



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

LA NUOVA DIMENSIONE “GIURIDICA” DEI PROCESSI ECONOMICO-SOCIALI. BREVI NOTE SU COSTITUZIONALISMO (MODERNO), COSTITUZIONE (DEL '48) E COSTITUZIONALISTI (D'OGGI)*

di Vittorio Teotonico**

SOMMARIO: 1. La nuova dimensione “giuridica” dei processi economico-sociali: alcuni elementi introduttivi. – 2. Costituzionalismo, Costituzione e costituzionalisti. – 3. Dalla logica dell’(assoluta) irriducibilità a quella della (possibile) composizione tra (presunti) opposti. – 3.1. Stato e globalizzazione. – 3.2. Solidarietà e concorrenza. – 3.3. Centro e periferia, pubblico e privato. – 3.4. *Welfare* ed Europa. – 3.5. Ambiente e mercato – 4. Diritto ed economia. Una rinnovata alleanza tra giuristi ed economisti per contribuire alla costruzione di un diverso ordine del mercato. – 5. Brevi considerazioni finali.

ABSTRACT: L’attuale instabilità socio-economica, che si riflette inevitabilmente sul quadro politico-normativo, mette in evidenza l’inadeguatezza della classe politica a guidare i mutamenti in corso ed esaspera i pregiudizi ideologici e i contrasti di opinione sulle questioni da affrontare. Le maggiori difficoltà riguardano l’inquadramento dei rapporti, troppo spesso considerati necessariamente conflittuali, tra Stato e globalizzazione, tra solidarietà e concorrenza, tra centro e periferia, tra pubblico e privato, tra *Welfare* ed Europa, tra ambiente e mercato o, in sintesi, tra diritto ed economia. Ebbene, in una situazione di questo tipo, il compito di controllo e di stimolo del potere da parte dei giuristi-costituzionalisti, la loro opera di (ri)costruzione sistematica (secondo i dettami generali del costituzionalismo moderno e quelli più specifici della Costituzione italiana) e la loro funzione di conciliazione (tra valori, interessi e visioni del mondo in contrapposizione) divengono di estrema rilevanza. Pertanto, i giuristi-costituzionalisti potrebbero raggiungere risultati più soddisfacenti non riproponendo la vecchia contrapposizione con gli economisti bensì stringendo una nuova alleanza con gli stessi.

* Il presente scritto costituisce la rielaborazione, con alcuni successivi aggiornamenti e l’aggiunta di riferimenti bibliografici, della Relazione tenuta al Convegno internazionale dal titolo “*Libertà economiche e mercato*”, svoltosi presso l’Università Cattolica Nostra Signora del Buon Consiglio di Tirana (Albania), il giorno 27 maggio 2016.

** Professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico – Dipartimento di scienze economiche e metodi matematici, Università degli studi di Bari Aldo Moro.

The current socio-economic instability, which is inevitably reflected in the political and regulatory framework, highlights the inadequacy of the political class to guide the change in progress and exacerbates both the ideological prejudices and the differences of opinion on the issues to be addressed. The greatest problem concerns the classification of relationships, too often regarded as necessarily conflicting, between State and globalization, solidarity and competition, center and periphery, public and private, Welfare and Europe, environment and market or, in brief, between law and economics. Thus, in a situation like this, the task of jurist-constitutionalists to monitor and stimulate the power, their work of systematic (re)construction (according to the general dictates of modern constitutionalism and the more specific of Italian Constitution) and their conciliatory function (including contrasting values, interests and visions of the world) become extremely important. Therefore, jurist-constitutionalists could achieve more satisfactory results not just proposing again the ancient opposition to the economists, but establishing a new alliance with them.

1. La nuova dimensione “giuridica” dei processi economico-sociali: alcuni elementi introduttivi

Formulo, innanzitutto, un breve chiarimento sul titolo del presente contributo, strumentale ad una migliore comprensione di ciò che in esso tratterò.

«La nuova dimensione “giuridica” dei processi economico-sociali» rappresenta, al netto del successivo sottotitolo, la riproduzione, pressoché integrale, del titolo di una recente pubblicazione di cui sono stato co-curatore¹. C’è, però, una, per quanto piccola, non insignificante variazione, giacché ho sostituito la parola “istituzionale” con la parola “giuridica”. La ragione risiede nel fatto che, in questa sede, pur traendo indubbia ispirazione da alcune premesse di fondo da cui muovono i saggi di quell’opera, andrò oltre la loro impostazione: mi occuperò, infatti, non solo della dimensione prettamente “istituzionale” dei processi socio-economici in atto (cioè dell’inquadramento da un punto di vista normativo degli stessi), ma anche dell’importanza che riveste, in tal senso, il ceto dei giuristi (cioè coloro i quali si dedicano professionalmente alla sistematizzazione teorica e/o all’applicazione pratica delle regole di diritto). Più nello specifico, come si accenna nello stesso sottotitolo, nell’ottica del costituzionalismo moderno e nel rispetto (dello spirito più che della lettera) della Carta repubblicana, proverò, per un verso, a rimuovere alcuni pregiudizi, perlopiù ideologici, e a comporre alcune antitesi, più presunte che reali, presenti nel dibattito sul tema del mercato e su altre problematiche strettamente connesse; e tenterò, per altro verso, di argomentare come l’apporto della scienza giuridica, e costituzionale in particolare, risulti utile, se non decisivo, per meglio orientare quel dibattito e – come si è incisivamente scritto – «per recuperare un *sensu* all’agire collettivo»², sia dentro che fuori il mercato.

Al tal fine, mi sembra opportuno partire da un dato di comune esperienza, quindi di immediata percezione e, come tale, non bisognoso – almeno spero – di molte spiegazioni: alludo all’estrema complessità e alla forte instabilità della situazione economico-sociale in cui da tempo viviamo. Questa instabilità si riflette inevitabilmente anche sul quadro politico-normativo (*rectius*: sui quadri politico-normativi) di riferimento mettendo sovente

¹ G. LUCHENA, V. TEOTONICO (a cura di), *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, Cacucci, Bari, 2015.

² G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, 172.

in evidenza, talvolta anche drammaticamente, l'inadeguatezza della classe dirigente (nei vari livelli di governo coinvolti) a guidare i mutamenti in corso. Sempre più spesso, pertanto, si usa parlare, in modo negativo e preoccupato, di *transizione* o, peggio, di *crisi*.

In simili frangenti succede che si radicalizzino i contrasti di opinione, si ragioni per alternative dilemmatiche, si operino scelte drastiche. Concetti che potrebbero anche essere visti in correlazione vengono prevalentemente intesi in opposizione: di solito non si parla di “sovranià e globalizzazione”, ma di “sovranià o globalizzazione”, né si dice “solidarietà e concorrenza”, ma “solidarietà o concorrenza”, e, così, “centro o periferia”, “pubblico o privato”, *Welfare o Europa*”, “lavoro o ambiente”, “diritto o economia”. In alcuni casi l'intransigenza può anche essere indice di una profonda coerenza logica, ovvero di una forte coscienza civica, o, ancora, di uno spiccato spirito identitario; in molti altri casi, invece, essa denota rigidità intellettuale, miopia politica, incapacità di reagire ai cambiamenti e di stare “al passo con i tempi”. Per quanto, allora, siano da valutare negativamente le *posizioni di mera retroguardia*, condizionate da uno sterile conformismo e appiattite essenzialmente sulla strenua difesa della tradizione e degli istituti consolidati, non meno deprecabili risultano essere gli *atteggiamenti esasperatamente iconoclastici*, volti a prospettare o a condividere, quando non ad esaltare, perlopiù acriticamente, interpretazioni normative eccentriche ed ipotesi di innovazione troppo spinte e, in definitiva, poco rassicuranti³. Emerge, abbastanza chiaramente, come i partiti, non solo per il frequente coinvolgimento in episodi di corruzione, ma anche e soprattutto per la notevole riduzione delle proprie capacità di *problem solving*, si siano tramutati da elementi di raccordo in una barriera tra popolo e istituzioni⁴. Il dibattito tra di essi e, talvolta, anche all'interno di alcuni di essi – come da noi dimostrato, da ultimo, dalla lunga ed accesa campagna referendaria per la riforma costituzionale – continua a connotarsi assai meno per l'apprezzabilità dei suoi contenuti specifici che per l'enfasi eccessiva – se non per la violenza verbale – dei suoi non di rado improvvisati protagonisti, i quali, rispetto alle proposte che vengono di volta in volta avanzate, spesso indugiano in sperticati elogi o, al contrario, sentenziano affrettate bocciature⁵. Da tempo, insomma, i tratti distintivi della politica, italiana e non solo, sembrano essere diventati l'assenza di contegno, l'atteggiamento sopra le righe, la mancanza di moderazione del giudizio (che spesso altro non sono che i maldestri tentativi di occultare il distacco dalla base sociale e l'inidoneità ad intercettare le istanze più pressanti che da essa

³ A tutto ciò si aggiunge, quale ulteriore fattore negativo, anche una tendenza, che dura in Italia da almeno due decenni, a varare riforme «talvolta finte, altre a rate se non incompiute, altre inadeguate, altre tradite, altre infine circolari, che si elidono per accumulazione»: così R. CARANTA, *Lettera da Londra all'Amico e Maestro Francesco Gabriele*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, vol. I, Cacucci, Bari, 2016, 162.

⁴ Così, ad es., L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in www.constituzionalismo.it (4 giugno 2013), e L. FERRAJOLI, *Separare i partiti dallo Stato, riportare i partiti nella società*, in *Lo Stato*, n. 6 (gennaio-giugno 2016), 13, il quale rileva come, in base all'idea, sempre più diffusa, che i partiti siano «macchine elettorali e caste di privilegiati, talora corrotte e colluse con gruppi affaristici», si tenda a ritenere che «una politica degna di questo nome» debba svolgersi al di fuori di essi, «nei movimenti di protesta o di iniziativa politica e nelle tantissime forme di volontariato civile di cui ancora fortunatamente è ricca la società».

⁵ Molto caustica, sul punto, la critica di A. CARRINO, *La rettificazione dei nomi: federalismo e presidenzialismo*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. I, 213, laddove ritiene che, nonostante ci siano stati uomini di cultura e finanche politici che hanno non di rado proposto soluzioni intelligenti, comunque è sempre mancato lo strumento fondamentale per realizzarle, cioè una classe politica consapevole di sé e desiderosa di risolvere davvero i problemi del Paese. Egli, successivamente, “rincarando la dose”, osserva come nel dibattito politico si usi «un linguaggio sempre più povero, intellettualmente e lessicalmente», in quanto ciò che in esso conta è, invece, «un bulimico interesse di parte, che intimamente vuole e si auspica la corruzione della Repubblica, perché soltanto una Repubblica corrotta consente la sopravvivenza dei corrotti» (p. 216).

provengono).

Al contrario, come, in una delle sue *Epistulae*, rimarcava Orazio, «*virtus est medium vitiorum et utrimque reductum*»: la virtù è ciò che si colloca nel mezzo dei vizi ed è lontano da entrambi. Proprio per gli evidenti e congeniti “vizi” della politica, per le sue manifeste e risalenti carenze, alla scienza giuridica, oggi più che mai, si richiede di essere fattivamente “virtuosa”, vale a dire propositiva e concreta, ma pur sempre equidistante dalle esagerazioni opposte. In proposito, Pietro Giuseppe Grasso ha affermato, molto incisivamente, che l’attività del giurista, e del costituzionalista *in primis*, si pone a mezza via tra gli eccessi del *rivoluzionario*, intento ad introdurre, nel nome dei soli propri ideali, un nuovo assetto ordinamentale privo di qualsiasi legame con il passato, e gli eccessi contrari del *reazionario*, pervicacemente convinto della necessità di totale invariabilità dello *status quo*, quale che esso sia⁶. Il giurista-costituzionalista, “in virtù” – è davvero il caso di dire – di tale sua posizione intermedia, lungi dal propugnare la *palingenesi* o, viceversa, la *pietrificazione* dell’ordinamento, dovrebbe svolgere una sorta di “funzione cuscinetto” tra le esigenze di cambiamento della società (politica e civile) e quelle di stabilità del diritto (costituzionale)⁷. Egli, in buona sostanza, in tanto si mostra fedele ai principi giuridici realmente supremi (giacché non solo consacrati in Costituzione ma anche inveterati nella coscienza collettiva⁸), in quanto riesce – oltre che a (contribuire a) a difenderli da possibili attacchi o a dare del diritto vigente interpretazioni ad essi conformi – a (co)operare alla creazione di quelle norme più idonee a realizzarli storicamente in base alle sempre mutevoli esigenze sociali.

2. Costituzionalismo, Costituzione e costituzionalisti

Da tutto ciò scaturisce quanto sia opportuno, anzi indispensabile, provvedere all’aggiornamento di alcune categorie giuspubblicistiche classiche (quali la sovranità statale, la protezione sociale, l’autonomia territoriale, il governo dell’economia, la democrazia rappresentativa e quella partecipativa), senza erigere barriere che separino dalle esperienze storiche pregresse. C’è chi, in proposito, ha affermato che anche il “nuovo” ha bisogno delle sue regole e che queste non nascono *ex nihilo*, bensì dal passato, da ciò che esso può ancora significare al presente e, quindi, dalla sua idoneità ad orientare le scelte per il futuro⁹. Insomma, il nuovo – come pure si è detto – deve pur sempre integrarsi e fare sistema con il vecchio¹⁰.

La miglior riprova della validità di questi assunti sembra rivenire dalla storia del costituzionalismo moderno, cioè di quell’*humus* politico, filosofico e, più ampiamente, culturale in cui affondano le radici delle istituzioni statali occidentali. Esso, invero, si è caratterizzato evolutivamente, ossia a seconda dei valori e degli interessi sociali più avvertiti nelle diverse epoche attraversate, giammai obliterando la propria originaria matrice assiologica, ma, più semplicemente, rimodellandola ed implementandola. Il costituzionalismo, proprio per questa sua capacità di servire a nuovi scopi e aprirsi a

⁶ P.G. GRASSO, *Il concetto di riforma e i giuristi*, in AA.VV., *Scritti (su le fonti normative e altri temi di vario diritto) in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Cedam, Padova, 1985, 316 e 323 ss.

⁷ Sul punto v. anche, per ulteriori riferimenti bibliografici, V. TEOTONICO, *La scienza giuridica tra esigenze di innovazione e continuità costituzionale*, in *www.rivistaaic.it* (15 maggio 2016), in part. par. 5.

⁸ La precisazione appare non inutile laddove si rifletta, sulla scorta di G.U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Savelli, Roma, 1975, 156, che «la Costituzione non vige perché fu voluta, ma perché oggi è voluta; vige se e finché ha dietro di sé il consenso attuale che la rende concretamente operante».

⁹ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., 173.

¹⁰ A. RUGGERI, «Nuovi» diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in *Pol. dir.*, 1993, 199.

«virtualità differenti», è stato talora definito come «risposta alle sfide della storia»¹¹, talaltra paragonato ad un albero, dal cui «unico tronco» si dipartono «rami» che nel tempo diventano «più numerosi e più specifici ed evoluti»¹². Esso, in ogni caso, ha impresso una «tendenza irreversibile (sia pure tra difficoltà, interruzioni ed anche temporanei arretramenti e in modo non uniforme nei vari ordinamenti) in senso sempre più democratico, o, se si preferisce, sempre meno autoritario e meno socialmente ingiusto»¹³. Il costituzionalismo, infatti, con le grandi rivoluzioni d'Occidente del XVII e XVIII secolo, si è connotato come «lotta» per ottenere (o conservare) la libertà *dallo* Stato, combattendo l'assolutismo e l'oscurantismo religioso e offrendo, così, una risposta alle pressanti istanze di individualismo e di laicismo avanzate da una borghesia in prepotente ascesa socio-economica¹⁴. Successivamente, con i processi costituenti del secondo dopoguerra, ha esteso (e, quindi, non ha rimosso) il suo orizzonte, al fine di garantire anche la libertà *attraverso* lo Stato, cioè l'«incorporazione» nel processo politico di nuovi gruppi, prima emarginati e, di conseguenza, la progressiva «ingerenza» dei poteri pubblici negli stessi fatti socio-economici¹⁵.

Il costituzionalismo del Novecento, pertanto, benché si sia connotato per una più decisa e generale vocazione emancipatoria, non ha cancellato il proprio passato, ma, a beneficio di ogni classe, ha arricchito (ma non stravolto), i *Bill of Rights* borghesi con l'introduzione dei diritti sociali¹⁶; ha potenziato le vecchie (più che inventato nuove) forme di intervento sul mercato¹⁷; ha concepito ulteriori criteri di redistribuzione della ricchezza accanto a (invece che in sostituzione di) quelli strettamente capitalistici¹⁸. Ad ogni modo – come è stato autorevolmente sostenuto –, lo «Stato pluriclasse», che è così sorto, non può certamente essere paragonato ad «uno Stato capitalista che fa concessioni per sopravvivere», né, tantomeno, configurato alla stregua di un ordinamento i cui governanti scelgono «a proprio libero giudizio ciò che si deve fare per riuscire». Tutt'altro: esso «è una complicatissima organizzazione in cui ciascun gruppo chiede tutela dei propri interessi ed in cui ogni voce è valida»¹⁹. Ne riviene che il nodo centrale del regime pluriclasse, se, in origine, può essere

¹¹ P. RIDOLA, *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2005, 305.

¹² F. GABRIELE, *Europa: la "Costituzione" abbandonata*, Cacucci, Bari, 2008, 83.

¹³ Ivi, 75.

¹⁴ Come qualcuno ha di recente rilevato, le rivoluzioni americana e francese (e già prima la *Glorious Revolution* inglese) hanno portato alla costruzione (ovvero al consolidamento) di «un ordine politico-costituzionale fondato sulla legalità della *società commerciale*» e, dunque, su «istituzioni *elitarie*, degenerativamente totalitarie»: M. CARDUCCI, *La sostenibilità del diritto costituzionale nella globalizzazione*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. I, 186 s.

¹⁵ F. BALAGUER CALLEJÓN, *La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto*, tr. it. di T.N. POLI, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. I, 4.

¹⁶ Così, *ex multis*, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2011, 35, i quali considerano i diritti sociali «strumenti di integrazione nello Stato dei gruppi sociali più svantaggiati». V. anche F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della Parte prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, in *www.rivistaaic* (13 settembre 2013), spec. par. 2 e 6 s., il quale argomenta ampiamente l'esistenza di una relazione diretta tra tutela dei diritti sociali e salvaguardia dell'unità nazionale.

¹⁷ Infatti, secondo l'impostazione di M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1989, 34, e contrariamente ad una diffusa opinione, lo Stato *pluriclasse* del Novecento non ricorre a strumenti inediti di governo dell'economia, ma estende e ricodifica quelli già esistenti nello Stato *monoclasse* dell'Ottocento, «di perfeziona sotto l'aspetto tecnico, ma soprattutto li istituzionalizza, li rende cioè elementi strutturali dell'ordinamento».

¹⁸ Cfr. G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 50 ss. Per i suesposti motivi, si può accedere all'impostazione di C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1985, il quale affermava che la fine dei regimi liberali «è una crisi non del principio di libertà, ma del sistema capitalistico che ne è derivato» (p. 541). Egli precisava, quindi, che l'instaurazione degli ordinamenti pluralistici e democratici – definiti dall'A. «sistemi misti o transattivi» – «è la riprova, sia della forza politica e morale propria della lotta contro i privilegi economici; sia della vitalità del principio di libertà» (p. 543).

¹⁹ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986, 98 s.

stato la determinazione delle finalità da perseguire, successivamente, è divenuto anche e soprattutto la loro equilibrata realizzazione.

L'insegnamento di massima che si può trarre ancora oggi dalla storia del costituzionalismo, quindi, è che, in una società complessa, quanto più ampio e armonioso è il patrimonio di valori costituzionali e quanto più continua e flessibile è la loro attuazione, tanto maggiore è la legittimazione del potere, cioè il consenso popolare che fornisce stabilità agli apparati di governo ed effettività alle loro decisioni. Seguendo la nota impostazione di Zagrebelsky, si può sostenere che l'unica lettura non catastrofica del nostro tempo è quella che presuppone la sostituzione della logica prevaricatrice ed esclusiva dell'*aut-aut* (o l'uno o l'altro) con la logica inclusiva e più conciliante dell'*et-et* (sia l'uno che l'altro), vale a dire una "convivenza mite", costruita sul pluralismo, sulla tolleranza, sulla interdipendenza e, come tale, nemica di ogni desiderio di supremazia o, peggio, di sopraffazione²⁰.

Mi rendo perfettamente conto che una prospettiva del genere andrebbe incontro ad almeno due obiezioni. La prima è che non è sempre possibile includere, conciliare, trovare «strade terze», per cui, perlomeno in qualche circostanza, bisogna avere le idee ben precise sul bene preminente da tutelare o, comunque, sul sistema o «livello conformemente ai cui valori si deve (senza che la parola evochi in un lettore frettoloso indebite suggestioni schmittiane) *decidere*»²¹. La seconda obiezione – peraltro intimamente connessa alla precedente – attiene al fatto che l'introduzione di un nuovo istituto costituzionale, e in particolare di un nuovo diritto, non è mai indolore, o senza ripercussioni sull'ordinamento complessivamente inteso: essa, infatti, «ha un costo», perché, oltre ad incidere evidentemente sulla certezza dei rapporti giuridici, «comporta l'allungamento del catalogo dei doveri e altera la posizione relativa dei diritti preesistenti nel contesto del reciproco bilanciamento»²². Eppure, nonostante entrambe le obiezioni presentino un grumo di verità incontestabile, oggi la logica dell'*et-et* appare – anche alla luce della recente, per quanto non sempre del tutto lineare, giurisprudenza costituzionale – come quella più largamente soddisfacente ed effettivamente praticabile²³. *Adducere inconveniens non est solvere argumentum*:

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, *passim* e spec. 11 ss.

²¹ Così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in www.archivio.rivistaaic.it (17 luglio 2006), par. 5 e nota 93, a cui l'impostazione di Zagrebelsky (da questi ribadita anche in *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005, spec. 61 s.), appare eccessivamente "irenica" proprio per il fatto che essa tende, a parte che a confidare troppo nel «circuitto della giurisdizione» a discapito di quello della "responsabilità politica", a trascurare come una «terza opzione» non sia sempre la soluzione migliore: «non è affatto peregrino immaginare che, talora, una delle alternative in campo sia da rigettare *in toto*». Per ulteriori osservazioni critiche sulla «prospettiva della mitezza» v. P. PALOMBELLA, *I limiti del diritto mite*, in *Dem. dir.*, n. 3/1994-1/1995, 185 ss. (anch'egli perplesso, tra l'altro, dell'eccessiva «giuridificazione» dei conflitti tra valori a cui essa condurrebbe, mettendo «fuori dal gioco» i meccanismi procedurali di decisione fondati sulla teoria «della sfera pubblica e della sovranità»), e lo stesso M. LUCIANI, *Quanto è mite il diritto mite di Gustavo Zagrebelsky*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, Torino, 2016, 36 ss. (il quale argomenta in modo ancora più articolato le proprie riserve sulla profonda ridefinizione degli equilibri «fra le aule dei Parlamenti e quelle dei Tribunali» che comporta la dottrina del diritto mite).

²² M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione italiana*, in www.rivistaaic.it (1° marzo 2013), par. 6, nota 85. In modo conforme v., *ex aliis*, perlomeno A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, 20 ss., e R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. III, *I multiformi profili del pensiero giuridico*, Jovene, Napoli, 2014, 77 s., il quale sostiene che i diritti sono sempre «a somma zero», precisando che introdurne uno «nuovo», ovvero potenziare la tutela di uno già esistente, significa sempre far retrocedere la tutela di un altro o di qualche interesse generale. Sui «nuovi diritti», data la vastità della dottrina dedicatasi al tema, mi limito a rinviare al recente saggio di S. CAVALIERE, *Questioni in tema di "nuovi diritti"*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. I, 217 ss.

²³ In tal senso, tra le pronunce più note e recenti dei giudici di Palazzo della Consulta, cfr. la n. 264 del 2012, riguardante i rapporti tra ordinamento costituzionale e Cedu (punti 4.1 e 4.2 del *Considerato in diritto*); la n. 85 del 2013, sul «caso Ilva» (punto 9 del *Considerato in diritto*); la n. 1 del 2014, intorno al c.d. *Porcellum* (punto 3.1 del *Considerato in diritto*); la n. 10 del 2015, concernente la c.d. *Robin tax* (punto 7 del *Considerato in diritto*); la n. 63 del 2016, in tema di

la difficoltà, anche soverchia, di armonizzare interessi e posizioni giuridiche, potenzialmente o concretamente in contrasto, non può essere per il giurista-costituzionalista un buon motivo per “prendere partito” rinunciando ad ogni tentativo di componimento²⁴. Del resto, il fatto che la Carta del '48 non menzionasse, tra l'altro, l'Europa, il mercato, la concorrenza, la sussidiarietà, la moneta unica, le autorità amministrative indipendenti, la libertà di orientamento sessuale, il diritto alla riservatezza, quello all'ambiente e simili, non ha impedito che essi si affermassero – prima o dopo, in un modo o nell'altro – quale “diritto costituzionale vivente”. Si tratta solo di alcuni esempi di principi ed istituti giuridici, spontanei o comunque costituzionalmente inespresi, il cui reperimento si fonde e si confonde con «l'accertamento storico del modo in cui l'ordinamento concretamente opera»²⁵, e che, quindi, ad un certo punto, «si presentano con un tale grado di imperatività alla coscienza della comunità delimitata dallo stesso ordinamento statale, da dover essere attuati, quali che sia il sistema di regole»²⁶.

Tutto ciò, d'altro canto, non può significare o legittimare, da parte di chiunque, un atteggiamento di sfiducia in quel progetto di sviluppo economico e di trasformazione socio-culturale delineato dai nostri *Patres conditores* (uno dei più vasti ed ambiziosi tra quelli delle attuali democrazie occidentali) ed assumere, così, «una posizione “giustificazionista” rispetto all'esistente»²⁷. Ancor più inopportuno e censurabile, poi, sarebbe un disimpegno

limitazioni della libertà di culto per esigenze di sicurezza, ordine pubblico e pacifica convivenza (in part. punto 8 del *Considerato in diritto*); la n. 265 del 2016, in materia di equilibrio fra il libero esercizio di attività di trasporto di persone ed interessi pubblici con esso coinvolti (punto 4.3 e 5 del *Considerato in diritto*); e, infine, la n. 35 del 2017, in merito al c.d. *Italicum* (punti 6 e 9.2 del *Considerato in diritto*). Queste pronunce, come accennato, hanno spesso suscitato numerose perplessità e censure dottrinali, vuoi per i percorsi argomentativi utilizzati e considerati spesso non ineccepibili né coerenti con altri precedenti, vuoi per le concrete conseguenze, reputate, a seconda delle fattispecie coinvolte e dei profili trattati, talora scarsamente incidenti, talaltra troppo impattanti sul sistema normativo complessivo, vuoi, infine, per la forte e ben visibile “carica” di discrezionalità (se non di “politicalità”) che ne contraddistingue i rispettivi contenuti. Al di là di ciò, però, tale giurisprudenza si segnala per l'ispirazione di fondo comune riconducibile all'asserita impossibilità di declinare principi e diritti fondamentali secondo una “rigida” gerarchia, il che comporta la necessità, ineludibile, di trovare un «punto di equilibrio» tra di essi, «dinamico e non prefissato in anticipo», tale da evitare comunque «un sacrificio del loro nucleo essenziale»: sent. n. 85 del 2013, *loc. cit.* (e, analogamente, da ultima, v. sent. n. 35 del 2017, *loc. ult. cit.*, laddove si ribadisce la necessità che «il bilanciamento dei principi e degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia [...] realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in maniera eccessiva»). In senso parzialmente difforme, però, cfr. le sentt. n. 317 del 2009, in part. punto 8 del *Considerato in diritto* (in cui il diritto di difesa viene considerato non suscettibile di deroga alcuna per ragioni di abbreviazione dei tempi processuali), e n. 70 del 2015, in part. punto 10 del *Considerato in diritto* (laddove l'intesse dei titolari di trattamenti di quiescenza modesti è ritenuto perlopiù non bilanciabile con esigenze di contenimento della spesa pubblica). In dottrina, di recente e per tutti, v. M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, cit., 463 ss.

²⁴ A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a C. cost., sent. n. 84/2016), nella rivista online www.biodiritto.org (fasc. 2/2016), par. 2, ritiene quasi impensabile che possa esistere sempre «un “bilanciamento mite”, che non presenti dei costi, dandosi vita ad un “unico” risultato costituzionalmente legittimo, perfetto e perenne». Ciò, tuttavia, a suo avviso, non vuol dire che tale attività non andrebbe fatta: al contrario, bisognerebbe sempre sforzarsi – il riferimento è in particolare alla Corte costituzionale – di cercare «il bilanciamento costituzionalmente “meno imperfetto” fra quelli astrattamente possibili» (corsivo originale), in modo che solo il risultato normativo di questo particolare bilanciamento possa poi essere considerato costituzionalmente meritevole di garanzia.

²⁵ C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 21.

²⁶ G. BARILE, *Limiti all'attuazione dei diritti europei e stranieri nell'ambito delle comunità statali*, in *Comunicazioni e studi*, n. 12, 1966, 91 ss. Devo questa citazione a M. CARDUCCI, *La sostenibilità del diritto costituzionale nella globalizzazione*, cit., 177, il quale, in quest'ottica, sottolinea che la Costituzione scritta non solo «si interpreta», nelle sue disposizioni formali, ma «si dispone», secondo le più varie aspettative. Egli specifica che «la positivizzazione testuale potrà assurgere a ultimo baluardo all'abuso di questa “disponibilità”, ma non esaurirà mai lo spazio della comunicazione culturale e sociale» (p. 182).

²⁷ L'incisiva espressione è di G. GAROFALO, *Economia e diritto* [*«Silete, iureconsulti»* vs *«Silete, economisti»*], in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. II, Jovene, Napoli, 2010, 1403. Per V. ONIDA, *La Costituzione. La legge fondamentale*

del genere da parte degli stessi giuristi-costituzionalisti, vale a dire di quanti dovrebbero non solo mantenere la Costituzione ad oggetto privilegiato delle proprie ricerche, ma anche essere costantemente ispirati da quella storia e guidati da quell'insegnamento, prima accennati, che reca con sé il costituzionalismo moderno. In particolare per loro mantenere fiducia in tale progetto – inteso nella sua generalità, piuttosto che nelle sue singole parti, nella sua originaria carica solidale e pacificatrice invece che nelle non poche letture faziose e fuorvianti succedutesi su di esso – vuol dire, innanzitutto, essere consci che esso è ancora distante dalla sua corretta e completa realizzazione, ma, proprio per questo, anche ammettere, senza timori o esitazioni, l'esigenza di elaborare percorsi ermeneutici e di sperimentare strumenti operativi che prendano il posto di quelli che si sono rivelati evidentemente obsoleti, obiettivamente inutili o, addirittura, pericolosamente controproducenti. Come accorta dottrina rileva, per i costituzionalisti – gli intellettuali “militanti” per la Costituzione per antonomasia – diventa, rispetto ad altri studiosi, un fatto del tutto normale, e quindi anche più immediato e continuo, tanto l'impegno a controllare, verificare, criticare il potere, quanto il contributo a trasformare «assetti, procedure, effetti»²⁸.

In base ad una posizione teorica risalente e, però, da ritenersi ancora attuale, la Costituzione «non è soltanto norma, ma anche realtà», «non è la regola di un'entità in sé data e permanente, del suo esplicitarsi all'esterno, ma è la forma della fondazione, della produzione e del costante rinnovamento di questa stessa entità»²⁹. Essa oscilla perennemente fra «continuità ed evoluzione», caratterizzandosi, al contempo, come «atto (puntuale) e come processo (storico)»³⁰. È sia uno «scriversi di un progetto di vita collettiva, sia «un consolidarsi, un perfezionarsi del progetto [... stesso], un farsi nel tempo». La Costituzione, pertanto, piuttosto che limitarsi ad essere, «diviene»³¹. Non è un caso, allora, che le Carte fondamentali di maggior durata e solidità siano quelle contrassegnate «dalla combinazione della fiducia nel progresso con un sano rispetto della tradizione e dell'“esperienza dei secoli”»³².

Mi pare, allora, che possa convenirsi appieno con quanti rievocano, ancora oggi, quella «massima aurea», di dossettiana memoria – sicuramente non eversiva, ma neppure conservatrice – la quale indica l'esistenza di «valori da custodire» e, per converso, di «istituti da riformare»³³. Né la recente “clamorosa” bocciatura referendaria della legge di revisione

della Repubblica, Il Mulino, Bologna, 2007, 50, una cosa sono le possibili diversificate interpretazioni costituzionali che nel tempo si susseguono, adeguandosi all'evoluzione dei fenomeni sociali; «tutt'altra cosa è la disponibilità, in nome di interessi particolari o di oscillazioni dell'opinione pubblica, a trascurare o barattare i “punti fermi” che la Costituzione mira a salvaguardare».

²⁸ Così G. FERRARA, *Costituzione e Rivoluzione. Riflessioni sul Beruf del costituzionalista*, in *www.constituzionalismo.it* (20 ottobre 2010), e analogamente G. AZZARITI, *op. cit.*, 180 ss., laddove sostiene che l'accettazione dei valori della Costituzione, e, più ampiamente, del costituzionalismo, impegnano il giurista-costituzionalista ad esercitare una funzione critica per adeguare il sistema normativo ai medesimi valori e comunque a prestare il suo ingegno affinché le dinamiche politiche risultino costantemente assoggettate ad essi.

²⁹ R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* (1928), tr. it. di F. FIORE, J. LUTHER, Giuffrè, Milano, 1988, 153 s.

³⁰ Cfr. A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 354.

³¹ Così G.U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, cit., 156.

³² R.C. VAN CAENEGEM, *Il diritto costituzionale occidentale. Un'introduzione storica* (1995), nuova ed. it. a cura di F. QUAGLIA, Carocci, Roma, 2010, 47.

³³ Così, *ex aliis*, U. DE SIERVO, *Appunti a proposito della brutta riforma costituzionale approvata in Parlamento*, in *www.rivistaaic.it* (4 maggio 2005), par. 1, e U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Perché non ci schieriamo sul referendum*, ivi, (28 maggio 2016), i quali ricordano come Giuseppe Dossetti avesse utilizzato l'espressione fin dal lontano 1951, riproponendola poi a metà degli anni Novanta del secolo scorso, vale a dire in tempi non meno incerti ed irrequieti di quelli attuali. Per riferimenti più specifici v. G. DOSSETTI, *La Costituzione: valori da custodire e istituti da riformare* (1995),

organica della Costituzione proposta dal Governo³⁴ – come è stato ben argomentato – va per forza letta come una preclusione assoluta a reimpostare, a breve/medio termine, un percorso riformistico che (indirizzato non esclusivamente sul piano costituzionale e centrato preferibilmente su interventi più mirati) possa alla fine assicurare al Paese le innovazioni istituzionali di cui esso sembra avere comunque bisogno³⁵. In altre parole – quelle che ho avuto modo di esprimere in una precedente occasione –, si tratta, anziché di rassegnarsi al sostanziale immobilismo, oppure di “certificare” una «crisi d’identità» dell’ordinamento costituzionale, di propugnarne «un *rinnovamento senza stravolgimento*», di agire affinché esso «possa realizzarsi *dinamicamente*, vale a dire essere *diversamente* se stesso»³⁶. La vera svolta impressa dal costituzionalismo del secolo scorso, in fondo, è stata proprio questa: quella, cioè, di aver preteso, da un lato, la «trascrizione normativa» di necessità reali e diffuse, al fine di orientare sia le procedure che i contenuti concreti della politica; dall’altro, di aver puntato alla «persistenza nel tempo del diritto costituzionale come fondamento ultimo del *Legal Order*»³⁷. Esso, perciò, se ha regolato specificamente la possibilità di revisione formale della Legge fondamentale, trasformandola da flessibile in rigida, ciò nondimeno, non ha escluso in radice la possibilità di mutamenti taciti di quest’ultima, in ragione della sua «disponibilità» ad aprirsi continuamente e, per l’appunto, “dinamicamente” a diverse modalità di inveroamento e ai mutevoli bisogni degli attori di quell’ordine³⁸.

Parafrasando Felice Battaglia, si può affermare che i valori costituzionali non sono categorie astratte che, riassumendo l’assoluto, restano «immote e fondanti» un ordine definitivo; tali valori sono soprattutto convincenti «pratici» diffusi che «sospingono il mondo [del diritto] per le vie della storia, ne stimolano il mutamento e ingenerano i più

in ID., *I valori della Costituzione*, con prefazione di F. CASAVOLA, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli, 2005, 41 ss.

³⁴ Il “clamore” suscitato dall’esito negativo del *referendum* sulla c.d. riforma “Renzi-Boschi” è riconducibile sia all’alta affluenza alle urne, ancor più significativa alla luce del forte astensionismo registrato nelle varie tornate elettorali degli ultimi anni, sia, e soprattutto, al notevole distacco (intorno al 20%) conseguito dai “no” rispetto ai “sì”, specie in considerazione del deciso schieramento che stampa e televisione avevano assunto a favore della posizione governativa e che qualcuno non ha esitato a definire un «poco dignitoso “coro” massmediologico»: A. BALDASSARRE, *La personalizzazione del potere: una scommessa troppo rischiosa per il Paese reale*, in *Lo Stato*, n. 7 (luglio-dicembre 2016), 263 ss., in part. 269 s.

³⁵ Cfr. U. DE SIERVO, *Possibili conseguenze della larga prevalenza dei no nel referendum costituzionale del 2016*, in *Lo Stato*, n. 7 (luglio-dicembre 2016), 303 ss., in part. 310, nota 20, e 313, il quale, evidenzia, innanzitutto, come, «superata una prima fase post-referendaria», si potrebbe pensare di riproporre la modifica di alcuni specifici punti della Costituzione, già oggetto della riforma respinta nella sua globalità, sui quali si è registrata una certa convergenza (riduzione del numero dei parlamentari, ridefinizione della decretazione d’urgenza, abolizione del CNEL, soppressione delle Province, eliminazione di alcune incongruenze del Titolo V). L’A., aggiunge, inoltre, che ulteriori innovazioni potrebbero essere introdotte più semplicemente ricorrendo alla revisione dei regolamenti parlamentari (per prevedere, tra l’altro, una fase consultiva obbligatoria, per le future riforme costituzionali, ad opera di appositi organi o soggetti indipendenti e di alta qualificazione giuridico-costituzionale), ovvero alla legislazione ordinaria (come nel caso della riorganizzazione del Governo, della ridefinizione dell’autonomia finanziaria delle Regioni e del completamento del trasferimento ad esse di alcune funzioni amministrative). In modo analogo V. LIPPOLIS, *Le conseguenze del “no” alla riforma Renzi nel referendum costituzionale del 4 dicembre 2016*, ivi, 319 ss., spec. 321, considera un’ipotesi «saggia e realistica» sia quella di rimettere mano alla Costituzione mediante parziali aggiustamenti su cui è possibile trovare un’ampia condivisione (come nel caso della modifica del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni), sia quella di ritoccare i regolamenti parlamentari per recepire altre apprezzabili novità previste nella riforma bocciata (quale, ad es., il c.d. “voto a data certa”).

³⁶ V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in www.rivistaadg.it (1° agosto 2014), 26.

³⁷ Cfr. M. CARDUCCI, *op. cit.*, 174 e 183.

³⁸ *Ibidem* e ivi, 185. Sulla dicotomia tra mutamenti costituzionali taciti ed espliciti, volendo, si può fare nuovamente riferimento al mio *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, cit., par. 3.2.

Anticipazioni al n. 1 del 2017 della Rivista “Nomos. Le attualità nel diritto”

cangianti aspetti»³⁹.

3. Dalla logica dell'(assoluta) irriducibilità a quella della (possibile) composizione tra (presunti) opposti

Tenendo a mente le riflessioni sinora esposte, si può tornare alle “coppie oppositive” prima accennate al precipuo fine di attenuare, tramite un approccio tendenzialmente conciliativo, la diffusa tendenza alla “polarizzazione” dei due concetti espressi in ciascuna di esse. Il tipo di rapporto esistente, ad esempio, tra Stato e globalizzazione, tra solidarietà e concorrenza, tra centro e periferia, tra pubblico e privato, tra *Welfare* ed Europa, tra ambiente e mercato, tra diritto ed economia, allora, non va visto sempre e necessariamente in un’ottica di antagonismo dialettico (per cui uno dei due elementi contemplati va preferito a discapito dell’altro) o, al massimo, di stretta complementarietà (la cui nozione presuppone che all’estendersi dello spazio a disposizione del primo elemento si ritragga automaticamente quello coperto dal secondo), potendo essere anche di sinergia o, quantomeno, di semplice separazione (il che comporta che in molti casi i caratteri o le forze proprie di entrambi, senza dover soccombere o prevalere, possano concorrere al raggiungimento di obiettivi comuni o, se non altro, non agire in maniera incompatibile tra di loro). Si può allora procedere ad un’analisi più dettagliata di tali (presunte) dicotomie seguendo il loro stesso ordine di elencazione.

3.1. Stato e globalizzazione

Con riguardo alla prima dicotomia, bisogna rimarcare come, per quanto la c.d. *global governance* abbia costretto ad arretrare la sovranità dello Stato, quest’ultimo non sembri affatto destinato a soccombere. Già in tempi non sospetti (cioè ben prima dell’avvento della crisi economico-finanziaria mondiale del 2007-2008, che avrebbe fatto “rispolverare” a molti governi nazionali alcuni strumenti tipici di espressione di sovranità⁴⁰), avveduta dottrina ha rilevato come lo Stato, in verità, sebbene gradualmente eroso dai flussi globali e sempre più assoggettato ad un diritto diverso dal proprio, ritorni continuamente in auge sotto nuove spoglie. Per tale via, questa dottrina, in primo luogo, ha registrato un’oggettiva difficoltà a contenere la spesa e i numeri dei dipendenti dello Stato, parlando di riduzione delle forme di gestione pubblica diretta, «ma non dello Stato nella sua interezza che, invece, appare aumentato nelle sue dimensioni»⁴¹. Inoltre, ha evidenziato che lo Stato, mentre ha perso alcuni compiti, specie quello di imprenditore, ne ha acquisiti altri, tra cui quello di *market builder*: «da un lato, vi sono settori dell’economia che devono il loro sviluppo allo Stato (tecnologia avanzata, spazio e difesa, biomedica); dall’altro, vengono istituiti nuovi organismi, per lo più indipendenti, per regolare settori nei quali prima la presenza statale era episodica o male organizzata (telecomunicazioni, borsa, mercati finanziari)»⁴². Infine,

³⁹ F. BATTAGLIA, *I valori pratici (economia, diritto, morale) e il mondo storico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 3.

⁴⁰ V., in part., oltre alle considerazioni e alla letteratura riportate *infra*, par. 4, G. CERRINA FERONI, G.F. FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁴¹ S. CASSESE, *L’erosione dello Stato: una vicenda irreversibile?*, in S. CASSESE, G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Giuffrè, Milano, 2000, 20.

⁴² Ivi, 21. In senso conforme v., almeno, V. ATRIPALDI, *La Costituzione economica tra “patto” e “transizioni”*, in V. ATRIPALDI, G. GAROFALO, C. GNESUTTA, P.F. LOTITO, *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Cedam, Padova, 1998, 23, per il quale, malgrado tutto, lo Stato sopravvive: esso ha ridotto «l’area di gestione diretta

non ha sottaciuto che lo Stato continua a tentare, in parte riuscendoci, di “rinazionalizzare” la stessa *global governance* mediante l’esercizio di un controllo (e talvolta persino di una sorta di veto) nei confronti delle sedi decisionali esterne. Sul punto, a prescindere dai vari *referendum* nei singoli Paesi membri sull’Europa, spesso ostativi a più decisi avanzamenti (quando non forieri di arretramenti) del processo di integrazione al suo interno⁴³ (di cui la c.d. *Brexit* rappresenta solo l’ultimo, per quanto clamoroso, esempio⁴⁴), bisogna accennare, perlomeno, alla proliferazione di comitati dell’Unione Europea e di altre forme di raccordo di istanze tra livelli di governo differenti, che sono sintomatici della volontà di tenere l’Unione stessa o altri organismi internazionali sotto tutela «attraverso “*middle range officials*” che stabiliscono “*a meso-level of governance*»⁴⁵. Se poi si aggiunge che esistono Paesi – non solo i più ricchi e potenti, ma, talvolta, anche quelli più “sovranisti” e socialmente orientati – che riescono ad ottenere importanti deroghe nell’applicazione del diritto sovranazionale e internazionale, ovvero a sottrarsi agli effetti maggiormente pervasivi e deleteri della mondializzazione economica⁴⁶, si può ragionevolmente asserire che l’attuale modello di sviluppo globale (o europeo) non rappresenta né «il fine ultimo della storia», come acriticamente sostengono taluni, né «la fine della storia» [degli Stati], come apocalitticamente o rassegnatamente sostengono talaltri⁴⁷.

3.2. Solidarietà e concorrenza

Anche in riferimento al rapporto tra solidarietà e concorrenza (seconda coppia concettuale) si possono ipotizzare esiti ben diversi dalla loro assoluta irriducibilità reputando che la tutela della solidarietà (uno dei punti cardine dell’impianto costituzionale italiano e di tanti altri europei)⁴⁸ non escluda per forza l’impiego del metodo della concorrenza (che, al contrario, contraddistingue il processo eurounitario e, più ampiamente,

ma non quella del controllo complessivo dell’economia che si realizza con termini e modalità che non coincidono più con quelle precedenti».

⁴³ Cfr. in argomento, per tutti, F. GABRIELE, *Europa: la “Costituzione” abbandonata*, cit., 245 ss.

⁴⁴ Sul *referendum* inglese, v., tra gli altri, G. CALOVINI, G. MOROSI, *Brexit: rilancio o declino dell’Europa?*, in www.geopolitica-online.it (8 febbraio 2016); S. CASSESE, *Brexit, una lezione per l’Italia. Su consultazioni così importanti è meglio non aggiungere un carico politico*, in www.corriere.it (28 giugno 2016); B. CARAVITA, *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, in www.federalismi.it (29 giugno 2016); F. SAVASTANO, *Brexit: un’analisi del voto*, ivi; C. CURTI GIALDINO, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell’Unione Europea*, ivi (29 giugno 2016), spec. par. 9, il quale vede nel recesso del Regno Unito dall’UE, l’ennesima crisi che si aggiunge e sovrappone ad altre (la difficoltà di governare la questione migratoria e di reprimere il fenomeno del terrorismo; il mantenimento di misure di austerità ormai prive di senso e la mancata attivazione dei meccanismi di ripresa economica; la crescita di movimenti e partiti euroscettici, populistici e xenofobi).

⁴⁵ V. S. CASSESE, *L’erosione dello Stato: una vicenda irreversibile?*, cit., 22, e la dottrina ivi citata.

⁴⁶ Per qualche indicazione in più, volendo, si può far riferimento a V. TEOTONICO, *La parabola dello Stato liberale e il monito della storia*, in G. LUCHENA, V. TEOTONICO (a cura di), *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, cit., 76 ss.

⁴⁷ E. RONCHI, *Uno sviluppo capace di futuro. Le nuove politiche ambientali*, Il Mulino, Bologna, 2000, 231.

⁴⁸ Sul punto v., perlomeno, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, a cui adde, da ultimi, i vari contributi raccolti nel primo fascicolo del 2016 della rivista www.costituzionalismo.it, sotto il titolo *Tornare ai fondamenti: la solidarietà*.

quello di globalizzazione)⁴⁹. Si parla da tempo di «solidarietà competitiva»⁵⁰, ravvisandosi nella formula una sorta di sintesi concettuale tra l'alto valore della persona umana e l'interesse materiale dell'operatore economico. L'idea, più in dettaglio, sarebbe quella di puntare non solo o non tanto a proteggere i singoli individui dal mercato, quanto e soprattutto a potenziarne la «capacità di concorrere» al suo interno, mediante un riallineamento di risorse e di posizioni iniziali derivante, tra l'altro, dalla razionalizzazione del sistema dei servizi pubblici, dall'investimento in beni infrastrutturali e, più in generale, dall'incremento-riequilibrio di «oneri di partecipazione di tutti i tipi»⁵¹. Così – cioè offrendo *uguali opportunità di partenza* (anche mediante forze ed incentivi del mercato), piuttosto che garantendo *uguali risultati finali* (con interventi correttivi *ex post*) – diverrebbe più facile evitare, al contempo, sia gli effetti devastanti di una competizione senza (troppe) regole sia le «trappole della dipendenza»⁵² (rivenienti da una redistribuzione, centralizzata, troppo generosa e poco selettiva, tipica di «politiche consociative e spartitorie» di vecchio stampo).

Possono darsi, tra gli altri, almeno un paio di casi di concreta applicazione della formula in esame. Il primo è quello, di origine ormai risalente, rappresentato dalla progressiva attrazione – soprattutto per influsso della giurisprudenza sovranazionale – dei servizi sociali, seppur con qualche importante eccezione e distinguo, nell'orbita della disciplina concorrenziale dei servizi di interesse economico generale⁵³. Il che, oltre a ridurre gli sprechi e ad incoraggiare l'ingresso del settore di nuovi fornitori (con conseguenti vantaggi per la fiscalità generale), rende i servizi stessi meno soggetti a pressioni politiche e distorsioni (che rischiano di favorire, paradossalmente, la fruizione da parte dei ceti abbienti a discapito delle fasce povere e svantaggiate)⁵⁴. Il secondo caso, più recente, perlomeno in Italia (è, infatti, una novità introdotta con la legge di stabilità per il 2016), concerne la positivizzazione della disciplina delle cc.dd. società *benefit*. Si tratta di nuovi modelli aziendali che, attraverso regole parzialmente diverse da quelle tipiche delle società *for profit*, ma neppure sovrapponibili a quelle riguardanti le società *no profit*, risultano in grado, sulla falsariga delle *Benefit Corporation* americane, di bilanciare le insopprimibili esigenze di remuneratività del capitale dei propri azionisti con una serie di interessi esterni o comunque diversi («dei

⁴⁹ Per approfondimenti si rinvia, *ex multis*, a L. CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Giappichelli, Torino, 1997, 208 ss.; M. DE CECCO, *Le prospettive internazionali della concorrenza*, in N. LIPARI, I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Cariplo-Laterza, Milano-Roma-Bari, 2000, 71 ss.; A. TIZZANO, *Le dimensioni internazionali della concorrenza e la pluralità degli ordinamenti giuridici in un contesto di globalizzazione*, ivi, 89 ss.; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013.

⁵⁰ V., per tutti, W. STREEK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, tr. it. di L. BURRONI, in *Stato e mercato*, 2000, 3 ss.

⁵¹ Ivi, 14 s. Questa dottrina segnala, più nello specifico, l'esigenza di migliorare l'efficienza delle istituzioni educative, per adeguare «i loro *outputs* alle domande del mercato», e di rafforzare le forme di decentramento, per valorizzare le peculiarità sociali, economiche e istituzionali presenti sul territorio, accrescendo, così, anche le «responsabilità per lo sviluppo di capitale umano verso coloro che ne sono gli effettivi “detentori”» (pp. 15 e 19 s.).

⁵² Ivi, 20 ss.

⁵³ *Amplius*, tra gli altri, v. F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 453 ss., e O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *I servizi sociali in Europa: un profilo di diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 968 ss., in part. 995 ss., i quali sottolineano che, posto il rigoroso rispetto delle norme europee in tema di concorrenza e di libertà di stabilimento per i servizi sociali aventi comunque un carattere economico, gli organi sovranazionali, *in subiecta materia*, utilizzano perlopiù strumenti di *soft law*, volti non alla regolazione diretta ma solo al coordinamento e alla propulsione (e ciò «se da un lato si spiega in quanto scelta rispondente al principio di sussidiarietà, dall'altro attesta la piena riconsacrazione delle competenze statali in materia»).

⁵⁴ Così J.M. ORZAG, D.J. SNOWER, *L'espansione del sistema di Welfare: un proposta di riforma*, M. BUTI, D. FRANCO, L.R. PENCH (a cura di), *Il Welfare State in Europa. La sfida della riforma*, Il Mulino, Bologna, 1999, 177 ss.

dipendenti, dei fornitori, del mercato, dell'ambiente sociale circostante, del territorio di riferimento»⁵⁵).

3.3. Centro e periferia, pubblico e privato

Strettamente legata ad una visione *produttivistica*, o quantomeno *efficientistica*, della solidarietà risulta, altresì, la tendenza, da decenni in corso, a decentrare o privatizzare attività statali, comprese quelli inerenti al campo sociale (con ciò si è passati all'esame della terza e quarta coppia concettuale). Orbene, se si riflette anche sul fatto che queste attività nel nostro Paese, non di rado, sono risultate, a parte che gravemente inefficienti⁵⁶, scarsamente sensibili alle ragioni dell'autonomia locale ed individuale, tale tendenza, di per sé, andrebbe non solo non pregiudizialmente demonizzata, ma perfino concretamente incoraggiata. Infatti, alla tesi che ritiene che federalismo (fiscale) e sussidiarietà (verticale e orizzontale) rischiano seriamente di compromettere quei livelli di democrazia, efficienza e coesione sociale che solo un'*economia di scala* riveniente dalla sede nazionale può assicurare⁵⁷, si può replicare che l'Italia si è notoriamente contrassegnata soprattutto per lo «strappo tra rappresentanza politica e fiscale»⁵⁸ e per gli effetti di *diseconomia di scala*⁵⁹ scaturiti dagli indirizzi di governo perlopiù (ri)centralizzanti⁶⁰.

Del resto, per restare sul continente, le *performance* sostanzialmente positive registrate in Germania, Svezia, Svizzera e Francia costituiscono preziosi indicatori di come l'erogazione di importanti prestazioni sociali, a favore delle fasce deboli della popolazione, da parte di governi periferici, famiglie, imprese o enti senza fini di lucro, possa, per un verso, consentire di suddividere (invece che ridurre *tout court*) il “carico sociale” dello Stato (la cui funzione perequativa e sussidiaria resta comunque ineliminabile⁶¹) e, per altro verso, rendere il sistema di *Welfare* più “resiliente” rispetto a crisi e cicli economici negativi (proprio perché

⁵⁵ In argomento, per tutti, D. SICLARI, *Le Società benefit nell'ordinamento italiano* (the benefit companies in Italian law), in *Riv. trim. dir. econ.*, n.1, 2016, 36 ss., il quale riconduce la novità al «paradigma della crescita *smart*, inclusiva e sostenibile, dettato dall'Unione Europea nel contesto della strategia di *Europe 2020*, nonché dalla dottrina sociale della Chiesa, con l'emanazione dell'ultima Enciclica *Laudato si'* di Papa Francesco».

⁵⁶ ... ragion per cui le privatizzazioni in Italia hanno avuto non già una caratterizzazione ideologica, bensì, più concretamente, una finalità di contenimento del debito pubblico e di reperimento di risorse finanziarie (derivanti dal ricavato della cessione, totale o parziale, dei tanti pacchetti azionari statali): M. MAZZA, *Le privatizzazioni: dal regime pubblicistico a quello di diritto privato*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Egea, Milano, 2013, 448 s. Sul tema A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1999, 489, osserva, criticamente, che l'aggettivo «misto», con riferimento al sistema economico italiano, ha finito negli anni per indicare non più la compresenza di imprese pubbliche e private in condizione di tendenziale parità, ma l'attività di sostegno finanziario (perlopiù a fondo perduto e/o mascherato dalla partecipazione azionaria) delle une alle altre.

⁵⁷ Così, ad es., C. DE FIORES, *Note critiche sul federalismo fiscale*, in www.costituzionalismo.it (18 giugno 2009), par. 10.

⁵⁸ A. MUSUMECI, *L'uguaglianza nel processo di federalizzazione della riforma dello Stato. Il nodo (non sciolto) del “federalismo fiscale” in Italia*, in AA. VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, cit., vol. II, 669.

⁵⁹ In tal senso, in part., M. ABRESCIA, *La concorrenza tra governi locali*, in G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Il Mulino, Bologna, 2009, 293 ss. e 304 ss.

⁶⁰ Per J.M. ORZAG, D.J. SNOWER, *L'espansione del sistema di Welfare: un proposta di riforma*, cit., 173 ss., laddove vi sono, a parte che vincoli di bilancio deboli (in argomento si tornerà poco oltre), criteri di organizzazione centralizzata dei servizi di *Welfare*, «la loro inefficienza farà parte dell'ordine delle cose».

⁶¹ Infatti, come correttamente rilevato da R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in V. ATRIPALDI, G. GAROFALO, C. GNESUTTA, P.F. LOTITO, *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, cit., 524 s., proprio la molteplicità di interessi e di centri di loro imputazione/soddisfazione – che distingue un ordinamento pluralistico da regimi basati su «teorie di stampo liberale/liberistico» – rende fondamentale il ruolo di «riequilibrio» svolto dallo Stato centrale.

i suoi costi risultano meno correlati al livello dei servizi assistenziali forniti dall'economia nel suo insieme⁶²). Di qui, in letteratura economica, si rileva come l'intervento pubblico centrale, e specificamente il *Welfare State*, contribuisca bensì in modo decisamente positivo alla crescita economica collettiva, ma solo «fino ad un valore soglia, superato il quale prevalgono gli effetti negativi»⁶³.

Da noi, come già prima altrove, si assiste, quindi, ad un processo, praticamente irreversibile, di «“rottura” del monopolio statale non solo nel perseguimento dell'interesse generale ma, probabilmente, nella sua stessa individuazione»⁶⁴. Sarebbe, oltre che storicamente irrealistico, forse anche costituzionalmente illegittimo pensare di tornare indietro, sveltando le iniziative private e svuotando i poteri periferici, proprio perché significherebbe, tra l'altro, diminuire il livello di partecipazione democratica e «peggiore la qualità dei servizi alle persone e degli interventi sul territorio»⁶⁵.

Ne riviene che la differenza tra soggetti e principi di diritto pubblico e quelli di diritto privato appare sempre meno netta, arricchendosi continuamente di valutazioni anche di natura prettamente economica il primo e di interessi non solo squisitamente patrimoniali il secondo⁶⁶. Non conta più, quindi, individuare quali poteri pubblici (statali, infranazionali o sovranazionali) o quali soggetti privati (i singoli individui, le famiglie, le associazioni di volontariato, gli imprenditori, ecc.) possano intervenire, né in che maniera (obbligatoriamente, spontaneamente o a mezzo di incentivi), si operi, perché davvero importante è, invece, che si continui a considerare, esattamente come in passato, assolutamente irrinunciabile, al di là di chi e come possa realizzarlo, il risultato costituzionalmente tutelato: lo Stato, in alcuni casi, potrebbe evitare di intervenire direttamente e limitarsi a regolare il settore, a patto che, così facendo, non pregiudichi mai i valori dell'uguaglianza e della dignità umana e, in ultima istanza, assicuri a tutti pari opportunità di partecipazione alla vita economica e di accesso alle strutture di protezione sociale⁶⁷.

3.4. Welfare ed Europa

La quinta coppia oppositiva (*Welfare*/Europa) è quella che, forse, suscita le più diffuse drammatizzazioni e preoccupazioni che inducono, nella specie, a vedere nella vocazione essenzialmente economico-finanziaria del processo di integrazione sovranazionale i tratti di

⁶² Così J.M. ORZAG, D.J. SNOWER, *op. cit.*, 176 ss., i quali ritengono che espandere il sistema di protezione sociale non equivale necessariamente ad espandere la quota del settore pubblico.

⁶³ G. GAROFALO, *Economia e diritto* [«*Silete, iureconsulti*» vs «*Silete, economisti*»], cit., 1406. Il che, peraltro, anche tenendo presente che non tutto ciò che è pubblico è statale, sembra smentire quella vulgata neoliberalista secondo cui qualsiasi sviluppo (che non necessariamente è espansione) del pubblico non possa che avvenire a spese del privato.

⁶⁴ A. POGGI, *Istruzione, formazione e servizi alle persone. Tra Regioni e comunità nazionale*, Giappichelli, Torino, 2007, 179.

⁶⁵ U. DE SIERVO, *A proposito della brutta riforma costituzionale approvata dal Parlamento*, cit., par. 1.

⁶⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 1992, 154 s.

⁶⁷ Cfr. G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000, 159 ss., e, più di recente, Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 2014, 78 ss. Né con ciò si vuol minimamente insinuare che il *Welfare State* sia in crisi irreversibile come modello in sé: vero è, invece, che esso, di solito, «affronta i suoi problemi e li risolve, bene ove ha una classe politica e una struttura amministrativa preparate [e oneste], meno bene ove classe politica e struttura amministrativa siano sprovviste» e/o corrotte: M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, cit., 102.

una deriva asociale o, peggio, antisociale⁶⁸. Sul punto, v'è da sottolineare, innanzitutto, come troppo spesso l'Europa venga frettolosamente "attaccata" per i vincoli asfissianti che imporrebbe ai conti pubblici interni e, di riflesso, alle politiche sociali, laddove, a ben considerare, andrebbero considerati negativamente, anche e soprattutto, l'inflazione e il *deficit* eccessivi che i medesimi vincoli tendono a contrastare. Sono l'elevata svalutazione monetaria, il costante rialzo dei prezzi e le grosse esposizioni debitorie dello Stato che, in effetti, dovrebbero percepirsi alla stregua di "tasse inique", giacché risultano non sempre decise direttamente in Parlamento, spesso prive di valida contropartita e comunque gravanti, in particolare, sui più deboli e sui posteri⁶⁹. Sicché le misure di «conservatorismo finanziario» – purché non trasmodino in «estremismo anti-inflazionistico»⁷⁰, ovvero non puntino al perseguimento del «mito ragionieristico e probabilmente incostituzionale del pareggio del bilancio» ad ogni costo⁷¹ – rappresentano il presupposto indispensabile, e non già l'ostacolo insormontabile, per il godimento immediato dei diritti costituzionali e soprattutto per la loro «salvaguardia futura»⁷² (il che, del resto, come qualcuno ha opportunamente rilevato, appare tutt'altro che irrilevante sul piano del diritto costituzionale, per via della «spiccata vocazione alla 'intertemporalità' dei suoi principi e valori fondamentali»)⁷³.

Ma vi è di più. Tali misure, previste *ab origine* nella Costituzione italiana⁷⁴, sono state semplicemente rafforzate dall'Unione Europea (e non solo⁷⁵), la quale, ad ogni modo, ha

⁶⁸ V., ad es., G. GUARINO, *Verso l'Europa, ovvero la fine della politica*, Milano, 1997, spec. 87; G. FERRARA, *Lo «Stato pluriclasse»: un protagonista del «secolo breve»*, in S. CASSESE, G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, cit., 95 ss.; G. BUCCI, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, in www.costituzionalismo.it (13 novembre 2012); C. IANNELLO, *Il «non governo» europeo dell'economia e la crisi dello Stato sociale*, in www.edizioni.esi.it (novembre 2015), spec. par. 3.

⁶⁹ P. SAVONA, *Annotazione su una proposta di Costituzione del bilancio pubblico e Costituzione monetaria*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *La Costituzione economica. Prospettive di riforma dell'ordinamento economico*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1985, 294.

⁷⁰ In questi termini, A.K. SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, trad. it. di C. SCARPA, F. CRESPI, Laterza, Roma-Bari, 1997, 62 ss.

⁷¹ A. D'ALOIA, *Equilibrio finanziario e indirizzo politico nel «diritto costituzionale comune» (europeo e nazionale)*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, 483.

⁷² V. F. VARANI, *Giurisdizione e spesa pubblica. In margine all'attuazione dell'art. 81 Cost.*, Cedam, Padova, 1997, 24 ss.

⁷³ A. D'ALOIA, *Equilibrio finanziario e indirizzo politico nel «diritto costituzionale comune» (europeo e nazionale)*, cit., 482. Sull'importanza della dimensione cronologica nel diritto costituzionale v. L. GIANFORMAGGIO, *Tempo della Costituzione, tempo della consolidazione*, in *Pol. dir.*, 1997, 527 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009; F. PASTORE, *Costituzione e tempo*, in www.edizioni.esi.it (gennaio 2015).

⁷⁴ Così, ad. es., O. POLLICINO, *L'economia nella Costituzione: modello originario e tendenze evolutive*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 70 s., il quale rimarca come già dalla vecchia versione degli artt. 47 e 81 Cost. emergessero alcuni valori imprescindibili per il buon governo di un'economia sociale di mercato: «una politica monetaria a bassissimo tasso di inflazione» e «bilanci statali con disavanzi molto contenuti».

⁷⁵ Pare errato imputare all'Unione Europea ogni responsabilità per la restrizione degli indirizzi politici nazionali. È sufficiente ricordare, a tacer d'altro, che dopo lo scoppio della crisi economico-finanziaria globale, gli atti esterni più rilevanti, adottati per rendere più stringenti i vincoli di bilancio (c.d. *Fiscal Compact*) e concepire forme di soccorso ai Paesi dell'Eurozona (*European Stability Mechanism*) in seria difficoltà, non appartengono all'ordinamento europeo, configurandosi come "semplici" Trattati internazionali (lo ricordano, tra gli altri, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 174, e R. MICCÙ, *Crisi dell'eurozona e identità costituzionale europea: dall'unione sempre più stretta alla disintegrazione?*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. II, 677 s.); né producono sempre effetti indiscriminati e

bensi limitato la “sovrانità di spesa”, ma assai meno sul piano delle scelte allocative che su quello delle grandezze complessive. I Paesi membri, pertanto, mantengono spazi di manovra, sebbene ridotti, non ridottissimi, per spostare stanziamenti da un settore pubblico ad un altro, per potenziare l'erogazione di determinate prestazioni alla cittadinanza, per alleggerire o inasprire, entro certi margini, la pressione fiscale, per favorire, in ultima analisi, specifiche attività produttive e/o categorie sociali piuttosto che altre, ritenute, al momento, non così bisognose di interventi perequativi⁷⁶. Del resto, diversamente opinando, si dovrebbe reputare sostanzialmente oziosa la gran parte di quelle dispute, in verità assai animate, che, in ambito politico, dottrinale, giornalistico e persino religioso, si accendono ogniquale volta si parli di questioni, oltre che gravide di implicazioni etico-sociali, fortemente impattanti sulla configurazione dei bilanci interni (finanziamento per nuovi armamenti e per la prosecuzione di missioni militari all'estero; rimodulazione della tassazione delle rendite finanziarie; introduzione del c.d. reddito di cittadinanza; durata della decontribuzione per il lavoro dipendente; complesso di misure di assistenza ai rifugiati; revisione del sistema di *ticket* sanitari, e simili).

Né risulta affatto trascurabile che l'Unione Europea, sebbene ancora abbastanza timidamente e perlopiù mediante strumenti di *soft law*, mostri segnali di crescita d'attenzione diretta al tema del riequilibrio socio-economico. All'ormai risalente utilizzo del Fondo sociale europeo a fini occupazionali, infatti, si sono aggiunte, tra le altre, le novità più recenti del Trattato di Lisbona, quali quella del riconoscimento del carattere vincolante della Carta di Nizza (che equipara formalmente libertà individuali ed economiche ai diritti sociali, rendendo questi ultimi almeno teoricamente giustiziabili) e quella dell'introduzione, all'art. 9 del TFUE, di una specifica “clausola sociale” (in virtù della quale l'Unione stessa «tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana»)⁷⁷. Di certo, appare ancora ben lontana la prospettiva dell'instaurazione di un autentico «governo sociale dell'economia» in

cogenti: basti riflettere sul fatto che la stessa introduzione di più severe regole di bilancio a livello interno, per quanto fortemente “auspicata” (dal ridetto *Fiscal Compact*), è stata frutto, in Italia come altrove, di decisioni integralmente, e sotto il profilo formale e sotto quello sostanziale, imputabili ai poteri legislativi interni.

⁷⁶ In argomento sempre R. MICCÙ, *Crisi dell'eurozona e identità costituzionale europea: dall'unione sempre più stretta alla disintegrazione?*, cit., 671, rileva che «la politica economica e di bilancio è rimessa ai singoli Governi e Parlamenti nazionali, così come la necessità di garantirne i presupposti di democraticità e legittimità delle scelte politiche sottostanti».

⁷⁷ Si rimanda, sul punto, *ex aliis*, a L. CUOCOLO, O. POLLICINO, A. TARZIA, A. VEDASCHI, *Le dinamiche della sovranità economica tra dimensione nazionale e dimensione sovranazionale*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 163 ss.; E. PICOZZA, S. OGGIANU, *Politiche dell'Unione Europea e diritto dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2013, 97 ss.; G. LUCHENA, *La socialità comunitaria e i «valori-base» della Costituzione nel prisma dell'economia sociale di mercato: spunti di riflessione*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. I, 601 ss. D'altronde, non si può sottovalutare, né la compressione «dello spazio dei valori della cittadinanza sociale europea», determinata, dopo lo scoppio della crisi globale di un decennio fa, dalle misure di austerità di bilancio e dagli impegni presi da alcuni Stati europei per ottenere aiuti finanziari (G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in www.rivistaagic.it (1° novembre 2016), par. 7 (v. anche *infra*, par. 4), né il rischio che, a lungo andare, il diritto europeo e, in particolare, la giurisprudenza di Strasburgo, ricorrendo allo strumento dello *standard* di tutela minimo, finiscano per «appiattare il “nucleo essenziale” dei diritti sociali sulla soglia della sopravvivenza» (C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”: qualche riflessione*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino, 2016, 224.

dimensione sovranazionale⁷⁸. Ma, se non altro, a dispetto di un sostanziale immobilismo mantenuto per decenni, qualche piccolo passo, in questa direzione, sembra essere stato compiuto⁷⁹.

3.5. Ambiente e mercato

Anche la sesta diade (ambiente/mercato) genera punti di vista assai differenziati che, talvolta, sfociano in radicalismi concettuali e, quindi, in autentici contrasti frontali. Infatti, per quanto in posizione nettamente minoritaria, esistono coloro che, ispirati da una visione esasperatamente “ecocentrica”⁸⁰, propugnano non solo una riconsiderazione dell’attuale stile di vita occidentale, ma, addirittura, una sua trasformazione *ab imis*, basata su un’improbabile rallentamento, se non su un ancor più inverosimile, arresto dello sviluppo socio-economico. Per converso, non mancano affatto quanti si oppongono, anche strenuamente, alla predisposizione di vincoli normativi ed incentivi economici in tema d’ambiente, reputandoli un ostacolo al funzionamento ottimale del mercato e all’innalzamento del livello occupazionale.

⁷⁸ Così, ad es., G. DI PLINIO, *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*, Giuffrè, Milano, 2005, 262. In senso conforme I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in www.costituzionalismo.it (5 novembre 2012), par. 6 (per la quale, se non è affatto escluso che in futuro l’UE possa offrire migliori e più ampie garanzie, al momento «la sua natura economica è ancora prevalente e tutti i diritti sociali – non solo essi – sono condizionati da questa caratteristica ineludibile»); M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione (a proposito dell’introvabile “dimensione sociale europea”)*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. I, 51 (secondo cui «una prospettiva sovranazionale che tenga insieme libertà e liberazione in una comune, condivisa e costruttiva “dimensione sociale europea” [...] sembra ancora assai lontana»); F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e Unione monetaria*, ivi, 76 (l’A. ritiene che, finché non saranno finanziati mediante tributi comuni, i diritti sociali in ambito UE continueranno a rappresentare una mera categoria culturale, un’idea astratta»).

⁷⁹ Né è possibile immaginare, *rebus sic stantibus*, avanzamenti molto più decisi, che possano andare oltre, magari, l’integrazione del c.d. “metodo aperto di coordinamento”, sinora utilizzato, tramite “direttive quadro” tese a stabilire «standard minimi differenziati» (a seconda del grado di sviluppo dei diversi sistemi nazionali di *Welfare* e della diversa idea di solidarietà insita in ognuno di essi): S. GIUBBONI, *Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo*, in C. PINELLI, T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Il Mulino, Bologna, 2010, 125. Infatti, una più decisa progressione europea in *subiecta materia*, innanzitutto, sarebbe di fatto ostacolata dalle contenute virtualità redistributive dell’Unione, dovute anche all’esiguità del proprio bilancio e alla carenza di proprie strutture amministrative; inoltre, porterebbe a circoscrivere eccessivamente, e comunque molto più di quanto già non sia, la responsabilità dei singoli Parlamenti nazionali di fronte ai propri elettori per realizzare «la sintesi d’equilibrio dinamico tra efficienza, competitività economica ed equità»: O. POLLICINO, V. SCARABBA, *I servizi sociali in Europa: un profilo di diritto comparato*, cit., 991 s. Come ritengono, tra gli altri, E. PICOZZA, S. OGGIANU, *Politiche dell’Unione Europea e diritto dell’economia*, cit., 98, un più deciso ripensamento del modello di sviluppo europeo passa necessariamente dalla risoluzione di una questione più a monte: «la scelta di una Unione Europea in senso federalistico, cioè la scelta di una vera Unione o Federazione di Stati». In senso analogo anche G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, cit., spec. par. 7, secondo cui in tema di tutela di diritti sociali in ambito sovranazionale «è solo una diversa configurazione politica dell’Europa e delle sue istituzioni che potrà aiutare a invertire la rotta».

⁸⁰ Sul concetto di “ecocentrismo”, v., per tutti, J. LUTHER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell’ambiente in Germania e in Italia*, in *Pol. dir.*, 1989, 673 ss., e P. PAGANO, *Antropocentrismo, biocentrismo, ecocentrismo: una panoramica di filosofia ambientale*, in *Energia, ambiente e innovazione*, n. 2, 2004, 72 ss.

Sull'impostazione dei primi va rilevato come essa non solo intacchi, anzi stravolga, quell'ordine etico-giuridico che, in tanto include tra i propri obiettivi la salvaguardia della natura, in quanto quest'ultima sia strumentale, o comunque strettamente legata, ad una migliore realizzazione del valore della dignità della persona, e non viceversa⁸¹, ma svaluti totalmente anche il presupposto fondamentale di qualsiasi teoria economico-politico-filosofica, ovvero che i bisogni umani, lungi dal poter essere nel tempo ridimensionati, compressi o vanificati, «sono molteplici, e sono suscettibili di indefinito sviluppo»⁸². L'opinione dei secondi, poi, giustamente definita «paleocapitalistica»⁸³, trascura, innanzitutto, la rilevanza del c.d. *eco-business*, cioè non dà il giusto peso alla crescita della richiesta e, correlativamente, dell'offerta di beni, servizi e professioni in connessione con l'ambiente (industria turistica, agricoltura biologica, contabilità ambientale, recupero dei centri urbani, produzione di energia da fonti rinnovabili, gestione di aree protette, di discariche, di impianti di depurazione, ecc.)⁸⁴. Non tiene in debito conto, inoltre, come, in assenza di adeguati correttivi, possano scaturire effetti di diseconomia esterna sia a carico delle generazioni future, che subiscono una sorta di “furto” di risorse ambientali da parte delle generazioni presenti⁸⁵, sia a carico di quegli imprenditori e consumatori dalla sensibilità, per così dire, più “verde”, che subiscono un netto svantaggio competitivo rispetto a quanti non investono né spendono in produzioni “pulite”, in materiali e articoli “eco-compatibili”⁸⁶. Dunque, se

⁸¹ Per una condivisibile confutazione delle estremizzazioni ecocentriche, che giungono persino a postulare la riduzione (quando non l'eliminazione) della specie umana, a causa delle sue gravi responsabilità della rottura degli equilibri naturali, v. S. STRASSOLDI, *Relazione*, in F. CIAPPARONI, (a cura di), *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo. Atti del Convegno interdisciplinare di studio organizzato dalla facoltà di Giurisprudenza e di Scienze politiche, Teramo 7-9 novembre, 1991*, Giuffrè, Milano, 1995, 45. Quanto all'ecocentrismo in sé, ne mette in discussione i caratteri discretivi M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000, 57, ritenendo che anche seguendo un «approccio antropocentrico illuminato» si perverrebbe alle medesime conclusioni (come, ad es., individuare principi e strumenti innovativi e coerenti con un rapporto più armonioso tra uomo e natura; organizzare uno sviluppo economico maggiormente sostenibile e capace di salvaguardare la distribuzione intergenerazionale delle risorse ambientali; affermare la corresponsabilità in materia di tutti i soggetti, dai livelli di territoriali più alti a quelli più bassi, alle imprese, alle associazioni, ai singoli individui, ecc.).

⁸² C. NAPOLEONI, *Elementi di economia politica*, La Nuova Italia, Firenze, 1981, 4. V. anche G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto* (1940), in ID., *Opere*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 271 e 273 s., secondo cui quanto più l'ambiente che lo circonda riesce a dare mezzi all'uomo per soddisfarne le sue esigenze, tanto più cresce l'inappagamento per quello che egli ancora non ha, «il senso tragico di quello che gli manca». Più di recente, F. PEDRINI, *Colloquio su Economia e (Scienza del) diritto. Intervista al prof. Alberto Quadrio Curzio (Roma 25 maggio 2016)*, in *Lo Stato*, n. 6 (gennaio-giugno 2016), 164 s., laddove si afferma che, anche per via delle condizioni difficili in cui versano molte popolazioni del pianeta, «un ripensamento dell'economia in termini di eco-compatibilità» non può comportare un blocco dello sviluppo, né una «decrescita felice».

⁸³ B. CAVALLO, *Relazione*, in F. CIAPPARONI, (a cura di), *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, cit., 190.

⁸⁴ G. SAPELLI, *Responsabilità ambientale e cultura d'impresa: i presupposti dell'autoregolazione*, in S. SCAMUZZI, (a cura di), *Costituzioni, razionalità, ambiente*, Bollati Boringhieri, Torino, 1994, 307.

⁸⁵ Così M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, Nuova Italia Scientifica, Roma, 1996, 171, la quale rileva come, dalla rivoluzione industriale in poi, tale furto sia stato perpetrato anche dai Paesi occidentali a danno dei Paesi meno sviluppati, che, nel tempo, si sono ulteriormente impoveriti svendendo a quegli altri molte materie prime di cui disponevano. In argomento v. anche G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carte dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Pol. dir.*, 2003, 581 ss., e la letteratura ivi riportata, a cui adde, perlomeno, R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, e F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

⁸⁶ Cfr. P. MANZINI, *I costi ambientali nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1996, 4 e *passim*.

non si può che recisamente respingere ogni pulsione ecocentrica che, antepoendo i ritmi e le esigenze della natura (ed il libero sviluppo della altre specie viventi) ai bisogni e alla evoluzione del genere umano, scada in una sorta di “fondamentalismo ambientale”, neppure può accogliersi una versione estrema dell’“antropocentrismo”, che – siccome basata sull’esaltazione del ruolo, quasi eroico, dell’uomo conquistatore della natura, o sulla sua crescente attitudine a risolvere con la tecnologia ogni problema ecologico – riporti indietro all’utilitarismo di ottocentesca memoria, oppure sfoci nel più moderno, ma altrettanto insoddisfacente, «tecnocentrismo dell’abbondanza»⁸⁷.

In definitiva, anche discettando di ambiente, della sua relazione con il mercato e, più in generale, della relazione tra la natura e l’uomo, appare preferibile muoversi in un’ottica sostanzialmente compromissoria e moderata⁸⁸, in modo da evitare i pericoli rivenienti da quelle eccessive semplificazioni e torsioni concettuali a cui in parte si è fatto qui cenno e che, impedendo l’emersione di ogni aspetto cruciale delle questioni da trattare, portano viepiù a soluzioni largamente inefficaci, quando non del tutto controproducenti.

4. Diritto ed economia. Una rinnovata alleanza tra giuristi ed economisti per contribuire alla costruzione di un diverso ordine del mercato

Mantenendosi in quest’ordine di idee, si può passare all’esame dell’ultimo preteso dualismo, quello tra diritto ed economia (la cui analisi si è lasciata per ultima perché, in un certo senso, tutte le precedenti sembra, in larga misura, richiamare o sintetizzare). È nota, risalente e ancor oggi non sopita (o almeno non del tutto) la «diatriba sul se debba essere il diritto a conformare le dinamiche economiche o, invece, l’economia a dettare le regole che il diritto deve recepire e regolamentare»⁸⁹. Ripercorrere le tappe fondamentali dell’evoluzione di tale disputa e ricostruire le posizioni, di volta in volta, assunte dai suoi principali artefici, per quanto appaia estremamente interessante, diviene tuttavia impossibile in questa sede⁹⁰. Facendo, allora, solo qualche fugace riferimento, si può qui ricordare,

⁸⁷ R.K. TURNER, D.W. PEARCE, I BATEMAN, *Economia ambientale*, tr. it. di A. PASTORELLO, S. PASTORELLO, Il Mulino, Bologna, 2003, 40 ss.

⁸⁸ Quale quella emergente, ad es., dal saggio di L. RAMPA, Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *Pol. dir.*, 2014, 253 ss., laddove in esordio viene evidenziato come nel corso della metà del Novecento si sia registrato «un seppur timido riavvicinamento al tema dei beni comuni, intesi come meccanismi di gestione economico-sociale idonei ad abbinare economia ed ambiente, ragioni della produzione e istanze di tutela dell’ecosistema».

⁸⁹ C.P. GUARINI, *L’autonomia scientifica del diritto dell’economia secondo G. Di Gaspare. Discutendo intorno al (l’ultima edizione del) suo volume “Diritto dell’economia e dinamiche istituzionali”*, in *www.amministrazioneicammmino.it* (30 giugno 2016), spec. par. 2. Per dare solo una vaga idea delle lontane origini e dell’alta conflittualità nascente dalla questione in esame, vi è un passo di G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, cit., 231, in cui si afferma che, mentre per molti economisti «il sistema del diritto non è altro che la formulazione in norme generali di quelle che sono le condizioni fondamentali della vita economica», per la maggior parte dei giuristi, è il diritto che «ha dominato e domina il processo economico, costringendolo a direzioni diverse da quelle che la logica economica chiederebbe».

⁹⁰ ... ragion per cui si rinvia sul punto, *ex multis*, oltre che agli autori di cui alla nota precedente, a L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica* (1963), in ID., *Diritti e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 147 ss.; F. ROMANI, *Diritto ed economia: la prospettiva di un economista*, in *Soc. dir.*, n.1-2, 1990, 245 ss.; U. PAGANO, *Economia e diritto*, in A. BOITANI, G. RODANO (a cura di), *Relazioni pericolose. L’avventura dell’economia nel pensiero contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1995, 291 ss.; M. LIBERTINI, *Commento*, ivi, 316 ss.; V. ATRIPALDI, *La Costituzione economica tra “patto” e “transizioni”*, cit., 6 ss.; G.

innanzitutto, che, mentre una visione puramente economicistica della realtà ha – tradizionalmente – finito per dividere gli uomini «nell’antagonismo delle utilità», riducendo «gli altri a mezzi nell’egoismo», il diritto – perlomeno in Occidente e da un certo momento in poi – ha cercato di rendere «possibile la coesistenza» su basi diverse, costruendola sui limiti a tali utilità ed ancorandola al reciproco rispetto e alla «mutua comprensione di rapporti»: esso, perciò, ha fondato la convivenza umana sul riconoscimento «dell’altrui dignità individuale»⁹¹ e, progressivamente, anche sulla «partecipazione del maggior numero, delle masse» al «mondo della ricchezza»⁹². Con l’instaurazione dello Stato sociale, quindi, il giurista ha iniziato ad insegnare (all’economista) che la libertà non è la possibilità di fare qualunque cosa (di utile per sé), ma qualunque cosa che, comunque, «rispetti i legittimi diritti degli altri»; a sua volta, l’economista ha continuato a spiegare (al giurista) che ciascuno, posto che sia messo nella condizione di realizzare appieno le proprie aspirazioni, deve essere personalmente «responsabile delle scelte che compie»⁹³. Si può anche dire, diversamente, che l’economista propone i modi per «garantire la capacità di produrre, sulla quale si fondano lo sviluppo del pensiero scientifico ed il progresso tecnico e la stessa sopravvivenza fisica di intere popolazioni»; e che il giurista cerca di «impedire, per quanto possibile, che le forze produttive condizionino qualsiasi altro elemento o fattore della convivenza», mirando ad «evitare che così assumano la sola strutturazione che sia imposta dalle esigenze della produzione»⁹⁴.

Ne riviene che, se eccessiva e fuorviante appare la riduzione della persona a semplice *homo oeconomicus*, il cui volere è ispirato dal puro calcolo utilitaristico e dall’innato spirito di conquista, non soddisfa pienamente neppure l’immagine esclusiva dell’*homo juridicus*⁹⁵: non solo perché – com’è più facile intuire – quest’ultimo, privo di slancio morale e senza alcun anelito di giustizia, si limiterebbe, legalisticamente, a definire «il suo volere nella formalità della norma» e a catalogare «le possibilità che la norma gli attribuisce» in termini di diritti, doveri ed eventuali sanzioni ⁹⁶; ma anche perché egli, bloccato dalla fredda “unidimensionalità” della propria indagine, finirebbe per trascurare l’importanza dello stesso valore economico, sul quale, eppure, si attecchiano buona parte degli interessi sociali e, in ultima analisi, «si costruisce il mondo»⁹⁷. Infatti, l’economia – come sapientemente argomentava Capograssi – è il «mondo delle utilità e delle ricchezze», che «prende ad oggetto la vita umana nelle sue esigenze elementari e artificiali, ed intende mettere in essere i mezzi perché la vita umana possa essere vissuta come tale, e queste esigenze possano essere soddisfatte»⁹⁸. D’altro canto, il diritto – come opportunamente soggiungeva il

GAROFALO, *Economia e diritto*, cit., 1393 ss.; F. PEDRINI, *Colloquio su Economia e (Scienza del) diritto. Intervista al prof. Alberto Quadrio Curzio* (Roma 25 maggio 2016), cit., 137 ss.

⁹¹ F. BATTAGLIA, *I valori pratici (economia, diritto, morale) e il mondo storico*, cit., 22 ss.

⁹² G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 273.

⁹³ G. GAROFALO, *op. cit.*, 1401.

⁹⁴ G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 998. L’A., inoltre, precisa che un controllo sull’economia debba essere, per quanto necessario, non eccessivo, in quanto, altrimenti, causerebbe – oltre che inefficienza – riduzione delle libertà individuali, attenuazione delle garanzie per la persona, aumento dell’autoritarismo politico, ecc.

⁹⁵ G. DEL VECCHIO, *L’homo juridicus e l’insufficienza del diritto come regola della vita*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1936, 130 ss.

⁹⁶ Cfr. F. BATTAGLIA, *op. cit.*, 26 ss., laddove viene rievocato quel consolidato filone di pensiero in base a cui la prima e vera «garanzia dell’ordine giuridico» riposa nella morale: «il diritto sta con la morale, o con essa viene meno; e se sta con la morale è la morale che complessivamente lo assicura, assicurando le facoltà al soggetto inerenti, che anzi costituiscono il soggetto giuridico oltre l’individuo economico».

⁹⁷ *Ivi*, 18.

⁹⁸ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 241 ss. Egli, poi, precisava che proprio perché l’economia trasforma le «esigenze istintive» in «bisogni umani» (p. 243), proprio perché la ricchezza va intesa come «prodotto e *res humana*» (p. 244) e proprio

medesimo Autore –, cogliendo l'insufficienza e l'incompletezza dell'esperienza economica, riporta alla «totalità della vita», esorta l'uomo ad «essere parte e non il tutto», gli ricorda che, per realizzarsi pienamente come persona, deve considerare l'economia sempre come un mezzo e mai trasformarla in fine⁹⁹. Il diritto, allora, non può essere sovrastruttura dell'economia (come vuole la critica marxista), né, analogamente, la sua forma esteriore (secondo la vulgata borghese), ma deve costituire una componente essenziale di essa, condizionante e (in parte) condizionata, di modo che l'uno e l'altra siano elementi «integranti e fra loro interdipendenti di un'unica realtà»¹⁰⁰.

Ciò significa che, parimenti all'economia, il diritto, può assumere una connotazione deteriore allorché «si chiuda in sé escludendo altre esperienze, non accetti con altre esperienze le conseguenti limitazioni»¹⁰¹. Si è già più volte rilevato che i giuristi, mentre interpretano, inevitabilmente creano, ma non in maniera arbitraria, bensì rimanendo vincolati, da un lato, ai testi normativi di riferimento e, dall'altro, all'ambiente storico, culturale e, non ultimo, economico in cui si pongono¹⁰². Occorre, dunque, che essi, come del resto gli stessi economisti, si liberino, una volta per tutte, «da schemi meramente logico-deduttivi, per cercare di costruire una riflessione che sia di guida per l'azione individuale e collettiva»¹⁰³. Di qui emerge chiaramente l'esigenza che, anche e soprattutto oggi, tra giuristi e studiosi di diversa estrazione, economisti su tutti, si stringano legami assai più saldi, grazie ai quali, lungi dal violare l'identità scientifica di ciascuno¹⁰⁴, quest'ultima possa arricchirsi di aspetti interdisciplinari, in modo da emanciparsi dai vecchi modelli, troppo astratti e isolati o, comunque, non sufficientemente aperti nei confronti di una realtà assai più articolata di quella che i medesimi modelli lasciano presupporre o far trasparire.

perché il bene economico è valore «di vita umanamente vissuta» (p. 253), i protagonisti dell'economia devono essere «tutti gli individui, tutti coloro che si trovano a vivere e a sopportare le fatiche della storia» (p. 270). E concludeva: «l'esigenza più profonda dell'attività economica è perciò che il mondo delle ricchezze costruito da tutti è costruito per tutti» (*ibidem*).

⁹⁹ Ivi, 268 ss. Più specificamente, sempre per Capograssi, il diritto rappresenta il momento in cui l'esperienza economica si trova presa, condizionata, modificata in virtù di principi che in parte la trascendono: «in questo momento si realizzano distribuzioni e ridistribuzioni di ricchezza, indipendenti dalla stretta logica dell'azione economica». L'A., in proposito, riportava gli esempi della disciplina sul fatto illecito («per cui l'esperienza altrui viene posta a carico del danneggiante») e il sistema dei doveri tributari (che riconduce nell'azione del singolo «tutta l'esperienza tanto che paga e si sacrifica per tutti»). Invero, entrambi i casi, fondati sul «principio di responsabilità [giuridica ...], vengono a dimostrare che è un'illusione che gli altri e il mondo dell'esperienza siano estranei allo sforzo economico del soggetto, mentre la verità è che lo sforzo economico del soggetto contiene ed impegna tutta l'esperienza» (p. 269, nota 1).

¹⁰⁰ L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, cit., 155 s. Analogamente, *ex aliis*, V. ATRIPALDI, *op. cit.*, 9.

¹⁰¹ Cfr. F. BATTAGLIA, *loc. ult. cit.*

¹⁰² Secondo C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 23 s., fra il sistema delle fonti (o diritto teorico) e il diritto (vivente) esiste «una coincidenza parziale, in quanto il diritto, pur basandosi sulle prescrizioni offerte dalle fonti, attinge da elementi in parte estranei», costituiti da quelli che Egli chiamava «contesti sociali», capaci di integrare il dato normativo mediante «nozioni di comune esperienza, ovvero scientifiche, tecniche, morali e persino politiche», tutte, comunque, mutevoli nel tempo.

¹⁰³ G. GAROFALO, *op. cit.*, 1394 e 1401.

¹⁰⁴ *Ibidem*. Questa dottrina rileva come, per quanto siano opportune, se non ineludibili, le «contaminazioni» tra economia e diritto, restino incancellabili le differenze riguardanti «linguaggio, strumentazioni tecniche e metodi di ricerca». In argomento v., da ultimo, F. PEDRINI, *Colloquio su Economia e (Scienza del) diritto. Intervista al prof. Alberto Quadrio Curzio (Roma 25 maggio 2016)*, cit., *passim*.

Infatti, da una parte, i giuristi si sono limitati, per lungo tempo, a ricerche di stratificata indole dogmatica, abituati a credere che basti una legge per cambiare il corso di eventi¹⁰⁵. Essi sono rimasti, in larga misura, indifferenti, o scettici, se non contrari, all'innesto di nuovi criteri metodologici, rifiutando o diffidando di spiegazioni del fenomeno giuridico che utilizzassero anche «le curve di domanda e di offerta, l'equilibrio, la competizione e gli altri strumenti di analisi economica»¹⁰⁶. In quei pochi casi in cui, soprattutto sul Vecchio Continente, alcuni, maggiormente intraprendenti, hanno iniziato a «saggiare» approcci tesi ad una parziale contaminazione tra ambiti scientifici diversi, sono stati visti, dai più, come sostenitori di una mera «provocazione intellettuale [...]», priva di adeguati riferimenti al diritto positivo» (e comunque affetta da un pregiudizio ideologico liberista)¹⁰⁷, ovvero come seguaci di «una moda culturale, destinata ad evaporare e a non lasciare tracce rilevanti»¹⁰⁸. Dall'altra parte, gli economisti sono risultati, a seconda del periodo o del contesto di riferimento, totalmente dominati dai soli e semplicistici paradigmi della Scuola neoclassica, ovvero troppo coinvolti nella ricerca macro-economica, calata nel solco della tradizione puramente keynesiana. Essi, spesso, non si sono dati (sufficiente) cura dell'esistenza di altri campi e strumenti d'indagine, né hanno compreso (appieno) che la vocazione universale dell'economia (e la conseguente abitudine dei suoi cultori a «semplificare le categorie giuridiche senza perdersi in eccessivi tecnicismi») ¹⁰⁹ non corrisponde alla tendenza particolaristica e differenziatrice del diritto (i cui studiosi, specie quelli di impostazione romanistica, d'altro canto, si sono spesso mostrati «prigionieri dei singoli diritti positivi» di riferimento e poco attenti alla «funzionalità delle norme, alla luce di criteri economici e sociali»)¹¹⁰.

Le cose, attualmente, sono molto cambiate e perciò, in base a tutto quanto sinora detto, sembrano maturate le condizioni per un riorientamento metodologico e culturale in virtù del quale gli economisti divengano pienamente coscienti che non può esistere un unico e semplificato modello ordinamentale fatto su misura per loro, bensì tanti complessi modelli e svariate tradizioni giuridiche, mutevoli nel tempo e nello spazio, con cui devono confrontarsi¹¹¹; e, per converso, i giuristi, siano costretti ad uscire dal proprio «guscio nazionale»¹¹² e a ripudiare il proprio «provincialismo culturale»¹¹³ per dialogare in una dimensione giuridica ultranazionale e per cimentarsi «nella ricerca di formule di regolazione immuni, per quanto possibile, dai vizi del passato e più sensibili alle nuove esigenze» del

¹⁰⁵ N. LIPARI, I. MUSU, *Presentazione*, in IID. (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, cit., VI s.

¹⁰⁶ R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999, 7 ss.

¹⁰⁷ G. NAPOLITANO, *L'analisi economica del diritto pubblico*, in G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, cit., 29 e 31.

¹⁰⁸ R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., 8.

¹⁰⁹ Ivi, 10. Come ricorda anche G. NAPOLITANO, *L'analisi economica del diritto pubblico*, cit., 19, gli economisti hanno spesso sottovalutato la complessità strutturale e funzionale delle nozioni giuridiche, suscettibili di evoluzione e di cambiamenti a seconda degli ordinamenti e dei periodi storici di riferimento. Né, quindi, hanno considerato a sufficienza che l'assetto istituzionale non è un dato statico, bensì una variabile essenziale anche ai fini del funzionamento dei meccanismi allocativi.

¹¹⁰ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010, 519 ss. Tant'è vero ciò che – la sottolineatura è di F. PULITINI, *Quante analisi economiche del diritto? Riflessioni su Yale e Chicago*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 151 – mentre gli economisti di estrazioni geografiche e culturali differenti parlano di proprietà, o di contratto, *tout court* e si comprendono alla perfezione, i giuristi appartenenti a contesti diversi, in particolare quelli di *common law* e di *civil law*, hanno serie difficoltà in tal senso.

¹¹¹ R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *op. cit.*, 13.

¹¹² S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, cit., 516.

¹¹³ R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *op. cit.*, 11.

mercato¹¹⁴. In tal senso, taluni studi condotti soprattutto negli Stati Uniti, nella Scuola di *Law and Economics* e, ancor più, in quella di *Public Choice*¹¹⁵, hanno offerto strumenti che permettono una valutazione maggiormente «critica del diritto, piuttosto che il semplice rafforzamento della solidità dogmatica del sistema»¹¹⁶. Essi, così, hanno mostrato come sottoporre a verifica di efficienza e di democraticità le politiche regolative, valutando l'appropriatezza dei mezzi utilizzati rispetto agli obiettivi perseguiti¹¹⁷ e, per questo, ammonendo contro interventi pubblici incauti, maldestri o, peggio, derivanti dal perseguimento di interessi costituiti, o comunque non meritevoli di protezione¹¹⁸. In base a queste nuove (ma oramai non più nuovissime) tendenze¹¹⁹, il diritto non si limita più a cristallizzare in regole tendenzialmente immutabili i principi etici diffusi nella società, perché serve anche quale strumento attivo per il governo dell'economia, aiutando a ridurre gli sprechi e i comportamenti opportunistici, a contrastare equilibri collusivi e rendite di posizione di oligarchie al potere¹²⁰, a sostenere la crescita e la competitività nel contesto internazionale¹²¹.

Tuttavia, per quanto – o, meglio, proprio in quanto – supporto prezioso ed insostituibile della politica e del diritto, quella economica resta scienza dei *mezzi* e non dei *fini*, cioè rimane studio della condotta umana, come relazione tra fini e mezzi limitati, applicabili ad usi

¹¹⁴ G.F. FERRARI, *Crisi dell'ordine economico mondiale*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 641.

¹¹⁵ Infatti, mentre le ricerche di *Law and Economics*, o di “analisi economica del diritto”, o anche *Chicago-style* (intraprese in particolare da Ronald Coase e Richard Posner), facendo premio su criteri di efficienza, piuttosto che di giustizia, e su regole di produzione giurisdizionale o consensuale, piuttosto che su norme scritte ed imperative, sembrano meglio attagliarsi al diritto privato, e con maggior raggio di azione alla *common law* (così, *ex aliis*, F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 435 s., e G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 25 ss. e 50 ss.), le ricerche di *Public Choice*, o di “teoria della scelta collettiva”, o, ancora, *Yale-style* (inaugurate da Guido Calabresi), essendo più attente ai problemi di distribuzione dei rischi sociali derivanti da attività economiche, più propense a considerazioni di valore e ad interventi politico-legislativi correttivi delle dinamiche puramente concorrenziali, appaiono maggiormente compatibili con le esigenze proprie del diritto costituzionale e, più in ampiamente pubblico, anche di stampo continentale (spunti in tal senso in F. PULITINI, *Quante analisi economiche del diritto? Riflessioni su Yale e Chicago*, cit., 139 ss., spec. 151 ss., e F. PARISI, *Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto*, in www.jus.unitn.it, s.d., ma 2005, spec. par. 2.1).

¹¹⁶ V. ancora F. PARISI, *Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto*, cit., par. 1.1.

¹¹⁷ Per G. ALPA, voce *Interpretazione economica del diritto* («*Economic Analysis of Law*»), in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. IV, Utet, Torino, 1983, l'intento di chi esamina economicamente il diritto è, tra l'altro, «quello di accertare il costo degli strumenti giuridici, i loro effetti indotti, l'alterazione che essi producono nella situazione di mercato» (pp. 315 s.), nonché nella «razionale distribuzione delle risorse» (p. 319). Afferma più dettagliatamente S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 519 s., che «un'analisi della funzionalità economica delle norme, e dei sistemi giuridici in generale, comporta, ad esempio, una valutazione dei benefici e dei costi, diretti e indiretti; un esame della loro imputazione e distribuzione; lo studio dei costi di transazione (tutte le spese necessarie per raccogliere le informazioni, raggiungere accordi, ottenere autorizzazioni, ecc.: in sostanza, i costi che discendono dal sistema giuridico); un esame delle esternalizzazioni (trasferimenti su altri) di costi o benefici. Infine, essa comporta di essere attenti all'alternativa tra proibizione (prevenzione specifica attraverso un meccanismo di sanzioni) e disincentivo (prevenzione generale attraverso il meccanismo del mercato, consistente nel rendere più o meno costoso un bene o un'attività)».

¹¹⁸ G.F. FERRARI, *Crisi dell'ordine economico mondiale*, cit., 636.

¹¹⁹ Come ricorda G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 46, «l'analisi economica del diritto è una scienza (relativamente) giovane». Se le sue origini risalgono agli anni Sessanta del secolo scorso, la sua affermazione culturale e politica è avvenuta più tardi, ricollegandosi al programma di riduzione della sfera pubblica negli Stati Uniti e nel Regno Unito e al crollo dei regimi socialisti caratterizzanti i successivi anni Ottanta. Poi, a partire dagli anni Novanta, tale «ricetta istituzionale», volta a promuovere il primato dei meccanismi di mercato, è stata usata specialmente «dalle organizzazioni internazionali chiamate ad assistere i processi di democratizzazione e di sviluppo economico in tutto il mondo» (20 s.).

¹²⁰ Ivi, 42.

¹²¹ L.A. FRANZONI, D. MARCHESI, *Economia e politica economica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2006, 7 s.

alternativi¹²². Agli economisti, allora, se compete risvegliare il legislatore e il giurista dalla quella sorta di «delirio di onnipotenza» di cui soprattutto il primo è spesso preda, nonché rammentare comunque ad entrambi che «l'eterogenesi dei fini è sempre in agguato»¹²³, non compete anche esprimere giudizi di valore a cui le attività nomopoietiche (legislativa ed ermeneutica) debbano ispirarsi, né individuare i preminenti interessi politici da perseguire¹²⁴, né, tantomeno, ricostruire il complesso di regole giuridiche in cui essi si esprimono¹²⁵. Infatti – giova ribadirlo – spetta ai giuristi-costituzionalisti interpretare, spiegare e, prima di qualunque altra categoria di intellettuali, preservare i tratti istituzionali essenziali della civiltà in cui vivono, secondo i propri criteri tassonomici e in ossequio ai dettami del costituzionalismo moderno¹²⁶. E, proprio a questo scopo, cioè quello di garantire la razionalità e la continuità assiologica dell'ordinamento, essi ne colmano le lacune, gli restituiscono coerenza sistematica e, all'occorrenza, prospettano – anche nella specifica veste di consulenti o collaboratori del “Principe” – persino quelle modifiche necessarie per superare norme non più in linea con lo sviluppo della coscienza collettiva e le esigenze del presente¹²⁷. Tocca a loro, e non ad altri studiosi, «applicare il diritto, ma ancor più costruire la società; risolvere i problemi di dettaglio ed insieme di macroorganizzazione. Governare i fenomeni ciclici, concorrere alle scelte di fondo»¹²⁸. E, per ciò stesso, tocca sempre a loro sottoporre ad analisi critica le elaborazioni dei colleghi economisti specie quando questi ultimi, sotto la veste di un'«innocua efficienza economica», occultano, con disinvoltura, «scale di valori precise e determinate»¹²⁹ (ai medesimi

¹²² Per F. BATTAGLIA, *op. cit.*, 13, l'impostazione della scienza economica «coglie l'individuo della natura, l'individuo che ha crescenti bisogni da soddisfare, che ricerca i mezzi in relazione ad essi, che tali mezzi rari ed utili valuta secondo criteri specifici di rarità ed utilità».

¹²³ R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *op. cit.*, 12.

¹²⁴ Cfr., tra gli altri, v. C. NAPOLEONI, F. RANCHETTI, *Il pensiero economico del Novecento*, Einaudi, Torino, 1990, *passim* e spec. 4 e 28 ss. A dire il vero non è neppure necessario che l'economista condivida tali valori e tali interessi: suo compito è, infatti, metter in luce «la logica delle scelte, ossia che cosa si deve fare e cosa non si deve fare se i cittadini vogliono raggiungere determinati obiettivi» e hanno a disposizione determinate risorse: così F. FORTE, *Principi di economia pubblica*, Giuffrè, Milano, 1993, XXX ss., il quale precisa, ulteriormente, che l'analisi economica – oltre che a predire gli accadimenti, cioè a individuare «leggi» di comportamento – mira a contribuire a «miglioramenti accorti» delle regole e degli strumenti dell'economia pubblica, in particolare, della «Costituzione fiscale e monetaria». Ciò nella convinzione che questa, in quanto attività politica, è, secondo un vecchio detto, «arte del possibile».

¹²⁵ È possibile, peraltro, che gli economisti, individuando degli esiti desiderabili dal punto di vista economico, giungano ad enunciare, a grandi linee, anche «le tecniche giuridiche di intervento adatte allo scopo». Sennonché resta pur sempre ai giuristi il compito di «verificare l'adeguatezza del modello di massima enunciato», assumendosi la responsabilità di dire se gli obiettivi e i risultati prospettati siano concretamente perseguibili ed, eventualmente, «di progettare fino ai minimi dettagli l'organismo operativo»: G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, cit., 996.

¹²⁶ In argomento, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, 90, sottolinea, tra l'altro, un doppio ed indeclinabile compito per il giurista: deve *difendere il proprio lavoro*, anche di fronte a fatti o parole che sembrano sopraffarlo «con densità di emozioni, e quasi respingere il metodo antico del definire e distinguere»; egli, inoltre, ha «la necessità di *positivizzare*» i principi ordinamentali fondamentali, in particolare i doveri di solidarietà, allo scopo di concorrere a costruire la figura del «buon cittadino», cioè il membro di un'organizzazione sociale «che sappia congiungere giustizia e libertà».

¹²⁷ Per alcuni approfondimenti, anche di carattere bibliografico, sulla assai risalente e oggi quanto mai opportuna, se non necessaria, “interazione” tra scienza giuridica e ceto governante, potrebbe vedersi anche V. TEOTONICO, *La scienza giuridica tra esigenze di innovazione e continuità costituzionale*, cit., parr. 3 ss.

¹²⁸ G. GUARINO, *op. ult. cit.*, 1000.

¹²⁹ G. ALPA, voce *Interpretazione economica del diritto* («*Economic Analysis of Law*»), cit., 324. In senso analogo, v. F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia. Itinerari didattici*, Giappichelli, Torino, 2007, 21, il quale segnala il pericolo

economisti restando, ad ogni modo, come detto, il compito, tra gli altri, di verificare il costo degli strumenti giuridici utilizzati e il loro effettivo impatto sul mercato).

A chi condivida queste premesse di fondo, allora, non potrà sfuggire che è imprescindibile stemperare quella tensione ideologica che talvolta conduce gli studiosi di diritto dell'Europa continentale, sull'esempio di alcuni colleghi d'oltremania e, soprattutto, d'oltreoceano, «a preferire in ogni caso la libertà all'uguaglianza e l'efficienza all'equità»¹³⁰. Non sempre, invero, la scelta che appare *prima facie* più opportuna lo è davvero e, soprattutto, quand'anche fosse di certo conveniente (economicamente o politicamente) non è detto che sia la più giusta (eticamente e socialmente). Il mercato, allora, può effettivamente essere un grande alleato delle libertà costituzionali, ma, in alcuni e non infrequenti casi, deve necessariamente cedere il passo ad una gamma più vasta di interventi pubblici di natura etico-sociale, strumentali rispetto ad alcuni valori incrollabili nella coscienza giuridica popolare¹³¹. Valgano alcuni esempi. Si pensi, innanzitutto, al diritto di vivere a lungo senza soccombere a malattie che richiedono vasti interventi di prevenzione per essere debellate¹³², oppure soltanto cure molto costose, gli uni e le altre, ad ogni modo, impossibili da sostenere per molti soggetti privati¹³³. Si prenda in considerazione, inoltre, la tutela della salute psico-fisica dei lavoratori e la garanzia di una loro retribuzione adeguata: in assenza di norme imperative in tal senso, essi, verosimilmente, si renderebbero disponibili ad accettare

concreto che, «dietro il comodo paravento della *razionalità economica*», si possano mascherare analisi «dirette a perseguire pervicacemente gli interessi dei nuovi ceti dominanti, non assoggettati ad alcuna sovranità politica».

¹³⁰ Come pure ritiene, nonostante sia favorevole, in linea di principio, alla ricezione della modellistica statunitense, M. ABRESCIA, *Le ricerche gius-economiche e la frontiera del diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2001, 643. È estremamente significativo, in tal senso, che proprio quanti propugnano l'importanza dell'analisi economica del diritto per restituire efficienza alle norme giuridiche, non ne sottacciano gli evidenti limiti: così, tra gli altri, F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2002, 129, il quale rimarca come, di per sé, questo approccio mostri «indifferenza verso le questioni di giustizia distributiva e [...] disponibilità ad accettare l'eventualità che alcuni abbiano pochissimo e altri tantissimo quando ciò sia necessario per massimizzare il benessere totale» (p. 129); oltre a ciò, questa dottrina evidenzia come, per un verso, non sempre vi sia univocità delle soluzioni che l'analisi economica del diritto è in grado di suggerire e come, per altro verso, esistano «rilevanti situazioni in cui è impossibile stabilire cosa debba intendersi per massimo benessere complessivo e quale sia la linea di condotta in grado di assicurarlo» (p. 134). Non dissimile la posizione di G. NAPOLITANO, *op. ult. cit., passim* e in part. 21 s. e 47 ss., il quale rileva, tra l'altro, la persistente incapacità dell'analisi economica del diritto di sciogliere gran parte dei «nodi dei rapporti tra equità ed efficienza»; la «crescente formalizzazione matematica» di alcuni suoi studi (che la allontanano dalla sua originaria vocazione pratica ed interdisciplinare); la sua difficoltà di valutare economicamente le condotte di singoli e dei gruppi nella sfera pubblica (dove, rispetto a quella privata, maggiori sono le motivazioni ideali ed altruistiche); la scarsa attenzione che essa pone verso i movimenti civili (in grado di esercitare «pressione in una direzione opposta a quella cui spinge l'attività di *lobbying* dei grandi gruppi di interesse»); infine, l'eccessivo legame che mostra con gli istituti dell'ordinamento statunitense (a cui si riferiscono la stragrande maggioranza delle sue verifiche empiriche).

¹³¹ G. ALPA, *loc. ult. cit.*, afferma che il mercato va governato non solo da criteri di presunta efficienza, ma anche da principi politici e morali, perché «la scelta individualista paga solo nel breve, e spesso si traduce in una scelta egoistica, che non tiene conto di esigenze sociali non rinunciabili». V., altresì, F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia. Itinerari didattici*, cit., 21 s., secondo cui, tramite un'acritica acquisizione di «una visione «americana» dell'economia e delle società contemporanee», si rischia concretamente di rimpiazzare con i canoni delle indagini economiche («basati sull'utile e sull'efficienza») i criteri tipici del ragionamento giuridico («che non possono non basarsi sul giusto, sul doveroso, sul lecito e sull'illecito»).

¹³² In questi termini A.K. SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, cit., 29 s.

¹³³ In proposito F. PULITINI, *Quante analisi economiche del diritto?*, cit., 147 s., in part. nota 12, ricorda che la motivazione essenziale del finanziamento pubblico della sanità – così come, tra l'altro, dell'istruzione – riconduce al loro carattere di «*merit goods*». Questi «beni meritori», invero, secondo il comune sentire, vanno forniti a prescindere dalla volontà degli stessi destinatari (che non hanno sempre «una perfetta conoscenza dei propri bisogni») e dalle possibilità di allocazione del mercato (che non riesce sempre ad «ottenere il meglio possibile dalle risorse date»). In senso conforme Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, cit., 67, i quali evidenziano come i «mercati privati dei *merit goods*» possano fallire per via della presenza di esternalità o di asimmetrie informative.

condizioni di lavoro degradanti e salari intorno, se non al di sotto, di livelli di sopravvivenza¹³⁴. Si rifletta, in ultimo – anche se l’elencazione potrebbe continuare a lungo –, sul diritto di godere della bellezza del paesaggio o della salubrità dell’ambiente, che non sempre può trovare idonea protezione nel principio, oramai diffusamente invalso a livello internazionale, del “chi inquina paga” (e del corollario della “negoziabilità degli interessi ambientali”): infatti, anche le più sofisticate tecniche risarcitorie (o altre misure di carattere civilistico) potrebbero essere inappaganti¹³⁵, posto che, in molti casi, l’esigenza primaria è di prevenire il danno, altrimenti irreparabile, o di ripristinare lo *status quo ante*, al fine di mettere la collettività in condizione di rigodere del bene danneggiato¹³⁶.

Le libertà fondamentali e i principi costituzionali, quindi, non possono essere salvaguardati tramite un approccio basato solamente su una distribuzione dei diritti proprietari che prescinda da regole costitutive di precise responsabilità¹³⁷, né tramite l’esclusivo reperimento sul mercato dei beni e dei servizi necessari a realizzarli, senza, cioè, anche un’“assegnazione autoritativa” di risorse, la quale non venga vanificata neppure dalla rinuncia espressa dei suoi stessi beneficiari¹³⁸. Insomma, il diritto, sebbene oramai largamente “compromesso” con l’economia, e la sua interpretazione, per quanto sempre più “orientata alle conseguenze”, non possono rinnegare la loro vocazione originaria, vale a dire quella di assicurare alcuni punti fermi, alcuni *status* inalterabili (sottraendoli sia alla «logica della forza» che «al fluire delle correnti economiche») e, così, porre un limite alla «ricerca dell’utilità e dei massimi edonistici» (formando e preservando «isole di stabilità e di

¹³⁴ Per spunti in tal senso F. DENOZZA, *Norme efficienti. L’analisi economica delle regole giuridiche*, cit., 53 ss. e 151 ss.

¹³⁵ D. PORENA, *Uomo e ambiente: cenni ai percorsi ed alle incertezze emerse nella difficile concettualizzazione dei rapporti giuridici*, in M.C. FEDERICI, M. ANSELMi, S. CAPPELLO (a cura di), *Animale sociale e homo hominis lupus*, Oge, Milano, 2011, ss., 279, ritiene che, rispetto alla violazione di interessi ambientali, un sistema di reazione dell’ordinamento incentrato sugli aspetti meramente privatistici, sia «incoerente sul piano tecnico, e addirittura osceno sul piano etico». Insomma, come ha sottolineato F. COCOZZA, *op. cit.*, 22, non tutto può essere concepito *a là* Posner, cioè incentrato su «un *calcolo relativistico* tra *rispetto* (quando appare inevitabile) ed *inosservanza* delle regole giuridiche (quando l’inosservanza lascia intravedere una qualche utilità pratica)».

¹³⁶ Cfr. in argomento S. RODOTÀ, *Proprietà e industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile*, in *Pol. dir.*, 1978, 413 ss.

¹³⁷ Come ricorda G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 28.

¹³⁸ Cfr. F. PULITINI, *op. cit.*, 147 e 151 (secondo cui resta imprescindibile un intervento pubblico di carattere “extra-efficientistico” in tutti quei casi in cui non solo l’individuo non appare «il miglior giudice del proprio benessere», ma anche in cui bisogna tener conto della «totalità dei costi e dei benefici e con essi degli effetti distributivi»), e F. DENOZZA, *loc. ult. cit.* (il quale ritiene che la presenza, un po’ in tutti gli ordinamenti, di numerose norme che «assicurano benefici obbligatori» a determinati soggetti dimostri, anche empiricamente, come l’efficienza complessiva di un sistema politico-economico non possa derivare esclusivamente dai meccanismi spontanei del mercato). Spunti in tal senso anche in F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, cit., 435 ss., laddove viene affermato che tanto le prospettazioni di *iure condendo* quanto le soluzioni operative offerte dall’analisi economica del diritto possono essere molto utili e, però, solo se gli effetti a cui mirano sono «disponibili» da parte dei soggetti che operano sul mercato. Segnatamente al diritto amministrativo, egli rileva tale «disponibilità» in alcuni casi specifici quali: quello della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione per violazione degli interessi legittimi; quello della contrattualistica pubblica, specie in materia di appalti, così da garantire una maggiore efficienza delle relative procedure e il buon risultato economico per lo Stato contraente; quello della valutazione della legittimità di provvedimenti che, in virtù di diagnosi economiche non corrette rispetto al fine da raggiungere, potrebbero risultare viziati di eccesso di potere.

rispetto, attorno a cui la vita economica si agita, ma a cui deve necessariamente modellarsi»¹³⁹.

Sia come che sia, da un lato, con il crollo del muro di Berlino, e con tutto ciò che ne è seguito, sembrano definitivamente scomparsi, almeno nella mente degli Italiani e degli Europei, i fantasmi del c.d. “socialismo reale” (e, quindi, anche ampiamente superate quelle interpretazioni dottrinali, risalenti agli anni Settanta, non preclusive della possibilità di realizzare, a Costituzione repubblicana invariata, un sistema collettivista, sia pure *sui generis* e comunque fortemente temperato¹⁴⁰); dall’altro lato, con la crisi sistemica globale e il ritorno prepotente della sovranità nazionale sotto forma di «Stato salvatore»¹⁴¹, si è dimostrato, ancora una volta, che è una prospettiva del tutto fallace ed estremamente pericolosa quella di un costituzionalismo, per così dire, prevalentemente *regressivo* o *negativo*, volto, cioè, a sottrarre gradualmente spazio (o comunque a non concederne altro) di operatività al diritto, a ritornare perlomeno al «*non-fare*» del «governo e [de]i suoi agenti», all’interferire il meno possibile con il mercato e i suoi operatori. Il costituzionalismo, al contrario, come dimostra il suo stesso percorso evolutivo, non può che essere *progressivo*, di segno *positivo*, scoprendo sempre ulteriori obiettivi, rinnovando continuamente vecchi istituti o introducendone di nuovi, ridistribuendo incessantemente risorse e responsabilità, senza ammettere arretramenti e neppure tentennamenti nel realizzare *giuridicamente* il valore onnicomprensivo della persona (e, in tal modo, anche rendere l’ordine del mercato più giusto e governabile)¹⁴². Né, proprio per questo, si può revocare in dubbio il risultato, forse il più apprezzabile e rassicurante, raggiunto in siffatto percorso, che è stato quello di aver riconciliato l’originaria opposizione tra libertà e uguaglianza, tant’è che la loro simultanea presenza resta, ancora adesso, qualcosa di più di un’opinabile aspirazione ideologica in quanto «si fa esigenza concreta e concettuale non eludibile»¹⁴³.

¹³⁹ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 231 ss.

¹⁴⁰ Il riferimento è, in particolare, a C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Il Mulino, Bologna, 1977, come di recente ricordato da O. POLLICINO, *L’economia nella Costituzione: modello originario e tendenze evolutive*, cit., 69.

¹⁴¹ Sul punto, per tutti, G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1083 ss. *Adde*, perlomeno, G.F. FERRARI, *Crisi dell’ordine economico mondiale*, cit., 628, il quale sottolinea l’elevatissimo grado di discrezionalità dei poteri politici interni nel selezionare soggetti destinatari dell’aiuto statale e misura dell’intervento: oltre al soccorso agli istituti bancari, l’A. ricorda «investimenti infrastrutturali, sgravi fiscali, finanziamento di ricerca e innovazione, sostegno a settori giudicati centrali per la ripresa, come per esempio quelli metalmeccanico e automobilistico».

¹⁴² In argomento, seppur in una prospettiva non del tutto coincidente con quella qui delineata, v., *amplius*, G. IERACI, *Costituzionalismo negativo e costituzionalismo positivo. Le basi istituzionali della democrazia*, in *Quad. sc. pol.*, VII, 1, 2000, 147 ss., il quale, invero, sembra ridurre alquanto le distanze tra i due tipi di costituzionalismo. In ogni caso, va rilevato che, assai opportunamente, alcuni studiosi italiani salutano con favore l’inaugurazione di quel più recente indirizzo gius-economico, significativamente chiamato *Behavioral Law and Economics*, che punta «a restituire un po’ di umanità all’automa *oeconomicus*», imperniandosi sulla convinzione che il diritto e le sue trasformazioni si leghino alla percezione che i vari attori dell’ordinamento hanno non solo di ciò che sia più razionale o utile per se stessi, ma anche di ciò che sia più giusto e non strettamente legato a logiche di mercato: cfr. A. ARCURI, R. PARDOLESI, voce *Analisi economica del diritto*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002, 15 ss. (da cui è tratta l’espressione virgolettata); F. DENOZZA, *op. cit.*, 126; G. NAPOLITANO, *L’analisi economica del diritto pubblico*, cit., 29.

¹⁴³ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzuoli di Celso*, vol. II, Cedam, Padova, 1995, 105 s. Spunti in tal senso anche in G. GAROFALO, *op. cit.*, 1403, laddove, sulle orme di Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1977, e *A Matter of Principle*, 1985, volumi entrambi editi per i tipi della Harvard University Press di Cambridge, Massachusetts), viene sottolineata la necessità di armonizzare due principi etici in apparente contrasto: «l’ideale dei progetti e delle appartenenze personali, che domina la nostra vita privata e riguarda la responsabilità che crediamo di avere per chi, in qualche modo, ci è vicino; e l’ideale dell’eguale considerazione politica dell’altro, che domina la nostra vita politica e che ha a che fare con un’eguale considerazione per tutti gli uomini».

Come si è cercato di argomentare altrove¹⁴⁴, se specialmente aver rinnegato una parte delle conquiste di civiltà giuridica del costituzionalismo del secolo scorso ha condotto al tracollo dell'economia-mondo, continuare a porre tali conquiste in secondo piano rappresenta la causa principale dell'assenza o dell'estrema lentezza della ripresa di molti sistemi produttivi nazionali. Non è tanto in discussione la scelta, che pure concretamente si è fatta, di aiutare le grosse imprese in difficoltà (specie mediante la ricapitalizzazione degli istituti bancari), di rafforzare la vigilanza nel settore creditizio e di (ri)regolare i mercati finanziari; si dubita, piuttosto, che un potenziamento delle cc.dd. "misure macroeconomiche di gestione del rischio", in assenza di altro, possa sortire più di un effetto tampone o comunque minimo: «finché non si riconosce che gli squilibri reali e finanziari sono espressione di un medesimo processo, la definizione degli obiettivi di politica economica risulta intrappolata in quelli di breve periodo con l'inevitabile riproposizione del medesimo meccanismo che ha generato la crisi»¹⁴⁵. Se, quindi, motivazioni d'ordine giuridico e morale impongono anche e soprattutto il ritorno ad una maggiore giustizia distributiva, in modo che sia salvaguardata la dignità sociale delle classi medio-basse, anche motivazioni d'ordine economico e razionale dovrebbero spingere nella medesima direzione, affinché, da un lato, sia scongiurato il persistente ristagno dei consumi¹⁴⁶, o la loro crescita meramente artificiale (giacché basata essenzialmente sull'indebitamento degli stessi consumatori)¹⁴⁷, e, dall'altro, sia favorita una maggiore coesione sociale (in quanto, come vuole accreditata dottrina, essa stessa condizione di efficienza del mercato e di stabilità delle istituzioni)¹⁴⁸.

In questa prospettiva, «i diritti sociali di prestazione» non devono essere visti solo come un intralcio troppo fastidioso nella ricerca dell'equilibrio finanziario, bensì come un «volano che spinge la crescita, lo sviluppo, una distribuzione solidale della ricchezza e del benessere»¹⁴⁹. Pertanto, se non si può contestare che tali diritti "costino", come e forse più di altri, bisogna anche ammettere che "costi" parimenti, «in termini economici non meno che sociali, l'assenza di tali diritti»¹⁵⁰. Né, come si è detto prima (par. 3.4), i vincoli, vecchi e nuovi, alle decisioni di bilancio appaiono un ostacolo insormontabile: essi, da un lato, sono meno stringenti di quel che si crede (o si vuol far credere)¹⁵¹; dall'altro lato, quella di

¹⁴⁴ V. TEOTONICO, *La parabola dello Stato liberale e il monito della storia*, cit., *passim*.

¹⁴⁵ C. GNESUTTA, *Dopo la crisi: quale regolamentazione finanziaria?*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, cit., vol. II, 1431.

¹⁴⁶ Si tratta, in realtà, di un convincimento ben presente, e da molto, in una parte più illuminata della scienza non solo economica, ma anche giuridica, se è vero che, già quasi mezzo secolo fa, G. GUARINO, *op. ult. cit.*, 998, sosteneva che quell'ampliamento del mercato, che è possibile conseguire stimolando la capacità e la volontà di consumare dell'intera collettività, risulta «indispensabile per alimentare la crescita, e quindi la sopravvivenza, delle imprese».

¹⁴⁷ Così, *ex aliis*, G.F. FERRARI, *Stato e mercato. Quali rapporti dopo la crisi?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, XVII ss.

¹⁴⁸ In tal senso, v., ad es., J.P. FITOUSSI, *Il dibattito proibito. Moneta, Europa, povertà*, tr. it. di A. RUBIN DE CERVIN, Bologna, 1997, *passim* e spec. 14 e 139 ss.; A.K. SEN, *op. cit.*, 60 ss. V., più di recente, Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *op. ult. cit.*, i quali osservano che a rilevare, da un punto di vista economico, non è la circostanza che i diritti sociali abbiano costi superiori (ai diritti individuali) ma quella «che siano in grado di generare un beneficio netto o *surplus* sociale addizionale» (p. 60), ovvero «un maggiore benessere collettivo» (p. 68). Gli Autori, inoltre, spiegano come la costituzionalizzazione e la efficiente realizzazione *anche* dei diritti sociali «favorisca l'accordo costituzionale» e «la protezione pubblica di *tutti* i diritti fondamentali» (pp. 77 s.).

¹⁴⁹ G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, cit., 175.

¹⁵⁰ V., da ultimo, M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione (a proposito dell'introvabile "dimensione sociale europea")*, cit., 45.

¹⁵¹ In tal senso, perlomeno con riferimento ai limiti esterni, v., ad es., M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *www.astrid-online.it*, (6 febbraio 2013), par. 2.4, secondo cui essi non risultano poi così rigidi e, peraltro, sono

una più equa redistribuzione resta una questione politico-costituzionale, non solo chiaramente ineludibile, ma anche prevalentemente interna a ciascuno Stato. Infatti, anche a voler ammettere che assai difficilmente si possa derogare ai limiti, nazionali e sovranazionali, fissati per le politiche economico-sociali e che le poste di bilancio per la loro attuazione siano state ulteriormente e drasticamente ridotte a causa della crisi, tutto ciò produce essenzialmente un rafforzamento dell'impegno ad utilizzare in modo oculato e responsabile le risorse disponibili, ma non fa assolutamente venir meno né il dovere di destinarle innanzitutto ai bisogni primari, costituzionalmente fissati, né la possibilità di scegliere, successivamente, tra impieghi alternativi consentiti dalla stessa Carta del '48¹⁵². E, dunque, se, nella specie, contemperamento tra diverse esigenze deve esserci, esso va correttamente effettuato non «tra Stato sociale e risorse disponibili, che sono, in realtà, incomparabili», ma «tra i vari interessi costituzionalmente protetti, ivi compresi l'eventuale modo e misura della protezione, in relazione alle risorse disponibili, dalle quali, ovviamente, non si può prescindere, bensì, però, non come da un parametro di legittimità, ma come da un (mero) dato di riferimento, cioè solo come presupposto per la concreta attuazione dei disposti costituzionali»¹⁵³.

Ricorrendo a parole più semplici, si può dire che, ancora e, forse, soprattutto oggi, «non contano soltanto le dimensioni della torta, ma anche il modo in cui sono tagliate le fette»¹⁵⁴.

5. Brevi considerazioni finali

Sembra, in conclusione, che una doppia consapevolezza debba muovere l'analisi dell'odierno studioso del diritto. La prima attiene al significato attuale da assegnare alla Carta repubblicana del '48, la quale, come tutte le cose frutto dell'opera dell'uomo, risulta bensì ampiamente rivedibile e perfezionabile, «ma – a conti fatti, di fronte alla crisi del capitalismo mondiale – si rivela tuttora davvero molto più avanzata della stessa società italiana del XXI secolo»¹⁵⁵. L'altra consapevolezza riguarda l'importanza del ruolo sociale, prima ancora che professionale dello stesso studioso, che, lungi dal ridursi a *bouche de la loi* o, peggio, secondo qualcuno, a «giurista di regime»¹⁵⁶, dovrebbe assolvere una funzione di critica e di controllo

«affidati a procedimenti sanzionatori segnati da ampia discrezionalità politica». Sulle novità in tema di bilancio introdotte in Italia cfr., *ex multis*, P. DE IOANNA, *Tempo ed equilibrio: due dimensioni cruciali nella disciplina costituzionale del bilancio pubblico*, in www.federalismi.it (29 giugno 2016), par. 3, il quale osserva come in nessun punto del nuovo sistema normativo (titoli e norme) si richiami il «pareggio nominale», precisando che «la declinazione del pareggio (evocato nei titoli delle leggi, costituzionale e «rinforzata») coincide concettualmente con il perimetro dell'equilibrio» finanziario, che è concetto «dinamico, intrinsecamente diverso» e collegato alle fasi (avverse o favorevoli) del ciclo economico.

¹⁵² Cfr. L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, cit., spec. par. 1 e 5.

¹⁵³ F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della Parte prima (quella «intoccabile») della Costituzione*, cit., par. 4. Sull'importanza della giurisprudenza costituzionale, nell'assicurare tutela piena ed effettiva ai diritti sociali, v. da ultimo, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it (25 luglio 2016), in part. par. 4, il quale propone alcune soluzioni tecnico-processuali con cui la Corte potrebbe, pur evitando eccessive ingerenze nelle scelte economico-finanziarie del legislatore, comunque rafforzare il proprio controllo *in subiecta materia*.

¹⁵⁴ Così G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 27, sulla scia di M. POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto* (1983), tr. it. di R. PARDOLESI, Zanichelli, Bologna, 1986.

¹⁵⁵ A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo. Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie contemporanee*, in www.forumcostituzionale.it (9 maggio 2013), par. 4.

¹⁵⁶ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., 179. Estende la considerazione agli intellettuali in generale A. CARRINO, *La rettificazione dei nomi: federalismo e presidenzialismo*, cit., 216, laddove ritiene che essi debbano

su quanti detengono il potere e, per ciò stesso, anche di collegamento tra questi ultimi e chi al potere stesso è assoggettato¹⁵⁷.

Né tutto ciò deve suonare come un invito al giurista ad esorbitare dalle sue funzioni. Per vero – rievocando una riflessione di persistente attualità di Vittorio Emanuele Orlando – «il diritto scritto [dai politici] non riproduce che una parte, e non sempre la migliore» di ciò che è «giuridicamente sentito» dalla coscienza collettiva¹⁵⁸. Anche per questo – proseguiva il Maestro palermitano – diventa essenziale e delicato il lavoro del giurista quale interprete qualificato non solo di questo diritto, ma anche di quella coscienza: «come la stessa etimologia dimostra, interprete vuol dire chi si interpone e concilia, non già chi si limita a tradurre una lingua in un'altra più comprensibile, ma serbando l'identico contenuto»¹⁵⁹. Secondo una felice metafora – peraltro di uno dei migliori allievi dello stesso Orlando, il già più volte menzionato Giuseppe Capograssi –, quella che compie quotidianamente la scienza giuridica assomiglia ad un'«opera di sutura», consiste, cioè, in un'attività di interpretazione, di spiegazione e di sistematizzazione del diritto tesa a “cucire” elementi differenti, a «riportare il nuovo nell'antico e il particolare nel sistema»¹⁶⁰, nonché – si può aggiungere – il non previsto nel previsto.

Altrimenti detto, alla dottrina, anche a motivo dell'«elasticità» della Carta repubblicana¹⁶¹ e della naturale predisposizione alla «rigenerazione semantica» dei suoi enunciati¹⁶², è affidato un compito insostituibile sul piano sia teorico che pratico: «costruire armonicamente il sistema costituzionale così da indicare spassionatamente, al di là delle lotte politiche, i criteri di superamento delle incertezze, eliminando incongruenze e colmando lacune e, per quanto occorra, valutando la prassi in corso di formazione con quella libertà che la [...] Carta] medesima riconosce alla scienza (art. 33, comma 1°), inclusa in primo piano la scienza giuridica»¹⁶³. In questa maniera, dunque, «si possono evitare due pericoli: quello di un incolore conformismo acritico e quello di uno scetticismo

tornare al loro «compito primigenio, che non è quello di servire il principe, ma di conversare col principe sul mondo che li circonda».

¹⁵⁷ Proprio da qui nasce o, comunque, si rafforza l'esigenza dei giuristi di acquisire, o ampliare, un «sapere trasversale» e di aprirsi, dunque, ai più vari campi di esperienza umana, a partire dall'economia, «che col diritto vanta connessioni non soltanto antiche, ma autenticamente strutturali»: F. PEDRINI, *op. cit.*, 164.

¹⁵⁸ V.E. ORLANDO, *L'elogio dell'avvocatura e le riforme istituzionali* (1914), in ID., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Giuffrè, Milano, 1940, 298. In senso conforme, nella letteratura contemporanea, v., ad es., R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *op. cit.*, 11, i quali sostengono che «le scelte legislative sono in realtà scelte essenzialmente incomplete o indeterminate, che richiedono, per essere amministrate, un'opera di completamento, di rideterminazione, o di riattivazione da parte del giurista».

¹⁵⁹ V.E. ORLANDO, *L'elogio dell'avvocatura e le riforme istituzionali*, cit., 299.

¹⁶⁰ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), in ID., *Opere*, cit., vol. II, 579.

¹⁶¹ Come ricorda F. PERGOLESI, *Rigidità ed elasticità della Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 45, l'introduzione della nozione giuridica di «elasticità» si deve, con ogni probabilità, a Luigi Rossi, il quale, nel suo *L'«elasticità» dello Statuto italiano*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, Cedam, Padova, 1940, 7 ss., la descriveva come «la caratteristica conformazione di una Carta costituzionale, la quale agevolmente si adatti alle variabili necessità dei tempi e delle circostanze, perché le sue formule, sintetiche e generiche, lasciano largo margine al loro sviluppo e alla loro integrazione mediante leggi costituzionali particolari, consuetudini ed interpretazioni varie». E quindi precisava: «L'elasticità proviene da due fattori: la sobrietà e la generalità; cioè, quantitativamente, dalla sua limitazione alle materie più essenziali; e, qualitativamente, dalla indeterminatezza delle varie disposizioni; così che possano emanarsi susseguenti atti legislativi nelle stesse materie senza che questi intacchino la Carta costituzionale».

¹⁶² Come ripetutamente sottolinea A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *www.rivistaaiic.it* (18 aprile 2016).

¹⁶³ Cfr. F. PERGOLESI, *Rigidità ed elasticità della Costituzione italiana*, cit., 59, secondo cui l'elasticità della Costituzione, se comporta un aspetto negativo, riconducibile ad un certo margine di incertezza del diritto che ad essa si accompagna, ne ha anche uno estremamente positivo: «quello che consente al testo scritto una vitalità indeterminatamente prolungata nel tempo e con adattamenti di adeguata evoluzione» (p. 60).

Anticipazioni al n. 1 del 2017 della Rivista “Nomos. Le attualità nel diritto”

pessimistico, che può condurre sino al rinnegamento della nozione stessa di Costituzione, come una sopravvivenza e non più una efficiente realtà»¹⁶⁴.

Esistono periodi, come quello presente, di grande confusione ed incertezza, in cui si tende a smarrire il senso delle categorie concettuali tradizionali, in cui si percepisce il procedere di una transizione verso un nuovo modo d'essere dei rapporti sociali, economici e politici ed in cui il legislatore appare, per alcuni versi, distratto (da interessi precostituiti), per altri versi, inadempiente (rispetto ad una parte delle incombenze costituzionali), per altri versi ancora, inadeguato (a dare risposte ad alcune pressanti istanze popolari). Ebbene, in tempi del genere, il compito di controllo e di stimolo del potere da parte del giurista-costituzionalista, la sua funzione di interposizione e di conciliazione, la sua opera di sutura e la sua attività di (ri)costruzione sistematica divengono di estrema rilevanza. Mai, come in questi momenti, il giurista-costituzionalista è chiamato a far fronte a queste sue precise responsabilità, ergendosi a «protagonista primario dello sviluppo della società»¹⁶⁵, ma pur sempre conservando ed utilizzando quella superiore coscienza critica di cui dispone¹⁶⁶. Egli, dunque, deve dimostrare di avere una *fede incrollabile*, per continuare a servire i valori fondamentali di convivenza; una *mente aperta*, per vagliare tutte le posizioni in campo; una *mano delicata*, per temperare armonicamente le stesse posizioni; un *occhio profondo*, per guardare «oltre il già noto» e «fuori dal contingente»¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Ivi, 59 s. Dunque, se vi è bisogno di un «apparato di dominio» che sappia tramutare diritti ed interessi in norme giuridicamente valide, neppure si può fare a meno di molteplici altri soggetti, non ultimi gli stessi giuristi, che contribuiscano a costruire e sviluppare, intorno ad essi e «in forma dialogica e comunicativa», un'«organizzazione costituzionale integrata», capace di realizzare un'effettiva unità politica (resa possibile proprio dall'esistenza di una pluralità di valori condivisi) di carattere non statico, ma processuale ed interattivo (in quanto l'organizzazione stessa comunica costantemente con la società senza consentire che un indirizzo, un interesse o un diritto possa pregiudizialmente, o una volta per tutte, imporsi sugli altri): P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1999, 97 ss.

¹⁶⁵ Così, per tutti, G. GUARINO, *op. ult. cit.*, 968 ss.

¹⁶⁶ ... ragion per cui, osserva G. AZZARITI, *op. ult. cit.*, 184, «il giurista non si preoccupa della realizzazione dello Stato ideale, ma solo della conservazione dello Stato costituzionale, non dispone della politica, ma propone le forme e i modi di realizzazione delle politiche costituzionalmente adeguate ai principi del diritto positivo».

¹⁶⁷ ... «ma pur sempre *dentro* la storia e il conflitto politico e sociale»: G. AZZARITI, *op. ult. cit.*, 172.