materiali che chiamiamo modo di produzione. Dentro, profondamente dentro, la metafora, le costituzioni non sono pertanto organismi, ma basi di dati attraverso cui il modo di produzione come habitat può essere letto dall'organismo vivente / società umana, per adattarsi ad esso e alle sue trasformazioni, o per non capirlo e morire. Il diritto, sotto forma di giuristi, governi, legislatori, giudici ha un compito determinante, perché dalla consapevole lettura degli imperativi della costituzione economica materiale deve enucleare le istituzioni e le norme più adattive e coerenti con la conservazione nel lungo periodo delle società che è chiamato a disciplinare.

3. Evoluzione delle costituzioni economiche: lo Stato sociale costituzionale

La teoria della storicità e della normatività della costituzione economica, nel senso finora sviluppato, può essere suffragata con evidenze storiche. alcune dinamiche nell'evoluzione della forma-Stato, riassumendo sviluppi più complessi e dettagliati di altri lavori²⁰.

Nel Novecento si verificano due grandi trasformazioni costituzionali, coincidenti ad altrettante trasformazioni dell'economia: la prima, scaturita dalla crisi di sistema dell'economia liberale, è caratterizzata dall'insediamento di una *costituzione economica sociale e interventista*; la seconda, nel contesto della rivoluzione tecnologica e della globalizzazione, ha forgiato una *costituzione economica post-interventista*.

La prima ha creato lo "Stato sociale costituzionale" e le costituzioni 'keynesiane', fondate su spesa e interventismo pubblico, *welfare* e mercato iper-regolato, *deficit spending*, debito pubblico e moneta manovrata. Una teoria compiuta della costituzione economica nacque proprio con questi obiettivi, nel 'laboratorio' di Weimar²¹, insieme alle dottrine della *Wirtschaftsdemokratie* e della *Sozialverfassung*²², e nel secondo dopoguerra andò a riempire di contenuto l'elaborazione della Bonner Grundgesetz e delle altre costituzioni sociali di economia mista. La scelta politica di fondo sottesa a queste trasformazioni ebbe dunque un successo senza precedenti, non tanto per il suo fascino culturale quanto per la capacità del modello di incarnare una forza materiale oggettiva, generata dalle 'leggi del moto' del capitalismo in una determinata fase storica, che spingeva ineluttabilmente verso una precisa riconfigurazione dei rapporti tra economia, società e Stato²³.

A partire dalla fine dell'Ottocento, quando il processo di industrializzazione entrava nella sua fase 'matura', la costituzione liberale monoclasse si dimostrò incapace di affrontare le contraddizioni insanabili dell'economia 'borghese', e, quando l'instabilità economica divenne *sistemica*, l'intervento dello Stato

²⁰ V. per tutti *Nuove mappe del caos*, cit., *passim*.

²¹ P.C. CALDWELL & W.E. SCHEUERMAN (eds.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Boston-Leiden, 2000; J.P. McCORMICK (ed.), *Confronting Mass Democracy and Industrial Technology: Political and Social Theory from Nietzsche to Habermas*, London, 2002.

²² L'onda lunga della costruzione 'professorale' della Grundgesetz weimariana fu cavalcata in queste direzioni e con questi linguaggi non solo da giuristi 'di sinistra', quali Hugo Sinzheimer, Franz Neumann, Ernst Fraenkel (v. ad esempio W.E. SCHEUERMAN, *Social Democracy and the Rule of Law: The Legacy of Ernst Fraenkel*, in Caldwell & Scheuerman (eds.), *From Liberal Democracy to Fascism*, cit., 74 ss.) ma anche da alcuni personaggi vicini alla *Realpolitik* bismarckiana, come Hans Morgenthau (W.E. SCHEUERMAN, *Realism and the Left: the case of Hans J. Morgenthau*, in *Rev. Int'l St.*, 34/2008, 29 ss.).

²³ Fin da Weimar, la teoria aveva lo scopo di dimostrare che le esigenze di welfare per le classi subalterne, d'intervento statale per la stabilizzazione macroeconomica e (implicitamente e forse inconsapevolmente) sostegno della domanda globale, non erano solo rivendicazioni politiche ma avevano un fondamento in norme 'superiori' rispetto al 'potere costituito'. Dottrina del *Welfare* e teoria keynesiana, insomma, tentarono con successo di assumere la veste di Costituzione, coniugando Stato e mercato in diretta alternativa alla deriva socialista, ai tempi incombente e fisicamente vicina. In arg.: P. KOSLOWSKI (ed.), *The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition: Historism, Ordo-Liberalism, Critical Theory, Solidarism*, Berlin, 2000; C. JOERGES, *What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, in *European Law Review*, 30/2005, p. 461 ss.

nell'economia fu ciecamente generato dall'imperativo di salvare il capitalismo, sviluppando una funzione di *Krisismanagement*, mai esistita in precedenza, gestendo la stabilizzazione in coniugazione con l'integrazione dei consumi e della domanda globale attraverso la spesa pubblica, e ricongiungendo dentro il diritto costituzionale gli elementi del *core* della crisi: l'eccedenza di capitale e l'eccedenza di lavoro²⁴, sotto forma di economia mista e diritti sociali.

In un'ottica banale, del tutto riduttiva della portata storica di tali mutamenti, il fondamento e la legittimazione della nuova costituzione economica democratico-sociale è stato individuato nei "fallimenti del mercato"²⁵. Il teorema che si ricava da quei processi dice tutt'altro: la crisi strutturale del capitalismo di fine Ottocento genera un imperativo 'economico-costituzionale' di attivazione dell'intervento pubblico, applicabile a tutti i modelli e le forme di Stato. Corollario: non è stata l'instaurazione delle costituzioni "sociali" a introdurre il nuovo ordine economico post-liberale, sociale e interventista, ma è avvenuto esattamente l'inverso²⁶.

²⁴ J.J. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, New York, 1973; C. OFFE, *Contradictions of the Welfare State*, Cambridge, MA, 1984. L'interventismo statale in economia e la nuova costituzione economica democratico-sociale e interventista del Novecento furono prodotti da una immensa *crisi strutturale di sovrapproduzione* del capitalismo borghese ottocentesco. Non ci fu, né razionalmente poteva esserci, un designer costituzionale che ne progettasse preliminarmente, a tavolino, le fattezze e le architetture giuridiche. Gli interventi furono spontanei, e inizialmente sporadici: di fronte a crisi settoriali o locali, lo Stato reagiva — spesso alla cieca ma imparando via via e dilatando sempre più sé stesso — con tecniche giuridiche specifiche — nuove amministrazioni, nuovi capitoli di bilancio, moneta manovrata, deficit, debito. Si trattava di azioni e funzioni chiaramente estranee e contraddittorie rispetto alle costituzioni liberali; tuttavia anche grazie all'interpretazione adeguatrice delle Corti, l'intervento statale in economia ottenne rapidamente legittimazione nella *law in action* e nella costituzione materiale. In sostanza, fu l'economia stessa, cioè il modo di produzione capitalistico, a crearsi una nuova costituzione economica — fatta di manovra della moneta, deficit e debito, regolazioni e dilatazione degli apparati, nazionalizzazioni ed economia mista, diritti sociali, funzionalizzazione della proprietà, incentivazione e programmazione dell'impresa, controllo sulle banche — nel presupposto implicito ma certamente non scontato della possibilità di controllo 'politico' della crisi strutturale dell'economia. Le nuove, potenti strumentazioni, rapidamente assumevano la fisionomia di *higher law*, di norme costituzionali non ancora scritte ma già esistenti e funzionanti, prima — e indipendentemente — dalla scrittura delle costituzioni democratico-sociali e interventiste del Novecento.

²⁵ R.O. ZERBE JR., H. MCCURDY, *The Failure of Market Failure*, in *Journal of Political Analysis & Management*, n. 4/1999, p. 558 ss., e, degli stessi autori, *The End of Market Failure*, in *Regulation*, n. 23, 2000, p. 10 ss.

²⁶ Anche solo muovendo da questa esperienza empirica, può formularsi un 'teorema degli effetti costituzionali dell'economia' (cfr. ancora il mio *Nuove mappe del caos*, cit., in part. p. 73 ss.): a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, le pressioni materiali della crisi strutturale del capitalismo liberale hanno autonomamente generato un fondamento 'costituzionale' diretto, giuridicamente rilevante, all'interventismo pubblico, e il diritto costituzionale si è trasformato di conseguenza, senza necessità di mutamento dei 'testi', che semmai avviene in seguito, quando, a partire da Weimar, gli strumenti giuridici dell'interventismo pubblico saranno integralmente assorbiti sede di 'scrittura' delle costituzioni 'keynesiane' che costellano le economie occidentali del Novecento. Le "costituzioni keynesiane" non hanno creato e avviato il nuovo ordine economico (post-liberale, sociale e interventista), ma è avvenuto esattamente l'inverso. In prospettiva storicistica ne scaturisce un'importante conseguenza: se si ammette che in un certo ciclo storico (il Novecento) un diritto costituzionale dell'economia non possa che poggiare su una costituzione 'keynesiana', per sopravvivere, si dovrà anche ammettere che, in un ciclo storico successivo, differente e alternativo, di fronte a una diversa crisi sistemica e a una nuova conseguente trasformazione dell'economia materiale, *un nuovo e diverso diritto costituzionale dell'economia* — fondato sulle nuove

Le politiche e gli strumenti giuridici dell'interventismo pubblico variamente e progressivamente e variamente attivati tra la fine del diciannovesimo secolo e gli anni trenta – si noti: sia negli stati a connotazione democratica che in quelli autoritari – continuano a essere legittimati, anzi a crescere, anche dopo la 'scrittura' delle costituzioni democratico-sociali, dimostrando che la *costituzione economica materiale* affonda le sue radici in luoghi ben più profondi della stessa forma di governo²⁷.

4. Morte e trasfigurazione delle costituzioni economiche keynesiane

Lo Stato interventista, generato dal capitalismo per risolvere la sua crisi di sistema, ha in sé i germi di una latente condizione di crisi, in grado di produrre un devastante effetto distruttivo sul capitalismo stesso. La costituzione economica di questa fase sembrerebbe presupporre che il controllo su una frazione sempre maggiore della ricchezza complessiva della nazione si concentri nelle mani dei governi, che dovrebbero provvedere, assumendo le loro prerogative di divinità dell'eguaglianza sostanziale, a riallocarla tra le classi e tra le persone, secondo i miti della redistribuzione²⁸. Ma lo Stato 'keynesiano' è completamente estraneo a questo modello. Di fatto, il meccanismo generale di attrazione della ricchezza nelle mani dello Stato è, inizialmente, la tassazione, che tuttavia rivela subito la sua insufficienza e la sua fragilità redistributiva. In nessun caso le entrate tributarie riescono a finanziare le nuove dimensioni delle spese pubbliche, così che la politica del disavanzo, del debito e della manovra della moneta, già avviata nel crepuscolo dello Stato liberale, si generalizza e diviene rapidamente la condizione imprescindibile dell'interventismo. Ma se da un lato l'espansione monetaria incrementa l'inflazione, abbassando gli effetti espansivi della spesa sulla domanda, dall'altro il debito pubblico potrà essere onorato solo se, per effetto diretto delle politiche pubbliche coperte col debito, si *dilaterà la base produttiva*, generando *crescita quantitativa* e consentendo allo Stato di acquisire maggiori entrate tributarie, con le quali si potrà chiudere il conto²⁹. La condizione primaria di funzionalità di lungo periodo dello Stato sociale interventista è quindi il *rientro* della spesa e del debito, mentre la condizione assoluta di sostenibilità dell'interventismo stesso è l'effetto

esigenze della costituzione economica 'post-keynesiana' — dovrebbe essere installato, per consentire a Stato e Società di sopravvivere.

²⁷ Si tratta di argomenti generalizzabili: nel Novecento il mondo occidentale è costellato di costituzioni economiche modellate sui teoremi di sir Keynes, e, sebbene Hayek avesse bollato la teoria keynesiana come 'immorale' (N. BERGGREN, *Choosing one's own informal institutions: on Hayek's critique of Keynes's immoralism*, in *Constitutional Political Economy*, 20/2009, p. 139 ss.), credo che la sua costituzionalizzazione fu più che legittima – non culturalmente o moralmente, ma scientificamente – e forse ineluttabile, nel senso che anche le costituzioni keynesiane, in fondo, si sono metaforicamente costruite da sole.

²⁸ Ironizza sul «redistribution myth' of the Welfare State» W. HIGGINS, *State Welfare and Class Warfare*, in G. DUNCAN (a cura di), *Critical Essays in Australian Politics*, Melbourne, 1978, p. 137 ss.

²⁹ Questo paragrafo e il seguente sintetizzano, con modifiche e sviluppi, parti di alcuni lavori precedenti, in particolare *La velocità delle costituzioni economiche tra passato e presente della UEM*, in A. CIANCIO (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, Torino, 2018, p. 207 ss.

di crescita economica continua che dovrebbe derivare dalle politiche pubbliche di intervento. Infatti, se controllo della crisi e sostegno del capitalismo si sono presentati come mediazione tra gli apparati statali e l'economia reale, la *legittimazione* dei primi di fronte alla seconda è assicurata solo finché è garantita la *razionalità* degli interventi e dei loro effetti di contrasto alla crisi di sistema. Nel lungo periodo, la razionalità dipende dalla dinamica delle entrate del bilancio dello Stato, tra le quali solo quelle *tributarie* rappresentano una frazione reale del prodotto interno lordo. Le altre forme di finanziamento della spesa pubblica (debito ed emissione di moneta) non hanno un controvalore in termini di prodotto interno lordo, e costituiscono una *forma di tassazione differita* di redditi non ancora prodotti.

La *razionalità* della spesa pubblica dipende dunque, prioritariamente, dal suo effetto espansivo sulla crescita economica: solo in questo caso, infatti, l'allargamento della base produttiva produce maggiori entrate fiscali, con le quali coprire i costi dell'indebitamento. Questo significa che l'intervento dello Stato in economia *deve* essere *produttivo*, altrimenti si distrugge da solo.

In teoria, nulla avrebbe impedito la realizzazione armonica di questo modello, ma nulla di tutto questo è mai avvenuto³⁰, se non in limitate eccezioni. Nella maggioranza degli Stati si è assistito a una dilatazione progressiva dell'intervento pubblico e degli apparati, senza che ciò abbia indotto una correlativa e proporzionale crescita della base produttiva; lo Stato sociale, dunque, ha iniziato a finanziare in misura sempre maggiore sé stesso, in presenza di interruzioni della crescita economica, e a sottrarre risorse ai privati, senza correlativi incrementi di *performance economica*.

La crisi "interna" dello Stato interventista è in primo luogo *crisi fiscale*, cioè "lacuna strutturale" tra le due parti del bilancio, in quanto le spese statali sono aumentate più rapidamente dei mezzi atte a finanziarle³¹; è, conseguentemente, *crisi di razionalità*, per l'incapacità della forma e della struttura degli apparati pubblici di spesa e di intervento di assicurare la stabilità e la continuità della crescita economica, con la conseguenza che lo Stato stesso è percepito, piuttosto che come *manager della crisi*, come *produttore di crisi di sistema*³²; è, infine, *crisi di legittimazione*, perché il corpo sociale interpreta i segni diretti dell'arresto di accumulazione (disoccupazione, inflazione, caduta della produttività, inefficienza dei servizi) come

³⁰ Si veda l'impressionante critica di V. TANZI, *The Changing Role of the State in the Economy: An Historical Perspective*, in K. FUKASAKU - L.R. DE MELLO JR. (eds), *Fiscal Decentralisation in Emerging Economies*, OECD, Paris, 1999, p. 18 ss.

³¹ J.J. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, cit. p. 72 e *passim*.

³² «Essendo stata bloccata e trasformata in un sistematico aggravio eccessivo dei pubblici bilanci, la crisi economica si è spogliata del manto di fatalità sociale naturale. Se il *management* statale confrontato con la crisi fallisce, esso ricade dietro pretese programmatiche *che esso stesso ha fatto valere*, e ciò è punito con una sottrazione di legittimazione, sicché il margine di azione si restringe proprio nei momenti in cui dovrebbe essere ampliato» (J. HABERMAS, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Bari, 1975, p. 69).

responsabilità indistinta dei pubblici poteri, e apre un conflitto con le istituzioni dello Stato sociale interventista³³.

Questa crisi *interna* della costituzione economica ha investito lo Stato sociale interventista in senso lato, cioè tutti gli elementi del *crisis management* che hanno come unità di misura e legittimazione il debito e l'espansione della *spesa pubblica*, vale a dire, oltre al *Welfare*, l'incentivazione finanziaria delle imprese, le politiche infrastrutturali, le politiche del lavoro, l'intervento diretto mediante imprese pubbliche, l'erogazione generale di servizi pubblici, le politiche fiscali e monetarie, le politiche del pubblico impiego, le regolazioni, cioè praticamente tutte le funzioni dello Stato contemporaneo³⁴. In particolare in Italia la crisi si è manifestata come *blocco progressivo* dell'intervento pubblico in economia, derivante dalla contrazione della possibilità degli Stati di finanziare il *deficit spending*, prima coperto mediante dilatazione del debito e politiche monetarie. In sostanza avviene che l'espansione stessa della spesa, al di là di una certa soglia, in presenza di particolari condizioni e soprattutto in assenza di espansione della domanda effettiva e di blocco o riduzione dell'incremento di crescita economica, divora la ragione di esistenza dello Stato interventista, cioè il sostegno del processo di accumulazione e di sviluppo. Il *crisis management* statale, nato come controllo sistematico dell'economia, non riesce più a controllare sé stesso, così che da strumento di protezione *contro* la crisi, l'intervento pubblico nell'economia su larga scala e in deficit diventa esso stesso *fattore di crisi*.

E gli effetti sono tanto più devastanti quanto maggiore è il grado di integrazione interstatale, sovranazionale o meno. La costituzione economica di ciascuno Stato, infatti, non è una fortezza. La sua conformazione, e la sua stessa efficienza, sono condizionate dalle relazioni economiche interstatali, le quali, a partire dal crollo dell'ordine economico mondiale stabilito a Bretton Woods iniziano un ulteriore viaggio, generando un nuovo mutamento del modo di produzione e dei suoi confini. Alla fine del secolo ventesimo l'assetto economico mondiale è irreversibilmente trasformato e i primi anni del terzo millennio vedono una accelerazione geometrica del processo di integrazione economica interstatale, che spinge verso un nuovo ordine, forgiato su istituzioni sovranazionali e regolazioni globali, creando basi di legittimazione materiale a forme di *governance* economica multilivello.

La nuova natura 'globale' del modo di produzione, con l'aggiunta del ruolo crescente delle economie emergenti, ha reso sistemicamente efficienti su scala mondiale le crisi fiscali 'interne' degli stati, colpendo per primi quelli più 'avanzati', ma mostrando subito il carattere 'caotico', reticolare e integrato della crisi. Gli effetti di shock asimmetrici si misurano oggi su scala mondiale. I processi che spingono al *default* una nazione, se non adeguatamente controllati, si diffondono sulle altre come una pandemia. In questa fase,

³³ J. HABERMAS, *Legitimation crisis*, Boston, 1975.

³⁴ C. OFFE, *Lo Stato nel capitalismo maturo*, Milano, 1977, p. 65 ss.

la costituzione economica entra in un terreno drammaticamente nuovo³⁵. Il contrasto della crisi fiscale assume in primo luogo la fisionomia di nuovi principi costituzionali, formali o materiali, di *stabilità macroeconomica e di equilibrio finanziario nella struttura del bilancio e della spesa pubblica*. La razionalizzazione finanziaria rende la spesa pubblica progressivamente dipendente da *imperativi di ordine quantitativo*³⁶, vincoli macroeconomici. Numeri, insomma.

5. Storicità della ‘Costituzione finanziaria’. Il bilancio e la sua evoluzione

Il bilancio, pur essendo un assemblaggio di numeri, si basa su previsioni e dunque è composto da grandezze incerte. Nella transizione dalle costituzioni liberali allo Stato sociale interventista si è passati da un bilancio ristretto (funzioni d’ordine, difesa, lavori pubblici, coperte da entrate a gettito prevedibile, come le imposte patrimoniali e i dazi) a un bilancio “sociale”, sempre più coperto da deficit e debito, e influenzato pesantemente dal ciclo economico e dalle variazioni demografiche. Con la conseguenza che le voci di entrata (tassazione sempre più incerta e comunque non dilatabile e deficit cronico di bilancio) e di spesa (diritti sociali, interventi indiretti, incentivazioni, partecipazioni statali) diventano tanto meno prevedibili, quanto più diventano estesi la spesa pubblica e il fabbisogno di copertura ‘keynesiana’ della stessa³⁷.

³⁵ Tentare di descrivere la nuova costituzione economica (globale, post-interventista) con il paradigma statale sarebbe come cercare di interpretare lo Stato assoluto con il paradigma del feudo. Come la crisi del capitalismo ottocentesco aveva generato una pressione che aveva trasformato le costituzioni liberali creando le costituzioni economiche interventiste, così le trasformazioni del modo di produzione nell’intera economia mondiale nello scorcio di fine millennio hanno rotto gli equilibri costituzionali dello Stato interventista. Si è così generata una nuova costituzione economica (che possiamo chiamare ‘post-interventista’ o ‘globalizzata’) che contiene un principio di condizionamento, del bilancio e dei poteri di regolazione del mercato, che si estende a tutte le entità statali, e queste tendono sempre più a rimodellarsi in fisionomie uniformi, prefigurando un diritto costituzionale globale. Paradossalmente, un esito teorico del genere si può evincere anche da ‘*discontents*’ come M. TUSHNET, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in *Virginia Journal of International Law*, n. 4/2009, p. 985 ss.

³⁶ Su questi parametri influisce la qualità delle regolazioni nazionali, tra le quali i soggetti economici in grado di internazionalizzarsi hanno facoltà sempre più marcata di scelta e arbitraggio. Di conseguenza i sistemi giuridici, oltre a imitarsi per impadronirsi del modello migliore in termini di competitività economica, sono entrati in concorrenza tra loro per attirare o conservare risorse economiche e investimenti. Si tratta di un gioco al ribasso, che asseconda il tramonto dello Stato gestore e interventista e la crisi dei diritti sociali, e nel contempo accelera la corsa di convergenza costituzionale e traslazione sovranazionale (ho discusso questi aspetti in *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*, Milano, 2005).

³⁷ Si noti che questa evoluzione «è alla base della perdita di efficacia del vincolo costituzionale dell’articolo 81 (della Costituzione italiana) rispetto alle intenzioni originarie, che prefiguravano un tendenziale pareggio complessivo del bilancio conseguito attraverso l’imposizione di un vincolo di pareggio al margine, riferito alle innovazioni legislative (il vecchio quarto comma: “Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte”). La sostanziale equivalenza tra pareggio al margine e pareggio complessivo è valida se il bilancio è certo e prevedibile, non più se il bilancio dipende da variabili e comportamenti non controllabili. Una divergenza che si è accentuata negli anni ‘70 e ‘80 del Novecento, contrassegnati da rapide trasformazioni, elevata inflazione e profondi squilibri. Tutto ciò spiega risultati anche molto diversi rispetto alle previsioni e agli obiettivi di finanza pubblica ed

Ma i governi non hanno mai preso seriamente in considerazione questo fenomeno. Il “deficit”, cioè lo squilibrio tra la spesa effettiva e le entrate reali (fiscali o patrimoniali), è diventato l’elemento costante nella struttura del bilancio statale; la scienza economica ha razionalizzato questa contraddizione nel modello keynesiano e nelle dottrine. La finanza pubblica nel suo complesso è così diventata, insieme alla moneta, strumento di manovra e di gestione del potere politico. Il problema di come coprire il disavanzo, essendo prevedibile che negli Stati di democrazia pluralista non sarebbero mai stati attivati strumenti ‘collettivisti’ e di redistribuzione, è stato risolto semplicemente *chiedendo in prestito* a finanzieri e *rentiers* i denari necessari. In mancanza di effetto di ‘rientro’ della spesa sul PIL, la copertura della stessa mediante debito pubblico ed emissione di moneta ha generato livelli strutturali e insostenibili di inflazione e di crescita del debito, rinviato drammaticamente alle generazioni future.

Come abbiamo dettagliatamente rilevato nei paragrafi precedenti, la crisi della finanza pubblica keynesiana sotto la forma di crisi fiscale, di razionalità, e di legittimazione, ha finito per produrre, a seguito della crisi finanziaria globale, un autentico rovesciamento nella costruzione dei bilanci pubblici, nel senso che è divenuto sempre meno praticabile la possibilità di partire dai bisogni e poi individuare le risorse. Ma se si parte dalle risorse, quantitativamente limitate, il problema diventa quello di selezionare le priorità tra i bisogni da soddisfare, con la consapevolezza che non è possibile soddisfarli tutti, e neppure soddisfare integralmente ogni bisogno. Qui, la programmazione di bilancio presuppone il *pareggio*, o meglio *l’equilibrio di medio periodo*, ha minore contenuto politico e maggiore valenza tecnico-economica, e consiste appunto nell’ottimizzare la selezione delle priorità, tenendo conto che la stessa manovra finanziaria influisce sulla crescita economica, agevolandola (quando le scelte sono razionali) oppure ostacolandola (quando le scelte sono irrazionali)³⁸.

Se a ciò si aggiunge che in particolare in Europa (e ancor di più in Eurozona), l’incertezza macroeconomica di uno Stato rischia continuamente di contagiare, attraverso *veicoli di infezione* come mercato unico e moneta unica³⁹, tutti gli altri, la soluzione di rendere sempre più quantitativi e per quanto

è alla base delle riforme del processo di bilancio concentrate in quei due decenni»: G. PISAURO, *La trasparenza di un bilancio incerto*, disponibile in <http://sbilanciamoci.info>, 16 maggio 2018.

³⁸ Nelle forme di Stato occidentali, e in particolare in Italia, i modelli sono cambiati molte volte; bilancio in pareggio nei primi decenni delle costituzioni liberali; disavanzo di bilancio (e debito pubblico senza fine) dall’inizio del Novecento agli anni novanta; bilancio bloccato e principio del condizionamento finanziario della spesa dai ‘90 ad oggi. La schizofrenica alternanza, che a dire il vero si è verificata in tutti gli ordinamenti occidentali (dove più dove meno, ma da noi “di più”) è stata un gioco al massacro finanziario, che ha minato l’efficienza del sistema economico e produttivo e, conseguentemente, ha progressivamente attaccato la sostenibilità dei diritti sociali, che alla fine hanno pagato le conseguenze della irrazionalità economica delle politiche di bilancio di governi irresponsabili.

³⁹ Uno degli argomenti chiave di legittimazione dei vincoli di bilancio in sistemi a moneta unica (sotto forma sia di *balanced budget requirements* che di *tax and expenditure limitations*, su cui cfr. O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2016, p. 455 ss., e, per il modello statunitense, il mio *Federalismo e costituzione fiscale negli Stati Uniti d’America*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Federalismo, sistema fiscale*,

possibile scientificamente certi le misure e i vincoli di bilancio è apparsa come l'unica via di uscita possibile, sia per ricondurre le decisioni di bilancio dentro l'alveo del 'possibile' per ciascuno stato, sia per tranquillizzare, sempre per quanto possibile, gli altri⁴⁰.

E quindi, a ben vedere, vincoli macroeconomici ai governi, i parametri inflattivi e monetari, i limiti di debito, il pareggio di bilancio, non sono né di destra, né di sinistra, né liberisti né sociali né socialisti. In sé, per di più, non sono che simulacri. Sono come una cravatta. Può piacere o no, ma non l'effetto che farà dipende anche da collo, camicia, abito e portamento. Ci sono entità statali che non li perseguono nemmeno sotto tortura, e Stati che lo fanno senza esservi obbligati. Non è necessario appartenere all'Eurozona, per esserne soggetti: gli States americani hanno *balanced-budget constraints* nelle loro costituzioni, e si tratta di tenaglie in genere implacabili, mentre il governo federale non ne ha. In Europa, c'è chi li costituzionalizza e chi no, e c'è anche chi li pratica senza esservi obbligato, e anche li toglie, quando gli conviene.

Potrebbe sembrare banale — ma la ritengo una constatazione serissima — che le condizioni di maggiore resilienza degli Stati alle deformazioni della globalizzazione e della crisi finanziaria, siano 'semplicemente': bilancio in equilibrio tendenziale, riduzione del debito, riduzione della tassazione, liberalizzazioni, miglioramento della qualità della regolazione e burocrazia minima ed efficace, stabilità e coesione del governo, anche in ragione di efficienti sistemi elettorali, migliore (più produttiva) allocazione possibile delle voci di spesa in bilancio. I terremoti politici e istituzionali, in Europa e non solo, stanno praticamente 'testando' questi teoremi, mostrando empiricamente l'evidenza che gli Stati stanno già da tempo seguendo

autonomie. Modelli giuridici comparati, Roma, 2010, p. 330 ss.) è che la violazione della costituzione fiscale in uno Stato genera squilibri e perdite anche in altri Stati, sia perché conduce a *bailouts*, sia perché genera inflazione locale che, in caso di inesistenza o malfunzionamento di meccanismi di assorbimento degli shock asimmetrici e mancando la possibilità di riequilibrio mediante la fluttuazione dei cambi tra le monete nazionali, viene sostanzialmente esportata negli altri Stati dell'area.

⁴⁰ «La questione dell'incertezza che circonda la relazione tra bilancio ed economia si è riproposta con particolare intensità negli anni della Grande recessione. L'evidenza empirica (risultati di finanza pubblica molto diversi dalle previsioni di consenso) ha portato a rivedere le convinzioni che si erano affermate nei decenni precedenti sulla dimensione dell'effetto che misure di aumento delle imposte e di taglio delle spese hanno sul livello di attività economica e, come effetto di retroazione, sulle stesse grandezze di bilancio. Si è così affermato il punto di vista secondo cui i moltiplicatori fiscali (appunto, l'effetto di variazioni della spesa e delle imposte sul prodotto nazionale) sono più elevati del normale in fasi di recessione e con tassi di interessi nominali vicini a zero. Che significato assume la "trasparenza del bilancio" in un contesto come quello delineato? Certamente richiede che siano noti i modelli di previsione utilizzati e le ipotesi adottate. Ma ciò non è sufficiente. Occorre, per quanto è possibile, garantire che le stime ufficiali siano "prudenti". Previsioni ottimistiche sull'andamento futuro dell'economia implicano previsioni ottimistiche sull'andamento dei gettiti fiscali e quindi spazi di manovra eccessivi per nuove misure di aumento delle spese o di riduzione delle imposte. Analogamente, stime ottimistiche dell'effetto che particolari misure di bilancio (ad esempio, una riduzione delle imposte) avranno sull'economia portano a una sottovalutazione del costo di quelle misure e, quindi, di nuovo a una proiezione distorta della dinamica futura del saldo di bilancio» (v. ancora G. PISAURO, *La trasparenza*, cit.).

quelle linee adattive, alla ricerca della crescita del prodotto interno lordo⁴¹, che, a parte le fantasie di *ending growth* e decrescita felice, resta per ora la madre di tutte le terapie.

Inoltre, sarebbe privo di senso tentare di adattarsi a queste esigenze invertendo i processi già in atto di integrazione sovranazionale, ad esempio, “uscendo” dall’euro⁴², semplicemente perché tutte le pressioni della globalizzazione andrebbero direttamente, senza alcuno scudo, a rovesciarsi sullo Stato con effetto devastante. In più, si perderebbe la possibilità di partecipare ai processi di governo multilivello della crisi. Ciò si comprende meglio, se si considera che la traslazione di sovranità verso l’Unione Europea non come un effetto della globalizzazione ma come la risposta a questa, e la costruzione del primato del diritto europeo non come indebito dominio, ma come difesa dei popoli degli Stati membri contro, appunto, l’impatto della globalizzazione⁴³.

6. Matematica e Costituzione. Il ‘nuovo’ articolo 81

Ciclo di bilancio e natura tecnico-matematica delle voci di posta del bilancio sembrano essere la novità assoluta delle riforme post crisi globale, ma non è propriamente così. Quei vincoli esistono da quando si è spezzato, a causa della globalizzazione, il giocattolo dello Stato keynesiano, e Maastricht ne ha certificato semplicemente la fine. Supporre che i vincoli quantitativi, derivino esclusivamente da fonti di rango ‘superiore’ (il diritto europeo, ad esempio) e che quindi si tratterebbe ‘solo’ di trovare modelli procedurali e sostanziali di coordinamento e adattamento⁴⁴, fa perdere di vista una realtà ben più profonda. In questo modo, infatti, si perde l’occasione sia per domandarsi se davvero l’imposizione dei vincoli derivi da una “Europa matrigna” oppure se la spiegazione vada cercata dentro fenomeni materiali più ampi e complessi, che precedono e condizionano la stessa formazione delle fonti giuridiche europee, sia per indagare che cosa, e perché, sta frantumando il diritto pubblico nella forma e nel contenuto in cui lo conosciamo. In termini più semplici, si perde l’occasione per chiedersi se vincoli quantitativi di bilancio valgano, ad un certo grado di sviluppo della storia dell’economia mondiale, anche per gli Stati che non appartengono all’Eurozona o all’Unione Europea.

⁴¹ Sviluppi e analisi giurisprudenziale in F. LOSURDO, *Lo stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell’ordinamento costituzionale*, Torino, 2016.

⁴² A. BAGNAI, *Crisi finanziaria e governo dell’economia*, in *costituzionalismo.it*, 11 gennaio 2012. Non entro qui sull’ovvietà teorica. Rinvio solo a un’efficace risalente sintesi dell’incubo astratto che ci aspetterebbe (A. PLATEROTI, *Uscire dall’euro? Un incubo il day-after*, in *IlSole24Ore* 9 novembre 2011), e all’inferno concreto del Regno Unito nel 2019 A.D.

⁴³ G. GUARINO, *Pubblico e privato nell’economia. La sovranità tra costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1992, p. 21 ss. Cfr. anche J. HABERMAS, *The European Nation-State and the Pressures of Globalization*, in *New Left Review*, 1999, p. 46 ss.; ID., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 2002.

⁴⁴ V. ad esempio, G. RIVOCCHI, *Il governo europeo dei conti pubblici tra crisi economico-finanziaria e riflessi sul sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2011, 24 ss., in cui ampi richiami bibliografici.

Che il novellato l'art. 81 avesse condizionato il principio dell'equilibrio di bilancio a concetti di natura tecnico-economica e matematico-quantitativa fu rilevato non solo in dottrina, ma anche negli ambienti della Corte costituzionale, in contemporanea alla approvazione della legge costituzionale n. 1/2012⁴⁵. Nondimeno, mi preme sottolineare che si sapeva da tempo, ed era rilevato in una miriade di studi scientifici — pochi tra i quali di area giuspubblicistica — che una tale tipologia di vincoli esistesse già di fatto, e non solo per effetto del diritto europeo⁴⁶.

Secondo alcuni critici del nuovo art. 81, più che di materialità matematica si dovrebbe parlare di regolarità giuridica. Il principio di tendenziale equilibrio del bilancio, infatti, sarebbe stato già presente in Costituzione, senza perciò che vi fosse la necessità di formalizzarlo, visto che il valore dell'equilibrio finanziario era ricavato in via interpretativa dalla Corte costituzionale già a partire dal vecchio testo dell'art. 81, mediante una giurisprudenza scansionata in diverse fasi.

In un primo tempo, il principio di equilibrio fu effettivamente usato dalla Corte come interesse costituzionalmente rilevante da tenere in considerazione nel bilanciamento con altri valori costituzionali potenzialmente contrastanti, in particolare quello alla tutela dei diritti fondamentali “che costano”, ma non come parametro di legittimità.

A partire dagli anni '80, in presenza di una diffusa preoccupazione per la tenuta dei conti pubblici segnalata anche da istituzioni di controllo e di garanzia (Banca Centrale e Corte dei Conti in particolare), la Corte costituzionale avvia un particolare *trend* in tema di bilanciamento tra “diritti che costano”, diritti sociali c.d. “condizionati”, ed esigenze finanziarie. In questa fase la Corte ha tuttavia presenti due nuclei “forti” nel suo sindacato: la ragionevolezza e la non arbitrarietà delle scelte compiute dal legislatore, e il “nucleo minimo”, essenziale ed intangibile, di ciascun diritto fondamentale in quanto ambito inviolabile della dignità umana (e come tale incompressibile). A riprova si portano le *tecniche decisorie* usate dalla Corte in questo periodo: a) *rigetto per inammissibilità* della questione di legittimità costituzionale, per salvaguardare la discrezionalità legislativa e la sua riserva politica in materia finanziaria (talora con l'aggiunta di ‘moniti’ al legislatore); b) sentenze *additive di principio*, con cui la Corte rileva l'incostituzionalità di un'omissione legislativa, ma si limita ad ‘aggiungere’ il principio costituzionale che deve trovare applicazione nel

⁴⁵ G. SILVESTRI, il quale (nella *Introduzione* a Corte Costituzionale, *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, Milano, 2014), dopo aver manifestato “preoccupazione” (per le incognite della futura applicazione da parte della Corte della riforma costituzionale del bilancio) evidenziava come il nuovo art. 81 connette il principio dell'equilibrio di bilancio a concetti di natura economica e quantitativa, che non sono adatti a funzionare come parametri nel giudizio di legittimità costituzionale, e sottolineava la grande incognita di come coordinare il vincolo quantitativo di bilancio con la tutela dei diritti sociali, soprattutto quando ciò implica il ricorso a sentenze di spesa.

⁴⁶ A parte le conclusioni propositive, una condivisibile analisi è in O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, cit., *passim*.

perdurare dell'inattuazione legislativa; c) *modulazione degli effetti temporali delle sentenze additive*, limitandone la portata retroattiva mediante incostituzionalità sopravvenuta (sent. n. 266 del 1988, *sull'ordinamento giudiziario militare*).

Successivamente al 2012, dopo la costituzionalizzazione formale del vincolo, l'atteggiamento della Corte diventa curiosamente più 'ondivago' del solito⁴⁷, specie sul terreno di tale modulazione.

Nella sentenza n. 10 del 2015⁴⁸, infatti, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate ma solo *pro futuro*, senza efficacia retroattiva (il termine iniziale di efficacia della declaratoria e□ infatti fatto slittare al giorno successivo alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale, escludendone l'applicabilità anche al giudizio *a quo*): una modulazione degli effetti temporali *senza precedenti nella giurisprudenza costituzionale*, dal momento che le altre pronunce in cui la Corte ha fatto ricorso alla modulazione degli (n. 370/2003, 13/2004 e 423/2004, erano in esito a giudizi attivati in via di azione, e non in via incidentale). E la Corte non motiva questa straordinaria innovazione con il nuovo art. 81, ma si limita a rilevare che la modulazione degli effetti evita “*uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità□ di una nuova manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si e□ obbligata in sede di Unione europea e internazionale*” (p.to 8, in diritto).

Nella sentenza “di spesa” n. 70 del 2015⁴⁹, al contrario, non solo l'art. 81, ma anche i “parametri cui l'Italia si e□ obbligata in sede di Unione europea e internazionale” spariscono come d'incanto, insieme alla sparizione della scelta di modulazione degli effetti temporali, che ricompare però nella successiva sentenza n. 178 del 2015, sotto le spoglie della incostituzionalità 'sopravvenuta', forse a seguito del diluvio di critiche sulla operazione di 'differimento' della sentenza n. 70⁵⁰.

Al netto della inusitata problematica sulla giustiziabilità costituzionale dell'obbligo di equilibrio di bilancio⁵¹, una lettura ragionata del nuovo articolo 81 apre una varietà di possibilità interpretative della

⁴⁷ Ma si tratta di una sindrome costante quando l'opzione politica si gioca sul terreno della ragionevolezza (e anche del bilanciamento): v. per tutti G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

⁴⁸ Sulla cosiddetta *Robin Hood Tax* (art. 81, commi 16, 17, 18 del decreto legge n. 112 del 2008).

⁴⁹ Che dichiara l'illegittimità costituzionale del meccanismo di blocco della rivalutazione automatica delle pensioni di importo complessivo superiore a tre volte il trattamento minimo INPS per gli anni 2012 e 2013, previsto dall'art. 24, co. 25, d.l. n. 201/2011 (“Riforma Fornero”). La sentenza apriva una voragine di bilancio, stimata dal Governo in 17,6 miliardi per il 2015 e 4,4 miliardi per il 2016.

⁵⁰ Anche per riferimenti alla copiosa dottrina, cfr. E. FURNO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale: un'occasione mancata dalla riforma c.d. Renzi-Boschi?*, in *Osservatorio AIC*, 2016, 3, in part. P. 669 ss.

⁵¹ V. ad esempio, G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, dopo aver postulato che «è necessario riscoprire le virtù antiche – speriamo non inattuali – della partecipazione politica e del controllo democratico», conclude che «in questa prospettiva [aumento della partecipazione politica la sostanziale insanzionabilità giuridica della regola del pareggio ... potrebbe apparire addirittura auspicabile». Ma v. G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

costituzionalizzazione delle entità numeriche del ciclo di bilancio⁵². In genere si tratta di interpretazioni anche sofisticate e accuratamente argomentate le quali tuttavia difettano di un presupposto chiave, del quale tratterò nel prossimo paragrafo.

7. Il senso costituzionale delle grandezze quantitative

Il Presidente della Repubblica italiana, Sergio Mattarella nel discorso inviato alla Giornata mondiale del risparmio aveva detto che, insieme alla tutela del risparmio delle famiglie, l'equilibrio dei bilanci pubblici, “è condizione essenziale dell'esercizio della *effettiva sovranità* del paese”.

Mario Draghi, Governatore della Banca Centrale Europea, nell'annuale *speech* al Parlamento Europeo ha ricordato che «un Paese *perde la sua sovranità* quando ha un debito così alto che ogni scelta di politica pubblica deve essere scrutinata dal mercato, cioè da persone che non votano e che sono estranee ai processi di *accountability democratica*».

In queste abbaglianti pillole di saggezza istituzionale è sintetizzato tutto l'inferno di complessità della costituzione economica, e del suo nucleo atomico — la costituzione finanziaria e il processo di bilancio — nella sua attuale fase storica.

⁵² La prima si sostanzia in una *lettura esistenziale*, che si muove proprio intorno alla particolare natura tecnico-quantitativa del bilancio, e le cui tracce si trovano anche nella giurisprudenza della Corte, come ad esempio: a) nella sentenza n. 274 del 2017 (la «elevata tecnicità degli allegati di bilancio e [...] la loro sofisticata articolazione deve essere necessariamente compensata – nel testo della legge di approvazione del rendiconto – da una trasparente, corretta, univoca, sintetica e inequivocabile indicazione del risultato di amministrazione e delle relative componenti di legge»); b) nella sentenza n. 49/2018 (la «evidente aporia [della L.R. Abruzzo n. 16 del 2017] unitamente alla dimensione dei residui attivi e passivi, dei residui perenti e delle cosiddette economie vincolate, rende *le risultanze del bilancio consuntivo in contrasto con l'art. 81 Cost.* poiché connotate da un insieme di dati numerici e di collegamenti normativi privi, nel loro complesso, di attendibilità e coerenza e insuscettibili di essere valutati come credibili, sufficientemente sicuri, non arbitrari o irrazionali (*ex plurimis*, sentenze n. 106 e n. 68 del 2011, n. 141 e n. 100 del 2010, n. 213 del 2008, n. 384 del 1991 e n. 1 del 1966)...le risultanze si manifestano oltretutto in modo ancipite, oscillando tra un segno di senso positivo (avanzo) e uno negativo (disavanzo), peraltro senza alcuna congruenza matematica tra le rappresentate oscillazioni; c) nella sentenza n. 18/2019, p. 4 in diritto («il sistema giustiziale inerente al controllo di legittimità sui bilanci si connota di norme sostanziali, procedurali e processuali che, attraverso reciproche interconnessioni, mirano, da un lato, a supportare gli enti locali impossibilitati a riequilibrare i propri bilanci attraverso le procedure ordinarie, offrendo un'alternativa alla dichiarazione di dissesto e, dall'altro, ad assicurare la necessaria vigilanza-ingerenza, tanto nella fase di approvazione, quanto in quella attuativa»). Ma c'è anche chi, in una prospettiva radicalmente differente, propone una *lettura costituzionalmente orientata* del bilancio e dei processi per la sua redazione (v. ad esempio A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *federalismi.it*, n. 10/2017). In pratica, ciò equivale a suggerire la costruzione giurisprudenziale del bilancio (!), assecondando senza riserve il già intollerabile processo di *judicialization of politics* (un magistrale approccio in A. BARBERA, Magistrale sintesi in A. Barbera, *La Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, in particolare p. 339 ss.; per altri riferimenti, cfr. il mio *Giustizia costituzionale e costituzione finanziaria*, in L. MEZZETTI - E. FERIOLI (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna, 2018, p. 367 ss.). Ma a parte avventatezze di questo tipo, la questione più realistica è: fino a che punto, e soprattutto come, la Corte può accedere e muoversi con sicurezza nei meandri dell'inferno tecnico quantitativo e dell'intreccio di procedure e istituzioni, di taglie e di tempi invalicabili, che caratterizzano il ciclo di bilancio?

In dottrina, c'è chi i processi storici, giuridici ed economici, che fondano questi concetti li descrive, con metodo scientifico, da più di vent'anni, ma è rimasto a lungo *vox clamantis*, forse perché si tratta di teorie sgradevoli, *politically incorrect*.

Io credo che non siano quelle teorie in sé a essere sgradevoli per il *mainstream* del costituzionalismo 'maturo', ma che sia sgradevole (per chiunque) il principio di realtà su cui quelle teorie si fondano. Quel *mainstream*, infatti, è ancorato a processi economici che lo stesso costituzionalismo sociale ha contribuito a legittimare nel tempo. Esso presuppone, come abbiamo già rilevato, una costituzione economica keynesiana e l'interpretazione costituzionale viene fondata ancora su uno specifico tipo di dottrina economica e su uno specifico momento della storia dell'economia materiale, mentre appare sempre più empiricamente evidente che le condizioni storiche nel moto del capitalismo sono radicalmente cambiate. È possibile 'addomesticare' le grandezze quantitative e i vincoli imposti dal mutamento economico al processo di bilancio? È possibile mettere il processo di bilancio nell'alveo di una interpretazione costituzionalmente orientata?

Come sempre i diavoli (o gli dei) stanno nei dettagli.

La tempistica e i contenuti del ciclo della programmazione di bilancio nazionale sono diventati un abisso di complessità, in cui si muovono decine di organismi e si intrecciano centinaia di valutazioni tecnico scientifiche, e all'interno di spazi limitati, decisioni politiche.

In Europa, le fonti giuridiche di questo inferno numerico sono multilivello, e risalgono a Maastricht e alle sue prime attuazioni, passando per tutti gli snodi, dall'introduzione della moneta unica al diritto della crisi e alla nuova *Governance* economica. In un mercato unico, e ancor di più in un'area monetaria unica, la teoria del caos diventa il nucleo più intimo della razionalità e della legittimazione. Anche una piccola e apparentemente trascurabile decisione di spesa in deficit, a Lisbona o ad Amsterdam, a Roma o ad Atene, può avere effetti in tutti i gangli e le reti della macchina multilivello.

Ma non c'è nulla di nuovo sotto il sole. È la stessa macchina di limiti e controlli coesistente a qualsiasi composizione di tipo federale di Stati, il cui paradigma è quello statunitense, che ha anticorpi in più rispetto all'embrione europeo ma ha le stesse, ineluttabili categorie imperative: crescita economica e pareggio di bilancio a livello degli *States*, politica economica, moneta e mercato a livello federale⁵³.

In contesti del genere, la costruzione di ammortizzatori e meccanismi di prevenzione diventano imperativi categorici. Puoi mettergli nome "intenso coordinamento ex ante delle politiche economiche e di bilancio degli Stati membri della UE" e/o "stretta sorveglianza in campo fiscale e macro-economico", ma il succo è quello.

⁵³ Per riferimenti cfr. *supra*, nt. 39.

Il primo di questi ammortizzatori è l'equilibrio di bilancio. Ogni componente della macchina può spendere solo quello che ha prodotto, e può progettare di spendere solo quello che presumibilmente produrrà. Questo significa che crescita economica e prodotto interno lordo sono l'unità di misura delle possibilità per gli Stati di incrementare la loro spesa.

Ma significa anche che la spesa statale deve essere strutturata in modo da massimizzarne gli effetti proprio rispetto a quelle grandezze. La spesa pubblica *deve* essere produttiva. Le pubbliche entrate *devono* essere produttive. Prima e oltre cose come la solidarietà e la socialità. Queste sono grandezze importanti, sono emblemi di civiltà, ma il bilancio non può essere “condizionato” da esse, pena crisi fiscale e irrazionalità di ritorno, e se non si vuole che il sistema economico reagisca con la più terribile delle sanzioni, cioè l'arresto, o persino l'inversione, della crescita economica.

Con un importante corollario. Che il bilancio *non può* essere strutturato sulla base di aspirazioni volontariste — quali welfare, universalismo dei diritti, e tutto quanto è, appunto, civile e politicamente nonché socialmente corretto — ma deve essere redatto, e gestito, su basi prevalentemente tecnico-scientifiche, e di conseguenza, ovviamente in via teorica, il suo controllo appare in larga parte non disponibile sia alla sovranità delle istituzioni rappresentative, sia a quella della Corte costituzionale. E se per le prime la disubbidienza a Bruxelles aprirebbe la scatola nera delle sanzioni, per la seconda avrebbe, ricondotta all'interno delle relazioni con le Istituzioni europee e soprattutto con la Corte di giustizia, il valore sostanziale di una attivazione dei mitologici controlimiti⁵⁴.

Questo effetto quantitativo / tecnico-scientifico, a maggior ragione, è forte dinanzi a un deficit, e ancor di più quando si è di fronte al mix tra deficit di bilancio e elevato debito pubblico e, più forte ancora, in presenza di infrastrutturazione multilivello, regionale/federale, dello Stato.

La misura rilevante al riguardo è l'*indebitamento netto*⁵⁵, che rappresenta il luogo geometrico delle tensioni. Sarà pure una grandezza *virtuale*, ma dietro quei numeri virtuali e astratti ci sono attività amministrative dirette a fornire beni e servizi pubblici, quali assistenza, strade, scuole o ponti. E, soprattutto, quella pura espressione quantitativa è la base giuridica delle regole – e dei processi - di bilancio europei nell'ambito

⁵⁴ Quello che sostanzialmente suggerisce una parte della dottrina, forse senza riflettere abbastanza sulle conseguenze di un conflitto di questo tipo oppure, perché no, desiderandoli, quegli effetti (sul punto, in particolare, O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, cit., p. 473 ss.). Sullo stato dell'arte in materia di nuove tendenze nella valutazione della struttura e della praticabilità dei controlimiti v. F. VECCHIO, *Primato del diritto Europeo e controlimiti come tecniche di relazione tra gli ordinamenti*, in *Mediterranean Journal of Human Rights*, n. 16/2012, p. 317 ss. A mio avviso, parlare di controlimiti nel contesto dell'equilibrio di bilancio in mercato unico e moneta unica, è come testare il funzionamento di un lanciafiamme dentro una polveriera.

⁵⁵ L'indebitamento netto delle pubbliche amministrazioni è definibile come il saldo di contabilità nazionale che include le entrate e le spese di tutti i soggetti che fanno parte delle pubbliche amministrazioni, contabilizzate secondo i criteri di competenza economica definiti da un regolamento europeo in modo uniforme per gli stati membri dell'Unione europea (*Sistema europeo di conti economici integrati* (SEC), adottato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio con Regolamento (UE) n. 549/2013 del 26 giugno 2013).

della sorveglianza sovranazionale del Patto di stabilità e crescita e dei pacchetti collegati di regolazioni e controlli.

In più, *dulcis in fundo*, l'indebitamento netto va a rappresentare il principale oggetto di interesse e giudizio delle *istituzioni della globalizzazione*, sia finanziarie (es. FMI, WB) che di analisi (Ocse), ma anche dei poteri privati della valutazione globale, come le agenzie di rating, dei governi di altri stati, nonché degli investitori e degli operatori finanziari. Quella cifra, in definitiva, insieme all'entità e alla sostenibilità del debito sovrano (misurata dallo *spread*), rappresenta il *curriculum* della *sovranità finanziaria* dello stato, avidamente valutato da qualsiasi soggetto venga invitato a finanziarne le emissioni di titoli di debito.

Un Paese (come l'Italia, ad esempio) con un debito di gran lunga superiore alla ricchezza che riesce a produrre in un intero anno, con un *rollover* annuale di titoli di circa 400 miliardi di euro, è continuamente alla disperata ricerca di finanziatori, che siano disponibili a sottoscrivere un volume enorme di titoli e fornirgli così le risorse per sopravvivere (poter continuare a pagare stipendi, pensioni, medicinali, cantieri). Ma quei finanziatori acquisteranno solo sulla base di quel saldo netto da finanziare, e del corredo di cifre e indicatori che confluiscono nel curriculum dello Stato che, col cappello in mano, bussava alle loro casse. Ignorare quel numero, gli altri numeri connessi, e il grado di potenzialità del loro controllo sarebbe l'equivalente di una roulette russa per popoli e governi. Come non vedere allora che siamo davanti a un nucleo quantitativo, che pone imperativi categorici ai formanti costituzionali degli Stati? Come ignorare che tramite essi l'economia ha effetti costituzionali? Come ostinarsi a rifiutare di ricondurre quegli imperativi nel toolkit della interpretazione costituzionale?

8. Equilibrio di bilancio, ma redistribuzione, invece di Keynes

Il fronte più delicato di una interpretazione costituzionale orientata dalle esigenze di equilibrio quantitativo di bilancio è la linea di stabilizzazione e di avanzamento del sistema dei *diritti sociali*. Il teorema principale, solo emotivamente valido, della copiosa letteratura costituzionalistica critica della 'legge dei numeri' è che questa praticamente farebbe a pezzi quel sistema. Recentemente, si sono sviluppati studi specifici di critica radicale della stessa logica interna dei vincoli numerici di bilancio, sia dal punto di vista della supremazia degli obblighi di intervento sociale dello Stato, sia sotto il profilo della stessa violazione del principio democratico⁵⁶.

Malgrado la dimensione della passione ideale che pervade tale letteratura, devo ribadire che essa è fallace, semplicemente perché il mix tra i meccanismi del capitalismo e la sua globalizzazione "imponesse"

⁵⁶ V. ad esempio C. BERGONZINI, S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri*, cit., (in part. il contributo di A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e la sua forza disgregatrice*, p. 167 ss.).

l'equilibrio di bilancio, ma non impone che questo avvenga a danno delle politiche sociali della democrazia costituzionale.

D'altra parte, è comunque irrazionale — nei confronti della costituzione economica — che queste ultime siano affermate indipendentemente, e a danno, dell'equilibrio di bilancio, costringendo a coperture a debito. Un esempio per tutti. Come si rileva spesso nell'analisi della cosiddetta 'giurisprudenza di spesa', quando il giudice, per tutelare certi diritti, impone lui stesso vincoli di bilancio, che possono essere nuove tasse, nuovo debito o modificazioni della struttura della spesa pubblica, ma che sono tali che nel breve/medio termine potrebbero portare a una diminuzione del prodotto interno lordo, così che quegli stessi diritti diventano ancor più impossibili da tutelare. In tal modo il giudice, malgrado le sue eccellenti 'buone intenzioni', danneggia il bilancio approvato dagli organi rappresentativi, ma danneggia anche l'oggetto stesso della sua pretesa di tutela: infatti la perdita di efficienza del bilancio nei confronti dell'economia potrebbe essere tale da ostacolare la crescita economica e anche, se la sentenza di spesa produce deficit, condurre all'aumento del debito pubblico e dei relativi interessi, misurati su uno *spread* sicuramente in aumento, nella misura in cui le difficoltà di crescita e l'aggravarsi della crisi del debito diminuiscono la fiducia dei finanziatori.

In pratica, con le migliori buone intenzioni, si compie una azione che nel prossimo ciclo di bilancio renderà ancor più difficile erogare diritti sociali. Neanche gli dei, di fronte a questo *loop*, potrebbero farcela. Interrogati, credo che gli stessi dei suggerirebbero che a questo punto le leggi di bilancio le dovrebbero scrivere le Corti⁵⁷.

Che fare, dunque? Sottostare senza reagire alle ferree leggi quantitative dell'economia? Sacrificare i diritti sociali sull'altare dei numeri e dell'equilibrio di bilancio?

Nemmeno per sogno. Se l'equilibrio di bilancio (ma anche la riduzione del debito) è una cosa seria, i diritti vanno tutelati, ma non necessariamente rompendo quell'equilibrio. Ci sono altre strade. Visioni

⁵⁷ Cfr. il mio *Giustizia costituzionale e costituzione finanziaria*, cit., *passim*, ove è richiamato un esempio particolarmente surrealistico, cioè la sentenza costituzionale n. 275 del 16 dicembre 2016 in tema di diritto all'istruzione (e trasporto scolastico) dei disabili. Sulla sentenza cfr. E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, e F. GAMBARDELLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della corte costituzionale*, entrambi in *Nomos*, 1/2017. In generale, A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quaderni costituzionali* 3/2015, 575 ss. Praticamente, la Corte impone alla Regione Abruzzo il finanziamento integrale del trasporto scolastico indipendentemente dai vincoli di bilancio della medesima. Di conseguenza, alle istituzioni rappresentative regionali, strette tra due taglie, non resta che resettare e riallocare le poste in bilancio, sottraendo risorse ad altri impieghi. Se tuttavia si suppone per un momento che quella ripartizione, l'originaria, fosse ottimale per la crescita economica del PIL regionale, la nuova riallocazione presenterà inevitabilmente punti di inefficienza, e farà perdere PIL alla Regione, con la conseguenza — non aggirabile, stante il tenore dell'art. 119 in combinato disposto con l'art. 81 Cost. — che al "prossimo giro" vi saranno meno risorse per finanziare il trasporto scolastico. Questa considerazione mi pare che smonti il pur elegante tentativo di giustificare la decisione della Corte, inquadrandola nel sofisticato, quanto evanescente, teorema del 'bilancio costituzionalmente orientato'.

differenti che immaginano possibile il contemporaneo effetto di erogazione dei diritti sociali e di crescita economica del PIL, in condizioni di equilibrio finanziario. È la stessa scienza economica a dimostrarlo. Trygve Haavelmo, premio Nobel per l'economia, elaborò il “teorema del bilancio in pareggio”, un contributo risalente ma estremamente attuale, in base al quale la manovra di bilancio, cioè una *spesa pubblica aggiuntiva*, è possibile, e fruttuosa, anche in condizioni di pareggio⁵⁸. Come sintetizza molto bene un articolo divulgativo su un giornale specializzato «Haavelmo notò qualcosa che era già insito nella teoria keynesiana del moltiplicatore, e che consiste in questo. Mettiamo che la politica di bilancio voglia essere espansiva e dare una mano all'economia: allora, aumentiamo le imposte di cento e aumentiamo la spesa pubblica di cento. Una manovra “in pareggio”, quindi. Ma come può essere espansiva? Si dà con la mano destra – cento in più di spesa – e si toglie con la mano sinistra – cento in più di tasse. E qui il moltiplicatore soccorre. In media, la gente non spende tutto il reddito. Una parte – la maggiore – la spende, e una parte – minore – la risparmia. Talché, quando il reddito si riduce di 100, la spesa non si riduce di 100, ma, mettiamo, di 90 (se la “propensione al risparmio” è del 10%). Poi questa riduzione di 90 si riverbera su coloro che altrimenti avrebbero ricevuto i soldi della spesa che non è stata fatta, e così via, di giro in giro del moltiplicatore (che in questo caso funziona all'incontrario, “demoltiplicando”). Invece, nel caso della spesa pubblica, non c'è nessuna propensione al risparmio che riduce la spesa. Lo Stato spende 100 e questo 100 è tutto “maggiore spesa”. Coloro che la ricevono poi potranno risparmiarne una parte e i successivi giri del meccanismo di moltiplicazione sono analoghi ai giri della demoltiplicazione vista prima. Ma il “primo giro” è diverso: i cento della spesa pubblica diventano 100 di maggiore spesa, mentre i 100 dell'aumento di tasse diventano solo 90 di minore spesa»⁵⁹.

Ora, se la manovra fiscale viene fatta non ‘orizzontalmente’, senza cioè introdurre *flat taxes*, ma ‘verticalmente’, cioè *incrementando la tassazione dei redditi più alti e delle grandi ricchezze*⁶⁰, l'effetto Haavelmo si materializza, con effetti rilevanti sul PIL⁶¹, e lasciando in mano allo Stato le risorse necessarie per l'intervento sociale. Che poi è quanto è scritto, materialmente, nelle costituzioni economiche postkeynesiane, e, formalmente, in gran parte dei testi delle costituzioni di democrazia pluralista, tra cui mi piace citare il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione italiana: «È compito della Repubblica

⁵⁸ In otto pagine (!): T. HAAVELMO, *Multiplier Effects of a Balanced Budget*, in *Econometrica*, n. 13/1945, p. 311-318. Su H. e anche su questo scritto c'è — come si può immaginare — una letteratura molto copiosa. Si veda anche per riferimenti N. KÆRGÅRD, *Haavelmo and Denmark*, in *Nordic Journal of Political Economy*, n. 37/2012.

⁵⁹ F. GALIMBERTI, *Teorie economiche e verifiche «sul campo»*, in *lSole24Ore*, 8 gennaio 2017.

⁶⁰ E comprendendo anche l'azione di contrasto e di recupero della (criminale) evasione fiscale. In senso (molto) analogo v. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in B. ANDÒ – F. VECCHIO (a cura di), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Padova, 2012, p. 333 ss.

⁶¹ Al netto degli scenari disegnati da V. ORATI, *Eppure con una patrimoniale si potrebbe aumentare il “pil”*, in www.lafinanzasulweb.it/images/old_pdf/economisti_smemorati1.pdf

rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»⁶².

9. Chi garantisce i numeri?

I numeri, le grandezze quantitative, il pareggio di bilancio, dunque, possono coesistere con le finalità sociali del costituzionalismo democratico. Ma quali numeri? Chi li decide? Chi ne controlla il rispetto da parte delle istituzioni rappresentative? Chi garantisce la loro validità scientifica di fronte alle esigenze intricate e complesse del bilancio, specie all'interno di una economia sempre più globalizzata? E, soprattutto, come impedire che attraverso i numeri le stesse istituzioni rappresentative siano fuorviate, o addirittura ingannate?

Un primo 'paletto' potrebbe essere quello del controllo del Capo dello Stato⁶³, che sembra aver subito un discreto processo di potenziamento ma anche di oggettivizzazione parametrica nel corso della presidenza Mattarella, com'è avvenuto nella fase di autorizzazione alla presentazione della legge di bilancio del 2018, attraverso l'invio di rilievi informali al premier Conte mediante lettera, in cui si richiamano il parere negativo reso dall'Ufficio Parlamentare di Bilancio e il parere della Commissione europea sul documento programmatico. In sostanza, si tratta di un ritorno del parametro dell'art. 81 Cost. (come in particolare

⁶² Pertanto, le pur vibranti preoccupazioni di O. CHESSA («Resta però il dubbio se in una costituzione finanziaria che sottrae stabilmente alla politica democratica alcuni importanti strumenti di politica economica, vi sia ancora spazio per il programma costituzionale del "pieno sviluppo della persona umana"», in *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, cit., p. 480) possono attenuarsi. Anche se Chessa ha ragione quando afferma «i vincoli che impongono politiche nazionali di bilancio improntate ad austerità sono tutt'uno coi vincoli di un'unione monetaria priva di unione fiscale: stanno assieme o cadono assieme» (p. 479), è possibile salvare eguaglianza, persona e diritti sociali anche *senza* Keynes, ma anche *senza* violare gli equilibri macroeconomici che, come abbiamo visto, non ci impone *solo* l'Unione, ma costituiscono lo scudo di sopravvivenza nelle giungle del terzo millennio.

⁶³ Si potrebbe, com'è usuale, citare Einaudi, e altri. Ma le bacchettate a parlamenti spendaccioni hanno origini ben più antiche. Così, agli albori del '900, verso la fine della sua amministrazione il Presidente Taft, con un messaggio alquanto dritto al Congresso, stigmatizzava la prassi della formazione spaccettata delle misure finanziarie, praticamente decise in separate sedi da una ventina di commissioni parlamentari tra loro scollegate, costringendo l'Amministrazione in sede di promulgazione a ricucirle in una *crazy-quilt*, «*after official requests had been dragged over the crooked and thorny paths of legislative compromise*», e 'suggeriva' che le decisioni finanziarie in futuro fossero assunte *unitariamente*, in modo da individuare e definire la responsabilità per le proposte che comportano l'aumento della spesa di denaro pubblico (la vicenda è richiamata da F.A. CLEVELAND, *Constitutional Provision for a Budget*, in *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York*, Vol. 5, n. 1, *Revision of the State Constitution. Part 1* (Oct., 1914), p. 141 ss., disponibile in www.jstor.org/stable/1193340. L'A. aggiungeva: «These two efforts to obtain the cooperation of Congress in establishing a budget procedure stand out in four years of President Taft's official life as efforts which received universal approval; even in the face of a bitterly partisan and personal campaign, editorial opinion of all political faiths joined in support of his proposal. Public opinion has reacted in the same way when state and municipal budgets have been proposed. The idea of having some way of presenting a financial plan in a form which can be understood appeals to everyone. Notwithstanding this fact, we are a budgetless people. In the constitutional sense the federal government has no budget; state governments are without budgets; most of our municipalities are without budgets»).

nella prassi delle presidenze Pertini e Cossiga) nel controllo costituzionale del Capo dello Stato, potenziato dall'ingresso di altri parametri "multilivello", che vengono citati e fondati sugli artt. 11, 81 e 117 della Costituzione⁶⁴.

Un secondo versante è quello del controllo della Corte costituzionale, su cui incidono, come già variamente rilevato, sia la tecnicità del sindacato fondato sul nuovo art. 81 Cost. che le ricadute spesso devastanti sull'equilibrio di bilancio delle sue stesse sentenze "di spesa"⁶⁵.

La prima serie di difficoltà riguarda i modi di accesso alla Corte, perché il rimettente deve dimostrare la rilevanza e, dato il valore di nucleo del principio di unitarietà del bilancio, in sede di rinvio incidentale si dovrebbe anche dimostrare di dover applicare ai fini del giudizio *a quo* la legge di bilancio nel suo complesso, cioè *tutte* le sue disposizioni. In pratica, la proposizione «in via incidentale di una questione di

⁶⁴ Cfr. M. FERRARA, *Capo dello Stato, vincoli europei e obblighi internazionali. Nuove mappe della garanzia presidenziale*, Napoli, 2019, in part. p. 127 ss. Che «una parte significativa della partita sul rispetto dei suoi precetti si giocherà al Palazzo del Quirinale [addirittura] prima che al Palazzo della Consulta», lo sostiene M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, disponibile in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Seminario2013_Luciani.pdf

⁶⁵ L'art. 81 si applica anche alle Corti, è una domanda ingenua? Sia consentito rinviare al mio *Giustizia costituzionale e costituzione finanziaria*, cit., in part. p. 374 ss. Se alla luce del discorso finora svolto si esaminano le reazioni in dottrina alla giurisprudenza costituzionale 'di spesa' più recente (ad esempio le citate n. 70 del 2015 in materia di pensioni, e n. 275 del 2016 sul trasporto scolastico dei disabili) si nota che, anche quando esse sono adesive nel merito, esprimono forti dubbi sulla tenuta logica del *reasoning* che caratterizza questa tipologia di decisioni della Corte, sia perché i presupposti valutativi su cui si basano (l'assoluta inviolabilità dei diritti a prestazione, qualunque manifestazione concreta essi assumano, appare «più come un atto di scelta, un'espressione di pura volontà che non come la coerente catena di un ragionamento» A. LONGO, *op. cit.*, p. 11), sia, soprattutto, perché il grande assente del ragionamento della Corte è la *costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio introdotta dalla legge costituzionale n. 1 del 2012*, in un contesto di diritto europeo originario e derivato che eleva le esigenze di *balanced budget a norma generale degli ordinamenti comunitario e interni e a precondizione della stessa esistenza di una Unione Economica e Monetaria*. Paradossalmente, si potrebbe dire che le evoluzioni appena accennate della *higher law* multilivello vedono addirittura una *riduzione brutale* dell'importanza che la Corte attribuisce alle questioni di bilancio nel contesto della tavola dei valori costituzionali rispetto alla sua stessa giurisprudenza più risalente in materia (uno studio eccellente e di ampio respiro, specificamente orientato all'analisi dell'impatto della giurisprudenza costituzionale italiana sulla costituzione finanziaria, è in M. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Torino, 2016). Con la virata argomentativa delle citate sentenze, insomma, è *come se la Corte avesse emesso una sentenza interpretativa di accoglimento di una ipotetica questione di costituzionalità della legge costituzionale 1/2012*, da un lato, e *come se avesse applicato i controlimiti a diritto comunitario della crisi*, dall'altro. Una scelta politica, dunque, della Corte *ma non a fronte di una scelta altrettanto politica del Legislatore*, quanto in rapporto a imperativi e pressioni derivanti direttamente dalla dinamica economica, della crisi e del suo superamento. In sostanza, la corte, attraverso una interpretazione costituzionalmente *disorientata*, ha fatto a pezzi la costituzione finanziaria 'europea' e le regole oggettive, scientifiche, che essa esprime in questa determinata fase storica. Si è appropriata della zona 'politica' delle scelte di bilancio, ma di fronte a un Legislatore che in quella zona *non ha più discrezionalità*. E infatti, anche a voler richiamare quella che può essere considerata una (debolissima) emersione della *political questions doctrine* nell'ordinamento costituzionale italiano, l'articolo 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, è evidente che si sta scavando una galleria inutile, non solo e non tanto perché siamo ormai rassegnati al fatto che la Corte stessa è il decisore di eccezione sulla natura "politica" o meno delle questioni che ha fra le mani (in tal senso l'accurata analisi, in chiave comparata, in C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bologna, 2012), quanto, e soprattutto perché la stessa discrezionalità del Legislatore si assottiglia, fino a scomparire, di fronte agli imperativi imposti dalla dinamica delle grandezze *tecnico-scientifiche* della *Fiscal Constitution*.

legittimità costituzionale per violazione della regola del pareggio si presenta ancor più impervia, per non dire del tutto preclusa»⁶⁶.

Un'altra porta è quella che passa per la Corte dei Conti in sede di controllo, per la quale la legittimazione a sollevare questioni incidentali di costituzionalità in generale, già riconosciuta da risalente giurisprudenza, è stata di recente riconfermata e in una certa misura estesa dentro i nuovi scenari costituzionali degli equilibri dei bilanci pubblici⁶⁷. È immaginabile una apertura verso la legittimazione della Corte dei conti ad impugnare la legge di bilancio in via principale per violazione dell'equilibrio? (in senso conforme cfr. Caravita di Toritto), si noti che ciò consentirebbe un giudizio di legittimità anche più celere.

Quanto alla stessa possibilità di giustiziabilità della regola di pareggio di bilancio, a parte l'impedimento tecnico (il principio dell'equilibrio di bilancio si presta poco o niente ad essere utilizzato come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale), che dovrebbe essere compensato dalla importazione dei dati tecnici, elaborati da Corte dei conti e Ufficio Parlamentare di Bilancio (configurando fenomeni di interposizione tecnica del parametro costituzionale che a mio avviso sarebbero sacrosanti, anche se sicuramente solleverebbero un vespaio dottrinale), non si può non vedere la grossa trave della difficoltà per così dire "organizzativa": la Corte costituzionale non dispone di una attrezzatura tecnico-scientifica propria né di un organismo interno di natura tecnica; essa, insomma, non è dotata di strumenti conoscitivi adeguati a valutazioni di tipo quantitativo contabile per l'accertamento sul rispetto del pareggio strutturale di bilancio e, ad esempio, sulla "grave recessione economica"⁶⁸ o "crisi finanziaria" che legittimano lo scollamento dal pareggio e il ricorso all'indebitamento⁶⁹.

⁶⁶ Per tutti v. G. SCACCIA, *La giustiziabilità*, cit.

⁶⁷ Sentenza n. 18 del 19 febbraio 2019, che aggiunge a mio avviso importanti tasselli di conferma all'interpretazione del nuovo art. 81 condotta in questa sede. «La procedura di prevenzione dal dissesto degli enti locali - afferma la Corte — è costituzionalmente legittima solo se supportata da un piano di rientro strutturale di breve periodo. Il legislatore statale - sulla base dei principi del federalismo solidale - può destinare nuove risorse per risanare gli enti che amministrano le comunità più povere ma non può consentire agli enti, che presentano bilanci strutturalmente deficitari, di sopravvivere per decenni attraverso la leva dell'indebitamento. *Quest'ultimo deve essere riservato, in conformità all'articolo 119, sesto comma, della Costituzione, alle sole spese di investimento*». In sostanza la Corte applica, grazie al canale di accesso aperto all'organo di controllo amministrativo-contabile, la regola dell'equilibrio, dichiarandone la violazione, ma non solo. Essa intravede nella violazione del pareggio di bilancio *una violazione dell'equità intergenerazionale* (trasferimento del carico di copertura mediante debito alle future generazioni) nonché del *principio di rappresentanza democratica*, in quanto la spesa in deficit maschera i risultati delle politiche pubbliche, sottraendo agli elettori la possibilità di un giudizio. Per una valorizzazione anche *de jure condendo* del ruolo della Corte dei Conti in materia di tutela dell'equilibrio di bilancio: B. CARAVITA DI TORITTO, *Sulla vocazione del nostro tempo per una riforma della Corte dei Conti e la ricostruzione unitaria delle sue funzioni*, in *federalismi.it*, n. 9/2012.

⁶⁸ Descritta dalla legge (rinforzata) n. 234 del 2012 come "situazione caratterizzata da un tasso di crescita negativo del Pil in termini reali o una diminuzione cumulata della produzione durante un periodo prolungato di crescita molto bassa rispetto a quella potenziale".

⁶⁹ Sarà comunque avvincente vedere se e come la Corte rileverà e valuterà la macroscopica dissociazione dal principio di pareggio (finanziamento a deficit di spesa corrente e violazione della 'regola aurea' santificata nella sentenza 18/2019) nel bilancio votato a maggioranza assoluta dal Governo Conte.

La Corte, pur nel suo atteggiamento ondivago finora esibito ha assunto di volta in volta decisioni che presentano una parte assiologica variabile, con una tendenza garantista dei diritti sociali che coabita con un'anima maggiormente restrittiva, e una tecnica in cui essa tende a importare dati economici. Di conseguenza, *de jure condendo*, si potrebbe pensare, ad esempio, alla istituzione di un organismo tecnico-contabile interno alla Corte, con un ritorno a un controllo fisiologico, limitato ai limiti esterni dell'ambito di discrezionalità di Governo e Parlamento, con una valutazione di non manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte di bilancio, sulla base del raffronto con i dati tecnici eventualmente acquisiti. D'altra parte, considerato anche il fallimento di un'esperienza di questo tipo, non vedo alcuna motivazione razionale per cui il compito di fornire dati e certezze scientifiche alla Corte non potrebbe essere assegnato all'Ufficio Parlamentare di Bilancio⁷⁰.

D'altra parte, *de iure condito*, è comunque auspicabile che essa faccia ricorso formale ai poteri istruttori e alle consulenze tecniche aventi fondamento nell'art. 26, secondo comma, del Reg. Gen. Corte, il quale rimette all'Ufficio di Presidenza la possibilità di affidare l'esame l'istruttoria di talune materie aventi carattere tecnico a commissioni consultive o organismi aperti alla partecipazione di soggetti esterni alla Corte⁷¹.

⁷⁰ Sarebbe un modo per far transitare, pur se in un terreno estremamente delicato, le grandezze scientifiche dentro la proceduralizzazione del giudizio costituzionale. Si deve ovviamente intervenire sul processo argomentativo, sulle *motivazioni* delle decisioni rilevanti per il bilancio; non solo, naturalmente, per la Corte, ma anche per il decisore politico, per il quale, tuttavia, una fitta rete di condizionamenti tecnico-scientifici già esiste (documenti economico-finanziari dei Dipartimenti del Tesoro, report della Corte dei Conti, pareri dell'UPB, letteratura scientifica, documentazioni di autorità tecniche, nazionali o internazionali, indipendenti e autorevoli (OCSE, Banca Centrale, FMI, etc.) e soprattutto quelle 'forti' del diritto sovranazionale (Commissione europea). Ma se nulla si può oggi 'imporre', alla Corte, nemmeno si può più fare affidamento sul solo *self restraint*, che occorre in qualche modo forzare. Messe da parte le reazioni 'estreme' (dalla 'disubbidienza' del Legislatore a pericolose manipolazioni del quadro costituzionale esistente in materia di struttura e procedure), sul tappeto le idee sono ancora poche, e probabilmente anche deboli, ordinate su tre livelli di intervento : a) un rafforzamento dei poteri istruttori della Corte; b) l'introduzione della *dissenting opinion*; c) l'attribuzione di un potere esplicito di modulazione degli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità. Non è un gran che. La modulazione degli effetti retroattivi la Corte l'ha già, pur sorprendentemente, assorbita tra i suoi poteri, con la sentenza n. 10/2015 sulla Robin Tax e dunque la riforma non fa altro che positivizzare qualcosa che è già accaduto, con un minuscolo effetto, se si vuole, di 'suggerire' alla Corte di applicar la modulazione il più frequentemente possibile, in vista della protezione degli equilibri finanziari già assestati. Toccherà comunque ai governi arrabattarsi per trovare le risorse future adeguate alla copertura della voragine, più o meno ampia, che la prossima sentenza aprirà. D'altra parte, l'opinione dissidente potrebbe pure avere qualche effetto, consentendo di individuare in forma pubblica i giudici 'spendaccioni' e quelli 'finanziariamente virtuosi'. Il *self restraint* potrebbe uscire, anche se in misura minima, dal suo limbo personale. In più, va detto che si tratta di un istituto importante non solo per la giurisdizione di spesa, ma anche, e forse maggiormente, nei confronti di sentenze su argomenti più socialmente 'sensibili'. Maggiore senso invece, avrebbe l'introduzione di un'area istituzionalizzata di expertise scientifica e neutrale di valutazione economico-finanziaria, che potrebbe essere utile alla Corte non solo per tenere sotto controllo la legislazione finanziaria delle istituzioni rappresentative, ma anche per tener a freno sé stessa.

⁷¹ La norma, precisamente, dispone che «L'Ufficio di Presidenza può affidare a singoli Giudici o a commissioni di Giudici, anche con la partecipazione di esperti estranei, compiti istruttori per oggetti specifici; può inoltre nominare commissioni a carattere tecnico con compiti consultivi».

Uno di tali organismi potrebbe appunto essere identificato nell'Ufficio Parlamentare di Bilancio (UPB)⁷². Tale evenienza era formalmente introdotta in una proposta di legge della passata legislatura (XVII Legislatura, Atto Senato n. 1952, “Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale”), con l’idea, come afferma la ottima relazione, di inserire nella legge che disciplina il funzionamento della Corte costituzionale «alcune disposizioni con le quali si dà la facoltà alla Corte stessa di disporre ordinanze istruttorie ai fini dell’acquisizione di dati e informazioni ...; in particolare si prevede che, qualora la soluzione della questione di costituzionalità possa implicare maggiori oneri o minori entrate per la finanza pubblica, la Corte, anche su richiesta dell’Avvocatura generale dello Stato o del rappresentante della Regione interessata, ha la facoltà di chiedere all’Ufficio Parlamentare di Bilancio una relazione sugli effetti finanziari dell’eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni oggetto dell’istanza o del ricorso». Anche in assenza di una riforma legislativa di questo tipo, tuttavia, la Corte a mio avviso potrebbe già disporre in base all’art. 46 del suo Regolamento l’acquisizione di pareri dell’Ufficio Parlamentare di Bilancio⁷³.

Penso che l’avvio di una tale prassi sarebbe estremamente opportuno. L’UPB — istituito in attuazione di indirizzi europei dalla legge n. 243 del 2012 — è un «organismo indipendente per l’analisi e la verifica degli andamenti di finanza pubblica e per la valutazione dell’osservanza delle regole di bilancio» (articolo 16, comma 1), che ha come principali compiti quelli di validazione delle previsioni macroeconomiche ufficiali, valutazione del quadro di finanza pubblica e degli effetti dei principali provvedimenti, nonché effettuare analisi, verifiche e valutazioni in merito, tra l’altro, all’impatto macroeconomico dei provvedimenti di maggior rilievo, agli andamenti di finanza pubblica, alla sostenibilità della finanza pubblica nel lungo periodo. Sebbene le particolari caratteristiche dei *Fiscal Council* non consentano di assimilare l’UPB alle autorità indipendenti, la loro natura è quella di un *organismo indipendente ausiliario delle Camere* (ma, data la natura scientifica dei suoi prodotti, utile non solo alle Camere ma anche ad altri organi costituzionali, come Presidente della Repubblica e Corte costituzionale), previsto da una legge

⁷² Tra i primi a proporre tale soluzione, in un convegno del 2013, M. LUCIANI, *L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit. Sull’UPB si vedano: P. MAGARÒ, *L’Ufficio Parlamentare di Bilancio*, in A. GIOVANNELLI (a cura di), *Aspetti della governance economica nell’UE e in alcuni Stati dell’Unione*, Torino, p. 93 ss.; C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Napoli, 2014; Y. GUERRA, *Alcuni spunti di riflessione sull’Ufficio Parlamentare di Bilancio*, in *Forum di Quaderni costituzionali* 3 maggio 2016, e V. TONTI, *L’istituzione dell’Ufficio Parlamentare di Bilancio nel contesto internazionale ed europeo della governance economica*, Torino, 2018. Si vedano inoltre D. CAPUANO - E. GRIGLIO, *La nuova governance economica europea. I risvolti sulle procedure parlamentari italiane*, in A. Manzella e N. Lupo, *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 227 ss. Una revisione comparativa in R.M.W.J. BEETSMA - X. DEBRUN - X. FANG - Y. KIM - V. DUARTE LLEDO - S. MBAYE - X. ZHANG, *Independent Fiscal Councils: Recent Trends and Performance*, IMF Working Papers, 23/5/2018, in www.imf.org/~/media/Files/Publications/WP/2018/wp1868.ashx.

⁷³ In tal senso, mi pare, Y. GUERRA, *Alcuni spunti di riflessione sull’Ufficio Parlamentare di Bilancio*, cit., p. 12 ss.

costituzionale, avente una propria soggettività giuridica di diritto pubblico che si manifesta nell'autonomia organizzativa e regolamentare, la cui collocazione nell'ambito del Parlamento non è "organica" ma "funzionale"⁷⁴.

Attraverso l'expertise di questo organismo "scientificamente indipendente", la Corte potrebbe acquisire gli elementi quantitativi necessari per valutare 'oggettivamente' le condizioni di bilanciamento tra diritti e finanza, e conoscere le implicazioni macroeconomiche rilevanti ai fini del rispetto dell'articolo 81 della Costituzione e, in particolare, del principio di sostenibilità del debito pubblico, a fronte del mulinello di numeri che ruota intorno alla costruzione del bilancio.

Lo scopo infatti è quello di schivare quanto più possibile errori nella stima di grandezze numeriche, le quali come abbiamo detto più sopra, sono per loro natura incerte, e l'unico modo per farlo è mettere le stime ufficiali a confronto con quelle effettuate da organismi indipendenti, secondo un modello analogo a quello della *peer review*: «non si tratta di evitare che le stime siano "sbagliate" – in un mondo incerto non vi è modo di ottenere questo risultato – bensì di fare in modo che la *previsione (o la stima) ufficiale* non sia sistematicamente diversa da quella ottenuta da un *previsore esterno* che dispone delle stesse informazioni»⁷⁵.

⁷⁴ V. TONTI, *L'istituzione dell'Ufficio parlamentare di Bilancio*, cit, p. 174 s.

⁷⁵ G. PISAURO, *La trasparenza di un bilancio incerto*, cit.



Garanzie e limiti costituzionali del diritto alla cogestione delle aziende: la sostenibilità di equivalenti italiani alla Mitbestimmung*

di Jörg Luther

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”

Sommario: **1.** Le opzioni della reinterpretazione. **2.** L’interpretazione genealogica: l’ambiguità originaria del costituzionalismo a fronte di miti ingombranti e inerzie accomodanti. **3.** L’interpretazione neorealista: un diritto economico costituzionale morente? **4.** L’interpretazione neoidealista: il risveglio di una bella norma addormentata? **5.** Per un’interpretazione mista, critica e costruttiva della cogestione come garanzia di resilienza nell’economia di mercato sociale europea.

1. Le opzioni della reinterpretazione

Tra i diritti e doveri dei cittadini nei rapporti economici si trovano, in questo ordine, i diritti del lavoro, dell’iniziativa economica e della proprietà. Seguono alcune disposizioni contenenti di obiettivi di azione dello Stato che disegnano una piccola costituzione economica: l’opzione delle nazionalizzazioni e socializzazioni (art. 43), i doveri e dall’obbligo di protezione particolare della proprietà terriera (art. 44), la protezione speciale della cooperazione e dell’artigianato (art. 45). La penultima garanzia (art. 46 Cost.) precede la tutela del “risparmio in tutte le sue forme”, come se i vantaggi della cogestione possano produrre risparmi dei lavoratori e dei gestori tali da dare luogo al “diretto indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese.” (art. 47).

“Ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende.”

Si tratta di una disposizione che attua a prima vista il principio fondamentale della solidarietà, con doveri economici e sociali vuoi dei proprietari nei confronti dei lavoratori, vuoi dei lavoratori tra loro e forse anche nei confronti delle aziende (art. 2) nonché il principio fondamentale dell’eguaglianza nella parte in cui promuove la “effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, sociale ed economica del paese” (art. 3 co. 2). Tuttavia, risulta a lungo negletta dalla dottrina costituzionale, tagliata anche dai più recenti manuali di diritto del lavoro e diffidata dalle rappresentanze politiche e sindacali dei lavoratori.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Può considerarsi forse troppo tedesca, anzi weimariana¹, forse attuata solo tramite l'integrazione sovranazionale, certamente minacciata dagli effetti della globalizzazione. Al fine di ricostruire e valutarne le difficoltà e prospettive di attuazione o abbandono, anche di riforma o cancellazione, questo contributo propone un esperimento di interpretazioni alternative supportate da argomenti storici e comparativi. La prima lettura sarà una rivisitazione della genealogia che evidenzia la volontà e le difficoltà dei padri costituenti di superare l'ideologia e le istituzioni fasciste (2.). La seconda sarà un'interpretazione neorealista mortificante, (3.), la terza un'interpretazione neoidealista (4.), la conclusione un'interpretazione critica e modesta (5.).

2. L'interpretazione genealogica: l'ambiguità originaria del costituzionalismo a fronte di miti ingombranti e inerzie accomodanti

In un commentario di sintesi dei lavori preparatori della Costituzione degli anni settanta si mette in primo piano l'idea del "rinvio" alla legge con il quale il relatore socialista Ghidini aveva cercato di accentuare il carattere programmatico e il contenuto aperto dell'art. 46 Cost.. Pur preferendo "collaborazione" a "partecipazione" alla gestione, "la Commissione intese di non pregiudicarne il carattere, e cioè se si dovesse trattare di compartecipazione consultiva oppure deliberativa, classista oppure collaborativa, partecipazione all'amministrazione oppure alla direzione".² L'approvazione dell'emendamento Gronchi e Fanfani costruiva un consenso più morbido rispetto alla proposta di Togliatti di garantire "organi per l'esercizio di un controllo sulla produzione, da parte dei lavoratori di tutte le categorie e nell'interesse della collettività"³ e ad altre proposte, criticate anche da Einaudi, di garantire una obbligatoria partecipazione agli utili. Si può fare, era il messaggio dei costituenti, ma il legislatore vedrà come. Nell'ottica storica, l'idea dell'ambiguità di un compromesso solo dilatorio è prevalsa a lungo e sembra aver avuto effetti paralizzanti sull'attuazione della disposizione in oggetto.

Tuttavia, in principio non fu la parola del rinvio, ma il congelamento dell'azione. Il Comitato di Liberazione Nazionale per l'Alta Italia, uno dei quattro governi provvisori operanti in Italia alla fine della guerra, aveva decretato in data 17 aprile 1945 l'istituzione di "Consigli di gestione", da un lato per promuovere i propri comitati aziendali, dall'altro lato per assorbire i comitati previsti dal Decreto Legislativo del 12 febbraio 1944, n. 375, intitolato "Socializzazione delle imprese", della Repubblica

¹ Cfr. soltanto A. IANNI, *Il modello tedesco della cogestione nell'impresa. Cronaca comparatistica di un diritto societario conformato in senso lavoristico*, le ricerche 2015, 396ss.

² V. FALZONE et al., *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano 1976, 151.

³ Togliatti, *Discorsi parlamentari I*, Roma 1984, 76.

Sociale Italiana⁴, passando dalla nomina corporativa da parte dei sindacati fascisti a quella delle forze della resistenza.⁵ Il precedente fascista non era stata un'imposizione del governo nazista di Berlino, che a sua volta aveva sciolto i consigli di azienda weimariani sin dal 1934, ma forse era non del tutto malvisto dalle forze militari tedesche occupanti che avevano appoggiato peraltro prime forme di compartecipazione dei lavoratori alle imprese di valore strategico durante la prima guerra mondiale (Gesetz des Vaterländischen Hilfsdienst, 1916).

Anche senza voler affermare una continuità dell'art. 46 rispetto al pensiero fascista, non si può non ricordare che i consigli di gestione del 1944 avevano un disegno e un ruolo strategico nei progetti di costituzione della Repubblica Sociale Italiana del 1943. Gestione significava allora "Führung", un governo personalizzato che poteva ingerirsi nell'amministrazione. Sotto il titolo "la gestione socializzata dell'impresa" si intendeva socializzare "la gestione dell'impresa, sia essa pubblica che privata": "Ad essa prendono parte diretta coloro che nell'impresa svolgono, in qualunque forma, una effettiva attività produttiva." (art. 125). Ogni impresa doveva avere un capo, "responsabile di fronte allo Stato, politicamente e giuridicamente, dell'andamento della produzione e della disciplina del lavoro nell'impresa", e nominato in quelle pubbliche dal governo (art.127), in quelle private dall'imprenditore (art. 128). Nelle aziende pubbliche, un "Consiglio di gestione eletto dai lavoratori dell'impresa, operai, impiegati tecnici" "decide su tutte le questioni inerenti all'indirizzo e allo svolgimento della produzione dell'impresa nel quadro del piano unitario nazionale determinato dalla Repubblica a mezzo dei suoi competenti organi; forma il bilancio dell'impresa e delibera la ripartizione degli utili determinando la parte spettante ai lavoratori; decide sulle questioni inerenti alla disciplina e alla tutela del lavoro" (art. 129). Nelle imprese private, "i rappresentanti degli operai, impiegati e tecnici dell'impresa in numero non inferiore a quello dei rappresentanti eletti dall'assemblea dei portatori del capitale sociale" partecipavano agli organi statutari collegiali (art. 130), mentre in quelle a governo monocratico con almeno 50 dipendenti veniva costituito un consiglio che "collabora col titolare dell'impresa e con l'amministratore unico alla gestione dell'impresa. Deve esser sentito per la formazione del bilancio e per le decisioni che importino trasformazione della struttura, della forma giuridica e dell'oggetto dell'impresa." (art. 131) "In ogni impresa, che occupi più di dieci lavoratori, si costituisce il consiglio di fabbrica, eletto da tutti gli operai,

⁴ Per effetto del decreto legislativo del duce del 24 giugno 1944, n.382 entrato in vigore il 30. 6. 1944. L'abrogazione fu disposta in data 25 aprile 1945 dal Comitato di Liberazione Nazionale.

⁵ L.P. D'ALESSANDRO, *I Consigli di gestione: aspirazioni della Resistenza e norme costituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2018, 119-147; id., *Lavoro, democrazia e nuove forme di cittadinanza: la partecipazione dei lavoratori in una prospettiva storica*, in *Giornale di storia costituzionale* 2018, 109-124; S. MUSSO, *Esperienze storiche di partecipazione: i Consigli di Gestione nel secondo dopoguerra*, in G. AMARI (a cura di), *I consigli di gestione e la democrazia industriale e sociale in Italia*, Roma, 2014, 23ss.; id., *La partecipazione nell'impresa responsabile*, Bologna, 2009.

impiegati e tecnici, il quale partecipa alla formazione dei regolamenti interni e alla risoluzione delle questioni che possano sorgere nella loro applicazione.” (art. 132).⁶

Queste disposizioni di una Costituzione mai approvata, né anticipata nelle esperienze di governo della R.S.I, cercavano di sviluppare i propositi del programma del Partito Nazionale Fascista del 1921 di creare a favore delle classi lavoratrici e impiegatizie “una rappresentanza dei lavoratori nel funzionamento di ogni industria, limitatamente per ciò che riguarda il personale” e di affidare la “gestione di industrie o di servizi pubblici ad organizzazioni sindacali che ne siano moralmente degne e tecnicamente preparate”. Questa rappresentanza istituzionale non garantiva diritti, ma serviva a rendere le istituzioni funzionali e a fare prevalere i doveri etico-sociali di un lavoro dignificante.⁷

L’antifascismo costituente forse non ignorò queste idee costituzionali del fascismo, ma sapeva anche che non erano originarie del fascismo, piuttosto un’utopia concreta più risalente nel tempo e più diffusa nello spazio europeo. Un fatto storico del primo dopoguerra era stato infatti l’istituzione dei consigli di fabbrica a Torino nel 1919, esaltata sulle pagine dell’Ordine Nuovo da Gramsci, secondo il quale i delegati delle squadre e dei reparti potevano decidere “il controllo sul personale tecnico, il licenziamento di dipendenti che si dimostrano nemici della classe operaia, la lotta con la direzione per la conquista dei diritti e libertà, il controllo della produzione dell’azienda e delle operazioni finanziarie.”⁸

L’idea di una democrazia dei consigli dei lavoratori era stata propagata e praticata in particolare anche nelle rivoluzioni europee del 1917-18. In Russia, il quinto alinea della parte introduttiva del “codice del lavoro” della repubblica russa sovietica prometteva: “in tutte le imprese ed economie che impiegano il lavoro come cooperazione organizzata, deve essere concessa ai lavoratori sotto la guida dell’autorità del soviet centrale la massima autoamministrazione...”. In Austria fu Otto Bauer a ottenere la prima legge sull’istituzione Betriebsräte del 19. 5. 1919 che avevano il compito di “svolgere e promuovere gli interessi economici, sociali e culturali di operai e impiegati, senza turbare l’azienda”.⁹

In Germania, i consigli di fabbrica avevano avuto precedenti già nelle rivoluzioni del 1848 ed erano stati istituzionalizzati nella forma di “comitati operai”. Nell’assemblea nazionale della Pauluskirche di

⁶ Documento tratto da <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/repubblica.htm>

⁷ Cfr. anche l’art. 6 del Progetto di Costituzione del Carnaro de Ambris del 1920: “La Repubblica considera la proprietà come una funzione sociale, non come un assoluto diritto o privilegio individuale. Perciò il solo titolo legittimo di proprietà su qualsiasi mezzo di produzione e di scambio è il lavoro che rende la proprietà stessa fruttifera a beneficio dell’economia generale.”

⁸ A. GRAMSCI, *Il movimento torinese dei Consigli di Fabbrica e Il movimento comunista a Torino*, in *International Gramsci Journal*, 2(2), 2017, 32: Il Consiglio di fabbrica deve nascere secondo un principio industriale, in modo che la classe operaia abbia una immagine della Società comunista quale sarà realizzata attraverso la dittatura proletaria, della Società senza divisioni di classi, in cui i rapporti tra gli uomini saranno dei puri rapporti di tecnica della produzione e non più rapporti di forza organizzata in uno Stato.”

Available at: <http://ro.uow.edu.au/gramsci/vol2/iss2/4>

⁹ Cfr. Il testo originale in <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=sgb&datum=19190004&seite=00000651>

Francoforte del 1848 era stato presentato un emendamento all'ordinamento delle industrie che prevedeva l'istituzione di "comitati di fabbrica". L'istituzione dei consigli era stata realizzata prima su base volontaria, legalizzata da una riforma nel 1889, trasformata nel 1892 in strumento di adempimento degli obblighi di consultazione sui regolamenti aziendali nella legge mineraria prussiana, resa obbligatoria nella legge mineraria bavarese del 1900 e in quella prussiana del 1905, infine estesa alle imprese di valore strategico da una legge imperiale del 1916. Sin dall'inizio fu oggetto di controversie nel movimento operaio.¹⁰ Sotto la pressione delle esperienze rivoluzionarie dei consigli degli operai e dei soldati, l'idea di estendere il regime obbligatorio a tutte le categorie era stata inserita poi da Hugo Sinzheimer come formula di compromesso nell'art. 165 della Costituzione di Weimar: *"Per la tutela dei loro interessi sociali ed economici, operai e impiegati ottengono rappresentanze legali nei consigli operai d'azienda e in consigli operai distrettuali, articolati per settori economici, e in un consiglio operaio dell'impero."* La legge del 4. 2. 1920 sui consigli d'azienda dava immediata attuazione alla prima parte di una vera e propria "costituzione del lavoro", dai giuslavoristi e costituzionalisti di sinistra in parte criticata come inganno in parte lodata come strumento di trasformazione in grado di disegnare un nuovo diritto sociale del lavoro.¹¹

Nelle sue lezioni bocconiane del 1919, Giuseppe Prato aveva inserito anche tra le rivendicazioni italiane per lo Statuto dell'OIL il "diritto di controllo degli operai sulle aziende; loro partecipazione alla formazione dei regolamenti di fabbrica".¹² Essendo "controllo" tuttavia una nozione piuttosto ambigua che oscilla tra la semplice funzione di garanzia e la più ambiziosa funzione di governo, l'idea di rendere i consigli uno strumento su scala internazionale non ottenne una maggioranza nemmeno all'interno del federalismo internazionale dei sindacati.

In sintesi, la scelta dei costituenti italiani in questo contesto storico era pertanto percepibile e criticabile a) come imitazione di un progetto costituzionale fascista, b) come rievocazione del mito rivoluzionario comunista dei soviet, c) come recezione di un modello istituzionale prussiano e austriaco¹³ socialconservatore, d) come surrogato del mancato riconoscimento internazionale di un nuovo diritto di indirizzo e controllo o, addirittura, di autogestione delle fabbriche. Tutte interpretazioni non certo favorevoli all'attuazione di una disposizione rimasta molto più vaga.

¹⁰ A. Bebel criticò nel 1891 il sistema dei consigli come foglio di fico che nasconderebbe il feudalismo delle fabbriche: "Das System von Arbeiterausschüssen .. ist ein scheinconstitutionelles Feigenblatt, mit dem der Fabrikfeudalismus verdeckt werden soll." Cfr. W. FRIEDRICH, J. RÜCKERT, *Betriebliche Arbeiterausschüsse in Deutschland*, in: N. HORN, J. KOCKA (eds.), *Recht und Entwicklung der Grossunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, Göttingen 1979, 143.

¹¹ K. KORSCH, *Arbeitsrecht für Betriebsräte* (1922), Frankfurt 1968, 144.

¹² <http://fondazionefeltrinelli.it/schede/verso-una-carta-del-lavoro-mondiale-giuseppe-prato/>

¹³ Cfr. la legge austriaca sui consigli d'azienda del 28. 3. 1947.

Non rimase sola, perché il modello viennese e weimariano, fu comunque recepito anche in altre costituzioni del secondo dopoguerra. Nel sud della Germania, l'art. 23 della Costituzione del Württemberg-Baden riproduceva il modello weimariano. L'art. 37 della costituzione del Land di Hessen del 1946 lo reinterpreta: "Impiegati, operai e funzionari in tutte le aziende e in tutte le autorità ottengono con la partecipazione dei sindacati delle rappresentanze aziendali generali, elette dai lavoratori in elezioni universali, eguali, libere, segrete e dirette. Le rappresentanze aziendali sono chiamate, di concerto con i sindacati e in condizioni di parità con gli imprenditori, a concorrere alle determinazioni su questioni sociali, personali ed economiche dell'azienda."¹⁴ L'art. 96 della Costituzione dell'allora Land del Württemberg-Hohenzollern del 1947 cercava di definire i limiti della *Mitbestimmung*: "Gli operai e gli impiegati sono legittimati a partecipare, in comunità con l'imprenditore, a partecipare all'amministrazione, all'organizzazione e allo sviluppo dell'azienda. La disciplina dei rapporti di lavoro e di retribuzione è principalmente oggetto di una collaborazione con gli imprenditori fondata sul riconoscimento e sul rispetto reciproco. Nella disciplina della collaborazione dei lavoratori con gli imprenditori devono essere tenuti in considerazione le esigenze particolari delle imprese piccole e medie. Se indirizzata verso il progresso, la libera deliberazione degli imprenditori di tali aziende non deve essere ostacolata."¹⁵

Nella quarta repubblica francese, il preambolo della costituzione del 1946 garantiva a ogni lavoratore: "Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises."

A questi testi costituzionali si sono ricordati esperienze in parte divergenti quali la *Mitbestimmung* aziendale e d'impresa in Germania, rafforzata più dalla legislazione degli anni settanta che non dalla contrattazione collettiva o dalla giurisprudenza,¹⁶ e la partecipazione di tipo più consultiva del comité d'entreprise francese. In Francia, il diritto dei lavoratori alla nomina di propri rappresentanti in seno al

¹⁴ „Angestellte, Arbeiter und Beamte in allen Betrieben und Behörden erhalten unter Mitwirkung der Gewerkschaften gemeinsame Betriebsvertretungen, die in allgemeiner, gleicher, freier, geheimer und unmittelbarer Wahl von den Arbeitnehmern zu wählen sind. Die Betriebsvertretungen sind dazu berufen, im Benehmen mit den Gewerkschaften gleichberechtigt mit den Unternehmern in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Fragen des Betriebes mitzubestimmen.“

¹⁵ "Die Arbeiter und Angestellten sind berechtigt, in Gemeinschaft mit dem Unternehmer an der Verwaltung, Gestaltung und Entwicklung des Betriebes teilzunehmen. Die Regelung der Arbeits- und Lohnverhältnisse bildet vornehmlich den Gegenstand der auf gegenseitigem Vertrauen und gegenseitiger Anerkennung und Achtung beruhenden Zusammenarbeit mit den Unternehmern. Bei der Regelung der Zusammenarbeit der Arbeitnehmer mit den Unternehmern sind die besonderen Bedürfnisse der Klein- und Mittelbetriebe zu berücksichtigen. Der auf Fortschritt gerichtete freie Entschluß der Unternehmer solcher Betriebe darf nicht gehemmt werden."¹⁶

¹⁶ Cfr. al riguardo la critica della Habilitationsschrift sul „diritto fondamentale alla cogestione“ di W. DÄUBLER, *Das Grundrecht auf Mitbestimmung*, Frankfurt 1973, 506: "Una espansione della negoziazione collettiva e quindi una cogestione "non istituzionale" sul modello statunitense o italiano presupporrebbe una trasformazione del diritto dei contratti collettivi in Germania; la sua realizzazione sarebbe ostacolata da rilevanti deficit di informazione sul lato dei lavoratori e dalla necessità di una permanente disponibilità al conflitto."

conseil d'administration o al conseil de surveillance è legato all'esistenza di una partecipazione pubblica nella società, anche solo temporanea, ai sensi dell'art. 8-1, legge n. 86-912 del 1986, nonché nella société anonyme che operano in mercati regolamentati, se più del 3% del capitale azionario è in mano ai lavoratori (art. L225-79 C. comm).

In Italia si affermò invece un'interpretazione riduttiva e distaccata, sostenuto dopo l'attivazione delle rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 19 dello Statuto dei lavoratori del 1970 ad es. da Gino Giugni, secondo il quale “una partecipazione alle decisioni di impresa può aversi anche senza forme istituzionali dirette a questo scopo”.¹⁷ Se si prescinde dal mondo delle cooperative e delle imprese sociali¹⁸, la gestione come strumento di un “costituzionalismo del lavoro” sembra essere rimasta prigioniera di una ambiguità, strumentalizzata dalle divisività caratteristica forse tanto della politica quanto dell'economia italiana.

3. L'interpretazione neorealista: un diritto economico costituzionale morente?

Si direbbe che la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende è in crisi perché a) il neoliberalismo regnante l'economia in tempi di crescente globalizzazione favorisce la “*top-down direction of economies*”, b) il tasso di sindacalizzazione (*union density*) scende ovunque, c) i partiti socialdemocratici perdono consenso, d) le trasformazioni strutturali del lavoro e del management aziendale rendono i lavoratori sempre più deboli. Perfino in Germania, la percentuale di aziende e lavoratori con consigli di cogestione è in diminuzione, dal 1998 al 2017 nelle piccole imprese (5-50 lav.) da 6 a 5, in quelle piccole (51-500) da 60 a 43, in quelle grandi >500 da 92 a 80.¹⁹

Le poche pagine dedicate all'art. 46 nel commentario alla Costituzione di Bifulco, Celotto e Olivetti disegnano un quadro di sostanziale in-attuazione, imputata a una prevalenza di forme conflittuali dei rapporti tra lavoro e proprietà con uno statuto dei lavoratori che sancisce “l'ingresso dei sindacati nelle singole unità produttive”, sfavorevole ai modelli tedeschi della Mitbestimmung, e si limita ad ammorbidire la tesi dell'obsolescenza relativa della disposizione sostenuta con grande autorità da Gino Giugni: l'incidenza dell'art. 46 sarebbe stata quasi nulla relativamente alla cogestione vera e propria, ma avrebbe

¹⁷ G. GIUGNI, *Appunti per un dibattito sulla democrazia industriale*, in: F. CO INSTITUTS FÜR ARBEITSMARKT- UND BERUFSFORSCHUNG EN (a cura di), *Democrazia industriale e sindacato in Italia*, Roma (quaderni di Mondoperaio), 1977, 4.

¹⁸ M. PALMIERI, *La corporate governance delle imprese sociali riformate. Dal multistakeholder approach verso la Mitbestimmung*, in *Analisi Giuridica dell'Economia* 2018, 125ss.

¹⁹ L. BELLMANN, P. ELLGUTH, *Zum Rückgang der betrieblichen Mitbestimmung, Ausgewählte Beratungsergebnisse des Öffentliche Anhörung von Sachverständigen vor dem Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages am 25. Juni 2018*, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, ISSN 2195-5980.

quanto meno generato una norma di principio con un rilievo generale sull'ordinamento giuridico e veicolato il riconoscimento dei diritti di informazione e consultazione dei sindacati.²⁰

Ma i diritti all'informazione e alla consultazione sono davvero equiparabili ai diritti di (co-)gestione? Si potrebbe obiettare sono indispensabili per il dialogo sociale, non anche per pratiche di concertazione aziendale. La Carta sociale europea distingue l'uno (art. 21) dall'altro (art. 22), definendo il diritto alla collaborazione come "diritto di partecipare alla determinazione ed al miglioramento delle condizioni di lavoro e dell'ambiente di lavoro nell'impresa". Il sapere prodotto dall'informazione e dalla consultazione è un presupposto indispensabile per la cogestione, condizione necessaria ma non sufficiente per la determinazione e il miglioramento delle condizioni di lavoro.

La direttiva 94/45/CE del Consiglio del 22 settembre 1994 riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie ha considerato garanzie dei diritti

all'informazione e alla consultazione entrambi i diritti bisognosi di una garanzia organizzativa. L'art. 2 della Direttiva 2001/86/CE del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori definisce il "coinvolgimento dei lavoratori" come "qualsiasi meccanismo, ivi comprese l'informazione, la consultazione e la partecipazione, mediante il quale i rappresentanti dei lavoratori possono esercitare un'influenza sulle decisioni che devono essere adottate nell'ambito della società" (lett. h). Partecipazione è invece definita come "l'influenza dell'organo di rappresentanza dei lavoratori e/o dei rappresentanti dei lavoratori nelle attività di una società mediante: - il diritto di eleggere o designare alcuni dei membri dell'organo di vigilanza o di amministrazione della società, o - il diritto di raccomandare la designazione di alcuni o di tutti i membri dell'organo di vigilanza o di amministrazione della società e/o di opporvisi" (lett. k).

Questa garanzia potrebbe essere considerato il minimo comune denominatore europeo della cogestione, suscettibile di notevoli variazioni. Al di là del modello tedesco, in altri paesi europei sono stati aggiunti garanzie ulteriori quali ad es. il potere dei consigli aziendali di stipulare accordi aziendali subordinati alle leggi e ai contratti collettivi, l'istituzione di un ombudsman aziendale o le azioni aziendali a sostegno della formazione di un patrimonio dei lavoratori.²¹ I vari modelli europei, tuttavia, non hanno ispirato più di tanto l'attuazione dell'art. 46 Cost. la cui interpretazione resta aperta.

²⁰ E. PAPARELLA, in: R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla costituzione*, Torino, 2006, 932ss.; G. GIUGNI, L. CAFAGNA, *Democrazia industriale: tesi per un dibattito*, in: F. COEN (a cura di), *Democrazia industriale e sindacato in Italia*, Roma 1977, 83ss.

²¹ Critico A. JUNCKER, *Mitbestimmung im europäischen Vergleich*, in: *Bitburger Gespräche*, Jahrbuch 2006, 72. Per la comparazione cfr. anche M.J. BONELL, *Partecipazione operaia e diritto dell'impresa. Profili comparatistici*, Milano, 1983 e successivamente M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Milano, 2012; M. BIASI, *Il mondo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzione e prospettive nel confronto col modello tedesco ed europeo*,

Dal punto di vista sistematico va tuttavia subito precisato che una cosa sono i diritti dei sindacati (art. 39), un'altra sono i diritti dei "lavoratori", concepiti anche dalla Costituzione non semplicemente come categoria debole e bisognosa di rappresentanza, innanzitutto come persone umane dotate di diritti individuali riconducibili a un diritto di pari dignità sociale (art. 3 co. 1) che si concreta nel diritto generale al lavoro (art. 4). Se la collaborazione alla gestione ex art. 46 Cost. è una garanzia di "effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" (art. 3 co. 2), questa partecipazione risulta essere stata affidata principalmente ai sindacati, con i ben noti problemi odierni di erosione della loro rappresentatività e solo rare speranze di risolverli, ad es. attraverso forme di referendum lavorativi. Sarebbe tuttavia ingeneroso imputare la parziale, ma sostanziale in-attuazione a un "tradimento" sindacale, come sarebbe anche miope imputare ai datori di lavoro il pregiudizio di ritenere l'istituzionalizzazione della partecipazione a priori incompatibile con le esigenze della produzione.

Un diritto costituzionale soggettivo come quello alla cogestione forse non cessa di vivere semplicemente per effetto del prolungato inadempimento di un mandato di legislazione istituzionale, né solo per effetto di una convenzione *ad excludendum* o desuetudine di difese e rivendicazioni dello stesso. Piuttosto diventa lettera morente se non è più retto né da una cultura di interpretazione evolutiva, né da un consenso base della costituzione materiale.

Per quanto riguarda l'interpretazione evolutiva, si è sostenuto che non solo il diritto di voto per rappresentanti negli organi collegiali di gestione, anche le procedure di negoziazione obbligatoria e accordi sindacali potrebbero costituire forme di partecipazione decisoria informale. Secondo Donatella Gottardi, l'attuazione dell'art. 46 Cost. consisterebbe in una «partecipazione conflittuale», cioè partecipazione mediante la contrattazione collettiva la quale avrebbe creato numerose commissioni miste ed osservatori, proprio anche a livello aziendale.²²

Tuttavia, restano dubbi che la semplice attività di rappresentanza sindacale nelle RSA/RSU prevista dall'art. 19 dello Statuto e dall'accordo Ciampi-Giugni del 1993 per l'impiego pubblico, recepito dagli art. 40ss. del d.lgs. n. 165/2001, possa equivalere non solo ad un esercizio dei diritti di cui all'art. 39 Cost., ma anche ad una collaborazione alla gestione dell'azienda ai sensi dell'art. 46 Cost. Se i "modi e limiti" devono essere stabiliti dalle leggi, questa riserva di legge relativa forse non può neppure essere elusa da una norma di delega in bianco agli accordi, adottata ad es. per gli incentivi della legge di stabilità per il 2016.

Milano, 2013; H. SCHULTE-WREDE, *Arbeitnehmerbeteiligung in Europa*, Berlin 2014; C. ZOLI, *Lavoro e impresa. La partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, Torino, 2015.

²² D. GOTTARDI, *La partecipazione dei lavoratori*, in *Rivista giuridica del diritto del lavoro e della previdenza sociale* 2016, 109ss.

Un'altra lettura ammorbidente è quella che considererebbe le forme di partecipazione istituzionale di rappresentanti dei lavoratori negli organi societari della Società europea (Ss) e della Società cooperativa europea (Sce), recepite a quanto pare senza applicazioni significative dal d.lgs. 188/2005 (con il d.lgs. n. 188), e la riformata disciplina dei Comitati aziendali europei (direttiva 2009/38/Ce, recepita con il d.lgs. n. 113/2012) come attuazione quanto meno parziale dell'art. 46 Cost. Paradossalmente proprio le fonti del diritto dell'UE sembrano essere riusciti a mantenere in vita l'art. 46 Cost., peraltro senza riuscire a promuovere la diffusione dei modelli di partecipazione organizzativa dell'Europa del nord, paritetici o meno, come modelli vincenti anche nel Sud d'Europa o nel Regno Unito e al di fuori dell'Europa. Questo paradosso non viene visto da chi in nome di un presunto trionfo del neoliberalismo considera oramai solo più un residuo storico la cogestione aziendale anche nel nord dell'Europa.²³

Se l'art. 46 cost. quindi non è rimasta del tutto inattuata e obsoleta, sarebbe possibili prospettare peraltro anche qualche dubbio di incostituzionalità, ad es. per la norma che esclude i rappresentanti dei lavoratori dai consigli di sorveglianza (Art. 2409-duodecies, comma 10, lettera c, codice civile). Può il legislatore legittimamente statuire dei divieti che configurano restrizioni della collaborazione se non prevede dei modi efficaci? Non sarebbe un divieto tassativo una misura di prevenzione eccessiva dei fatti di insider trading di alcune pecore nere tra i leader sindacalisti tedeschi?

Se si guarda tuttavia alle poche (solo 8) decisioni della Corte costituzionale che hanno trattato censure legate all'art. 46 Cost., la giurisprudenza si è limitata ad escludere che la disposizione possa proteggere forme di imprenditorialità associativa non dichiarate di interesse generale, ma non si è mai pronunciata sull'obbligo di attuazione legislativa del mandato di legislazione sulle forme e sui limiti stabiliti dallo stesso articolo.²⁴

In sintesi, la tradizionale tesi dell'attuazione "indiretta" e "volontaria" dell'art. 46 Cost. tramite contratti collettivi e attività sindacali conflittuali si basa su un'equipollenza concordata in sede internazionale: le RSA soddisfano il concetto di "*workers representatives*" dell'art. 22 della Carta sociale europea e il riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'impresa, raccordando il diritto del lavoro italiano al modello sociale europeo.

A questa difesa minimalista sarebbe tuttavia agevole replicare che le premesse empiriche dell'attuazione indiretta e volontaria, in particolare la disponibilità al conflitto a livello aziendale sembra essere venuta meno e anche la cogestione europea sarebbe un modello in via di superamento a favore di nuove forme

²³ A. SOMMA, *Giustizia o pacificazione sociale? La codeterminazione nello scontro tra modelli di capitalismo*, in *Politica del diritto* 2015, 753 conclude che "si chiude così la parola della cogestione".

²⁴ Sent. 45/1965, 219/1974, 138/1984, ord. 275/1984, 88/1985, 17/1999, 267/2000, sent. 148/2012.

più soffici di *corporate governance* nelle multinazionali o, tutt' al più assorbita dalla nuova soft law dei codici di condotta.²⁵

In sostanza, gli scettici prediligono una diagnosi di end-of-life. Anche l'abrogazione delle garanzie costituzionali del Consiglio nazionale dell'economia e lavoro potrebbe essere vista in questa ottica solo come una conseguenza della devitalizzazione dell'art. 46 Cost. Se la partecipazione alla gestione delle aziende è solo eccezionale e simbolica, non sorprende neanche che la partecipazione del CNEL alla legislazione – a quanto pare – non abbia prodotto proposte di attuazione e sia anch'essa diventata sempre più eccezionale e simbolica.

L'interpretazione neorealista concluderebbe che anche le aperture a forme di cogestione nelle imprese sociali sarebbero solo più gesti di pietà.

Al di fuori dell'ambito tedesco-europeo, l'art. 46 Cost. servirebbe più all'inganno dei lavoratori che non al loro *empowerment*. Il racconto della “partecipazione conflittuale” avrebbe mascherato una sostanziale evasione dal modello normativo imperniato sulla riserva di legge stabilita dai padri costituenti, rischiando di ipotecare i diritti dei lavoratori per sempre con oneri e monopoli sindacali.

4. L'interpretazione neoidealista: il risveglio di una bella norma addormentata?

Eppure qualcosa si muove. L'idea di una collaborazione non solo consultiva sembra sopravvivere e guadagnare chances di attuazione non solo grazie all'Unione europea e all'esportazione del modello tedesco nelle aziende della Volkswagen in Veneto²⁶ e – tramite il *Konzernbetriebsrat* della Carta dei rapporti di lavoro del gruppo Volkswagen del 2009²⁷ – addirittura in tutto il mondo. Il diritto alla cogestione aggiunge, secondo questa Carta, ai diritti di informazione e coinvolgimento “*the right of on-site employee representative to consent, control and initiative in connection with any shared active decision-making or responsibility*”. Si applica agli ambiti (1) risorse umane (assunzioni, licenziamenti), (2) organizzazione del lavoro (luoghi, standards, management di idee, tecnologie, sistemi e metodi di produzione, orari), (3) sistemi remunerativi (incl. obiettivi, metodi di valutazione, previdenza integrativa), (4) informazione e comunicazione, (incl. regole di condotta e tutela dati) (5) formazione professionale e permanente (apprendimento processi), (6)

²⁵ G. TEUBNER, *Codes of Conduct multinationaler Unternehmen: Unternehmensverfassung jenseits von Corporate Governance und gesetzlicher Mitbestimmung*, in: A. HÖLAND, C. HOHMANN-DENNHARDT, M. SCHMIDT, A. SEIFERT (a cura di) *Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt: Liber Amicorum Manfred Weiss*, Berlin 2005, 109-117.

²⁶ Cfr. M. FERRERA, *La prima prova (italiana) della cogestione*, in *Corriere della Sera* 28. 1. 2014.

²⁷ <https://www.volkswagenag.com/presence/nachhaltigkeit/documents/policy-intern/2009%20Charta%20on%20Labour%20Relations%20EN.pdf> Cfr. sl dibattito preparatorio in: T. MÜLLER, H.-W. PLATZER, S. RÜB, *Weltbetriebsräte und globale Netzwerke – Instrumente internationaler Solidarität?* WSI-Mittelingen 2005, 5ss. (https://www.boeckler.de/wsimit_2006_01_muller.pdf); W. WIDUCKEL, *Paradigmenentwicklung der Mitbestimmung bei Volkswagen*, Wolfsburg 2004; S. RÜB, *Weltbetriebsräte und andere Formen weltweiter Arbeitnehmervertretungsstrukturen in transnationalen Konzernen*, Düsseldorf 2000.

sicurezza dell'occupazione e sanità (incl. impiego di anziani e disabili), nonché con modalità solo consultive a (7) process controlling (incl. auditing, rilevazione soddisfazione consumatori e collaboratori), (8) sostenibilità sociale ed ecologica (incl. efficienza energetica).

Finita la stagione della concertazione e iniziata quella della crescente aziendalizzazione della contrattazione collettiva, l'idealismo della dolce promessa di "elevazione" culturale dei lavoratori produce nuove rivendicazioni di ulteriori gradi di attuazione della Costituzione. Innanzitutto è intervenuto il comma 189 dell'art. 1 della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità per il 2016), successivamente modificato dall'art. 55 co.1 d.l. n. 50/2017, che incentiva il "coinvolgimento paritetico dei lavoratori" mediante schemi organizzativi di innovazione partecipata (SOP) e programmi di gestione partecipata (PGP) che permettono di coinvolgere in modo diretto e attivo i lavoratori, da un lato, nei processi di innovazione e di miglioramento delle prestazioni aziendali, con incrementi di efficienza e produttività, e, dall'altro, nel miglioramento della qualità della vita e del lavoro. Il decreto interministeriale del 25. 3. 2016 ha poi delegato la definizione delle modalità di tale coinvolgimento paritetico ai contratti di lavoro, indicando a titolo esemplificativo la costituzione di gruppi di lavoro con funzioni non meramente consultive.

Questa agevolazione si inserisce in un quadro di altri strumenti di incentivazione non solo per i premi di produttività o di risultato, ma altresì per la partecipazione agli utili dell'impresa, cioè le «somme erogate sotto forma di partecipazione agli utili [...] distribuiti ai sensi dell'art. 2102 cod. civ.» (art. 3, comma 1 decreto interministeriale di attuazione del 25. 3. 2016). Finora gli effetti di questa incentivazione sembrano tuttavia limitarsi a poche imprese grandi.

Non solo la politica, anche i sindacati sembrano aver riscoperto la partecipazione ed essersi innamorati nuovamente nella cogestione. Nuove proposte di attuazione dell'art. 46 cost. si trovano nella nuova Carta dei diritti dei lavoratori della CGIL e in una proposta della rivista «Diritti lavori mercati» con un apposito Capo «Coinvolgimento e partecipazione dei lavoratori nella gestione delle imprese».²⁸

La proposta della CGIL si prefigge di dare strumenti da un lato di rendere efficacia *erga omnes* i contratti collettivi aziendali ratificati tramite referendum, dall'altro di garantire "diritti di informazione, di consultazione e di contrattazione dei rappresentanti dei lavoratori finalizzati al controllo delle decisioni delle imprese e alla partecipazione alla loro assunzione, e partecipazione dei lavoratori ai risultati delle imprese" (art. 39) nonché la designazione di due esperti sindacali per l'esercizio di "strumenti di monitoraggio e sorveglianza delle società operanti nei settori di importanza strategica di interesse

²⁸ Cfr. D. GOTTARDI, op. e loc. cit.

pubblico” (art. 40).²⁹ La CISL dal canto suo ha elogiato un esperimento di partecipazione di un componente RSU nel comitato strategico del Cda della Manfrotto di Feltre³⁰, proponendo poi nel caso CARIGE alle banche partecipanti al Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi di cedere titoli ai lavoratori ad essi addetti.³¹

L’ultima pagina del “Patto della Fabbrica” stipulato il 9 marzo 2018 tra la Confindustria e i sindacati confederali riconosce la necessità di trovare “modalità di partecipazione più efficaci rispetto al passato con particolare riferimento agli aspetti di natura organizzativa”, in particolare nei processi 4.0. Nell’attuale legislatura, alcuni disegni di legge delle opposizioni (A.C. 695, A.S. 376, 1183) riecheggiano questo nuovo interesse e anche il programma lavoro del M5S si prefigge di favorire il “coinvolgimento dei lavoratori nell’elaborazione delle strategie, nell’organizzazione produttiva e, in generale, nei processi decisionali della loro impresa”, ma il “Contratto per il governo del cambiamento” dell’attuale maggioranza governativa indica altre priorità e tace sul punto.

Qualcosa si muove anche a livello europeo, anche se più sostenuto al nord che nei paesi PIIGS.

Innanzitutto va segnalato il processo di revisione della Carta sociale europea, iniziato con l’introduzione dei diritti di informazione e consultazione nel protocollo addizionale del 1988 e l’integrazione degli articoli 21 e 22 nella carta revisionata del 1996.³² In particolare, il diritto dei lavoratori “di partecipare alla determinazione ed al miglioramento delle condizioni di lavoro e dell’ambiente di lavoro nell’impresa” include l’impegno di prendere o promuovere misure che consentano di “contribuire a. alla determinazione ed al miglioramento delle condizioni di lavoro, dell’organizzazione del lavoro e dell’ambiente di lavoro; b. alla protezione della salute e della sicurezza in seno all’impresa; c.

²⁹ <http://www.cartacgil.it/> Cfr. in particolare tra le sanzioni la seguente norma: “La consultazione si conclude con l’emissione, da parte dei rappresentanti dei lavoratori, di un parere che non ha efficacia vincolante. Quest’ultimo può avere valore probatorio in caso di controversie attinenti alle decisioni assunte dall’impresa, in particolare in caso di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo o di licenziamenti collettivi, ovvero di trasferimento d’azienda o di vicende interpositorie correlate alla esternalizzazione di parti o fasi dell’attività.”

³⁰ <https://www.cislveneto.it/Rassegna-stampa-Veneto/Il-convegno.-La-cogestione-e-il-caso-Manfrotto-Bentivogli-Un-modello-per-l-Italia.-I-sindacati-nella-stanza-dei-bottoni-Le-medie-imprese-ora-lo-copino>

³¹ Cfr. le notizie di maggio e giugno 2019 su <http://www.mitbestimmung.it/tag/cisl/>

³² Articolo 21 – Diritto all’informazione ed alla consultazione. Per assicurare l’effettivo esercizio del diritto dei lavoratori all’informazione ed alla consultazione in seno all’impresa, le Parti si impegnano a prendere o a promuovere misure che consentano ai lavoratori o ai loro rappresentanti, in conformità con la legislazione e la prassi nazionale:

a. di essere regolarmente o tempestivamente informati, in maniera comprensibile, della situazione economica e finanziaria dell’impresa che li ha assunti, fermo restando che potrà essere negata la divulgazione di talune informazioni suscettibili di recare pregiudizio all’impresa o che potrà essere richiesto che tali informazioni siano considerate riservate; e b. di essere consultati in tempo utile sulle decisioni previste che potrebbero pregiudicare sostanzialmente gli interessi dei lavoratori, in particolare quelle che potrebbero avere conseguenze importanti sulla situazione del lavoro nell’impresa.

all'organizzazione di servizi e di strutture sociali e socio-culturali dell'impresa; d. al controllo dell'osservanza della regolamentazione in queste materie”.

I pareri del Comitato Europeo dei diritti sociali hanno sottolineato che per i casi di violazione di questi diritti devono essere previsti sanzioni e rimedi giurisdizionali efficaci.³³ Per poter valutare l'efficacia delle misure promosse serve tuttavia un monitoraggio effettivo non solo sulle agevolazioni, ma anche sui risultati del coinvolgimento paritetico. Tale monitoraggio dovrebbe essere svolto almeno in parte anche da autorità o istituti indipendenti. Allo stato attuale sembra impossibile accreditare l'Italia come adempiente degli impegni di cui all'art. 22 CSE.

Per quanto riguarda poi il diritto dell'Unione europea, il nuovo pilastro dei diritti sociali rilancia gli istituti del “dialogo sociale” e del “coinvolgimento dei lavoratori”. Il documento si limita a riconoscere il “diritto di essere informati e consultati in tempo utile su questioni di loro interesse, in particolare in merito al trasferimento, alla ristrutturazione e alla fusione di imprese e ai licenziamenti collettivi” e ad incoraggiare le parti sociali “a negoziare e concludere accordi collettivi negli ambiti di loro interesse, nel rispetto della propria autonomia e del diritto all'azione collettiva”. Inoltre è “incoraggiato il sostegno per potenziare la capacità delle parti sociali di promuovere il dialogo sociale”.

Per quanto riguarda invece la giurisprudenza, va segnalata anche la recente sentenza della Corte di giustizia 18/07/2017, *Erzberger c. TUI AG*, sulla compatibilità al diritto europeo, in particolare al divieto di discriminazione di lavoratori sulla base della loro cittadinanza, della normativa nazionale che esclude personale delocalizzato in altro Paese dalle votazioni sul CdA dell'azienda madre: *“L'articolo 45 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro, come quella di cui al procedimento principale, in virtù della quale i lavoratori occupati presso gli stabilimenti di un gruppo situati nel territorio di detto Stato membro sono privi del diritto di voto attivo e passivo alle elezioni dei rappresentanti dei lavoratori al consiglio di sorveglianza della società capogruppo, stabilita nel citato Stato membro, nonché, se del caso, del diritto di esercitare o di continuare ad esercitare le funzioni di rappresentante in seno a detto consiglio, allorché tali lavoratori lasciano il proprio posto di lavoro in uno dei citati stabilimenti per essere occupati presso una società partecipata appartenente al medesimo gruppo e stabilita in un altro Stato membro.”*

La sentenza non impone la circolazione sconfinante del modello tedesco, né la colonizzazione del paesaggio europeo aziendale, ma rimanda queste scelte alle scelte delle parti sociali. In assenza di norme di coordinamento dell'UE, la scelta della Germania di consentire una limitazione della cogestione a territorio tedesco non è discriminatoria. Questo non vuol dire che la cogestione possa costituire un ostacolo a scelte di delocalizzazione. Piuttosto sembra giustificabile da un principio generale del tipo “*ubi*

³³ M. MIKKOLA, *Social Human Rights of Europe*, Porvoo 2010, 220ss..

welfare, ibi partecipazione”. Lo stesso ricorrente Erzberger, tesista della Bucerius Law School, ha individuato in ogni caso una cinquantina di società per azione contro le quali avviare un procedimento di accertamento dello status di cogestione prevista al par. 98 della legge tedesca sulle società per azioni (*Statuskontrollverfahren*).³⁴

5. Per un’interpretazione mista, critica e costruttiva della cogestione come garanzia di resilienza nell’economia di mercato sociale europea

Il passato della volontà di cogestione sia da parte fascista, sia da parte comunista sembra non essere passato, avere tuttora un peso sull’interpretazione di una costituzione che non deve essere considerata prigioniera del passato. L’art. 46 Cost. non è stato né abrogato per desuetudine, né totalmente inattuato, ma il suo bilancio sembra più negativo che positivo, il bicchiere più vuoto che pieno. In particolare la partecipazione conflittuale “à l’Italienne” non ha prodotto un welfare aziendale soddisfacente.

Tuttavia, nonostante le già accennate tendenze a una contrazione del numero di aziende cogestite in Germania, la speranza di resilienza muore per ultima. Innanzitutto, la speranza di attuazione è legata al futuro dell’Europa nel mondo. Al riguardo si può innanzitutto qualificare la possibilità di cogestione come un elemento caratteristico del modello normativo e “marchio” della cd. economia sociale di mercato, modello normativo che potrebbe risultare attraente in società più comunitariste come quelle asiatiche ed africane. La stessa costituzione di consigli di cogestione su scala mondiale, non solo in Volkswagen³⁵, ma anche ad es. in Electricité de France, Impregilo, Lego, Renault, Rhodia, Skandia, SKF ecc., potrebbe spingere a una maggiore cooperazione internazionale dei sindacati e ad un’elaborazione quanto meno di modelli di soft law anche da parte delle istituzioni di UE, OECD ed ILO.

Secondo la tesi “avanguardista” di Wolfgang Daeubler, il diritto fondamentale alla cogestione, non più garantito nella Costituzione liberale tedesca³⁶ ma ancora nella Costituzione della Repubblica italiana fondata sul lavoro, potrebbe essere una garanzia organizzativa necessaria della dignità della persona umana nelle sue relazioni di lavoro. La dignità umana probabilmente non può essere un titolo sufficiente per pretese autonome, ma solo garanzia di un nucleo di senso e valore di altri diritti fondamentali, in questo caso soprattutto dei diritti sociali come diritti di partecipazione. Tuttavia, la sfida della indivisibilità

³⁴ W. BAYER, T. HOFFMANN, *Das „Erzberger-Portfolio“ und das Mitbestimmungs-Screening der deutschen AG-Landschaft*, AG 23.2018, R336-341.

³⁵ Sugli alti indici di gradimento della cogestione in questa impresa cfr. A. BAUM-CEISIG, N. FEYH, L. PRIES, *Betriebliche Mitbestimmung aus Sicht der Beschäftigten – Ergebnisse einer Mitarbeiterbefragung bei Volkswagen*, WSI-Mitteilungen 2014, 296ss.

³⁶ Cfr. tuttavia il giudizio oramai storico sulla conformità della legge sulla cogestione paritetica alla Legge fondamentale del 1979, tradotto in: La legge sulla cogestione nella RFT. Sentenza della Corte Costituzionale Federale dell’1° marzo 1979, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 585 ss.

dei diritti fondamentali europei si evidenzia anche in una maggiore difesa ed efficacia dei diritti di informazione, coinvolgimento e rappresentanza della carta sociale europea e nelle scommesse del pilastro dei diritti sociali dell'UE.

Il necessario buon senso di realismo giuridico critico impone di riconoscere che nella Repubblica fondata sul lavoro, la pari dignità sociale e la partecipazione dei lavoratori sono garantite tuttora solo in modo imperfetto. Ma non è meno buon senso riconoscere che anche l'ideale della collaborazione alla gestione delle aziende, forse nel 1947 solo utopia, nel contesto europeo ha guadagnato prospettive di realizzazione concreta. L'economia delle istituzioni, ha evidenziato i benefici economici delle partecipazioni organizzative soprattutto nelle nuove forme societarie delle professioni, ad es. nelle grandi *law firms* anglosassoni. Autonomia professionale del lavoro in aziende ed imprese di società private e pubbliche esige forme di partecipazione organizzativa anche al di fuori dagli schemi della cooperativa. Alcune ricerche recenti della sociologia politica sembrano dimostrare che le persone inserite in contesti di autonomia professionale sono in genere più attive e hanno più interesse non solo nella corporate economy, ma anche in politica. Anche se l'economia odierna tende verso una perdita di copertura e peso della contrattazione collettiva³⁷, la partecipazione anche individuale nelle forme della collaborazione alla gestione delle aziende sembra produrre soprattutto in tempi di trasformazioni e riforme strutturali benefici di sostenibilità e resilienza anche ecologica³⁸, promuovendo adattamenti ed innovazioni ed accrescendo il valore del "capitale umano".

Un recente studio della fondazione Hans Böckler dei sindacati tedeschi disegna quattro scenari di incertezze per lo sviluppo delle istituzioni di cogestione fino al 2035³⁹: (1) Nello scenario della CONCORRENZA, il contesto economico di crescente flessibilità e mobilità e quello politico di decrescente interesse per la politica, la cogestione collettiva è stressata e ostacolata da pressioni per una maggiore individualizzazione dei rapporti di lavoro. (2) Nello scenario RESPONSABILITÀ, la cogestione è promossa da una volontà di maggiore autonomia individuale in un contesto di crescente differenziazione dei lavori che porta a un decentramento delle negoziazioni. (3) Nello scenario della FAIRNESS la cogestione tende a rafforzare la rappresentanza collettiva a fronte di una cresciuta

³⁷ P. ELLGUTH, R. TRINCZEK, *Erosion der betrieblichen Mitbestimmung – Welche Rolle spielt der Strukturwandel?* WSI Mitteilungen 69. 2016, 172–182; P. ELLGUTH, S. KOHAUT, *A Note on the Decline of Collective Bargaining Coverage: The Role of Structural Change*, in *Journal of Economics and Statistics* 2019; 239 (1), 55: "Works councils play an important role in stabilizing collective bargaining coverage. However, for the existence of works councils are not as important for collective bargaining coverage as sectoral agreements, ..."

³⁸ E. CLASEN, F. KRAUSE, A. HAUNSCHILD, R. MEYER, H.-G. RIDDER, *Mitbestimmung als Voraussetzung für eine „nachhaltige Nachhaltigkeit“ in der betrieblichen Organisationsentwicklung?*, in *Arbeits- und Industrie soziologische Studien* 10.2017, 2, 103-120.

³⁹ Hans-Böckler-Stiftung, *Mitbestimmung 2035*, Füsseldorf 2015.

domanda di sostenibilità nella società. (4) Nello scenario della LOTTA, il rigetto della cogestione in un contesto di globalizzazione percepita come ingovernabile porta ad un riacutizzarsi dei conflitti e a una rinascita dei movimenti sociali.

Non spetta ai giuristi farsi decisori o profeti delle decisioni istituzionali e contestuali inquadrata in questi scenari sviluppati in una prospettiva tedesca sull'Europa e sul mondo. Spetta tuttavia ai costituzionalisti ricordare che la Costituzione italiana pretende tuttora una maggiore costituzionalizzazione nel senso della moderazione del potere economico in azienda. L'art. 46 Cost. nell'interpretazione sistematica e storica qui abbozzata vieta di vietare una partecipazione di rappresentanti sindacali negli organismi direttivi e di controllo delle società e comanda di rafforzare i meccanismi di promozione delle forme di cogestione, anche su scala europea e globale. La cogestione non può essere promossa come eccezione, deve diventare in linea di principio una opzione per tutte le aziende, tollerando solo eccezioni per le imprese piccole.

La riserva di legge di cui all'art. 46 Cost. vieta inoltre di abbandonare tali decisioni del legislatore al sistema della contrattazione collettiva. Dal punto di vista della Costituzione, l'art. 46 non va assorbito nell'art. 39 e non spetta ai conflitti del lavoro né dover lottare per la cogestione, né definirne i limiti. L'autonomia funzionale della disciplina dei rapporti di lavoro non può essere rimessa alle stesse parti sociali, né può esaurirsi nei poteri di cogestione informale conseguiti dalle RSU esistenti. La necessità di reagire alle trasformazioni strutturali impone di fermare fuga del legislatore dalla propria responsabilità. Nella misura in cui le sue omissioni sono diventate più sindacabili di prima, potrebbe valere la pena elaborare scenari giuridici di prospettazione di questioni di costituzionalità idonee a focalizzare il gap tra le norme e i fatti del diritto costituzionale della cogestione. Almeno medio termine, anche gli articoli più vulnerabili della costituzione richiedono l'assistenza non solo della scienza costituzionale, ma anche delle altre scienze giuridiche coinvolte.



Passato e (incerto) futuro delle “nazionalizzazioni” tra dettato costituzionale e principi europei*

di Anna Papa

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

Sommario: 1. Premessa. 2. I “Rapporti economici” nel disegno costituente. 3. L’articolato disposto dell’art. 43 della Costituzione. 4. L’ambito e i limiti all’ingresso autoritativo dello Stato. 5. Segue: la gestione dei servizi pubblici nella dimensione nazionale e locale. 6. Le nazionalizzazioni e il diritto europeo. 7. Le “prospettive” dell’intervento *ex art.* 43 Cost. dello Stato nell’economia

1. Premessa

Il tema della gestione pubblica di attività produttive e di servizi è stata nel tempo oggetto di studi e riflessioni, anche politiche, sia in periodi di crisi economica e di ripercussioni di quest’ultima sulla tutela di diritti sociali, sia in relazione a rafforzamenti o arretramenti dell’integrazione europea¹. È noto, e su

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ La letteratura sull’art. 43 Cost. è quanto mai ampia e di essa non è possibile dar conto in questa sede. Per gli aspetti che più direttamente verranno analizzati in questa sede cfr. S. CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960; F. GABRIELE, *In tema di nazionalizzazione e di altre forme di intervento pubblico nell’economia. Esempi di nazionalizzazione nel settore petrolifero in alcuni ordinamenti stranieri*, in *Il Foro Amministrativo e delle Acque pubbliche*, 1972; F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973; E. DE MARCO, *Collettivizzazione e libertà economiche*, in *Il Foro amministrativo*, 6/1977; F. ROVERSI MONACO, *L’attività economica pubblica*, in *Trattato di Diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, I, Padova, 1977; G. QUADRI, *Diritto pubblico dell’economia*, Padova, 1980; A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell’economia*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, II, Milano, 1982; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1992; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; R. BIFULCO, *Costituzioni pluraliste e modelli economici*, in AA.VV., *Governi ed economia. La transizione istituzionale nell’XI Legislatura*, Padova, 1998; A. PAPA, *Le imprese pubbliche tra Costituzione ed ordinamento comunitario*, in S. LABRIOLA-A. CATELANI (a cura di), *La Costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un’idea*, Milano, 2001; A. LUCARELLI, *Commento all’art 43*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006; G. LUCHENA, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in F. GABRIELE-M.A. CABIDDU (a cura di), *Governance dell’economia e integrazione europea*, I, Milano, 2008; G. DI PLINIO, *La Costituzione economica*, in *Percorsi Costituzionali*, 2/2009; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella “Costituzione europea”*, in P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010; C. IBBA, *Le società pubbliche*, Torino, 2011; G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrazione*, in *Amministrazioneincammino.it*, 2012; M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013; P. BILANCIA, *The social market economy model between the Italian Constitution and the European Treaties*, in J.M. GIL ROBLES-F. DE QUADRO-D. VEL (a cura di), *The European Union and Social Market Economy*, Bari, 2014; AA.VV., *Le società partecipate dopo la Riforma Madia*, Roma, 2016; F. BALAGUER CALLEJÓN-M. AZPITARTE SANCHEZ-E. GUILLEN LOPEZ-J.F. SANCHEZ BARILLAO (a cura di), *The reform of the European Union economic governance and the progress of political integration – La reforma de la gobernanza económica de la Union*

questo si avrà modo di soffermarsi *infra*, che in Italia la presenza “imprenditoriale” dello Stato e degli altri enti territoriali nell’economia ha sempre rivestito un ruolo significativo che, tuttavia, negli ultimi decenni si è espletato essenzialmente nelle forme del diritto privato, mediante la costituzione o partecipazione a società per azioni². Negli ultimi anni, sulla scia di considerazioni critiche su quello che viene da taluno definito il “fallimento del mercato”³ è tornato di attualità nel dibattito politico, di opinione pubblica e scientifico anche il tema delle “nazionalizzazioni”, latamente intese⁴, fornendo lo spunto per indagare in questa sede se, e in quale misura, forme di intervento pubblico nell’economia nelle forme previste dall’art. 43 Cost. possano oggi trovare rinnovato spazio nell’ambito dell’attuale modello di intervento pubblico nell’economia, profondamente mutato rispetto al momento della scrittura della Carta costituzionale e che trova i propri principi ormai in modo incontrovertito nell’integrazione tra quest’ultima e i Trattati europei⁵.

2. I “Rapporti economici” nel disegno costituente

La parte della Costituzione italiana che disciplina i rapporti economici rappresenta, come è noto, la sintesi della ricerca di un equilibrio, in Assemblea costituente, tra ideologie e posizioni diverse⁶. La compresenza,

Europea y el progreso de la integración política, Pamplona, 2017; R. MICCÙ - G. ROMA, *Le società pubbliche tra competenza legislativa statale e regionale*, in *Federalismi.it*, 2018.

² Come viene sottolineato, a prima lettura potrebbe ritenersi che ci sia prodotta negli anni una rilevante contrazione della presenza pubblica nell’economia; ad una analisi più approfondita emerge invece come le imprese pubbliche continuino ad occupare un ruolo significativo nell’economia nazionale e a livello locale. Molto significative sono le partecipazioni azionarie in imprese che operano in settori strategici e di erogazione di servizi pubblici. Anche per questo può condividersi l’idea che più che parlare di una rinuncia occorra far riferimento ad una trasformazione di tale presenza, non solo sul piano della regolazione ma anche su quello del “rifugio” nelle forme privatistiche di gestione. Per una analisi di questi aspetti, cfr., tra gli altri, i contributi raccolti in C. BRESCIA MORRA - G. MEO - A. NUZZO, *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2/2015.

³ Cfr., tra gli altri, B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2014; D. CHIRICO, *Per una lettura giuridica della crisi economica, sociale ed istituzionale, tra mercato e democrazia*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016. Diverse sono le motivazioni che vengono addotte a fondamento di questa rinnovata esigenza, come la salvaguardia di *asset* strategici come le banche o la garanzia del perseguimento di quelle finalità proprie dell’economia sociale di mercato, sancite dagli artt. 2 e 3 della Costituzione, rivolte a garantire la fruizione delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che trovano concretizzazione nei servizi pubblici essenziali.

⁴ Riprendendo la classificazione operata da M.S. GIANNINI (*Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1985) si qualificano come “collettivizzazioni quegli istituti giuridici per i quali beni o attività produttive si trovano in mano al pubblico potere che è il solo legittimato a detenerli o a svolgerle. È collettivizzazione tanto la vicenda del passaggio in mano pubblica, quanto il modo di essere in mano pubblica. (...) Si distinguono tre specie di collettivizzazioni: quelle in cui potere pubblico riservatario è l’ente territoriale della collettività, ente a fini generali: quindi lo Stato in primo luogo e poi comuni ed altri enti territoriali esponenziali; si hanno così le statizzazioni, le municipalizzazioni, le regionalizzazioni e simili. (...) Si chiamano nazionalizzazioni le forme in cui il pubblico potere è un organismo centrale diverso dallo Stato, di solito un ente pubblico”.

⁵ Per una significativa analisi di questi aspetti, cfr., in particolare, P. BILANCIA, *L’effettività della Costituzione economica nel contesto dell’integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in questo numero, pp. 1 ss..

⁶ Per una ricostruzione del dibattito costituzionale sul punto cfr. F. GALGANO, *Collettivizzazione*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, pp. 418 ss.

infatti, di istituti riconducibili a forme di organizzazione economica differenti e talora contrapposte evidenzia il compromesso raggiunto in quella sede, nella quale, più che definire un modello di presenza pubblica nell'economia, si vollero porre dei limiti per evitare che ad una tale definizione si potesse infine giungere⁷. Al tempo stesso, i Costituenti – consapevoli che lo Stato e gli enti locali già da alcuni decenni avevano acquisito partecipazioni azionarie di imprese o avevano intrapreso la strada dell'erogazione di servizi pubblici mediante la costituzione di imprese pubbliche in diverse forme – ritennero necessario dare copertura e legittimazione alla situazione esistente, ritenendola utile al perseguimento delle finalità sociali poste dagli artt. 2 e 3 della Costituzione stessa⁸.

Al di là di ogni altra considerazione, può ritenersi che – alla luce dei profondi cambiamenti politici, sociali ed economici che hanno caratterizzato in meno di un secolo il mondo occidentale – la scelta di conferire al quadro costituzionale di riferimento questa sensibile elasticità abbia, da un lato, consentito allo stesso di adeguarsi ai cambiamenti registratisi nel campo del governo dell'economia, soprattutto in relazione al processo di integrazione euro-unitaria, dall'altro, fornito agli interpreti il minimo comune denominatore per giustificare, nell'esperienza repubblicana, i differenti modi, che si sono succeduti, di atteggiarsi del rapporto pubblico-privato⁹. Può ricordarsi, infatti, come ad una prima fase della storia repubblicana, nella quale la presenza dell'imprenditore pubblico ha assunto dimensioni molto significative, ha fatto seguito

⁷ Su questi aspetti cfr. P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, cit., *passim*, la quale sottolinea come la Costituzione abbia voluto definire un quadro costituzionale di riferimento e non un modello economico. Da qui la difficoltà di utilizzare la locuzione “Costituzione economica” che, invece, richiede l'individuazione di un chiaro modello di riferimento.

⁸ Come è stato sottolineato, sulla scrittura del titolo dedicato ai rapporti economici influirono fattori diversi: dalle nazionalizzazioni poste in essere in altri Paesi europei, alla volontà praticamente di tutti i partiti di porre in essere ampie riforme di sistema, all'esigenza di dar vita ad un sistema coerente, quale definito dagli artt. 41-43 Cost. Ne è risultato un modello economico nel quale lo Stato è stato, nell'idea costituente, chiamato a regolare la produzione e la crescita dei settori strategici dell'economia, gestiti da imprenditori privati o in maniera diretta dagli stessi soggetti pubblici, attraverso la previsione di riserve di impresa ed espropriazioni di singole imprese e la definizione di tre figure di collettivizzazione: le statalizzazioni, le nazionalizzazioni e socializzazioni, consolidando, di fatto, un sistema che ha contribuito alla crescita economica ed allo sviluppo sociale del Paese. Infatti, mentre l'art. 43 riconosce allo Stato la facoltà di riservare a sé le attività produttive in un determinato numero di settori, l'iniziativa economica privata viene riconosciuta e legittimata ai sensi dell'art. 41 Cost., nella maggior parte dei settori produttivi dell'apparato economico. Cfr. F. GALGANO, *Collettivizzazione*, cit., p. 419; G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte Costituzionale*, Milano, 1983, p. 53, secondo cui l'attività economica dei privati rimaneva, nel pensiero dei Costituenti, una colonna portante nell'edificio complessivo dell'economia del Paese; A. LUCARELLI, *Commento all'art. 43*, cit., p. 304.

⁹ Sul punto cfr. P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, cit., *passim*, la quale sottolinea come il modello di economia di mercato controllata, progettato dal Costituente, abbia consentito ai legislatori nel corso dei decenni di utilizzare “seppure con una sorta di improvvisazione” strumenti con essa coerenti, come in una prima fase la costituzione di imprese pubbliche, il rafforzamento di quelle esistenti, la nazionalizzazione di fonti di energia, le collettivizzazioni fredde o striscianti costituite dal rafforzamento delle partecipazioni statali; nella seconda fase le privatizzazioni, le deregolamentazioni, la valorizzazione delle imprese private.

una stagione di privatizzazioni, formali e sostanziali, motivate da ragioni diverse, non da ultime le esigenze di risanamento dei conti pubblici¹⁰.

Oggi, il dibattito ripropone la possibilità di una nuova diversa fase dell'intervento pubblico nell'economia, eventualmente anche utilizzando gli istituti contenuti nell'art. 43 Cost., confrontandosi tuttavia non solo con mutate condizioni economiche e finanziarie di contesto bensì anche, e soprattutto per quanto qui rileva, con un quadro costituzionale economico non più nazionale ma europeo¹¹.

3. L'articolato disposto dell'art. 43 della Costituzione

Nella scrittura del Titolo della Costituzione dedicato ai rapporti economici, i Costituenti, muovendo dall'esigenza di garantire il rispetto dei principi di solidarietà ed uguaglianza, immaginarono, come è noto, un irrinunciabile collegamento tra gli artt. 41, 42, 43 e 44 Cost.¹², utile a che l'attività economica pubblica e privata, al pari della proprietà, potesse svilupparsi secondo un paradigma contrapposto sia ad un'idea di collettivismo "puro", caratterizzato da pubblici poteri o comunità di produttori-gestori di tutte le attività produttive, sia ad un sistema in cui il soggetto pubblico fosse chiamato a ricoprire il solo ruolo di regolatore di attività produttive riservate interamente ad imprenditori privati¹³.

¹⁰ Cfr. E. SCIARRA, *Le società pubbliche e le crisi d'impresa: caratteri, limiti e incertezze di una riforma provvisoria*, in *federalismi.it*, 16 novembre 2018. Come riportato anche in una indagine recente sul tema, l'IRI (Istituto per la ricostruzione industriale) aveva nel 1993 una esposizione di 70000 miliardi di lire; l'EFIM, nel 1992, aveva un indebitamento di 18000 miliardi e al termine del processo di liquidazione costò al Paese altri 5 miliardi di euro. Per questo motivo viene sottolineato che il processo di privatizzazione fu reso necessario non solo dalla criticità dei conti pubblici ma anche da quello dei singoli enti di gestione. Così F. DE BORTOLI, *Quanto è invadente il nuovo Stato padrone*, in *Corriere della sera*, 8 luglio 2019.

¹¹ Su questi aspetti cfr. G. Di Plinio, *Il Common core della deregulation*, Milano, 2005; P. BILANCIA, *L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, cit., passim, alla quale si rinvia anche per la bibliografia.

¹² Cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 338; F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, p. 193. Contra, U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 107, il quale esclude che l'attività di cui all'art. 41 Cost. coincida con i casi previsti dall'art. 43 Cost.

¹³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 123. In Assemblea Costituente si contrappose da un lato il modello basato sul mercato, dall'altro quello incentrato sulla proprietà pubblica e generalizzata. Come è stato sottolineato, i sostenitori di una Costituzione garante del mercato e della libertà di impresa quale valore assoluto e regola della concorrenza rappresentarono, all'interno dell'Assemblea Costituente, una parte decisamente minoritaria. Cfr. G. AMATO, *La nuova Costituzione economica*, in G. DELLA CANANEA - G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 12, il quale evidenzia come la difesa dell'economia di mercato fatta dalle forze politiche cattoliche in Assemblea Costituente non fosse la difesa dei valori positivi del mercato, ma la salvaguardia politica del regime di democrazia liberale.

Questo orientamento si manifesta, nell'art. 43, sin dalla lettura dell'unica articolata e complessa disposizione che esso contiene, nella quale sono disciplinati contestualmente forme, soggetti e garanzie dell'intervento autoritativo dello Stato nella gestione delle attività produttive¹⁴.

Partendo dalle garanzie, già a prima lettura emerge come la disposizione ne contenga in realtà due, diverse ma complementari. La prima è posta a beneficio dello Stato e contempla la possibilità per quest'ultimo di intervenire in modo autoritativo nel sistema produttivo laddove si presentino le condizioni previste dall'art. 43 ed in particolare qualora emerga l'esigenza del perseguimento di fini di utilità generale non diversamente realizzabili¹⁵. La seconda, non meno importante, è invece volta a tutelare il soggetto privato che può ragionevolmente confidare sul fatto che la sua attività di impresa non possa essere "collettivizzata" in assenza dei presupposti costituzionalmente previsti e che l'eventuale presenza dello Stato o di altro ente pubblico nel suo settore di attività possa ordinariamente assumere solo la forma dell'azione imprenditoriale in condizioni di concorrenza¹⁶. In altri termini, da un lato non si vieta allo Stato di intervenire, se vi sono i presupposti indicati dallo stesso art. 43; dall'altro si garantisce l'impresa privata rispetto alla possibilità di interventi autoritativi pubblici di tipo espropriativo che non siano motivati da fini di utilità generale, pur dovendosi, sulla base di quanto stabilito dalla Corte costituzionale, intendere questi ultimi non in senso restrittivo, come meramente connessi al buon funzionamento del sistema economico, bensì in senso ampio, quali comprensivi di tutte quelle finalità ritenute necessarie a garantire il buon funzionamento del sistema democratico e rivolte quindi a dare attuazione ai più generali principi dell'art. 3 secondo comma Cost.¹⁷.

Articolati sono anche gli strumenti di azione previsti dall'art. 43 Cost. Viene infatti previsto che la nazionalizzazione possa avvenire mediante "trasferimento di imprese o categorie di imprese" o mediante "riserva originaria", intendendo quest'ultima, in modo ampio, come un complesso di divieti, rivolti a privati imprenditori o ad altri soggetti pubblici, ad intraprendere o svolgere una specifica attività

¹⁴ L'art. 43 Cost. stabilisce che "A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale".

¹⁵ In altri termini può affermarsi che la realizzazione dei fini di utilità sociale, vero e proprio punto di equilibrio tra il ruolo interventista dello Stato ed il riconoscimento della libertà di iniziativa economica (coincidente con il corretto funzionamento del sistema economico e, soprattutto, con la protezione diretta dei principi generali enunciati dall'art. 3, comma 2, Cost.) legittimi l'intervento del soggetto pubblico al fine di rimuovere ostacoli di ordine economico e sociale e di assicurare il soddisfacimento di determinati bisogni della comunità.

¹⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 140; E. DE MARCO, *Collettivizzazione e libertà economiche*, in *Foro amministrativo*, 6/1977, pp. 1607-1642.

¹⁷ Questo principio è stato affermato dalla Corte costituzionale sin dalle prime sentenze aventi quale parametro l'art. 43 Cost. Nella sentenza n. 59/1960, ad esempio, la Corte giustifica la riserva originaria dei servizi radiotelevisivi in ragione "dell'altissima importanza che, nell'attuale fase della nostra civiltà, gli interessi che la televisione tende a soddisfare (informazione, cultura, svago) assumono".

imprenditoriale. Come è stato sottolineato, così formulata la nozione si presenta molto ampia e suscettibile di inibire l'accesso dei privati in molteplici settori economici. Da qui l'esigenza, sulla quale la dottrina si è ampiamente soffermata, di circoscrivere la portata della locuzione costituzionale, giungendo alla considerazione, prevalente ma non unanime¹⁸, secondo la quale il carattere "originario" della riserva vada intesa in senso civilistico, e quindi nel suo significato di contrapposta a "derivata", idonea quindi a consentire al soggetto pubblico di acquisire, al pari dell'espropriazione, il controllo del settore in modo pieno, indipendentemente dai vincoli che gravavano precedentemente sullo stesso¹⁹. In questa prospettiva, non conta quindi se nel settore economico oggetto di attenzione vi siano già imprese, essendo la riserva finalizzata alla costituzione di quello che può essere considerato un monopolio di diritto²⁰.

Il secondo strumento utilizzabile per procedere ad una nazionalizzazione è dato dal "trasferimento" alla mano pubblica di imprese o categorie di imprese già presenti sul mercato. La disposizione quindi autorizza il ricorso a strumenti autoritativi qualora, come si avrà modo di sottolineare *infra*, la sostituzione della mano pubblica ai privati imprenditori si presenti di essenziale importanza e non possa essere perseguita mediante le ordinarie forme consensuali ma solo ricorrendo all'espropriazione con indennizzo. Le imprese collettivizzate debbono quindi, secondo il dettato costituzionale, presentare carattere di preminente interesse generale: per le loro dimensioni, per il loro carattere strategico, per l'influenza che presentano sul perseguimento delle finalità di utilità generale. Come sottolineato, occorre che si verifichi la presenza del duplice presupposto dell'essenzialità dell'impresa e dell'ostacolo che le imprese stesse, ascritte alla proprietà privata, costituiscono per il perseguimento di queste finalità²¹.

Plurali, ed è questo un ulteriore elemento che caratterizza l'art. 43 Cost., sono infine i soggetti ai quali la legge²² può riservare o trasferire l'attività economica: allo Stato, ad altro ente pubblico territoriale o, soprattutto, ad un ente pubblico.

¹⁸ Sul concetto di riserva la dottrina ha espresso orientamenti diversi: secondo alcuni può riferirsi solo ad attività nuove (ad esempio i trasporti interplanetari, come è stato esemplificato in dottrina), basandosi sul fatto che l'art. 43 parla di originariamente; altri ritengono invece che poiché l'art. 43 parla di riserva di imprese e non di attività produttive allora significa che la riserva vi possa essere solo se vi sono già imprese operanti. S. CASSESE, *Leggi di riserva e art. 43 Cost.*, cit., p. 1356; F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 193.

¹⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Rivista delle società*, 1958, p. 227; G. MOTZO - A. PIRAS, *Espropriazione e pubblica utilità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, p. 170. *Contra* V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., p. 324, che ritiene invece che la riserva possa riguardare solo attività nuove, non esercitate sino a quel momento da alcuno.

²⁰ Così A. PREDIERI, *voce Collettivizzazione*, in *Enciclopedia del diritto*, VII volume, Milano, 1960, pp. 419 ss..

²¹ Per una ricostruzione di questi aspetti cfr., A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali: l'autonomia contrattuale e le regole*, Torino, 2018.

²² L'art. 43 Cost. pone infatti una riserva di legge in materia che, come sottolineato, ha natura relativa, pur dovendo ritenere che l'eventuale "determinazione delle categorie di imprese (...) o delle singole imprese da trasferire mediante espropriazione non possa essere disposta se non con atto legislativo: non sarebbe costituzionalmente

Nei primi decenni di storia repubblicana, l'art. 43 Cost. ha trovato plurima applicazione e le nazionalizzazioni poste in essere danno conto di come il legislatore abbia sostanzialmente utilizzato buona parte degli istituti previsti. Come è noto, l'unica espropriazione di imprese operanti in un settore è stata nel 1962 quella riguardante l'energia elettrica, che ha portato all'istituzione di un ente pubblico dedicato, l'ENEL, a favore del quale è stata anche costituita la riserva dell'attività di produzione, trasporto, distribuzione e vendita dell'energia²³. Il settore, come è noto, è stato liberalizzato nel 1999, sebbene abbia conservato sino ad oggi i caratteri di un mercato "tutelato", mentre dal canto suo l'ENEL è una società quotata in borsa che ha il Ministero dell'economia come azionista di riferimento.

Più numerose sono state, invece, le riserve originarie, come ad esempio quella a favore di ENI per quanto riguarda la ricerca di idrocarburi (abolita nel 1996), dei servizi postali (di fatto cessata dal 2011), del servizio televisivo, cessato nel 1990 con il passaggio al sistema delle concessioni ma ancora oggi in evoluzione, su impulso del diritto europeo e della convergenza tecnologica²⁴. Vi è poi l'ampio panorama

legittimo un atto legislativo che nazionalizzasse le industrie di un settore determinato, indicandole ad esempio come quelle di maggiore importanza e demandando poi ad atti amministrativi la concreta individuazione, discrezionale, delle singole imprese. Così A. PREDIERI, *voce Collettivizzazione*, cit., p. 427.

²³ Si trattava, come è noto, di un ente pubblico economico al quale venne attribuita non solo una capacità generale di diritto privato ma anche e soprattutto la riserva dell'attività di produzione, importazione, esportazione, trasporto e distribuzione dell'energia elettrica. Come previsto nella l. 6 dicembre 1962, Istituzione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche, all'art. 1, comma 3, stabilisce che "ai fini di utilità generale l'ente nazionale provvederà alla utilizzazione coordinata e al potenziamento degli impianti allo scopo di assicurare con minimi costi di gestione una disponibilità di energia elettrica adeguata per quantità e prezzo alle esigenze d'un equilibrato sviluppo economico del paese". Per un'analisi più approfondita del tema, anche con riferimento alle successive vicende del settore, si rinvia a G. DI GASPARE, *L'ENEL Spa tra privatizzazione e servizio pubblico*, in *Nomos*, 2/1993, pp. 109 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, p. 165.

²⁴ La riserva statale, giustificata dalla limitatezza dei canali e dalla necessaria realizzazione dei fini di utilità sociale, attraverso la garanzia di condizioni di obiettività, imparzialità, completezza e continuità, ha subito nel corso degli anni una inesorabile crisi che ha decretato il "tramonto del sistema monopolistico" e l'apertura del mercato agli operatori privati". Cfr. D. MESSINA, *Televisione e convergenza tecnologica*, in A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018, p. 111. Come è noto la Corte Costituzionale è stata, nel corso degli anni, chiamata a pronunciarsi in merito alla compatibilità del quadro normativo (r.d. 27 febbraio 1936, n. 645) con le disposizioni costituzionali. In una prima occasione i giudici, nel rigettare i dubbi di costituzionalità delle norme, evidenziarono come lo Stato si trovasse "istituzionalmente nelle condizioni di obiettività e imparzialità più favorevoli per conseguire il superamento delle difficoltà frapposte dalla naturale limitatezza del mezzo alla realizzazione del precetto costituzionale volto ad assicurare ai singoli la possibilità di diffondere il pensiero con qualsiasi pensiero". Cfr. Corte Cost. 13 luglio 1960, n. 59, in *www.giurcost.org*. Al tempo stesso è necessario ricordare come gli stessi giudici, con le sentt. nn. 225 e 226/1974, abbiano dato avvio all'inesorabile tramonto del monopolio statale nel settore attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale della riserva in riferimento alla ritrasmissione di programmi di emittenti estere e la diffusione di programmi via cavo a livello locale. Cfr. inoltre Corte Cost., 10 luglio 1974, n. 225, in *www.giurcost.org*; Corte Cost., 10 luglio 1974, n. 226, in *www.giurcost.org*. Tale impostazione è stata, come è noto, recepita dal legislatore che, con la legge n. 103/1975, ha definito un regime di autorizzazione per quelle frequenze considerate libere da riserve e, per questo motivo, accessibili agli operatori privati. È stata, infine, la l. 223/1990 (cd. Legge Mammi) a far cadere definitivamente il monopolio pubblico nel settore aprendolo all'imprenditoria privata definendo, al tempo stesso, quei principi fondamentali alla base dello stesso sistema tra i quali rientrano, senza dubbio, il pluralismo, l'obiettività, la completezza e l'imparzialità delle

delle aziende e società locali che rappresentano oggi l'ambito di applicazione più articolato e significativo dell'art. 43 Cost. con riferimento alla gestione dei servizi pubblici essenziali.

4. L'ambito e i limiti all'ingresso autoritativo dello Stato

L'art. 43 Cost. pone precisi limiti all'ingresso autoritativo dello Stato nell'economia a garanzia dei privati al fine di garantire che non possa essere posta in essere una forzosa modificazione del modo di produzione mediante l'utilizzo della potestà di imperio per sottrarre ai privati le loro attività economiche e avocarle alla gestione pubblica o sociale. L'ambito di azione del soggetto pubblico è infatti delimitato sia dalla finalità da perseguire e dalla rilevanza delle imprese da ascrivere al diretto controllo pubblico, sia soprattutto dalla puntuale indicazione dei settori nei quali l'intervento autoritativo può avvenire²⁵. La nazionalizzazione, infatti, può riguardare solo le imprese operanti nella produzione e commercializzazione di fonti di energia; oppure qualora vi siano situazioni di monopolio privato; ed ancora, anzi soprattutto, qualora l'attività economica si sostanzi nell'erogazione di un servizio pubblico essenziale.

Per quanto concerne i monopoli, come sottolineato anche dalla Corte costituzionale, tale scelta esprime tutta la convinzione del Costituente che quelli privati ostacolano la realizzazione dei fini di utilità generale nella misura in cui l'imprenditore, con il peso della propria azienda, possa direttamente e profondamente influire su interi settori economici, con le conseguenze di ordine politico e sociale che a tale influenza sono connesse²⁶. In una economia globalizzata e, soprattutto, in un mercato quale quello dell'Unione europea, l'eventualità della presenza di un monopolio pubblico appare difficilmente configurabile, anche se il settore delle ITC, con la presenza degli *Over the top*, richiede una costante attenzione.

Analoga considerazione può esplicitarsi anche in riferimento alle fonti di energia, considerato il carattere strategico che queste ultime rivestono sia per la tutela del diritto dei singoli ad accedere a tale servizio sia per la rilevanza che la politica energetica riveste nella complessiva politica economica del Paese. Non a caso, come ricordato prima, il processo, prima ricordato, di privatizzazione e liberalizzazione del servizio elettrico, avviato negli anni '90, ha comunque portato alla definizione di un mercato "tutelato" e

informazioni e, infine, l'apertura alle diverse opinioni. Cfr. legge 14 aprile 1975, n. 103, *Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva*; legge 6 agosto 1990, n. 223, *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*.

²⁵ Parte della dottrina ha ipotizzato che l'elencazione dei tre ambiti delle collettivizzazioni non sia tassativo. La Corte costituzionale, invece, sin dalla sentenza 11 del 1960 sembra essersi orientata in senso opposto stabilendo che l'appartenenza dell'impresa assoggettata a collettivizzazione ad una delle categorie indicate nell'art. 43 sia condizione per l'esercizio del potere autoritativo da parte del legislatore.

²⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 58 del 1965.

significativo è anche l'intervento indiretto dello Stato nel sostegno alle ormai diversificate forme di produzione di energia (eolico, solare, etc.)²⁷.

5. Segue: la gestione dei servizi pubblici nella dimensione nazionale e locale

Di particolare rilevanza si presenta, infine ma non da ultimo, il riferimento, contenuto nell'art. 43 Cost., ai servizi pubblici essenziali, che rappresentano indiscutibilmente un importante indice del rapporto che intercorre tra la forma di Stato sociale e il modello economico costituzionalmente orientato, incentrato sul ruolo del soggetto pubblico come garante dell'eguaglianza sostanziale e della stabilità economica. Come è stato sottolineato, la materia dei servizi pubblici può essere considerata un "intreccio" di aspetti economici, sociali, organizzatori, ed, infine, istituzionali che scaturiscono dalla funzione di garanzia assegnata in primo luogo agli enti territoriali della Repubblica²⁸.

La nozione di servizio pubblico presenta, come è noto, non solo rilevanti problemi definatori, al punto che non ne esiste una vera e propria determinazione normativa²⁹, ma anche, ed in parte conseguentemente, una natura inevitabilmente evolutiva, dal momento che ciò che può essere considerato servizio pubblico in un dato periodo storico può non esserlo in seguito e viceversa³⁰. Da qui l'avvertita esigenza di non dilatare oltremodo la nozione sul lato pubblicistico, rendendo pubblico servizio ogni attività pubblica che non si configuri come funzione, e soprattutto di circoscrivere la nozione a

²⁷ Cfr., da ultimo, il D.M. 4/7/2019, del Ministro dello Sviluppo economico, di promozione della diffusione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili di "piccola, media e grande taglia".

²⁸ Cfr. F. MONCERI, *Servizi pubblici e istanza sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, 2012.

²⁹ Sulla base dell'articolo 19 della l. 7 agosto 2015, n. 124 (anche nota come "Legge Madia"), il legislatore delegato aveva predisposto uno schema di decreto legislativo con lo scopo di giungere ad una "disciplina generale organica" in materia di servizi pubblici locali, anche mediante la definizione della nozione di servizi pubblici locali di interesse economico generale. Superando il dualismo esistente tra la nozione europea di servizi di interesse economico generale e quella italiana di servizi pubblici locali di rilevanza economica, il legislatore delegato aveva previsto una definizione rispettosa del dettato europeo e volto alla promozione della concorrenza e del mercato. L'articolo 2, comma 1, lettera a) dello schema di decreto definiva i servizi pubblici di interesse economico generale come i "servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero erogati senza un intervento pubblico o sarebbero erogati a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che i comuni e le città metropolitane, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e della coesione sociale. In merito invece all'assunzione del servizio si stabiliva che l'individuazione delle attività volte alla produzione di beni e servizi di interesse economico generale, idonee a soddisfare gli interessi della comunità, dovesse spettare ai comuni e alle città metropolitane. Al riguardo la norma prevedeva che tale scelta dovesse essere fatta in seguito ad un'accurata analisi, da svolgersi anche attraverso una consultazione pubblica, volta ad evidenziare l'impossibilità, da parte di imprese operanti nel settore di poter fornire tali servizi in maniera soddisfacente e a condizioni accessibili, nel rispetto delle norme di mercato. La bozza di T.U., pur avendo ottenuto il parere favorevole del Consiglio di Stato, non è stata poi definitivamente approvata dal Governo, anche per l'approssimarsi della scadenza della delega. Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa e del dibattito dottrinale in materia cfr., da ultimo, A. NAPOLITANO, *Economia sociale di mercato e tutela dei diritti. Servizi essenziali e forme di gestione*, Torino, 2019, passim.

³⁰ Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 140.

quelle attività di produzione che presentano un fine sociale che oltrepassa l'ambito degli interessi individuali e che richiedono una significativa limitazione degli obiettivi imprenditoriali perseguibili³¹.

Questa individuazione spetta al legislatore statale, nell'ambito dell'impostazione costituzionale che, come ricordato prima, individua nell'erogazione pubblica di servizi essenziali uno strumento di eguaglianza sostanziale e di progresso della società, mentre è soprattutto a livello locale che si è concentrata sin dal XIX secolo la gestione di questi servizi al punto da rendere necessaria una loro regolamentazione già nei primissimi anni del secolo scorso (L. 103/1903, cd. Legge Giolitti)³².

I primi decenni di applicazione di tale disciplina e soprattutto l'esperienza repubblicana del sistema delle imprese pubbliche hanno registrato l'affermarsi di una prevalente situazione di monopolio locale di diritto o di fatto che ha portato alla concentrazione negli enti territoriali, in particolare sub-statali, dell'erogazione di un rilevante numero di servizi essenziali mediante la sperimentazione di forme organizzative diverse, con la crescente e tendenziale propensione al ricorso, dopo il 1990, alla costituzione di società partecipate (anche miste ed *in house*) ma senza che il sistema abbia ad oggi trovato una sistematizzazione non solo normativa ma anche giurisprudenziale. Anzi può dirsi che proprio il livello locale di gestione dei servizi pubblici rappresenti lo specchio delle difficoltà *definitorie*, per quanto riguarda la nozione di "servizio

³¹ Come sottolineato da G. DI GASPARRE, *Origine, costituzione e struttura della nozione di servizio pubblico*, in *Amministrazioneincammino.it*, 16 gennaio 2018. In tal modo si opera una prima distinzione rispetto alla concezione più ampia, di derivazione francese, che ricomprende anche la funzione pubblica intesa come attività autoritativa dei pubblici poteri. Con il riferimento al contenuto intrinseco dell'attività economica viene ulteriormente distinto il servizio pubblico da quelle attività a contenuto sociale che, svolte dalle amministrazioni od organismi pubblici, hanno di mira finalità esclusivamente sociali e non comportano l'erogazione di un corrispettivo, anche se in termini di tariffa piuttosto che di prezzo, da parte della utenza. Tali attività sono in genere svolte a titolo gratuito, ma l'accesso per i fruitori può in alcuni casi essere subordinato ad una compartecipazione ai costi (tasse di iscrizione, pagamento di ticket).

³² Gli enti locali, a partire dalla legge 29 marzo 1903, n. 103, hanno acquisito un ruolo rilevante nella gestione dei servizi pubblici. Questa legge è stata considerata la risposta data dal legislatore alla incontrollata intensificazione degli interventi comunali nella gestione di tali servizi che la crescente urbanizzazione di quel periodo e la crescita dei c.d. bisogni collettivi da soddisfare attraverso lo strumento delle c.d. aziende municipalizzate. Con questo atto normativo si stabilirono le norme per la costituzione e l'amministrazione delle aziende speciali dei comuni, il procedimento per l'assunzione diretta dei pubblici servizi e per la vigilanza sulle aziende e sui bilanci, nonché disposizioni sulle aziende consorziali. Essa, inoltre, elencava diciannove servizi suscettibili di gestione diretta, dando vita ad una prima individuazione e cristallizzazione di servizi pubblici, alcuni dei quali sono ancora oggi di competenza degli enti locali. Si pensi ad esempio alla distribuzione di acqua potabile, al trasporto locale, all'illuminazione pubblica, alla raccolta dei rifiuti. In seguito, il legislatore nazionale, con il R.D. 2578/1925, contenente il Testo Unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province, stabilì che l'erogazione di determinate prestazioni, ritenute di interesse pubblico da parte dell'amministrazione comunale, fosse libera quando il servizio doveva essere somministrato in regime concorrenziale alle imprese private e limitato se doveva essere svolto in monopolio. L'intervento legislativo sul settore è poi proseguito anche nel periodo repubblicano e non è possibile darne conto in questa sede, ma occorre ricordare sia la l. 8 giugno 1990, n. 142, sia alla l. 15 maggio 1997, n. 157 (cd. Legge Bassanini bis). Per una ricostruzione di questi aspetti cfr., tra gli altri, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

pubblico”, e *organizzative*, per quanto riguarda la scelta dei modelli di gestione³³, che caratterizzano la categoria dei “servizi pubblici essenziali”, di cui all’art. 43 della Costituzione, dovendosi in ogni caso conciliare, da un lato, l’esigenza di garantire agli enti territoriali di scegliere le modalità del servizio da utilizzare per l’affidamento e la gestione di un pubblico servizio e, dall’altro, tutelare i principi europei di concorrenza, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi e, al tempo stesso, quelli di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa³⁴.

6. Le nazionalizzazioni e il diritto europeo

L’impostazione immaginata dai Costituenti nell’art. 43 Cost., e che ha trovato ampia applicazione nei primi decenni di storia repubblicana, ha nel tempo dovuto confrontarsi con significativi processi di globalizzazione dell’economia e con una sempre più intensa, almeno fino ai primi anni del III millennio, integrazione europea. Ciò ha prodotto, per la parte che qui rileva, un sostanziale ridimensionamento del ruolo di questo articolo nel complessivo sistema dei rapporti economici, che hanno portato autorevole dottrina ad affermare la sostanziale “inapplicabilità” della disposizione costituzionale in oggetto alla luce del nuovo corso del processo di integrazione europea successivo al Trattato di Maastricht³⁵. Il dibattito attuale sembra, come prima sottolineato, voler superare questo giudizio, riaprendo al ritorno ad una più intensa gestione pubblicistica, e questo rende necessario chiedersi se vi sono margini per immaginare una odierna applicazione dell’art. 43 Cost. coerente con il complessivo ordinamento euro-unitario. A tal fine appare tuttavia preliminarmente essenziale distinguere tra presenza dell’imprenditore pubblico

³³ Cfr., tra gli altri F. MERUSI, *I servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; L. DE ANGELIS, *La trasformazione delle società*, Milano, 1998; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit.; A. LUCARELLI, *L’azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessioni a margine di due pronunce della Corte dei conti*, in *Foro amministrativo*, 1/2014; F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *federalismi.it*, Editoriale, 13 luglio 2016; A. NAPOLITANO, *Le prospettive della nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica tra interventi normativi e giurisprudenziali*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna online*, 2/2017.

³⁴ Queste esigenze sono formalizzate nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (*Testo unico delle società partecipate*), in particolare laddove (articolo 5) è previsto che l’atto deliberativo debba tener conto della necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali; delle ragioni e delle finalità che giustificano tale scelta sia sotto il profilo della convenienza economica, sia sotto il profilo della sostenibilità finanziaria; della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate; della possibilità della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; della compatibilità dell’intervento finanziario previsto con le norme europee in materia, in modo particolare con quella degli aiuti di Stato alle imprese. Viene inoltre anche ridefinito il processo decisionale e gli obblighi motivazionali necessari per la costituzione di una nuova società a partecipazione pubblica e l’acquisizione di partecipazioni, prevedendo ipotesi più complesse e rigorose rispetto a quelle del passato, anche attraverso il coinvolgimento della Corte dei Conti e dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Sul ruolo della Corte dei conti nel controllo delle società a partecipazione pubblica cfr., da ultimo, M. POZZATO, *Il ruolo della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2/2019, pp. 81 ss.

³⁵ Così N. IRTI, *Andato in desuetudine*, in N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

nell'economia e utilizzo, da parte dello Stato, di strumenti autoritativi di acquisizione di imprese/riserva di settori produttivi.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è opinione condivisa che in materia di “imprese pubbliche” il diritto europeo faccia prevalere una posizione di neutralità, in ragione del principio di indifferenza sulla proprietà dei beni, richiamata nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in riferimento agli aspetti soggettivi della proprietà³⁶. Le imprese pubbliche sono quindi integrate nel diritto europeo delle “imprese” con il conseguente obbligo di agire nel mercato, rispettandone le regole. Per questo motivo, come ricordato anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, non vige, in ambito sovranazionale, un divieto assoluto in ordine ad una presenza attiva dello Stato nell'economia nelle ipotesi in cui la stessa rappresenti una soluzione necessaria al perseguimento di fini di utilità sociale³⁷. Ciò ha giustificato e giustifica la permanenza dello Stato in alcuni settori con proprie imprese, aventi la forma giuridica delle società di capitali ma nelle quali il socio pubblico beneficia talvolta di “garanzie rafforzate”, e ha consentito, in alcuni Paesi europei, di non procedere a privatizzazioni in ambiti ritenuti strategici³⁸. E in questo alveo interpretativo può dirsi si sia sviluppato tutto il processo di riorganizzazione del sistema delle imprese pubbliche in Italia, a partire dagli anni '90, nel continuo dialogo anche giurisprudenziale, tra i due ordinamenti³⁹.

L'elasticità, ora richiamata, presentata dall'ordinamento europeo sul tema consente di ragionare anche sulla seconda questione, ossia se l'intervento imprenditoriale pubblico possa prendere le mosse da un intervento autoritativo e se possa portare ancora oggi ad una gestione pubblicistica di servizi pubblici, sulla base dei modelli sperimentati nei primi decenni del XX secolo.

³⁶ Cfr. art. 106 TFUE, il quale stabilisce che: “1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni”. Su questi aspetti cfr. V. SQUARATTI, *I limiti imposti dal diritto dell'Unione europea: la neutralità delle modalità di perseguimento di obiettivi imperativi di interesse generale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4/2014, pp. 1073 ss.

³⁷ Per un'analisi di questi aspetti G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, cit.; G. MEO - A. NUZZO, *Il testo unico sulle società pubbliche*, Bari, 2016.

³⁸ Sul punto cfr. F. FURLAN, *Articolo 43*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, pp. 279 ss.

³⁹ Su questi aspetti cfr., tra gli altri, F. CAPALBO, *Società partecipate e responsabilità: criteri di riparto della giurisdizione e fattispecie di danno erariale*, in *federalismi.it*, 16 novembre 2018; R. MICCÙ-M. FRANCAVIGLIA, *Le società pubbliche e i servizi di interesse economico generale: l'impatto del d. lgs. N. 175/2016 sull'affidamento e sulla gestione del servizio idrico integrato*, in *federalismi.it*, 16 novembre 2018; A. NAPOLITANO, *Riflessioni in merito al rapporto tra società pubbliche e procedure concorsuali alla luce delle recenti novità normative*, in *federalismi.it*, 14 marzo 2018.

Sul piano teorico la risposta è affermativa in entrambi i casi ma a condizioni, derivanti dal contesto, che appaiono molto differenti rispetto al passato. Infatti, può ritenersi che mentre fino agli anni '90 la scelta basata sull'art. 43 Cost. rientrava nella piena discrezionalità politica del legislatore, ponendosi quale strumento per il perseguimento di finalità generali definibili in modo ampiamente discrezionale che andavano sovente al di là della mera erogazione del servizio, oggi, pur non essendo l'intervento pubblico messo in discussione anche a livello europeo per quanto concerne i principi, è invece certamente oggetto di sindacato *“nelle sue forme, nella sua ampiezza e nella sua consistenza, nella sua intensità, nella sua efficienza e nella sua efficacia, nella corrispondenza agli obiettivi prefigurati e da perseguire nei suoi limiti e, magari, nelle garanzie comunque da assicurare”*⁴⁰. Come viene sottolineato, le eccezioni permesse, con riguardo a tutti i settori soggetti a monopolio o in cui vigano diritti speciali o esclusivi, debbono trovare il proprio fondamento nella *“necessità”*, con la conseguenza che non appaiono consentiti interventi autoritativi di lungo periodo, ritenuti fonte di regimi discriminatori o di abuso di posizione dominante o, ancora, di accordi restrittivi della concorrenza⁴¹. Analoga considerazione può farsi in relazione alla gestione dei servizi pubblici, anche locali, dove non è in discussione – né del resto lo è mai stata – l'ascrivibilità al soggetto pubblico della responsabilità dell'erogazione ma viene sottolineata l'esigenza che nella realizzazione del servizio si abbia come guida non solo il principio di economicità ma anche quelli di efficienza ed efficacia⁴².

7. Le *“prospettive”* dell'intervento ex art. 43 Cost. dello Stato nell'economia

La breve analisi sin qui svolta ha evidenziato come in Italia la presenza pubblica nell'economia abbia nel tempo mutato forma e dimensioni ma abbia conservato una propria significatività nel complessivo sistema produttivo nazionale. È stato tuttavia da più parti sottolineato come la riduzione, seppure per certi aspetti solo percepita, della presenza nell'economia avviata negli anni 90 e l'affidamento al mercato della gestione di settori strategici e di servizi pubblici essenziali abbiano diffuso la percezione di una sostanziale rinuncia dello Stato al proprio ruolo politico e storico di promotore dell'uguaglianza, di garante dei diritti sociali e di attore dello sviluppo economico⁴³. E, nel contempo, va sottolineato come

⁴⁰ Cfr. F. GABRIELE, *Premessa introduttiva*, in F. GABRIELE (a cura di), *Il governo dell'economia tra “crisi dello Stato” e “crisi del mercato”*, Bari, 2005, p. 10.

⁴¹ Sul punto cfr. F. FURLAN, *Articolo 43*, cit., p. 285.

⁴² Sul punto cfr. G.M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, 1999; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002; C. PAGLIARIN, *Autonomia, efficienza, responsabilità. Lineamenti costituzionali*, Torino, 2007; M. MORCIANO, *L'efficacia dell'azione pubblica: preferenze individuali, interesse pubblico e servizi*, in *Amministrazioneincammino*.it, 4/2010.

⁴³ Secondo tale visione, quindi, la tutela dei diritti garantiti mediante l'erogazione dei servizi pubblici di interesse economico generale, sarebbe svilita da ottiche meramente imprenditoriali finalizzate al mero profitto. Anche per una ricostruzione della problematica, cfr. A. LUCARELLI, *Il nuovo governo delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico-generale: profili giuspubblicistici*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, Milano, 2017.

anche a livello europeo si avverte in modo crescente l'esigenza di porsi nella prospettiva della realizzazione di una economia sociale di mercato, nella quale i singoli Stati e l'Unione europea agiscono in sinergia nella definizione sia degli obiettivi economico-sociali da perseguire sia delle forme che l'intervento pubblico deve assumere in tale contesto⁴⁴. Anche per questo, come è stato sottolineato, in ossequio a quanto stabilito prima dall'articolo 3 del Trattato di Maastricht e da ultimo dal Trattato di Lisbona⁴⁵, viene ritenuto improcrastinabile che l'Unione si orienti verso un modello di economia “*non meramente liberale e di mercato, ma anche sociale di mercato in grado di rispondere alle molteplici sfide che deve subire da parte dei processi di globalizzazione*”⁴⁶.

L'insieme di questi elementi fa emergere la condivisibile esigenza di un ripensamento di alcuni automatismi, della presenza pubblica dell'economia, affermatasi in questi anni ma non sembra poter produrre un mero (peraltro non auspicabile) ritorno al passato. In questa ottica, se da un lato, in una economia globalizzata non appare prospettabile la nazionalizzazione di settori quali quello bancario o siderurgico (per riferire di settori interessati dall'attuale dibattito politico italiano), appare ragionevole ritenere che la riserva sulla produzione di energia nucleare (seppure oggi sterilizzata dal secondo referendum in materia del 2001) sia ancora operativa, come pure, come già sottolineato, il settore elettrico – seppure liberalizzato – vede ancora una significativa presenza di società partecipate pubbliche, in considerazione della sua strategicità. Anche il settore dei servizi pubblici essenziali, soprattutto a livello locale, è ancora fortemente caratterizzato dalla presenza pubblica, seppure nella pluralità delle forme di gestione. Anzi, nonostante l'approvazione nel 2016 del *Testo unico sulle società partecipate*, che sembrava voler indirizzare in modo netto questo settore verso il mercato, non mancano arresti giurisprudenziali che considerano legittime le scelte di enti locali che optano per il ricorso a forme pubblicistiche (in particolare “aziende speciali”), ritenendo che tali scelte rientrino nella discrezionalità politica dell'ente, pur con l'obbligo di una approfondita motivazione di questa opzione. E, nel caso oggetto di una recente sentenza, sono state considerati idonei ad assolvere tale onore motivazionale da un lato il maggior controllo esercitabile dall'ente pubblico sulla qualità del servizio erogato – rispetto alla possibilità di esercitare

⁴⁴ Cfr. P. BILANCIA, *The social market economy model between the Italian Constitution and the European Treaties*, cit., p. 97.

⁴⁵ Al riguardo vi è chi ritiene che, con questo Trattato, l'Unione abbia abbandonato la sua originaria ispirazione squisitamente economicistica. Così, tra gli altri, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, p. 10.

⁴⁶ Così G. LUCHENA, *La socialità comunitaria e i “valori-base” della Costituzione, nel prisma dell'economia sociale di mercato: spunti di riflessione*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., pp. 601 ss.; sul punto cfr. anche F. SCUTO, *Il Governo dell'economia nello Stato regionale italiano tra riforme costituzionali e crisi economica: l'indissolubile legame con i principi di solidarietà, eguaglianza e tutela dei diritti sociali. Possibili “spunti” per una costruzione federale europea*, in F. BALAGUER CALLEJÓN-M. AZPITARTE SANCHEZ-E. GUILLEN LOPEZ-J.F. SANCHEZ BARILLAO (a cura di), *The reform of the European Union economic governance and the progress of political integration – La reforma de la gobernanza económica de la Union Europea y el progreso de la integración política*, cit., p. 98.

analoga azione nei confronti della società affidataria – e dall’altro il risparmio della percentuale di utile da riconoscere alla società concessionaria, idonea a compensare il preventivato maggior costo del servizio erogato dall’azienda speciale (auspicabilmente solo nel periodo dell’avviamento)⁴⁷.

Come appare evidente, le opzioni, contenute nell’art. 43 Cost., possono quindi essere considerate teoricamente ancora percorribili ma nella consapevolezza che l’attuale contesto normativo presenta, rispetto al passato, una maggiore attenzione per la responsabilità *contabile* (in un sistema ormai particolarmente attento all’equilibrio dei bilanci e al controllo dei conti), *amministrativa* e, per quanto qui rileva, soprattutto *politica* di chi è chiamato ad operare questa scelta. Il ricorso a quello che oggi possiamo definire il modello *in house* (sia in forma societaria, sia di azienda pubblica) non può, infatti, né far venire meno l’esigenza della trasparenza dell’azione gestionale ed amministrativa, né la sua efficienza, efficacia ed economicità che non sono semplicemente elementi di buona amministrazione, bensì anche scelte di equilibrata ripartizione degli oneri tra i componenti della comunità odierna e, non meno importante, tra quest’ultima e le generazioni future⁴⁸. L’esperienza del passato, il dato oggettivo dei deficit accumulati da

⁴⁷ Il riferimento è alla sentenza del Consiglio di Stato, V sezione, n. 5444 del 2019 con la quale, per la parte che qui rileva, i giudici hanno ritenuto legittima la scelta di un comune di affidare ad una azienda speciale un servizio prima gestito da una società partecipata dal comune stesso. Nell’interpretazione del Collegio, il divieto, contenuto nell’art. 14, comma 6, d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, di assumere e/o mantenere l’organizzazione e la gestione del servizio attraverso enti partecipati, in caso di dichiarazione di fallimento della società controllata precedente gestore del servizio, va interpretata nel senso che non è possibile costituire una nuova società ma non preclude la possibilità di provvedere all’erogazione del servizio mediante la costituzione di un’azienda speciale e, più in generale, attraverso forme di gestione diverse dalla società a partecipazione pubblica, come pure decidere di rivolgersi al mercato con una procedura di gara. Come viene sottolineato nella sentenza, “il divieto ha ad oggetto la costituzione di “nuove società”, come pure l’acquisizione di partecipazioni societarie e il loro mantenimento; l’espresso riferimento ad una delle modalità di gestione del servizio pubblico – la società a partecipazione pubblica (che a gestire un servizio pubblico può servire per l’art. 4 del d.lgs. 175 cit.) – porta ad escludere dal divieto le altre modalità, per la presunzione dell’uso preciso e consapevole da parte del legislatore dell’espressioni contenute nelle norme (argomento del c.d. legislatore consapevole, cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 8 novembre 2018, n. 28575, ma sin da Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 440)”. Questa sentenza si inserisce peraltro in un filone interpretativo, volto a riconoscere piena libertà di scelta all’ente territoriale in merito alla scelta della modalità di gestione di un servizio. Cfr. in questa direzione la sentenza della Corte di Cassazione, sezioni unite civili, n. 20684 del 2018. In senso dubitativo, invece, si è espresso sempre il Consiglio di Stato, V sezione, che con ordinanza del 14 gennaio 2019, ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, a mezzo rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, la questione della compatibilità delle previsioni del diritto nazionale italiano – che pongono gli affidamenti *in house* in una posizione subordinata rispetto all’affidamento che avvenga mediante selezione del contraente con procedura di gara – con i principi e le disposizioni del diritto dell’Unione europea (ed, in particolare, con l’art. 2 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull’aggiudicazione dei contratti di concessione) che, per il principio di libera organizzazione delle pubbliche amministrazioni, sembrano comportare una piena equiordinazione fra le diverse modalità di assegnazione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche, se non addirittura la prevalenza logica del sistema di autoproduzione rispetto ai modelli di esternalizzazione.

⁴⁸ Il tema della responsabilità inter e infra generazionale, e della possibile configurazione di diritti in capo delle generazioni future idonei a limitare l’azione di quella presenta, è un tema che solo in tempi recentissimi sta acquistando spazio, peraltro limitato, nel dibattito politico, pur essendo presente da tempo nella riflessione giuridica. Cfr., tra gli altri, C. ZANGHÌ, *Per una tutela delle generazioni future*, in *Jus*, 1999, p. 636; R. BIFULCO, *Diritto*

questi organismi e dagli enti che li controllano sono elementi che non possono essere trascurati nell'assunzione di queste decisioni⁴⁹.

Occorre quindi ragionare di perseguimento di fini sociali, di utilità sociale, che rappresentano la ragion d'essere dell'intervento pubblico dell'economia, partendo dal dato giuridico, economico e sociale vigente. Più che ad una nuova mera ri-attribuzione di fiducia alle forme pubblicistiche, che non hanno dato particolare prova di efficienza non solo in riferimento alla libera circolazione dei servizi ma anche e soprattutto all'esigenza di garantire l'economicità e l'efficienza della gestione, occorre essere in grado di adottare valutazioni e scelte attente, volte per volta, al servizio da erogare, alle finalità generali da perseguire e ai mezzi a disposizione, anche sul piano delle competenze necessarie per pianificare, gestire ed erogare efficientemente e con qualità i servizi. Al tempo stesso occorre essere consapevoli che, indipendentemente dal modello di gestione prescelto, ci si trova dinanzi all'utilizzazione di un bene pubblico (strade, ferrovie, acqua) del quale occorre garantire alla comunità non solo la migliore fruizione possibile bensì anche la massima utilità⁵⁰.

e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale, Milano, 2008; M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008, pp. 423 ss.; A. PAPA - G. PALOMBINO, *Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire*, in L. CARPENTIERI (a cura di), *L'abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*, Torino, 2018. La Corte costituzionale, dal canto suo, ha fatto ricorso a questo, al momento assai vago, concetto in alcune sue sentenze e in particolare nella recente sentenza n. 18 del 2019, nella quale ha dichiarato incostituzionale la disposizione legislativa, contenuta nell'art. 1, comma 714, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 che consentiva agli enti locali di modulare in un arco trentennale il piano di rientro da una situazione di pre-dissesto per violazione del diritto delle generazioni future a non essere gravate da un debito frutto di scelte politiche e amministrative lontane nel tempo. Per un commento a questa sentenza cfr. G. PALOMBINO, *La solidarietà generazionale alla luce della sentenza n. 18 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *De Iustitia*, 2/2019, pp. 205 ss.. Il legislatore ha provveduto a dare seguito a questa sentenza modificando, con la l. 28 giugno 2019, n. 58 (di conversione del d.l.30 aprile 2019, n. 34, cd. Decreto Crescita), l'art. 243-bis del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, diversificando la durata massima del piano di rientro (che può comunque arrivare in alcuni casi fino a venti anni).

⁴⁹ Gli enti locali, che come sottolineato rappresentano i principali erogatori di servizi pubblici, vedono i propri bilanci fortemente condizionati, nella maggior parte dei casi in negativo, dall'onere di sostenere le imprese pubbliche (latamente intese nel senso in cui in questo scritto) erogatrici dei servizi stessi.

⁵⁰ Il riferimento è, ad esempio, all'esigenza che i canoni di concessione siano adeguati al valore economico del bene offerto o che nel caso dello statuto di società pubbliche sia definito in qualche misura il reinvestimento a favore della rete infrastrutturale sottostante.



La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti per un rilancio della dimensione oggettiva e sociale dell'art. 47 Cost.*

di Filippo Scuto

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Milano

Sommario: 1. Un tentativo di aggiornare concetti, valori e portata della disciplina costituzionale del risparmio. 2. Il risparmio dalla difficile costruzione di una costituzione economica europea all'avvento della crisi. 3. Il cambio di paradigma della filosofia del “bail-in”: alcune considerazioni critiche in relazione ai dubbi di costituzionalità prospettati. 4. I recenti casi delle banche italiane in crisi tra bail-in e discutibili interventi di indennizzo. 5. La marginalità del Parlamento e i possibili spazi di intervento del legislatore. 6. Il risparmio nel “caso” della formazione del Governo Conte. 7. Conclusioni: l'art. 47 e la dimensione oggettiva e sociale del risparmio.

1. Un tentativo di aggiornare concetti, valori e portata della disciplina costituzionale del risparmio

Il risparmio trova, com'è noto, una sua specifica disciplina costituzionale all'interno della c.d. Costituzione economica¹. Ogni riflessione di natura giuridica, economica o politica sul tema non può però prescindere da un suo inquadramento che tenga conto dell'influsso, peraltro in continua espansione, dell'ordinamento dell'Unione europea. La disciplina del risparmio, così come le altre disposizioni della Costituzione economica, è da tempo significativamente influenzata dalla normativa dell'Unione, influenza che ha spinto importante dottrina a ritenere progressivamente “svuotata” questa parte della Costituzione repubblicana². A ben vedere, però, la tutela costituzionale del risparmio dell'art. 47 Cost. presentava e

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Nell'ampia dottrina in materia, per un inquadramento costituzionale della Costituzione economica si rinvia a P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; G. DE VERGOTTINI, *Pianificazione statale e interventi comunitari*, Milano, 1967; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Diritto e società*, 2011; ID., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1988, 370 ss.; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2012; G. AMATO, *Il governo dell'economia: il modello politico*, in F. GALGANO (a cura di), *La Costituzione economica*, Padova, 1977, 209 ss.; F. GALGANO, U. ROMAGNOLI, *La Costituzione economica*, Padova, 1977; G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983.

² Sul significativo e ampio impatto esercitato dall'ordinamento comunitario e poi europeo sulla c.d. Costituzione economica v. P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, pp. 44 ss.; ID., *La sovranità e le sue mutazioni*, in *Scritti in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999; P. BILANCIA, *Diritti e doveri inerenti ai rapporti economici*, in P. BILANCIA - E. DE MARCO (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le istituzioni e la società*,

presenta tuttora alcune caratteristiche specifiche che non consentono di approcciarsi alla questione prescindendo dal dato costituzionale.

Del resto, gli eventi collegati all'ultimo decennio di crisi economica nel contesto europeo richiedono probabilmente di ripensare e riconsiderare impianto e finalità di questa parte della Costituzione che non può mai essere letta slegandola dai principi fondamentali e dai tratti caratterizzanti della nostra forma di Stato sociale³. Da questo ripensamento non possono certamente essere escluse le tradizionali categorie con cui si è guardato al risparmio considerato, negli ultimi decenni, nella sua interconnessione tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo. Gli sviluppi normativi dell'Unione europea, da un lato e, dall'altro, la crisi economica e dei debiti pubblici nazionali (in particolare di quello italiano) a cui si sono sommate le numerose crisi bancarie nel nostro Paese richiedono probabilmente una lettura aggiornata della tutela costituzionale del risparmio contenuta nell'art. 47 Cost.

Peraltro, gli sviluppi legati all'avanzare del processo di integrazione europea e, più di recente, quelli connessi all'esplosione della crisi economica, hanno forse reso ancora più complessa e ardua

Padova, 2015, pp. 415 ss.; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, 1992, 1, pp. 1 ss.; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, cit.; G. DELLA CANANEA, G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998; G. BIANCO, *Costituzione economica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2008.

³ Come rilevato da tempo in dottrina. Si veda, sul punto, in particolare M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto*, IV ed., *Discipline pubblicistiche*, V, Utet, Torino, 1990, pp. 374 ss. e la critica alla stessa formula "Costituzione economica" se slegata dall'insieme della Costituzione dal momento che la disciplina costituzionale in materia economica non si ispira a una logica autonoma e differenziata da quella che caratterizza la Costituzione nel suo complesso, come dimostra l'insistenza delle norme costituzionali in materia economica nel richiamare interessi e valori sociali. Tra c.d. "Costituzione economica" e interessi sociali vi è quindi un collegamento stretto e ineludibile. Come evidenzia P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996, pp. 16 ss., il concetto di costituzione economica fa riferimento a un sistema economico delineato in costituzione e in altre fonti senza che sia possibile effettuare una separazione tra costituzione economica e costituzione politica entrambe intese in un'ottica rigorosamente formale. La nozione di Costituzione economica può dunque essere utilizzata, come evidenziato da V. ATRIPALDI, *La Costituzione economica tra "patto" e transizioni*, in V. ATRIPALDI, G. GAROFALO, C. GNESUTA, P. F. LOTTITO, *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, 1998, pp. 9 ss., per identificare quel nucleo di norme e principi che opera una scelta dei modelli economici che consentono la realizzazione dei "valori" determinati dalla costituzione politica. Tra costituzione economica e principi dello stato sociale il legame è indissolubile poiché, come sottolinea P. BILANCIA, *Diritti e doveri inerenti ai rapporti economici*, in P. BILANCIA - E. DE MARCO (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le istituzioni e la società*, Padova, 2015, pp. 415 ss., la presenza del principio di eguaglianza sostanziale e dei diritti sociali nella Costituzione è la base per ogni intervento orientato allo sviluppo economico e sociale del Paese e, allo stesso tempo, il limite rispetto a tutte le scelte orientate in direzione contraria. Sulla stretta relazione esistente tra gli articoli della Costituzione economica e gli articoli 2 e 3 Cost. si veda M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit. Come evidenziato da P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, cit., p. 213, eguaglianza, principio personalista, pluralista e lavorista sono principi inderogabili della costituzione e vanno considerati valori guida anche per la Costituzione economica.

l'interpretazione di una norma costituzionale le cui «latenti ambiguità interpretative» non risultano sciolte né dal dibattito in Assemblea Costituente né dalla dottrina che si è confrontata con l'art. 47⁴.

In riferimento alle peculiarità della tutela costituzionale del risparmio dell'art. 47, va innanzitutto tenuto presente che nel quadro comparato sono rare in Europa le Costituzioni che tutelano esplicitamente il risparmio⁵. Soltanto l'art. 45 della Costituzione irlandese e l'art. 101 della Costituzione portoghese possono in qualche modo essere paragonati all'art. 47 Cost. Di conseguenza, pur riconoscendo la rilevanza degli sviluppi della normativa dell'Unione in materia ed il suo impatto nei singoli ordinamenti nazionali, la questione del risparmio va inquadrata tenendo in considerazione questo aspetto: esiste nel nostro ordinamento un'esplicita tutela costituzionale del risparmio che è invece assente nelle costituzioni dei principali Stati membri.

Considerate queste necessarie premesse, si cercherà innanzitutto di individuare gli aspetti connessi all'art. 47 Cost. che possano essere funzionali ad una sua reinterpretazione alla luce del quadro attuale. Può infatti risultare opportuno tentare di aggiornare alcuni concetti e valori riconducibili alla dimensione costituzionale del risparmio.

L'art. 47 rimanda a una pluralità di forme e tipologie del risparmio che consente di ricomprendere nella tutela costituzionale certamente il risparmio da reddito monetario accantonato⁶ ma anche quello investito in operazioni finanziarie. Senza dubbio valida appare, ancora oggi, l'interpretazione dell'art. 47 che include sia il risparmio che entra a far parte della liquidità monetaria sia il risparmio impiegato per quelle destinazioni socialmente utili richiamate dal secondo comma dell'articolo, su cui si tonerà a breve. Premessa essenziale e ineludibile per tutelare il risparmio nella sua forma tradizionale, che consiste nella scelta di affidarlo agli istituti di credito, è la difesa del valore della moneta contro l'inflazione e, quindi, della stabilità dei prezzi⁷. In altri termini, il risparmio va tutelato e protetto *in primis* dall'inflazione e dalla

⁴ Cfr., sul punto, F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2010. Per una ricostruzione del dibattito in Assemblea Costituente in tema di risparmio si veda M. D'AMICO, S. CATALANO, *Tutela del risparmio e principi costituzionali*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2008, pp. 35 ss.

⁵ Per un approfondimento dei profili costituzionali e legislativi comparati della tutela del risparmio v. G. CERRINA FERONI, (a cura di), *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito. Un'analisi comparata*, Torino, 2011 e ID., *La tutela del risparmio. Un quadro comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2009, pp. 1140 ss..

⁶ Secondo M. MAZZIOTTI DI CELSO – G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova, 2007, p. 251, l'art. 47 tutela non solo il risparmio in moneta ma anche quello consistente in un mero accantonamento di beni senza vincolo di destinazione da parte di soggetti privati mediante rinuncia a spese di consumo e di investimento.

⁷ Cfr. F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1980, pp. 153 ss. Si tratta della classica impostazione operata in dottrina in relazione alla disciplina costituzionale del risparmio secondo cui la tutela risparmio è legata alla stabilità della moneta e alla stabilità dei prezzi, come evidenziato anche da G. M. SALERNO, *Art. 47*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di) *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, pp. 318 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rassegna di diritto pubblico*, n. 1/1962; S. ORTINO, *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, 1979. Da questa impostazione deriva anche il Legame

deflazione. Il principio della stabilità monetaria, peraltro, si è affermato con forza con lo sviluppo del processo di integrazione europea attraverso l'instaurazione, con il Trattato di Maastricht, dell'Unione economica monetaria che si regge sul sistema europeo delle banche centrali (SEBC) e sulla Banca centrale europea (BCE)⁸.

Ancora oggi condivisibile appare, poi, la prevalente posizione della dottrina che ha letto nell'art. 47 non tanto una norma precettiva in grado di generare di per sé diritti soggettivi in capo al risparmiatore⁹, quanto, piuttosto, una disposizione programmatica, pur con accenti e toni diversi¹⁰, anche in forza di una giurisprudenza della Corte costituzionale che in più occasioni ha fatto riferimento all'art. 47 come a un indirizzo programmatico al quale deve ispirarsi il legislatore che incontra come unico limite la compromissione del principio stesso¹¹. Questa impostazione appare la più corretta anche oggi precisando, però, che la natura programmatica non può in alcun modo sminuire la portata di una disposizione costituzionale che risulta estremamente attuale nel richiedere politiche di stabilità della moneta e di tutela del risparmio in relazione alle sue implicazioni sul piano sociale e dei diritti sociali su cui ci si soffermerà a breve. Il risparmio può quindi indubbiamente configurarsi come un valore costituzionale che lo Stato, in forza della sua competenza esclusiva assegnatagli in materia dall'art. 117

dell'art. 47 con gli artt. 36, 41 e 53 Cost., come evidenziato da M. GIAMPIERETTI, *Commento all'art. 47 della Costituzione*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Padova, 2008, pp. 474 ss. Dalla difesa della stabilità della moneta deriva anche il legame del risparmio con i valori costituzionali finalizzati a garantire l'equilibrio economico-finanziario del sistema e, quindi, con gli artt. 1, 36, 41, 53 e 81 Cost. V., sul punto, C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2016, p. 51.

⁸ Peraltro, come evidenziato da S. BARONCELLI, *Art. 47*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 11, la maggior parte della dottrina era inizialmente contraria alla tesi secondo cui l'art. 47 sancirebbe il principio della stabilità monetaria.

⁹ Si veda, invece, per questo tipo di impostazione G. DE MINICO, *Esiste ancora l'interesse alla difesa del risparmio?*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2002, p. 173 che fa riferimento a un'interpretazione dell'art. 47 come norma precettiva in grado di generare diritti soggettivi e come tale direttamente azionabile, e A. ZITO, *Contraddizioni concettuali ed anomalie sistemiche del mercato finanziario: considerazioni minime sulla centralità della tutela del risparmiatore*, in *Diritto dell'economia*, 2008.

¹⁰ Come rileva F. CUOCOLO, *Risparmio e credito nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, vol. I, Padova, 1997, p. 332, la tutela del risparmio corrisponde più a un programma di politica economica che non a un dovere giuridico in qualche modo azionabile. Va anche ricordato che M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 205 non soltanto inquadrava l'art. 47 come norma programmatica ma ne limitava la portata definendola «un'enunciativa generica dei principi della legge bancaria del 1936». Si rinvia inoltre, sul punto, a F. MERUSI, *Art. 47*, cit., che pur riconoscendo la natura programmatica dell'art. 47 ne valorizza l'importanza e la centralità all'interno della Costituzione economica.

¹¹ Cfr. Corte cost. sent. 143/1982 e sent. 143/1995. Si rinvia sul punto e, in generale, sul risparmio nella giurisprudenza costituzionale, a S. BARONCELLI, *Art. 47*, cit., C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della banca centrale europea*, cit. p. 61 ss.; G. AROLLI (a cura di), *La tutela del risparmio. Quaderno di sintesi della giurisprudenza costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*.

secondo comma, *lett. e*), deve non solo tutelare ma, come espressamente prevede l'art. 47, incoraggiare e incentivare attivamente¹².

Un altro elemento essenziale nella ricostruzione della tutela costituzionale del risparmio continua ad essere rappresentato dal legame indissolubile tra risparmio e credito, legame che per Fabio Merusi ricopriva un'importanza tale da rappresentare «il principio cardine della Costituzione economica»¹³. In relazione all'esercizio del credito, va poi rimarcato il rilievo pubblico di questa attività privatistica¹⁴ che rende oggettivamente diversa l'attività di una banca da altre iniziative imprenditoriali. Dall'analisi relativa alle questioni del risparmio non può dunque sfuggire la funzione sociale del credito, su cui ci si soffermerà a breve, in ragione della quale tutelare una banca significa anche difendere la produzione delle imprese e, con essa, l'occupazione.

Il risparmio trova dunque una sua dimensione costituzionale nel suo inquadrarsi come interesse di natura pubblicistica prima che privatistica. Da questa essenziale premessa discende il valore sociale della tutela risparmio e, al tempo stesso, deriva anche la qualificazione del risparmio in senso oggettivo inteso, cioè, in riferimento all'oggetto del bene risparmio e non al soggetto-persona portatore di titoli che rappresentano l'aggregato finanziario ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento costituzionale¹⁵. In quest'ottica, come conferma la lettura degli Atti dell'Assemblea Costituente, la genesi costituzionale del risparmio va ricollegata alla volontà di garantire la stabilità della moneta e limitare gli effetti negativi dell'inflazione sul valore dei risparmi, più che a prevedere forme giuridiche specifiche di protezione del risparmiatore. Impostazione, quest'ultima, che si poneva peraltro in linea di continuità con i principi della legge bancaria del 1936¹⁶.

Con l'avvento del diritto comunitario in questo campo e la conseguente rideterminazione della disciplina dei mercati finanziari - operata in particolare dalle direttive 93/6 Cee e 93/22 Cee all'inizio degli anni Novanta - è invece emersa una lettura del risparmio in chiave più soggettiva, legata non tanto al risparmio come bene da tutelare, quanto, piuttosto, al soggetto risparmiatore considerato più che altro nella sua

¹² Cfr. G. CERRINA FERONI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito. Un'analisi comparata*, Torino, 2011, p. 2.

¹³ F. MERUSI, *Art. 47*, cit., 153. Mette in luce l'importanza dell'art. 47 nel quadro della Costituzione economica anche S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma, 2012, pp. 3-4, secondo cui la tutela del risparmio ha un rilievo primario nella definizione della struttura economica della Costituzione anche in ragione della sua interconnessione con altre norme costituzionali.

¹⁴ Cfr. D. SICLARI, *Costituzione e attività di vigilanza bancaria*, Padova, 2007, p. 40.

¹⁵ Cfr. F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno*, cit., p. 7.

¹⁶ Sulla continuità tra i principi della legge bancaria del 1936 e la formulazione della tutela costituzionale del risparmio così come disciplinata dall'art. 46 Cost. v. F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno*, cit., p. 8 e L. DELLA LUNA MAGGIO, *Il risparmio tra tutele costituzionali e interventi legislativi*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2015 p. 6 ss.

qualità di investitore/consumatore. Il legislatore dell'Unione ha infatti tradizionalmente concepito la tutela del risparmio essenzialmente come forma di protezione degli investitori¹⁷. Ha certamente risentito di questo mutato clima anche il legislatore costituzionale nella riforma del Titolo V nel 2001 che, nell'inserire il risparmio tra le materie di competenza esclusiva statale¹⁸, lo ha collegato ai mercati finanziari (art. 117, secondo comma, lett. e)) accentuando così la tendenza a ricondurre il risparmio alle attività che si realizzano nei mercati finanziari.

Come si cercherà di evidenziare, l'attitudine della normativa europea a privilegiare la dimensione soggettiva del risparmio inteso come tutela dell'investitore e consumatore di prodotti finanziari, a scapito di quella oggettiva, ha impattato negativamente su quella che appare l'essenza della tutela costituzionale del risparmio. I fatti legati alla lunga crisi economica, infatti, sembrano aver dimostrato la necessità di recuperare e mettere nuovamente l'accento sulla dimensione oggettiva nel suo legame con la funzione sociale del risparmio che sta alla base della Costituzione.

La connotazione sociale del risparmio connessa al rilievo pubblico dell'attività del credito trova conferma da una lettura congiunta di principi e valori costituzionali. La funzione pubblica dell'esercizio del credito deriva chiaramente dalla sua capacità di influire positivamente sul livello di occupazione sostenendo le attività d'impresa e di condizionare anche lo sviluppo del reddito nazionale. Più in generale, esiste un legame tra stabilità dei prezzi, crescita dell'occupazione, incremento del reddito e sostegno del risparmio: si tratta di obiettivi diversi ma legati tra loro che possono essere favoriti da politiche pubbliche di disciplina del credito. In questo senso, rimane centrale il legame tra risparmio, lavoro e principio lavorista della nostra Costituzione - legame peraltro già emerso in sede di Assemblea costituente - e, quindi, il legame tra gli artt. 47, 1 e 4 Cost. La funzione sociale del risparmio e il suo caratterizzarsi, *in primis*, come interesse pubblico piuttosto che privato è certamente legata alle sue potenzialità per contribuire ad accrescere i livelli di occupazione. Il risparmio consente infatti di sostenere le attività produttive del Paese grazie alla capacità delle banche di erogare credito ed è per questo motivo che l'art. 47 si spinge a

¹⁷ In questo mutato contesto, la tutela è quindi divenuta sempre di più che una tutela del risparmiatore nelle molteplici forme del risparmio, una tutela dell'investitore che opera nei mercati finanziari. Cfr., sul punto, sul punto, C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della banca centrale europea*, cit., p. 55.

¹⁸ Peraltro, la competenza esclusiva statale unita alla continua espansione dell'ordinamento dell'Unione in questo ambito comporta un'inevitabile contrazione degli spazi di intervento del legislatore regionale in materia di credito e risparmio, come rileva, a commento della sent. Corte cost. n. 287/2016 relativa alla disciplina di riforma delle banche popolari, M. BELLETTI, *La limitazione della competenza regionale – sempre più «stretta» tra vincoli europei e criterio della prevalenza – impatta sulla funzione sociale della cooperazione nel caso della trasformazione delle banche popolari in società per azioni*, in *Le Regioni*, n. 4, 2017, pp. 804 ss.

richiedere di “incoraggiare” il risparmio: la tutela è finalizzata a consentire che la ricchezza privata possa, mediante il risparmio, confluire nel sistema produttivo e favorire la crescita del livello di occupazione¹⁹. Nell’ottica del legame tra risparmio e principi costituzionali, appare utile anche recuperare, oggi, il valore del dibattito che partiva dalla connessione dell’art. 47 con l’art. 41, terzo comma, Cost. in ordine alla necessità di un’utilità sociale del risparmio²⁰. Una lettura che, evidentemente, tendeva a interpretare le norme della costituzione economica sulla base dei pilastri dello stato sociale stabilendo una stretta connessione, *in primis*, con il principio di eguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, secondo comma, Cost., e che sembrava svuotata di senso dopo i processi di privatizzazione avvenuti a partire dagli anni Novanta²¹. Il recupero del legame con l’art. 41, terzo comma, potrebbe invece tornare di attualità, oggi, soprattutto perché appare necessario riaffermare una connessione tra risparmio, eguaglianza sostanziale e principio solidarista che sia funzionale a riconnettere l’art. 47 con la forma di stato sociale recuperando, così, la connotazione sociale della tutela del risparmio e la dimensione pubblicistica del credito. Nell’ottica di un recupero della funzione sociale del risparmio va, inoltre, richiamato il risparmio popolare del secondo comma dell’art. 47²², disposizione invero piuttosto trascurata negli anni, anche alla luce della sua attualità. Esprimendo il *favor* per la tutela del risparmio più lento finalizzato all’utilità sociale e mettendo così in evidenza la destinazione eminentemente sociale del risparmio²³, il secondo comma dell’art. 47 si conforma perfettamente allo spirito sociale della Costituzione. Nel contesto attuale, peraltro, è interessante misurare e interpretare questa disposizione finalizzata a un utilizzo del risparmio popolare più garantito e sicuro anche alla luce dei rischi derivanti dagli investimenti nei mercati finanziari. Può quindi essere utile riaffermare la tutela del piccolo risparmiatore come soggetto “debole” cui fa riferimento il secondo comma che va protetto nell’utilizzo dell’accantonamento derivante da attività

¹⁹ Sul legame tra risparmio, lavoro e principio lavorista, legame già emerso in Assemblea Costituente v., in generale, C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della banca centrale europea*, cit., pp. 52 ss. e F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/ investitori e ritorno*, cit., p. 16. In Assemblea Costituente prevalse l’orientamento che collega la tutela del risparmio al lavoro, da un lato, e alla proprietà e al controllo sociale dell’attività economica, dall’altro.

²⁰ Il noto dibattito traeva impulso dal periodo collegato ai tentativi di realizzare la programmazione economica negli anni Sessanta e si concentrava sui termini del rapporto tra art. 47 e art. 41, terzo comma, Cost., e più in generale, sull’interconnessione tra le disposizioni costituzionali della Costituzione economica. Ci si limita qui a richiamare, sul punto, PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963 e V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rassegna di diritto pubblico*, n. 1/1962.

²¹ Come rilevava S. BARONCELLI, *Art. 47*, cit., p. 11.

²² Per approfondimenti sulla portata del secondo comma dell’art. 47 Cost. e sulle sue potenzialità anche nel quadro attuale, v. M. ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell’ordinamento italiano. Dinamiche attuative dell’art. 47, II comma, Cost.*, Napoli, 2014 e ID., *Quale tutela, quale favor per il risparmio popolare*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2, 2017.

²³ V., sul punto, M. GIAMPIERETTI, *Art. 47*, cit., pp. 474 ss.; P. GROSSI, *La tutela del risparmio a settant’anni dall’approvazione dell’art. 47 della Costituzione*, in www.cortecostituzionale.it, 2017, p. 7; A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in *PA – Persona e Amministrazione*, 2017, p. 363.

lavorativa, una tutela per così dire sociale peraltro significativamente ridimensionata dall'avvento del diritto dell'Unione europea in questo ambito²⁴. Nel contesto attuale, però, questa disposizione merita una maggiore attenzione. Difficile negare, ad esempio, l'importanza che può rivestire il risparmio finalizzato all'acquisto di una prima casa di proprietà per le giovani coppie in un quadro certamente non incoraggiante caratterizzato da alta disoccupazione giovanile, precarietà del lavoro e salari bassi che certamente rende ardua la realizzazione di questo obiettivo richiamato, a titolo esemplificativo, proprio dal secondo comma dell'art. 47.

Indubbiamente, da una prima rilettura aggiornata delle questioni legate alla tutela costituzionale del risparmio si confermano le difficoltà di delimitare il perimetro dell'art. 47 Cost. che, peraltro, come si è visto, si rivolge alla tutela del risparmio in "tutte le sue forme". Le forme del risparmio sono molteplici ma, forse, andrebbero in qualche modo differenziate tra loro a seconda del rischio dell'investimento poiché la tutela costituzionale non può essere necessariamente uguale in tutti i casi. Meritevoli di tutela vanno infatti considerati i risparmi nei depositi bancari e, in parte, gli investimenti a basso rischio, mentre l'attività speculativa connessa al rischio di perdere l'intero capitale investito con l'intenzione di conseguire il massimo profitto non dovrebbe rientrare nel perimetro del risparmio costituzionale e non potrebbe, quindi ricevere, tutela. La necessità di operare delle distinzioni sembra trovare conferma, del resto, nella sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2010 sugli investimenti di Regioni ed enti locali tramite strumenti finanziari derivati con cui la Corte ha legittimato la scelta del legislatore di limitare il ricorso a questa tipologia di investimenti da parte degli enti territoriali, specificando anche che, in generale, la sottoscrizione di questo tipo di contratti non può essere qualificata come attività di investimento (bensì di speculazione)²⁵.

2. Il risparmio dalla difficile costruzione di una costituzione economica europea all'avvento della crisi

Come si è accennato in precedenza, l'impatto del processo di integrazione europea sull'art. 47 è stato significativo. La tutela costituzionale del risparmio ha dovuto in un certo senso adeguarsi ai principi comunitari di liberalizzazione, armonizzazione e concorrenzialità del mercato. Ai presidi costituzionali si sono sovrapposti e affiancati i pilastri di natura comunitaria relativi alla tutela delle libertà previste nei Trattati e alle normative dell'Unione europea che hanno contribuito a creare un mercato finanziario

²⁴ Come rileva G. POLI, *Commento a M. ATRIPALDI, La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano. Dinamiche attuative dell'art. 47, Il comma, Cost.*, Napoli, 2014, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2016, p. 1104.

²⁵ Per un commento alla sentenza v. A. BENEDETTI, *La giurisprudenza sui contratti derivati degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 1116; A. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2011, p. 18.

europeo armonizzato. Il significato dell'art. 47 è progressivamente mutato in forza dello sviluppo del principio della concorrenza e della perdita della sovranità monetaria²⁶. L'influsso dell'Unione proveniente dai principi contenuti nelle numerose direttive sull'attività bancaria²⁷ ha richiesto di reinterpretare l'art. 47 e la Costituzione economica alla luce dei principi della concorrenza e della tutela dell'investitore/consumatore, più che del risparmiatore.

Se l'obiettivo perseguito dalla BCE della stabilità dei prezzi e della moneta confermava la tesi, richiamata in precedenza, della stabilità della moneta nell'interpretazione dell'art 47 Cost., al tempo stesso a partire dalla fine degli anni Novanta si sottolineava in dottrina l'inutilità del ricorso all'art. 47 e, quindi, il suo tendenziale svuotamento in ragione del fatto che la disciplina della funzione monetaria dovesse essere ricercata all'interno dei Trattati. In sostanza, il ridimensionamento della Costituzione economica ad opera dei Trattati e della normativa europea sembrava pienamente confermato anche per quanto riguarda il risparmio e l'art. 47. Come si è già cercato di evidenziare, l'impostazione che qui si sta seguendo, invece, porta a ritenere che la tutela costituzionale del risparmio dell'art. 47 Cost. mantenga anche oggi la sua valenza e possa indirizzare le scelte del legislatore in questo ambito. Infatti, soprattutto dopo un decennio di crisi economica, l'art. 47 sembra tutt'altro che svuotato di senso e contenuto.

Indubbiamente esiste in materia un disallineamento di fondo tra Costituzione e diritto primario dell'Unione dal momento che manca un esplicito richiamo alla tutela del risparmio nei Trattati. Tuttavia, dalla normativa europea emergono chiaramente degli indirizzi che sono funzionali alla tutela del risparmio anche in senso oggettivo. L'aumento dell'inflazione è certamente dannoso per il risparmio e il controllo dell'inflazione rappresenta uno dei principali obiettivi della politica economica europea. Dalle regole su cui si fonda la difficile costruzione, tuttora in corso, di una costituzione economica europea - allargamento dei mercati, stabilità finanziaria, equilibrio monetario e crescita economica - derivano i limiti per gli Stati membri a finanziare la spesa pubblica con debito e manovre monetarie. Il controllo a livello europeo dell'inflazione e la stabilità monetaria - indicata come obiettivo principale dall'art. 119.2 TFUE -

²⁶ Ripercorrono questi passaggi F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno*, cit., p. 6, e G. POLI, *Commento a M. ATRIPALDI*, cit. pp. 1102 ss., evidenziando come l'impatto del diritto comunitario e successivamente euro-unitario abbia investito anche il settore creditizio e finanziario incidendo a sua volta sul risparmio costituzionale. Si è progressivamente transitati da un sistema come concepito dall'art. 47, co. 1, Cost. - di tendenziale direzione pubblica del mercato del credito, anche a fini di indirizzo dell'attività economica, a uno basato sulla libera concorrenza, in un mercato non più diretto ma regolato. L'art. 47 è stato quindi "riletto" nel senso di identificare l'oggetto principale della tutela costituzionale - in coerenza con la nuova centralità del mercato - non più con il risparmio in senso oggettivo, bensì con il risparmio assunto nella sua dimensione soggettiva, che mette al centro della scena la posizione del soggetto risparmiatore/investitore. Di "conflitto di interessi" tra tutela del risparmio e normativa comunitaria parlava F. MERUSI, *Il conflitto di interessi" tra tutela del risparmio e normativa comunitaria*, in *Banca, Impresa Società*, n. 2, 2008, pp. 183 ss.

²⁷ Direttive che a breve verranno richiamate.

indirizzano verso la stabilità e l'equilibrio di bilancio creando così le premesse per tutelare la sicurezza del risparmio delle famiglie²⁸.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, poi, l'aumento della produzione legislativa riconducibile alla tutela del risparmio negli ultimi decenni va ricondotto al recepimento di direttive europee e, quindi, come è avvenuto in numerosi altri ambiti, la normativa europea ha svolto un ruolo di impulso per il legislatore italiano. La disciplina legislativa italiana in tema di risparmio²⁹, del resto, si è contraddistinta a lungo per la sua scarsa incisività se si considera che la normativa di riferimento è stata a lungo costituita dalla assai risalente legge bancaria del 1936 e che i primi interventi legislativi in materia sono legati al recepimento delle numerose direttive in materia bancaria approvate a partire dagli anni Settanta³⁰. In questo contesto va poi inserita la legge per la tutela del risparmio del 2005 che era finalizzata a rafforzare le garanzie per risparmiatori e investitori dopo gli scandali finanziari legati alle crisi di aziende come Cirio e Parmalat e a intervenire sull'organizzazione della Banca d'Italia³¹.

Lo sviluppo dell'integrazione europea in questo ambito ha peraltro reso evidente che la tutela del risparmio richiede anche una buona regolazione dei mercati e un efficiente controllo pubblicistico sugli operatori³². A tale riguardo, va osservato che, in generale, gli eventi connessi alla crisi economica hanno dimostrato che questi elementi non sono sufficienti da soli ed è opportuna una maggiore presenza dello Stato e dell'UE nell'economia che rimanda, peraltro, anche all'esigenza di costruire in tempi brevi una effettiva dimensione sociale dell'Unione³³. Inoltre, quegli stessi eventi hanno reso evidenti in più occasioni

²⁸ Per un approfondimento di questi aspetti si rinvia a G. DI PLINIO, *Il risparmio nella Costituzione economica europea*, in G. CERRINA FERONI, (a cura di), *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito. Un'analisi comparata*, Torino, 2011, pp. 272 ss.

²⁹ Per una ricostruzione dell'evoluzione della disciplina legislativa italiana in tema di risparmio si rinvia a F. CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2005; L. DELLA LUNA MAGGIO, *Il risparmio tra tutele costituzionali e interventi legislativi*, cit., pp. 11 ss.

³⁰ Ci si riferisce, in particolare, alla prima direttiva bancaria (77/780/CE), cui faranno seguito la direttiva 86/635/CEE sui conti annuali e consolidati, la direttiva 87/63 sui sistemi di assicurazione dei depositi, la direttiva 87/102 sul credito al consumo, la direttiva 89/117/CEE sulla pubblicità dei documenti contabili delle succursali, la direttiva 89/299/CE sui fondi propri, la direttiva 89/647/CEE sul coefficiente di solvibilità.

³¹ Sull'impatto della legge n. 262 del 2005 sulla tutela del risparmio di modifica del Testo Unico bancario si rinvia a F. CAPRIGLIONE (a cura di), *La nuova legge sul risparmio. Profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Padova, 2006; P. BILANCIA (a cura di), *Tutela del risparmio, Authorities, governo societario*, Milano, 2008; F. MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze all'innovazione nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Banca Impresa Società*, n. 1, 2006, pp. 3 ss.

³² Cfr. G. DI PLINIO, *Il risparmio nella Costituzione economica europea*, cit., p. 289.

³³ Sul punto, si rinvia ai saggi contenuti in P. BILANCIA (a cura di) *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in *Federalismi.it*, n. spec. 4, 2018, e, in particolare, a A. PAPA, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*; A. PATRONI GRIFFI, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*; F. SCUTO, *Reddito minimo, contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione tra Pilastro europeo dei diritti sociali ed evoluzioni dell'ordinamento italiano*.

i difetti dei sistemi nazionali di vigilanza e l'assenza di una vera e propria vigilanza europea³⁴. Un sistema di controlli effettivi sul rispetto delle regole è indubbiamente necessario ma, al tempo stesso, la tutela del risparmiatore e del risparmio non può ridursi al quadro che è stato delineato dal diritto dell'Unione a partire dagli anni Novanta in cui il risparmio ha acquisito il significato di libera scelta delle condizioni di investimento migliori e di fiducia nel sistema di vigilanza³⁵. Dieci anni di crisi economica e finanziaria hanno ampiamente dimostrato che non è più sufficiente inquadrare la questione in questi termini.

Nel corso della difficile e lenta costruzione di una costituzione economica europea, infatti, è entrata in scena con forza la crisi che, peraltro, ha avuto inizio come crisi finanziaria inaugurata dal fallimento, nel 2008, di una banca americana (Lehman Brothers). Il susseguirsi degli eventi ha evidenziato le gravi carenze contenute nelle teorie del libero mercato della scuola di Chicago secondo cui l'ingresso e la partecipazione sostanzialmente illimitata delle banche nei mercati finanziari non avrebbe generato nessun pericolo in forza della stabilità di quei mercati ritenuti immuni da bolle speculative³⁶. La crisi ha purtroppo dimostrato che il sistema bancario è interconnesso e soggetto a forti effetti di propagazione in caso di difficoltà, e che lo sbilanciamento delle banche verso forme di operazioni finanziarie puramente speculative mette a rischio l'erogazione dei tradizionali servizi legati alla tutela del risparmio.

La crisi economica ha avuto come effetti la riduzione della spesa pubblica e l'aumento del prelievo fiscale e della disoccupazione. In questo vortice è entrato inevitabilmente anche il risparmio che è andato ovviamente contraendosi. Le cifre testimoniano, infatti, un calo ma, al tempo stesso, dimostrano che il risparmio in Italia è ancora significativo. Nel novembre 2018 Banca d'Italia ha pubblicato un *paper*³⁷ da cui emerge che, rispetto agli anni Novanta, gli italiani detengono in titoli di risparmio il 23 % in meno. Un rapporto della Consob del 2018 sulle scelte finanziarie degli Italiani ha evidenziato che il tasso di risparmio lordo (rispetto al reddito disponibile) continua a calare e si è persino attestato al di sotto della media dell'area euro con il suo 9,7 % (nel 2004 aveva raggiunto il 15%)³⁸. Sono dati che dimostrano come la crisi economica di questi anni abbia prodotto effetti negativi anche sulla tradizionale propensione al risparmio delle famiglie italiane sia perché detengono meno ricchezza da destinare al risparmio sia perché

³⁴ Come osserva G. DI PLINIO, *Il risparmio nella Costituzione economica europea*, cit., p. 294, tutto il controllo è stato affidato alle varie authorities nazionali, ma non è possibile fare affidamento solo sulla loro azione improntata alla neutrale tecnicità e sullo sviluppo dei network.

³⁵ Cfr. S. BARONCELLI, *Art. 47*, cit., p. 21.

³⁶ Ripercorre questi passaggi A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, cit., pp. 368 ss. Sulle conseguenze nefaste legate alle bolle speculative e alla mancata regolazione dei mercati finanziari v. J. STIGLITZ, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Torino, 2010; J. P. FITOUSSI, *Il teorema del lampione*, Torino, 2013.

³⁷ D. CAPRARA, R. DE BONIS, L. INFANTE, *La ricchezza delle famiglie in sintesi: l'Italia e il confronto internazionale* – Occasionals Papers di Banca d'Italia, Novembre 2018. Il paper è disponibile nel sito web di banca d'Italia.

³⁸ CONSOB – Rapporto 2018 sulle scelte di investimento degli italiani, disponibile nel sito web di CONSOB.

è calata la fiducia nei confronti del sistema finanziario e dei mercati finanziari nel loro complesso. Al tempo stesso, però, va ricordato che gli italiani hanno destinato al risparmio 4406 miliardi di euro (i dati sono aggiornati alla fine del 2017)³⁹, cifra raddoppiata rispetto al 1998, e che detengono una ricchezza privata tra le più alte del mondo (circa il doppio del debito pubblico italiano). Il grosso di questo risparmio, quasi la metà, è parcheggiato in conti correnti e depositi e questo dato dovrebbe far riflettere anche in relazione alle priorità da individuare nelle forme di tutela del risparmio. Ancorché ridimensionata, la mole del risparmio degli italiani rimane, quindi, ancora significativa e anche questo dato porta a ritenere necessaria un'analisi aggiornata della dimensione costituzionale del risparmio.

3. Il cambio di paradigma della filosofia del “bail-in”: alcune considerazioni critiche in relazione ai dubbi di costituzionalità prospettati

Nel periodo 2008-2014 sono stati impegnati in Europa 800 miliardi di euro per le banche in crisi. Gli interventi pubblici di quegli anni hanno comportato un conto troppo salato per gli Stati e, inoltre, la soluzione del salvataggio pubblico non era e non è facilmente perseguibile nei Paesi con alto debito pubblico per le tensioni che si generano nel mercato dei titoli Stato, come ha dimostrato il caso della Spagna che infatti ha chiesto un aiuto finanziario all'Europa nel 2012⁴⁰. Peraltro, gli interventi statali di salvataggio delle banche hanno contribuito ad aumentare il debito pubblico dei Paesi che hanno intrapreso quella strada, come è avvenuto anche in Italia, creando quindi ancora maggiori difficoltà agli Stati maggiormente indebitati. Si è creato, nella sostanza, un ulteriore circolo vizioso tra crisi bancarie e crisi dei debiti⁴¹.

Gli eventi degli ultimi anni hanno peraltro generato una generale crisi di fiducia verso gli istituti di credito e nel caso di gravi difficoltà di una banca è divenuto sempre più concreto il rischio di una “corsa agli sportelli” dei correntisti. La crisi di una grande banca, infatti, può comportare il pericolo di contagio sia per la diffusa sfiducia che può generare nei risparmiatori sia per l'interconnessione del sistema bancario.

³⁹ Il grosso è parcheggiato in conti correnti e depositi e questo dato deve far riflettere anche in relazione alle priorità da dare nelle forme di tutela del risparmio: 1440 miliardi, il resto è investito in azioni, fondi e obbligazioni.

⁴⁰ Ricostruisce la vicenda C. BRESCIA MORRA, *Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs contribuenti*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2, 2016, pp. 279 ss. Nel giugno del 2012 il governo spagnolo ha chiesto un aiuto finanziario all'Europa. Il sostegno alle banche spagnole è stato organizzato in attuazione del Trattato intergovernativo sul Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), il c.d. «Fondo salva stati». Il sostegno finanziario alle banche spagnole è stato fornito attraverso un prestito del MES al *Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)* istituito dal Governo spagnolo per ricapitalizzare le banche.

⁴¹ Come evidenzia F. SALMONI, *L'inchiesta parlamentare sulle banche: tanto tuonò che non piove...*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2018, p. 48, in mancanza di strumenti normativi adeguati a fronteggiare le crisi di alcune importanti banche europee, le autorità pubbliche sono intervenute utilizzando diverse modalità (ricapitalizzazioni, garanzie, ecc.) per evitare il *default* a cascata di altri istituti di credito, cosicché in molti Paesi, incluso il nostro, il bilancio pubblico ha sofferto di pesanti aggravii, a causa dei salvataggi bancari.

In questo contesto oltremodo complesso, l'Unione europea è intervenuta con l'obiettivo di modificare il paradigma con cui si erano affrontate le crisi bancarie sino a quel momento. Secondo l'impostazione di fondo portata avanti dalla Commissione europea negli ultimi anni, la tutela di tutti i creditori delle banche assicurata dall'intervento statale non poteva più essere considerata l'unica soluzione per preservare la stabilità finanziaria. Anche azionisti e creditori, infatti, possono e devono sopportare il costo di una crisi bancaria. Il loro coinvolgimento è finalizzato a contenere e ridurre il ricorso al denaro dei contribuenti e, inoltre, a contrastare la tendenza al “*moral hazard*” da parte dei vertici degli istituti di credito che sono naturalmente portati a una gestione disinvolta e poco oculata delle banche se hanno la certezza di un intervento riparatore dello Stato in caso di difficoltà finanziarie⁴². È questa, nella sostanza, la filosofia di fondo su cui si basano le nuove regole legate agli sviluppi dell'Unione bancaria europea⁴³ che hanno portato all'adozione di una serie di direttive e regolamenti nel periodo 2013-2014⁴⁴. Tra queste, spicca la nota direttiva BRRD (*Banking Recovery and Resolution Directive*) del 2014⁴⁵ che ha introdotto una nuova normativa sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi, direttiva trasposta nel nostro ordinamento dai due decreti legislativi n. 180 e n. 181 del 2015⁴⁶. Le nuove fondamenta dell'Unione bancaria sono dunque attualmente costituite dalla direttiva sul risanamento e sulla risoluzione delle banche, dall'istituzione del Comitato di risoluzione unico (regolamento 806/2014), dall'istituzione di un Meccanismo di vigilanza unico (regolamento 1024/2013) e dalle nuove previsioni sui sistemi di garanzia

⁴² Come rileva C. BRESCIA MORRA, *Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs contribuenti*, cit., p. 284, La Commissione europea ha a tale riguardo evidenziato che la tutela di tutti gli *stakeholder* di una banca, così come avviene in un salvataggio pubblico, che preserva la posizione di tutti i creditori e, in certa misura, anche degli azionisti (quest'ultimo aspetto dipende dalle condizioni di realizzazione dell'intervento pubblico) non è cruciale per assicurare la stabilità finanziaria. Di conseguenza, la Commissione afferma che azionisti e creditori, con la sola eccezione dei depositanti garantiti, possano sopportare il costo della crisi (principio del *burden sharing*) senza per ciò solo produrre esternalità negative. Questa soluzione, come sottolineato dalla Commissione, consente di gestire le crisi bancarie limitando il *moral hazard* nella gestione e di minimizzare l'uso dei soldi dei contribuenti.

⁴³ Per un approfondimento riguardo ai recenti sviluppi dell'Unione bancaria attraverso un esame delle nuove discipline legislative adottate dall'Unione si rinvia a G. CERRINA FERONI, *Verso il meccanismo unico di vigilanza sulle banche. Ruolo e prospettive dell'European Banking Authority (EBA)*, in *Federalismi.it*, 2014; F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea: una sfida per un'Europa più unita*, Torino, 2013; C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della banca centrale europea*, cit., pp. 75 ss.; S. ANTONIAZZI, *L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2014, pp. 717 ss.; R. IBRIDO, *L'Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino, 2017.

⁴⁴ Si fa riferimento ai Regolamenti 1022/2013, 1024/2013 e 806/2014 e alla Direttiva 2014/59/UE.

⁴⁵ Si tratta della Direttiva 2014/59/UE che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE), n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio

⁴⁶ Legge di delegazione europea 9 luglio 2015 e d.lgs.16 novembre 2015, n. 181 contenente modifiche al t.u. bancario – d.lgs 385/1983 – in materia di gestione delle crisi e d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 avente a oggetto le procedure di risanamento e risoluzione per le banche.

dei depositi (direttiva 49/2014). Nella sostanza, si è trattato di uno sviluppo dell'armonizzazione normativa sulle banche e di un accentramento a livello europeo dei meccanismi di vigilanza e regolazione mediante l'affidamento di un ruolo di primo piano in questo ambito alla BCE⁴⁷.

In questo contesto va inquadrato quello che può essere considerato un cambio di paradigma radicale nel passaggio dal c.d. *bail-out* di eredità novecentesca che ha continuato ad operare sino al 2016 e in base al quale le crisi bancarie vanno superate con ricorso all'intervento pubblico e alla fiscalità generale, alla nuova filosofia connessa al *bail-in* secondo la quale è invece necessario dare priorità a soluzioni endogene gravando su azionisti e creditori e configurando l'intervento pubblico soltanto come eventuale⁴⁸. Sul piano formale e sulla carta, si è trattato di un cambio di prospettiva radicale poiché l'obiettivo è divenuto "macroprudenziale", orientato cioè alla difesa del risparmio in senso oggettivo con un'impostazione finalizzata a scoraggiare pratiche che ne mettano a rischio la tutela, laddove in precedenza l'approccio era di tipo "microprudenziale", orientato più che altro alla tutela del soggetto risparmiatore/investitore al quale era data priorità assoluta⁴⁹.

L'impostazione del *bail-in* è indubbiamente legata alla percezione che si era largamente diffusa nell'opinione pubblica secondo cui a pagare i danni degli azzardi dei vertici bancari e degli inefficienti controlli degli organismi di vigilanza fossero i contribuenti. Percezione, che, inevitabilmente e comprensibilmente, con le crisi dei debiti sovrani e le conseguenti politiche di *austerità*, è divenuta via via più forte generando crescenti malumori all'interno degli Stati membri.

In base a questa nuova impostazione, dunque, le banche in crisi sono innanzitutto chiamate a reperire risorse al loro interno con ricapitalizzazioni o altre misure (vendita di *assets* o attività), oppure ricorrendo allo strumento del *bridge bank* (ente ponte), alla *bad bank* (separazione delle attività "buone" da quelle "cattive") o, infine, al *bail-in*. Secondo il principio del *burden sharing*, dunque, la procedura di risoluzione di una banca successiva alla dichiarazione dell'autorità di vigilanza di dissesto o rischio dissesto, deve essere finanziata il più possibile con risorse private⁵⁰. Come si accennava in precedenza, la procedura non

⁴⁷ Cfr. C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della banca centrale europea*, cit., p. 76.

⁴⁸ Per un approfondimento relativo al passaggio dallo stato garante (*bail-out*) al *bail-in* nella nuova regulation delle crisi bancarie si rinvia a P. ROSSI, *Banking resolution e tutela del risparmio, tra bail out e bail in*, in *Amministrazione in Cammino*, 2017.

⁴⁹ Cfr. G. L. GRECO, *La tutela del risparmiatore alla luce della nuova disciplina di risoluzione delle banche*, in *Banca Impresa Società*, n. 1, 2016, p. 89.

⁵⁰ Cfr. P. ROSSI, *Banking resolution e tutela del risparmio, tra bail out e bail in*, cit. pp. 14 ss.; G. L. CARRIERO, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2, 2016, pp. 370 ss. Con il d. lgs. n. 180/2015, la Banca d'Italia è stata designata autorità di risoluzione dello Stato (art. 3). Predispone, in quanto tale, piani di risoluzione per ciascuna banca non sottoposta a vigilanza su base consolidata (art. 7). I presupposti della risoluzione sono rappresentati dalla condizione di dissesto o dal rischio di dissesto insieme all'assenza di misure alternative che permettano di superare tale situazione in tempi adeguati (art. 17). Principio cardine della risoluzione

impedisce l'intervento pubblico. Se sussiste il rischio di dissesto dell'ente creditizio la direttiva BRRD (art. 32) consente un intervento di sostegno finanziario pubblico ad una serie di condizioni, intervento che deve essere conforme alla normativa UE sugli aiuti di stato. Inoltre, va rilevato che nella sua concreta applicazione il bail-in non soltanto non esclude l'intervento pubblico ma lo rende probabile per banche medio-grandi per le quali non è sufficiente il solo ricorso a risorse interne per uscire dalla crisi⁵¹.

Interessante appare, poi, la disciplina del bail-in, recepita nel nostro ordinamento dai richiamati decreti legislativi, nella sua scelta di prevedere un ordine crescente di condivisione degli oneri legato al livello di rischio degli investimenti che comporta un maggiore o minore coinvolgimento dei singoli nelle eventuali procedure di risanamento della banca.

Le perdite sono infatti distribuite secondo un ordine prestabilito che coinvolge innanzitutto coloro che hanno effettuato investimenti più rischiosi e che tende a tutelare in maniera crescente il piccolo risparmiatore. Gli azionisti - che detengono per definizione il capitale di rischio della banca - dell'ente soggetto a risoluzione sopportano per primi le perdite, dopo di loro sono coinvolti gli obbligazionisti della banca secondo un ordine legato al livello di rischio dell'investimento (vengono prima, infatti, gli obbligazionisti subordinati), sino ad arrivare ai correntisti i cui depositi sono però tutelati sino alla cifra di centomila euro⁵².

È a questo punto opportuno domandarsi se questo impianto possa essere considerato costituzionalmente conforme. Evidentemente, la procedura del bail-in non tutela in assoluto tutti i risparmiatori e gli investitori coinvolti nel caso di una crisi bancaria ma è altrettanto evidente che la questione vada considerata in maniera più articolata e complessa. La filosofia del bail-in, infatti, tenta di individuare un equilibrio tra diverse esigenze di sicuro rilievo pubblico e costituzionale che vanno prese in considerazione insieme alla tutela del risparmio e che sono in realtà anche funzionali a questa stessa tutela.

è quello che nessun azionista e creditore possa subire perdite maggiori di quelle che subirebbe se l'ente fosse liquidato sulla scorta delle disposizioni in materia di liquidazione coatta amministrativa (art. 22).

⁵¹ Cfr. C. BRESCIA MORRA, *Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs contribuenti*, cit., p. 294.

⁵² Investitori e creditori subiscono perdite che non possono comunque essere più ingenti di quelle che avrebbero dovuto sostenere se l'ente fosse stato liquidato con una procedura ordinaria di insolvenza (in base al criterio del *no creditor worse off*). Sono invece esclusi dal bail-in i correntisti con depositi inferiori ai 100 mila euro (c.d. depositi protetti) e altri casi tra cui le obbligazioni garantite da attivi della banca, nonché le passività nei confronti di un dipendente per quanto riguarda la retribuzione. L'ammontare dei depositi eccedente i 100 mila euro può dunque essere sottoposto a bail-in. Tuttavia, se il deposito è intestato a una persona fisica, una microimpresa, piccola o media impresa (cioè, un'impresa con un fatturato annuo inferiore a 50 milioni di euro), l'ammontare eccedente i 100.000 euro può essere sottoposto a bail-in solo dopo che quest'ultimo è stato applicato a tutti gli altri debiti della banca. Per un approfondimento di questi aspetti v. P. ROSSI, *Banking resolution e tutela del risparmio, tra bail out e bail in*, cit. pp. 14 ss.; G. L. CARRIERO, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, Fasc. 2, 2016, pp. 369 ss.; L. GRECO, *La tutela del risparmiatore alla luce della nuova disciplina di risoluzione delle banche*, cit., pp. 90 ss.

Innanzitutto, è evidente l'obiettivo di perseguire la stabilità delle banche anche prima dei dissesti, nel senso che il bail-in può essere considerato un deterrente per ridurre il *moral hazard* e la propensione a una gestione poco virtuosa e troppo rischiosa delle banche da parte dei loro vertici. Sotto questo profilo, la filosofia sottesa al bail-in si giustifica anche in ragione del fatto che è finalizzata a prevenire le crisi bancarie. L'altro elemento da considerare è quello dell'obiettivo del risparmio di denaro pubblico che, oltre ad essere evidentemente un'esigenza di rilievo primario in ragione del considerevole debito pubblico italiano, si ricollega al principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio di cui all'art. 81 Cost. che, a sua volta, è una delle forme di tutela del risparmio poiché, come si è già rilevato, la stabilità finanziaria e l'equilibrio di bilancio creano le premesse per tutelare la sicurezza del risparmio.

Con l'applicazione del bail-in il risparmio tutelato "in tutte le sue forme" dell'art. 47 viene forse ridimensionato ma, al tempo stesso, questo approccio appare conforme rispetto alla disposizione costituzionale poiché è orientato a difendere il risparmio nella sua dimensione oggettiva e si occupa di tutelare *in primis* il piccolo risparmiatore, tutela che tende progressivamente a diminuire al crescere degli investimenti e, soprattutto, del rischio dell'investimento. Va peraltro ricordato che, come si è visto, l'art. 47 contiene in sé obiettivi "micro", di tutela del singolo risparmiatore, ma anche "macro", di stabilità finanziaria. Nel suo complesso, pertanto, questa impostazione non sembra in contrasto con la tutela costituzionale del risparmio considerata nelle sue molteplici implicazioni.

Indubbiamente, la disciplina del bail-in suscita perplessità laddove limita la tutela dei depositi fino alla somma di centomila euro, soglia che appare eccessivamente bassa. Questo livello di tutela troppo ridotto può indurre il risparmiatore ad aprire più conti presso banche diverse per non incorrere nel rischio di essere coinvolto nel bail-in, il che comporterebbe, peraltro, un aumento dei costi di gestione per il risparmiatore stesso. La principale critica nei confronti di questa procedura riguarda dunque il fatto che il risparmiatore inteso come colui che accantona risparmio per bisogni futuri e lo sottrae a forme di investimento e speculazione non può non avere garantita questa sua liquidità⁵³. Sarebbe stato opportuno, pertanto, non coinvolgere nel bail-in i correntisti o quantomeno prevedere una soglia più alta rispetto a quella introdotta.

Dall'entrata in vigore della procedura del bail-in è cresciuta, nel tempo, l'onda di critiche nei suoi confronti da parte di numerosi studiosi ed esponenti politici ai quali si è aggiunto, recentemente, anche il Ministro dell'Economia Tria⁵⁴. Le numerose e rilevanti criticità sollevate dalla dottrina pubblicistica e

⁵³ Così anche A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, cit., p. 378.

⁵⁴ Cfr. Corriere della Sera, *Banche, Tria accusa la Germania: "Sul bail-in Saccomanni fu ricattato"*, 23 febbraio 2019. Come si legge nell'articolo, Tria ha spiegato di aver letto alcune dichiarazioni dell'ex ministro dell'Economia al riguardo e di condividere sul bail-in «l'opinione di Patuelli», il presidente dell'Abi che ha definito la norma desueta, chiedendone l'abrogazione. «Condivido il fatto che dovrebbe essere abolito», ha sottolineato il ministro, ma «non

costituzionalistica vanno ben oltre la questione specifica della soglia di tutela dei correntisti e riguardano forti dubbi di costituzionalità in considerazione di presunte violazioni di principi e diritti fondamentali, fino ad evocare l'ipotesi di una possibile attivazione dei controlimiti⁵⁵. Oltre alla presunta violazione dell'art 47 in ragione di una mancata tutela di tutti i risparmiatori/investitori nel caso di crisi bancarie, è stato chiamato in causa l'art. 3 Cost. in ragione di un diverso e irragionevole trattamento dei risparmiatori prodotto dalla disciplina del bail-in. A riguardo, anche in base alle considerazioni sin qui svolte, non appare, invece, di per sé irragionevole distinguere tra tipologie di risparmiatori dal momento che non tutti i risparmi, gli investimenti e il livello di rischio degli investimenti possono essere messi sullo stesso piano. Sono stati, poi, sollevati dubbi di legittimità costituzionale rispetto all'art. 41 Cost., per un indebito intervento che tale procedura comporterebbe sull'autonoma iniziativa dei privati legata all'attività bancaria e rispetto all'art. 42 Cost., in ragione di una violazione della proprietà privata poiché non sarebbe previsto un indennizzo garantito in caso di attivazione della procedura del bail-in che darebbe luogo ad una espropriazione nei confronti del risparmiatore/investitore. A riguardo, si è evidenziato che l'esclusione dell'intervento statale di salvataggio delle banche finirebbe per comprimere un principio costitutivo del pensiero ordoliberal come la tutela della proprietà privata⁵⁶.

A supporto di queste interpretazioni viene sovente richiamato l'intervento della Corte costituzionale austriaca che ha dichiarato nel 2015 costituzionalmente illegittima la disciplina nazionale di recepimento del bail-in poiché, applicando la direttiva BRRD, differenziava irragionevolmente tra creditori delle banche violando la tutela del risparmio e limitava irragionevolmente il diritto del creditore al rimborso in contrasto con la tutela costituzionale della proprietà⁵⁷. Va peraltro ricordato che anche la Corte di giustizia

prevedo che in tempi brevi possa essere abolito o che ci sia una convergenza tale che si possa arrivare, almeno per ora e non so se in futuro, all'abolizione», ha precisato. «Credo che quando è stato introdotto in Italia - ha proseguito - fossero quasi tutti contrari, anche la Banca d'Italia in modo discreto si oppose».

⁵⁵ Si veda, per un approfondimento sulla questione dei profili di presunta illegittimità costituzionale del bail-in, nonché sulla possibilità di attivazione dei controlimiti, C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della banca centrale europea*, cit., pp. 92 ss.; P. ROSSI, *Banking resolution e tutela del risparmio, tra bail out e bail in*, cit. pp. 29 ss.

⁵⁶ A giudizio di A. LUCARELLI, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e Stato regolatore. Crisi delle banche e nuove forme di risanamento: tra mercato, regola della concorrenza e dimensione sociale*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2016, il bail-in si traduce nella volontà di non violare la logica della concorrenza risolvendo le crisi all'interno del mercato (capovolgendo l'approccio connesso alle procedure di salvataggio pubblico delle banche europee a partire dal 2008) ed escludendo, quindi, l'intervento statale sulla scorta del pensiero "ordoliberal" dei mercati aperti. Da questa procedura, però, deriverebbe la compressione di un principio costitutivo del pensiero ordoliberal stesso, cioè la tutela della proprietà privata, incidendo negativamente sulla tenuta dell'art. 42 Cost. nonché dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁵⁷ La Corte costituzionale austriaca con la sentenza G.239/14 UA del 3 luglio del 2015 (in relazione alla crisi della *Hypo Alpe Adria*), ha dichiarato incostituzionale la legge che recepiva nell'ordinamento austriaco il *bail-in*. In particolare, la Corte austriaca evidenziava la sproporzionata e ingiustificata disparità di trattamento tra le diverse categorie di creditori della banca e la violazione del diritto fondamentale di protezione della proprietà dei beni. Si rinvia, sul punto, a A. LUCARELLI, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e Stato regolatore*, cit., p.

dell'Unione europea ha espresso nel 2016 un suo orientamento sul punto ritenendo che il principio della ripartizione degli oneri tra azionisti e creditori non violi il diritto dell'Unione e che, pertanto, il meccanismo del bail-in e il suo principio del *burden-sharing* debbano essere considerati conformi al contenuto dei trattati⁵⁸.

Inoltre, i dubbi di costituzionalità del bail-in sono stati evocati anche in ragione della funzione sociale del risparmio costituzionale e, di conseguenza, in relazione al fatto che i diritti sociali ed economici trovino una loro sintesi nella tutela costituzionale del risparmio, nella funzione sociale ed economica delle banche e del governo del credito⁵⁹.

Le criticità e i dubbi di costituzionalità relativi al bail-in che si sono qui richiamati sollevano certamente questioni di rilievo, ma non convincono in pieno, soprattutto se si guarda in concreto alle questioni cruciali del risparmio in questa fase. E convincono ancora meno se sono ricollegati alla volontà di preservare la dimensione sociale del risparmio e il suo legame con i diritti sociali ed economici. Sembra difficile, infatti, non riconoscere la presenza di elementi di giustizia sociale ed equità nel coinvolgere nella risoluzione di una crisi bancaria, prima del contribuente, azionisti e obbligazionisti della stessa banca e, quindi, coloro che si sono assunti il rischio del proprio investimento. Del resto, il meccanismo del bail-in tende a far pagare le perdite di una banca in forma crescente in base al livello di rischio assunto. Il che non impedisce, al contempo, di prevedere tutele e salvaguardie nei casi di risparmiatori raggirati o ingannati una volta che i fatti siano stati accertati. La tutela costituzionale del risparmio non va letta come garanzia assoluta per qualsiasi forma di investimento effettuata con il risparmio accantonato. Se così fosse andrebbe garantito sempre e comunque - attraverso la fiscalità generale - anche il risparmio investito in azioni e obbligazioni non bancarie. Né pare ammissibile giustificare la pretesa incostituzionalità del bail-in con l'obiettivo di tutelare i risparmiatori raggirati. I due aspetti vanno tenuti distinti dal momento che la necessaria tutela dei risparmiatori truffati non va confusa con la legittimità di una procedura che coinvolge chi ha investito in azioni e obbligazioni di una banca assumendone consapevolmente il rischio e che, peraltro, perderebbe il suo investimento se la banca fallisse in assenza di interventi di risoluzione

11; e a P. ROSSI, *Banking resolution e tutela del risparmio, tra bail out e bail in*, cit. p. 30. A tale riguardo si è quindi ipotizzato che sarebbe possibile sollevare questione di costituzionalità davanti alla nostra Corte costituzionale sulla base di argomentazioni simili a quelle che hanno portato alla sentenza della corte austriaca.

⁵⁸ Si tratta della sentenza 19 Luglio del 2016 della Corte di giustizia dell'Unione europea, causa Kotnic, che è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del meccanismo del *burden sharing* rispetto ai principi dell'Unione, in seguito a rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale slovena nell'ambito del giudizio sulla legittimità costituzionale delle normativa nazionale di recepimento della Direttiva BRRD applicata per il salvataggio delle banche slovene (anche se il rinvio riguardava una comunicazione della Commissione precedente all'entrata in vigore regolamento 2014). Per un approfondimento della vicenda v. A. LUCARELLI, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e Stato regolatore*, cit., p. 11 ss.

⁵⁹ Così A. LUCARELLI, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e Stato regolatore*, cit., p. 15.

della crisi. Inoltre, va evidenziato che il meccanismo del bail-in contiene in sé elementi di flessibilità - come dimostrano i casi di Monte dei Paschi di Siena e Carige su cui ci si soffermerà a breve - che permettono l'intervento pubblico anche accompagnato a misure di indennizzo dei risparmiatori.

La questione da mettere in evidenza sembra, piuttosto, un'altra. Il ridimensionamento della tutela costituzionale del risparmio, tutela legata all'importanza della funzione sociale del credito e all'utilità del risparmio stesso per l'economia e per la realizzazione dei principi dello stato sociale, non deriva dall'applicazione del bail-in. I problemi maggiori per la difesa del risparmio vanno invece ricondotti ad altri fattori come l'aumento incontrollato del debito pubblico, la messa in discussione dell'euro e della stabilità monetaria, l'aumento dello *spread* legato anche a scelte economiche e politiche errate, il rischio di aumento dell'inflazione, la disoccupazione e i salari bassi. Questi aspetti impattano negativamente sui principi della costituzione economica e dello stato sociale come il principio solidarista, l'eguaglianza sostanziale, il lavoro e l'occupazione e, in questo solco, producono effetti negativi anche sulla tutela e l'incoraggiamento del risparmio. Soffermarsi su possibili e presunte violazioni del principio di eguaglianza - nel senso di disparità di trattamento tra peraltro diverse tipologie di risparmiatori/investitori - e della proprietà privata in relazione al bail-in appare, in questo senso, riduttivo rispetto alla questione della tutela del bene risparmio nel suo complesso.

In questa fase storica, dunque, è innanzitutto necessario preservare il risparmio considerato nella sua dimensione oggettiva che si richiamava in precedenza. Concentrarsi sul profilo oggettivo del risparmio è ciò che consente di mettere maggiormente in risalto la funzione sociale del risparmio nella nostra forma di stato sociale nonché la sua attualità in tempo di crisi economica. Sotto questo profilo, l'approccio del meccanismo europeo del bail-in contribuisce ad accentuare la dimensione oggettiva della tutela costituzionale del risparmio nel senso che l'obiettivo sistemico diventa macroprudenziale e non più microprudenziale.

Anche se la procedura del bail-in appare, quindi, nel suo complesso, conforme alla Costituzione, resta aperta la questione dell'educazione finanziaria dei risparmiatori italiani che certamente non è ancora adeguata in un contesto in cui, peraltro, permangono significative asimmetrie informative tra intermediari bancari e risparmiatori/investitori⁶⁰. Si tratta di problematiche certamente esistenti nel nostro Paese anche

⁶⁰ Si rinvia, sul punto, a L. GRECO, *La tutela del risparmiatore alla luce della nuova disciplina di risoluzione delle banche*, cit., pp. 92 ss. Certamente rilevante è la questione della capacità dei risparmiatori di scegliere in modo consapevole i propri investimenti essendo a conoscenza della solidità e affidabilità delle banche su cui investono: questa sarebbe la preconditione necessaria da cui potrebbe muovere una normativa sul bail in, ma la realtà è diversa. Non è certamente facile, poi, per il risparmiatore informarsi sulla stabilità delle banche poiché le informazioni non sono di facile reperibilità. Va inoltre considerato che con la procedura del bail-in difficilmente l'intermediario renderebbe partecipi i propri clienti in caso di difficoltà della banca dal momento che il calo di fiducia potrebbe avere come conseguenza la corsa agli sportelli.

dovute alla normativa in vigore e al funzionamento delle Autorità di controllo, ma da cui non può discendere, tuttavia, una pretesa incostituzionalità del bail-in. Va comunque riconosciuto che alcune scelte hanno contribuito a rendere più problematica l'attuazione del bail-in nella prima fase. La sua applicazione retroattiva, infatti, nonché la mancata previsione di un adeguato arco temporale per consentire agli ordinamenti nazionali di assorbire le nuove regole, hanno forse danneggiato i risparmiatori che hanno perso i propri risparmi investiti nelle banche contando sulla protezione statale in caso di dissesto⁶¹.

In questo mutato contesto continua ad emergere l'importanza del ruolo delle autorità di vigilanza che devono *in primis* verificare che le banche agiscano per prevenire situazioni di crisi. Si tratta di un controllo che è evidentemente funzionale tanto alla tutela del risparmio in senso oggettivo, quanto alla sua dimensione soggettiva e quindi alla tutela del singolo risparmiatore. Sotto questo profilo è piuttosto evidente che, sino ad oggi, i meccanismi di vigilanza presenti in Italia e anche quelli successivamente adottati sulla scorta della normativa dell'Unione europea non hanno funzionato a dovere. Del resto, l'Unione bancaria è nata anche per risolvere queste criticità e soltanto nel prossimo futuro sarà possibile valutare se i nuovi sistemi di vigilanza avranno consentito un miglior funzionamento del sistema bancario.

4. I recenti casi delle banche italiane in crisi tra bail-in e discutibili interventi di indennizzo

Le cause delle crisi delle banche italiane di questi anni sono note e sono essenzialmente dovute al sommarsi di inefficienze e problematiche sistemiche degli istituti di credito a cui si sono aggiunte le criticità derivanti dalla crisi finanziaria ed economica. Indubbiamente, si sono verificate numerose problematiche sia nella gestione e nella *governance* delle banche coinvolte sia in relazione al funzionamento dei sistemi di controllo, alle quali si sono aggiunte politiche del credito da parte delle banche spesso inadeguate e rischiose. La crisi economica e la recessione, poi, hanno accentuato le difficoltà del sistema bancario italiano generando anche crisi di fiducia da parte dei risparmiatori e crisi di liquidità che hanno contribuito al dissesto di alcune banche cui si è tentato di porre rimedio attraverso soluzioni differenziate delle varie crisi che si sono succedute⁶².

⁶¹ Come mette in luce anche P. ROSSI, *Banking resolution e tutela del risparmio, tra bail out e bail in*, cit. p. 39.

⁶² Il contesto e le cause delle crisi delle banche italiane sono presi in considerazione nella Relazione conclusiva (di maggioranza) della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario del 2018, pp. 140 ss. Sul contesto e sui lavori della Commissione si rinvia al paragrafo successivo. Come rilevato dalla Commissione, in seguito alle prime difficoltà e all'emersione delle prime perdite, anche perché costrette dalle autorità di vigilanza, le banche hanno effettuato aumenti di capitale sia attraverso emissioni azionarie sia attraverso emissioni di prestiti subordinati. In molti casi con riferimento a tali aumenti sono emerse criticità che hanno dato luogo a procedimenti sanzionatori amministrativi e talvolta penali. Tali criticità, pur diverse tra loro perseguivano lo scopo di mostrare, quand'anche non raggiunti, il rispetto dei coefficienti patrimoniali imposti dalla normativa. Si è trattato quindi di modalità di aggiramento delle regole di vigilanza che sarebbero divenute, una volta individuate, cause indotte di aggravamento della crisi.

Gli interventi dei Governi italiani negli ultimi cinque anni⁶³ mostrano, infatti, una diversità di scelte e dimostrano, soprattutto, che il bail-in non dà luogo automaticamente a soluzioni endogene.

La prima crisi bancaria, nel periodo 2013-2015, ha riguardato i casi di quattro banche – Banca delle Marche, Cassa di risparmio di Ferrara, Banca popolare dell’Etruria e del Lazio, Cassa di risparmio della provincia di Chieti – di dimensione piccola o media il cui esito è consistito nella procedura di risoluzione disciplinata dal decreto legge n. 183 del novembre 2015, il c.d. decreto salva banche. In questo caso si è scelto di utilizzare il rimedio del *burden sharing* e quindi, del bail-in, facendo gravare il risanamento delle banche sui loro azionisti e creditori subordinati con relativo azzeramento del valore di crediti subordinati e azioni. Le necessarie ricapitalizzazioni sono state effettuate utilizzando il Fondo Nazionale di Risoluzione istituito dal d. lgs. n. 180/2015 che è un “patrimonio autonomo” le cui risorse finanziarie sono fornite dalle banche aventi sedi in Italia e dalle succursali italiane di banche extracomunitarie. Anche la possibilità di accedere a un ristoro - che è stato parziale e non ha riguardato tutti gli investitori coinvolti - per le perdite subite dai risparmiatori non qualificabili come clienti professionali è stata posta a carico del sistema bancario mediante un Fondo di solidarietà istituito con la legge di bilancio del 2015 e alimentato dal preesistente Fondo interbancario di tutela dei depositi⁶⁴. Va rilevato, inoltre, che non si è trattato di indennizzo automatico in quanto sono state previste procedure arbitrali che hanno imposto di esaminare caso per caso le richieste di ristoro presentate dai risparmiatori. La risoluzione delle crisi delle quattro banche è stata dunque in questo caso pienamente endogena al sistema bancario e non ha comportato alcun aggravio per le casse dello Stato, nemmeno in relazione al ristoro dei risparmiatori danneggiati.

Decisamente diversa è invece la strada che si è seguita per la soluzione della Crisi del Monte dei Paschi di Siena (MPS) mediante l’adozione del decreto legge approvato dal governo nel dicembre del 2016 (d. l. n. 299 del 2016), soprannominato “decreto salva risparmi”. Si trattava, del resto, in questo caso di una sofferenza lunga e complessa di un istituto di dimensioni rilevanti ed era forse naturale che la risoluzione di questa crisi poggiasse su basi diverse. La procedura di risoluzione di MPS è consistita in una ricapitalizzazione precauzionale mediante intervento pubblico⁶⁵ - con l’approvazione della Commissione

⁶³ Per un approfondimento relativamente agli interventi di risoluzione delle crisi bancarie nel periodo 2015-2017, v. P. ROSSI, *Banking resolution e tutela del risparmio, tra bail out e bail in*, cit., pp. 32 ss.; ID, *La disciplina “emergenziale” delle crisi bancarie in Italia: dal decreto “salva banche” al decreto “salva risparmio”. Quale protezione per i risparmiatori?*, in *Amministrazione in cammino*, 2017; *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario del 2018*, pp. 140 ss.; F. SALMONI, *L’inchiesta parlamentare sulle banche: tanto tuonò che non piovette.*, cit., pp. 49 ss.

⁶⁴ Costituito nel lontano 1986 e divenuto obbligatorio nel 1996 con l’implementazione della direttiva europea del 1994 sui sistemi di garanzia dei depositi.

⁶⁵ A cui si aggiunse la garanzia dello Stato sull’emissione di nuove obbligazioni come previsto dal decreto “salva risparmi” del 2016.

europea - sulla base della disciplina della direttiva BRRD del 2014 e dell'art. 18 del nostro decreto legislativo del 2015 che le dà attuazione consentendo l'intervento pubblico a determinate condizioni e nel caso sia necessario evitare o porre rimedio "a una grave perturbazione dell'economia e preservare la stabilità finanziaria". La partecipazione del MEF nel capitale della banca è divenuta pari al 68% - di fatto, una forma di nazionalizzazione - per effetto della ricapitalizzazione e delle operazioni di ristoro nei confronti degli investitori coinvolti nel *burden sharing* che, dunque, non ha comportato in questo caso effetti negativi per questa tipologia di risparmiatori come sarebbe avvenuto attuando la procedura *standard* del *bail-in*⁶⁶. Di fatto, dunque, il decreto per MPS ha "salvato" i risparmiatori coinvolti con il denaro pubblico e lo Stato ha contestualmente salvato la banca con un'operazione che ha superato, complessivamente, i 5 miliardi di euro.

Ancora diverso è stato l'esito della crisi delle due banche venete - Banca popolare di Vicenza e Veneto Banca - che ha portato il Governo a decidere, nel giugno 2017, con il decreto legge n. 99, la liquidazione coatta amministrativa secondo la procedura ordinaria di insolvenza prevista dal nostro ordinamento e consentita in questi casi dal d. lgs. n. 180 del 2015 di applicazione della Direttiva BRRD. Nella vicenda delle due banche venete la strada della ricapitalizzazione precauzionale non è stata percorribile poiché la richiesta presentata in tal senso al MEF è stata respinta dalla Commissione europea che ha ritenuto non validi i piani di ristrutturazione presentati anche in ragione di un concreto pericolo di ulteriori perdite in futuro. Dal momento che la Banca d'Italia aveva considerato le due banche "di rilevanza non sistemica", non era possibile, in base alla normativa europea, avviare la procedura del *bail-in* coinvolgendo azionisti e obbligazionisti. L'unica soluzione consisteva, pertanto, nella liquidazione coatta amministrativa. Anche per le banche venete, come nel precedente caso delle quattro banche, è stato previsto un parziale ristoro per i risparmiatori danneggiati a carico del Fondo interbancario di tutela dei depositi e sulla base di una procedura arbitrale.

Il più recente caso della banca genovese Carige ha confermato l'impossibilità di affrontare i molteplici elementi di complessità legati ad una crisi bancaria mediante posizioni politiche precostituite e considerate valide in ogni situazione. Nel gennaio del 2019, infatti, Il Governo Conte, sostenuto da una maggioranza parlamentare composta da forze politiche – Movimento 5 Stelle e Lega - che a suo tempo si erano duramente opposte alla soluzione del salvataggio con denaro pubblico di MPS adottata dai governi

⁶⁶ In tutto, il Tesoro ha investito in Mps circa 5,4 miliardi di euro: 3,85 miliardi per l'aumento di capitale e 1,53 miliardi nell'offerta ai risparmiatori ex titolari di obbligazioni subordinate divenuti soci della banca per permettere allo Stato di salvare l'istituto. Il decreto salva risparmi del 2016 era dunque più orientato a recuperare un rapporto di fiducia con i risparmiatori rispetto alle misure previste dal decreto salva banche del 2015. Per un approfondimento degli interventi effettuati nel caso della crisi di MPS v. P. ROSSI, *Banking resolution e tutela del risparmio, tra bail out e bail in*, cit., pp. 35 ss.

precedenti e che in campagna elettorale avevano a più riprese assicurato che non avrebbero perseguito la strada del salvataggio pubblico delle banche, ha approvato un decreto legge (d. l. n. 1/2019) che ripercorre la stessa strada e persegue le stesse soluzioni del decreto “salva risparmi” adottato per MPS nel 2016. Il decreto stabilisce, infatti, la ricapitalizzazione pubblica a scopo precauzionale e la possibilità per la banca di accedere a forme di sostegno pubblico della liquidità. Un decreto “fotocopia” - che arriva a impegnare lo Stato con 1 miliardo per la ricapitalizzazione e 300 milioni di garanzie sull'emissione di passività da parte della banca fino a un massimo di 3 miliardi - perfettamente sovrapponibile nella forma e nella sostanza al decreto MPS, a partire dal suo art. 1 che giustifica questa tipologia di intervento “al fine di evitare o porre rimedio a una grave perturbazione dell'economia e preservare la stabilità finanziaria”: obiettivo “macro” che, come è evidente, non può essere dimenticato da nessun governo a prescindere da posizioni poco realistiche assunte in campagna elettorale.

L'esperienza italiana di prima applicazione dell'impianto del bail-in ha dunque dimostrato che l'impiego dei nuovi strumenti di risoluzione delle crisi bancarie non archivia *tout court* l'intervento pubblico, ma segue un percorso complesso che spesso si traduce in un *mix* di interventi non limitati al solo ricorso a soluzioni endogene al sistema bancario.

Nel contesto della complessa applicazione della procedura del bail-in si è recentemente aggiunta la questione dei fondi per il ristoro dei risparmiatori danneggiati nelle crisi bancarie di questi anni sulla quale è intervenuto il legislatore con un approccio che suscita diverse perplessità. Con l'art. 1, comma 493 della legge di bilancio per il 2019, infatti, il legislatore ha istituito un nuovo Fondo indennizzo risparmiatori (Fir) per i “risparmiatori che hanno subito un pregiudizio ingiusto” da parte delle banche entrate in crisi negli anni passati⁶⁷. Con una dotazione di 1,5 miliardi di euro complessivi in tre anni il fondo è destinato a rimborsare non solo gli obbligazionisti subordinati ma anche gli azionisti rispettivamente per il 95% e per il 30% della somma investita, sino a una cifra massima rimborsabile di 100000 euro. Il legislatore, in ragione delle promesse che erano state fatte nella campagna elettorale del 2018, ha da ultimo modificato le modalità di accesso al ristoro eliminando la procedura arbitrale inizialmente prevista (con relativo collegio arbitrale collegato a Consob) per verificare se il singolo risparmiatore ne avesse o meno diritto. Nell'ultima versione della legge, infatti, è stata modificata la procedura arbitrale e il ristoro è divenuto sostanzialmente automatico fatta salva la verifica da parte di una Commissione del possesso di azioni o obbligazioni nel periodo considerato. Si tratta di un rimborso automatico che, come tale, potrebbe configurarsi come aiuto di stato nel senso che aggirerebbe la normativa del bail-in facendo in un certo

⁶⁷ Secondo quanto prevede la legge, in ragione delle violazioni massive degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza, buona fede oggettiva e trasparenza. La procedura riguarda le banche Etruria, Marche, Ferrara, Chieti, Popolare di Vicenza, Veneto Banca.

senso rientrare dalla finestra gli aiuti di stato fatti uscire dalla porta, motivo che indurrebbe la Commissione europea a bloccare tale misura. La Commissione, nella sostanza, appare disponibile ad accettare la previsione di indennizzi per i risparmiatori effettivamente truffati che implicherebbe un controllo caso per caso e, quindi, una procedura arbitrale, ma sarebbe meno propensa a consentire il ristoro anche per coloro che hanno comprato azioni sul mercato. Del resto, i fatti dimostrano che non è possibile accusare le Istituzioni europee di impedire i ristori per i risparmiatori effettivamente danneggiati: a partire dal caso Monte dei Paschi di Siena, la Commissione ha infatti riconosciuto la possibilità per lo Stato di prevedere indennizzi per i risparmiatori truffati da condotte illegittime delle banche trattandosi di una misura solidaristica non configurabile come aiuto di Stato.

Dopo settimane di trattative con la Commissione europea, il Governo Conte ha da ultimo modificato la disciplina introdotta con l'ultima legge di bilancio mediante una norma del c.d. decreto crescita del 30 aprile 2019⁶⁸ con una soluzione che, però, non appare condivisibile sotto diversi punti di vista. Si è deciso di procedere con rimborsi automatici per gli azionisti e obbligazionisti danneggiati con un reddito IRPEF fino a 35 mila euro o in possesso di un patrimonio mobiliare sino a 100 mila euro, mentre negli altri casi è previsto un arbitrato effettuato da una commissione nominata dal Ministero dell'economia. Dati alla mano, ciò significa che avrebbe accesso al rimborso automatico circa il 90% degli investitori. Oltretutto, la normativa consente di accedere al ristoro automatico anche a coloro che erano stati esclusi in precedenza dalle procedure arbitrali già richiamate istituite prima di queste modifiche normative, procedure che evidentemente avevano accertato che non si trattava di risparmiatori truffati.

Le soluzioni recentemente adottate dal legislatore e qui brevemente richiamate sollevano diverse perplessità. Come si è evidenziato in precedenza, infatti, non è condivisibile l'impostazione che tende a mettere sullo stesso piano il risparmiatore, l'investitore che assume il rischio del proprio investimento acquisendo azioni o obbligazioni subordinate di una banca e persino lo speculatore. Le distinzioni appaiono in questo caso ragionevoli e necessarie. In quest'ottica, la soluzione prevista da ultimo nel "Decreto crescita" non è condivisibile sia perché il ristoro è previsto anche per gli azionisti sia per il fatto che nella quasi totalità dei casi l'indennizzo per azionisti e obbligazionisti è automatico, senza che siano necessarie le verifiche caso per caso consentite dalla procedura arbitrale. I risparmiatori non sono tutti uguali e ragioni di equità e giustizia sociale richiederebbero di non far gravare sul contribuente gli investimenti e le eventuali speculazioni compiute da individui consapevoli del rischio a cui andavano incontro. Neppure il criterio delle soglie di reddito e del patrimonio mobiliare (che peraltro il Governo ha richiesto alla Commissione europea di poter innalzare a 200 mila euro) è giustificabile in ragione di un

⁶⁸ Ci si riferisce all'art. 32 del decreto legge 30 aprile 2019, n. 34, "Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi".

principio di equità. Il controllo per appurare caso per caso se si sia effettivamente verificata la truffa ai danni dell'investitore appare infatti un criterio ineliminabile che risponde, peraltro, a ragioni di equità nei confronti del contribuente e degli stessi risparmiatori effettivamente truffati. Dall'impostazione assunta, da ultimo, dal legislatore traspare, invece, una concezione riduttiva se non distorta della tutela costituzionale del risparmio la cui finalità non può essere ricondotta alla sola dimensione soggettiva di tale tutela: una dimensione soggettiva declinata, per giunta, dal legislatore, mediante l'introduzione di ristori automatici "a pioggia".

L'esame degli esiti delle crisi bancarie italiane degli ultimi anni sembra dunque confermare l'idea che il bail-in non costituisca il problema principale né per il sistema bancario né tantomeno sul piano costituzionale e che, in questa fase storica, l'aspetto di primaria importanza per la tutela del risparmio sia legato alla sua dimensione oggettiva prima che soggettiva. La via della tutela macroprudenziale, di cui è parte l'impianto del bail-in, merita dunque di essere perseguita in quanto è orientata a preservare la stabilità finanziaria nel suo complesso. L'obiettivo è del resto raggiungibile sia utilizzando le procedure ordinarie del bail-in sia quelle previste dalla stessa direttiva BRRD che consentono un intervento pubblico finalizzato a scongiurare pesanti ricadute sull'economia nazionale. Peraltro, si è visto che queste ultime procedure non sono straordinarie e che lo stanziamento di fondi pubblici per un ristoro "ragionevole" dei risparmiatori truffati è ammesso dall'Unione europea. A patto, però, che siano giustamente previsti dei controlli sui singoli casi che consentano di individuare i soggetti effettivamente raggirati, così da evitare di far ricadere sulle spalle del solo contribuente gli effetti di gestioni sbagliate degli istituti di credito aggirando l'impianto del bail-in.

Indubbiamente i fatti hanno dimostrato che l'applicazione del bail-in non è semplice e che l'impianto normativo predisposto a livello di Unione europea è tutt'altro che perfetto e necessita probabilmente di essere migliorato e modificato, intervenendo nuovamente sulla disciplina prevista dalla direttiva BRRD. Sotto questo profilo, la recente sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 19 marzo 2019 sul caso della crisi della banca italiana Tercas che ha portato all'annullamento di una decisione della Commissione europea risalente al 2015 in quanto quest'ultima aveva erroneamente ritenuto che le misure a favore di Tercas adottate da un consorzio di diritto privato (il Fondo interbancario di tutela dei depositi) dessero luogo ad un aiuto di Stato⁶⁹, può aprire nuove strade nella gestione delle crisi bancarie e smorzare alcune

⁶⁹ Si fa riferimento alla sentenza del 19 marzo 2019 nelle cause riunite T-98/16, Italia/Commissione, T- 196/2016 e T-198/16. La vicenda risale al 2013 quando la Banca Popolare di Bari aveva manifestato il suo interesse a sottoscrivere un aumento di capitale di un'altra banca italiana, la Banca Tercas - Cassa di Risparmio della Provincia di Teramo - sottoposta dal 2012 al regime dell'amministrazione straordinaria a seguito d'irregolarità constatate dalla Banca d'Italia. Tra le condizioni poste dalla Banca popolare di Bari per l'operazione vi era la copertura da parte del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi - consorzio di diritto privato tra banche e di tipo mutualistico - del deficit patrimoniale della Tercas. Nel 2014, dopo aver verificato la convenienza economica dell'intervento a favore

rigidità da parte della Commissione europea nell'applicazione del bail-in. I diversi, possibili percorsi delineati dalla disciplina del bail-in convergono comunque nell'obiettivo di tutelare il risparmio nella sua dimensione oggettiva che poi, di fatto, è in grado di riverberarsi anche su quella soggettiva. Il ridimensionamento della tutela a priori del singolo risparmiatore e di ogni forma di risparmio investito in una banca che comporta il bail-in può contribuire a rafforzare una dimensione oggettiva del valore costituzionale del risparmio che lo ricolleggi - nel suo stretto legame con il credito - con la sua funzione sociale nell'ambito della Costituzione economica e della nostra forma di stato sociale su cui ci si è soffermati in precedenza. Di fatto, con lo sviluppo del processo di integrazione europea che aveva contribuito a mettere al centro della scena il risparmiatore/investitore, questa dimensione era finita in secondo piano mentre va certamente recuperata, oggi, in ragione della crisi economica e in forza delle stesse nuove procedure previste in ambito europeo per la soluzione delle crisi bancarie. Il fatto, poi, che gli interventi statali debbano conformarsi a una disciplina europea puntuale che consente di evitare eccessi nel ricorso ai salvataggi pubblici delle banche, nonché la necessaria verifica che tali interventi non diano luogo ad aiuti di stato, è funzionale a questo disegno complessivo poiché evita di chiamare in causa sempre e comunque l'intervento pubblico e, dunque, il contribuente già enormemente provato negli anni della crisi economica. Anche questa scelta di proteggere, per quanto possibile, il portafoglio del contribuente coinvolgendo le banche stesse nelle procedure di risanamento può essere considerata una forma di tutela indiretta del risparmio.

5. La marginalità del Parlamento e i possibili spazi di intervento del legislatore

Nelle evoluzioni relative alla disciplina del risparmio è emersa in tutta la sua evidenza, soprattutto negli ultimi anni, la marginalità del Parlamento italiano. Indubbiamente le politiche monetarie e sempre di più quelle del credito si sono spostate a livello di Unione europea in cui, come noto, si registra peraltro da tempo un problema di legittimazione e deficit democratico, come hanno confermato gli sviluppi nella

di Tercas rispetto al rimborso dei depositanti di tale banca, il Fondo interbancario aveva deciso di coprire il deficit patrimoniale di Tercas e di concedergli determinate garanzie. Tali misure erano state approvate dalla Banca d'Italia. Dopo aver aperto un'indagine, con decisione del 23 dicembre 2015, la Commissione europea giungeva però alla conclusione che le misure in questione non erano ammissibili in quanto costituivano un aiuto di Stato cui l'Italia aveva dato esecuzione a favore di Tercas. L'Italia (causa T-98/16), la BPB (causa T-196/16) e il FITD, sostenuto dalla Banca d'Italia (causa T-198/16) hanno successivamente chiesto al Tribunale dell'Unione europea di annullare la decisione della Commissione. Con riferimento alla condizione d'imputabilità dell'aiuto allo Stato, il Tribunale ha concluso che la Commissione non ha dimostrato che i fondi concessi a Tercas a titolo dell'intervento di sostegno del FITD fossero controllati dalle autorità pubbliche italiane. Inoltre, a giudizio del giudice di Lussemburgo, gli interventi di sostegno a favore di Tercas avevano una finalità diversa da quella derivante dal sistema di garanzia dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa e non costituivano l'esecuzione di un mandato pubblico.

governance economica dell'UE negli anni della crisi⁷⁰. Al tempo stesso, però, il Parlamento italiano ha significativamente ridimensionato il suo ruolo in relazione alle questioni del risparmio e del credito e questa assenza non può essere addebitata soltanto allo sviluppo dell'Unione bancaria e delle politiche europee in materia.

Gli ultimi significativi interventi del legislatore italiano risalgono infatti alla già richiamata legge sul risparmio del 2005⁷¹. La fase di implementazione delle ultime direttive dell'Unione in materia è avvenuta con i due decreti legislativi del 2015⁷² in assenza di deleghe particolarmente dettagliate e in mancanza di principi forti per l'adattamento nell'ordinamento italiano da parte del legislatore. Si tratta, del resto, di un problema senz'altro annoso che non riguarda solo gli interventi in questo ambito⁷³ e che andrebbe affrontato restituendo un ruolo più significativo al Parlamento nell'implementazione delle direttive più importanti come quella relative al bail-in. Anche la gestione delle crisi bancarie di questi anni, com'era, del resto, inevitabile, è stata affidata ai Governi che le hanno affrontate mediante l'utilizzo della decretazione d'urgenza. Di fatto, la disciplina del risparmio in Italia è stata gestita negli ultimi anni dai Governi in mancanza di una nuova legge del Parlamento che ripensasse l'impianto normativo in materia di risparmio anche alla luce della crisi.

L'istituzione della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario che ha concluso i suoi lavori nel Gennaio 2018⁷⁴ poteva rappresentare, sotto questo profilo, una buona occasione per il Parlamento per rimettersi al centro della scena delle questioni collegate al credito e al risparmio e porre le basi per un ampio intervento legislativo di riforma della legge del 2005. In realtà, questa Commissione è stata utilizzata come uno degli strumenti della campagna elettorale per le elezioni politiche del 2018 con la conseguenza che i nodi, anche costituzionali, che il risparmio presenta in questa fase

⁷⁰ Sul noto problema del deficit democratico dell'Unione e sul ricorso al metodo c.d. intergovernativo si vedano P. BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2012.; P. BILANCIA, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014. Sulla crisi economica ed il suo impatto negli ordinamenti nazionali che ha generato una crisi costituzionale e messo in discussione il significato della democrazia pluralista si veda F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *KoreEuropa*, 2014.

⁷¹ Ci si riferisce alla già richiamata legge n. 232 del 2005 e al successivo Decreto Legislativo 29 dicembre 2006, n. 303 "Coordinamento con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.) e del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.)".

⁷² Si fa riferimento ai già richiamati d. lgs. 16 novembre 2015, n. 181 contenente modifiche al t.u. bancario – d.lgs 385/1983 – in materia di gestione delle crisi e d. lgs. 16 novembre 2015, n. 180 avente a oggetto le procedure di risanamento e risoluzione per le banche.

⁷³ Sia consentito rinviare, sul punto, a F. SCUTO, *L'evoluzione del rapporto Parlamento-Governo nella formazione e nell'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2015, pp. 22 s.

⁷⁴ Prevista dalla legge n. 107 del 2017 che ha istituito la Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario. Su contesto, istituzione lavori e obiettivi della Commissione v. F. SALMONI, *L'inchiesta parlamentare sulle banche: tanto tuonò che non piove...*, cit.

storica sono rimasti sepolti sotto le macerie di uno scontro politico concentratosi sulle vicende legate alle crisi bancarie e, in particolare, sui protagonisti politici di alcune di quelle vicende, come nel caso della crisi di Banca Etruria⁷⁵. Sotto questo profilo, si è dunque trattato indubbiamente di un fallimento e di un'occasione mancata per il Parlamento che ha finito per confermare la sua marginalità (anche) rispetto a queste questioni.

In realtà, dalle diverse Relazioni conclusive⁷⁶ dei lavori della Commissione d'inchiesta, istituita anche con l'obiettivo di verificare l'adeguatezza della disciplina legislativa e regolamentare nazionale ed europea sul sistema bancario e finanziario⁷⁷, è emersa la condivisibile necessità di una riforma normativa italiana in materia e quindi di una nuova legge sul risparmio aggiornata alle attuali esigenze. Malgrado l'Unione bancaria e la crescente armonizzazione normativa a livello europeo abbiano ristretto i margini di azione del legislatore nazionale, permangono comunque spazi di intervento che richiederebbero un ruolo più attivo del Parlamento unito anche a una maggiore attenzione nella partecipazione, tanto alla fase discendente di implementazione del diritto dell'Unione, quanto alla fase ascendente di produzione della normativa europea in materia. Questa esigenza appare ulteriormente evidente se si considera che in Italia si è consolidata la tendenza ad attuare la normativa europea in materia senza tenere conto delle specificità del nostro Paese in tema di risparmio e prestando poca attenzione alle caratteristiche del risparmiatore medio italiano⁷⁸.

Le crisi bancarie degli ultimi anni hanno oggettivamente evidenziato alcune criticità per quanto riguarda l'attività di vigilanza e la sua disciplina. Sono infatti emerse delle lacune nel sistema dei controlli operato da Banca d'Italia sul sistema bancario e da Consob sui mercati finanziari. La questione del ruolo e delle funzioni delle autorità di vigilanza in questo ambito, del resto, era rimasta aperta già all'indomani della legge sul risparmio del 2005 che si era concentrata sulla *governance* di Banca d'Italia senza rivedere il sistema della vigilanza nel suo complesso⁷⁹. Il problema di una migliore cooperazione e assistenza reciproca attraverso un maggiore scambio di informazioni tra le due autorità di vigilanza rimane attuale e richiederebbe di essere affrontato⁸⁰. Pur preservando un sistema con due autorità preposte alla vigilanza,

⁷⁵ Ci si riferisce al noto scontro politico che partiva dalle accuse rivolte nei confronti dell'allora Ministro (del Governo Renzi) Maria Elena Boschi il cui padre era stato Consigliere e Vice-Presidente della Banca.

⁷⁶ La Commissione d'inchiesta ha prodotto al termine dei suoi lavori una relazione conclusiva e tre relazioni di minoranza, tutte reperibili nel sito web della Camera.

⁷⁷ Come espressamente previsto dall'art. 3 della l. n. 107/2017 che ha istituito la Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario.

⁷⁸ Come evidenzia G. CERRINA FERONI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito. Un'analisi comparata*, cit., p. 11 facendo riferimento in particolare alla composizione dei portafogli delle famiglie e alla scarsa educazione finanziaria dei piccoli risparmiatori.

⁷⁹ Come già evidenziato a suo tempo da F. MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze all'innovazione nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Banca Impresa Società*, cit., pp. 3 ss.

⁸⁰ Cfr. G. CERRINA FERONI, *Introduzione*, cit., p. 12.

opportuno in quanto evita un eccesso di concentrazione di poteri, il legislatore potrebbe avviare una riflessione su un più deciso passaggio al modello “*Twin peaks*” per separare più nettamente i compiti delle due autorità che attualmente tendono in alcuni casi a sovrapporsi⁸¹. Si potrebbe dunque affidare a Banca d’Italia il compito di preservare la stabilità finanziaria delle banche mediante l’applicazione di regole prudenziali a tutela della dimensione più oggettiva del risparmio, mentre a Consob dovrebbe spettare la verifica sulle modalità con cui le banche sottoscrivono i contratti con i risparmiatori nell’ottica di garantire la trasparenza delle informazioni ed evitare raggiri o comportamenti scorretti.

In tema di *governance* delle banche, sarebbe probabilmente opportuno introdurre criteri più stringenti relativamente ai conflitti di interesse e per quanto riguarda le competenze di manager e consigli di amministrazione, quantomeno nei casi in cui siano necessari interventi pubblici di salvataggio delle banche.

Inoltre, il numero eccessivamente alto, in particolare in Italia, di crediti deteriorati che pesano sui bilanci bancari richiederebbe indubbiamente una maggiore attenzione da parte del legislatore che potrebbe introdurre discipline più severe per evitare condotte poco responsabili da parte degli istituti di credito. Si potrebbe, sul punto, anche ripensare all’introduzione di una *bad bank* nazionale e quindi di un organismo pubblico in grado di gestire i crediti deteriorati. Quest’ultima ipotesi andrebbe però valutata anche in relazione al rischio di un suo impatto negativo sui conti pubblici in un contesto in cui, peraltro, l’Unione ha in passato deciso di non procedere ad un intervento comune finalizzato alla creazione di un ente pubblico europeo di gestione delle sofferenze a livello di eurozona finanziato, ad esempio, dal Meccanismo europeo di stabilità (Esm). Allo stato attuale, appare decisamente proibitivo ipotizzare che si possa procedere in questa direzione poiché difficilmente gli Stati membri sarebbero disposti a chiedere ai propri contribuenti di accollarsi il peso del risanamento delle banche di altri Paesi.

Più in generale, un ripensamento del legislatore sul ruolo stesso delle banche non è affatto da escludere. Come si è già evidenziato, lo sbilanciamento delle banche verso modelli di operazioni finanziarie speculative mette a rischio l’erogazione dei tradizionali servizi legati alla tutela costituzionale del risparmio. Le regole sul funzionamento delle banche potrebbero quindi essere riconsiderate mettendo in discussione il modello della “banca universale”, creato in Europa e Stati Uniti negli anni Novanta, in base al quale gli istituti di credito svolgono, oltre alla tradizionale attività di raccolta dei depositi ed esercizio del credito, l’attività di investimento finanziario per conto proprio o di altri⁸². La nostra disciplina

⁸¹ Tema affrontato anche nella *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario del 2018*, pp. 176 ss. su cui v. anche F. SALMONI, *L’inchiesta parlamentare sulle banche: tanto tuonò che non piove.*, cit., pp. 53 ss.

⁸² Sulle questioni e le criticità collegate al modello della banca universale si rinvia a F. MERUSI, *Stato e mercato: convergenze e divergenze nei diritti amministrativi in Europa*, in AA.VV., *La convergenza dei diritti amministrativi in Europa* (Atti

legislativa in materia si è conformata al paradigma della banca universale consentendo alle banche di esercitare ogni attività di investimento finanziario (art. 10.3 t.u.b.). Si trattava di un modello finalizzato al rafforzamento e alla stabilità del sistema bancario nel suo complesso ma che, in realtà, ha dimostrato tutte le sue criticità negli eventi connessi alla crisi economica.

In questa fase, invece, appare opportuno riaffermare un principio di separazione delle attività di investimento da quelle destinate alla raccolta e alla gestione del risparmio, in maniera tale da evitare che i rami di una banca dedicati agli investimenti possano pregiudicare i tradizionali servizi bancari. Questa evoluzione, oltre a ridurre i ricorsi ai salvataggi pubblici dannosi per le casse dello Stato e per il contribuente, consentirebbe di rendere più sicuro il sistema finanziario nel suo complesso separando le attività di investimento e, in particolare, quelle speculative dal tradizionale risparmio della clientela che appare il primo elemento da preservare e garantire in base alla tutela costituzionale del risparmio. Una seria riflessione del legislatore su questo aspetto sarebbe senz'altro opportuna e costituirebbe un importante tassello nel mosaico di una nuova legge sul risparmio, in un ambito di assoluto rilievo sul quale l'Unione ha recentemente deciso di non intervenire con una scelta assai discutibile⁸³. Sotto questo profilo, il Parlamento britannico può essere d'esempio e di stimolo per il legislatore italiano (oltre che per quello europeo). Con il *Banking Reform Act* del 2013 il Regno Unito ha infatti riformato la disciplina del risparmio e del credito prevedendo una separazione tra le attività al dettaglio (depositi e prestiti) e le attività di investimento. Per garantire effettivamente questa separazione è stato introdotto il divieto di finanziare gli investimenti con i depositi raccolti ed è stata affidata la vigilanza sul rispetto di tale divieto ad una nuova autorità a ciò preposta (*Prudential Regulation Authority*). Negli Stati Uniti, peraltro, il legislatore si era già in parte orientato in questa direzione nel 2010, a due anni dal fallimento di Lehman Brothers⁸⁴.

dell'incontro di studio svoltosi a Roma, Palazzo Spada, 13 giugno 2000), Milano, 2002, pp. 37ss.; A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, cit., pp. 370 ss.; E. GLIOZZI, *La tutela del risparmio e la banca universale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2015, pp. 465 ss.

⁸³ La Commissione europea ha presentato nel 2017 una proposta di regolamento relativa alla separazione delle attività bancarie dalle attività finanziarie. Si trattava della proposta di regolamento sulle misure strutturali volte ad accrescere la resistenza degli enti creditizi dell'UE, (proposta 2014/0020 (43) "Regolamento sulle misure strutturali") che successivamente è stata ritirata nel 2017 sulla base della discutibile idea che non fosse più necessario rendere più sicuro il sistema bancario ritenendo gli interventi adottati dall'Unione già sufficienti a raggiungere tale obiettivo.

⁸⁴ Con il Dodd-Frank act del 2010 negli Stati Uniti è stato vietato alle banche che raccolgono depositi di impegnarsi nel "proprietary trade" e in finanziamenti a *hedge funds* o a fondi di *private equity* affidando a cinque autorità di vigilanza il compito di articolare nei dettagli questa disciplina legislativa. Nel 2013 le autorità di vigilanza hanno predisposto un elenco delle attività consentite perché non rientranti nella categoria del "proprietary trade" e hanno stabilito che le banche che intendano intraprendere altre attività debbano dimostrare di fronte alle stesse autorità che tali attività non contrastino con gli intenti della legge. Cfr., sul punto, E. GLIOZZI, *La tutela del risparmio e la banca universale*, cit., p. 466.



Le questioni aperte, qui brevemente richiamate, dimostrano che esistono spazi di intervento per una nuova disciplina del risparmio in attuazione dell'art. 47 Cost., pur riconoscendo che la stretta interconnessione del sistema finanziario europeo e gli sviluppi dell'Unione bancaria richiederebbero una normativa comune europea che, però, non sempre è possibile realizzare stante le profonde divergenze tra interessi nazionali. Una strada perseguibile potrebbe dunque essere quella di introdurre riforme a livello nazionale con l'obiettivo di una forte azione italiana nella fase ascendente al fine di una loro adozione, in una seconda fase, anche in ambito europeo. Il Parlamento potrebbe quindi fornire il proprio contributo con un approfondito dibattito sui temi del risparmio e l'adozione di una nuova legge organica in materia ponderata e parametrata sulle esigenze di questo periodo. Lascia perplessi, invece, la scelta del legislatore di dar vita a una nuova Commissione parlamentare di inchiesta sulle banche istituita dalla legge n. 28 del 26 marzo 2019, a distanza di pochi mesi dalla fine dei lavori della precedente Commissione. Più che andare nella direzione di una riforma dell'assetto normativo esistente, infatti, il legislatore sembra essersi indirizzato verso scelte che rischiano di replicare l'utilizzo dello strumento della Commissione d'inchiesta a fini di propaganda politica (ed elettorale) lasciando, però, irrisolti i nodi di fondo. Oltretutto, come sottolineato dal Presidente della Repubblica nella lettera inviata ai Presidenti di Camera e Senato all'atto di promulgazione della legge n. 28, alcune sue disposizioni pongono anche il tema di possibili interferenze delle attività della Commissione parlamentare in ambiti di competenza delle autorità di vigilanza⁸⁵ in un contesto in cui, come si è rilevato, la questione di un riassetto normativo dell'attività di vigilanza continua a non essere affrontata.

6. Il risparmio nel “caso” della formazione del Governo Conte

Pur nella sostanziale assenza del Parlamento, la questione della tutela costituzionale del risparmio è comunque finita al centro delle dinamiche della nostra forma di governo nell'ultimo periodo. Ci si riferisce al caso della difficile formazione del Governo Conte nella primavera del 2018 e, in particolare, al rifiuto del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella di accettare la proposta presentata dalla maggioranza parlamentare formata da Movimento 5 stelle e Lega di affidare il ministero dell'economia a Paolo Savona, noto per le sue posizioni di radicale critica dell'euro e per aver paventato anche una possibile uscita dell'Italia dalla moneta unica. Nel motivare questa sua netta presa di posizione, alla luce dell'incertezza

⁸⁵ Nella lettera inviata ai Presidenti di Camera e Senato il 29 Marzo 2019, Il Presidente Mattarella ha sottolineato che “E’ possibile, naturalmente, che l’operato di queste sia oggetto di inchiesta parlamentare – laddove così il Parlamento dovesse deliberare - ma occorre evitare il rischio che il ruolo della Commissione finisca con il sovrapporsi - quasi che si trattasse di un organismo ad esse sopra ordinato - all’esercizio dei compiti propri di Banca d’Italia, Consob, IVASS, COVIP, Banca Centrale Europea. Ciò urterebbe con il loro carattere di Autorità indipendenti, sancito, da norme dell’ordinamento italiano e da disposizioni dell’Unione Europea, vincolanti sulla base dei relativi trattati”.

che tale nomina avrebbe causato in relazione alla posizione del Governo italiano sull'euro che avrebbe messo in allarme investitori e risparmiatori, il Presidente ha fatto riferimento a un suo dovere di tutelare i risparmi degli italiani nell'esercizio del suo potere di nomina dei ministri. È stato dunque individuato nell'art. 47 Cost. un limite a conferire incarichi ministeriali di primario rilievo per l'economia nei casi in cui sia messa in sera discussione la permanenza dell'Italia nell'euro generando, come ha affermato il Presidente Mattarella, un'impennata dello *spread* che comporta un continuo aumento del nostro debito pubblico e riduce le possibilità di spesa dello Stato per interventi sociali⁸⁶. Un ulteriore e interessante elemento di riflessione è rappresentato dal fatto che in questa occasione il Presidente ha ricollegato al tema del risparmio anche la questione, spinosa, della sovranità, in termini molto chiari e precisi: «è mio dovere, nello svolgere il compito di nomina dei ministri che mi affida la Costituzione essere attento alla tutela dei risparmi degli italiani. In questo modo, si riafferma, concretamente, la sovranità italiana»⁸⁷.

Richiamandosi implicitamente all'art. 47 Cost. il Presidente Mattarella ha fatto riferimento al valore costituzionale della tutela del risparmio che, oggi, è in primo luogo legato alla stabilità della moneta e alla permanenza dell'Italia nell'eurozona. Un valore costituzionale che richiama quindi con decisione, ancora una volta, la dimensione oggettiva della tutela del bene risparmio. In un certo senso, la tutela costituzionale del risparmio può dunque essere letta anche come una delle declinazioni della tutela costituzionale dell'euro. Di conseguenza, le forme di tutela previste dall'art. 47 Cost. si devono tradurre anche in una forma di tutela costituzionale dallo *spread* eccessivo causato da scelte politiche ed economiche errate che rischiano di polverizzare i risparmi degli italiani.

7. Conclusioni: l'art. 47 e la dimensione oggettiva e sociale del risparmio

Le considerazioni sin qui svolte portano a ritenere che la tutela costituzionale del risparmio necessiti di essere riconsiderata alla luce del quadro attuale. La garanzia della permanenza dell'Italia nell'euro unita alla stabilità monetaria e dei prezzi nonché al contenimento dello *spread* e, in parallelo, l'obiettivo quantomeno di un progressivo equilibrio dei bilanci pubblici - che mette in relazione l'art. 47 con l'art. 81

⁸⁶ Come si legge nella dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine del colloquio con il Professor Giuseppe Conte, in www.quirinale.it, 27 maggio 2018, "l'incertezza sulla nostra posizione nell'euro ha posto in allarme gli investitori e i risparmiatori, italiani e stranieri, che hanno investito nei nostri titoli di Stato e nelle nostre aziende. L'impennata dello *spread*, giorno dopo giorno, aumenta il nostro debito pubblico e riduce le possibilità di spesa dello Stato per nuovi interventi sociali. Le perdite in borsa, giorno dopo giorno, bruciano risorse e risparmi delle nostre aziende e di chi vi ha investito. E configurano rischi concreti per i risparmi dei nostri concittadini e per le famiglie italiane. Occorre fare attenzione anche al pericolo di forti aumenti degli interessi per i mutui, e per i finanziamenti alle aziende. In tanti ricordiamo quando - prima dell'Unione Monetaria Europea - gli interessi bancari sfioravano il 20 per cento".

⁸⁷ In occasione della giornata mondiale del risparmio nell'ottobre 2018 il Presidente della Repubblica è tornato sulla questione affermando che la tutela del risparmio, unita all'equilibrio dei bilanci pubblici - espressamente richiamato dalla Costituzione - è condizione essenziale dell'esercizio dell'effettiva sovranità del paese.

Cost. - sono le attuali condizioni necessarie per non svuotare di contenuto la tutela costituzionale del risparmio. Da questo punto di vista, il classico collegamento operato in dottrina tra art 47 Cost. e difesa del valore della moneta⁸⁸ può quindi essere nuovamente valorizzato reinterpretandolo e attualizzandolo. Queste condizioni ineludibili per tutelare il risparmio sono risultate tutt'altro che scontate negli ultimi anni e continuano a non esserlo in questa fase. Le scelte politiche del Governo Conte di realizzare interventi come “quota cento” e reddito di cittadinanza attraverso un aumento del *deficit* e del debito pubblico, nonché gli annunci di nuove politiche in *deficit*, causano periodiche impennate dello *spread* e certamente non contribuiscono a rasserenare il quadro neppure in relazione alla tutela del risparmio, in un contesto, come quello italiano, di estrema fragilità dei conti pubblici. Inoltre, va rilevato che il concreto pericolo di un significativo aumento dell’IVA a partire dal 2020, qualora non venissero disinnescate le clausole di salvaguardia per il prossimo biennio, genererebbe un aumento dell’inflazione con un conseguente impatto negativo sulla tutela del risparmio che si fonda anche sulla stabilità dei prezzi e della moneta. Il contesto generale, quindi, è certamente critico per la tutela del bene risparmio dopo un decennio di grave crisi economica. Del resto, il ridimensionamento del piccolo e medio risparmio può essere individuato anche come uno dei molteplici fattori che hanno contribuito allo sfarinamento della classe media, con le conseguenze nefaste a tutti note in termini di aumento della povertà relativa e delle disuguaglianze, crisi della rappresentanza e avanzata delle varie forme di sovranismi in Europa.

Anche per queste ragioni in questa fase storica sembra necessario proseguire con più decisione nel passaggio da un approccio microprudenziale, limitato alla tutela soggettiva del singolo risparmiatore, ad un modello di tutela macroprudenziale orientato a preservare e garantire le condizioni che consentono di tutelare il risparmio. Il che richiede di concentrare l’attenzione sulla stabilità economico-finanziaria nel lungo periodo e sulla stabilità del sistema bancario nel suo complesso. Orientarsi, dunque, verso una tutela del risparmio fortemente ancorata alla sua dimensione oggettiva nella consapevolezza che ciò non comporta, come si è già osservato, l’assenza di protezione del singolo risparmiatore e delle sue legittime esigenze di tutela nel caso di crisi bancarie. In quest’ottica, gli indirizzi provenienti dall’Unione europea con la disciplina del bail-in, che indubbiamente non è perfetta ed è senz’altro migliorabile, possono tutto sommato essere valutati positivamente poiché tentano di andare in questa direzione.

La tutela costituzionale del risparmio, del resto, non può riassumersi soltanto nella protezione e tutela incondizionata del risparmiatore/investitore e di ogni tipo di investimento più o meno rischioso effettuato in una banca mediante la garanzia del ristoro da parte del legislatore nei casi di una crisi bancaria. Questa impostazione, che è andata diffondendosi nell’ultimo periodo ed è portata avanti dal

⁸⁸ Al quale si faceva riferimento nel primo paragrafo di questo lavoro.



Governo Conte e dalla sua maggioranza parlamentare (composta da Movimento 5 Stelle e Lega), dà luogo, come si è cercato di evidenziare, a una interpretazione riduttiva se non distorta dell'art. 47 Cost. e del risparmio che va, invece, considerato come un valore più ampio e funzionale al realizzarsi di altri obiettivi di rilievo costituzionale. Accogliendo questa interpretazione, al legislatore dovrebbe dunque spettare il compito di bilanciare l'attuazione della norma costituzionale e, in particolare, della tutela soggettiva del risparmiatore/investitore con altri principi e interessi di rilievo costituzionale che, peraltro, come si è cercato di evidenziare, sono interconnessi con la tutela costituzionale del risparmio derivante dall'art. 47.

L'idea che il risparmio vada considerato «non come propensione all'accumulazione ma alla speranza, come atteggiamento di fiducia verso il futuro con la prospettiva di migliorare la qualità della propria vita»⁸⁹ merita di essere richiamata e tenuta in considerazione, oggi, dopo più di dieci anni di crisi economica. In parallelo, va recuperata una visione del risparmio e, in generale, della Costituzione economica, slegata dalle attività di investimento finanziario delle banche, più genuinamente sociale e saldamente ancorata alle basi dello stato sociale che la lunga crisi ha messo in discussione, rafforzando il collegamento dell'art. 47 - e, quindi, del risparmio e dell'esercizio del credito - con il principio di eguaglianza sostanziale e con i principi lavorista e solidarista. Legislatore e politiche pubbliche potrebbero orientarsi in questa direzione, in nome del rilievo pubblico del risparmio e della tutela, *in primis*, del piccolo risparmio che consente alla ricchezza privata di riversarsi nel sistema produttivo tramite il sostegno delle banche alle imprese e, quindi, all'occupazione. In questa prospettiva, la questione della tutela costituzionale del risparmio può rimanere viva e attuale.

⁸⁹ Così P. GROSSI, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, cit., p. 17.

L'art. 44, u.c., Cost.: quale valorizzazione delle zone montane?*

di Gloria Marchetti

Ricercatore di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano

Sommario: **1.** L'art. 44, c. 2, Cost.: la rilevanza costituzionale della montagna. **2.** I provvedimenti nazionali sulla montagna. **3.** I provvedimenti nazionali sulla tutela e valorizzazione dei territori montani. **3.1.** Le leggi statali organiche sulle “zone montane”. **3.2.** La legislazione recente che riguarda “anche” i territori montani. **3.2.1.** La montagna nella Strategia nazionale per le aree interne e in quella per le “Green Community”. **3.2.2.** La montagna nella legge sui piccoli Comuni. **4.** La legislazione statale sulla *governance* dei territori montani. **4.1.** La disciplina delle Comunità montane e la loro crisi. **4.1.1.** Il mutamento della natura e del ruolo delle Comunità montane: dalla legislazione degli anni Settanta al T.U.E.L del 2000. **4.1.2.** Le Comunità montane dopo la riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione e le manovre finanziarie del Governo Monti. **4.2.** Un caso isolato di disciplina della specificità delle zone montane: la possibilità di riconoscere “una particolare autonomia” ad alcune Province montane. **5.** La legislazione statale sui finanziamenti alla montagna e l'esiguità delle risorse. **6.** La legislazione regionale sui territori montani. **6.1.** La mancanza di leggi regionali organiche in favore della montagna e di adeguati finanziamenti. **6.2.** L'inadeguatezza della legislazione regionale sulla *governance* dei territori montani. **7.** La montagna nelle politiche europee: verso una maggiore valorizzazione? **8.** Considerazioni conclusive e prospettive: il rilancio della montagna attraverso una riorganizzazione territoriale, una maggiore autonomia alle Regioni e un utilizzo di risorse europee.

1. L'art. 44, c. 2, Cost.: la rilevanza costituzionale della montagna

Il secondo comma dell'art. 44 Cost. prevede che la legge disponga provvedimenti a favore delle “zone montane”.

Si tratta di una previsione costituzionale che, nell'ambito degli studi sulla cd. Costituzione economica, è stata piuttosto trascurata dalla dottrina: i contributi sull'argomento, infatti, sono piuttosto limitati e, per lo più, risalenti nel tempo¹. In passato, alcuni autori hanno interpretato il riferimento alle “zone montane” come indicativo della volontà del Costituente di indirizzare l'attività del legislatore ordinario verso

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Si vedano, al riguardo: C. ESPOSITO, *Note esegetiche all'art. 44 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*. Saggi, Padova, 1954, p. 200; C. DESIDERI, *Montagna (legislazione e amministrazione)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 879 ss.; S. RODOTÀ, *Art. 44*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, p. 211 ss.; F. MERLONI, *Montagna*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, p. 1 ss.; P. PERLINGIERI, M. MARINARO, *Art. 44*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, 2ª ed., Napoli, 2001, p. 307 ss.; F. ANGELINI, *Art. 44*, in R. BIFULCO — A. CELOTTO — M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 902 ss.; O. GASPARI, *La “causa montana” nella Costituzione. La genesi del secondo comma dell'art. 44*, in *Le Carte e la Storia*, n. 2, 2015, p. 135 ss. Si vedano, inoltre: A. CIASCHI — E. TOMASELLA, *La montagna e il diritto. Terreni agricoli, boschi e proprietà collettive: elementi geografici e giuridici*, Roma-Bologna, 2007, p. 36 ss.

l'adozione di provvedimenti maggiormente specifici, in riferimento alle condizioni e alle caratteristiche delle diverse zone territoriali². Altri autori, invece, hanno ritenuto che il riferimento alle “zone montane” fosse stato utilizzato dal Costituente, in modo generico, per definire qualsiasi tipo di delimitazione territoriale della montagna³, secondo quanto emergerebbe anche dai lavori preparatori dall'Assemblea Costituente⁴. Sembra, invece, pacifico che l'ultimo comma dell'art. 44 Cost. debba essere letto in connessione con le norme dello stesso articolo che disciplinano i rapporti economici nel settore dell'agricoltura⁵. Secondo questa lettura, la previsione di una legislazione a favore delle “zone montane” avrebbe, tra le tante finalità, “anche” — ma non “principalmente” come ritenuto da alcuni autori⁶ — quella di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali⁷.

In realtà, la scelta del Costituente di introdurre in Costituzione una norma dedicata alle “zone montane” è dipesa principalmente dalla constatazione che, nell'immediato dopoguerra, le popolazioni ivi residenti, vivevano in condizioni di povertà e di disagio e che ciò avrebbe richiesto interventi di sostegno finalizzati a tutelare, sviluppare e valorizzare tali zone, proprio per far fronte alle loro condizioni di svantaggio⁸. È innegabile, al riguardo, che le ragioni che hanno spinto il Costituente a prendere in considerazione le “zone

² Si cfr., in tal senso, C. DESIDERI, *Montagna (legislazione e amministrazione)*, cit., p. 882, il quale considera la disposizione in esame «di carattere programmatico».

³ In tal senso, si veda F. MERLONI, *Montagna*, cit., p. 1, il quale ritiene che «la dizione normativa sembra usata in senso assolutamente atecnico». Al riguardo, S. RODOTÀ, *Art. 44*, cit., p. 228-229, parla di un comma inserito nell'art. 44 Cost. «quasi casualmente» che definisce «una nuova ipotesi di proprietà “differenziata” per cui è prevista un'attività positiva del legislatore caratterizzata dal rilievo conferito alla collocazione “montagna” della zona interessata».

⁴ Secondo F. MERLONI, *Montagna*, cit., p. 1, dalla breve presentazione che l'On. Gortani (Atti dell'Assemblea Costituente, seduta del 13 maggio 1947) fece del proprio emendamento sembrerebbe emergere una concezione alquanto generica della montagna.

⁵ In proposito, va ricordato, peraltro, che in sede di revisione finale del testo venne eliminato il riferimento preciso ad una lettura che collegasse l'ultimo comma all'intero articolo, presente, invece, nel testo approvato in Assemblea. Il testo approvato dell'emendamento recitava: «Nel medesimo intento (ossia l'intento — come spiegò l'On. Gortani — “di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali”) la legge dispone provvedimenti in favore delle zone montane».

⁶ In tal senso, F. MERLONI, *Montagna*, cit., p. 1, il quale sottolinea la stretta connessione tra le norme di disciplina dei rapporti economici in agricoltura e il secondo comma dell'art. 44, sebbene in sede di revisione finale del testo sia scomparso il riferimento specifico alla finalità della legislazione per la montagna di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali.

⁷ Al riguardo, si cfr. P. BILANCIA, *Diritti e doveri inerenti ai rapporti economici*, in P. BILANCIA — E. DE MARCO (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società*, terza ed., Milano, 2018, p. 449.

⁸ In proposito, C. DESIDERI, *La montagna nella legislazione italiana: dagli interventi di settore alla tutela del paesaggio*, in *Agr. ist. merc.*, n. 1, 2014, p. 9 ss. evidenzia l'importanza di aver inserito in Costituzione un espresso riferimento alle “zone montane”, a sottolineare l'idea della diversità di tali territori. Al riguardo, O. GASPARI, *La “causa montana” nella Costituzione. La genesi del secondo comma dell'art. 44*, cit., p. 135, sottolinea come la scelta di introdurre in Costituzione una norma dedicata alle “zone montane” sia dipesa anche dal fatto che le popolazioni ivi residenti avevano dato un contributo significativo durante la guerra. Si vedano, al riguardo, G. CANNATA — G. FOLLONI — G. GORLA (a cura di), *Lavorare e vivere in montagna-Svantaggi strutturali e costi aggiuntivi, Quaderni della montagna*, Roma-Bologna, 1997.

montane” sono ancora attuali: l’interesse alla loro tutela e valorizzazione è giustificata, oltre che dalle caratteristiche proprie delle stesse (dimensioni ridotte delle comunità locali, dispersione territoriale, isolamento, condizioni climatiche e rischio idrogeologico e ambientale), dall’esigenza di evitare lo spopolamento e salvaguardare il territorio e le risorse idriche, anche ai fini di contenere i fenomeni di erosione dei territori, limitando così anche i rischi di frane e alluvioni⁹. Per queste ragioni, in attuazione del dettato costituzionale, il legislatore è chiamato ad adottare provvedimenti specifici per la montagna¹⁰ e più in particolare: a prevedere politiche organiche per la tutela, lo sviluppo e la valorizzazione delle zone montane; a istituire organi/enti per la *governance* dei relativi territori; a destinare adeguate risorse per la realizzazione di tali obiettivi. Ciò in un’ottica molto più ampia del conseguimento delle sole finalità legate al razionale sfruttamento del suolo e all’instaurazione di equi rapporti sociali (finalità di cui, comunque, il legislatore deve tenere conto).

L’obiettivo principale di questo lavoro è di verificare se il legislatore, statale e regionale, abbia dato attuazione al dettato costituzionale, attraverso l’adozione di una politica in grado di tutelare e sviluppare le specificità, ma anche le potenzialità dei territori montani. In concreto, senza anticipare considerazioni che saranno esposte con maggior ampiezza più avanti, non vi è stata nel nostro Paese una vera e propria politica in tal senso. Il legislatore ha vieppiù trascurato il tema della montagna che, invece, avrebbe dovuto essere tenuto in grande considerazione. È interesse di tutti, non soltanto di chi vi risiede, che vengano sviluppate le potenzialità, anche economiche, della montagna, e che sia limitato lo spopolamento e salvaguardato il relativo territorio. Peraltro, i territori montani non sono marginali, come sono spesso considerati, ma occupano nel nostro Paese più del 50% del territorio nazionale e interessano più del 40% dei Comuni italiani.

Sarà compiuta, inoltre, un’analisi delle politiche europee finalizzate alla tutela e alla valorizzazione delle zone montane, al fine di mettere in luce come il tema della montagna, negli ultimi anni, abbia assunto una maggiore importanza, rispetto al passato, a livello europeo. Lo scopo di tale analisi è di capire l’impatto che le politiche europee possono avere nel nostro Paese e quali prospettive possono aprirsi rispetto a un effettivo rilancio della montagna.

Nell’ultima parte del lavoro, infine, ci si soffermerà a riflettere sui possibili sviluppi della disciplina relativa alla montagna, tenendo conto di alcuni processi che potrebbero contribuire a spingere il legislatore nella

⁹ Al riguardo, P. PERLINGIERI, M. MARINARO, *Art. 44*, cit., p. 311, evidenziano che «Il riferimento ai provvedimenti in favore delle zone montane appare opportuno in quanto idoneo a tutelare la diversa realtà di alcune zone e, dunque, a salvaguardia delle loro intrinseche peculiarità».

¹⁰ In tal senso, F. ANGELINI, *Art. 44*, cit., p. 907, la quale sottolinea che «da tale previsione si può desumere, a contrario, l’illegittimità costituzionale di leggi che pongono condizioni di svantaggio per tali zone». Su questo aspetto, si veda C. ESPOSITO, *Note esegetiche all’art. 44 della Costituzione*, cit., p. 200.

direzione di una sua maggiore valorizzazione: una razionalizzazione dei territori; un riconoscimento di un'autonomia differenziata ad alcune Regioni; un rafforzamento delle politiche europee sulla montagna, anche nell'ambito delle politiche di coesione economica, sociale e territoriale.

2. I provvedimenti nazionali sulla montagna

La legislazione sulla montagna comprende le previsioni sulla tutela e valorizzazione dei relativi territori, sulla loro *governance* e sul finanziamento delle misure a ciò finalizzate.

3. I provvedimenti nazionali sulla tutela e valorizzazione dei territori montani

Riguardo alla legislazione nazionale finalizzata alla tutela e valorizzazione dei territori montani, preme ricordare che vi è stata un'evoluzione, negli anni, che ha progressivamente portato a un disinteresse nei confronti dell'attuazione del dettato costituzionale.

Si è passati da una legislazione speciale per la montagna a una legislazione che ha viepiù trascurato, come si vedrà ampiamente di seguito, la specificità dei suoi territori, espressamente prevista, rispetto ad altri territori, dalla Costituzione.

3.1. Le leggi statali organiche sulle “zone montane”

Dagli anni Cinquanta a quelli Novanta del secolo scorso, il legislatore ha tentato di dare attuazione al dettato costituzionale adottando tre importanti leggi organiche in favore dei territori montani¹¹.

La legge 25 luglio 1952, n. 991 (la cd. Legge Fanfani)¹² aveva per oggetto i territori montani che erano classificati secondo specifici criteri¹³ — utilizzando per la prima volta un concetto unitario di montagna (la cd. “montagna legale”)¹⁴ — sulla base dei quali erano previsti o meno interventi e benefici a favore di soggetti privati e pubblici, secondo una programmazione del Ministero dell'agricoltura. Erano altresì contemplati interventi a favore dei comprensori di bonifica montana che potevano essere creati all'interno dei territori montani¹⁵; nei comprensori era prevista la possibilità di costituire, tra proprietari di terreni

¹¹ Per un'analisi delle tre leggi, si vedano: M. TAMPONI, voce *Territori montani*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIX, Torino, 1999, p. 331; F. ANGELINI, *Art. 44*, cit., p. 909 ss.

¹² Recante “Provvedimenti in favore dei territori montani”.

¹³ L'art. 1, l. n. 991 del 1952, successivamente abrogato dall'art. 29 della l. 8 giugno 1990, n. 142.

¹⁴ Si veda, al riguardo, C. DESIDERI, *I problemi attuali delle comunità montane. Profili istituzionali*, in ID. (a cura di), *Programmazione ed enti locali: il caso delle comunità montane*, Milano, 1980, p. 11.

¹⁵ Art. 14, l. n. 991 del 1952. In proposito, C. DESIDERI, *Montagna (legislazione e amministrazione)*, cit., p. 884, sottolinea che la «disciplina degli interventi nei territori classificati in comprensori di bonifica montana (...) costituisce indubbiamente la parte di maggior rilievo della legge in esame, tanto che questa (...) può considerarsi un tentativo di rilancio della bonifica. Viceversa, il regime di interventi per i “territori montani” non ulteriormente qualificati (“montagna legale”) si caratterizza essenzialmente come un insieme di finanziamenti e agevolazioni di vario tipo (...)»

interessati, consorzi che potevano predisporre un piano generale di bonifica¹⁶. La legge aveva lo scopo di intervenire con misure di valorizzazione delle zone montane che avrebbero incoraggiato la popolazione a non abbandonare le stesse. Essa, tuttavia, pur avendo il pregio di aver considerato il territorio montano in un'ottica globale di valorizzazione, presentava alcuni punti di debolezza. Innanzitutto, la classificazione dei territori montani, secondo criteri normativamente predefiniti e omogenei per tutte le aree geografiche, non fu in grado di tenere in considerazione le effettive caratteristiche geologiche, economiche e sociali delle specifiche zone montane¹⁷. Inoltre, la legge prevedeva un sistema di interventi settoriali¹⁸ e centralizzati, basato essenzialmente su una politica di tipo assistenziale¹⁹. La legge, pertanto, non riuscì a perseguire i suoi fini: negli anni Cinquanta e Sessanta continuavano, infatti, a persistere gravi condizioni economico-sociali delle popolazioni montane che hanno portato a un esodo, spesso accompagnato da abbandono e degrado²⁰.

La legge 3 dicembre 1971, n. 1102²¹ aveva il principale obiettivo di valorizzare la montagna attraverso la realizzazione di determinate finalità, quali l'eliminazione degli squilibri socio-economici tra le zone montane e il resto del territorio nazionale, la difesa del suolo e la protezione della natura²². Al fine di valorizzare le zone montane furono istituite le Comunità montane²³, definite come "enti di diritto

¹⁶ I consorzi di bonifica montana, di cui all'art. 16, l. n. 991 del 1952.

¹⁷ Al riguardo, C. DESIDERI, *Art. 44*, cit., p. 885, evidenzia come sia stata considerata «l'esistenza di una sola grande area territoriale "meccanicamente delimitata" a discapito della «specificità delle singole "zone montane"».

¹⁸ Vi era ancora la tendenza a considerare i problemi dei territori montani in relazione quasi esclusivamente alle prospettive del settore agricolo, trascurando invece le potenzialità di sviluppo dell'artigianato, del turismo, dell'industria e dei servizi.

¹⁹ Sottolinea questo aspetto, tra gli altri, C. DESIDERI, *Art. 44*, cit., p. 886.

²⁰ Si veda, al riguardo, L. PICCIONI, *Visioni e politiche della montagna nell'Italia repubblicana*, in *Meridiana*, n. 44, 2002, p. 135.

²¹ Recante "Nuove norme per lo sviluppo della montagna", sulla quale si vedano: C. DESIDERI, *La nuova legge sulla montagna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1972, p. 415 ss.; ID., *I territori montani tra Stato e Regioni*, in *Econ. pubbl.*, n. 10, 1975; G. PIAZZONI, *La nuova legislazione per l'economia montana*, Bologna, 1974; D. SERRANI, *La nuova legislazione sulla montagna e le leggi regionali di attuazione*, in S. CASSESE — B. DENTE — D. SERRANI, *Le Comunità montane*, in *Quaderni regionali* Formez, Napoli, 1974, p. 4 ss.; G.C. DE MARTIN, *Organizzazione di comunità economiche e comunità politico-amministrative nelle zone montane alpine*, in *Jus*, n. 2, 1985, p. 200 ss.; ID., *Dalla parità di trattamento nelle agevolazioni per le zone montane al problema della classificazione della montagna*, in *Le Regioni*, n. 3, 1986, p. 695 ss.

²² Art. 2, c. 1, l. n. 1102 del 1971.

²³ La legge statale non disciplinava in modo uniforme le Comunità montane ma attuava un ampio rinvio alla legislazione regionale riguardo: la determinazione degli organi comunitari e della loro composizione; le norme relative alla formulazione degli Statuti; la preparazione dei piani zionali e dei programmi annuali; la disciplina dei rapporti tra Comunità ed enti operanti nel loro territorio; la determinazione dei criteri di ripartizione tra le Comunità montane dei fondi assegnati. Si sono così create realtà istituzionali diverse da Regione a Regione.

pubblico”²⁴, intermedi tra Province e Comuni²⁵, operanti nei territori montani e specificamente in zone omogenee, delimitate con legge regionale, aventi unità territoriale economica e sociale. A esse erano attribuiti importanti compiti legati alla pianificazione per lo sviluppo economico e sociale delle zone montane, essendo, peraltro, chiamate a elaborare i cd. “piani zionali di sviluppo”, nell’ambito dei piani regionali di sviluppo²⁶. Negli anni immediatamente successivi, comunque, non si riuscì ad attuare un intervento globale che, attraverso una più organica e articolata politica di programmazione, coordinata tra i vari enti coinvolti²⁷, riuscisse a far fronte, almeno in parte, ai problemi della montagna. In realtà,

²⁴ A questo proposito, si ricorda che sulla natura delle Comunità montane, così come era delineata dalla legge istitutiva, si aprì un’intensa discussione in dottrina, dato che quest’ultima si limitava a definire le stesse come “enti di diritto pubblico”. L’opinione prevalente, tuttavia, era quella di considerare le Comunità montane come enti locali, sostanzialmente assimilabili ai Comuni e alle Province, aventi natura politica nell’ambito delle proprie dimensioni territoriali. Si cfr., in tal senso: A. ORSI BATTAGLINI — D. SORACE, *Contributo all’individuazione degli altri enti locali di cui all’art. 57 c. 2 dello Statuto della Regione Toscana e all’art. 118 c. 3 della Costituzione*, in *Foro amm.*, III, 1971, p. 550 ss.; C. DESIDERI, *La nuova legge sulla montagna*, cit., p. 423; Id., *Montagna (legislazione e amministrazione)*, cit., p. 878 ss.; F. TERESI, *Profilo giuridico delle Comunità montane*, Palermo, 1975, p. 55; F. D’ONOFRIO, *Le Comunità montane nel processo di riassetto dei poteri locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1976, p. 1582; M. NIGRO, *Gli enti pubblici come dimensione territorialmente definita: problemi vecchi ed esperienze nuove*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 1976, pp. 533-536; E. DALFINO, *Le Comunità montane nel sistema dei poteri locali*, Bari, 1983, pp. 27, 33, 86; M. VILLONE, *L’Associazionismo tra gli enti locali. Profili evolutivi*, in *Modelli associativi intercomunali per la gestione dei servizi*. Quad. reg. Formez, Napoli, 1984, p. 25; G.C. DE MARTIN, *Riflessioni sulla natura giuridica delle Comunità montane*, in *Studi in memoria di Bachelet V*, I, Milano, 1987, p. 227. In senso contrario, si vedano: U. POTOTSCHNIG, *Problemi giuridici della Comunità montana nel quadro delle autonomie locali*, in *Il montanaro d’Italia*, 1974, pp. 59 ss.; G. VIGNOLI, *La Comunità montana: compiti e natura*, in *Riv. dir. agr.*, n. 1, 1977, p. 242 ss.; F. PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie*, Milano, 1979, p. 550; P. VIRGA, *L’amministrazione locale*, Milano, 1991, p. 305. La natura di ente locale della Comunità montana viene ribadita a più riprese anche dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Cost., sent. 10 ottobre 1983, n. 307, in *Giur. Cost.*, 1983, p. 1926 e, dopo la l. n. 142 del 1990, sent. 19 dicembre 1991, n. 476, in *Giur. Cost.*, 1991, p. 3859 ss.).

²⁵ L’individuazione dei territori in zone omogenee, effettuata sulla base della classificazione dei territori montani determinati dalla l. n. 991 del 1952, veniva affidata alla legge regionale, previa intesa con i Comuni interessati. Sulle Comunità montane, così come disciplinate dalla legge del 1971, oltre agli autori già richiamati, si vedano: A. ABRAMI, *I poteri delle Comunità montane nella nuova legge della montagna*, in *Riv. dir. agr.*, n. 4, 1973, p. 651 ss.; C. BELTRAME, *Un nuovo modello di governo. Le Comunità montane*, in *Esperienze amministrative*, n. 2, 1973, p. 29 ss.; S. CASSESE, *Crisi dei poteri locali e Comunità montane*, in *Le Comunità montane (FORMEZ), Quaderni regionali*, n. 2, Napoli, 1973; A. CONZATTI, *Le Comunità montane quali soggetti della programmazione*, in *Le Regioni*, nn. 4/5, 1973, p. 934 ss.; P. CARETTI, *Comunità montane e urbanistica*, in *Riv. dir. agr.*, n. 3, 1974, p. 654 ss.; E. CHELI — C. MAUCERI, *Comunità montane e vincoli forestali*, ivi, p. 664 ss.; E. GRASSI, F. MERUSI, *La Comunità montana nel quadro delle autonomie locali*, in *Riv. dir. agr.*, n. 3, 1974, p. 623 ss.; S. MERLINI, *Le Comunità montane nel processo di formazione e di attuazione della programmazione economica*, ivi, p. 632 ss.; F. MERUSI, *Verso la “ricomposizione” dei poteri locali: la Comunità montana*, in *Ec. pubb.*, n. 4, 1974, p. 21 ss.; G. MORBIDELLI — A. RAGAZZINI, *Comunità montane e consorzi di bonifica*, in *Riv. dir. agr.*, n. 1, 1974, p. 679 ss.; G. VIGNOLI, *Comunità montana: compiti e natura*, cit., p. 242; A. GERMANÒ, voce *Comunità montane*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, 1988, Torino, p. 200; G.C. DE MARTIN, *Comunità montane*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, p. 267. Si consentito rinviare, inoltre, a G. MARCHETTI, *Le Comunità montane nell’ordinamento attuale: considerazioni e prospettive*, in *Amm. it.*, nn. 7-8, 2000, p. 1043 ss.

²⁶ Art. 2, c. 2, l. n. 1102 del 1971. Sulla programmazione dei territori montani, si veda: G.G. DELL’ANGELO, *Le procedure di programmazione per la montagna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1972, p. 433 ss.;

²⁷ In proposito, C. DESIDERI, *Art. 44*, cit., sottolinea che la legge del 1971, da un lato, «istituisce (...) un nuovo soggetto disponendone l’inserimento in un sistema di programmazione che coinvolge la Regione e lo Stato» ma, dall’altro, lascia intatti i rapporti istituzionali tra questi.

anche dopo la legge del 1971, fu mantenuto il tradizionale sistema di intervento settoriale e assistenziale nelle zone montane²⁸.

La terza e ultima legge organica per la montagna, la legge 31 gennaio 1994, n. 97²⁹, ancora in vigore, si inserisce in una nuova ottica: le politiche di sviluppo per la montagna non si limitano più a prevedere interventi di tipo assistenziale, al fine di superare gli squilibri rispetto alle altre zone urbane o di pianura, bensì mirano a valorizzare, oltre le specificità del suo territorio, anche le potenzialità dello stesso. Sono, infatti, previsti interventi differenziati, volti a uno sviluppo globale della montagna, attraverso la promozione delle attività economiche e la tutela e la valorizzazione dell'ambiente. Gli interventi previsti dalla legge riguardano, nello specifico: la valorizzazione dei beni agro-silvo-pastorali in proprietà collettiva indivisibile e inusucapibile³⁰; la tutela delle aziende agricole montane e la tutela ambientale³¹; lo sviluppo delle attività produttive e l'incremento delle risorse nei territori montani, al fine di aumentare l'occupazione e di frenare, in questo modo, la tendenza allo spopolamento degli stessi³²; la previsione di incentivi e benefici, non solo per evitare l'esodo ma anche per favorire l'insediamento in zone montane³³; la previsione di interventi, sempre finalizzati a fermare l'esodo dalle zone montane, diretti al miglioramento delle condizioni di vita degli abitanti delle stesse, attraverso un potenziamento dei servizi locali. Al fine di realizzare tali interventi, la legge ha istituito un Fondo nazionale per la montagna³⁴, che eroga risorse finanziarie da ripartire tra le Regioni e le Province autonome, riconoscendo, comunque, la possibilità, per queste ultime, di istituire propri fondi per la montagna. Per altro verso, inoltre, la legge del 1994 ha previsto, per la sua realizzazione, il coinvolgimento di diversi soggetti istituzionali: sono attribuite importanti funzioni alle Regioni — le quali dispongono, come si è visto, di un Fondo nazionale per la montagna — ai Comuni ma, soprattutto, alle Comunità montane. Queste ultime assumono un ruolo importante per lo sviluppo della montagna: vengono, infatti, potenziati i loro compiti, sia in

²⁸ In merito al sistema degli interventi delineato dalla legge n. 1102 del 1971, C. CESIDERI, *Montagna (legislazione e amministrazione)*, cit., p. 894 ss., parla di una «doppia anima» della legge, evidenziando come «accanto ad un'anima programmatica, la legge mantiene (...) l'anima tradizionalmente settorialistica e assistenzialistica dell'intervento nei territori montani».

²⁹ Contenente «Nuove norme per le zone montane», sulla quale si vedano: A. ABRAMI, *Una nuova legge sulla montagna*, in *Dir. giur. agr. amb.*, n. 1, 1994, p. 471; L. COSTATO (a cura di), *La nuova legge sulle zone montane*, Milano, 1995; G.C. DE MARTIN, *Finalità della legge*, ivi, p. 3 ss.

³⁰ Art. 3, l. n. 97 del 1994.

³¹ Artt. 4, 5, 6 e 7, l. n. 97 del 1994.

³² Artt. 16, 17 e 13, l. n. 97 del 1994.

³³ Artt. 10 e 19, l. n. 97 del 1994.

³⁴ Presso il Ministero del bilancio e della programmazione economica.

relazione alla gestione dei servizi sul territorio³⁵ che allo sviluppo dei settori produttivi³⁶. La legge del 1994, pur avendo il merito di avere in parte superato il modello dell'intervento assistenziale nelle zone montane, presenta, tuttavia, alcuni limiti. I limiti principali derivano dalle disposizioni che prevedono: una sovrapposizione delle competenze relative alla pianificazione socio-economica, che presuppone un coordinamento tra Stato, Regioni, autonomie locali ed altri enti³⁷ che spesso, però, è mancato; la tradizionale prospettiva di valorizzazione della montagna³⁸; l'indeterminatezza, in alcuni casi, dei soggetti ammissibili a determinate forme di finanziamento che ha talora permesso di ammettervi qualsiasi soggetto pubblico o privato, secondo una "logica dei finanziamenti a pioggia"³⁹. Pertanto, la legge del 1994 si è dimostrata, da subito, inadeguata a rispondere alle esigenze di sviluppo e valorizzazione dei territori montani. Essa, per di più, è rimasta in gran parte inattuata⁴⁰. Ciò nonostante, le proposte di una sua modifica non sono mai state approvate.

3.2. La legislazione recente che riguarda "anche" i territori montani

Successivamente alla legge del 1994, si chiude il periodo delle leggi organiche per lo sviluppo delle zone montane e si apre una nuova stagione, in cui, purtroppo, il legislatore sembra essersi dimenticato dell'esistenza in Costituzione di una norma sulla montagna.

In primo luogo, manca una nuova legge che affronti in maniera organica lo sviluppo dei territori montani, essendo la legge del 1994 — che, peraltro, presentava, fin dalle sue origini, come si è visto, alcuni limiti — oramai del tutto inadeguata a rispondere alle trasformazioni socio-culturali e alle innovazioni

³⁵ L'art. 11 della l. n. 97 del 1994 impegna le Comunità montane alla promozione dell'esercizio associato di funzioni e servizi comunali, con particolare riguardo ai seguenti settori: servizi di supporto alle attività istituzionali dei Comuni; raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani; trasporto locale; polizia municipale; realizzazione di strutture assistenziali per anziani; realizzazione di strutture sociali di orientamento e di formazione per i giovani; realizzazione di opere pubbliche che interessano il territorio.

³⁶ L'art. 9 della l. n. 97 del 1994 riconosce alle Comunità montane un importante ruolo di gestione e promozione del patrimonio forestale.

³⁷ In realtà, una delle cause della parziale attuazione della legge è da ravvisare proprio nella mancanza di uno spirito di collaborazione tra i livelli di governo e i vari enti coinvolti nell'attività di pianificazione, che ha reso difficile, se non addirittura impossibile, la realizzazione delle azioni dirette allo sviluppo globale della montagna.

³⁸ Viene, infatti, confermato il tradizionale ruolo privilegiato delle Comunioni familiari e, in generale, delle organizzazioni montane, nello sviluppo della montagna (art. 3, l. n. 97 del 1994).

³⁹ È di questo avviso A. ABRAMI, *Lo sviluppo delle aree montane nella l. 31 gennaio 1994, n. 97*, in *Le Regioni*, n. 4, 1994, p. 1072.

⁴⁰ Sono rimasti privi di una concreta attuazione, ad esempio, gli artt. 4, 5, 6 (che tentavano di garantire la conservazione dell'azienda agricola, di favorire l'acquisto della proprietà da parte degli eredi coltivatori e di mantenere in vita l'usucapione speciale dei fondi rustici) e l'art. 13 della legge, finalizzato all'accesso dei giovani alle attività agricole, attraverso facilitazioni nelle operazioni di acquisto di terreni da parte di coltivatori diretti dei Comuni montani in età compresa tra i 18 e i 40 anni.

normative che sono intervenute nel tempo, dalla riforma costituzionale del Titolo V, parte seconda, Cost., del 2001, alla legge 7 aprile 2014, n. 56, di riordino del sistema degli enti territoriali (la cd. Delrio)⁴¹.

In secondo luogo, i recenti provvedimenti che hanno come oggetto i territori montani prevedono interventi che, a differenza del passato, non considerano più questi ultimi in maniera specifica e autonoma, rispetto ad altri territori, in ragione delle loro specialità e potenzialità, oltre che della loro rilevanza costituzionale. Si tratta di interventi che riguardano “anche” i territori montani ma questi ultimi sono considerati in ambiti territoriali diversi che, pur rientrando tra quelli disagiati, presentano problematiche e caratteristiche non sempre coincidenti. Si è quindi passati da una disciplina di leggi organiche sulla montagna, che consideravano quest’ultima proprio per le sue peculiarità e potenzialità, a una disciplina di interventi settoriali che possono incidere anche, ma non solo, sui territori della stessa⁴². Rientrano in questo quadro, ad esempio: la Strategia nazionale delle “aree interne”, gli interventi relativi alle “aree montane e rurali” e dei “piccoli Comuni”.

3.2.1. La montagna nella Strategia nazionale per le aree interne e in quella per le “Green Community”

Nella Strategia nazionale per le aree interne (SNAI) del 2012, ai fini della programmazione dei fondi comunitari per gli anni 2014-2020, si considerano le “aree interne” come parti del territorio distanti dai centri urbani e dai servizi e con uno sviluppo instabile. È stata così avviata un’azione finalizzata a valorizzare le aree interne che sono state, progressivamente, poste in una condizione di marginalizzazione, dovute a un calo demografico, alla disoccupazione o alla mancanza di servizi essenziali (sanità, istruzione e mobilità, connettività virtuale, ecc.)⁴³. Aree interne che sono diverse da quelle montane, anche se talora vi può essere una parziale sovrapposizione. Mentre il concetto di area interna si riferisce ad aspetti socioeconomici (soprattutto, come si è visto, relativamente alla posizione di svantaggio che deriva dalla

⁴¹ Recante “Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di Comuni”, sulla quale si vedano, almeno: F. FABRIZI — G.M. SALERNO, *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Napoli, 2014; S. MANGIAMELI, *Considerazioni sul Disegno di legge AS/1212, recante: “Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni”*, in www.issirfa.cnr.it, Studi e interventi, 2014; F. PIZZETTI, *La riforma degli enti territoriali. Città metropolitane, nuove Province e Unione di Comuni*, Milano, 2015.

⁴² Al riguardo, si vedano le considerazioni di C. LOSAVIO — G. PERNICIARO (a cura di), *Analisi della normativa inerente ai territori montani*, 2017, reperibile su www.issirfa.cnr.it/download/.../losavio-perniciaro-rapporto-def-genn2018.pdf, p. 39 ss.

⁴³ Gli indirizzi operativi della Strategia sono stati successivamente approvati con delibera 28 gennaio 2015, n. 9 del CIPE. Si cfr., sul tema: R. CAGLIERO — A. CORSI, *La montagna e le aree interne: introduzione al tema*, in *Agriregionieuropa*, n. 34, 2013, p. 1 ss.; F. MANTINO, *La montagna e le aree interne tra passato e futuro. Una sfida per le politiche 2014-2020*, in *RRN Magazine*, n. 6, 2013, p. 10 ss.; F. MONACO — W. TORTORELLA (a cura di), *I Comuni della Strategia Nazionale Aree Interne*, volume Fondazione IFEL, 2015, p. 12; G.P. BOSCARIOL, *La strategia per le aree interne quale strumento di sviluppo dei territori montani*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, n. 3, 2017, p. 675 ss.

lontananza dai centri di offerta dei servizi essenziali), il concetto di montagna, invece, è legato ad aspetti morfologici e fisici che derivano dall'altitudine⁴⁴. In realtà, è montano solo il 65% del territorio considerato “periferico” o “ultraperiferico”⁴⁵. Pertanto, in occasione della programmazione dei fondi comunitari (FESR, FSE, FEASR e FEAMP), non vi è stata una seria riflessione sulla necessità di intraprendere una politica per la montagna, ignorando, in questo modo, l'art. 44 Cost⁴⁶.

Per altro verso, poi, la legge 28 dicembre 2015, n. 221⁴⁷ ha, tra l'altro, affidato al Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie il compito di predisporre una “Strategia nazionale delle *Green communities*” destinata alle aree rurali e montane. Si tratta di una strategia avente l'obiettivo di potenziare il valore dei territori rurali e di montagna che «intendono sfruttare in modo equilibrato le risorse principali di cui dispongono, tra cui in primo luogo acqua, boschi e paesaggio, e aprire un nuovo rapporto sussidiario e di scambio con le comunità urbane e metropolitane, in modo da poter impostare, nella fase della *green economy*, un piano di sviluppo sostenibile non solo dal punto di vista energetico, ambientale ed economico» in una serie di campi definiti dalla legge stessa⁴⁸. La legge attribuisce alle Regioni e alle Province autonome la possibilità di disciplinare, con proprie leggi, le modalità, i tempi e le risorse con cui attuare la Strategia nazionale sul proprio territorio. Anche in questo caso, dunque, la montagna non è considerata per le sue specificità ma è inserita nel più ampio contesto delle “aree montane e rurali”⁴⁹.

⁴⁴ Si vedano, al riguardo, S. LUCATELLI — P. SALEZ, *La dimensione territoriale nel prossimo periodo di programmazione*, in *Agriregionieuropa*, n. 31, 2012, p. 1 ss.; G. DEMATTEIS, *Montagna e aree interne nelle politiche di coesione territoriale italiane ed europee*, in *Territorio*, n. 66, 2013, p. 7 ss.

⁴⁵ Come sottolinea G. DEMATTEIS, *La montagna nella strategia per le aree interne 2014-2020*, in *Agriregionieuropa*, n. 34, 2013, p. 3.

⁴⁶ Sull'argomento, si veda, G.P. BOSCARIOL, *La strategia per le aree interne quale strumento di sviluppo dei territori montani*, cit., p. 701, il quale ritiene che «La Strategia nazionale per le aree interne rappresenta sicuramente un cambio epocale di metodo negli interventi a sostegno ai territori montani» in quanto «si è cercato di individuare scientificamente quei territori i cui abitanti non beneficiano di un livello di servizi essenziali (...) analogo a quello degli altri cittadini (...)».

⁴⁷ Recante “Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy*”.

⁴⁸ Nei seguenti campi: a) gestione integrata e certificata del patrimonio agro-forestale, anche tramite lo scambio dei crediti derivanti dalla cattura dell'anidride carbonica, la gestione della biodiversità e la certificazione della filiera del legno; b) gestione integrata e certificata delle risorse idriche; c) produzione di energia da fonti rinnovabili locali, quali i microimpianti idroelettrici, le biomasse, il biogas, l'eolico, la cogenerazione e il biometano; d) sviluppo di un turismo sostenibile, capace di valorizzare le produzioni locali; e) costruzione e gestione sostenibile del patrimonio edilizio e delle infrastrutture di una montagna moderna; f) efficienza energetica e integrazione intelligente degli impianti e delle reti; g) sviluppo sostenibile delle attività produttive (*zero waste production*); h) integrazione dei servizi di mobilità; i) sviluppo di un modello di azienda agricola sostenibile che sia anche energeticamente indipendente attraverso la produzione e l'uso di energia da fonti rinnovabili nei settori elettrico, termico e dei trasporti.

⁴⁹ Si veda, sull'argomento, C. DESIDERI, *La montagna nella legislazione italiana: dagli interventi di settore alla tutela del paesaggio - Mountains in Italian Legislation: from Policies Concentrated on Specific Subject Matters to Landscape Protection*, in *Agr. ist. merc.*, n. 1, 2014, p. 9 ss.

3.2.2. La montagna nella legge sui piccoli Comuni

Recentemente, poi, è stata approvata la legge 6 ottobre 2017, n. 158⁵⁰, avente ad oggetto il sostegno e la valorizzazione dei piccoli Comuni, in grado di incidere, sia indirettamente che direttamente, sui territori montani. La legge prevede interventi per sostenere lo sviluppo economico dei piccoli Comuni⁵¹, al fine di frenare il calo demografico che si è avuto negli ultimi decenni, favorendo la permanenza negli stessi, tutelando e valorizzando il patrimonio naturale, rurale, storico-culturale e architettonico e potenziando il sistema dei servizi essenziali⁵².

L'intervento più significativo della legge consiste nell'istituzione di un Fondo per lo sviluppo strutturale, economico e sociale dei piccoli Comuni: fondo destinato al finanziamento di investimenti diretti alla tutela dell'ambiente e dei beni culturali, alla mitigazione del rischio idrogeologico, alla salvaguardia e alla riqualificazione urbana dei centri storici, alla messa in sicurezza delle infrastrutture stradali e degli istituti scolastici nonché alla promozione dello sviluppo economico e sociale e all'insediamento di nuove attività produttive⁵³. Possono beneficiare dei finanziamenti concessi attraverso tale fondo i piccoli Comuni che rientrano in una delle tipologie elencate, tra i quali: i Comuni con problemi di dissesto idrogeologico, di disagio economico-sociale, carenza di servizi essenziali e spopolamento, nonché le unioni di Comuni montani e i Comuni rientranti nelle aree periferiche e ultraperiferiche, come individuate nella Strategia nazionale per lo sviluppo delle aree interne del Paese.

La legge contempla, altresì, misure specifiche per i piccoli Comuni rientranti nelle aree interne, rurali e montane. Si tratta di misure finalizzate a potenziare una serie di servizi che riguardano: la diffusione delle

⁵⁰ Contenente "Misure per il sostegno e la valorizzazione dei piccoli Comuni, nonché disposizioni per la riqualificazione e il recupero dei centri storici dei medesimi Comuni".

⁵¹ Comuni con popolazione residente fino a 5.000 abitanti o costituiti a seguito di fusione tra Comuni aventi ciascuno popolazione fino a 5.000 abitanti.

⁵² Art. 1, l. n. 258 del 2017.

⁵³ Il Fondo "per lo sviluppo strutturale, economico e sociale dei piccoli Comuni" ha una dotazione di 10 milioni di euro per il 2017 e di 15 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2018 al 2023 (art. 3). Ai fini dell'utilizzo delle risorse del fondo, è prevista la predisposizione di un "Piano nazionale per la riqualificazione dei piccoli Comuni", adottato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, che assicura priorità ai seguenti interventi: a) qualificazione e manutenzione del territorio, mediante recupero e riqualificazione di immobili esistenti e di aree dismesse, nonché interventi volti alla riduzione del rischio idrogeologico; b) messa in sicurezza e riqualificazione delle infrastrutture stradali e degli edifici pubblici, con particolare riferimento a quelli scolastici e a quelli destinati ai servizi per la prima infanzia, alle strutture pubbliche con funzioni socio-assistenziali e alle strutture di maggiore fruizione pubblica; c) riqualificazione e accrescimento dell'efficienza energetica del patrimonio edilizio pubblico, nonché realizzazione di impianti di produzione e distribuzione di energia da fonti rinnovabili; d) acquisizione e riqualificazione di terreni e di edifici in stato di abbandono o di degrado, anche al fine di sostenere l'imprenditoria giovanile per l'avvio di nuove attività turistiche e commerciali volte alla valorizzazione e alla promozione del territorio e dei suoi prodotti; e) acquisizione di case cantoniere e del sedime ferroviario dismesso; f) recupero e riqualificazione urbana dei centri storici, anche ai fini della realizzazione di alberghi diffusi; g) recupero di beni culturali, storici, artistici e librari; h) recupero dei pascoli montani, anche al fine di favorire la produzione di carni e di formaggi di qualità.

infrastrutture in banda ultralarga e programmi di *e-government*⁵⁴; l'utilizzo dei servizi postali per l'effettuazione di pagamenti; il consumo e la commercializzazione dei prodotti agricoli e alimentari provenienti da filiera corta o a chilometro utile; servizi di trasporto e istruzione⁵⁵.

È inoltre previsto che i Piccoli comuni esercitino in forma associata, mediante unione di Comuni o unione di Comuni montani, le funzioni di programmazione in materia di sviluppo socio-economico e quelle che riguardano l'impiego delle risorse finanziarie, anche derivanti dai fondi strutturali dell'Unione europea⁵⁶. Quel che appare evidente, anche in questo provvedimento, è che i territori montani sono oggetto di interventi non in relazione alla loro specificità ma piuttosto come territori che, al pari di altri, presentano particolari problematiche. In proposito, appare curioso che nell'ultima versione della legge, che risulta dalla riunificazione di più disegni di legge su questo tema, sia stato eliminato il riferimento esplicito ai territori montani che era, invece, presente, in uno dei primi disegni di legge⁵⁷. Ciò dimostra, ulteriormente, che la montagna oramai non è più presa in considerazione dal legislatore in maniera specifica e autonoma, rispetto ad altre zone disagiate, ma inserita, come si è visto, in provvedimenti che riguardano aree e territori che assumono una diversa connotazione, anche se possono talora coincidere con i territori montani.

Si è, pertanto, assistito progressivamente a una perdita di “specificità” della montagna — prevista dalla Costituzione rispetto ad altri territori — presente, invece, nelle prime leggi organiche sopra esaminate, in cui essa era considerata un settore particolare della politica di sviluppo e tutela del territorio; politica dotata di autonomia rispetto alle politiche relative ad altri territori disagiati o economicamente depressi⁵⁸.

⁵⁴ I piccoli Comuni, nelle aree in cui non vi è interesse da parte degli operatori a realizzare reti per la connessione veloce e ultraveloce, possono beneficiare delle misure (previste dalla deliberazione del CIPE n. 65 del 2015) per le aree a fallimento di mercato in attuazione della Strategia italiana per la banda ultralarga. Inoltre, è prevista, nell'accesso ai finanziamenti pubblici per la realizzazione dei programmi di *e-government*, la priorità ai piccoli Comuni, anche in forma associata (art. 8).

⁵⁵ Con particolare riferimento ai servizi di trasporto e di istruzione, la legge prevede: la predisposizione di un Piano per l'istruzione, per il collegamento dei plessi scolastici ubicati in tali aree, l'informatizzazione e la progressiva digitalizzazione delle attività didattiche e amministrative; l'individuazione, nell'ambito del Piano Generale dei Trasporti e della Logistica (PGTL) e dei Documenti Pluriennali di Pianificazione (DPP), di apposite azioni volte al miglioramento delle reti infrastrutturali, al coordinamento tra i servizi, pubblici e privati, finalizzati al collegamento tra i Comuni delle aree rurali e montane e tra questi e i Comuni capoluogo di Provincia e Regione (art. 15).

⁵⁶ Art. 13, l. n. 258 del 2017.

⁵⁷ Cfr. AC 65 “Misure per il sostegno e la valorizzazione dei Comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti e dei territori montani e rurali, nonché disposizioni per la riqualificazione ed il recupero dei centri storici”, già presentato nel 2013 e, successivamente, confluito in un nuovo testo unificato.

⁵⁸ Su questi temi, in generale, si vedano: A. MASSARUTTO (a cura di), *Politiche per lo sviluppo sostenibile della montagna*, Milano, 2008; G. CERIA — M. MARCANTONI (a cura di), *La montagna perduta. Come la pianura ha condizionato lo sviluppo italiano*, Milano, 2016.

4. La legislazione statale sulla *governance* dei territori montani

Si inseriscono nella tendenza a trascurare la “specificità” della montagna anche i provvedimenti che riguardano la *governance* dei relativi territori⁵⁹.

4.1. La disciplina delle Comunità montane e la loro crisi

Emblematiche, in tal senso, sono le vicende legate alle Comunità montane.

4.1.1. Il mutamento della natura e del ruolo delle Comunità montane: dalla legislazione degli anni Settanta al T.U.E.L del 2000

Le Comunità montane, originariamente — dagli anni Settanta fino alla fine degli anni Novanta — configurate come enti di *governance* del territorio montano, con compiti di programmazione per il loro sviluppo economico-sociale e di gestione di funzioni per la tutela e la promozione della montagna, proprio in ragione delle particolarità di quest’ultima, assumono, progressivamente, una diversa connotazione. A seguito delle disposizioni contenute nella legge 3 agosto 1999, n. 265⁶⁰, confermate dal d. lg. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.)⁶¹, le Comunità montane non vengono più qualificate (come nella l. n. 142 del 1990) come enti locali, ma come unioni di Comuni, nonostante le profonde differenze che caratterizzano i due organismi⁶². Ciò comporta una penalizzazione del loro ruolo originario, legato alle peculiarità delle zone montane: da enti di *governance* di tali zone diventano, sostanzialmente, enti finalizzati all’esercizio associato delle funzioni, attraverso l’unione di Comuni. Previsione che non appare in linea con il dettato costituzionale, che sembrerebbe richiedere, invece, appositi enti finalizzati alla *governance* delle zone montane, in ragione delle specificità delle stesse.

4.1.2. Le Comunità montane dopo la riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione e le manovre finanziarie del Governo Monti

⁵⁹ Si veda, in proposito, C. LOSAVIO, *La governance dei territori montani, un problema ancora aperto*, in *SLM-Sopra il Livello del Mare*, n. 32, 2007, p. 14 ss.

⁶⁰ Recante “Disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli enti locali, nonché modifiche alla legge 8 giugno 1990, n. 142”.

⁶¹ “Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali” che abroga, tra l’altro, la legge n. 142 del 1990.

⁶² Sulla disciplina delle Comunità montane contenuta nel T.U.E.L. si vedano: L. VANDELLI — E. BARUSSO, *Commento all’art. 27 del d. lgs. n. 267/2000*, in L. VANDELLI (a cura di), *Commenti al T.U. sull’ordinamento delle autonomie locali*, I, *Autonomie locali: disposizioni generali. Soggetti*, Maggioli, Rimini, 2004, p. 839 ss.; E. MAGGIORA, *Commento all’art. 27*, in AA.VV., *Testo unico degli enti locali*, coordinato da V. ITALIA, I, I, Milano, p. 341 ss. Sia consentito, inoltre, rinviare a G. MARCHETTI, *Le Comunità montane nel nuovo testo unico degli enti locali*, in *Nuova rass. leg. dott. gurr.*, n. 15, 2005, p. 1637 ss.

Successivamente — nonostante la Corte costituzionale, a seguito della legge di riforma del Titolo V del 2001, ha ammesso la possibilità di continuare a prevedere nel nostro ordinamento le Comunità montane, rimettendo la relativa disciplina alla competenza regionale⁶³ — la grave crisi economico-finanziaria ha portato all'approvazione di provvedimenti che le hanno fortemente penalizzate⁶⁴. Si inseriscono in questo

⁶³ Definendole come un “caso speciale di unione di comuni, create in vista della valorizzazione delle zone montane”. In tal senso, Corte cost., sentt. nn. 229 del 2001, 244 e 456 del 2005, 397 del 2006, 237 del 2009, 27 e 326 del 2010 e 91 del 2011. Sull'argomento, si vedano: G. DI POFI — A. TERREZZA, *Lo sviluppo delle Comunità montane e il loro rapporto con la legislazione regionale*, in *Amm. it.*, n. 4, 2003, p. 492 ss.; M. GIORDANO, *L'ordinamento delle Comunità montane spetta alla potestà legislativa esclusiva delle Regioni*, in *Giust. amm.*, n. 6, 2005, p. 1266 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sul fondamento (o sulla mancanza di fondamento) costituzionale delle Comunità montane, nota a Corte Cost. n. 244 del 2005*, in *Giur. Cost.*, II, 2005, p. 2120 ss.; G. SCIULLO, *L'ordinamento degli enti locali e la competenza legislativa regionale (Nota a C. Cost. 24 giugno 2005, n. 244)*, in *Gior. dir. amm.*, n. 10, 2005, p. 1035 ss.; T. GIUPPONI, *Le Comunità montane tra legislazione statale, legislazione regionale e autonomia locale: il regime delle incompatibilità*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 2006, p. 544 ss.; C. MAINARDIS, *Regioni e Comunità montane, tra perimetrazione delle materie e "controllo sostitutivo" nei confronti degli organi*, *ivi*, n. 1, 2006, p. 122 ss.; P. VIPIANA, *In margine a due recenti sentenze della Corte costituzionale sulle Comunità montane: commento congiunto delle sentenze nn. 244 e 456 del 2005*, in *Quad. reg.*, n. 3, 2006, p. 699 ss.; M. MENGOZZI, *I poteri sostitutivi regionali rispetto agli organi delle Comunità montane. Osservazioni alla sentenza n. 397/2006*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2006, p. 4197 ss.; F.M. NURRA, *Le comunità montane nell'ordinamento regionale tra incertezze, valorizzazione e ridimensionamento*, in *Nuova rass. leg. dott. giur.*, n. 11, 2006, p. 1397 ss.; R. DICKMANN, *La Corte precisa i limiti dei controlli sostitutivi delle Regioni sulle Comunità montane (nota a Corte cost., 1° dicembre 2006, n. 397)*, in *federalismi.it*, n. 1, 2007; E.C. RAFFIOTTA, *A proposito di poteri sostitutivi esercitati nei confronti delle Comunità montane: davvero non c'è spazio per la leale collaborazione?*, in *Le Regioni*, nn. 3-4, 2007, p. 577 ss.; G.C. DE MARTIN — M. DI FOLCO, *Un orientamento opinabile della giurisprudenza costituzionale in materia di comunità montane*, in *Giur. cost.*, n. 4, 2009, p. 2970 ss.; S. MUTTONI, *Punti fermi in tema di Comunità montane? Prime note a Corte cost., sent. 24 luglio 2009, n. 237*, in *Dir. Reg.*, nn. 3-4, 2009, p. 247 ss.; F. NAVARO — *Riordino delle Comunità montane tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Nuova rass. leg. dott. giur.*, n. 21, 2009, p. 2262 ss.; F. RINALDI, *Quando è preferibile pareggiare la partita invece di vincerla. La sent. 237/2009 della Corte costituzionale in tema di Comunità montane*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 ottobre 2009, in www.forumcostituzionale.it; ID., *L'incoerenza del legislatore si ferma sul muro della Corte. La sent. 326/2010 in tema di Comunità montane*, *ivi*, 24 agosto 2011; A. STERPA, *Dai 'principi fondamentali' agli 'indicatori': nuove dinamiche nei rapporti tra legge statale e legge regionale. Osservazioni a prima lettura a Corte cost., sent. 24 luglio 2009, n. 237*, in *federalismi.it*, n. 17, 2009; G. DI COSIMO, *C'erano una volta le materie residuali (nota a sent. 237/2009)*, in *Le Regioni*, n. 3, 2010, p. 616 ss.; L. GORI, *L'eterno ritorno delle comunità montane: un'altra pronuncia della Corte costituzionale e le ulteriori novità legislative*, in *Riv. dir. agr.*, n. 1, 2010, p. 19 ss.; N. VICECONTE, *Comunità montane e Corte costituzionale: nuovi nodi da sciogliere?*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010.

⁶⁴ Sulle Comunità montane, dopo la riforma del Titolo V, si vedano, tra i tanti: C.L. KUSTERMANN, *L'inquadramento delle Comunità montane prima e dopo la legge costituzionale 3/2001*, in *Reg. com. loc.*, n. 5, 2002, p. 37 ss.; F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 2002, p. 409 ss.; P. VIPIANA, *Le Comunità montane alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Atti del Convegno UNCEM "Il ruolo delle Comunità montane liguri"*, Savona, 16 aprile 2004; V. CERULLI IRELLI, *Le Comunità montane, Relazione al Convegno UNCEM, Roma, 29 settembre 2005*, in *UNCEM Notizie*, n. 23, 2005; S. MANGIAMELI, *Titolo V, ordinamento degli enti locali e Comunità montane*, in *Giur. Cost.*, n. 3, 2005, p. 2122 ss.; M. PETRULLI, *Brevi osservazioni sui rapporti tra Regioni e Comunità montane*, in *Nuova rass. leg. dott. giur.*, n. 5, 2005, p. 1678 ss.; D. FOLZANI, *Quale futuro per le comunità montane?*, in *Nuova rass. leg. dott. giur.*, n. 4, 2006, p. 362 ss.; G. SOLA, *Le Comunità montane ed isolate tra Tuel e riforma del Titolo V*, in *Quad. reg.*, n. 3, 2006, p. 755 ss.; I. NICOTRA — G. BELFIORE, *Comunità montane: costo o risorsa?*, in *federalismi.it*, n. 20, 2007; F. GABOARDI, *Le Comunità Montane*, in *Quad. amm.*, n. 1, 2008, p. 3 ss.; V. ITALIA, *Le Comunità montane*, in *Nuova rass. leg. dott. giur.*, n. 9-10, 2008, p. 1009 ss.; S. MEZZACAPO, *Sei mesi per riordinare le Comunità montane*, in *Guida dir.*, n. 7, 2008, p. 8 ss.; G. RAUSO, *Le Comunità montane sono avviate all'estinzione?*, in *Nuova rass. leg. dott. giur.*, n. 9-10, 2008, p. 1010 ss.; L. GORI, *La "via" problematica del coordinamento della finanza pubblica per il riordino (e la soppressione?) delle Comunità montane*, in *Riv. dir. agr.*, n. 3, 2009, p. 201 ss.; S. PIAZZA, *Alle origini delle Comunità montane: cenni ricostruttivi alla luce del dibattito sul loro destino*,

contesto: la legge finanziaria per il 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244) che imponeva alle Regioni di ridurre la spesa pubblica attraverso il riordino delle proprie Comunità montane⁶⁵; il d.l. n. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133) che riduceva notevolmente l'ammontare del Fondo statale di finanziamento delle Comunità montane⁶⁶; la legge finanziaria per il 2010 (legge 23 dicembre 2009, n. 191) che prevedeva l'interruzione dei trasferimenti erariali alle stesse; la legislazione sulla gestione associata delle funzioni fondamentali dei piccoli Comuni⁶⁷, attraverso convenzione o unione di Comuni, prevista in una serie di manovre finanziarie del Governo Monti⁶⁸. In particolare, la legislazione sulla

in *Nuova rass. leg. dott. giur.*, n. 11, 2010, p. 1145 ss.; M. DI FOLCO, *Il riordino delle Comunità montane*, in ID., *Regioni ed enti locali*, in A. D'ATENA (a cura di), *Sesto rapporto sullo stato del regionalismo in Italia*, Milano, 2011, p. 526 ss.; G. DI COSIMO, *La razionalizzazione alla prova: il caso delle comunità montane*, in *Le Regioni*, nn. 5/6, 2012, p. 913 ss.; F. PALAZZI, *Transizioni e prospettive del governo locale: verso la soppressione delle Comunità montane*, in F. BASSANINI — L. VANDELLI (a cura di), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Bologna, 2012.

⁶⁵ L'art. 2, c. 17, di tale legge, infatti, ai fini della riduzione della spesa pubblica, aveva attribuito alle Regioni il compito di riordinare la disciplina delle Comunità montane presenti sui rispettivi territori entro il 30 giugno 2008, termine poi prorogato, dal d.l. n. 97 del 2008, al 30 settembre 2008, allo scopo di ridurre di un terzo la quota del fondo ordinario con cui lo Stato finanziava le stesse. Nel comma successivo, il legislatore nazionale aveva indicato a quello regionale i principi di cui tener conto nell'introduzione della nuova disciplina, vale a dire: la riduzione del numero complessivo delle Comunità montane sulla base di indicatori fisicogeografici, demografici e socio-economici, la riduzione del numero dei componenti degli organi rappresentativi nonché delle indennità spettanti ai componenti degli stessi. Qualora le Regioni si fossero dimostrate inadempienti — continuava il c. 20 dell'art. 2 — sarebbe intervenuto lo Stato, con potere sostitutivo, a riscrivere il numero e i confini delle Comunità montane, sulla base di determinati requisiti da esso fissati. La stessa finanziaria, infatti, individuava le caratteristiche dei Comuni che avrebbero cessato di appartenere alle Comunità montane e le caratteristiche delle Comunità montane che sarebbero dovute essere soppresse. Sul tema, si vedano: S. FOÁ, *La sopravvivenza "finanziariamente condizionata" delle Comunità montane*, in *federalismi.it*, n. 2, 2008; I. NICOTRA, *Le Comunità montane secondo la legge finanziaria del 2008. Riflessioni a margine*, disponibile in www.uncem.it.

⁶⁶ Mentre la legge finanziaria n. 244 del 2007 (art. 2, c. 40) aveva attribuito al Fondo per la montagna 50 milioni di euro per gli anni 2008-2010, l'art. 76, c. 6-bis del d.l. n. 112 del 2008, prevedeva che fossero ridotti dell'importo di 30 milioni di euro per ciascuno degli anni 2009, 2010 e 2011 i trasferimenti erariali a favore delle Comunità montane e che a tale riduzione si procedesse intervenendo prioritariamente sulle Comunità che avessero un'altitudine media inferiore ai settecentocinquanta metri sopra il livello del mare.

⁶⁷ In particolare, la legge finanziaria per il 2010 (art. 2, c. 187, l. n. 191 del 2009) aveva disposto l'abolizione del Fondo di finanziamento di cui al d. lgs. n. 504 del 1992 e aveva previsto, fino all'attuazione della l. n. 42 del 2009, interventi per i Comuni che facevano parte delle Comunità. Successivamente, la Corte costituzionale, nella sent. n. 326 del 2010, ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, nella parte in cui stabiliva la cessazione del finanziamento statale alle Comunità montane tramite il fondo nazionale ordinario per gli investimenti, in ragione del fatto che ciò avrebbe lasciato privo di copertura finanziaria gli investimenti strutturali a medio e lungo termine effettuati mediante il ricorso a mutui che erano in origine garantiti dal finanziamento statale.

⁶⁸ Il d.l. 31 maggio 2010, n. 78 — convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 — ha previsto l'obbligo per i Comuni con popolazione fino a cinquemila abitanti — tremila se appartenenti o appartenuti a una Comunità montana — di esercitare in forma associata la quasi totalità delle funzioni allora considerate fondamentali, individuate in via transitoria dalla legge n. 42 del 2009, mediante unione di Comuni "ordinaria" di cui al T.U.E.L. o convenzione. Il d.l. 13 agosto 2011, n. 138 — convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 — aveva invece previsto che i Comuni con popolazione fino a 1000 abitanti, in alternativa a quanto previsto dal d.l. n. 78 del 2010 — ossia gestire in maniera associata le sole funzioni fondamentali attraverso convenzione o unione di Comuni "ordinaria" — potessero esercitare in forma associata tutte le funzioni e tutti i servizi pubblici loro spettanti mediante un'unione di Comuni speciale o mediante una o più convenzioni, che avessero durata almeno triennale e che conseguissero significativi livelli di efficacia ed efficienza nella gestione, altrimenti sarebbe subentrato

gestione associata delle funzioni fondamentali dei piccoli Comuni è emblematica della tendenza del legislatore a trascurare le esigenze e le specificità dei territori montani: le funzioni originariamente svolte dalle Comunità montane, ossia quelle legate alla tutela e valorizzazione delle aree montane, vengono attribuite alle unioni di Comuni montani, chiamate a svolgere, altresì, le funzioni espressamente indicate dalla legge, al pari delle altre unioni di Comuni che si trovano in altri territori.

Significativo, in proposito è che la Corte costituzionale, in una recente sentenza, abbia, invece, riconosciuto le peculiarità dei Comuni montani. La sent. n. 33 del 2019 ha, infatti, dichiarato l'incostituzionalità della norma⁶⁹ che prevedeva per i Comuni un obbligo generalizzato di gestione associata per tutte le funzioni fondamentali, attraverso la convenzione o l'unione di Comuni⁷⁰, anche nei casi in cui queste ultime «non sono idonee a realizzare, mantenendo un adeguato livello di servizi alla popolazione, quei risparmi di spesa che la norma richiama come finalità dell'intera disciplina». In questo contesto, tra i casi in cui l'obbligo di gestione associata potrebbe non comportare risparmi di spesa, la Corte richiama, tra gli altri, «la collocazione geografica dei confini dei Comuni (...), per esempio in quanto montani e caratterizzati da particolari “fattori antropici”, “dispersione territoriale” e “isolamento”».

I provvedimenti sopra ricordati hanno, inevitabilmente, condizionato la successiva legislazione regionale di disciplina delle Comunità montane, portando a una loro crisi in anni più recenti; si è infatti assistito — come si vedrà diffusamente di seguito — alla loro soppressione in quasi tutte le Regioni (tranne in Lombardia e Campania) e alla loro trasformazione, salvo poche eccezioni, in unioni di Comuni montani o unioni montane.

l'obbligo di ricorrere all'unione. Tali disposizioni sono state poi abrogate dalla l. 7 aprile 2014, n. 56 che prevede, tra l'altro — come si vedrà meglio di seguito — a dettare una disciplina delle unioni di Comuni. Il d.l. n. 95 del 2012 (il c.d. decreto “*Spending review*”) — convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 — nell'ottica del decreto legge del 2010, ha mantenuto l'obbligo per i piccoli Comuni dell'esercizio associato delle funzioni fondamentali ivi elencate, superando l'elencazione provvisoria prevista con la disciplina del 2009. Sull'argomento, si vedano: C. D'ANDREA, *I Comuni polvere: tra dissoluzione pilotata e salvataggio delle funzioni. Alcune note a commento dell'art. 16 della “Manovra-bis”*, in *federalismi.it*, n. 20, 2011; E. VIGATO, *Come cambia il sistema dei piccoli Comuni e delle Province in Italia?*, in *Dir. Reg.*, n. 2, 2011, p. 553 ss.; P. BILANCIA, *L'associazionismo obbligatorio dei Comuni nelle più recenti evoluzioni legislative*, in *federealimi.it*, n. 16, 2012 e *L'associazionismo obbligatorio dei Comuni*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Le autonomie della Repubblica: la realizzazione concreta*, Milano, 2013, p. 117 ss.

⁶⁹ Comma 28 dell'art. 14 del d.l. n. 78 del 2010, modificato dalla legge di conversione n. 122 del 2010, e dall'art. 16, c. 22, del d.l. n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148 e, successivamente, così sostituito dall'art. 19, c. 1, lett. b), d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 135 del 2012.

⁷⁰ Senza possibilità di «dimostrare, al fine di ottenere l'esonero dall'obbligo, che a causa della particolare collocazione geografica e dei caratteri demografici e socio ambientali, del Comune obbligato, non sono realizzabili, con le forme associative imposte, economie di scala e/o miglioramenti, in termini di efficacia ed efficienza, nell'erogazione dei beni pubblici alle popolazioni di riferimento».

4.3. Un caso isolato di disciplina della specificità delle zone montane: la possibilità di riconoscere “una particolare autonomia” ad alcune Province montane

In questo contesto, in cui vi è la tendenza, come si è finora visto, a trascurare le esigenze dei territori montani, in senso inverso sembra, invece, muoversi la legge n. 56 del 2014, che ha previsto il riconoscimento di alcune “specificità” alle Province con territorio interamente montano e confinanti con Paesi stranieri, rispetto alle altre Province⁷¹. Tale specificità si concretizza soprattutto nella possibilità per le Regioni di riconoscere a tali Province “forme particolari di autonomia” e nell’attribuzione ad esse di ulteriori funzioni fondamentali, oltre a quelle attribuite a tutte le altre Province, legate alla cura e allo sviluppo del territorio e alla gestione di servizi⁷². È altresì previsto che tali Province possano prevedere, d’intesa con la Regione d’appartenenza, la costituzione di zone omogenee per l’esercizio di specifiche funzioni⁷³.

Anche tale disciplina, tuttavia, non è propriamente volta a una valorizzazione generale delle zone montane: essa è applicabile, come si è visto, solo a quelle Province che si trovano in aree montane e che sono anche confinanti con Stati esteri e, pertanto, limitata alle tre Province di Belluno, Sondrio e Verbano Cusio Ossola.

È significativo di un atteggiamento che tende a trascurare la montagna — anche da parte del legislatore regionale — il fatto che finora la disposizione in esame della “legge Delrio” non abbia prodotto i risultati sperati. Le tre Regioni interessate, infatti, nelle loro leggi hanno dato solamente una parziale attuazione alla normativa statale⁷⁴, non riconoscendo alle Province montane interessate forme di tutela speciali, ma limitandosi, invece, a conferirle specifiche funzioni, ulteriori a quelle previste per le Province ordinarie.

⁷¹ Si veda, al riguardo, B. DI GIACOMO RUSSO, *L’organizzazione e il funzionamento della specificità montana*, in B. DI GIACOMO RUSSO — C. PERETTI — A. TARZIA (a cura di), *La riforma “Delrio”: analisi e prospettive*, Lecce, 2015, pp. 167 ss.; F. MAURI, *Le Province montane di confine e il concetto di specificità montana, tra legislazione statale e attuazione regionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 febbraio 2016, in www.forumcostituzionale.it.

⁷² Si tratta, in particolare, delle seguenti funzioni: la «cura dello sviluppo strategico del territorio e (la) gestione di servizi in forma associata in base alle specificità del territorio medesimo» e la «cura delle relazioni istituzionali con Province, Province autonome, Regioni, Regioni a statuto speciale ed enti territoriali di altri Stati, con esse confinanti e il cui territorio abbia caratteristiche montane, anche stipulando accordi e convenzioni con gli enti predetti».

⁷³ Al riguardo, si veda L. VANDELLI, *Il riconoscimento da parte delle Regioni delle peculiarità delle Province montane e di confine*, in ID. (a cura di), *Città metropolitane, Province, unioni e fusioni di Comuni*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 142, il quale sottolinea che «la possibilità di costituire zone omogenee accosta la disciplina delle Province montane e di confine a quella delle Città metropolitane, mentre le differenzia dall’ordinamento stabilito in via generale per le Province».

⁷⁴ Si cfr., al riguardo, le seguenti leggi regionali: l.r. Lombardia 8 luglio 2015 (“Riforma del sistema delle autonomie della Regione e disposizioni per il riconoscimento della specificità dei territori montani in attuazione della legge 7 aprile 2014, n. 56 (Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni)”; l.r. Piemonte 29 ottobre 2015, n. 23 (“Riordino delle funzioni amministrative conferite alle Province in attuazione della legge 7 aprile 2014, n. 56 (Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di Comuni)”; l.r. Veneto 8 agosto 2014, n. 25 (“Interventi a favore dei territori montani e conferimento di forme e condizioni particolari di autonomia amministrativa, regolamentare e finanziaria alla provincia di Belluno in

5. La legislazione statale sui finanziamenti alla montagna e l'esiguità delle risorse

Significativo dell'atteggiamento del legislatore statale a trascurare la valorizzazione della montagna è anche il taglio dei fondi ad essa dedicati e la previsione di finanziamenti piuttosto esigui.

Da un lato, i finanziamenti del Fondo ordinario per la montagna, previsto dalla legge n. 97 del 1994, determinati annualmente con legge finanziaria e ripartiti tra le Regioni, sono stati fortemente ridimensionati fino ad essere addirittura interrotti, dal 2009 al 2016, anno in cui vengono ripristinati dalla legge di stabilità (legge 28 dicembre 2015, n. 208), anche se sono da considerare, comunque, di modesta entità.

Dall'altro lato, i trasferimenti erariali in favore delle Comunità montane sono stati soppressi, come si è visto, nel 2010 determinando, come conseguenza, la sopravvivenza delle stesse solo laddove i finanziamenti regionali fossero stati sufficienti a mantenerle in vita⁷⁵.

Più in generale, poi, le risorse per la montagna sono inadeguate a far fronte alle problematiche e alle specificità delle zone montane.

Un esempio, in tal senso, è costituito dalla legge di bilancio del 2019 (legge 30 dicembre 2018, n. 145). Essa non ha provveduto ad aumentare il finanziamento del Fondo per la montagna⁷⁶, del Fondo per lo sviluppo dei piccoli Comuni⁷⁷, a differenza di quanto si era fatto l'anno precedente, e a finanziare la Strategia nazionale delle aree interne, come nelle ultime quattro leggi di bilancio. Pertanto, i finanziamenti previsti dalla recente legge di bilancio non solo rimangono inadeguati, ma sono addirittura inferiori rispetto a quelli degli ultimi anni⁷⁸.

Vi è poi un altro aspetto da non trascurare: spesso non sono stati utilizzati i fondi europei per la valorizzazione della montagna anche quando erano previsti. Ed invero, nei territori di montagna è stata effettivamente spesa una parte esigua di Fondi strutturali. Ciò è in parte dipeso dal fatto che spesso sono proprio gli enti che si trovano nelle zone montane a non avere personale qualificato, data anche la scarsità

attuazione dell'articolo 15 dello Statuto del Veneto"). Nel caso del Veneto già lo Statuto del 2012 aveva conferito alla Provincia di Belluno "forme e condizioni particolari di autonomia amministrativa, regolamentare e finanziaria" (art. 15, c. 5).

⁷⁵ Cfr. A.S. DI GIROLAMO, *L'ordinamento locale*, in G. GARDINI — L. VANDELLI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Rimini, 2013, p. 203 ss.

⁷⁶ Rimasto di soli 10 milioni di euro.

⁷⁷ Aumentato nella legge di bilancio 2018 di 60 milioni di euro per gli anni 2017-2023 (passando così da 100 a 160 milioni di euro).

⁷⁸ La legge di stabilità 2016 (legge 28 dicembre 2015, n. 208), ad esempio, aveva previsto, all'art. 1, c. 761, la somma di 5 milioni di euro per ciascuno degli anni 2016, 2017 e 2018. Contestualmente, la legge aveva disposto l'incremento di 10 milioni per il fondo a sostegno della Strategia nazionale delle aree interne (che al 90% interessa la montagna), portato complessivamente a 190 milioni di euro (16 milioni per l'anno 2015, 60 milioni per l'anno 2016, 94 milioni per l'anno 2017, 20 milioni per l'anno 2018).

di risorse di cui dispongono, in grado di elaborare progetti finalizzati alla richiesta di finanziamenti europei.

6. La legislazione regionale sui territori montani

Se, per un verso, come si è finora visto, è mancata un'efficace politica nazionale per la montagna, per altro verso, neanche a livello regionale sono state adottate significative politiche finalizzate a dare attuazione al dettato costituzionale⁷⁹. Le legislazioni regionali in favore delle zone montane, seppur profondamente differenti, non hanno consentito di rispondere alle esigenze di un loro effettivo sviluppo. E ciò vale sia per la legislazione che riguarda, in generale, la valorizzazione dei territori montani, compresa la previsione di adeguate risorse, sia per quella che attiene, invece, la *governance* degli stessi e, più in particolare, la disciplina delle Comunità montane.

6.1. La mancanza di leggi regionali organiche in favore della montagna e di adeguati finanziamenti

Solo alcune Regioni hanno una legge specifica e organica in favore dei territori montani, sostanzialmente in attuazione della legge statale n. 97 del 1994. Tra queste Regioni, alcune hanno mantenuto in vigore le disposizioni originarie (in tal senso, ad esempio, l'Abruzzo⁸⁰, la Basilicata⁸¹, la Calabria⁸², la Campania⁸³, il Friuli Venezia-Giulia⁸⁴, il Lazio⁸⁵ e la Liguria⁸⁶) mentre altre hanno introdotto una nuova normativa a seguito della riforma costituzionale del 2001 (ad esempio l'Emilia-Romagna⁸⁷, la Lombardia⁸⁸ e il Molise⁸⁹)

⁷⁹ Si vedano, al riguardo: P. MATTIUSSI, *Le politiche regionali per lo sviluppo della montagna*, in *Nuova rass. leg. dott. giur.*, n. 24, 2001, p. 2598 ss.; S. PIAZZA, *Oltre le Comunità montane: verso le "terre alte" come novi territori di politiche per la montagna?*, in *Nuova rass. leg., dott. giur.*, n. 13-14, 2010, p. 1369 ss.; ID., *L'organizzazione istituzionale del territorio montano come politica pubblica: osservazioni storico-ricostruttive e nodi teorici*, ivi, n. 17, 2010, p. 1717 ss.; ID., *Osservazioni sulle politiche pubbliche per i territori montani. Rivisitando una legge d'Oltralpe degli anni Ottanta*, ivi, n. 22, 2011, p. 2233; C. DESIDERI, *La montagna nella legislazione italiana: dagli interventi di settore alla tutela del paesaggio*, cit., p. 9 ss.

⁸⁰ L.r. Abruzzo 18 maggio 2000, n. 95 "Nuove norme per lo sviluppo delle zone montane".

⁸¹ L.r. Basilicata 19 maggio 1997, n. 23 "Norme per la tutela e lo sviluppo delle zone montane".

⁸² L.r. Calabria 19 marzo 1999, n. 4 "Ordinamento delle Comunità montane e disposizioni a favore della montagna".

⁸³ L.r. Campania 4 novembre 1998, n. 17 "Provvedimenti per la salvaguardia del territorio per lo sviluppo socio-economico delle zone montane".

⁸⁴ L.r. Friuli-Venezia Giulia 24 aprile 2001, n. 13 "Nuove disposizioni per le zone montane in attuazione della legge 31 gennaio 1994, n. 97".

⁸⁵ L.r. Lazio 22 giugno 1999, n. 9 "Legge sulla montagna".

⁸⁶ L.r. Liguria 13 agosto 1997, n. 33 "Disposizioni attuative della legge 31 gennaio 1994, n. 97 (nuove disposizioni per le zone montane)".

⁸⁷ L.r. Emilia-Romagna 20 gennaio 2004, n. 2 "Legge per la montagna".

⁸⁸ L.r. Lombardia 15 ottobre 2007, n. 25 "Interventi regionali in favore della popolazione dei territori montani".

⁸⁹ L.r. Molise 16 aprile 2003, n. 15 "Interventi per la tutela, lo sviluppo e la valorizzazione del territorio montano".

o dell'entrata in vigore delle norme sull'esercizio associato dei piccoli Comuni (ad esempio la Regione Marche⁹⁰) o, ancora, della "legge Delrio" del 2014 (come nel caso delle Regioni Piemonte⁹¹ e Veneto⁹²). L'Umbria, invece, con una legge del 2011 ha abrogato la legge organica sui territori montani del 1995⁹³, ma anche nella nuova legge ha previsto un impegno della Regione per la loro salvaguardia e valorizzazione e per l'approvazione dei criteri per l'assegnazione dei relativi fondi⁹⁴.

Inoltre, solitamente le leggi regionali in favore dei territori montani non prevedono efficaci strumenti e politiche di intervento ed adeguate risorse. Non sono molti, ad esempio, i provvedimenti regionali che disciplinano organismi con specifiche funzioni di governo dei territori montani (salve le funzioni previste dalle Comunità montane, laddove esistenti, o dalle unioni di Comuni montani) e, anche in questi casi, si tratta di funzioni limitate: di iniziativa, monitoraggio, consultazione o coordinamento rispetto alle attività regionali in materia di montagna. Funzioni che sono in grado di incidere in maniera limitata sulle politiche per lo sviluppo delle zone montane e sulle azioni di valorizzazione, promozione e tutela dei relativi

⁹⁰ L.r. Marche 1 luglio 2008, n. 18 "Norme in materia di Comunità montane e di esercizio associato di funzioni e servizi comunali" e l.r. 11 novembre 2013, n. 35 "Norme in materia di unioni montane e di esercizio associato delle funzioni dei Comuni montani" che ha abrogato le Comunità montane trasformandole in unioni montane.

⁹¹ L.r. Piemonte 14 marzo 2014, n. 3 "Legge sulla montagna".

⁹² L.r. Veneto n. 25 del 2014, cit.

⁹³ La l.r. Umbria 23 dicembre 2011, n. 18 "Riforma del sistema amministrativo regionale e delle autonomie locali e istituzione dell'Agenzia forestale regionale. Conseguenti modifiche normative" ha abrogato la l.r. 28 agosto 1995, n. 40 "Provvedimenti per lo sviluppo delle attività economiche di montagna e per la tutela e la valorizzazione del territorio rurale".

⁹⁴ Cfr. art. 60 "Disposizioni per le zone montane", l.r. Umbria n. 18 del 2011.

territori. Peraltro, sono poche le Regioni che hanno disciplinato specifici organismi. In tal senso, si sono mosse, solo le Regioni Emilia-Romagna⁹⁵, Lazio⁹⁶, Lombardia⁹⁷, Molise⁹⁸, Toscana⁹⁹ e Veneto¹⁰⁰.

Solo alcuni legislatori regionali, poi, hanno individuato nella programmazione lo strumento principale per un intervento integrato di valorizzazione della montagna. Programmazione che invece dovrebbe avere un ruolo centrale nell'attività di individuazione degli obiettivi, degli interventi e delle priorità d'azione relativi alla valorizzazione della montagna, in un'ottica di concertazione e coordinamento con gli enti locali. Hanno previsto una disciplina puntuale della programmazione volta a una effettiva valorizzazione

⁹⁵ La l.r. Emilia-Romagna n. 2 del 2004 attribuisce alla Conferenza della montagna — costituita dai Presidenti delle Comunità montane e delle Province e dai Sindaci dei Comuni e dal Presidente della Regione, o dai loro delegati — compiti di coordinamento delle politiche per lo sviluppo delle zone montane (art. 2).

⁹⁶ La l.r. Lazio n. 9 del 1999 attribuisce alla Conferenza della montagna — composta dal Presidente della Giunta regionale o, per sua delega, l'assessore regionale competente in materia di rapporti con gli enti locali; dal presidente della commissione consiliare regionale competente in materia di enti locali; dai Presidenti delle Comunità montane o loro delegati; dalla giunta esecutiva della delegazione regionale dell'UNCCEM; dai Presidenti delle Province — compiti consultivi nei confronti della Regione e di promozione e di coordinamento di iniziative che riguardano il territorio montano (art. 10).

⁹⁷ La l.r. Lombardia n. 25 del 2007 ha previsto l'istituzione del Comitato per la montagna — composto: dal Presidente della Giunta regionale o assessore o consigliere regionale delegato; dal presidente della Conferenza dei Presidenti delle Comunità montane lombarde o da altro presidente di Comunità montana lombarda suo delegato; dal Presidente dell'UPL) o suo delegato; da tre componenti designati dal Consiglio regionale; da due componenti designati dalla Conferenza regionale delle autonomie; dal Presidente della FederBIM) o suo delegato; dal Presidente di Unioncamere regionale o suo delegato; dal Presidente della delegazione regionale del CAI o suo delegato — con funzioni consultive nei confronti della Giunta regionale, al fine di un maggior coordinamento delle azioni di valorizzazione, promozione e tutela del territorio montano (art. 7).

⁹⁸ La l.r. Molise n. 15 del 2003 ha istituito la Consulta permanente per la montagna, che opera all'interno della Conferenza regionale delle autonomie locali, con funzioni consultive sulla proposta del Programma di sviluppo delle aree montane (art. 6).

⁹⁹ La deliberazione della Giunta Regionale Toscana n. 37 del 2002 ha istituito la Consulta regionale della montagna alla quale sono attribuiti compiti consultivi e propositivi in merito alle iniziative riguardanti i territori montani.

¹⁰⁰ L.r. Veneto 28 settembre 2012, n. 40 ("Norme in materia di unioni montane") ha istituito un Consiglio delle autonomie montane — composto dal Presidente della Giunta regionale o da un assessore regionale da lui delegato, dai presidenti delle unioni montane, dal Presidente della delegazione regionale Veneto dell'UNCCEM, dai presidenti delle Province interessate, dai presidenti dei consorzi dei bacini imbriferi montani e dai presidenti delle camere di commercio interessati — con funzioni di monitoraggio sull'attuazione degli interventi previsti (art. 6) e consultive sulle proposte di legge e sugli atti di programmazione che riguardano la montagna.

delle zone montane solo l'Emilia-Romagna¹⁰¹, la Lombardia¹⁰² e il Molise¹⁰³. La maggior parte delle Regioni, invece, ha previsto isolati interventi nell'ambito della programmazione generale. Particolare, invece, è il caso della Regione Toscana, la quale non ha disciplinato una programmazione *ad hoc* per la montagna ma ha previsto che gli obiettivi strategici e le priorità politiche in favore di quest'ultima siano inseriti in un'apposita sezione del Programma Regionale di Sviluppo (PRS)¹⁰⁴.

Quanto alla disciplina dei finanziamenti, solo alcune Regioni prevedono un Fondo regionale della montagna, alimentato dalla quota di competenza regionale del Fondo nazionale per la montagna e da risorse aggiuntive regionali, e ulteriori finanziamenti per lo sviluppo della montagna, determinati annualmente con legge di bilancio, come previsto dalla legge n. 97 del 1994 (in tal senso, l'Abruzzo¹⁰⁵, l'Emilia-Romagna¹⁰⁶ e il Molise¹⁰⁷). Molte Regioni, invece, hanno previsto solo il Fondo regionale per la

¹⁰¹ L'Emilia-Romagna ha previsto, con la l.r. n. 2 del 2004, che il Consiglio regionale definisca, su proposta della Giunta e in collaborazione con la Conferenza per la montagna, un programma pluriennale, il "Programma Regionale per la Montagna" (PRM) nel quale devono essere individuate le priorità e le linee di indirizzo per la programmazione settoriale e per la definizione di accordi-quadro (art. 3-bis), volti a realizzare, in concreto, la programmazione a livello locale.

¹⁰² La Lombardia ha previsto, con la l.r. n. 25 del 2007, il Programma Regionale di Sviluppo (PRS) volto a individuare le linee guida pluriennali relative agli interventi in favore delle popolazioni e dei territori montani (art. 5). In particolare, gli obiettivi di tale programmazione, nonché le azioni strategiche e le modalità di finanziamento degli interventi vengono individuati dalla Regione in uno specifico allegato al DPEFR.

¹⁰³ La l.r. Molise n. 15 del 2003 attribuisce al Consiglio il compito di approvare il "Programma di sviluppo delle aree montane", nel quale sono definiti i criteri direttivi di attuazione della legislazione per la montagna e determinati specifici obiettivi da perseguire entro determinati termini, nonché le procedure e le modalità degli interventi.

¹⁰⁴ Art. 85, l.r. Toscana 27 dicembre 2011, n. 68 ("Norme sul sistema delle autonomie locali"). Significativo, inoltre, è che la Toscana attribuisca alla Giunta il compito di definire, attraverso diversi atti, le azioni e le politiche da intraprendere a favore delle zone montane, sempre, comunque, in un'ottica di concertazione e coordinamento con gli enti locali.

¹⁰⁵ La l.r. Abruzzo n. 95 del 2000 ha previsto che il "Fondo regionale della montagna per gli interventi speciali" (che ha sostituito il Fondo regionale per la montagna istituito nel 1995) sia costituito dalla quota di competenza regionale del Fondo nazionale e da stanziamenti regionali determinati annualmente con legge di bilancio (provenienti da una quota di proventi derivanti dalle concessioni in materia di caccia, pesca e raccolta dei tartufi) ed eventuali ulteriori finanziamenti specificatamente destinati allo sviluppo della montagna che derivano da trasferimenti dello Stato, di enti pubblici e dell'Unione europea (art. 5).

¹⁰⁶ La l.r. Emilia-Romagna n. 2 del 2004 ha previsto il Fondo regionale per la montagna — alimentato dalle risorse del fondo nazionale e da risorse aggiuntive di cofinanziamento definite con legge annuale di bilancio e ripartito sulla base dei criteri stabiliti nel Programma regionale per la montagna — (art. 8) e "altri fondi regionali per lo sviluppo della montagna" (art. 9).

¹⁰⁷ La l.r. Molise n. 6 del 2011 prevede che il Fondo della montagna sia alimentato dalla quota del fondo nazionale attribuita alla Regione e da erogazioni aggiuntive regionali di cofinanziamento definite in sede di manovra finanziaria annuale (art. 12).



montagna o composto anche da proventi di competenza regionale (come nel caso del Piemonte¹⁰⁸) o esclusivamente dalla quota del fondo nazionale (come nel caso della Basilicata¹⁰⁹).

6.2. L'inadeguatezza della legislazione regionale sulla *governance* dei territori montani

Anche le leggi regionali che riguardano la *governance* dei territori montani appaiono inadeguate ai fini di una loro valorizzazione; ciò perché, avendo provveduto a una soppressione generale delle Comunità montane, non sono più previsti appositi enti di *governance*.

La scelta di una soppressione delle Comunità montane è stata in gran parte condizionata da ragioni economiche e dall'impatto delle previsioni delle manovre finanziarie del Governo Monti sopra richiamate. A seguito finanziaria 2010, che ha interrotto i finanziamenti statali in favore delle Comunità montane, quasi tutte le Regioni avevano provveduto a sopprimere le Comunità montane.

Successivamente, avendo introdotto il d.l. n. 78 del 2010 l'obbligo per la Regione di riorganizzare la gestione delle funzioni fondamentali dei piccoli Comuni in forma associata, attraverso la Convenzione o l'Unione di Comuni, diverse Regioni, nel legiferare in materia di unioni di Comuni hanno provveduto, contestualmente, ad abrogare le Comunità montane.

Attualmente, la maggior parte delle Regioni ha previsto la soppressione delle Comunità montane e la loro trasformazione in unioni di Comuni montani o unioni montane. Hanno proceduto in tal senso, le regioni

¹⁰⁸ La l.r. Piemonte n. 3 del 2014 prevede che alla copertura finanziaria del Fondo regionale per la montagna si provveda attraverso: i proventi di competenza regionale del diritto di escavazione per esercenti di cave e di miniere; una quota non inferiore al trenta per cento dei proventi derivanti dai canoni per l'uso delle acque pubbliche; i proventi di competenza regionale derivanti dai canoni di concessione delle acque minerali e di sorgente destinate all'imbottigliamento; una quota di quanto accertato dalla Regione a titolo di addizionale sul consumo di gas metano nell'esercizio precedente.

¹⁰⁹ Avendo la l.r. Basilicata 1 marzo 2001, n. 8 ("Disciplina del bilancio di previsione e norme di contenimento e di razionalizzazione della spesa per l'esercizio finanziario 2001") eliminato il riferimento, precedentemente previsto dalla l.r. n. 23 del 1997, agli «altri stanziamenti a carico del bilancio regionale determinati annualmente in sede di approvazione della legge di bilancio».

Abruzzo¹¹⁰, Emilia-Romagna¹¹¹, Lazio¹¹², Marche¹¹³, Molise¹¹⁴, Piemonte¹¹⁵, Toscana¹¹⁶ e Veneto¹¹⁷). Tuttavia, sono previsti modelli diversi per la costituzione delle nuove unioni. Talora la trasformazione è “obbligatoria”, poiché la legge la prevede come “automatica” o di diritto (ad es. nelle Regioni Emilia-Romagna¹¹⁸, Lazio¹¹⁹ e Veneto¹²⁰). Talvolta, invece, essa è “facoltativa”, ossia rimessa alla decisione dei Comuni coinvolti (ad esempio nelle Regioni Abruzzo¹²¹, Marche¹²², Molise¹²³ e Toscana¹²⁴). Alcune Regioni, invece, hanno soppresso le Comunità montane senza prevedere, al contempo, una loro trasformazione: in alcuni casi si è provveduto solo successivamente a trasformarle in unioni di Comuni montani (Puglia¹²⁵) o unioni speciali di comuni (Umbria¹²⁶), o a prevedere, in loro sostituzione, nuove modalità associative locali (come nel caso delle “aree programma” previste dalla Basilicata¹²⁷). In altri casi, diversamente, il legislatore regionale ha previsto la soppressione delle Comunità montane senza una loro trasformazione perché ha preferito trasferire le relative funzioni alla Regione (ad esempio in Liguria¹²⁸) o a un ente strumentale di quest’ultima (come nel caso della Calabria¹²⁹).

¹¹⁰ L.r. Abruzzo 9 gennaio 2013, n. 1 “Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 17 dicembre 1997, n. 143 (Norme in materia di riordino territoriale dei Comuni. Mutamenti delle circoscrizioni, delle denominazioni e delle sedi comunali. Istituzione di nuovi Comuni, unioni, fusioni), disposizioni in materia di riassetto degli enti del territorio montano e norme in materia di politiche di sviluppo della montagna abruzzese”.

¹¹¹ L.r. Emilia-Romagna 21 dicembre 2012, n. 21 “Misure per assicurare il Governo territoriale delle funzioni amministrative secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”.

¹¹² L.r. Lazio 31 dicembre 2016, n. 17 “Legge di Stabilità regionale 2017”.

¹¹³ L.r. Marche 11 novembre 2013, n. 35 “Norme in materia di unioni montane e di esercizio associato delle funzioni dei Comuni montani”.

¹¹⁴ Ll.rr. Molise 24 marzo 2011, n. 6 “Norme sull'organizzazione dell'esercizio di funzioni e compiti amministrativi a livello locale. Soppressione delle Comunità Montane”, 19 ottobre 2012, n. 22 “Disposizioni urgenti per la liquidazione ed estinzione delle Comunità montane” e 27 gennaio 2016, n. 1 “Disciplina dell'esercizio associato delle funzioni e dei servizi comunali”.

¹¹⁵ Ll.Rr. Piemonte 28 settembre 2012, n. 11 “Disposizioni organiche in materia di enti locali” e 14 marzo 2014, n. 3 “Legge sulla montagna”.

¹¹⁶ L.r. Toscana n. 68 del 2011, cit.

¹¹⁷ L.r. Veneto n. 40 del 2012, cit.

¹¹⁸ L.r. Emilia-Romagna n. 21 del 2012., cit.

¹¹⁹ L.r. Lazio n. 17 del 2016 (Legge di stabilità 2017).

¹²⁰ L.r. Veneto n. 40 del 2012, cit..

¹²¹ L.r. Abruzzo n. 1 del 2013, cit.

¹²² L.r. Marche n. 35 del 2013, cit.

¹²³ Ll.rr. Molise n. 6 del 2011, n. 22 del 2012 e n. 1 del 2016, cit.

¹²⁴ L.r. Toscana n. 68 del 2011, cit.

¹²⁵ La l.r. Puglia n. 5 del 2010, cit.

¹²⁶ L.r. Umbria n. 18 del 2011, cit.

¹²⁷ L.r. Basilicata 30 dicembre 2010, n. 33 “Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione annuale e pluriennale della Regione Basilicata. Legge finanziaria 2011”.

¹²⁸ L.r. Liguria 29 dicembre 2010, n. 23 “Disposizioni collegate alla legge finanziaria 2011” e l.r. 12 aprile 2011 n. 7 “Disciplina di riordino e razionalizzazione delle funzioni svolte dalle Comunità montane soppresse e norme di attuazione per la liquidazione”.

¹²⁹ La l.r. Calabria 16 maggio 2013, n. 25 (“Istituzione dell'Azienda regionale per la forestazione e le politiche per la montagna - Azienda Calabria Verde - e disposizioni in materia di forestazione e di politiche della montagna”)

Sono solo due le Regioni (Lombardia¹³⁰ e Campania¹³¹) che hanno, al contrario, mantenuto, seppure con previsione molto diverse, le Comunità montane. Solo la Regione Lombardia, comunque, sembra configurare queste ultime come veri e propri enti di *governance* del territorio montano.

La legislazione regionale, pertanto, ad eccezione di quella lombarda, non sembra in linea con il dettato costituzionale, che richiederebbe, come si è già evidenziato, un apposito ente di *governance* delle zone montane, in ragione delle specificità delle stesse.

7. La montagna nelle politiche europee: verso una maggiore valorizzazione?

Per altro verso, va sottolineato come il tema della montagna abbia vieppiù assunto un ruolo importante nell'ambito delle politiche dell'Unione europea. Pur non essendo la montagna oggetto di una politica specifica dell'Ue, quest'ultima ha, nel tempo, adottato politiche settoriali espressamente finalizzate a favorire lo sviluppo delle zone montane.

Innanzitutto, la montagna rientra nella politica agricola comune e nella politica di coesione economica, sociale e territoriale, nell'ambito della quale è previsto che “Tra le regioni interessate, un'attenzione particolare è rivolta (...) alle regioni di montagna” (art. 174 Trattato di funzionamento dell'UE). Si tratta di norme che sembrano porsi in parallelo alla disposizione costituzionale di cui all'art. 44, u.c. Cost., dalle quali emerge come anche l'Ue abbia considerato con maggiore attenzione, rispetto al passato, la montagna. È solo con il Trattato di Lisbona, infatti, che per la prima volta vengono nominate le regioni di montagna nel Trattato di funzionamento dell'Ue. Al riguardo, pur non concordando con la definizione di “regioni di montagna” legata, sostanzialmente, all'idea che esse siano caratterizzate da “gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici” — ritenendo, invece, come già evidenziato, che abbiano enormi potenzialità e risorse soprattutto dal punto di vista naturale (dall'acqua, alla biodiversità al paesaggio) — non si può negare che l'inserimento della montagna nel Trattato sia molto importante e possa avere positive ricadute nella fase di attribuzione dei Fondi strutturali e di risorse legate alla coesione territoriale¹³².

attribuisce le funzioni delle Comunità montane alla Regione o all'Azienda Calabria Verde. Si cfr., altresì, la l.r. Calabria 5 agosto 2016, n. 24 “Disposizioni in materia di liquidazione delle Comunità montane sopresse ai sensi dell'articolo 2 della legge regionale 16 maggio 2013, n. 25 (Istituzione dell'Azienda regionale per la forestazione e le politiche per la montagna - Azienda Calabria Verde - e disposizioni in materia di forestazione e di politiche della montagna)”.

¹³⁰ L.r. Lombardia 27 giugno 2008, n. 19 “Riordino delle comunità montane della Lombardia, disciplina delle unioni di comuni lombarde e sostegno all'esercizio associato di funzioni e servizi comunali”.

¹³¹ L.r. Campania 30 settembre 2008, n. 12 “Nuovo ordinamento e disciplina delle Comunità montane”.

¹³² In tal senso, M. ONIDA, *La montagna nelle politiche dell'Unione europea: le terre alte figlie di un dio minore?*, in *Scienze del territorio*, n. 4, 2016, p. 61.

Su quest'ultimo aspetto appare fondamentale che il Trattato di Lisbona abbia aggiunto la coesione "territoriale" agli obiettivi della coesione economica e sociale, rendendo inevitabile una programmazione dei Fondi strutturali che tenga conto delle specifiche esigenze e caratteristiche dei singoli territori, tra i quali, appunto, quelli montani. Le risorse che derivano dai Fondi strutturali e finalizzate alla coesione territoriale sono, infatti, redistribuite secondo le finalità previste dall'art. 174 del TFUE, sulla base di programmi negoziati fra l'Unione, gli Stati e le Regioni. In questo contesto, appare evidente che, essendo le risorse gestite essenzialmente dalle Regioni, assumono una particolare importanza i programmi operativi regionali (POR). Le Regioni hanno quindi la possibilità di attingere a cofinanziamenti europei in favore dei territori di montagna, a seconda delle scelte effettuate e delle priorità stabilite. A livello statale, invece, in Italia assume un ruolo centrale la Strategia per le aree interne, volta, come si è visto, a definire i criteri per la programmazione dei fondi comunitari per gli anni 2014-2020.

Accanto a queste politiche generali che investono lo sviluppo della montagna, vi sono altre iniziative che incidono sulle relative attività territoriali. In questo contesto, ad esempio, assume una particolare importanza il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), previsto nel Regolamento (UE) n. 1305/2013, finalizzato allo sviluppo del settore agricolo per il periodo 2014-2020. Il regolamento prevede una serie di obiettivi al fine di far fronte a specifiche esigenze legate a questo settore, tra le quali quelle delle zone montane¹³³.

Altre iniziative, invece, riguardano l'ambiente, la biodiversità e il clima. In tal senso, ad esempio, assume rilevanza la Rete Ecologica "Natura 2000", istituita ai sensi della Direttiva 92/43/CEE "Habitat"¹³⁴, che racchiude le cosiddette regioni biogeografiche, fra cui quella alpina (che comprende non solo le Alpi ma anche gli Appennini), i Carpazi, i Balcani, i Rodopi, le Alpi scandinave e i Pirenei. La Rete, che comprende la totalità dei territori montuosi dell'Ue, è il principale strumento della politica europea per la salvaguardia e la conservazione della natura e della biodiversità degli stessi. A tal fine, vengono tutelati i siti elencati nelle regioni biogeografiche dove è escluso l'esercizio di attività umane. Pertanto, la Rete, per quanto più interessa il nostro Paese, ossia in relazione alla regione biogeografica alpina, costituisce un importante contributo europeo diretto alla conservazione della natura in montagna. Nella direzione di affrontare il tema dei cambiamenti climatici in montagna, zona particolarmente vulnerabile rispetto a questo fenomeno, si è invece mossa la Commissione con l'approvazione di una serie di documenti

¹³³ Tra gli altri temi di particolare importanza, sui quali i Paesi e le regioni dell'Ue sono chiamati a concentrarsi vi sono quelli relativi: ai giovani agricoltori; alle piccole aziende agricole; alle donne nelle zone rurali; alla riduzione dei cambiamenti climatici, all'adattamento a essi e alla biodiversità; alle filiere corte.

¹³⁴ Direttiva finalizzata a garantire il mantenimento a lungo termine degli *habitat* naturali e delle specie di flora e fauna minacciati o rari a livello comunitario.

programmatici. è stato adottato dapprima un “libro verde”, nel 2007¹³⁵, che avviava una consultazione sull'orientamento futuro della politica europea riguardo l'adattamento ai cambiamenti climatici, illustrando i motivi per i quali è necessario intervenire e le principali linee guida di tale intervento e, successivamente, un “libro bianco”, nel 2009¹³⁶, in cui proponeva l'istituzione di un Quadro d'azione europeo, integrato e coordinato con le azioni intraprese dai singoli Stati membri, per ridurre la vulnerabilità agli impatti dei cambiamenti climatici dell'Europa. Infine, nel 2013, la Commissione europea ha pubblicato una strategia dell'Ue di adattamento ai cambiamenti climatici, attraverso la previsione di una serie di azioni concrete che contemplano anche la possibilità di utilizzare i fondi europei. Al riguardo non va trascurato che, pur trattandosi di documenti che non hanno valore normativo, essi sono in grado di orientare le politiche degli Stati, al fine di far fronte al problema dell'adattamento ai cambiamenti climatici, anche attraverso il ricorso, da parte delle Regioni che gestiscono i fondi, a risorse europee da dedicare alle aree montane che sono particolarmente sensibili a questo fenomeno.

L'Ue, sempre nell'ottica di una maggiore considerazione della montagna, ha anche utilizzato lo strumento della strategia macroregionale; strumento particolarmente efficace perché potenzialmente in grado di affrontare sfide comuni a diverse aree geografiche, attraverso un quadro integrato e coordinato (tra Stati e Regioni) di azioni che può essere sostenuto anche dai Fondi strutturali e di investimento europei e da altri strumenti finanziari. In questo quadro, un ruolo centrale ha assunto la decisione del Consiglio europeo del 20 dicembre 2013 di dare mandato alla Commissione di redigere una “Strategia macroregionale per le aree alpine (EUROSALP)”. Decisione che ha portato alla Comunicazione e al Piano d'Azione di EUSALP, adottati dalla Commissione il 28 luglio 2015 e confermati formalmente dal Consiglio europeo AAGG nel novembre 2015. La Strategia — che coinvolge sette Stati, di cui cinque membri dell'Unione Europea (Austria, Germania, Francia, Italia e Slovenia) e due non-Ue (Svizzera e Liechtenstein), e quarantotto regioni alpine all'interno di questi Stati — prevede azioni innovative nei settori dell'economia, dell'energia, delle infrastrutture e del traffico, nonché la protezione dell'ambiente e delle risorse, da attuare in stretta cooperazione tra gli Stati e le Regioni della regione alpina. Conformemente alla Risoluzione politica di Grenoble degli Stati e delle Regioni alpine dell'ottobre 2013, EUSALP si pone tre obiettivi: competitività e innovazione, mobilità e trasporti sostenibili, un uso sostenibile dell'energia, delle risorse naturali e culturali. Obiettivi che, più nello specifico, il Piano d'Azione di EUSALP divide in nove azioni concrete, oltre a prevedere l'obiettivo trasversale della *governance*,

¹³⁵ Libro verde della Commissione intitolato “Adattamento ai cambiamenti climatici in Europa: quali possibilità di intervento per l'UE” (COM(2007) 354).

¹³⁶ Libro bianco della Commissione intitolato “Adattamento ai cambiamenti climatici: verso un Quadro d'azione Europeo” (Com (2009) 147).

finalizzata a migliorare la cooperazione tra le istituzioni della regione alpina e il coordinamento delle azioni. Nonostante la fase operativa della strategia in esame si sia avviata da pochi anni¹³⁷, essa ha consentito, sotto la Presidenze slovena (2016), bavarese (2017), tirolese (2018) e italiana (2019), di avviare — anche attraverso la costituzione di 9 Gruppi d’Azione (Action Groups, AG) — un insieme di azioni e iniziative importanti rispetto ai tre obiettivi della stessa. Il bilancio relativo all’attività della Strategia, pertanto, può essere considerato sostanzialmente positivo, essendosi le Istituzioni coinvolte impegnate a portare avanti interventi nel campo dell’economia, delle infrastrutture per la mobilità e l’accessibilità e dell’ambiente.

Nell’ottica di una maggiore presa di coscienza, da parte dell’Ue, del ruolo della montagna e delle sue problematiche, si è mosso, da ultimo, il Parlamento europeo, il quale ha approvato, nell’ottobre del 2018, la Risoluzione per un’Agenda per le aree rurali, montane e remote. Certo, si tratta solo di un primo passo nella direzione di fissare un quadro di azione finalizzato al rafforzamento di una politica europea specifica per lo sviluppo dei territori montani, in ragione delle loro peculiarità. Peraltro, la Commissione non ha ancora dato attuazione all’Agenda. Tanto che il 27 febbraio 2019, vi è stata un’interrogazione con richiesta di risposta scritta alla stessa in cui veniva richiesto, da un lato, se vi fosse l’intenzione di promuovere l’iniziativa del Parlamento europeo, strutturando il programma dei lavori dell’Agenda dell’Ue per le zone rurali, montane e periferiche e, dall’altro, quali strategie e finanziamenti intendesse mettere in atto per sostenere la riqualificazione e lo sviluppo delle zone montane, rurali e periferiche¹³⁸. Nella sua risposta, la Commissione ha ribadito la sua intenzione di continuare a sostenere l’attuale agenda territoriale dell’Unione europea 2020¹³⁹ e di tenere presente che il Consiglio ha avviato preparativi per l’elaborazione di un’agenda territoriale post 2020 da adottare durante la presidenza tedesca nel 2020. La Commissione ha altresì dichiarato la propria volontà di non prevedere un programma di lavoro separato per un’agenda dell’Unione europea per le zone rurali, montane e periferiche e ha sottolineato come la politica di coesione dopo il 2020 costituisca “un quadro favorevole che aiuta gli Stati membri e le regioni a sostenere il potenziale delle zone rurali, montane e periferiche”.

Appare, comunque, pacifico che l’Ue dovrà mettere a punto una serie di iniziative finalizzate a garantire lo sviluppo delle aree rurali e montane e la riorganizzazione dei servizi alle relative comunità, attraverso adeguate risorse che dovranno essere garantite nell’ambito della nuova programmazione Ue 2021-2027.

¹³⁷ La Strategia è stata lanciata ufficialmente durante la Conferenza del 26 gennaio 2016 a Brdo (Slovenia).

¹³⁸ Interrogazione con richiesta di risposta scritta E-001046-19 alla Commissione — Stefano Maullu (ECR) — avente ad oggetto l’“Attuazione della risoluzione del Parlamento europeo per le zone montane, rurali e periferiche”.

¹³⁹ Concordata nel 2011 dai ministri responsabili per la pianificazione e lo sviluppo territoriali.

Pertanto, l'auspicio è che alle zone montane siano erogati i necessari finanziamenti e che siano altresì elaborate politiche settoriali d'intervento che consentano il loro rilancio, economico e sociale, attraverso i Fondi strutturali e le risorse derivanti dalla coesione territoriale, politiche che saranno poi declinate a livello statale e regionale.

La grande sfida per l'Ue sarà quella di rendere le zone montane più attraenti, moderne e innovative, attraverso un utilizzo dei prossimi Fondi strutturali e della politica di coesione e territoriale che consideri in maniera adeguata le esigenze della montagna. Decisiva sarà, pertanto, la prossima programmazione europea e lo stanziamento di specifiche risorse, al fine di rilanciare la montagna. Ciò attraverso una serie di politiche volte a: sostenere lo sviluppo dell'industria (soprattutto manifatturiera), del turismo e agriturismo, in un'ottica di sostenibilità, preservando le peculiarità dei territori; potenziare le infrastrutture materiali e immateriali; garantire i servizi (scuola, sanità, trasporti, accesso alla rete digitale, ecc.).

Peraltro, un'effettiva valorizzazione della montagna dipenderà, oltre che dall'entità delle risorse che l'Ue metterà a disposizione, da come queste verranno utilizzate dagli Stati e dalle Regioni.

8. Considerazioni conclusive e prospettive: il rilancio della montagna attraverso una riorganizzazione territoriale, una maggiore autonomia alle Regioni e un utilizzo di risorse europee

In buona sostanza, dunque, si può e affermare che la previsione costituzionale in esame sia stata in gran parte trascurata dal legislatore, statale e regionale, essendo mancate vere e proprie politiche specifiche ed efficaci per i territori montani. Nonostante l'importanza, in termini di superficie, numero di abitanti e di Comuni ubicati in territori montani e la previsione di un preciso obbligo costituzionale, le politiche a favore della montagna non hanno assicurato un grado di sviluppo e un livello di vita omogenei con il resto del Paese, anche al fine di far fonte allo spopolamento.

Appare quindi necessario un ripensamento delle attuali politiche, al fine di dare attuazione alla Costituzione. Servono politiche di ampio respiro che abbiano un approccio integrato alle problematiche della montagna: quest'ultima, da luogo ritenuto disagiato e depresso, bisognoso di sporadici e isolati interventi di sostegno, deve essere considerato un territorio con potenzialità turistiche, rurali e produttive, in cui compiere investimenti in infrastrutture e servizi essenziali, per arginare lo spopolamento e tutelare il territorio¹⁴⁰. Un ripensamento delle politiche sulla montagna potrebbe essere condizionato da almeno tre processi.

¹⁴⁰ Si cfr. al riguardo, G. DE VECCHIS, *Da problema a risorsa: sostenibilità della montagna italiana*, Bologna, 1996.

In primo luogo, non bisogna trascurare che una valorizzazione della montagna può avvenire anche grazie a un processo di razionalizzazione dei territori e di maggiore organizzazione amministrativa degli stessi che può portare allo sviluppo di condizioni favorevoli alla crescita economica, attraverso l'adozione di politiche mirate, che tengano particolarmente in considerazione le peculiarità e le risorse territoriali. In questo contesto, assumono importanza gli enti di vasta area in grado di esercitare funzioni che possano valorizzare le risorse del territorio — stimolandone lo sviluppo — e implementare l'erogazione di servizi su un ambito sovracomunale¹⁴¹. Al riguardo, sembrerebbe opportuna una riforma della “legge Delrio”, che aveva svuotato le Province delle sue funzioni (mentre la Costituzione contiene una riserva di funzioni alle stesse) — anticipando la riforma costituzionale Renzi-Boschi che prevedeva la loro soppressione¹⁴², ma che non è stata approvata — per adeguarne la disciplina alla Costituzione, attribuendogli funzioni strategiche di vasta area, e garantire un'effettiva autonomia finanziaria e organizzativa a questi enti, al fine di assicurare il finanziamento integrale delle funzioni loro assegnate (come previsto dall'art. 119 Cost.)¹⁴³. A seguito dell'indebolimento delle Province e della generale soppressione delle Comunità montane, i Comuni montani si trovano a non avere più un interlocutore privilegiato nei loro rapporti con la Regione¹⁴⁴. Per altro verso, appare fondamentale, ai fini di un rilancio dal punto di vista socio-economico delle zone montane, la gestione associata di funzioni fondamentali e servizi, per realizzare, tra l'altro, strategie maggiormente coordinate. Significativo, in proposito, è che l'associazionismo comunale costituisce un presupposto per la partecipazione alla Strategia per le aree interne.

¹⁴¹ Si vedano, sull'argomento, G.C. DE MARTIN — G. MELONI, *L'amministrazione di area vasta (Provincia ed area metropolitana)*, in F. Bassanini, L. Castelli (a cura di), *Semplificare l'Italia*, Firenze, 2008; S. MANGIAMELI (a cura di), *Province e funzioni di area vasta*, Roma, 2013; P. BILANCIA, *Regioni, enti locali e riordino del sistema delle funzioni pubbliche territoriali*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014; E. DE MARCO, *Il regime costituzionale delle autonomie locali tra processi di trasformazione e prospettive di riforma*, ivi, n. 2, 2015; A. FERRARA, *La competenza legislativa sui profili ordinamentali generali degli enti di area vasta*, in www.federalismi.it – Focus Riforma costituzionale, n. 5, 2016. Sia consentito rinviare, inoltre, a G. MARCHETTI, *Alcune considerazioni sul recente processo di riforma del sistema delle autonomie territoriali (con particolare riguardo alla l. n. 56/2014 in materia di Città metropolitane, Province, unioni e fusioni di Comuni e al d.d.l. Cost. n. 1543/2013 di abolizione delle Province)*, Research Paper, Centro Studi sul Federalismo, giugno 2014.

¹⁴² Al riguardo, si vedano: M. GORLANI, *La “nuova” Provincia: l'avvio di una rivoluzione nell'assetto territoriale italiano*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 8 gennaio 2014, in www.forumcostituzionale.it; F. MERLONI, *Sul destino delle funzioni di area vasta nella prospettiva di una riforma costituzionale del titolo V*, in *Ist. fed.*, n. 2, 2014, p. 239 ss.; C. PINELLI, *Gli enti di area vasta nella riforma del governo locale di livello intermedio*, ivi, n. 3, 2015; M. DI FOLCO, *La riforma dell'area vasta (art. 114 Cost.; art. 40, comma 4, l. cost.)*, in F.S. MARINI — G. SCACCIA (a cura di), *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*, Napoli, 2016, p. 315 ss.; F. FABRIZZI, *La Corte e le Province, tra Costituzione vigente e Costituzione riformata. Note a margine delle sentt. 143 e 159/2016*, in www.federalismi.it, n. 15, 2016.

¹⁴³ In tal senso, G. GARDINI, *Brevi note sulla incostituzionalità sopravvenuta della legge Delrio*, in www.federalismi.it, 2016.

¹⁴⁴ Come osserva G.P. BOSCARIOL, *La strategia per le aree interne quale strumento di sviluppo dei territori montani*, cit., p. 702.

In secondo luogo, un'occasione per un rilancio della montagna può essere costituita dalle iniziative volte a garantire maggiore autonomia ad alcune Regioni¹⁴⁵. Il connubio autonomia-valorizzazione della montagna potrebbe portare a risultati virtuosi¹⁴⁶. Basti pensare che le uniche due Regioni di montagna in cui non si è avuto il fenomeno dello spopolamento sono la Valle d'Aosta e il Trentino Alto Adige, anche grazie alla loro autonomia speciale.

In terzo luogo, una spinta verso politiche maggiormente integrate di sviluppo della montagna può provenire, come si è visto, dall'Unione europea. In questo contesto, pertanto, le diverse iniziative per lo sviluppo della montagna dovrebbero essere sostenute da più Fondi strutturali, in maniera integrata: sia dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), per affrontare le problematiche relative all'agricoltura e alla conservazione dell'ambiente, che dal Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) per quelle connesse alla competitività delle imprese, che dal Fondo sociale europeo (FSE), per quelle relative all'occupazione e all'acquisizione di nuove competenze. Si dovrebbero, pertanto, aprire nuove opportunità per sviluppare progetti maggiormente integrati attraverso l'utilizzo, in maniera coordinata, di risorse derivanti dai Fondi strutturali e dalla politica di coesione. Certo, andrebbero adottate, al contempo, politiche in grado di formare il personale e sviluppare capacità di programmazione e di attuazione degli interventi da parte dei diversi enti interessati, per evitare l'annoso problema delle risorse che rimangono inutilizzate.

¹⁴⁵ Sul processo avviato ai fini di una maggiore autonomia ad alcune Regioni ordinarie, si vedano: B. CARAVITA DI TORITTO, *L'autonomia del Nord nel perimetro della Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 20, 2017; F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, n. 4, 2017, p. 691-692; S. MANGIAMELI, *L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna. Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali. Audizione del 29 novembre 2017*, in www.issirfa.cnr.it; F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 novembre 2018, in www.forumcostituzionale.it; F. GALLO, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, in *federalismi.it*, n. 10, 2018; P. GIANGASPERO, *Ancora sul processo di differenziazione dell'autonomia regionale ordinaria: le prospettive di applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost., tra principio negoziale, vincoli procedurali ed impatto sul sistema delle fonti del diritto*, in *Le Regioni*, n. 2, 2018, p. 165; A. NAPOLITANO, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, ivi, n. 21, 2018; V. NASTASI, *Il regionalismo differenziato e i problemi ermeneutici sorti in seguito alle recenti iniziative di attuazione dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 maggio 2018, in www.forumcostituzionale.it; C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: una differenziazione solidale?*, in *federalismi.it*, n. sp. 7, 2018; ID., *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di lettura alla luce dell'art. 116, comma 3 della Costituzione*, ivi, n. 18, 2018; R. DICKMANN, *Note in tema di legge di attribuzione di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" ai sensi dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, ivi, n. 5, 2019; M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, ivi, n. 6, 2019; F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» per Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna?*, ivi, n. 6, 2019.

¹⁴⁶ Sull'argomento, si vedano le osservazioni di F. CORTESE, *Alla ricerca della maggiore autonomia. Il caso Sappada e i problemi della montagna veneta*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2018, p. 208 ss.



In conclusione, l'auspicio è che il legislatore italiano, in attuazione del dettato costituzionale, ma anche al fine di realizzare la coesione economica, sociale e territoriale, prevista a livello europeo, adotti una politica mirata e specifica sulla montagna, con un approccio integrato alle diverse problematiche — accanto a interventi maggiormente settoriali — anche attraverso un maggiore e più razionale utilizzo delle risorse europee, rispetto al passato.



Il diritto al lavoro nella prospettiva dell'automazione e dell'informatizzazione*

di **Giovanni Cavaggion**

Dottore di ricerca in Autonomie, Servizi pubblici, Diritti
Università degli Studi del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”

Sommario: 1. Le questioni problematiche sottese all'interferenza tra automazione e diritto al lavoro: spunti per una ricostruzione storica. 2. (segue) La questione della “disoccupazione tecnologica”. 3. L'impatto delle nuove tecnologie e delle intelligenze artificiali sul diritto al lavoro nell'era dell'informatizzazione. 3.1. Informatizzazione, robotica, intelligenze artificiali e trasformazioni del mondo del lavoro. 3.2. Nuove opportunità e nuove criticità. 4. Le nuove sfide per il legislatore. 5. La tutela multilivello del diritto al lavoro attraverso le sue specificazioni nell'era dell'informatizzazione. 6. Conclusioni.

1. Le questioni problematiche sottese all'interferenza tra automazione e diritto al lavoro: spunti per una ricostruzione storica

Ai fini di affrontare il tema del diritto al lavoro nella prospettiva dell'automazione, delle nuove tecnologie e dell'informatizzazione, è necessario prendere le mosse dal punto di partenza per cui al diritto/dovere al lavoro di cui all'articolo 4 Cost. è conferita una posizione di massima centralità nella Costituzione repubblicana, e ciò in virtù del principio lavorista di cui all'articolo 1 Cost.¹. La centralità del diritto al lavoro nell'impianto costituzionale è, in effetti, tale da avere indotto la dottrina a proporre la lettura dell'intera Costituzione alla luce dei principi di cui agli articoli 1 e 4 Cost., lettura che restituirebbe una visione “ergocentrica” o “lavorista” dell'ordinamento costituzionale complessivamente considerato².

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Sulle ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali che fondano tale presupposto non ci si può soffermare in questa sede. Sul tema si vedano almeno: C. MORTATI, *Articolo 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975; M. S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza*, 1949-1950; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lavoro (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973; A. APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del diritto al lavoro tra libertà dei singoli e programma sociale*, Roma, Aracne, 2004; M. OLIVETTI, *Art. 1*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006; M. CAVINO, I. MASSA PINTO (a cura di), *Costituzione e lavoro oggi*, Bologna, Il Mulino, 2013.

² Sul tema si vedano, per tutti: G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro*, Torino, Einaudi, 2013, *passim*; M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 2/2010, pp. 632 ss.; G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2016, pp. 100 ss.; C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come “risarcimento per mancato procurato lavoro”. Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015, pp. 5 ss.; E. ALES, *Diritto del lavoro, diritto alla previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, p. 983.

In questa prospettiva, si può affermare che l'idea originaria del Costituente fosse che nello Stato il fine perseguito dai pubblici poteri avrebbe dovuto essere quello della piena occupazione³, mirando pertanto a creare le condizioni per cui chiunque desideri lavorare sia libero di farlo⁴. In altri termini, l'obiettivo posto dai Costituenti era quello di una piena ed effettiva attuazione del principio lavorista attraverso una forte tutela del diritto individuale al lavoro. In uno scenario siffatto, a non lavorare sarebbero stati soltanto gli oziosi e gli inabili e solo i secondi, per via della non volontarietà della loro mancata attività lavorativa, sarebbero stati meritevoli di assistenza da parte dello Stato per il loro sostentamento⁵.

Il Costituente immaginava inoltre, per ovvi motivi storici, un'attuazione del principio lavorista da realizzarsi in misura assolutamente prevalente attraverso forme di lavoro subordinato e a tempo tendenzialmente indeterminato⁶ (pur tutelando altresì gli ulteriori fattori di produzione, ivi compresi la libertà di impresa e il lavoro autonomo, e accogliendo pertanto un'accezione estremamente ampia del concetto di "lavoro"⁷).

Come evidente, le cose sono andate molto diversamente e siamo ancora ben lontani, per lo meno nella fase attuale, da una piena attuazione del principio lavorista secondo le modalità e nei termini immaginati dal Costituente⁸. Ciò è, oggi, vero a maggior ragione alla luce da un lato del processo di integrazione europea, che ha profondamente mutato (per non dire eroso) i contenuti dell'originaria Costituzione economica⁹, e dall'altro della crisi economica e finanziaria degli anni recenti, che ha ingenerato elevati livelli di disoccupazione (specie giovanile), un'affermazione strutturale della precarietà dell'occupazione

³ Per "piena occupazione" non si intende, evidentemente, un tasso di disoccupazione pari a zero, bensì un tasso di disoccupazione corrispondente alla cosiddetta "disoccupazione frizionale", derivante dalle "imperfezioni" del mercato del lavoro (e dunque dal non perfetto e immediato incontro tra domanda e offerta di lavoro). Si veda sul tema J. M. KEYNES, *General theory of employment, interest, and money*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, cap. II, par. I.

⁴ Si vedano in punto: C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, cit., pp. 7 ss.; F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 18 ss.

⁵ Si veda C. TRIPODINA, *Povertà e dignità nella costituzione italiana: il reddito di cittadinanza come strumento costituzionalmente necessario*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 4/2016, p. 734.

⁶ Si veda G. F. MANCINI, *Articolo 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 200.

⁷ Si veda M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, cit., p. 629.

⁸ La direzione effettivamente intrapresa sembra, anzi, per molti versi quella opposta. Sulla profonda trasformazione del mercato del lavoro nelle ultime decadi e sul suo impatto sulla sicurezza sociale si veda, per tutti, U. BECK, *Schöne neue Arbeitswelt. Vision: Weltbürgergesellschaft*, (1999), trad. it., *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro. Tramonto delle sicurezze e nuovo impegno civile*, a cura di H. C. Riediger, Torino, Einaudi, 2000.

⁹ Sul tema si vedano: P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 135 ss.; G. DI PLINIO, *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 211 ss. Con particolare riferimento al diritto al lavoro si veda A. APOSTOLI, *Il trapianto del diritto al lavoro nell'ordinamento comunitario e nell'ordinamento regionale ovvero quel che resta dell'art. 4 della Costituzione Italiana*, in *Jus*, n. 1, 2006, pp. 139 ss.

(che peraltro era già in via di diffusione nella decade precedente la crisi¹⁰), e un grave e generalizzato abbassamento dei livelli di tutela dei diritti economici e sociali¹¹.

È in questo contesto e in questo quadro di riferimento costituzionale che deve essere calato il tema del ruolo e dell'impatto dell'automazione nella società, tema classico il cui studio appare tuttavia oggi più che mai attuale, nella misura in cui nuove forme di automazione stanno, come si dirà ai paragrafi successivi, ponendo ulteriormente in crisi l'assetto immaginato dal Costituente.

Va in primo luogo osservato che il tema dell'automazione ha storicamente comportato una fondamentale frattura tra le posizioni che danno una lettura ottimistica del fenomeno, riconducibili prevalentemente alla matrice illuminista-liberale, e le posizioni che invece danno una lettura pessimistica del fenomeno, riconducibili prevalentemente alla matrice socialista-comunista. Trattasi di una divergenza di letture e di uno scontro ideologico che, come si cercherà di argomentare, sembrano essere a tutt'oggi sottesi – se non altro nei loro tratti fondamentali – al dibattito sul tema.

In massima sintesi, nella visione liberale, e dunque secondo la lettura più ottimista, l'automazione dovrebbe portare, come sostenuto ad esempio John Stuart Mill, ad alleviare le fatiche dell'essere umano, agevolandone il lavoro e generando una maggiore quantità di ricchezza complessiva¹². Secondo tale ricostruzione l'automazione, pur potendo comportare delle criticità contingenti, in una visione d'insieme non potrebbe che essere valutata come fenomeno positivo, destinato ad incrementare il livello generale del benessere nella società.

Al contrario, nella visione socialista, e dunque secondo la lettura più pessimista, sostenuta, ad esempio, da Karl Marx, «il macchinario ha il compito di ridurre le merci più a buon mercato ed abbreviare quella parte della giornata lavorativa che l'operaio usa per sé stesso, per prolungare quell'altra parte della giornata lavorativa che l'operaio dà gratuitamente al capitalista», rappresentando pertanto «un mezzo per la

¹⁰ Si vedano: P. G. ALLEVA, *Il tema della tutela del lavoro e la riforma degli ammortizzatori sociali*, in AA. VV., *Tutela del lavoro e degli ammortizzatori sociali*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 7 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Flexicurity: un improbabile ossimoro o un'utile mediazione?*, in *Il Foro italiano*, n. 4/2009, pp. 193 ss.; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2012, pp. 247 ss.

¹¹ Sul tema si vedano, per tutti: S. GAMBINO, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale?*, in *Astrid rassegna*, n. 5/2015; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014; P. BILANCIA, *Il processo di integrazione europea alla prova della crisi economica*, in A. IACOVIELLO (a cura di), *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 58 ss.; A. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017.

¹² Si veda J. S. MILL, *Principles of political economy*, (1848), London, Longman, 1920, p. 99. Secondo Mill «*It will be seen, that the quantity of capital which will, or even which can, be accumulated in any country, and the amount of gross produce which will, or even which can, be raised, bear a proportion to the state of the arts of production there existing; and that every improvement, even if for the time it diminish the circulating capital and the gross produce, ultimately makes room for a larger amount of both, than could possibly have existed otherwise. It is this which is the conclusive answer to the objections against machinery; and the proof thence arising of the ultimate benefit to labourers of mechanical inventions even in the existing state of society, will hereafter be seen to be conclusive.*».

produzione di plusvalore»¹³. In questa prospettiva l'automazione, lungi dal migliorare le condizioni del lavoratore, si ridurrebbe a un ulteriore mezzo di oppressione del proletariato, come tale destinato non già ad aumentare il livello generale di benessere, bensì ad accrescere il divario tra datore di lavoro e lavoratore salariato.

La questione immediatamente conseguente – che entrambe le letture sopraccitate affrontano, pur giungendo a soluzioni diametralmente opposte – è quella dell'interferenza tra il fenomeno dell'automazione e il diritto individuale al lavoro, e dunque il nodo degli effetti dell'automazione nella sfera soggettiva del singolo lavoratore. Anche questo tema, così come quello del ruolo dell'automazione nella società, potrebbe sembrare, a un primo sguardo, un tema nuovo, ma si tratta in realtà, al contrario, di un tema vecchio, se non quanto il costituzionalismo, almeno quanto l'industrializzazione. Basti considerare che quando ci si avvicina alla questione degli effetti dell'automazione sui diritti dei lavoratori uno dei primi esempi che viene naturalmente alla mente è quello del movimento luddista, movimento operaio inglese degli inizi del XIX secolo (sfociato poi in una vera e propria rivolta armata) che promuoveva come strumento di rivendicazione il sabotaggio sistematico degli strumenti di produzione industriale, considerati una minaccia per i lavoratori salariati. Il movimento prende il nome da Ned Ludd (figura verosimilmente di fantasia, assunta a simbolo dell'insurrezione), un giovane operaio che nel 1779, secondo alcune cronache dell'epoca, distrusse due telai meccanici in segno di protesta. Va comunque precisato che, contrariamente a quanto spesso si crede oggi, i luddisti non erano contrari al progresso tecnologico in quanto tale, ma temevano piuttosto proprio la perdita di posti di lavoro ingenerata dall'automazione, constatando come le macchine stessero di fatto sostituendo gli operai (lasciandoli quindi privi di impiego) in una vasta gamma di occupazioni manuali¹⁴.

Per la verità, a ben vedere, il tema è ancora più antico, e precede addirittura di secoli la stessa industrializzazione. Basti pensare che già Svetonio, nella “Vita dei Cesari”, riferiva di come un ingegnere avesse proposto all'Imperatore Vespasiano un nuovo sistema per trasportare delle enormi colonne sul Campidoglio con costi modici, ma che l'Imperatore, pur lodando l'uomo per la sua invenzione, rifiutò di utilizzarla, dal momento che avvalersi del normale lavoro manuale degli operai gli avrebbe consentito di

¹³ Si veda K. MARX, *Das Kapital*, (1867-1910), trad. it., *Il capitale*, Torino, UTET, 2013, libro I, sez. IV, cap. XIII, par. 1, pp. 502 ss. In senso analogo già D. RICARDO, *Principles of political economy*, (1821), ora in *The works and correspondence of David Ricardo*, a cura di P. SRAFFA, Cambridge, Cambridge University Press, 1951, p. 392, per cui «*the opinion, entertained by the labouring class, that the employment of machinery is frequently detrimental to their interests, is not founded on prejudice and error, but is conformable to the correct principles of political economy*».

¹⁴ Sul tema, anche per una declinazione dello stesso con riferimento alle problematiche attuali, si veda K. SALE, *Rebels against the future. The Luddites and their war on the industrial revolution: Lessons for the computer age*, New York, Basic Books, 1996.

«sfamare il popolino»¹⁵. In altre parole, secondo Vespasiano la nuova tecnologia, pur di indubbia efficacia, avrebbe privato gli operai del loro unico mezzo di sostentamento, lasciandoli disoccupati.

2. (segue) La questione della “disoccupazione tecnologica”

Il problema in esame, se tradotto nel mondo contemporaneo, assume i contorni della cosiddetta “disoccupazione tecnologica” e dunque, secondo la definizione di John Maynard Keynes, della «disoccupazione dovuta al fatto che la velocità con cui si scoprono nuovi mezzi di efficientamento del lavoro supera la velocità con cui si trovano nuovi impieghi per il lavoro»¹⁶.

Anche con riferimento al fenomeno della disoccupazione tecnologica, che è solo una delle molteplici conseguenze dell’automazione, appare rilevante la sopraccitata critica socialista. Con riferimento alla specifica questione della disoccupazione tecnologica, infatti, Marx rilevava che, con l’introduzione delle macchine, «il mezzo di lavoro diviene subito concorrente dell’operaio», finendo per «schiacciarlo». Se ciò che il lavoratore vende è la sua forza lavoro, non appena tale lavoro viene «affidato alla macchina, si estingue il valore d’uso e con esso il valore di scambio della forza-lavoro»¹⁷. Ne consegue, secondo Marx, che l’«autovalorizzazione del capitale mediante la macchina sta in rapporto diretto col numero degli operai dei quali la macchina distrugge le condizioni di esistenza», e che pertanto «dove avviene che la macchina prenda a poco per volta un campo di produzione, essa produce la miseria cronica negli strati operai che sono in concorrenza con essa»¹⁸.

Per converso, anche in questo caso la visione liberale ribalta drasticamente la lettura pessimistica, ritenendo piuttosto che, nell’ambito dell’automazione, le macchine che sostituiscono degli operai finiscano sempre per “liberare”, contemporaneamente e necessariamente, una quantità di capitale equivalente adeguata a occupare gli stessi identici operai¹⁹. Con le parole di Jean-Baptiste Say: «le macchine per essere costruite richiedono un lavoro considerevole, che occupa le mani di coloro che esse rendono

¹⁵ Si veda SVETONIO, *Vita dei Cesari*, Libro VIII, XVIII. «*Mechanico quoque, grandis columnas exigua impensa perducturum in Capitolium pollicenti, praemium pro commento non mediocre optulit, operam remisit, praefatus sineret se plebiculam pascere*».

¹⁶ Così J. M. KEYNES, *Economic possibilities for our grandchildren*, (1930), ora in *Essays in persuasion*, New York, Harcourt Brace, 1932, pp. 358 ss.

¹⁷ Così K. MARX, *Das Kapital*, cit., libro I, sez. IV, cap. XIII, par. 5, pp. 570 ss.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Si veda in questo senso, ancora una volta, J. S. MILL, *Principles of political economy*, cit., pp. 725 ss.

disoccupato»²⁰. In questa prospettiva, l'effetto dell'automazione sul diritto al lavoro sarebbe, nella peggiore delle ipotesi, un "gioco a somma zero"²¹.

Nel costituzionalismo democratico contemporaneo il problema sottostante alle questioni in esame è strettamente collegato con il concetto di dignità umana, e dunque con la lettura della tutela del diritto al lavoro come presupposto necessario per una concreta tutela della dignità della persona²². Trattasi del resto dell'impostazione espressamente accolta dal Costituente, come emerge dall'articolo 36 Cost., che riconosce il diritto del lavoratore a una retribuzione sufficiente a garantire un'esistenza libera e dignitosa a lui e alla sua famiglia²³. In quest'ottica, l'automazione mette a repentaglio la dignità umana nella misura in cui essa priva il lavoratore della possibilità di svolgere le proprie mansioni (rendendolo disoccupato, ovvero impedendogli di trovare un'occupazione) e, conseguentemente, di sostentarsi e provvedere alla propria famiglia dignitosamente.

In una prospettiva giuspubblicistica occorre pertanto interrogarsi su quale debba essere la risposta del legislatore a un fenomeno siffatto.

Il tema che viene posto con forza dalle letture pessimistiche degli effetti dell'automazione sulle dinamiche del mondo del lavoro è, infatti, se sia consentito allo Stato di intervenire "contenendo", disincentivando o finanche frenando il progresso tecnologico (e dunque l'automazione) ai fini di garantire l'attuazione del principio lavorista e di tutelare il diritto individuale al lavoro. Se si condividesse infatti la premessa per

²⁰ Così J-B. SAY, *Traité d'économie politique, ou simple exposition de la manière dont se forment les richesses*, (1803), trad. ing. a cura di C. R. Prinsep, *A treatise on political economy or the production, distribution and consumption of wealth*, New York, A. M. Kelley, 1964, p. 87. «*Machines cannot be constructed without considerable labor, which gives occupation to the hands they throw out of employ*».

²¹ La teoria è nota nelle scienze economiche come "teoria della compensazione". La compensazione per la perdita di occupazione dovuta all'automazione avviene, in questa prospettiva, attraverso: la creazione di nuovi posti di lavoro per la produzione di macchine; il decremento dei prezzi dei beni prodotti dalle macchine; nuovi investimenti e reimpiego del maggiore profitto generato dalle macchine; abbassamento del costo del lavoro e conseguente maggiore domanda di lavoratori; innalzamento dei salari; creazione di nuovi prodotti. Sul tema si veda M. VIVARELLI, *Innovation, employment and skills in advanced and developing countries: a survey of the literature*, in *IZA Discussion Papers*, n. 6291/2012, p. 5 ss.

²² Sul tema si vedano: M. S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, cit., specie pp. 18 ss.; C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Il diritto del lavoro*, 1954, *passim*; M. BENVENUTI, *Quali misure per assicurare un'esistenza libera e dignitosa?*, in M. P. IADICICCO, V. NUZZO (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; C. TRIPODINA, *Povertà e dignità nella costituzione italiana: il reddito di cittadinanza come strumento costituzionalmente necessario*, cit., pp. 734 ss.

²³ Secondo la dottrina prevalente la disposizione in esame va intesa nel senso che, ai fini di garantire un'esistenza dignitosa, la retribuzione debba essere conforme a principio di sufficienza, e dunque andare oltre il cosiddetto "minimo vitale" o "minimo di sussistenza", consentendo il soddisfacimento delle esigenze sociali del lavoratore e della sua famiglia, e non invece dei soli bisogni immediati. Si vedano, *ex multis*: C. COLAPIETRO, *Art. 36*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006; G. ROMA, *Le funzioni della retribuzione*, Bari, Cacucci, 1997, pp. 28 ss.; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2002, pp. 250 ss. In questo senso anche la giurisprudenza costituzionale. Cfr., per tutte: Corte Cost., sentenza n. 82/1973; Corte Cost., sentenza n. 559/1987; Corte Cost., sentenza n. 126/2000.

cui l'impatto complessivo dell'automazione sui diritti fondamentali dei lavoratori sarebbe un impatto sostanzialmente negativo, potrebbe essere giustificato un intervento del legislatore volto ad arginare il fenomeno, in quanto foriero di conseguenze deleterie per la tenuta di alcuni principi, diritti e interessi costituzionalmente rilevanti.

Nella prospettiva storicamente prevalente nel costituzionalismo contemporaneo l'approccio pessimistico appena menzionato è stato scartato in favore di quello liberale, ottimistico, per cui l'automazione, se considerata come fenomeno nel suo complesso e in un quadro di riferimento di lungo periodo, non mette a repentaglio il diritto al lavoro, ma anzi lo tutela e lo potenzia. Un esempio tipico che viene portato, in questo senso, è quello del miglioramento delle condizioni di lavoro attraverso l'impiego di macchine per lo svolgimento delle mansioni più pericolose e pesanti, che libera il lavoratore dai rischi connessi alle proprie mansioni consentendo altresì una migliore tutela del diritto alla salute di cui all'articolo 32 Cost. Un altro esempio di chiara attualità è quello dell'inclusione lavorativa delle persone diversamente abili, che grazie alle nuove tecnologie sono messe in condizione di lavorare, con evidenti ricadute anche con riferimento alla tutela della dignità umana e all'inclusione sociale²⁴. Discorso analogo può essere fatto con riferimento alla tutela della donna lavoratrice, e si è osservato in punto che le nuove tecnologie potrebbero divenire uno strumento per favorire la "sua essenziale funzione familiare" di cui all'articolo 37 Cost.²⁵.

Secondo l'approccio prevalente, pertanto, il punto non è, in uno Stato democratico liberale, frenare l'automazione o il progresso tecnologico in quanto forieri di disoccupazione strutturale, paura che è stata a lungo ritenuta sostanzialmente fugata dalle scienze economiche (almeno, come si dirà, fino a tempi recenti). In questo senso, *in termini generali*, e dunque con riferimento all'impatto complessivo e alle generazioni future, non vi è antitesi tra automazione e diritto al lavoro, antitesi che tuttavia può ben sussistere *in termini concreti* e con riferimento alla generazione attuale. In altre parole, l'automazione non crea disoccupazione strutturale nel lungo periodo, ma può creare disoccupazione nel breve periodo con riferimento ai casi specifici dei settori di volta in volta interessati dall'avanzamento tecnologico²⁶. Si tratta dunque di tutelare con apposite politiche il diritto al lavoro (e la dignità) di chi perda la propria occupazione a causa dell'automazione nei periodi di assestamento del mercato del lavoro che scandiscono i diversi cicli di automazione, in attuazione dei fondamentali principi solidarista ex articolo 2 Cost. e di eguaglianza sostanziale ex articolo 3 Cost. Ciò appare del resto coerente con quanto disposto dall'articolo

²⁴ Si veda P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 4/2017, pp. 552 ss.

²⁵ Si veda E. CATELANI, *La donna lavoratrice nella "sua essenziale funzione familiare" a settant'anni dall'approvazione dell'art. 37 Cost.*, in questo numero, pp. 23 ss.

²⁶ In questo senso si esprimeva già J. S. MILL, *Principles of political economy*, cit., p. 99, per cui il fatto che in una prospettiva complessiva l'automazione crei un maggiore benessere "*does not discharge governments from the obligation of alleviating, and if possible preventing, the evils of which this source of ultimate benefit is or may be productive to an existing generation*".

38 Cost., che riconosce al lavoratore il diritto a che siano preveduti e assicurati mezzi adeguati alle sue esigenze di vita in caso di disoccupazione involontaria²⁷, quale è certamente la cosiddetta “disoccupazione tecnologica”²⁸.

Pertanto, si può dire che il punto di approdo su cui si è assestato il costituzionalismo contemporaneo è stato – almeno, come si vedrà, fino agli anni recenti – quello per cui l’automazione è da ritenersi certamente e in via generale compatibile con il principio lavorista di cui agli articoli 1 e 4 Cost., ma può comportare delle criticità con riferimento al diritto individuale al lavoro in casi concreti. In altri termini, l’automazione è certamente compatibile con i principi fondamentali della Costituzione repubblicana, ma i suoi effetti devono essere modulati dal legislatore ai fini di garantire che essi non incidano in modo irragionevole e sproporzionato sui diritti fondamentali dell’individuo, e *in primis* sul suo diritto costituzionale al lavoro.

3. L’impatto delle nuove tecnologie e delle intelligenze artificiali sul diritto al lavoro nell’era dell’informatizzazione

3.1. Informatizzazione, robotica, intelligenze artificiali e trasformazioni del mondo del lavoro

Lo stato dell’arte così come sinora descritto è stato messo in crisi, nelle ultime due decadi, da alcuni sviluppi tecnologici e sociali un tempo imprevedibili. Negli anni recenti si è infatti registrata una nuova e crescente preoccupazione per i livelli di disoccupazione che possono essere ingenerati dalla nuova ondata di automazione promossa dall’avvento delle cosiddette “nuove tecnologie”, in particolare con riferimento allo sviluppo della robotica e delle intelligenze artificiali, oltre che al graduale processo di informatizzazione dei diversi settori della società e del mondo del lavoro²⁹. Alcuni studi hanno evidenziato come, a seguito di questi nuovi avanzamenti tecnologici, nel cosiddetto “mondo occidentale” circa il 50% dei posti di lavoro sia ormai a rischio automazione, mentre nel cosiddetto “mondo in via di sviluppo” tale percentuale potrebbe arrivare addirittura fino al 75% (essendo il numero dei posti di lavoro a rischio

²⁷ Si veda L. VIOLINI, *Art. 38*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006.

²⁸ Trattasi del resto di interventi che non sono certo sconosciuti al nostro ordinamento, e che sono stati intrapresi in diverse occasioni nel corso della storia: basti pensare, ad esempio, alla legge n. 264 del 29 aprile 1949 (recante “Provvedimenti in materia di avviamento al lavoro e di assistenza dei lavoratori involontariamente disoccupati”), che all’avvento dell’era repubblicana aveva introdotto forme di sostegno e di formazione lavorativa destinate a coloro che avevano perso la propria occupazione a seguito della riconversione dell’apparato produttivo nella fase post-bellica.

²⁹ Sul tema si vedano, per tutti: M. CASTELLS, *The rise of the network society, the information age: Economy, society and culture*, Oxford, Wiley Blackwell, 1996; U. BECK, *Schöne neue Arbeitswelt. Vision: Weltbürgergesellschaft*, cit.; A. PAPA, *Il diritto dell’informazione e della comunicazione nell’era digitale*, Torino, Giappichelli, 2018.

fortemente correlato alla “manualità” delle mansioni svolte, dal momento che i lavori “manuali” o comunque “semplici” sono più facilmente replicabili mediante l’utilizzo di una macchina)³⁰.

In generale, è montata nella società, ma anche in dottrina, la paura di una prossima drammatica crisi dell’occupazione senza precedenti, al punto che alcuni commentatori hanno parlato addirittura di “fine del lavoro”³¹ (o quantomeno di fine del lavoro per come lo conosciamo). Ad essere messo in discussione è il paradigma liberale per cui la disoccupazione tecnologica rappresenterebbe in ultima analisi un fenomeno ciclico, e per cui conseguentemente vi sarebbe un’alternanza continua tra cicli di automazione e cicli di riqualificazione e ricollocamento dei lavoratori³². Il timore è che questa volta, con l’avvento delle nuove tecnologie e dell’era dell’informatizzazione, qualcosa sia cambiato, e che dunque il ciclo sia destinato a spezzarsi, producendo elevati livelli di disoccupazione che non troveranno risposta, e non potranno mai essere “riassorbiti” nel mondo del lavoro³³ o compensati attraverso un incremento del benessere generale³⁴, facendo così venire meno la “neutralità” del fenomeno dell’automazione per la società non solo nel breve periodo e con riferimento alla generazione attuale, ma anche nel lungo periodo e con riferimento alle generazioni future.

Nell’era dell’informatizzazione e di questa “nuova automazione”, infatti, il problema non sarà più tanto il fatto che le macchine soppiantino l’uomo nello svolgimento del lavoro manuale ma diventerà, piuttosto, sempre più il fatto che le intelligenze artificiali saranno in grado di soppiantare l’uomo anche nello svolgimento di prestazioni intellettuali.

³⁰ Si vedano C. B. FREY, M. A. OSBORNE, *The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?*, in *Technological forecasting and social change*, vol. 114, 2017, pp. 254 ss.

³¹ Il concetto è stato introdotto da J. RIFKIN, *The end of work: The decline of the global labor force and the dawn of the post-market era*, New York, Putnam, 1995. In senso sostanzialmente analogo le preoccupazioni espresse da: D. F. NOBLE, *Progress without people. New technology, unemployment, and the message of resistance*, Toronto, Between the Lines, 1995; R. U. AYRES, *Turning point: End of the growth paradigm*, London, Routledge, 1997.

³² Tale paradigma è stato a lungo ritenuto la soluzione a quella che gli economisti chiamano la “fallacia luddista”. Si vedano sul tema: T. LEHMAN, *Countering the modern luddite impulse*, in *The Independent Review*, vol. 20, n. 2/2015, pp. 265 ss.; J. MINCER, S. DANNINGER, *Technology, unemployment, and inflation*, in *National Bureau of Economic Research working papers*, n. 7816/2000. Per un’approfondita analisi della letteratura sul tema nelle scienze economiche si veda M. VIVARELLI, *Innovation, employment and skills in advanced and developing countries: a survey of the literature*, cit.

³³ Si vedano sul punto, per tutti: E. BRYNJOLFSSON, A. MCAFEE, *Race against the machine: How the digital revolution is accelerating innovation, driving productivity, and irreversibly transforming employment and the economy*, Digital Frontier Press, 2011; V. WADHWA, *Sorry, but the jobless future isn’t a luddite fallacy*, in *The Washington Post*, 7 luglio 2015; M. WALKER, *BIG and technological unemployment: Chicken Little versus the economists*, in *Journal of evolution and technology*, vol. 24, n. 1/2014.

³⁴ Non si applicherebbe quindi, alla nuova automazione, la “teoria della compensazione”. Si veda sul tema M. VIVARELLI, *Innovation, employment and skills in advanced and developing countries: a survey of the literature*, cit., pp. 8 ss.

Per comprendere l'entità delle problematiche che si vanno profilando³⁵ e, soprattutto, la velocità con cui il progresso tecnologico sta letteralmente bruciando le tappe nell'avvicinamento al momento in cui tali criticità effettivamente emergeranno, basti pensare al caso del gioco di strategia cinese "Go". Fino a un paio di anni fa il gioco Go veniva indicato agli studenti universitari di informatica che iniziavano ad avvicinarsi allo studio delle intelligenze artificiali quale esempio principe della distanza che ancora intercorre tra intelligenza umana e intelligenza artificiale³⁶. Mentre, come noto, negli scacchi i computer hanno iniziato a poter rivaleggiare con i maestri umani già a partire dagli anni '80 (e nel 1997 l'intelligenza artificiale *Deep Blue* ha battuto il campione del mondo Garry Kasparov³⁷), ci vorranno ancora decenni – si diceva – prima che la macchina possa competere con l'essere umano in una partita di Go, poiché il gioco è troppo complesso, le variabili così numerose da essere incalcolabili, e dunque diviene decisiva l'inventiva, la fantasia, la creatività dell'intelligenza umana che l'intelligenza artificiale non è in grado di eguagliare o simulare³⁸.

In altri termini, a differenza di quello che accade con la dama o con gli scacchi, è impossibile per l'intelligenza artificiale calcolare, quando è il suo turno di giocare, tutte le possibili mosse (e i loro possibili *outcome*) con la tecnica del "brute force" (forza bruta). Ciò richiederebbe infatti di calcolare, anche soltanto per poter "prevedere" i quattro turni successivi, 320 miliardi di mosse possibili, senza contare che in Go, al contrario che in altri giochi, non è sempre possibile prevedere con certezza se una mossa è buona o cattiva, ovvero il suo impatto futuro (anche eventualmente decine di turni dopo) nella partita. Proprio per questo si riteneva che la capacità di inventiva e l'intuizione dell'essere umano fossero necessariamente destinate a continuare a prevalere sulla macchina ancora per molti anni.

Orbene, la previsione è stata completamente smentita, tanto che nel 2016, per la prima volta, l'intelligenza artificiale *AlphaGo*, sviluppata da Google nell'ambito del progetto *DeepMind*, ha sconfitto nettamente (4-1) Lee Sedol, considerato da molti il più grande giocatore di Go al mondo³⁹.

³⁵ Per un'approfondita riflessione sulle questioni costituzionalistiche sottese allo sviluppo delle intelligenze artificiali si veda C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. speciale/2019, pp. 101 ss.

³⁶ Si veda, ad esempio, J. MAŃDZIUK, *Computational intelligence in mind games*, in J. MAŃDZIUK, W. DUCH (a cura di), *Challenges for computational intelligence*, New York, Springer, 2007, pp. 407 ss.

³⁷ Si veda F. H. HSU, *Behind Deep Blue: Building the computer that defeated the World chess champion*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

³⁸ Si consideri, solo per farsi un'idea del divario di complessità, che mentre negli scacchi il numero totale di combinazioni possibili delle mosse di apertura dei due giocatori è di 400, in una partita di Go il numero totale di combinazioni possibili delle mosse di apertura è di circa 32.490. Sul tema si vedano: D. LICHTENSTEIN, M. SIPSER, *GO is polynomial-space hard*, in *Journal of the Association for Computing Machinery*, vol. 27, n. 2/1980, pp. 393 ss.; X. CAI, D. C. WUNSCH, *Computer Go: A grand challenge to AI*, in J. MAŃDZIUK, W. DUCH (a cura di), *Challenges for computational intelligence*, cit., pp. 443 ss.

³⁹ Ciò è stato possibile grazie ad algoritmi innovativi che combinano le tecniche del *machine learning* con la ricerca su alberi e con una fase preliminare di apprendimento fondata sullo studio, da parte della macchina, di partite

Per un esempio più concreto (e maggiormente correlato alle questioni del lavoro), si pensi all'intelligenza artificiale *Duplex*, sviluppata da Google, capace di svolgere le funzioni di un vero e proprio segretario, e dunque di ordinare beni e servizi, fissare appuntamenti e organizzare spostamenti via telefono senza che l'interlocutore umano si renda conto di stare interagendo con una macchina e non con un altro operatore⁴⁰.

Si pensi, ancora, ai servizi di assistenza clienti online, gestiti da intelligenze artificiali che interagiscono "chattando" con i consumatori, rispondendo alle loro domande e gestendo le loro richieste in tempo reale e senza l'intervento di un operatore umano⁴¹.

E si tratta solo della punta dell'*iceberg*, dal momento che sono attualmente allo studio (o addirittura già in fase di sperimentazione) nuove tipologie di intelligenze artificiali che potranno svolgere (almeno in parte) anche i lavori che sono normalmente considerati le classiche professioni intellettuali (nel senso civilistico del termine)⁴². E così, ad esempio, le intelligenze artificiali possono essere utilizzate in campo economico (si pensi alle mansioni tipiche della figura del commercialista⁴³, allo sviluppo automatizzato di modelli aziendali di *business*⁴⁴, o alla circostanza per cui, di fatto, sono già le intelligenze artificiali a gestire larga parte delle operazioni di *trading*⁴⁵), ma anche in ambito medico (si pensi ai programmi che possono essere utilizzati a fini diagnostici e nell'ambito della medicina preventiva⁴⁶) e finanche legale (si pensi alla

giocate da esseri umani ovvero, in una fase successiva, dall'intelligenza artificiale stessa. In tal modo l'intelligenza artificiale diviene capace di "restringere" il campo delle possibili mosse e di valutare solo quelle preferibili, senza dover quindi calcolare l'intera gamma delle azioni possibili. Sul tema si vedano D. SILVER, J. SCHRITTWIESER, K. SIMONYAN, J. ANTONOGLU, A. HUANG, A. GUEZ, T. HUBERT, L. BAKER, M. LAI, A. BOLTON, Y. CHEN, T. LILICRAP, F. HUI, L. SIFRE, G. VAN DEN DRIESSCHE, T. GRAEPEL, D. HASSABIS, *Mastering the game of Go without human knowledge*, in *Nature*, vol. 550, 2017, pp. 354 ss.

⁴⁰ Cfr. J. VINCENT, *Google's AI sounds like a human on the phone – should we be worried?*, in *The Verge*, 9 maggio 2018.

⁴¹ Cfr. R. SHARMA, *How artificial intelligence is changing customer service forever*, in *TechGenix*, 18 settembre 2018.

⁴² Si veda C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, cit., *passim*. La prospettiva va inverandosi sempre più grazie allo sviluppo delle tecnologie del *deep learning* e delle "reti neurali", di cui AlphaGo è solo un esempio. Sul tema si veda, per tutti, M. A. NIELSEN, *Neural networks and deep learning*, San Francisco, Determination Press, 2015.

⁴³ Si veda P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, cit., p. 551.

⁴⁴ Si veda sul tema R. MORO VISCONTI, *L'intelligenza artificiale: modelli di business e profili di valutazione*, in *Il diritto industriale*, n. 5/2018, pp. 421 ss.

⁴⁵ Si vedano sul tema, per tutti: R. A. FREEDMAN, *Artificial intelligence in the capital markets: State-of-the-art applications for institutional investors, bankers and traders*, New York, McGraw-Hill, 1994; D. BAO, Z. YANG, *Intelligent stock trading system by turning point confirming and probabilistic reasoning*, in *Expert systems with applications*, vol. 34, n. 1/2008, pp. 620 ss.; H. THINYANE, J. MILLIN, *An investigation into the use of intelligent systems for currency trading*, in *Computational economics*, vol. 37, n. 4/2011, pp. 363 ss.

⁴⁶ Si vedano sul tema, per tutti: N. MUSACCHIO, G. GUAITA, A. OZZELLO, M. A. PELLEGRINI, P. PONZANI, R. ZILICH, A. DE MICHEL, *Intelligenza Artificiale e Big Data in ambito medico: prospettive, opportunità, criticità*, in *JAMD*, vol. 21, n. 3/2018, pp. 204 ss.; Z. OBERMEYER, T. H. LEE, *Lost in thought: The limits of the human mind and the future of medicine*, in *New England journal of medicine*, vol. 377, 2017, pp. 1209 ss.; J. H. CHEN, S. M. ASCH, *Machine learning and prediction in medicine: Beyond the peak of inflated expectations*, in *New England journal of medicine*, vol. 376, 2017, pp. 2507

compilazione automatica di atti giudiziari, o addirittura all'utilizzo di algoritmi, a volte persino "predittivi", che coadiuvino l'interprete nella gestione e risoluzione di casi complessi⁴⁷).

Si consideri che la ricerca sulle intelligenze artificiali sta facendo ingresso addirittura nel campo delle professioni artistiche, al punto che sono stati sviluppati algoritmi in grado di realizzare dipinti che già vengono venduti dalle principali case d'aste⁴⁸.

In termini generali è stato osservato come siano potenzialmente suscettibili di automazione nel futuro a breve termine tutti i lavori, anche se annoverabili tra le "professioni intellettuali", in cui:

- sia necessario processare molti dati;
- vi sono regole chiare e definite da applicare;
- si produce un prodotto (un *output*) standardizzato⁴⁹.

Per comprendere la vastità del problema, basti pensare che a poter essere automatizzate non saranno soltanto le mansioni svolte dai lavoratori, ma persino le mansioni di chi seleziona i lavoratori ai fini dell'assunzione. Trattasi del caso dell'utilizzo delle intelligenze artificiali nell'ambito dell'automazione dei processi di *recruiting*. In altre parole, a decidere quale lavoratore assumere per coprire una determinata posizione non sarà più un lavoratore umano, ma una macchina.

La pratica, pur non particolarmente conosciuta in Italia, è in via di diffusione in altri Paesi (e in particolare negli Stati Uniti d'America)⁵⁰. Se ciò presenta evidenti vantaggi (sia sotto il profilo dell'efficienza che sotto quello dell'accuratezza delle scelte che vengono compiute), si aprono però delle problematiche tutt'altro che trascurabili sotto il profilo etico e giuridico⁵¹. Tali problematiche discendono, in gran parte, dalla mancanza di trasparenza circa i criteri secondo i quali la selezione delle candidature viene operata dall'algoritmo, specie se esso usa tecniche di apprendimento automatico (il già menzionato *machine*

ss.; A. L. BEAM, I. S. KOHANE, *Translating artificial intelligence into clinical care*, in *Journal of the American Medical Association*, vol. 316, n. 22/2016, pp. 2368 ss.

⁴⁷ Sul tema si vedano, per tutti: C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo? I lavori in corso alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa*, in *Questione giustizia*, n. 4/2018, pp. 189 ss.; E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2/2018, pp. 533 ss.; A. M. CARLSON, *The need for transparency in the age of predictive sentencing algorithms*, in *Iowa Law Review*, vol. 103, n. 1/2017, pp. 303 ss.; R. H. SLOAN, R. WARNER, *Algorithms and human freedom*, in *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 35, n. 4/2019.

⁴⁸ Cfr. G. COHN, *AI art at Christie's sells for \$432,500*, in *The New York Times*, 25 ottobre 2018. Evidentemente senza voler entrare nel dibattito su cosa possa costituire o meno un'opera d'arte.

⁴⁹ Si veda P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, cit., p. 551.

⁵⁰ Cfr. S. CASTELLANOS, *HR departments turn to AI-enabled recruiting in race for talent*, in *The Wall Street Journal*, 14 marzo 2019.

⁵¹ In questa sede ci si limiterà ad alcuni sintetici esempi. Per una più approfondita analisi delle questioni in esame si vedano, per tutti, B. DATNER, T. CHAMORRO-PREMUZIC, R. BUCHBAND, L. SCHETTLER, *The legal and ethical implications of using AI in hiring*, in *Harvard business review*, 25 aprile 2019.

learning), e dunque affina autonomamente tali criteri⁵². In particolare, diviene estremamente difficile garantire (e, successivamente, verificare) che la scelta venga compiuta con modalità conformi al principio di eguaglianza e non discriminazione. Basti pensare al caso di Amazon, che ha dovuto interrompere l'utilizzo della propria intelligenza artificiale per il reclutamento di nuovo personale, tornando ad avvalersi di operatori umani, perché l'intelligenza artificiale operava discriminando i candidati di sesso femminile. Ciò è dovuto al fatto che l'intelligenza artificiale “imparava” osservando i curricula dei candidati che hanno successo all'interno dell'azienda e, dal momento che in Amazon (come del resto in tutte le altre aziende del settore IT) i dipendenti sono per la stragrande maggioranza maschi, l'intelligenza artificiale aveva concluso che appartenere al sesso maschile fosse un criterio preferenziale per svolgere con successo quel tipo di mansioni⁵³.

L'esempio, relativo al genere, può essere agevolmente traslato su altre caratteristiche dell'individuo, come l'etnia: sempre prendendo ad esempio il settore IT, la maggioranza dei lavoratori è di etnia caucasica o asiatica, e l'intelligenza artificiale ben potrebbe, da “autodidatta”, “convincersi” che appartenere a uno di tali gruppi etnici sia un criterio preferenziale per l'assunzione.

Il quadro sopradescritto pone evidenti criticità con riferimento al rispetto del fondamentale principio di eguaglianza e non discriminazione di cui all'articolo 3 Cost., che vieta distinzioni basate su sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche e condizioni personali e sociali. Si possono determinare inoltre criticità non trascurabili con riferimento alla giustiziabilità delle violazioni del principio in esame (e della normativa antidiscriminazione riferita al mondo del lavoro) da parte dell'intelligenza artificiale, dal momento che, vista la problematicità dell'individuazione dei criteri che gli algoritmi utilizzano in concreto, per l'autorità giudiziaria diviene estremamente difficile accertare se effettivamente una discriminazione vietata abbia avuto luogo⁵⁴.

Il punto è, in effetti, che l'intelligenza artificiale non conosce il principio di eguaglianza, il principio di non discriminazione, o finanche il principio di dignità umana: essa conosce un obiettivo (che le viene posto dal programmatore) e determina l'azione più efficiente per raggiungerlo, senza tuttavia essere in grado di modulare la propria azione secondo direttrici etiche, morali o giuridiche. L'intelligenza artificiale

⁵² Ciò è vero per tecnologie nuove quali *machine learning*, *deep learning* e reti neurali, mentre non era altrettanto vero per la “generazione precedente” delle intelligenze artificiali, basate sui *decision trees*.

⁵³ Cfr. J. DASTIN, *Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women*, in *Reuters*, 10 ottobre 2018.

⁵⁴ Sul tema del rapporto tra algoritmi e principio di non discriminazione si vedano: S. BORNSTEIN, *Antidiscriminatory algorithms*, in *Alabama Law Review*, vol. 70, n. 2/2018, pp. 519 ss.; P. T. KIM, *Auditing algorithms for discrimination*, in *University of Pennsylvania Law Review Online*, vol. 166, 2017, pp. 189 ss.; J. A. KROLL, S. BAROCAS, E. W. FELTEN, J. R. REIDENBERG, D. G. ROBINSON, H YU, *Accountable algorithms*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, n. 3/2017, pp. 633 ss.

non è dunque a-giuridica nel senso di violare scientemente dei principi costituzionali fondamentali, ma è a-giuridica nel senso che essa semplicemente ignora tali principi.

Basti pensare al caso dell'intelligenza artificiale del servizio *Google Photos*, capace di riconoscere automaticamente i soggetti ritratti nelle foto che vengono caricate dagli utenti comparandole con migliaia di altri scatti archiviati, che identificava le persone di colore come “gorilla”⁵⁵. L'intelligenza artificiale non era, come affermato in modo enfatico da alcuni media, “razzista”, ma semplicemente non conosceva i concetti di discriminazione razziale o di dignità umana. Trattasi di un caso estremo, che tuttavia ben evidenzia quale sia la portata dei problemi giuridici e costituzionali che vengono aperti dal ricorso alle nuove tecnologie, non solo con riferimento al mondo del lavoro⁵⁶.

3.2. Nuove opportunità e nuove criticità

In un quadro di questo tipo, quello che era divenuto quasi un “dogma” delle dottrine liberali, e dunque l'idea che il progresso tecnologico per definizione possa solo creare maggiore occupazione e un maggior livello di benessere nella società, viene messo a dura prova, attesa la drastica accelerazione che l'informatizzazione e le nuove tecnologie hanno imposto e stanno imponendo ai processi di automazione. A prescindere dal fatto che il fenomeno continui ad essere o meno, nel lungo periodo, un “gioco a somma zero”, lo *shock* sul mondo del lavoro (e dunque le conseguenze con riferimento alla tutela del diritto al lavoro e della dignità individuali) rischia di essere, effettivamente, senza precedenti.

In questa prospettiva, per le nuove questioni della robotica e dell'intelligenza artificiale (e dunque per la “nuova automazione”) dovrebbe valere in linea generale il sistema di principi che ha storicamente orientato l'approccio dello Stato democratico liberale alle problematiche dell'automazione, e dunque si può ritenere che tali innovazioni possano contribuire all'attuazione del principio lavorista nella misura in cui esse consentono una migliore tutela e promozione del diritto al lavoro (facilitando lo svolgimento delle prestazioni lavorative), ma possano altresì creare compressioni del diritto individuale al lavoro con riferimento a specifici casi concreti. Ciò non soltanto per quanto riguarda la questione della disoccupazione tecnologica: l'impatto delle nuove tecnologie sul diritto al lavoro (e sui diritti, connessi,

⁵⁵ Cfr. J. SNOW, *Google Photos still has a problem with gorillas*, in *MIT Technology review*, 11 gennaio 2018. Ad oggi Google non è ancora riuscita a risolvere il problema, e la parola chiave “gorilla”, a quanto consta, è stata bloccata in modo da non poter essere utilizzata dall'algoritmo. Cfr. J. VINCENT, *Google “fixed” its racist algorithm by removing gorillas from its image-labeling tech*, in *The Verge*, 12 gennaio 2018.

⁵⁶ Esiste in effetti, a ben vedere, anche il problema opposto, e cioè quello del riconoscimento dei diritti e della dignità di (allo stato ancora eventuali) intelligenze artificiali senzienti. Si veda sul tema F. G. PIZZETTI, *The Robot Sophia as a “New Citizen” of Saudi Arabia: what about granting legal personhood, “citizenship” ed eventually dignity to non-human entities with artificial intelligence?*, in *Notizie di Politeia*, n. 133/2019, pp. 63 ss.

dei lavoratori) è infatti molto più profondo, e investe potenzialmente ogni modalità di svolgimento dell'attività lavorativa.

Basti pensare ad esempio, in primo luogo, all'emancipazione dall'orario lavorativo fisso e predeterminato attraverso le nuove tecnologie, che consentono, tra le altre cose, il cosiddetto "lavoro da remoto" (da non confondersi con il lavoro autonomo)⁵⁷. Per converso, diviene sempre più necessario introdurre un "diritto alla disconnessione" (il diritto all'esonero dall'utilizzo dei nuovi mezzi di comunicazione a fine lavorativo nell'orario extra-lavorativo)⁵⁸, in modo da garantire che il fatto di essere connessi ventiquattro ore su ventiquattro grazie alle nuove tecnologie non significhi trovarsi sul posto di lavoro ventiquattro ore su ventiquattro, con evidenti conseguenze con riferimento al diritto al riposo del lavoratore ex articolo 36 comma 3 Cost. e alla lunghezza massima della giornata lavorativa ex articolo 36 comma 2 Cost.⁵⁹.

Si pensi, in secondo luogo, alla sempre crescente dematerializzazione dell'impresa e dei suoi luoghi fisici, oltre che alla maggiore flessibilità dei processi produttivi, e del resto non è raro, oggi, il caso di imprese interamente dematerializzate, nelle quali non vi è di fatto alcuna interazione (non solo fisica, ma anche personale) tra i soggetti che compongono la compagine aziendale. Vengono quindi meno l'impresa quale luogo di aggregazione, come comunità di lavoratori, e finanche come formazione sociale ex articolo 2 Cost.⁶⁰, oltre che la concezione dell'azienda come centro di un sistema di valori non solo economici, ma che si compone altresì di interessi plurimi e diversificati, spesso anche in conflitto tra loro, sempre meno

⁵⁷ Posta la non necessaria sovrapposibilità dei concetti, potendo il lavoro da remoto ben essere lavoro subordinato. Sulla problematicità attuale della distinzione, dovuta anche alle nuove tecnologie, si veda E. SENA, *Lavoro agile e diritto alla disconnessione: l'incidenza delle nuove tecnologie sulle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro*, in *Il diritto del mercato e del lavoro*, n. 1/2018, pp. 245 ss. Sulle potenzialità del lavoro da remoto per la tutela dei diritti della donna lavoratrice si veda E. CATELANI, *La donna lavoratrice nella "sua essenziale funzione familiare" a settant'anni dall'approvazione dell'art. 37 Cost.*, cit., pp. 22 ss.

⁵⁸ Sul diritto alla disconnessione nell'ordinamento costituzionale italiano si vedano: R. PERRONE, *Il "diritto alla disconnessione" quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, in *Federalismi.it*, n. 24/2017; D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei "diritti digitali"*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 1/2017, pp. 8 ss.; R. DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *Labour & Law issues*, n. 2/2017; E. DAGNINO, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 4/2017, pp. 1024 ss.

⁵⁹ Resta peraltro aperto il quesito circa l'abdicabilità volontaria di un diritto alla disconnessione siffatto da parte dell'interessato, se si considera che la Corte di Cassazione, pur con riferimento al libero professionista e non al lavoratore dipendente, ha ritenuto che il "diritto al tempo libero" sia un "diritto immaginario". Cfr.: Cass. Civ., Sez. III, sentenza n. 9422 del 22 marzo 2011; Cass. Civ., Sez. III, sentenza n. 21725 del 5 dicembre 2012. Se una tale soluzione può apparire convincente con riferimento a un ipotetico "diritto al tempo libero", essa non convince invece appieno con riferimento al diritto al riposo del lavoratore (esplicitamente dichiarato "non rinunciabile" dall'articolo 36 comma 3 Cost.). Sull'irrinunciabilità del diritto al riposo si veda, per tutti, A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, XII, Roma, Treccani, 1989, pp. 16 ss. Sul tema si veda inoltre R. G. RODIO, *Il diritto al riposo settimanale come elemento di inclusione sociale*, in *Diritto e religioni*, 2017.

⁶⁰ Secondo l'interpretazione, influenzata dalla dottrina sociale cattolica, per cui l'impresa è una «comunità di uomini che, in modi diversi, perseguono il soddisfacimento dei loro bisogni fondamentali e costituiscono un particolare gruppo al servizio dell'intera società». Così l'enciclica "*Centesimus Annus*" di Papa Giovanni Paolo II del 1° maggio 1991.

esclusivamente finanziari o strettamente reddituali e sempre più orientati in prospettiva sociale⁶¹. Per converso, diviene necessario elaborare nuovi metodi volti a conseguire un maggiore coinvolgimento dei lavoratori nella vita d'impresa.

In questo senso, rilievo centrale potrebbe assumere il recupero dell'articolo 46 Cost. che riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende, sostanzialmente ignorato (se non in rari casi) nell'esperienza costituzionale italiana, a fronte di tentativi di attuazione di norme sostanzialmente analoghe che hanno prodotto risultati comunque apprezzabili in altri ordinamenti europei⁶². Detto recupero dell'articolo 46 Cost. potrebbe addirittura giovare delle nuove tecnologie e dell'informatizzazione, che consentono una consultazione rapida e capillare dei lavoratori, attraverso la creazione di piattaforme a ciò dedicate, anche secondo i canoni recentemente assunti dalle nuove forme di democrazia deliberativa o di democrazia partecipativa⁶³.

Si pensi, in terzo luogo, al fatto che le nuove tecnologie consentono un migliore incontro tra domanda e offerta di lavoro, sia dal lato del lavoratore (che può sottoporre la propria candidatura a un numero enorme di potenziali datori di lavoro) che dal lato dell'impresa (che può attingere a un *pool* enorme di candidati), facendo sì che il numero di potenziali datori di lavoro e di potenziali candidati divenga, di fatto, virtualmente illimitato. Per converso, diviene necessario introdurre nuovi strumenti per la tutela dei lavoratori, da un lato con riferimento alla concorrenza di lavoratori residenti in altri Paesi caratterizzati da diversi livelli di sviluppo economico e di tutela del lavoro, e dall'altro con riferimento a nuove tecniche di reclutamento che, come si è visto, rischiano di divenire, in futuro, fortemente discriminatorie con riferimento ad alcune categorie.

È emblematico in questo senso il fenomeno della delocalizzazione dei *call center* e dei reparti assistenza verso Paesi in cui il costo del lavoro è molto più basso, garantendo in ogni caso un servizio di livello adeguato (viste le competenze tecniche e linguistiche dei nuovi operatori). È stato osservato, in punto,

⁶¹ Trattasi di concezione che, se pure aveva stentato ad inverarsi nei primi anni dell'esperienza Repubblicana (salvo alcune eccezioni "virtuose", e si pensi ad esempio al noto caso della Olivetti), andava nondimeno affermandosi nelle ultime decadi del secolo scorso. Sul tema si veda P. RICCI, *L'articolo 41 della Costituzione Italiana e la responsabilità sociale d'impresa*, in AA. VV., *Il bene dell'azienda. Scritti in onore di Vittorio Coda*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 3 ss. Sul caso della Olivetti si veda G. CAMPANINI, *Adriano Olivetti nei percorsi storici del comunitarismo*, in *Aggiornamenti sociali*, n. 12/2008.

⁶² Sul tema si vedano: J. LUTHER, *Garanzie e limiti costituzionali del diritto alla cogestione delle aziende: la sostenibilità di equivalenti italiani alla Mitbestimmung*, in questo numero; P. ICHINO, *Partecipazione dei lavoratori nell'impresa: le ragioni di un ritardo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 4/2013, pp. 861 ss.

⁶³ Un'operazione siffatta dovrebbe tuttavia essere attentamente calibrata dal legislatore, ai fini di evitare le possibili derive che sono state ben evidenziate dal dibattito dottrinale sulle nuove forme di democrazia diretta, partecipativa e deliberativa. Sulle criticità in esame si vedano, per tutti: P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *Federalismi.it*, n. speciale 1/2017, specie pp. 11 ss.; A. D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, specie pp. 10 ss.; A. PAPA, *"Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, n. speciale 1/2017, specie pp. 20 ss.

che l'intensificarsi della concorrenza tra i lavoratori, anche per effetto dell'ingresso nel mercato di lavoratori residenti in Paesi distanti e facenti parte del cosiddetto mondo "in via di sviluppo", finisce per erodere l'efficacia delle tecniche di protezione sulle quali si è tradizionalmente fondato l'ordinamento giuslavoristico, mettendo a rischio soprattutto la "parte bassa" o "metà inferiore" di ciascuna categoria professionale, e aumentando conseguentemente le disuguaglianze nel reddito⁶⁴. Diviene pertanto imperativo lo sviluppo, da parte del legislatore (anche europeo, vista la portata sovranazionale del fenomeno), di nuove tecniche di protezione che si adattino alla mutata realtà del mercato del lavoro.

Si pensi, infine, al controllo capillare e permanente delle prestazioni lavorative erogate dai dipendenti, reso possibile dalle nuove tecnologie, che consentono un'agevole e immediata valutabilità, che a sua volta dovrebbe promuovere una maggiore meritocrazia e una progressione di carriera ispirata a criteri oggettivi e trasparenti. Per converso, un controllo capillare siffatto genera inevitabilmente un incremento dello "stress da prestazione lavorativa", proprio in virtù della valutazione continua alla quale il dipendente viene sottoposto⁶⁵. Si genera inoltre una situazione in cui vi è una possibile interferenza, oltre che con il diritto al lavoro individuale, con ulteriori diritti, come ad esempio il diritto alla *privacy*, che assume una centralità sempre crescente proprio per via del progressivo affermarsi dell'informatizzazione⁶⁶.

Le questioni in esame sono emerse recentemente anche in Italia, come ben esemplificato dal caso dei "braccialetti" elettronici brevettati da Amazon che dovrebbero, in teoria, guidare il dipendente nella ricerca di specifici prodotti nel magazzino rendendo più efficiente e meno gravoso il lavoro, ma che sono stati aspramente criticati perché consentirebbero allo stesso tempo al datore di lavoro di sorvegliare i

⁶⁴ Si veda in questo senso P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., p. 560. Emblematico, con riferimento al caso dei *call center*, è stato a lungo il problema della contrattualizzazione dei dipendenti. Si vedano: M. A. CARBONE, *Contratto di collaborazione a progetto nel settore del "call center outbound": un nuovo tipo contrattuale?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2/2014, pp. 332 ss.; L. CAROLLO, *Il contratto di apprendistato nei call center*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3/2011, pp. 811 ss.; A. CANTILENA, *Sulla qualificazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze dei call center nelle attività in bound*, in *Diritto e giurisprudenza*, n. 1/2009, pp. 96 ss.

⁶⁵ Si veda P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., p. 560.

⁶⁶ Si veda M. OROFINO, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in *Rivista di diritto dei media*, 2/2018. Sul tema specifico del rapporto tra normativa a tutela della *privacy* e diritti dei lavoratori si vedano, per tutti: I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione tra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *Labour & Law issues*, vol. 2, n. 1/2016; P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli "a distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (c.d. Jobs Act)*, in *Centre for the Study of European Labour Law working papers*, n. 255/2015; A. SITZIA, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 St. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in *Labour & Law issues*, vol. 2, n. 1/2016. Anche in questo caso si tratta di problematiche note (i datori di lavoro hanno sempre raccolto informazioni sui loro dipendenti) che vengono quantitativamente e qualitativamente esasperate dal progresso tecnologico. Si veda M. BARBIERI, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 183 ss.

dipendenti, con particolare riferimento ai ritmi e tempi di lavoro (il dispositivo geolocalizza il dipendente, mostrando addirittura un conto alla rovescia relativo al tempo entro il quale il prodotto deve essere recuperato dagli scaffali)⁶⁷. In altre parole, se sulla base dei dati raccolti dal braccialetto un dipendente dovesse risultare più “lento” di quanto l’azienda reputi normale, questi potrebbe verosimilmente incorrere in richiami o sanzioni⁶⁸.

Quelli che si è cercato di descrivere sono solo alcuni dei numerosi problemi relativi alla tutela effettiva dei diritti del lavoratore che il legislatore è chiamato a risolvere nell’era dell’informatizzazione. Le soluzioni proposte (per questi e altri problemi) nel dibattito dottrinale, politico e sociale sono molteplici e finanche tra loro diametralmente opposte. Per poter fornire una risposta agli interrogativi generati in questa nuova fase, appare quindi necessario che la dottrina giuspubblicistica si interroghi preliminarmente in merito alla compatibilità costituzionale delle principali modalità di intervento statale che da detto dibattito sono emerse.

4. Le nuove sfide per il legislatore

Ai fini di fronteggiare i problemi epocali dell’era dell’informatizzazione alcune delle tesi più radicali (e che non appaiono, oggi, condivisibili), come quelle riferibili al cosiddetto “neoluddismo”⁶⁹ o alla corrente del “post-sviluppo”⁷⁰, indicano quale via preferibile un intervento del legislatore volto ad arrestare, o finanche invertire, il progresso tecnologico, se non addirittura un integrale ripensamento della nozione stessa di Stato.

Se tuttavia nell’era digitale si ritiene di voler restare coerenti, come appare indubbiamente preferibile, con un approccio costituzionalmente orientato al problema che, come tale, non metta in discussione le fondamenta stesse dello Stato democratico, sociale e liberale contemporaneo, il principio generale sotteso

⁶⁷ Cfr. A. BOYLE, *Amazon wins a pair of patents for wireless wristbands that track warehouse workers*, in *GeekWire*, 30 gennaio 2018.

⁶⁸ In questo senso, non si può che concordare con la dottrina maggioritaria che, in punto, ha ritenuto che tali dispositivi debbano ritenersi incompatibili con l’articolo 4 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300 del 20 maggio 1970) laddove la loro finalità sia, anche solo indirettamente, sanzionatoria e di controllo. Sul tema si veda R. DI MEO, *Tecnologie e poteri datoriali: commento a margine del c.d. braccialetto Amazon*, in *Labour & Law issues*, vol. 4, n. 1/2018.

⁶⁹ Il movimento neo-luddista, in alcune rare occasioni, è sfociato anche in forme violente di protesta (come l’originario movimento del luddismo operaio). E del resto si consideri che Ted Kaczynski, prodigio della matematica e docente all’Università di Berkeley, meglio noto con lo pseudonimo di “Unabomber”, era un sostenitore delle tesi neo-luddiste, e che molti dei suoi attentati erano finalizzati ad ottenere la pubblicazione, nel 1995, del suo saggio “*Industrial society and its future*” sui principali media americani (come il *New York Times* e il *Washington Post*).

⁷⁰ Sulle teorie del post-sviluppo si vedano, per tutti: A. ESCOBAR, *Designs for the pluriverse: radical interdependence, autonomy, and the making of Worlds*, Durham, Duke University Press, 2018; W. SACHS, *The development dictionary: A guide to knowledge as power*, London, Zed Books, 2009; J. FERGUSON, *The anti-politics machine “development” and bureaucratic power in Lesotho*, in *The Ecologist*, vol. 24, n. 5/1998, pp. 176 ss.

all'intervento statale dovrà rimanere, come si è cercato di argomentare, sostanzialmente invariato, e dunque l'azione del legislatore dovrà essere orientata verso la mitigazione degli effetti maggiormente lesivi dell'informatizzazione e della nuova automazione con riferimento alle situazioni individuali.

Se il principio rimane lo stesso, diversa dovrà essere però la sua modulazione, dal momento che diverso è, nella società attuale, l'impatto dell'evoluzione tecnologica sul mercato del lavoro. In altri termini, alla luce della pervasività dei fenomeni che si è cercato di descrivere, il già menzionato adagio di Jean-Baptiste Say per cui «le macchine per essere costruite richiedono un lavoro considerevole, che occupa le mani di coloro che esse rendono disoccupato»⁷¹, potrebbe non essere automaticamente traducibile nella fase storica attuale, e dunque non è sempre necessariamente vero che la nuova automazione generata dall'informatizzazione creerà un numero di nuovi posti di lavoro (ad esempio per ingegneri, informatici, programmatori, ma anche con riferimento alle nuove professioni del “capitalismo diffuso”⁷², quali ad esempio gli *youtubers* o gli *influencers*) sufficiente ad assorbire la disoccupazione tecnologica prodotta.

Posto dunque che gli schemi di intervento storicamente adottati dal legislatore appaiono ormai obsoleti, occorre necessariamente chiedersi in quali nuove modalità concrete si debba tradurre il principio della mitigazione degli effetti maggiormente lesivi dell'automazione con riferimento alle situazioni individuali ai fini di garantire una corretta attuazione del principio lavorista e una piena tutela del diritto al lavoro a fronte delle sfide attuali e delle nuove sfide (che per molti versi risultano ancora imprevedibili) degli anni a venire. Fermo il fatto che la dottrina maggioritaria nelle scienze economiche sembra seguitare a ritenere che il progresso tecnologico, anche nella fase attuale, sia destinato ad aumentare il livello complessivo della ricchezza, il punto è allora, in ultima analisi, come lo Stato, in attuazione del fondamentale principio solidarista e del principio lavorista, deciderà di indirizzare (in una prospettiva di lungo periodo) le risorse generate attraverso la nuova automazione ai fini di evitare l'inasprirsi delle diseguaglianze (e quindi la concentrazione in capo ai detentori del nuovo “potere tecnologico” del maggiore benessere generato, a scapito dei “disoccupati tecnologici” che la stessa nuova automazione produce).

La soluzione che si propone sovente nelle letture più pessimistiche dell'impatto del progresso tecnologico sul diritto al lavoro è quella dell'introduzione di strumenti assistenziali (o di sussistenza) come il reddito minimo garantito, quale “indennizzo” per la perdita di lavoro causata dall'automazione⁷³. Solo in questo modo sarebbe possibile tutelare adeguatamente la dignità del lavoratore (e del non lavoratore in cerca di occupazione). Sono letture che, del resto, si attagliano sulle tesi dottrinali che ritengono che l'introduzione

⁷¹ Così J-B. SAY, *Traité d'économie politique, ou simple exposition de la manière dont se forment les richesses*, cit., p. 87.

⁷² Si veda A. SUNDARARAJAN, *Crowd-based capitalism, digital automation, and the future of work*, in *The University of Chicago legal forum*, 2017, pp. 487 ss.

⁷³ Si veda sul tema P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, cit., pp. 552 ss. Per la dottrina straniera si veda, invece, M. WALKER, *BIG and technological unemployment: Chicken Little versus the economists*, cit.

di forme di reddito minimo ovvero di reddito di cittadinanza siano la conseguenza costituzionalmente obbligata della mancata attuazione, da parte dello Stato, del principio lavorista: in questa prospettiva lo Stato, non essendo in grado di garantire all'individuo un'esistenza libera e dignitosa attraverso la disponibilità di un lavoro, dovrebbe necessariamente "risarcirlo" attraverso la corresponsione di un reddito garantito sufficiente a tal fine⁷⁴.

Si è inoltre sostenuta, in ottica solidarista e redistributiva, l'opportunità di prevedere una maggiore tassazione delle aziende che producono automazione quale forma di "compensazione" per il danno da esse inflitto al diritto al lavoro in termini di perdita di occupazione⁷⁵. Trattasi di una proposta che è stata avanzata, tra gli altri (e forse, per certi versi, sorprendentemente), da Bill Gates, uno dei padri dell'informatizzazione, che ha recentemente suggerito l'introduzione di una tassa *ad hoc* per le aziende che scelgano di utilizzare un robot anziché impiegare un essere umano, tassa che costituirebbe un incentivo per l'impiego di lavoro umano e conseguentemente un freno alla disoccupazione tecnologica⁷⁶.

Nel senso di una tassazione delle aziende che scelgono di utilizzare robot andava già una prima proposta di risoluzione adottata dal Parlamento europeo nel 2017, che tuttavia non ha ad oggi avuto seguito nel diritto derivato dell'Unione⁷⁷. La medesima proposta di risoluzione raccomandava inoltre agli Stati membri di valutare l'introduzione nei rispettivi ordinamenti di forme di reddito minimo ai fini di bilanciare la crescente disoccupazione tecnologica⁷⁸.

L'effetto di interventi di questo tipo sarebbe, seppur indirettamente, quello di disincentivare e rallentare il progresso tecnologico ai fini di una migliore tutela del diritto al lavoro individuale. L'idea non è forse oggi impensabile come poteva apparire un tempo, se si considera che è stato sempre Bill Gates ad affermare che, alla luce della magnitudine della disoccupazione tecnologica che va profilandosi

⁷⁴ Si veda C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, cit. Nello stesso senso già: C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pp. 294 ss.; G. U. RESCIGNO, *La distribuzione della ricchezza socialmente prodotta*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, pp. 300 ss.

⁷⁵ Sul tema si veda G. BOTTONE, *A tax on robots? Some food for thought*, in *DF Working Papers*, n. 3/2017.

⁷⁶ Cfr. K. MURAYAMA, *"Robot taxes" will help keep humans employed, Bill Gates predicts*, in *Nikkei Asian review*, 3 novembre 2018.

⁷⁷ Cfr. risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)).

⁷⁸ *Ivi*, p. 10. «*Bearing in mind the effects that the development and deployment of robotics and AI might have on employment and, consequently, on the viability of the social security systems of the Member States, consideration should be given to the possible need to introduce corporate reporting requirements on the extent and proportion of the contribution of robotics and AI to the economic results of a company for the purpose of taxation and social security contributions; takes the view that in the light of the possible effects on the labour market of robotics and AI a general basic income should be seriously considered, and invites all Member States to do so*».

all'orizzonte, potrebbero essere giustificabili interventi normativi volti a rallentare il ritmo dello sviluppo tecnologico e dell'automazione⁷⁹.

A prescindere dall'opportunità (e dalla praticabilità in concreto) di soluzioni radicali come alcune di quelle proposte, delle letture più pessimiste sembra indubbiamente condivisibile il punto di partenza, che del resto fa leva su principi fondanti del nostro ordinamento costituzionale, quali sono i principi di cui agli articoli 2 e 3 comma 2 Cost. Pertanto, è certamente vero che nell'affrontare le sfide dell'automazione e delle nuove tecnologie occorre muoversi in una prospettiva solidarista e di eguaglianza sostanziale, con interventi improntati anche (ma non solo) a logiche di tipo redistributivo. Del resto, lo stesso Stephen Hawking ha sostenuto che senza politiche di redistribuzione efficaci lo sviluppo tecnologico può solo creare maggiori diseguaglianze: in un mondo in cui le macchine producono tutto ciò di cui abbiamo bisogno, e il lavoro umano risulta in ultima analisi superfluo, il punto diviene allora proprio come viene (re)distribuita la ricchezza prodotta⁸⁰.

Posto quindi che il punto di partenza solidarista e redistributivo appare pienamente condivisibile e, anzi, almeno nel nostro ordinamento costituzionale, obbligato, tra le molte possibili letture sembrano forse preferibili quelle che non danno già “per spacciati” il principio lavorista e il diritto al lavoro (proponendo una sorta di “risarcimento” da parte dello Stato per la loro mancata implementazione e protezione) e che cercano piuttosto di valorizzare tale principio e tale diritto trovando nuove strade per la loro effettiva tutela. In altri termini, la redistribuzione della ricchezza prodotta attraverso la nuova automazione non dovrebbe avere ad oggetto (o, quanto meno, ad oggetto principale), l'introduzione di un “risarcimento” per la perdita del lavoro nella forma di un reddito garantito o di un reddito di cittadinanza (che dovrebbe invece rappresentare la *extrema ratio*), ma piuttosto il finanziamento di nuove politiche che mirino a garantire l'attuazione del principio lavorista e la tutela del diritto individuale al lavoro anche nella nuova era dell'informatizzazione.

Ciò dovrebbe includere le seguenti azioni da parte dello Stato:

(I) Politiche volte a riqualificare chi perde la propria occupazione ai fini del reinserimento nel mercato del lavoro⁸¹. Tali politiche dovrebbero includere la riconversione delle competenze possedute per prevenirne l'obsolescenza, se non addirittura l'acquisizione di nuove competenze spendibili in un mercato del lavoro dinamico che sostituiscano quelle ormai divenute obsolete. L'acquisizione di competenze

⁷⁹ Cfr. K. J. DELANEY, *The robot that takes your job should pay taxes, says Bill Gates*, in *Quartz*, 17 febbraio 2017.

⁸⁰ Si veda S. W. HAWKING, *Technology seems to drive inequality*, in *World Economic Forum*, 9 ottobre 2015.

⁸¹ Pone l'accento sulla necessità di tali politiche, in particolare, P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, cit., pp. 548 ss.

interamente nuove in luogo del semplice aggiornamento delle competenze già possedute può rendersi necessaria poiché tanto più è elevata la velocità del cambiamento tecnologico, quanto più sarà probabile che il lavoratore si debba allontanare dal proprio settore originario per cercare impiego in settori nuovi. A tal fine è evidentemente necessario un forte intervento statale (e regionale, ex articolo 117 Cost.⁸²), attuativo dell'articolo 35 comma 2 Cost., ai sensi del quale la Repubblica cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori, e che riconosce, secondo l'interpretazione della dottrina maggioritaria, un vero e proprio diritto sociale di prestazione⁸³. Un intervento siffatto non può peraltro prescindere da una riforma strutturale dei centri per l'impiego che vada ben al di là di quelle che attualmente vengono immaginate.

(II) Politiche di formazione continua volte a impedire che l'avanzamento tecnologico renda obsolete le competenze di chi è già inserito nel mondo del lavoro. In punto, si consideri che la cosiddetta "emivita" delle competenze (il tempo dopo il quale esse perdono la metà del loro valore iniziale) dei professionisti del settore informatico e delle nuove tecnologie è stata stimata da diversi studi intorno ai due anni⁸⁴. Le nuove opportunità lavorative che si aprono in questi settori (si consideri, a mero titolo esemplificativo, che dall'anno accademico 2010/11 all'anno accademico 2017/18 il numero degli iscritti ai corsi di laurea in ingegneria è aumentato dell'11,5%, a fronte di un incremento degli iscritti totali all'università di appena il 2%⁸⁵) richiedono per loro stessa natura che una parte consistente del tempo lavorativo sia dedicata all'aggiornamento delle competenze possedute. Ciò a conferma del fatto che il problema della disoccupazione tecnologica, nell'era dell'informatizzazione, assume una portata del tutto nuova e senza precedenti: non è infatti certo neppure che coloro che attualmente posseggono le necessarie competenze per collocarsi agevolmente nel mercato del lavoro saranno immuni dal fenomeno nel giro di pochi anni.

⁸² Sul riparto e le interferenze delle competenze statali e regionali in materia si vedano: M. BENVENUTI, *Un "problema nazionale". Spunti ricostruttivi in tema di "istruzione" e "istruzione e... formazione professionale", tra Stato e Regioni, a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 1/2015; A. POGGI, *Istruzione, formazione professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche*, in *Le Regioni*, n. 4/2002.

⁸³ Si veda in punto D. BIFULCO, *Art. 35*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006.

⁸⁴ Si vedano D. JOSEPH, S. ANG, *The threat-rigidity model of professional obsolescence and its impact on occupational mobility behaviors of IT professionals*, in *International Conference on Information Systems (ICIS) 2001 proceedings*, 2001, p. 567. In senso analogo si vedano: K. J. TRIMMER, J. E. BLANTON, T. SCHAMBACH, *An evaluation of factors affecting professional obsolescence of information technology professionals*, in *Proceedings of the Thirty-First Hawaii International Conference on System Sciences*, 1998; J. STANDRIDGE, R. AUTREY, *Rapid skill obsolescence in an IT company: A case study of Acxiom Corporation*, in *Global business and organizational excellence*, vol. 20, n. 3/2001, pp. 3 ss.

⁸⁵ Dati ANVUR 2018.

(III) Strumenti di supporto al reddito e ammortizzatori sociali per il caso di disoccupazione involontaria, che vadano oltre la lettura storicamente restrittiva dei “mezzi adeguati” previsti dall’articolo 38 comma 2 Cost.⁸⁶. Sembra infatti imporsi oggi una lettura estensiva della norma in esame che ne adatti l’ambito di applicazione alla mutata realtà sociale, includendovi non solo le forme di inabilità soggettiva al lavoro, ma anche i casi di impossibilità oggettiva di trovare un’occupazione⁸⁷. Trattasi di interventi che sono già di per sé necessari in un mondo del lavoro dinamico caratterizzato da una precarietà diffusa e da elevatissimi tassi di disoccupazione giovanile⁸⁸. Essi diventano, allora, ancor più necessari per quanto riguarda coloro che fuoriescano temporaneamente dal mondo del lavoro per via dell’avanzamento tecnologico, e che necessiteranno conseguentemente di un supporto adeguato a garantire un’esistenza dignitosa nel periodo che inevitabilmente dovranno spendere per riqualificarsi e reinserirsi nel mercato del lavoro. Gli interventi di cui al punto in esame e di cui ai punti precedenti sono dunque, in questa prospettiva, interventi “a tenaglia”: da un lato è necessario investire nella riqualificazione e aggiornamento dei lavoratori colpiti dalla disoccupazione tecnologica, e dall’altro è necessario garantire ai medesimi lavoratori (e a chi sia in cerca di un’occupazione) un’esistenza libera e dignitosa nel periodo necessario per l’acquisizione delle nuove competenze e il ricollocamento. Non si tratta quindi di un reddito garantito, bensì di un sostegno al reddito (di entità variabile) per il periodo di disoccupazione involontaria, che appare compatibile con un’interpretazione evolutiva dell’articolo 38 Cost. nei termini descritti.

(IV) Orientamento del settore dell’istruzione e della formazione al lavoro verso le nuove competenze e le nuove professionalità richieste dal mercato. Se infatti un tempo, nell’era industriale, si diceva, come si è visto, che la perdita di lavoro generata dall’automazione era compensabile, almeno in parte, attraverso i posti di lavoro necessari per la costruzione delle macchine, ora, nell’era digitale, la perdita di lavoro generata dall’informatizzazione è compensabile, almeno in parte (e con i limiti che si è cercato di evidenziare), attraverso i posti di lavoro necessari per informatici, ingegneri, e per la pletora di nuove professioni che nascono nel “capitalismo diffuso”. In quest’ottica, diviene cruciale che il sistema scolastico e universitario fornisca agli studenti i mezzi necessari per confrontarsi con la nuova realtà economica e sociale: un’istruzione aggiornata e competitiva è infatti uno degli elementi chiave per contrastare la disoccupazione giovanile, problema che sta assumendo dimensioni sempre più

⁸⁶ Sulla genesi dell’articolo 38 Cost. si veda, per tutti, L. VIOLINI, *Art. 38*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006.

⁸⁷ Si veda sul tema C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come “risarcimento per mancato procurato lavoro”. Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all’esistenza*, cit., pp. 3 ss., che evidenzia peraltro come in Assemblea costituente il dibattito in punto avesse scientemente limitato l’ambito di applicazione dell’articolo 36 Cost. al solo lavoratore, escludendo la sua riferibilità all’individuo in quanto tale.

⁸⁸ Secondo i dati ISTAT aggiornati al marzo 2019 il tasso di disoccupazione giovanile in Italia si attesta al 33%.

preoccupanti non solo nell'ordinamento nazionale, ma anche in Europa⁸⁹. Si pensi in punto alle criticità sottese alla sentenza n. 42/2017 della Corte costituzionale sul caso del Politecnico di Milano, con cui è stato ritenuto sussistente un divieto, per gli atenei italiani, di attivare interi corsi di laurea in lingua inglese, sulla scorta dell'argomento per cui la lingua italiana è il “vettore della cultura e della tradizione immanenti nella comunità nazionale”⁹⁰. Tale approccio potrebbe essere sospettato proprio di privare gli studenti italiani di una “istruzione competitiva” che li metta in condizione di accedere al mercato del lavoro europeo e internazionale, accesso oggi più che mai indispensabile, visto il perdurante contesto di crisi occupazionale ed economica in cui il Paese sembra non essere in grado di offrire loro serie prospettive di stabilità lavorativa⁹¹.

Alla luce di quanto esposto, in una prospettiva solidarista e redistributiva che tenga però conto anche della centralità del lavoro nella Costituzione repubblicana e della rilevanza dello stesso per lo sviluppo della persona, forme di tassazione volte a colpire chi produce automazione, informatizzazione o nuove tecnologie appaiono legittime non già in quanto finalizzate a rallentare artificiosamente il progresso tecnologico, bensì in quanto strumento atto a reperire le risorse necessarie per finanziare l'implementazione di nuove politiche di tutela del diritto individuale al lavoro (oltre che il potenziamento e l'aggiornamento delle politiche esistenti) nei termini di cui sopra.

5. La tutela multilivello del diritto al lavoro attraverso le sue specificazioni nell'era dell'informatizzazione

Muovendo dalla ricostruzione operata ai paragrafi precedenti, sembra possibile affermare che il diritto al lavoro, nell'era dell'automazione e delle nuove tecnologie, allontanandosi dal quadro sociale che aveva animato i lavori dell'Assemblea costituente e proseguendo su di un percorso intrapreso ormai da tempo, diviene sempre meno un diritto “al posto di lavoro”⁹². Del resto, il diritto al lavoro non è mai stato,

⁸⁹ Sul tema si veda P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, cit., pp. 9 ss.

⁹⁰ Sul caso si vedano, per tutti: M. A. CABIDDU, *L'italiano siamo noi: lingua e cittadinanza attiva*, in M. A. CABIDDU (a cura di), *L'italiano alla prova dell'internazionalizzazione*, Milano, Guerini, 2017; R. BIN, *Corsi universitari solo in inglese?*, in *laCostituzione.info*, 7 marzo 2017; G. MILANI, *Una sentenza anacronistica? La decisione della Corte costituzionale sui corsi universitari in lingua inglese*, in *Federalismi.it*, n. 9/2017.

⁹¹ Sul punto sia consentito il rinvio a G. CAVAGGION, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 271 ss.

⁹² Parlava addirittura di un diritto del lavoratore a “un posto di lavoro a lui adatto” C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pp. 242 ss. Peraltro, alcuni commentatori hanno affermato che, forse, il diritto al lavoro non è mai stato, neppure nelle intenzioni dei Costituenti, un “diritto al posto di lavoro”. Si veda in punto G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro*, cit., che evidenzia come, in un ordinamento costituzionale libero, il diritto al lavoro non può mai essere un diritto perfetto, perché ciò implicherebbe la coercibilità dell'instaurarsi del rapporto (privatistico) di lavoro.

neppure agli albori dell'esperienza repubblicana, un "diritto al lavoro che si desidera"⁹³ e oggi, per effetto delle nuove tecnologie e della globalizzazione, esso non è più, di fatto, neppure un "diritto a un (qualche) lavoro", ma sembra piuttosto "sfrangiarsi" in una serie di nuovi diritti, tra cui spiccano, come si è cercato di argomentare:

- il diritto a una formazione continua e all'aggiornamento delle competenze finalizzati al reinserimento nel mondo lavorativo e alla prevenzione dell'obsolescenza delle competenze possedute (e dunque la predisposizione di idonei strumenti, gratuiti, di formazione lavorativa, aggiornamento professionale, formazione continua e collocamento);
- il diritto a un sostegno nella transizione tra diversi lavori o nella ricerca del lavoro, specie se in concerto con una riqualificazione o un aggiornamento professionale (nelle forme di un reddito minimo o di un reddito di inclusione che devono essere sottoposti a criteri di stretta condizionalità rispetto alla disponibilità a formarsi e reinserirsi nel mondo del lavoro, e dunque non un reddito di cittadinanza strettamente inteso)⁹⁴;
- il diritto a una istruzione e una formazione competitiva (che comporta quindi la necessità di monitorare più rigorosamente la corrispondenza tra professionalità formate dal sistema dell'istruzione, anche universitaria, e le effettive necessità del mondo del lavoro).

Sembra possibile una lettura di tali nuovi diritti (che in realtà, a ben vedere, "nuovi" in senso stretto non sono, posto che essi trovano un attaglio finanche nel dato letterale della Costituzione oltre che, come si dirà, nelle fonti sovranazionali) come specificazione o come complementari rispetto al diritto al lavoro riconosciuto dalla Costituzione repubblicana all'articolo 4 Cost. Ciò che si impone è allora un'interpretazione evolutiva del principio lavorista e del diritto al lavoro che ne garantiscano la perdurante efficacia a oltre settant'anni dall'entrata in vigore della Carta costituzionale. Se infatti il Costituente immaginava un diritto al lavoro garantito prevalentemente attraverso forme di lavoro subordinato e a tempo indeterminato, diviene oggi necessario riadattare il modello costituzionale e legislativo a un nuovo mondo del lavoro fluido, in cui emergono con forza sempre maggiore non solo le questioni della disoccupazione tecnologica, ma anche nuove figure, necessariamente precarie, nell'ambito del già menzionato "capitalismo diffuso".

A prescindere dalle specificità delle singole fattispecie, sembra ormai inevitabile che vengano definitivamente meno, nella società attuale, i due principi (già considerevolmente indeboliti dagli

⁹³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 45/1965. Sul tema si vedano: M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, cit., p. 650; M. CAVINO, *Il diritto-dovere al lavoro*, in *Gruppo di Pisa*, n. 3/2018, specie pp. 20 ss.

⁹⁴ Sul punto si veda F. SCUTO, *"Reddito minimo", contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione tra Pilastro europeo dei diritti sociali ed evoluzioni dell'ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, n. speciale 4/2018, pp. 157 ss.

interventi normativi di “flessibilizzazione” del mercato del lavoro delle ultime due decadi) che i Costituenti avevano posto all’articolo 39 comma 4 Cost. per gli strumenti di tutela dei lavoratori nelle relazioni industriali: l’unitarietà (la “rappresentanza unitaria”, che impone che le organizzazioni dei lavoratori, pur nel rispetto del loro pluralismo, operino solidariamente nei rapporti contrattuali con le controparti aziendali) e la generalità (che trova la sua espressione nello strumento del contratto collettivo nazionale)⁹⁵.

I nuovi diritti sopradescritti possono forse rappresentare, in questa prospettiva, la chiave di volta per un necessario “aggiornamento” dell’ordinamento costituzionale, specie se essi vengono letti alla luce dell’interazione con il sistema di tutela multilivello dei diritti, che per certi versi è stato maggiormente attento (anche per motivi meramente cronologici) ai mutamenti economici e sociali in atto.

Andavano infatti nella direzione di una specificazione del diritto al lavoro in una serie di diritti sociali di prestazione ulteriori già gli articoli 9⁹⁶ e 10⁹⁷ della Carta Sociale Europea del 1961, che tutelano rispettivamente il diritto all’orientamento professionale e il diritto alla formazione professionale, prescrivendo dettagliatamente gli interventi statali necessari per la garanzia effettiva di tali diritti.

⁹⁵ Si veda in punto G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro*, cit., *passim*.

⁹⁶ Così l’articolo 9: “Per assicurare l’effettivo esercizio del diritto all’orientamento professionale, le Parti s’impegnano a procurare o a promuovere, come opportuno, un servizio che aiuti tutte le persone ivi comprese quelle portatrici di handicap, a risolvere i problemi relativi alla scelta di una professione o all’avviamento professionale, in considerazione delle caratteristiche dell’interessato e delle possibilità offerte dal mercato del lavoro; questo aiuto dovrà essere fornito gratuitamente sia ai giovani compresi i minori in età scolastica, sia agli adulti”.

⁹⁷ Così l’articolo 10: “Per assicurare l’effettivo esercizio del diritto alla formazione professionale, le Parti s’impegnano: 1) ad assicurare o a favorire, come opportuno, la formazione tecnica e professionale di tutte le persone, ivi comprese quelle inabili o minorate, in consultazione con le organizzazioni professionali di datori di lavoro e di lavoratori, fornendo loro dei mezzi che consentano l’accesso all’insegnamento tecnico superiore ed all’insegnamento universitario, seguendo unicamente il criterio delle attitudini individuali; 2) ad assicurare o a favorire un sistema di apprendistato ed altri sistemi di formazione per i giovani nei differenti posti di lavoro; 3) ad adottare o a favorire, come opportuno: a) provvedimenti adeguati ed agevolmente accessibili per la formazione professionale dei lavoratori adulti; b) provvedimenti speciali per la rieducazione professionale dei lavoratori adulti, resa necessaria dal progresso tecnico o da nuovi orientamenti del mercato del lavoro; 4) ad adottare o a favorire, come opportuno, speciali provvedimenti di riciclaggio e di reinserimento per i disoccupati di lunga data; 5) ad incentivare la piena utilizzazione dei mezzi previsti mediante le seguenti norme: a) riduzione o abolizione di tutti i diritti ed oneri; b) concessione di assistenza finanziaria nei casi appropriati; c) inclusione nel normale orario di lavoro del tempo destinato ai corsi supplementari di formazione che il lavoratore frequenta durante il lavoro, su domanda del suo datore di lavoro; d) garanzia, per mezzo di un adeguato controllo ed in consultazione con le organizzazioni professionali di datori di lavoro e di lavoratori, dell’efficacia del sistema di apprendistato e di ogni altro sistema di formazione destinato ai giovani lavoratori, ed in generale di un’adeguata tutela per i giovani lavoratori”.

Nella medesima direzione vanno altresì gli articoli 29⁹⁸ e 34⁹⁹ della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea del 2000, che riconoscono rispettivamente il diritto all'accesso ai servizi di collocamento e il diritto alla sicurezza sociale e assistenza sociale. Ed infatti, il diritto al collocamento (gratuito) è stato immediatamente identificato dalla dottrina quale diritto di prestazione, strumentale rispetto a un'effettiva tutela del diritto al lavoro e al contrasto dell'esclusione sociale¹⁰⁰. Allo stesso modo, si è evidenziata la natura redistributiva del diritto alla sicurezza sociale e assistenza sociale, natura redistributiva che sembra peraltro assumere una portata più ampia rispetto a quella dell'articolo 38 Cost., dal momento che l'articolo 34 CDFUE, al contrario dell'articolo 38, è riferibile a tutti gli individui (cittadini e non), e non invece ai soli lavoratori¹⁰¹. E del resto, anche per quanto riguarda il diritto al lavoro, la Carta dei Diritti Fondamentali fa riferimento, all'articolo 15, alla persona, e non al cittadino (contrariamente all'articolo 4 Cost.), circostanza che potrebbe corroborare un'interpretazione (anche in ottica evolutiva) del diritto al lavoro (e delle sue specificazioni) come diritto fondamentale di ogni individuo¹⁰².

In ultimo, va nella medesima direzione anche il nuovo Pilastro europeo dei diritti sociali, adottato dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione in occasione del vertice sociale per l'occupazione equa e la crescita, tenutosi il 17 novembre 2017 a Göteborg, e che dovrà essere auspicabilmente implementato nell'ambito della programmazione 2021-2027 nella nuova legislatura del Parlamento europeo¹⁰³.

Di particolare rilevanza, nello specifico, appare in primo luogo l'articolo 1 del Pilastro, che riconosce a ogni persona il diritto a un'istruzione, a una formazione e a un apprendimento permanente di qualità e

⁹⁸ Così l'articolo 29: "Ogni individuo ha il diritto di accedere a un servizio di collocamento gratuito".

⁹⁹ Così l'articolo 34: "L'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali. Ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali".

¹⁰⁰ Si veda P. F. LOTITO, *Art. 29*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 219 ss., che peraltro evidenzia come un limite della norma in esame sia quello di non prevedere altresì il diritto alla formazione professionale, parimenti strumentale rispetto a un'effettiva tutela del diritto al lavoro.

¹⁰¹ Si veda in questo senso A. GIORGIS, *Art. 34*, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 241 ss.

¹⁰² Si veda sul tema A. D'ANDREA, *Il lavoro resta sempre un diritto fondamentale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2011, p. 5.

¹⁰³ Sul Pilastro europeo dei diritti sociali e sulla sua rilevanza in una prospettiva costituzionalistica si vedano gli scritti ora raccolti in P. BILANCIA (a cura di), *La dimensione europea dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2019.



inclusivi, al fine di mantenere e acquisire competenze che consentono di partecipare pienamente alla società e di gestire con successo le transizioni nel mercato del lavoro. Parimenti, viene in rilievo l'articolo 4, che riconosce a ogni persona il diritto a un'assistenza tempestiva e su misura per migliorare le prospettive di occupazione o di attività lavorativa autonoma, incluso il diritto a ricevere un sostegno per la ricerca di un impiego, la formazione e la riqualificazione. Il medesimo articolo 4 riconosce ai giovani il diritto al proseguimento dell'istruzione, al tirocinio o all'apprendistato oppure a un'offerta di lavoro qualitativamente valida entro quattro mesi dalla perdita del lavoro o dall'uscita dal sistema d'istruzione. Sempre l'articolo 4, inoltre, riconosce ai disoccupati il diritto a un sostegno personalizzato, continuo e coerente, e ai disoccupati di lungo periodo il diritto a una valutazione individuale approfondita entro diciotto mesi dall'inizio della disoccupazione. L'articolo 12 riconosce ai lavoratori il diritto a un'adeguata protezione sociale indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro. L'articolo 13 riconosce ai disoccupati il diritto a un adeguato sostegno all'attivazione da parte dei servizi pubblici per l'impiego per (ri)entrare nel mercato del lavoro, oltre che il diritto ad adeguate prestazioni di disoccupazione di durata ragionevole, in linea con i loro contributi e le norme nazionali in materia di ammissibilità, diritti che però non devono costituire un disincentivo a un rapido ritorno all'occupazione. L'articolo 14, infine, riconosce a chiunque non disponga di risorse sufficienti il diritto a un adeguato reddito minimo che garantisca una vita dignitosa in tutte le sue fasi e l'accesso a beni e servizi, specificando che, per coloro che sono in grado di lavorare, tale reddito minimo dovrebbe essere combinato con incentivi alla (re)integrazione nel mercato del lavoro¹⁰⁴.

L'approccio del Pilastro per quanto riguarda la tutela del diritto al lavoro sembra essere pertanto proprio quello del riconoscimento di una serie di diritti a specificazione del tradizionale diritto al lavoro, diritti che sono evidentemente diritti positivi, di prestazione, volti a creare una "rete di sicurezza" attorno al cittadino e al lavoratore per tutelarlo nella nuova realtà sociale. Tali nuovi diritti sono, tuttavia, strettamente collegati a un criterio di forte condizionalità, nel senso che essi sono garantiti solo a patto che l'individuo collabori attivamente con lo Stato ai fini della ricerca del lavoro, della formazione continua e della riqualificazione professionale.

In questa prospettiva, l'azione dell'Unione europea, a partire dalla metà degli anni '90 del secolo scorso, aveva già iniziato a muoversi nel tentativo di coordinare l'azione dei legislatori nazionali e di introdurre bilanciamenti adeguati alla crescente competitività del mercato del lavoro generata dal fenomeno della globalizzazione e dal consolidarsi del mercato unico. Già il *White paper on education and training* adottato dalla Commissione nel 1995 poneva l'accento sullo stretto legame intercorrente tra globalizzazione,

¹⁰⁴ Sul tema si veda l'analisi di F. SCUTO, "Reddito minimo", *contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione tra Pilastro europeo dei diritti sociali ed evoluzioni dell'ordinamento italiano*, cit.

occupabilità, lavoro, apprendimento e istruzione¹⁰⁵. È da queste premesse che, a partire dal 2000, si sono poi sviluppati gli interventi dell'Unione nell'ambito del cosiddetto “*lifelong learning*”¹⁰⁶, attraverso gli obiettivi di Lisbona definiti dal Consiglio europeo del 23-24 marzo 2000 e implementati con la Dichiarazione di Copenhagen del 30 novembre 2002¹⁰⁷. In Italia la declinazione dei programmi di *lifelong learning* è stata attribuita, ex articolo 117 Cost., sia allo Stato che alle Regioni, producendo risultati spesso disomogenei, ma consentendo in ogni caso un primo avvio di politiche per la promozione dell'occupabilità che, tuttavia, dovranno necessariamente essere aggiornate se si vuole far fronte ai fenomeni epocali in corso¹⁰⁸.

Più recentemente e in questa prospettiva, l'azione dell'Unione attraverso gli strumenti del diritto derivato sembra avere intrapreso iniziative coerenti con le sopraccitate Carte dei diritti, volte a dare attuazione in concreto alle tutele ivi riconosciute. Già la sopraccitata risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica poneva del resto l'accento sulle problematiche in esame.

La Commissione ha inoltre recentemente adottato, nell'aprile 2018, la comunicazione “L'intelligenza artificiale per l'Europa”¹⁰⁹, con la quale, tra le altre cose, sono state definite le azioni ritenute necessarie, nel futuro a breve termine (e in particolare nell'ambito del nuovo quadro finanziario pluriennale 2021-2027), ai fini di sostenere gli Stati membri nella tutela del diritto al lavoro dei cittadini europei, alla luce della rivoluzione tecnologica in atto e della nuova automazione generata dall'informatizzazione. La comunicazione afferma espressamente, in punto, che l'obiettivo dell'azione dell'Unione, conscia del fatto

¹⁰⁵ Cfr. *White paper on education and training. Teaching and learning: towards the learning society*, COM(95)590. Sulle politiche europee in materia di formazione continua si veda F. VARI, *La politica dell'istruzione e della formazione professionale*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2008, specie pp. 912 ss.

¹⁰⁶ Cfr. il documento programmatico adottato dalla Commissione nel 2000, *A memorandum on lifelong learning*, SEC(2000)1832. Cfr. inoltre il successivo documento del 2001, *Realizzare uno spazio europeo dell'apprendimento permanente*, COM(2001)678.

¹⁰⁷ Sono seguiti il Comunicato di Helsinki del 5 dicembre 2006, il Comunicato di Bordeaux del 26 novembre 2008 e il Comunicato di Bruges del 7 dicembre 2010, che hanno aggiornato gli obiettivi e definito le nuove azioni nell'ambito della formazione permanente. Per una ricostruzione storica e un'analisi delle politiche europee nell'ambito della formazione professionale e dell'educazione si veda L. PÉPIN, *The history of EU cooperation in the field of education and training: how lifelong learning became a strategic objective*, in *European Journal of education, research, development and policy*, vol. 42, n. 1/2007, pp. 121 ss.

¹⁰⁸ Sul tema si veda P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *Federalismi.it*, n. speciale 4/2018, p. 12. Il programma *lifelong learning* è stato del resto criticato da numerosi autori proprio per via della sua incapacità di fronteggiare efficacemente le problematiche generate dalla globalizzazione. Si vedano in questo senso, per tutti: C. BORG, P. MAYO, *The EU Memorandum on lifelong learning. Old wine in new bottles?*, in *Globalisation, societies and education*, vol. 3, n. 2/2005, pp. 203 ss.; A. DEHMEL, *Making a European area of lifelong learning a reality? Some critical reflections on the European Union's lifelong learning policies*, in *Comparative education*, vol. 42, n. 1/2006, pp. 49 ss.; N. VOLLES, *Lifelong learning in the EU: changing conceptualisations, actors, and policies*, in *Studies in higher education*, vol. 41, n. 2/2016, pp. 343 ss.

¹⁰⁹ Cfr. comunicazione COM(2018)237 del 25 aprile 2018.

che se molte opportunità lavorative si apriranno, altre sono inevitabilmente destinate a sparire, è di far sì che “nessuno resti escluso”. Più precisamente, le azioni che sono state individuate dalla Commissione con l’atto in esame si sostanziano in:

- programmi di formazione e riqualificazione rivolti ai lavoratori a “rischio automazione”, in collegamento con il Piano per la cooperazione settoriale sulle competenze e con il finanziamento del Fondo sociale europeo;
- indagini volte a intercettare e anticipare i cambiamenti del mercato del lavoro e gli squilibri tra domanda e offerta occupazionale in tutta l’Unione, in modo da far sì che le competenze formate dal sistema dell’istruzione coincidano con quelle richieste dal nuovo mercato del lavoro automatizzato attraverso le intelligenze artificiali;
- tirocini per neolaureati finalizzati all’acquisizione di alti livelli di competenze digitali avanzate, nell’ambito dell’iniziativa *Digital Opportunity Traineeships* (2018-2020);
- partenariati tra imprese e istituti di formazione per un migliore raccordo anche con riferimento alle competenze spendibili;
- coinvolgimento delle parti sociali con programmi di lavoro comuni a livello settoriale e intersettoriale che includano la questione dell’intelligenza artificiale e il suo impatto sull’economia e sull’occupazione.

Gli obiettivi delineati dalla comunicazione del 2018 (peraltro in parte ripresi nell’agenda presentata dalla nuova Presidente della Commissione Ursula von der Leyen¹¹⁰) appaiono quindi propedeutici rispetto a una concreta attuazione dei diritti riconosciuti nel Pilastro europeo dei diritti sociali che, come si è visto, richiedono una penetrante azione statale volta a tutelare il diritto al lavoro attraverso il diritto alla formazione continua, all’aggiornamento professionale e a un’istruzione competitiva e spendibile nel mercato del lavoro europeo. La prospettiva multilivello può quindi offrire, in questo senso, un ulteriore fondamento per l’interpretazione evolutiva di diritti che la Costituzione repubblicana già riconosce.

Non può essere sottaciuto, inoltre, che se è vero che le nuove sfide che si è cercato di descrivere non possono essere certo affrontate adeguatamente in assenza di un forte intervento statale in ottica perequativa e solidarista, è altrettanto vero che non si può neppure prescindere da un serio e adeguato coinvolgimento di soggetti ulteriori, primi tra tutti i sindacati, in virtù della loro funzione costituzionale espressamente riconosciuta dall’articolo 39 Cost.¹¹¹. Anche il sistema dei sindacati, che sta già da tempo

¹¹⁰ Cfr. il documento *Political guidelines for the next European Commission 2019-2024*, specie pp. 13 ss.

¹¹¹ La bibliografia sul tema è vasta. Si vedano almeno: C. ESPOSITO, *Lo Stato e i sindacati nella Costituzione italiana*, ora in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954; G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, Feltrinelli, 1960; G. GIUGNI, *Articolo 39*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1979.

perdendo rapidamente la propria capacità di intercettare e tutelare le istanze dei lavoratori e conseguentemente di rappresentarli adeguatamente nella tutela dei loro diritti, non potrà apportare un contributo effettivo alla risoluzione delle nuove questioni problematiche dell'era dell'informatizzazione se prima non attraversa un profondo rinnovamento.

6. Conclusioni

Alla luce di quanto sinora esposto, occorre chiedersi quali siano, nel contesto attuale e secondo un approccio giuspubblicistico, le possibili soluzioni alle problematiche dell'automazione nell'era dell'informatizzazione, problematiche che, come si è cercato di argomentare, se non sono nuove nell'*an*, sono invece certamente nuove almeno per quanto riguarda il *quantum*.

Va in primo luogo sottolineato che una tutela del diritto al lavoro di tipo protezionistico, che preveda la disincentivazione dell'automazione finalizzata al mantenimento di posti di lavoro nei settori maggiormente interessati dalla disoccupazione tecnologica, non sembra possibile allo stato attuale.

Vero è che in dottrina si è sostenuto che il combinato disposto del diritto al lavoro di cui all'articolo 4 Cost., del diritto a un'esistenza libera e dignitosa di cui all'articolo 36 Cost., e del divieto dello svolgimento dell'attività economica in danno della dignità umana di cui all'articolo 41 Cost. osterebbe a forme di lavoro instabili e non adeguatamente garantite (e dunque alla precarizzazione diffusa del mercato del lavoro)¹¹² e che pertanto, a maggior ragione, si potrebbe rinvenire, almeno in astratto, nelle medesime norme un fondamento per un intervento statale volto a contenere o disincentivare l'automazione e le nuove tecnologie per una migliore tutela del lavoratore. E del resto il principio di promozione della ricerca scientifica e tecnica di cui all'articolo 9 Cost.¹¹³, pur fondamentale, può ben essere temperato, in ipotesi, in virtù dell'esigenza di attuare e tutelare altri principi parimenti fondamentali, quali sono indubbiamente il principio lavorista di cui agli articoli 1 e 4 Cost. e i principi personalista e solidarista di cui all'articolo 2 Cost. e di eguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3 comma 2 Cost. Pertanto, una disincentivazione dell'automazione che non intacchi il nucleo essenziale del principio di promozione della scienza e della ricerca tecnologica, se volta ad una migliore tutela dei principi appena menzionati, non appare inconcepibile in astratto, trattandosi, in ultima analisi, di un freno imposto al progresso scientifico giustificato sulla base della centralità nell'ordinamento costituzionale della persona e del lavoro quale strumento indispensabile per un pieno ed effettivo svolgimento della sua personalità.

¹¹² Si vedano sul tema: G. F. MANCINI, *Articolo 4*, cit., p. 200; M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, cit., pp. 651 ss.

¹¹³ Che ha portato la dottrina a definire lo Stato italiano "Stato di cultura e di scienza". Si veda F. G. PIZZETTI, *Sostenibilità culturale e ragionevolezza scientifica nelle scelte "bio-giuridiche": spunti di riflessione*, in P. BILANCIA (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 96.

Ci si potrebbe persino spingere a sostenere, in quest’ottica, che una lettura del Titolo III della Parte I della Costituzione (relativo ai rapporti economici) attraverso le lenti del principio personalista e del principio lavorista osti a una completa automazione del mercato del lavoro, e ci si potrebbe inoltre chiedere se la lettura ergocentrica della Costituzione sia compatibile con un futuro in cui il lavoro umano sparisca e sia interamente sostituito da quello delle macchine e delle intelligenze artificiali¹¹⁴. Trattasi evidentemente di scenari e problemi ancora lontanissimi nel futuro – per non dire quasi “fantascientifici” – ma che porrebbero chiaramente in crisi le fondamenta stesse dell’ordinamento costituzionale.

Posto dunque che non sembra essere il dettato costituzionale nella sua lettera a precludere una soluzione di tipo protezionistico o addirittura, per certi versi, quasi-“neoluddista” (e a prescindere da valutazioni in merito all’opportunità e alle conseguenze, soprattutto economiche, di politiche siffatte), le ragioni dell’impercorsibilità della “via protezionistica” sembrano dover essere ricercate, oggi, prevalentemente nell’adesione dell’Italia all’Unione europea attraverso il principio di apertura internazionale di cui all’articolo 11 Cost. È proprio lo “svuotamento” (o, meglio, l’evoluzione) della Costituzione economica alla luce del processo di integrazione europea¹¹⁵ a rendere estremamente difficoltoso un intervento statale di contenimento del progresso tecnologico che sarebbe stato forse ipotizzabile in assenza del mercato unico e della libera circolazione delle merci, dei lavoratori, dei capitali e dei servizi.

Certo, questo era forse più vero in un’epoca in cui si riteneva che il processo di integrazione europea fosse irreversibile. Se invece si ritiene che esso possa essere messo in discussione, come lasciano intendere fenomeni come la Brexit, ovvero l’avanzata (pur non irresistibile, alla luce dei risultati delle elezioni europee 2019¹¹⁶) nel continente di forze euroscettiche, populiste e nazionaliste, allora lo spazio per gli elementi più protezionistici e corporativistici della Costituzione economica originaria, che si pensavano ormai irrimediabilmente erosi dal processo di integrazione europea, potrebbero forse riespandersi¹¹⁷,

¹¹⁴ Evidenzia inoltre il rischio specularmente opposto F. G. PIZZETTI, *Potenziamento umano e principio lavorista. Spunti di riflessione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n.2/2018, p. 263, che osserva come esista il pericolo che le nuove tecnologie vengano utilizzate non già per liberare l’uomo dal lavoro, bensì per potenziarne artificialmente le prestazioni ai fini di adattarle ai ritmi di un mondo del lavoro sempre più esigente e frenetico.

¹¹⁵ Sul tema si vedano: P. BILANCIA, *L’effettività della Costituzione economica nel contesto dell’integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in questo numero; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Costituzione economica e globalizzazione*, in questo numero; G. DI PLINIO, *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*, in questo numero; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2007; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, Giuffrè, 1995; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, cit., pp. 135 ss.

¹¹⁶ Sul tema si vedano: A. CIANCIO, *Perché un diritto costituzionale europeo? Quattro brevi risposte a partire dalle elezioni del 2019*, in *Federalismi.it*, n. 11/2019; B. CARAVITA DI TORITTO, *Mettere il nuovo Parlamento europeo al centro delle scelte politiche*, in *Federalismi.it*, n. 11/2019; F. FABRIZZI, *I gruppi politici del Parlamento Europeo dopo le elezioni 2019. Il superamento del duopolio popolari-socialisti e le questioni aperte*, in *Federalismi.it*, n. 11/2019.

¹¹⁷ I fenomeni in esame sono stati facilitati dalla già menzionata crisi economica globale dell’ultima decade. Osserva tuttavia S. STAIANO, *La Costituzione e il suo contesto: dimensione nazionale e dimensione europea*, in *Federalismi.it*, n. 1/2012, p. 4, che la migliore risposta alla crisi economica e sociale è proprio quella del completamento del processo di

offrendo una base giuridica per politiche volte a disincentivare alcune forme di sviluppo tecnologico giudicate dannose per l'interesse nazionale.

Non appaiono soluzioni ottimali neppure le letture “arrendevoli”, che propongono sostanzialmente il “risarcimento” dell'individuo per la mancata occupazione, e dunque per l'incapacità dello Stato di creare le condizioni in cui sia possibile ottenere, per chi desideri lavorare, un posto di lavoro. Una tale soluzione non sembra rappresentare, per i motivi di cui si è detto, la migliore attuazione dei principi costituzionali fondamentali, proprio alla luce del ruolo nodale che il lavoro gioca nel nostro ordinamento costituzionale, e della sua stretta connessione con una lettura “ergocentrica” della dignità umana.

Deve quindi ritenersi che, laddove possibile, nel nostro ordinamento costituzionale sia sempre e comunque preferibile dare attuazione al principio lavorista piuttosto che risarcirne la mancata attuazione, e che pertanto forme di sostegno e di “risarcimento” (nella forma, ad esempio, del cosiddetto reddito di cittadinanza) debbano essere limitate a situazioni tendenzialmente eccezionali.

In conclusione, la migliore risposta alle sfide della nuova fase di intensa automazione generata dalle nuove tecnologie, dall'informatizzazione e dalle intelligenze artificiali appare ancora oggi quella dell'impiego delle nuove risorse così generate ai fini di garantire, in ottica solidarista e di eguaglianza sostanziale, il diritto al lavoro tramite la riqualificazione lavorativa, l'aggiornamento professionale, il sostegno alla formazione continua e l'istruzione competitiva. Ciò che si impone, nella fase attuale, non è quindi tanto l'introduzione di nuove modalità di intervento statale, quanto piuttosto un esponenziale potenziamento di ambiti di intervento che, di fatto, già esistono, oltre che (e forse soprattutto) un approccio lungimirante da parte del legislatore e della classe politica e dirigente. In altri termini, se l'intensità dell'intervento statale volto ad attuare (e modulare) il principio lavorista e a tutelare il diritto al lavoro deve essere direttamente proporzionale alla magnitudine dei cambiamenti tecnologici (e dei loro effetti), dal momento che la magnitudine dei cambiamenti tecnologici oggi in atto è senza precedenti, senza precedenti dovrà essere altresì lo sforzo redistributivo e solidarista che verrà messo in campo dal legislatore negli anni a venire per una piena ed effettiva tutela del diritto al lavoro alla luce delle nuove sfide dell'era dell'informatizzazione.

integrazione europea, posto che una sua regressione porterebbe ad “intollerabili asimmetrie” nella tutela dei diritti già messi a dura prova dalla crisi.





Notazioni conclusive

Regolazione giuridica ed economia: un problema di diritto costituzionale*

di Sandro Staiano

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Sommario: 1. Proposte definitorie e loro limiti. 2. *Quanto conta* il diritto nell’economia. 3. Regolazione giuridica dell’economia. 4. Riduzionismo costituzionale e attualità della “Costituzione economica”. 5. Nuovo economicismo regolativo e sorte del costituzionalismo.

1. Proposte definitorie e loro limiti

Il discorso sulla “Costituzione economica” conduce in un universo concettuale complesso, che si deve percorrere avendo a riferimento categorie teoriche controverse e fluide nel loro ridisegnarsi sotto l’impulso di grandi trasformazioni; sicché i tentativi di sistemazione sono destinati a condurre a esiti non del tutto compiuti, e provvisori.

Così, si può parlare – aspirando alla massima ragionevolezza – dei «tre sensi» della locuzione “Costituzione economica”, come ha fatto Sabino Cassese¹: formula riassuntiva delle norme della Costituzione in senso formale, e delle «leggi di rilevanza costituzionale», sui rapporti economici (in Italia, artt. 41 e 43, relativi all’impresa; artt. 42 e 44 relativi alla proprietà; e, si può aggiungere, integrando quanto enumera Cassese, ma nella stessa logica, artt. 35-40, riguardanti lavoro e relazioni sindacali, e 45-47, sulla cooperazione e sul risparmio²); insieme di istituti, inclusi nel diritto, che non appartengono necessariamente alla Costituzione scritta, definiti dalla legislazione di intervento in economia (dalle leggi sui poveri nell’Inghilterra dell’Ottocento di cui parla Albert V. Dicey, alla legislazione sulla concorrenza, sulle partecipazioni pubbliche, ecc.); «prassi applicative» della Costituzione in senso formale e delle leggi, che con tali norme sono spesso in divario, e che sono sostenute da una produzione di regole collocate sotto lo strato della legislazione e dei regolamenti (per esempio, le circolari).

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ In un manuale con molte edizioni e ristampe, a riprova della conseguita diffusione e autorevolezza: AA.VV., *La nuova costituzione economica*, a cura di S. CASSESE, Bari 1995, riedito e ristampato fino al 2019.

² Opportuno perciò il riferimento alla tutela costituzionale del risparmio quando si parla di “Costituzione economica”: cfr. F. SCUTO, *La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti per un rilancio della dimensione soggettiva e sociale dell’art. 47 Cost.*, in questo numero.

Se a quella dei «significati» si accompagna l'enunciazione dei «metodi di studio» o, più esattamente, dell'oggetto di studio, del *designatum*, con altrettanta articolazione – dicendo che esso è costituito dalle relazioni pubblico-privato (o, si potrebbe preferire, dalle relazioni tra libertà economica e poteri di regolazione pubblica, o, più ellitticamente e radicalmente, dal rapporto tra autorità e libertà: il lessico, in questo campo, è ideologicamente orientato in senso forte), dalle politiche di settore, dalle politiche generali – si può avere netto il convincimento di una definizione aperta e onnicomprensiva, capace di contenere la complessità della “Costituzione economica” come fenomeno.

Eppure, anche questa definizione – la migliore possibile, tra quelle che aspirano a esiti ricostruttivi sistemici – non riesce ad addomesticare la complessità dell'universo “Costituzione economica”. Una complessità che si ripropone quando le prime risposte inducono nuove domande.

Così, postulato che la Costituzione economica è fatta (anche) di «norme costituzionali in senso formale», occorre chiedersi quali siano queste norme.

Alcune di quelle portate solitamente a esempio sono evidentemente, perfino dichiaratamente, riconducibili a tale campo. Ma molte altre, di tenore più generale, o collocate in altre partizioni del testo costituzionale, sono destinate ad avere un'incidenza talvolta altrettanto diretta sulle relazioni economiche. A partire dal principio di eguaglianza, in uno scenario di riferimenti culturali e di premesse assiologiche in cui le teorie economiche si collocano lungo una grande linea di separazione-opposizione tra chi assume la diseguaglianza come un disvalore e chi la ritiene il motore dello sviluppo e della crescita, dunque un valore. Si potrebbe osservare che è solo questione di interpretazione sistematica, bastando leggere in adeguata connessione, nel caso italiano, le norme del Titolo III della Parte I e l'art. 3 della Costituzione. Ma così non è, o almeno non è per orientamento sufficientemente generalizzato, per la tendenza a considerare le disposizioni sui rapporti economici come un nucleo in sé conchiuso, restituzione normativa delle leggi obiettive che regolano l'economia, autoprodotte dagli attori che in essa operano e che le sue dinamiche determinano. E, quando non riescono a “restituire” adeguatamente la realtà delle relazioni economiche dando campo alla forza degli spiriti che in essa soffiano, a quelle norme è impresso lo stigma dell'incapacità a comprendere e dell'arretratezza. E il principio di eguaglianza recede lontano sullo sfondo, programma nobilmente astratto.

Analoga la sorte del principio personalista, potenzialmente idoneo ad orientare le relazioni economiche moderando la tendenza ad assolutizzare i fattori di efficienza della produzione.

Ma ancora più ravvicinata e diretta è la (potenziale) capacità conformativa delle relazioni economiche da riconoscere alle norme costituzionali che fondano la tutela “organizzata” della salute e definiscono i modi di esercizio del diritto all'istruzione nei sistemi di *welfare*. E alle norme costituzionali, che fondano secondo sussidiarietà l'organizzazione dei rapporti tra i livelli territoriali di governo (come si incarica di confermare

la vicenda in corso del “regionalismo differenziato”, un concetto declinato in chiave di accentuazione della frattura Nord-Sud e di violazione di ogni principio a base del sistema tributario definito dalla Costituzione).

A tener conto di tutto questo, restringere la Costituzione economica – nel suo «significato» normativo-costituzionale – a quel nucleo limitato di norme può essere riduttivo e forse anche fuorviante.

Si può forse meglio dire, allora, che la Costituzione economica, piuttosto che un nucleo determinato e “specializzato” di norme, è una potenzialità diffusa di regole e principi costituzionali, sicché del lemma conviene fare un uso convenzionale, scontandone il carattere ellittico³.

Ancora, gli sviluppi ordinamentali recenti inducono a porre in termini nuovi la domanda intorno all’identificazione delle norme «formalmente costituzionali», superando l’accezione stretta di questa locuzione. Hanno, invero, sostanza costituzionale le norme di derivazione europea, prodotte dalle fonti-trattato o in sede giurisprudenziale: queste entrano nel quadro regolativo della Costituzione economica in tensione con le norme costituzionali interne (si pensi alla qualificazione delle proprietà come diritto inviolabile in ambiente CEDU⁴).

Messo in questi termini, il primo dei «sensi» attribuiti ordinariamente alla locuzione “Costituzione economica” – quello che lo risolve nell’insieme delle norme formalmente costituzionali o legislative «a rilevanza costituzionale» – si affievolisce anche la capacità euristica degli altri «sensi»: è assai difficile distinguere tra norme formalmente costituzionali e leggi di rilevanza costituzionale, da una parte, e legislazioni in cui trovano campo le politiche economiche.

E, quanto a quelle «prassi applicative» in cui si consuma il «divario» con le leggi e con la Costituzione economica, questa pencola pericolosamente verso un’accezione – tra le molte possibili – regressiva di costituzione materiale, poiché, in campo economico, v’è un conflitto permanente tra concezioni generali aperte alla regolazione giuridica – e che, anzi, non considerano possibili relazioni economiche senza regole giuridiche – e concezioni che affermano l’autonomia dell’economico, riducendo a variabili dipendenti il politico e la regolazione da esso derivante.

³ Dubita radicalmente della utilizzabilità della locuzione M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino 1990, 374 s. Le difficoltà definitorie sono compiutamente enunciate da P. BILANCIA, *L’effettività della Costituzione economica nel contesto dell’integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in questo numero. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Costituzione economica e globalizzazione*, in questo numero, aderisce invece integralmente alla nozione dovuta a Neumann.

⁴ La previsione dell’art. 1, c. 1, Prot. Add. CEDU – «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale» – ha ricevuto, nella giurisprudenza della Corte EDU, la interpretazione massimamente garantista per la posizione del privato proprietario.

2. Quanto conta il diritto nell'economia

Innanzi a un quadro concettuale così complesso – e che si sottrae ai tentativi di troppo rigida sistemazione, anche a quelli condotti con la più penetrante intelligenza delle dinamiche dei sistemi – si ripropongono alcune opzioni di fondo: scelte di campo, la cui necessità è illusorio pensare di aver rimosso. A partire dalla questione permanente del rapporto tra diritto ed economia; la quale – in questo tempo e in questa parte del mondo – si specifica anzitutto come questione del rapporto tra il diritto costituzionale e l'economia.

Ora – se si rimuove lo strato di riverniciatura ideologica messa sulle categorie teoriche dai sostenitori dell'autonomia dell'economico, soprattutto disperando di poter rinverdire il mito liberista in corrispondenza con le crisi finanziarie, e, in Italia specialmente, volendo indagare sulle ragioni della lunghezza delle recenti fasi di stagnazione e recessione e del carattere effimero delle fasi di ripresa – si deve osservare che nella struttura del sistema risiede la risposta alla domanda sul se e sul quanto il diritto “conta” nell'economia di mercato. La risposta è che il diritto “conta”; e nessuno ha mai pensato che esso “non conti”. Perfino Friedrich von Hayek – rileva Pierluigi Ciocca – nella cui *economics* il diritto è molto “endogeno”, e che manifesta «la posizione più vicina all'ipotesi che il diritto non conti, nel senso che il mercato, l'economia quale essa è, per vie misteriose evoca, “riconosce” il suo diritto», poiché «esprime quasi spontaneamente le soluzioni giuridiche acconce tra le tante possibili», non può pretermettere la rilevanza del diritto, in quanto proprio quella «operazione di “riconoscimento” può essere effettuata con vario grado di successo»⁵.

Tuttavia, sarebbe forse opportuno aggiornare i tratti di quest'antica questione, facendone l'oggetto di una costruttiva polemica culturale, in modo da riportarla con forza adeguata al centro del confronto scientifico (in un tempo in cui di polemiche culturali v'è penuria, essendone ristretto lo spazio dal rissoso intreccio delle asserzioni dei cantori dei provvisori detentori dei poteri di decisione delle *policy*, che, per dispiegare il loro canto, debbono farsi dimentichi delle proprie specifiche competenze).

Quanto ai costituzionalisti, in quest'opera di aggiornamento delle categorie, essi possono muovere da un sedimento, sul quale spesso si rinuncia a fare appoggio, per poi relativizzare e indebolire la capacità conformativa delle disposizioni costituzionali incidenti sulle relazioni economiche, in cui è visibile la stretta relazione genetica, nel caso italiano, tra regolazione economica e teoria e dommatica della Costituzione.

⁵ P. CIOCCA, *Diritto ed economia: intersezioni*, in *Quaderni del dottorato di ricerca in Diritto ed Economia*, n.1, Napoli 2004, 42. Sul versante concettuale opposto, Ciocca colloca Rudolph Stammler, secondo il quale, operando sul fattore giuridico, si può plasmare e guidare l'economia, ma avverte che quest'autore non ha un grande *impact factor* tra gli economisti (e forse Ciocca non se ne dovrebbe sorprendere, essendo Stammler un neo-kantiano, teorico delle categorie giuridiche *a priori*, al cospetto delle pulsioni empiriciste degli economisti).

Santi Romano, nella prolusione pisana del 1909, guarda alla nuova realtà dello Stato, fatta di «... federazioni o sindacati di operai, sindacati padronali, industriali mercantili, di agrari, di funzionari [...] società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza»⁶. Una realtà di attori economici, composta nello Stato moderno, «stupenda creazione del diritto»⁷.

E lo Stato moderno è regolatore giuridico dei rapporti economici. Esso non può permettersi di «lasciare che gli interessi economici si organizzino e si consocino in piena autonomia», poiché, se lo facesse, ciò «potrebbe avere un effetto esiziale, di decomposizione dello Stato stesso. Bisogna quindi ricondurre quella realtà entro un ordine giuridicamente apprezzabile»⁸. Perciò l'economia è – deve essere – oggetto di regola giuridica; e quando si afferma, faticosamente dapprima, il primato della Costituzione, deve essere anzitutto oggetto di regola costituzionale.

Quest'esigenza – tratto permanente nei rapporti tra sistemi giuridici ed economia, e fattore genetico, con le sue specificità, anche nel caso italiano – rimane dunque ferma, per quanto si passi dalla costruzione orlandiana e dalle successive codificazioni, all'età della Costituzione e poi delle decodificazioni (con il *deficit* di «razionalità giuridica» rilevato da Natalino Irti⁹).

3. Regolazione giuridica dell'economia

Ma che cosa chiede oggi l'economica alla regolazione giuridica? Cosa chiede alla Costituzione? Quale specifica domanda di regolazione proviene da quella «stupenda creazione del diritto»?

La risposta generale è: l'economia chiede certezza.

È da un paio di secoli che l'economia-mondo si è affermata come economia capitalistica di mercato in maniera pressoché generalizzata. E, in questi due secoli, i risultati complessivi quanto ai livelli di benessere della popolazione mondiale globalmente considerata, sono stati di grande rilievo, poiché il prodotto interno lordo e il reddito *pro capite* sono aumentati ben più del tasso di incremento della popolazione, falsificando la bronzea legge malthusiana della fissità dei livelli di benessere nel tempo¹⁰. Ma questa crescita è stata irregolare, perché funestata da periodiche crisi distruttive. Soprattutto, è stata diseguale, diseguale all'interno di singole parti del mondo e tra parti del mondo. La diseguaglianza ha generato l'instabilità dei sistemi politici – e l'instabilità politica non conferisce alle sorti dell'economia – suscitando fenomeni che manifestano su di essi una pressione crescente, con effetti di grave squilibrio: sui versanti interni, i populismi; su scala globale, le migrazioni.

⁶ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano 1969, 12.

⁷ *Ibidem*.

⁸ M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione: l'esperienza del Novecento*, 2012, www.treccani.it.

⁹ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1999 (prima ed. 1979).

¹⁰ P. CIOCCA, op. cit., 39 s.

Accanto a ciò, si consideri che, in questa fase della storia, le dinamiche economiche sono determinate, più ancora che dallo stato dei fondamentali, dalle aspettative e dai convincimenti che determinano gli *animal spirits* degli attori economici¹¹. E ciò è in sé fonte di instabilità e genera un effetto di incalcolabile fluidità del sistema economico, poiché induce comportamenti fondati sulla previsione, a base puramente soggettiva, di quelle che potrebbero essere le aspettative medie. Secondo Keynes, questo problema strutturale e sistemico deve essere affrontato con istituzioni, norme e convenzioni¹². Cioè con la regolazione giuridica.

Keynes si riferiva alle economie conosciute nel suo tempo. Ma gli odierni sviluppi confermano pienamente la perdurante validità della sua costruzione.

Il fattore nuovo, proprio del tempo presente, che non poteva essere percepito appieno quando la costruzione keynesiana veniva proposta, è nella concomitanza tra bisogno crescente di regolazione dell'economica e capacità decrescente dei sistemi politici a produrla¹³: lo si potrebbe definire il “paradosso istituzionale” dell'economia, che deriva dalla perdita talvolta drammatica di razionalità dei sistemi normativi, e dalla difficoltà a recuperarla, alla quale la teoria del diritto non ha mancato di reagire con pregevoli proposte ricostruttive, senza riuscire tuttavia a orientare a comportamenti più virtuosi le sedi della decisione politica.

4. Riduzionismo costituzionale e attualità della “Costituzione economica”

In Italia, il “paradosso istituzionale” è reso più radicale e più difficile da sciogliere dalla singolare perdurante fortuna arrisa all'assunto – accattivante nel rendimento retorico quanto incerto nel fondamento – secondo il quale la Costituzione economica (intesa nel «primo senso» sopra richiamato di «formula riassuntiva delle norme costituzionali in senso formale») sarebbe segnata irrimediabilmente dal ritardo culturale dei *framer* quanto all'acquisizione del concetto stesso di mercato, e dal «sentimento misto» a base ideologica nei confronti di questo: ne sarebbe sortita una costruzione «che si muove tra neocorporativismo e larvato dirigismo», arretrata alla nascita, e mai all'altezza dei tempi¹⁴.

¹¹ Sulle aspettative, J.M. KEYNES, *The General Theory of Employment, interest and Money*, Londra 1936, tr. it. *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino 1971, cap. XII.

¹² Cfr. I. VISCO, *Sul ruolo delle aspettative nell'economia di Keynes e in quella di oggi*, intervento al Convegno internazionale *Gli economisti postkeynesiani di Cambridge e l'Italia*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 11-12 marzo 2009, in www.bancaditalia.it.

¹³ In tema, da ultimo, G. LEGNINI, D. PICCIONE, *I poteri pubblici nell'età del disincanto. L'unità perduta tra legislazione, regolazione e giurisdizione*, Roma 2019, 37 ss.

¹⁴ Cfr. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, relazione in *Atti del Convegno AIC sul tema “La Costituzione economica”*, Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Padova 1997. Questa posizione va collocata anche nella polemica, a quel tempo attuale, sullo scostamento delle politiche economiche dal modello di «economia mista» (sul caratteri del modello accolto dai costituenti, cfr. A. PAPA, *Passato e (incerto) futuro delle “nazionalizzazioni” tra dettato costituzionale e principi europei*), in questo numero, intravvisto nella Costituzione, scostamento avallato da un «oltranzismo

Un simile giudizio è probabilmente riduttivo già con riferimento ai caratteri originari.

Ma soprattutto legittima la rinuncia a rinvenire nelle norme costituzionali sui rapporti economici un quadro di parametri quanto alle relazioni economiche utile ad orientarne una regolazione efficace: in Italia, il richiamo di Keynes a modellare con istituzioni e norme gli *animal spirits* sarebbe dunque destinate a cadere nel vuoto al massimo livello, al livello costituzionale, per inadeguatezza del Titolo III della Parte I.

E invece la modernità del quadro ordinamentale in materia economica va colta – lo si è detto in avvio – collocando tali disposti nel complessivo sistema che la Costituzione disegna: se ne dimostra, in tal modo, la perdurante adeguatezza a fronteggiare le “naturali” anarchia, incertezza, iniquità delle relazioni economiche. Da questo punto di vista, “moderna” è la funzionalizzazione della proprietà – che i costituenti si trovano dinnanzi come «terribile diritto»¹⁵, e regolano quasi come un potere, cioè mettendo in primo piano i profili di doverosità indistricabili dall’esercizio del diritto – e dell’iniziativa economica privata. “Moderna” è la centralità data al lavoro, poiché i processi di meccanizzazione e le nuove tecnologie, con la sostituzione del lavoro umano, non solo routinario ma anche implicante competenze cognitive sempre maggiori, sposta molti lavoratori di media professionalità verso mansioni a più basso valore aggiunto, rendendo crescente la disparità di reddito; il modello produttivo e la sua crisi inducono la precarizzazione del lavoro, la sua perdita di dignità; la considerazione delle migrazioni come un problema di ordine pubblico e perciò la rinuncia a politiche di regolazione dei flussi e di integrazione, producono, attraverso il ricatto dell’illegalità, un “esercito di riserva” a basso costo, soprattutto in alcuni comparti in alcune aree del Paese. La Costituzione, nella sua “modernità”, pone le modalità in cui questi processi si sviluppano fuori della legalità costituzionale; e pone fuori della legalità costituzionale il loro effetto: il blocco nella crescita e poi la regressione di produttività del lavoro e dei salari. Ma questo non è solo un problema costituzionale. È anche un problema economico di primario rilievo: le ragioni dell’economia e quelle della Costituzione impongono di affrontarlo, chiamando il decisore politico a

interpretativo» in senso «intensamente pubblicistico» della Costituzione economica, spinto al punto da legittimare la costruzione di uno «stato assistenziale inefficiente e corrotto» e di un «capitalismo in acre salsa partitocratica» (il lessico è quello di G. BOGNETTI, *La Costituzione economica. Interpretazione e proposte di riforma*, Milano 1993, spec. 3 ss.; l’approccio, in restituzioni verbali meno corrive, si era andato diffondendo): l’idea di norme costituzionali debolmente conformative valeva a togliere terreno a posizioni siffatte sul “tradimento” della Costituzione, tanto connotate in senso ideologico. I fatti si sarebbero presto incaricati di privare di senso i termini di quel confronto, soprattutto per il peso sempre maggiore, nello scenario delle Costituzioni economiche, dei fenomeni prodotti dall’economia finanziaria o a essa connessi, e per gli effetti di rimodellamento e omologazione derivanti dall’integrazione europea. E, tuttavia, quell’espedito argomentativo riduzionista è rimasto piuttosto largamente presente nel discorso sulla Costituzione economica in Italia.

¹⁵ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna 2013 (prima ed. 1981).

modificare in modo efficiente il quadro delle regole giuridiche e a porre in essere politiche di ampio respiro.

Certo non erano prevedibili i caratteri di finanziarizzazione dell'economia globale: ma la maggiore incertezza e la maggiore iniquità che ne sono derivate incontrano nella Costituzione ancora i principi e alcuni strumenti per fondare politiche adeguate a fronteggiarle.

Quanto ai caratteri più specifici del caso italiano, i costituenti ebbero molto chiara la debolezza strutturale dell'economia nazionale – e dunque lo svantaggio competitivo nel contesto internazionale e anzitutto europeo – derivante dalla «frattura»¹⁶ Nord-Sud, prefigurando gli strumenti per ricomporla. Ed è su questo terreno che si è prodotto il più autentico e vistoso scostamento dalla Costituzione nella vicenda repubblicana, poiché, nonostante il successo, in una prima fase, delle politiche di “intervento straordinario”, poi, in corrispondenza con un certo grado di degenerazione di questa modalità, si è preferito sopprimerle piuttosto che riformarle, e comunque non sono state poste in essere politiche di pari efficacia. Il disallineamento dalla Costituzione dev'essere parso così eclatante da indurre a cancellare il riferimento al Mezzogiorno contenuto nel terzo comma dell'art. 119 (lo si è fatto con l'art. 5 della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3): se non si può porre rimedio alla violazione, se ne cancelli l'indizio testuale.

Ma, per quanto negata, quella frattura rimane il maggior problema italiano, con conseguenze di divaricazione economica, istituzionale, culturale: nel Mezzogiorno, a istituzioni storicamente «estrattive» fanno riscontro economie parimenti «estrattive»¹⁷, e il sistema conserva quei tratti generali di asimmetria e dunque di inefficienza che i costituenti avevano ben intravisto.

5. Nuovo economicismo regolativo e sorte del costituzionalismo

Ma l'atteggiamento “riduzionista” nella ricostruzione della base costituzionale vigente ha indotto a concepire, e ha talvolta facilitato, interventi di revisione, fino a far auspicare una nuova “Costituzione economica” formalizzata, e a leggere come dirompenti, in lacerante contrasto con l'ispirazione della Costituzione e con i principi in questa affermati piuttosto che in congruenza e in armonia con essi, alcune modificazioni introdotte: tanto può dirsi della revisione dell'art. 81, “sotto dettatura europea”¹⁸, che ha

¹⁶ Il lemma «frattura» è qui adoperato nel senso proprio al contesto analitico definito da S.M. LIPSET, S. ROKKAN, *Cleavage Structures, Party Systems and Voter Alignments: An Introduction*, in AA.VV., *Party Systems and Voter Alignments*, a cura di S.M. LIPSET e S. ROKKAN, New York 1967.

¹⁷ Cfr., per tali categorie, E. FELICE, *Perché il Sud è rimasto indietro*, Bologna 2013, che le applica al caso del Mezzogiorno d'Italia traendole da D. ACEMOGLU, J. A. ROBINSON, *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, New York 2012, trad. it. *Perché le nazioni falliscono. Alle origini di prosperità, potenza e povertà*, Milano 2013.

¹⁸ Sul complesso e contrastato processo di messa in opera del nuovo art. 81 Cost., l'intervento di Giampiero di Plinio, *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*.

irrigidito i meccanismi di bilancio, fino a rendere molto difficilmente praticabili politiche anticicliche¹⁹; e dell'introduzione, con la revisione dell'art. 116, c.3, della possibilità di riconoscere alle Regioni ordinarie «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», che, per la debolezza e per l'incultura invalse nelle sedi della decisione politica, ha potuto dare esca a una pressione – pervicace e non facile da contrastare – da parte dei ceti politico-istituzionali di alcune Regioni del Nord d'Italia, per ottenere una massiccio trasferimento di competenze e di risorse (*rectius*: di competenze purchessia al fine di ottenere le maggiori risorse possibili), a costo di cristallizzare le asimmetrie su base territoriale e, con esse, la frattura Nord-Sud, con effetti potenzialmente catastrofici per l'unità del Paese e per l'economica italiana. Laddove i costituenti pensarono alla regionalizzazione come a uno dei fattori di democratizzazione del Paese e come a uno strumento per ricomporre la frattura Nord-Sud, i “differenziatori dissolutivi”, del tutto estranei a quell'ispirazione, pensano di “abbandonare il Sud al suo destino”, coltivando l'illusione di piccole patrie economiche a Nord, e operano in forme che aspirano al plebiscitarismo e sono tali da pretermettere le sedi della rappresentanza politica nazionale.

«Ritardo culturale», «indeterminatezza», «sentimento misto nei confronti del mercato», «arretratezza dell'analisi»: tutte chiavi che non aprono la porta dell'utile lettura della Costituzione economica italiana.

E, insistendo nell'adoperare quelle chiavi, si perde di vista l'essenziale e «il nuovo».

Vi sono, invero, processi in atto che chiamano in causa molto radicalmente l'assetto costituzionale nazionale, a partire dalle relazioni economiche.

Sono sottoposti a pressione inedita gli strumenti che la Costituzione appresta con gli artt. 10 e 11 Cost., e, dopo la richiamata revisione del 2001, con l'art 117, c. 1, Cost.

Nel nuovo scenario che si è aperto, la Costituzione economica viene messa nuovamente alla prova; ne vengono in discussione i capisaldi, a partire dal concetto di sovranità che essa accoglie. Nuove possibili “estraneità” a essa compaiono all'orizzonte. E di nuovo si propone l'interrogativo di fondo: quanto

¹⁹ Questo eccesso di zelo revisionista ha come esito, piuttosto paradossale, lo spostamento delle politiche espansive in sede europea, considerate la restrizione del campo di decisione nazionale – per scelta del legislatore costituzionale – e la simultanea erosione, per motivi di contesto, dello spazio delle politiche monetarie sovranazionali. Invero, dalla BCE, alle prese col problema di far salire il tasso di inflazione attraverso l'incremento della disponibilità di danaro liquido per i singoli cittadini, proviene la condivisione di un approccio che integra intervento monetario (europeo: opzione *Helicopter Money*) e politiche fiscali (nazionali) (sul quale, cfr. *Dealing with the next downturn: from unconventional monetary policy to unprecedented policy coordination*, documento del BlackRock Investment Institute, Agosto 2019, in www.blackrock.com, in cui si legge della proposta di «*A soft form of coordination would help ensure that monetary and fiscal policy are both providing stimulus rather than working in opposite directions, as has often been the case in the post-crisis period. This experience suggests that there is room for a better policy – and yet simply hoping for such an outcome will probably not be enough*»). Orientamenti che non possono non rinfocolare il confronto e le tensioni in Europa circa i limiti dell'azione della BCE, tratti anche innanzi alla Corte di Giustizia UE (cfr. G. PITRUZZELLA, *Do Common Constitutional Traditions Matter in the Field of Regulated Markets?*, in questo numero), e una certa critica al ruolo che il suo Governatore ha fatto giocare all'istituto.

“conta” il diritto – il diritto in generale, il diritto costituzionale in ispecie – nelle relazioni economiche, nell’economia di mercato?

I termini di questa nuova frontiera sono stati ben messi in luce nella *lectio magistralis* tenuta da Mario Draghi a Bologna nel febbraio di quest’anno²⁰, che, muovendosi in una linea di estraneità al costituzionalismo come realizzato negli Stati nazionali, tuttavia al costituzionalismo pone alcuni dei maggiori problemi del tempo presente.

Afferma dunque Draghi che «la vera sovranità si riflette *non nel potere di fare le leggi, come vuole una definizione giuridica* [corsivo aggiunto], ma nel migliore controllo degli eventi in modo da corrispondere ai bisogni fondamentali dei cittadini». Tale «corrispondenza ai bisogni» consiste nell’assicurare «”la pace, la sicurezza e il pubblico bene del popolo”, secondo la definizione che John Locke ne dette nel 1690». Il controllo, in cui la «sovranità» consiste, non è garantito dalla «possibilità di agire in maniera indipendente»: in posizione di indipendenza dalle politiche economiche nazionali, di indipendenza dalle istituzioni sovranazionali. Al contrario, l’indipendenza (tale pretesa di indipendenza) comporta una perdita di «sovranità», nel senso proposto, poiché – atteso che la globalizzazione esiste, e che essa comporta la tendenza delle imprese transnazionali a influenzare la regolamentazione dei singoli Paesi con la minaccia di ricollocarsi altrove, scegliendo i sistemi fiscali più favorevoli e spostando flussi di reddito e attività intangibili – l’indipendenza conduce a un deficit di capacità regolative: il Paese che si fa indipendente, in ultima istanza, per poter avere accesso al mercato globale, o subisce le regole scritte da altri o si deve separare dai partner commerciali più importanti; perciò perde il controllo sul benessere dei cittadini, cioè la «sovranità».

Il discorso di Draghi è tutto rivolto contro i sovranismi, dei quali intende dimostrare l’irrazionalità e l’intrinseca contraddittorietà. E certo coglie nel segno.

Ma esso è debole quando, qualificata la sovranità in ragione del suo scopo – controllare gli eventi in modo da assicurare benessere – mette la sua definizione in alternativa a quella che assume come giuridica, commettendo un errore epistemologico, poiché la rende troppo ristretta e preliminare per poter consentire di ricostruire con accettabile precisione i tratti connotativi dei sistemi. Cioè: se lo scopo è «controllare gli eventi», è essenziale stabilire *come* ciò possa avvenire. E ciò può avvenire solo attraverso la regolazione giuridica, e anzitutto attraverso la regolazione giuridica costituzionale. Lo stesso Draghi, peraltro, finisce col chiamare in causa, come necessario all’integrazione economica, largamente compiuta, del «blocco» Unione Europea (che attrae, insieme agli altri due grandi «blocchi» – NAFTA e Asia – «la maggior parte del commercio mondiale»), un processo di costituzionalizzazione (purtroppo incompiuto

²⁰ M. DRAGHI, *La sovranità in un mondo globalizzato*, *lectio magistralis* in occasione del conferimento della laurea *ad honorem* in Giurisprudenza, Università di Bologna, 22 febbraio 2019, in www.ecb.europa.eu.

e contrastato), ove descrive la struttura istituzionale dell'Unione²¹, anche se non lo qualifica, e probabilmente non lo riconosce come tale, ascrivendolo a un contesto di generica *governance*. E non vede come proprio l'incompletezza di quel processo di costituzionalizzazione è il maggiore fattore dissolutivo dell'edificio europeo e il maggiore alimento dei sovranismi.

La sua posizione, anche per il particolare pregio dell'elaborazione culturale che la sostiene, è il paradigma di una nuova fede nella potenza autoregolativa dell'economica, con la quale il costituzionalismo deve confrontarsi, poiché essa è legittimata dalla particolare debolezza delle sedi politiche di produzione normativa.

Ed è incoraggiata dall'apparente efficienza di forme di produzione non statali e non orientate dalle Costituzioni: la produzione di un «diritto sconfinato»²², che asseconda la crescente necessità di integrazione dei mercati, e consiste in regole contrattuali corrispondenti a prassi internazionali uniformi. Modelli contrattuali internazionalmente diffusi, atipici dal punto di vista del diritto interno, e usi del commercio internazionale, cioè «pratiche che si affermano tra gli operatori del commercio internazionale», prendano o non prendano avvio da tali modelli contrattuali uniformi²³, sono rispettivamente redatti e considerati da *law firms*, studi professionali internazionali, che operano per conto di imprese multinazionali.

Le *law firms* pongono in essere un processo circolare di produzione normativa che le lega al committente e al complesso delle imprese alle quali il committente si collega in sistema: la formulazione dei modelli contrattuali può consistere nella sistemazione organica di prassi in atto, da consolidare; ma, a sua volta, la restituzione di tali prassi in contratti ne definisce la portata e la struttura normativa.

Ecco, dunque, la *lex mercatoria* del tempo presente: i moduli contrattuali sono prodotti dalle *law firms* nell'ambito di una relazione privatistica con i committenti, ma si affermano nell'uso generalizzato sulla base del riconoscimento che venga compiuto della buona strutturazione tecnica e della idoneità a regolare efficacemente i rapporti commerciali, della quale viene compiuta la verifica sul campo nell'ambito del contenzioso innanzi ai collegi dell'arbitrato internazionale. La generalizzazione tra gli operatori – cioè al di fuori del rapporto tra *law firm* e committente – qualifica i moduli contrattuali come «beni pubblici», cioè beni «che è impossibile distribuire in base al sistema del prezzo»²⁴. Si può perciò dire – si è detto – della *lex mercatoria* che essa, proprio in ragione del «carattere di imprenditorialità», funziona «anche in

²¹ Ivi: «... Nella struttura dell'Unione europea, le regole comuni vengono definite nel Consiglio e nel Parlamento europeo. La Commissione provvede a che siano rispettate, la Corte di giustizia europea assicura la protezione in caso siano violate. Per quel che riguarda i Paesi dell'area dell'euro, la vigilanza bancaria europea e l'autorità che presiede alla risoluzione delle banche contribuiscono a contenere gli effetti dell'instabilità finanziaria».

²² M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari 2006.

²³ G. SAPUTELLI, *Stato, Unione europea e lex mercatoria*, *Quaderni ISSIRFA*, n. 25, Milano 2015, 100.

²⁴ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., 93.

maniera divergente dalla logica del mercato»; e – si è detto ancora – questo è un paradosso solo apparente, se si considerano insieme il «carattere universalistico del diritto» e il carattere ontologicamente aperto del mercato: il «diritto e i suoi strumenti sono di tutti»; il mercato è «per definizione una struttura “aperta” ... ogni restrizione mortificherebbe e restringerebbe la logica dello scambio di cui il mercato si alimenta e diventerebbe controproducente non solo per la complessiva dinamica del mercato, ma, di riflesso, anche per la parte che la provocasse»²⁵.

Questo concetto di universalizzazione non è riconducibile alle forme e alle categorie giuridiche nei loro connotati consolidati. Secondo il punto di vista “riduzionista”, in senso paneconomicista, la struttura “aperta” del mercato trascina il diritto a un tipo di universalizzazione cui riesce a imprimere le proprie connotazioni, conseguendo un equilibrio regolativo corrispondente alle esigenze degli attori.

Ma si tratta di un approccio ispirato a una visione meccanica delle cose e illusorio nella prospettiva.

In realtà la *lex mercatoria*, le sue dinamiche, si collocano nell’ambito di più generali processi di trasformazione che toccano gli ordinamenti giuridici, nelle dimensioni nazionali, sovranazionali e globali. Trasformazioni che chiamano severamente in causa il costituzionalismo, a partire dalla categoria centrale della rappresentanza politica, della sua tenuta.

Nella logica della *lex mercatoria*, il rapporto tra operatori economici e *law firms* è del tipo rappresentanza privatistica, il cui oggetto è la produzione di norme, sia nel modo della traduzione in enunciati di usi già formati sia nel modo della creazione di disposti *ex novo*, non collegate a usi. Dunque, vi sono due processi di produzione normativa, connessi ma distinti: quello che conduce al formarsi delle consuetudini che regolano il commercio internazionale; quello condotto dalla *law firms*. L’investitura di queste ultime nella loro funzione di produzione normativa avviene per volontà di un novero ristretto di operatori economici per le conoscenze di cui si ritiene esse possano disporre; e tale investitura può essere revocata in ragione delle valutazioni che gli stessi operatori possano compiere della validità dell’operato da essi commesso. Si tratta di pura investitura, in cui non v’è controllo permanente “di operazione” sulle attività delle *law firms*, e atteggiamento responsivo di queste; salvo la decisione dissolutiva della revoca, per propria natura estrema e “costosa”. Il rapporto tra operatori economici e *law firms*, poi, è tendenzialmente diseguale, poiché trova espressione nel contratto, la cui struttura è tale da consolidare i rapporti di forza, non da riequilibrarli: per i soggetti operanti nell’ambito della *lex mercatoria*, la diseguaglianza è un dato da regolare, non un fattore di squilibrio da eliminare²⁶.

A partire da questo nucleo “contrattualizzato” originario, il processo di produzione normativa si sviluppa con l’estensione a soggetti a esso esterni, attraverso l’adozione da parte di essi dei moduli contrattuali

²⁵ Ivi, 93 s.

²⁶ Ivi, 91.

definiti dalle *law firms*. Tali soggetti esterni sono destinatari della norma, ma hanno contribuito a determinarla; e solo in apparenza la loro adesione è “libera”, poiché la sottoposizione alla norma così formata è condizione di ammissione al mercato di beni e servizi.

Ma v'è un terzo processo di produzione che si innesta sui due così identificati: è quello guidato dai collegi dell'arbitrato internazionale, cui è affidata la soluzione delle controversie circa l'osservanza dei contenuti contrattuali determinati dalle *law firms*. Tali collegi sono investiti nella funzione unicamente sulla base del dimostrato possesso di conoscenze e del personale prestigio dei componenti²⁷. È il credito di cui godono a legittimarli e a garantire un alto grado di accettazione dei loro responsi. Ne deriva una “costrizione” all'imparzialità, che induce i collegi a formare giurisprudenze, su base quanto più strettamente tecnica e di cui sia evidente l'ispirazione a razionalità giuridica, e a sentirsi vincolati al precedente²⁸.

E poiché i precedenti sono ricostruiti valendosi delle raccolte dei lodi, e i collegi, in ragione del fondamento della loro investitura, danno ampiamente campo alla ricostruzione teorica e ai riferimenti dottrinali²⁹, ne deriva che il sistema di produzione si avvicina al ceppo di *common law*, e che il diritto degli arbitrati internazionali è diritto giurisprudenziale, ma è anche diritto di “sapienti”.

Solo in ultima istanza, in casi estremi di “fallimento” di una modalità di produzione che basta a se stessa nel proprio ambito, la sanzione per l'inosservanza della norma sarà ottenuta ricorrendo al sistema coercitivo di un singolo Stato nazionale, senza che ciò possa valere a inglobare in esso la *lex mercatoria*, che rimarrà pur sempre ordinamento distinto da ciascuno degli ordinamenti statali.

Ora, non v'è nulla che riporti questo tipo di produzione e il tipo di ordinamento in cui esso si colloca al costituzionalismo e alle Costituzioni democratiche consolidate nei contesti nazionali.

Poiché, tuttavia, questi modi di produzione “privata” del diritto, da parte di gruppi ristretti di operatori che li impongono a una comunità più ampia attraverso la decisione sull'inclusione/esclusione, consolidando rapporti di dominio o creandone di nuovi, in violazione del principio cardine di ogni assetto ispirato a democrazia, secondo il quale la legittimazione dei governanti (fonti soggettive delle norme) si fonda sull'investitura nel potere da parte dei governati, e negando la disegualianza come problema, il costituzionalismo è chiamato a raccogliere la sfida della propria universalizzazione, per divenire a propria volta “sconfinato”.

Ma tale nuovo orizzonte lascia solo intravedere territori ancora inesplorati e forme da definire secondo una nuova, più complessa, razionalità.

²⁷ Ivi, 88.

²⁸ Cfr. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi dei contratti nel commercio internazionale*, Padova 2003, 247 ss.

²⁹ Ivi, 249, nota 258.

Notizie sugli Autori

- **Francisco Balaguer Callejón** è Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada e Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Derecho Constitucional Europeo y Globalización;
- **Paola Bilancia** è Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli studi di Milano;
- **Elisabetta Catelani** è Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Pisa;
- **Giovanni Cavaggion** è Dottore di ricerca in Autonomie, Servizi pubblici, Diritti presso l'Università degli Studi del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”;
- **Eugenio De Marco** è Professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Milano;
- **Giampiero di Plinio** è Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università Gabriele D'Annunzio di Chieti/Pescara;
- **Jorg Luther** è Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”;
- **Gloria Marchetti** è Ricercatore di Diritto costituzionale presso l'Università degli studi di Milano;
- **Roberto Miccù** è Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso la Sapienza – Università di Roma;
- **Anna Papa** è Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli “Parthenope”;
- **Giovanni Pitruzzella** è Avvocato Generale alla Corte di giustizia dell'Unione europea;
- **Filippo Scuto** è Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Milano;
- **Sandro Staiano** è Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.





Numero speciale / Special Issue

5/2019

25 ottobre 2019