

## Persistenza dello Stato e trasformazioni del diritto

1. Il tema della crisi del diritto e, più specificamente, della crisi della legalità è di solito legato al tema della crisi dello Stato. Se lo Stato è il maggior produttore di diritto, la crisi dello Stato è crisi del diritto.

E lo Stato è in crisi, secondo un'opinione diffusa, perché lo spazio da esso occupato è insidiato dall'alto – le organizzazioni sovranazionali, le istituzioni della globalizzazione, la *lex mercatoria* – e dal basso – le autonomie regionali e locali, i gruppi sociali –: e di conseguenza, il monopolio del diritto, che secondo Max Weber ma, direi, già secondo Hobbes, caratterizza lo Stato moderno, viene messo sempre più spesso in discussione.

I traffici ignorano le frontiere; i capitali e le imprese scelgono le ubicazioni più convenienti, e quindi l'ordinamento cui soggiacere; i ricchi stabiliscono la residenza nei paesi a loro più favorevoli dal punto di vista fiscale; i lavoratori, intellettuali e manuali, si spostano su luoghi di lavoro che sono al di fuori dello Stato di appartenenza; lo *status civitatis* non è più l'unico criterio per stabilire quale diritto applicare alla persona; il passaporto sostituisce il certificato di nascita come documento d'identità.

Tutto questo è vero. Ma è anche vero che in vent'anni – dal 1988 al 2007 – il numero dei membri delle Nazioni Unite è cresciuto di trentatré Stati (in pratica, più del 20%); che la dissoluzione dell'impero sovietico ha dato luogo alla nascita di una pluralità di Repubbliche; che la Jugoslavia dopo il 1990 si è frantumata in sette Stati, costituiti secondo linee nazionali e più specificamente etniche; che la Cecoslovacchia si è divisa in due Stati corrispondenti rispettivamente alla nazione boema e alla nazione slovacca; che il Belgio è a un passo dal farlo.

Gli avvenimenti più recenti dell'Africa del Nord hanno suscitato risposte che solo apparentemente sono ascrivibili alle organizzazioni internazionali (ONU, NATO, Unione Europea, Unione Africana, Lega Araba). Le reazioni sono fondamentalmente quelle – diverse e in qualche misura confliggenti – degli Stati: la Francia, la Germania, il Regno Unito, gli Stati Uniti. In casi del genere l'interesse "nazionale", che è controverso e dibattuto nella polemica politica interna a ciascuno Stato, emerge con nettezza nelle relazioni internazionali. L'interesse della Francia a non perdere l'egemonia nella gestione dei rapporti

con le ex colonie del Maghreb, l'interesse dell'Italia a conservare relazioni privilegiate con uno degli Stati in ebollizione (la Libia): il che spiega l'atteggiamento ondivago e riluttante assunto nella vicenda.

Lo Stato-nazione non è morto. Esso appare in certi casi più vivo che mai: come se i singoli popoli, le singole etnie, quali definite da storie millenarie, non tollerassero più aggregazioni forzate destinate a diluire le diversità nazionali in Stati federali o multietnici. Si pensi alle aggregazioni che dopo la Prima guerra mondiale furono costruite dal Trattato di Versailles (Jugoslavia, Cecoslovacchia) e dopo la Seconda guerra mondiale furono imposte dalla politica dei blocchi (Repubbliche Baltiche).

Ma anche Stati più vecchi, in alcuni casi plurisecolari, sono scossi da tensioni alimentate essenzialmente dal fattore etnico: baschi e catalani in Spagna, scozzesi e gallesi nel Regno Unito.

Una recente raccolta di saggi dello storico inglese Eric J. Hobsbawm è stata intitolata dall'editore italiano *La fine dello Stato*<sup>1</sup>. Se, però, si va a leggere il testo ci si accorge che l'autore non crede affatto alla fine dello Stato. Dice di non sapere "che cosa sostituirà lo Stato-nazione" nel XXI secolo "come modello di governo popolare": ammesso – aggiunge con cautela – che esso, lo Stato-nazione, "venga sostituito da qualcosa".

2. Lo Stato non muore: e non cessa di produrre diritto. Non è più il solo produttore del diritto (probabilmente non lo è mai stato), ma continua a produrlo.

Nella Costituzione italiana, come modificata nel 2001, si legge che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117). Il cittadino italiano è così sottoposto alle fonti prodotte da quattro soggetti: lo Stato, la Regione, l'ordinamento comunitario, ossia le istituzioni dell'Unione Europea, l'ordinamento internazionale. A sua volta quest'ultimo produce due tipi di norme: le norme consuetudinarie (le «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», come si esprime l'art. 10 della Costituzione) e le norme pattizie, ossia le norme contenute nei trattati internazionali (art. 10, c. 2).

Ma una società pluralistica si caratterizza anche per la presenza di soggetti autonomi, istituzioni e gruppi sociali dotati di poteri normativi che essi esercitano al loro interno nei confronti degli affiliati o di coloro che semplicemente ne fanno parte. Anche sotto questo profilo può essere utile dare una scorsa alla nostra Carta costituzionale. Essa fa menzione degli statuti e dei regolamenti degli enti locali (art. 114, c. 2), dell'autonomia delle università e delle istituzioni di alta cultura (art. 33, c. 6), della magistratura come ordine autonomo e

1. E. J. Hobsbawm, *La fine dello Stato*, trad. it. di D. Didero, Rizzoli, Milano 2007.

indipendente da ogni altro potere (art. 104, c. 1), della Chiesa cattolica come soggetto sovrano (art. 7), del diritto delle confessioni religiose diverse dalla cattolica di organizzarsi secondo i propri statuti (art. 8, c. 2), dell'autonomia sindacale (art. 39), dell'ordinamento sportivo (art. 117, c. 3), delle professioni libere (*ibid.*), alle quali è stato sempre riconosciuto un largo margine di autonomia. Ma, soprattutto, la Costituzione presuppone e riconosce quel formidabile strumento di produzione di regole che è l'autonomia privata (art. 41 Cost., ma anche art. 29, a proposito del matrimonio).

Il singolo appartiene a una pluralità di ordinamenti e soggiace a regole che sono prodotte all'interno di ciascuno degli ordinamenti cui appartiene. In quanto residente in un comune, è tenuto a rispettare, oltre alle leggi dello Stato e della regione in cui il comune è compreso, i regolamenti comunali (traffico, igiene, commercio, polizia mortuaria ecc.); in quanto libero professionista, è sottoposto alle regole di deontologia proprie della professione, regole che variano da professione a professione; in quanto lavoratore dipendente, sa che la sua paga dipende dai minimi tariffari pattuiti in sede di contrattazione collettiva fra il sindacato e l'associazione padronale; in quanto cattolico o battista o testimone di Geova osserva regole che non vincolano le persone che non sono cattoliche o battiste o testimoni di Geova; in quanto produttore di beni o di servizi sa che i contratti che va a stipulare con il consumatore hanno una particolare disciplina, dettata dal codice del consumo, una disciplina che non trova applicazione ai contratti dello stesso tipo conclusi tra persone qualunque; in quanto pugile iscritto alla relativa federazione affiliata al CONI sa che dei pugni che riceve non può dolersi come se l'avversario avesse commesso il reato di percosse, perché dare e ricevere pugni fa parte delle regole del gioco.

La diagnosi di Henry Maine secondo cui saremmo passati dallo *status* al contratto vale sino a un certo punto. È vero che molti di questi *status* vengono acquisiti volontariamente: è volontaria l'iscrizione al sindacato o a un albo professionale o a una federazione sportiva; e se voglio, posso cambiare residenza e sottrarmi ai regolamenti del comune in cui risiedevo; ma è anche vero che, a partire da quella decisione originaria, le regole cui soggiaccio – una buona quantità di queste regole – sono legate a uno *status*.

Alcuni dei soggetti collettivi indicati sono muniti di una competenza normativa *riservata*: nel senso che ci sono regole che solo quel soggetto può stabilire, e non lo Stato o la Regione. Lo Stato non può vietare né ordinare di partecipare alla messa la domenica o di pregare nella moschea il venerdì; non può definire totalmente il contenuto dei contratti di lavoro, escludendo i sindacati; non può neppure cambiare le regole del gioco del calcio, rimette agli organismi calcistici internazionali, anche se può disciplinare le modalità di accesso agli stadi; non può modificare il precetto della professione medica che risale al giuramento di Ippocrate che impone al medico di perseguire la difesa della vita, la tutela dalla salute fisica e psichica dell'uomo e il sollievo della sofferenza.

3. Se il diritto dello Stato incontra questi limiti, se esso non può invadere la competenza normativa dei soggetti di autonomia quando, come negli esempi fatti, tale autonomia è costituzionalmente garantita, sarebbe logico attendersi una riduzione dell'attività statale di produzione del diritto.

E invece non è così.

Tutti i paesi, l'Italia in primo luogo, conoscono il fenomeno dell'inflazione legislativa, sebbene molti ambiti, non solo in Italia, siano sottratti alla potestà legislativa dello Stato.

Le cause sono innumerevoli e sono state esplorate da sociologi, politologi, giuristi. Fra le tante ne vorremmo ricordare alcune.

Una prima causa è costituita dalla costituzionalizzazione dei diritti. In uno Stato di diritto non costituzionale è la legge che crea il diritto e lo fonda; in uno Stato costituzionale di diritto in cui i diritti soggettivi hanno una base nella Costituzione, è il diritto che crea la legge o meglio pone le premesse perché venga approvata una legge che lo protegga. Il diritto allo studio (art. 34 Cost.) rimarrebbe un *flatus vocis* se non ci fosse una legislazione sulla scuola; il diritto dei lavoratori a «che siano preveduti e assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria» (art. 38 Cost.) deve essere concretato da una complessa legislazione previdenziale; il diritto alla salute (art. 32 Cost.) diventa attuale con l'istituzione di un Servizio sanitario nazionale e così via. Ci vogliono leggi per realizzare i diritti sociali perché le corrispondenti prestazioni – scolastiche, previdenziali, sanitarie – costano, ed è il Parlamento che deve approntare i mezzi necessari con leggi di spesa (art. 81, c. 3 Cost.); e ci vogliono leggi anche perché le prestazioni sociali richiedono di solito un apparato pubblico incaricato di erogarle, e ogni apparato amministrativo presuppone una legge che lo istituisca e ne disciplini l'attività (art. 97 Cost.).

La sequenza diritti-leggi non è limitata ai diritti sociali.

I diritti di libertà – la libertà personale, domiciliare, religiosa, di corrispondenza, di manifestazione del pensiero – si esercitano in uno spazio libero dalla legge – sono, prima di tutto, libertà dalla legge: la legge può intervenire solo per limitarli (riserva di legge) “nei soli casi e modi” che la legge stessa prevede (art. 13, c. 2 Cost.). Non ci dovrebbe essere, per la soddisfazione di questi diritti, una domanda di leggi o una esigenza di leggi, salvo, ripetersi, la determinazione per legge dei casi e dei modi nei quali, a tutela di altre libertà o di altri interessi, i diritti di libertà possono e devono essere limitati.

Ma anche questo è vero sino a un certo punto. È sufficiente riflettere sul fatto che la comunicazione fra le persone, tutelata dall'art. 15 Cost., può avvenire attraverso reti (telefoniche, Internet ecc.), può realizzarsi, cioè, in forma elettronica, perché sorga l'esigenza di disciplinare con legge l'installazione delle reti, l'accesso alle reti, l'uso delle reti; o sul fatto che le confessioni religiose possono avere l'esigenza che a certi loro atti sia conferita rilevanza sul piano

civile per capire che i rapporti tra le confessioni e lo Stato richiedono entro certi limiti la stipulazione di intese fra i rappresentanti delle confessioni e lo Stato e di leggi che facciano proprie le intese (art. 8), sebbene la libertà religiosa e di culto abbiano carattere strettamente individuale e non tollerino intrusioni dello Stato (art. 19 Cost.).

Un discorso a sé va fatto per il principio di eguaglianza. Esso non richiede, in linea di massima, una o più leggi che lo garantiscano: richiede soltanto che i cittadini siano uguali davanti alla legge, ossia che la legge che disciplina rapporti intersoggettivi non discrimini fra i cittadini (art. 3, c. 1). Sarebbe sufficiente cioè che uomini e donne avessero pari diritto di accesso alle cariche pubbliche e ai pubblici uffici come stabilisce l'art. 51 Cost., o che gli eterosessuali e gli omosessuali avessero, ad esempio, diritto di essere ammessi senza discriminazioni al servizio militare volontario. Senonché le donne, avendo sperimentato la difficoltà, sul piano fattuale, di accedere a cariche politiche, reclamano l'istituzione di quote rosa nella formazione delle liste dei candidati al Parlamento, o al consiglio regionale, o al consiglio comunale e ai consigli di amministrazione delle società per azioni: reclamano cioè una *affirmative action* che assicuri una loro «effettiva partecipazione» alla «organizzazione politica» del paese (secondo il lessico dell'art. 3, c. 2 Cost.).

E le coppie gay non si accontentano di aver conquistato la libertà di convivere; reclamano una formalizzazione delle loro unioni, il matrimonio fra persone dello stesso sesso, con le ovvie implicazioni in tema di diritti di successione, pensione di reversibilità, diritto di abitazione. Categorie di persone che per secoli sono state discriminate non sono paghe dell'eliminazione delle discriminazioni (e quindi della soppressione di norme di legge discriminatorie), ma esigono interventi legislativi in positivo secondo lo schema, appunto, dell'*affirmative action*.

La conseguenza è ovvia. Non soltanto i diritti sociali producono leggi destinate a realizzarli, ma anche i diritti di libertà e lo stesso principio di eguaglianza operano nella stessa direzione. Concorrono a produrre molte più leggi di quelle che ci sarebbero se i diritti in questione non fossero costituzionalizzati.

Si fondano sul principio di eguaglianza i codici civili: o meglio sulla presunzione di eguaglianza tra soggetti giuridici che non si qualificano, come è avvenuto in passato sino alle soglie del XIX secolo, in ragione dell'appartenenza a un ceto o a uno *status*, ma che si suppongono muniti di volontà libera che si esprime nello scambio, ossia in un contratto dal quale ciascuna delle parti riceve un vantaggio.

Ma anche il codice civile prevede situazioni nelle quali questa parità delle parti non c'è.

Ciò accade, ad esempio, quando è uno dei contraenti (di solito una grossa impresa) a predisporre le condizioni generali del contratto, ivi comprese clausole che lo favoriscono in modo indebito e alle quali perciò l'art. 1341 c.c. nega

efficacia; o quando il contratto prevede obbligazioni a condizioni inique a carico di una delle parti, che lo ha concluso per salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona – contratto del quale essa può ottenere la rescissione (art. 1447 c.c.) –; o quando il diverso potere delle parti è inerente al tipo contrattuale, come nel contratto di lavoro, dal quale – in funzione di correzione di questo squilibrio – il lavoratore può recedere *ad nutum* mentre il datore di lavoro può recedere solo per giusta causa (così la legge 15 luglio 1966, n. 604, che integra il contenuto dell'art. 2119 c.c.).

La vita economica e i rapporti sociali registrano una infinità di situazioni in cui la parità delle parti è solo apparente. Ed è per questo che il legislatore interviene a mezzo di una gran quantità di provvedimenti che hanno la funzione di assicurare la “tutela del contraente debole”, sia esso lavoratore dipendente, consumatore, donna, minore ecc.

Questa tutela non è solo frutto di carità o di solidarietà morale, costituisce un obbligo giuridico della Repubblica, che ha il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, c. 2 Cost.). Un obbligo il cui adempimento richiede migliaia di provvedimenti legislativi.

Ci sono interi comparti del diritto – dal diritto del lavoro al diritto di famiglia, dal diritto dei consumatori al diritto previdenziale o al diritto penitenziario – in cui si assiste a un accumulo di norme poste in essere con l'obiettivo di tutelare la parte più debole del rapporto interpersonale. Il fenomeno è stato esaminato anche dagli studiosi di scienza politica che hanno messo in luce la correlazione tra politiche redistributive e inflazione legislativa. Tali politiche, alterando la distribuzione del potere e della ricchezza quale si realizzerebbe se operasse soltanto il mercato, esigono continui interventi e aggiustamenti volti spesso a correggere errori e distorsioni generate da misure precedenti<sup>2</sup>.

È significativo l'andamento della politica pensionistica in Italia. Si è passati da misure generose (pensioni sociali a favore di chi non ha pagato i contributi necessari per una pensione normale; pensioni di anzianità conseguibili con un minimo di contribuzione e con largo anticipo rispetto all'età per il collocamento a riposo; pensioni di reversibilità concesse al coniuge superstite a prescindere dal suo reddito ecc.) a progressive restrizioni che hanno portato a un ridimensionamento delle pensioni di reversibilità, alla graduale soppressione dell'istituto della pensione d'anzianità, all'elevazione del limite di età per il collocamento a riposo, alla graduale sostituzione di un criterio solidaristico (in

2. F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge & Kegan Paul, London 1982, vol. II, pp. 62 ss.; G. Majone, *Evidence, Arguments and Persuasion in the Policy Process*, Yale University Press, New Haven 1989; Id. (ed.), *Deregulation or Re-Regulation? Regulatory Reform in Europe and the United States*, Pinter, London 1990.

cui chi lavora versa contributi che servono a pagare le pensioni a chi non lavora più) con un sistema a capitalizzazione (in cui la pensione corrisponde alla capitalizzazione dei contributi versati).

4. Vi è una seconda causa d'inflazione legislativa. Il numero delle norme cresce anche per una ragione che attiene alla dinamica dei diritti soggettivi verso lo Stato, e in genere verso i pubblici poteri.

Un elemento strutturale del diritto soggettivo è costituito dalla presenza di un soggetto passivo. L'identificazione del soggetto obbligato è controversa nei diritti assoluti ("tutti" i terzi? i soli soggetti dell'ordinamento? quelli tra loro che, per la posizione in cui si trovano rispetto al bene che forma oggetto del diritto, abbiano la possibilità concreta di violare il diritto?), ma è sicura nei diritti relativi (il soggetto obbligato, il debitore<sup>3</sup>). La necessaria correlazione tra la situazione attiva di diritto e quella passiva di obbligo od obbligazione o dovere costituisce un argine alla proliferazione dei diritti: per un nuovo diritto che nasce ci deve essere un dovere di un diverso soggetto, che sia disposto ad assoggettarvisi. E vi si assoggetta, il più delle volte, per il parallelo vantaggio che deriva dal rapporto, come avviene nel contratto a prestazioni corrispettive in cui ciascuna delle parti ha diritti e obblighi verso l'altra.

Come ha rilevato Luhmann, nelle società contemporanee, caratterizzate dalla differenziazione funzionale, «aumentano i casi in cui A nella relazione con B ha principalmente o soltanto ancora diritti, mentre nelle relazioni con C egli ha principalmente o soltanto ancora doveri; ed entrambe le relazioni devono essere variabili, indipendentemente una rispetto all'altra [...]. Non avrebbe senso, ad esempio» continua Luhmann «bilanciare i vantaggi della proprietà con obbligazioni corrispondenti nei confronti di coloro che devono rispettare la proprietà. In luogo di questo si pagano le tasse».

La differenziazione funzionale porta a tecniche altamente specializzate di soluzione dei problemi con la conseguenza che molte volte non ha senso risolvere i problemi là dove sono le cause da cui hanno avuto origine o là dove si manifestano, ma altrove. Un professore che sia sovraffaticato non viene riammesso al suo posto nell'università, ma in una casa di cura. La costruzione di piscine all'aperto non la pagano coloro che inquinano i fiumi. Le vittime di incidenti non vengono trasportate nella fabbrica di automobili, la bomba atomica non viene lanciata sui fisici, i giovani tumultuosi non vengono manganellati dai loro genitori o dai loro insegnanti. Devono esistere allora, in misura considerevole meccanismi in virtù dei quali i problemi vengono scaricati altrove e le conseguenze indirettamente compensate<sup>4</sup>.

3. F. Santoro Passarelli, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano 1964, pp. 750 ss.

4. N. Luhmann, *Sulla funzione dei diritti soggettivi*, in Id., *La differenziazione del diritto*.

Questa rottura del legame tra diritti e obblighi, questo transfert dell'obbligo da chi soddisfa il diritto e chi ne paga il costo, è particolarmente evidente nei diritti sociali, e più in generale nei diritti che si fanno valere verso i pubblici poteri.

Il transfert tende a occultare il problema dei costi quando il soggetto inciso è, come nella maggior parte dei casi, il generico contribuente. Nasce l'illusione dei diritti che non costano, che è alla base del processo di inflazione dei diritti stessi. Illusione avallata dalla dottrina giuridica che, cancellando la distinzione tra diritti sociali e diritti di libertà e costruendo i primi alla stregua dei secondi, porta a ignorare il limite delle risorse che è inerente alla soddisfazione dei diritti sociali, ossia di diritti che hanno per oggetto una prestazione che ha un costo.

Che non ci siano pasti gratis, come ci ricorda la dottrina economica, non è sempre chiaro. Non lo è stato per la Corte costituzionale che ha demolito nel corso degli anni Ottanta parti cospicue del sistema previdenziale italiano in nome del principio di eguaglianza: sino a quando qualcuno ha sollevato il problema se il principio della copertura finanziaria («Ogni altra legge che importi nuovi e maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte», art. 81, c. 4 Cost.) non debba valere anche per le sentenze della Corte costituzionale che importino nuovi e maggiori spese o se il Parlamento sia puramente e semplicemente obbligato a fornire la necessaria copertura a una spesa che non è stato lui a deliberare.

5. Le prime ricerche collettive sul Parlamento italiano, dirette negli anni Sessanta-Settanta, rispettivamente, da Giovanni Sartori e Alberto Predieri, hanno messo in luce che una grossa quota delle leggi approvate riguardano e avvantaggiano gruppi sociali ristretti. Il fenomeno non è venuto meno nei decenni successivi (anche se oggi questi benefici tendono a essere occultati nelle pieghe delle leggi finanziarie annue e nei provvedimenti legislativi *omnibus*, di cui esempi recenti sono le cosiddette leggi milleproroghe), ma sarebbe improprio caratterizzarlo come un fatto specificamente italiano.

Mancur Olson, un economista che si è occupato della relazione fra i beni pubblici e la teoria dei gruppi<sup>5</sup>, ha spiegato che quanto più un gruppo è numeroso tanto maggiore sarà la sua incapacità di procurarsi un bene collettivo in quantità ottimale: sia perché è più piccola la frazione del bene collettivo che ogni individuo appartenente al gruppo riceve, sia perché molti tendono a non fornire il loro contributo dal momento che la loro defezione non è spesso visi-

*Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, a cura di R. De Giorgi, il Mulino, Bologna 1990, pp. 306-8.

5. M. Olson, *La logica dell'azione collettiva*, trad. it. di S. Sferza, Feltrinelli, Milano 1983, p. 62.



bile (i cosiddetti *free riders*, che si avvalgono del mezzo di trasporto pubblico senza pagare il biglietto), sia perché quanto più numeroso è il gruppo tanto più elevati sono i costi organizzativi. Questa regola vale ovviamente anche quando il bene collettivo, ossia il bene che avvantaggia tutti i componenti del gruppo, può essere conseguito solo a mezzo della legislazione.

L'analisi di Olson e le sue conclusioni circa la maggiore efficienza dei singoli gruppi sono confermate dalle ricerche condotte sui rapporti tra politiche pubbliche e reazioni degli elettori<sup>6</sup>.

Classificando dette politiche, sulla base dei costi e dei benefici che esse procurano ai cittadini, e classificando i costi e i benefici a seconda del loro carattere concentrato o diffuso, James Q. Wilson osserva che le decisioni legislative che comportano costi concentrati (nel senso che il prezzo viene pagato da un gruppo sociale ristretto) incontrano di solito forte resistenza, mentre i costi diffusi, prodotti da altre decisioni, non vengono percepiti dagli elettori, proprio perché sono diffusi; e, reciprocamente, le leggi che producono benefici diffusi non vengono sufficientemente apprezzate (sicché i parlamentari non sono incentivati ad approvarle), mentre sono apprezzate da parte degli appartenenti al piccolo gruppo che se ne avvantaggia le leggi che generano benefici concentrati.

Ovviamente queste conseguenze sono ben note ai parlamentari, i quali saranno più sensibili alle domande dei piccoli gruppi (i *pressure groups* studiati da quasi un secolo dai sociologi americani), che formulano domande accompagnate da ricompense, elettorali e anche monetarie, che non alle esigenze dei grandi gruppi. Da qui un'altra ragione del proliferare della micro-legislazione<sup>7</sup>.

Da ultimo, indicherei tre ulteriori ragioni della continua crescita della legislazione.

La prima. Poiché l'opinione pubblica chiede che il governo governi, e lamenta, ad esempio, che in un dato periodo di tempo le leggi approvate sono poche – indice, questo, di scarsa produttività del Parlamento e della maggioranza di governo –, i governi devono «farsi sempre *vedere* intenti a governare»: il che «viene a moltiplicare i gesti teatrali, gli annunci e, talvolta, l'introduzione di leggi non necessarie»<sup>8</sup>.

Una seconda causa della cosiddetta “alluvione legislativa” è quella della

6. T. J. Lowi, *La scienza delle politiche*, trad. it. di O. Cappelli, A. Caffarena, il Mulino, Bologna 1999, pp. 291 ss.; J. Q. Wilson, *The Politics of Regulation*, Basic Books, New York 1980.

7. Sui rapporti tra interessi e gruppi cfr. A. Pizzorno, *Interessi e partiti*, in Id., *Le radici della politica assoluta*, Feltrinelli, Milano 1993, pp. 232 ss.

8. Hobsbawm, *La fine dello Stato*, cit., p. 62; V. Ferrari in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, il Mulino, Bologna 2009, p. 37.

«giuridificazione di sfere sociali e mondi vitali prima non fatti oggetto di intervento, e riservati alla sfera della morale, del controllo sociale, degli accordi privati, della regolazione informale»<sup>9</sup>. Solo da alcuni decenni a questa parte si è cominciato a legiferare, in tutto il mondo, sul trattamento degli embrioni o delle cellule staminali, sull'aborto, sul fine vita; mentre comportamenti prima riconducibili alla sfera morale o più semplicemente personale – come l'omosessualità, la transessualità, l'omofobia, il mobbing, lo stalking ecc. – sono stati qualificati giuridicamente o in vista del loro riconoscimento giuridico o per essere colpiti come illeciti penali.

Un terzo filone di misure legislative ha per oggetto il rischio.

Non si legifera più contro i pericoli. Si vuole esorcizzare il rischio: il rischio per la salute, il rischio per l'ambiente, il rischio economico. Il che porta ad anticipare la soglia dell'intervento: per cui, ad esempio, nel dubbio se le onde elettromagnetiche siano dannose per la salute umana, e in che misura lo siano, si introduce una legislazione rigorosissima, le cui conseguenze sono aggravate in sede di gestione amministrativa dei poteri autorizzativi.

In altra epoca si sarebbe pensato che gli acquirenti di bond argentini o di azioni Parmalat lo facevano in vista di un guadagno più alto di quello garantito da investimenti più sicuri, sicché il rischio doveva gravare su di loro. Oggi che l'acquisto dei bond e delle azioni in questione si è rivelato rovinoso, si approntano misure pubbliche per risarcire gli sfortunati risparmiatori.

Direi che questa inarrestabile tendenza della legislazione, segnalata efficacemente da Wolfgang Sofsky<sup>10</sup>, riflette un atteggiamento spirituale più generale. Il rifiuto di prendere atto che la sicurezza assoluta è un'illusione è associato al rifiuto dell'idea che ci possano essere catastrofi naturali e alla convinzione che queste abbiano sempre una radice umana (il non avere previsto, il non avere prevenuto ecc.): la convinzione che non ci siano più eventi imponderabili, ma solo eventi di cui qualcuno (i politici, gli economisti, i sessuologi ecc.) è chiamato a rispondere. Un ritorno all'infantilismo che spinge il bambino a dare un calcio al tavolo contro cui ha sbattuto facendosi male.

6. Fino ad ora si è parlato soprattutto dei profili quantitativi della produzione del diritto: una produzione enormemente aumentata sia a causa della pluralità delle fonti (Stato, Regioni, enti locali, autonomie sociali, autonomia privata, diritto internazionale, diritto dell'Unione Europea ecc.) sia perché il numero delle leggi statali si è moltiplicato per il rango costituzionale conferito a una serie di diritti, per la dinamica dei diritti sociali e la scissione tra soggetto obbli-

9. A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bologna 2000, p. 35; cfr. anche G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, de Gruyter, Berlin-New York 1998.

10. W. Sofsky, *Rischio e sicurezza*, trad. it. di U. Gandini, Einaudi, Torino 2005.

gato e soggetto tenuto a pagare il costo dei diritti, per l'enormità degli input immessi nel processo legislativo dai gruppi sociali.

Delle tante trasformazioni intervenute nella *qualità* e nel *contenuto* del diritto vorrei prenderne in considerazione soltanto una: la trasformazione indotta nel nostro sistema giuridico, e oggi nei sistemi giuridici della maggior parte dei paesi europei, dal diritto dell'Unione Europea, e in particolare da quella sezione del diritto europeo che corrisponde alla Costituzione economica europea.

Per cogliere la portata di questa trasformazione conviene partire dalla Costituzione economica italiana o meglio dalle disposizioni sull'economia contenute nella Carta costituzionale, che precede di una decina d'anni il Trattato istitutivo della Comunità economica europea.

La Costituzione italiana, per questa parte frutto dell'incontro tra la dottrina sociale della Chiesa e il marxismo, entrambi ostili all'economia di mercato, codifica il regime dell'economia mista. Accanto a una attività economica privata, che costituisce espressione della libertà di iniziativa (art. 41, c. 1 e 3), è prevista un'attività economica pubblica. La Costituzione riflette sotto questo aspetto la situazione esistente in Italia nell'immediato dopoguerra, in cui una consistente fetta dell'industria (siderurgica, cantieristica, chimica ecc.), dei servizi (trasporti) e del credito era in mano pubblica. La Costituzione pone, tuttavia, le premesse per un'espansione ulteriore del settore pubblico, dal momento che autorizza la nazionalizzazione (riserva originaria o espropriazione mediante indennizzo) delle imprese o categorie di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio quando abbiano carattere di preminente interesse generale (art. 43). La Costituzione non prevede soltanto un'attività economica pubblica, alla cui estensione non vengono posti limiti purché essa non comporti la soppressione dell'iniziativa economica privata (art. 41, c. 1): prevede anche che la legge determini i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indennizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, c. 3).

Programmazione, controlli, atti di indirizzo e di coordinamento sono previsti a carico non solo dell'economia pubblica ma anche dell'economia privata. Questa vasta gamma di atti del pubblico potere che hanno per oggetto l'attività economica privata include non soltanto i piani economici di settore o addirittura la pianificazione economica generale che fu tentata senza successo negli anni Sessanta, ma anche le autorizzazioni, i contingentamenti, i prezzi d'imperio, le tariffe e le stesse incentivazioni economiche (anche se, secondo un'autorevole opinione, le misure di incentivazione economica, pur essendo divenute una componente essenziale del nostro sistema economico, fuoriescono dal quadro costituzionale)<sup>11</sup>.

11. U. Pototschnig, *Poteri pubblici e attività produttive*, in AA.VV., *La Costituzione economica*

In un'ottica incentivante va letto, ad esempio, l'art. 119, c. 3 del testo originario della Costituzione, secondo cui «per provvedere a scopi determinati, e particolarmente per valorizzare il Mezzogiorno e le Isole, lo Stato assegna per legge a singole Regioni contributi speciali». Tali contributi, nell'ambito della legislazione speciale sul Mezzogiorno nel mezzo secolo in cui è rimasta in vigore (1950-2000), sono stati erogati sotto forma di contributi in conto capitale e contributi in conto interesse non alle Regioni ma alle imprese operanti nel Mezzogiorno.

Se a ciò si aggiungono le previsioni sulla disciplina, il coordinamento e il controllo dell'esercizio del credito (art. 47), la promozione delle imprese cooperative (art. 45, c. 1), la tutela e lo sviluppo dell'artigianato (art. 45, c. 2), ci si rende conto di quanto ampie fossero le possibilità di intervento dello Stato in economia o sotto forma di svolgimento diretto di attività economiche (imprese pubbliche) o sotto forma di indirizzo e controllo sulle attività private. Se, come è pacifico, l'Italia è tra i paesi del mondo occidentale che sino a vent'anni fa registrava il più ampio, in percentuale, comparto economico pubblico, non sono certo irrilevanti i contenuti della sua Costituzione economica.

Analogamente, i "lacci e laccioli" che Guido Carli lamentava a carico dell'impresa privata hanno sicuramente un nesso con gli imponenti poteri che l'art. 41, c. 3, conferisce al legislatore nei riguardi dell'attività economica privata.

Profondamente diverso è l'impianto della Costituzione economica europea, desumibile dal Trattato di Roma del 1957, così come interpretata e sviluppata dal diritto europeo derivato e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Il diritto europeo è fondato sui principi della concorrenza e del mercato: due beni che sono messi a repentaglio sia dai poteri pubblici che dai poteri privati. Le imprese tendono a limitare la concorrenza, stipulando accordi o intese volti a limitarla o uniformandosi a pratiche che hanno lo stesso effetto, o procedendo a fusioni societarie o all'acquisizione di altre imprese o abusando della propria posizione dominante sul mercato, sempre con gli stessi effetti anticoncorrenziali. Il Trattato di Roma, che ha mutuato queste previsioni dalla legislazione nordamericana della fine del XIX secolo, qualifica come illeciti i comportamenti corrispondenti e ne affida la repressione alla Commissione. Ecco già una prima grossa differenza con la Costituzione italiana. Quest'ultima prende in considerazione le situazioni di monopolio non per impedirne gli abusi, come fa l'art. 82 del Trattato di Roma, ma per sostituire il monopolio privato con il monopolio pubblico: come se il marchio della pubblicità rimediasse di per sé ai guasti del monopolio, che sono, essenzialmente, la riduzione dell'offerta e l'aumento del prezzo.

*a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Giuffrè, Milano 1990 e ora in Id., *Scritti scelti*, CEDAM, Padova 1999, p. 654.

Ma il diritto europeo si preoccupa di arginare anche l'esercizio di poteri pubblici sull'economia. Il mercato interno «è caratterizzato dall'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» (art. 3, lett. c). Sicché sono vietati fra gli Stati membri i dazi doganali all'importazione o all'esportazione, le tasse di effetto equivalente (art. 23), le restrizioni quantitative all'importazione (art. 28) o all'esportazione (art. 29) nonché qualsiasi misura di effetto equivalente (artt. 28-29). Gli artt. 39-60 garantiscono la libera circolazione delle persone (lavoratori dipendenti, art. 39; lavoratori autonomi e imprenditori, art. 43), la libera circolazione dei servizi (artt. 49 ss.) e la libera circolazione dei capitali (artt. 56 ss.). Gli Stati membri, cioè, non possono interferire sulla libera circolazione dei beni (merci e servizi) e dei fattori di produzione (lavoro, impresa e capitale).

Possono farlo solo se ricorrono interessi pubblici, diversi dall'interesse economico, che sono rimessi alla tutela degli Stati membri: moralità pubblica, ordine pubblico, pubblica sicurezza, tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o preservazione dei vegetali, protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, tutela della proprietà industriale e commerciale (art. 30, richiamato in parte dagli artt. 46 e 55).

Sebbene le norme che garantiscono le quattro libertà di circolazione siano rivolte ad abbattere le barriere doganali, tariffarie e non tariffarie, prima esistenti fra gli Stati membri, e non ad assicurare la concorrenza come le norme (artt. 81-82) che hanno come destinatarie le imprese, l'effetto pro-concorrenza è evidente. Le imprese nazionali sono costrette a confrontarsi con quelle degli altri Stati membri senza godere più dello scudo doganale o tariffario, ossia a competere su un mercato che non è più nazionale ma è europeo.

La stessa logica ispira altre disposizioni del Trattato che, pur essendo stranamente incluse tra le regole applicabili alle imprese (Titolo VI, Capo I, Sez. I), hanno in realtà come destinatari gli Stati. Si tratta della norma che vieta allo Stato di sottrarre le imprese pubbliche alla concorrenza (art. 86, par. 1) e di quella che assoggetta al Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale, nei limiti in cui l'applicazione di dette regole non osti, in linea di diritto e di fatto, all'adempimento della specifica missione loro affidata (art. 86, par. 2).

Il sistema viene chiuso dalla normativa sul divieto di aiuti di Stato, ossia di finanziamenti pubblici alle imprese che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza (art. 87). La concorrenza viene alterata assicurando all'impresa pubblica o all'impresa incaricata della gestione di un servizio pubblico uno statuto privilegiato (monopolio) o foraggiando una serie di imprese o una particolare produzione, con pregiudizio dei concorrenti.

L'idea che sta alla base della Costituzione economica europea non è puramente o grettamente economicistica. È stata enunciata nella forma più compiuta

ta, fra le due grandi guerre, dalla cosiddetta scuola di Friburgo. È l'idea di una rigorosa separazione tra i mercati e la politica, con garanzia costituzionale della concorrenza e delle libertà economiche. La protezione dell'autonomia privata dagli abusi del potere privato e del potere pubblico dà luogo a una convergenza tra interessi privati e interessi pubblici, intesi, per così dire in senso "obiettivo". L'interesse pubblico, obiettivamente inteso, è visto come il risultato di limiti stringenti a carico dei poteri statuali di intervento nell'economia, limiti che riducono la probabilità che la politica sia catturata dagli "interessi speciali o particolari". In questo senso il diritto privato ha una superiore normatività rispetto all'intervento pubblico e la società di diritto privato una superiorità morale sui procedimenti decisionali politici<sup>12</sup>.

Anche se il Trattato di Roma lascia impregiudicato il riparto tra proprietà pubblica e proprietà privata, quale definito dalla legislazione degli Stati membri, esso pone le premesse per una consistente smobilitazione della proprietà che lo Stato detiene sotto forma di capitale delle società commerciali: e ciò perché le disposizioni richiamate fanno venir meno l'utilità dell'impresa pubblica dal momento che di questa è vietato l'uso monopolistico così come è vietato il suo finanziamento con risorse pubbliche.

Le massicce privatizzazioni avvenute negli Stati membri nell'ultima decade del xx secolo, imposte o propiziate da direttive europee ispirate ai principi descritti, hanno modificato in modo incisivo la linea di confine tra pubblico e privato in Italia, e fatto venir meno strutture organizzative vecchie di decenni – come l'ente pubblico economico, l'impresa nazionalizzata (l'ENEL), il sistema delle partecipazioni statali – o radicalmente modificato le modalità dell'intervento pubblico nel Mezzogiorno, o l'assetto dei pubblici servizi.

A partire dall'inizio del xx secolo i pubblici poteri hanno reso ai cittadini servizi pubblici: i servizi postali, telefonici, ferroviari, radiofonici, televisivi, energetici, di trasporto aereo e marittimo e poi, a livello locale, i servizi di smaltimento rifiuti, i servizi acquedottistici, i servizi di trasporto locale. La produzione di servizi da parte dello Stato e degli enti locali non ha solo formato il contenuto di un compito fondamentale, ma è stata anche uno straordinario strumento di legittimazione dei pubblici poteri e di consenso popolare alla loro azione.

L'impianto del diritto europeo è diverso anche sotto questo profilo. Le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale – si legge nell'art. 86 del Trattato CE (TCE) – sono sottoposte alle norme del presente trattato, e, in particolare, alle regole di concorrenza, nei limiti in cui

12. L. Di Nella, *La scuola di Friburgo o dell'Ordo-liberalismo*, in N. Irti et al. (a cura di), *Diritto ed economia. Problemi e orientamento teorici*, CEDAM, Padova 1999; M. Libertini, *Il mercato e la concorrenza*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano 2007, vol. III, pp. 161 ss.

l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, alla specifica missione loro affidata. In altre parole, i servizi pubblici non sono che una specie di servizi, ossia di quei beni economici che insieme alle merci sono prodotti da imprese; e le imprese sono soggetti a cui viene riconosciuta libertà di circolazione nell'ambito comunitario (artt. 43 ss.) e a cui è imposto l'obbligo di osservare le regole di concorrenza (artt. 81-85).

Con le regole di concorrenza contrastano i monopoli con cui i servizi pubblici sono stati per decenni prodotti: o direttamente dallo Stato o dagli enti locali o, indirettamente, a mezzo di concessione (dall'Azienda postale a quella telefonica, dall'azienda ferroviaria alla compagnia aerea di bandiera, dall'azienda municipalizzata di nettezza urbana a quella di trasporto o di acquedotto o di somministrazione del gas). Secondo il diritto europeo, che intende aprire alla concorrenza i servizi pubblici (servizi di interesse economico generale, nel lessico dell'art. 86), il monopolio pubblico deve venire meno e, con esso, il principio di nazionalità (o di località del produttore).

Decine di direttive intervenute a dettare le regole sulla gestione di detti servizi, cui hanno fatto seguito in ciascuno degli Stati membri decine di provvedimenti legislativi di attuazione, hanno cambiato il volto di un comparto fondamentale dell'attività economica e hanno modificato il ruolo dei pubblici poteri.

La dimensione pubblica, nell'attività di produzione dei servizi, è stata mantenuta nei limiti in cui l'applicazione delle regole di concorrenza possa pregiudicare la missione affidata alle imprese incaricate della gestione. Si tratta delle situazioni e dei casi in cui, se dovessero trovare esclusiva applicazione i principi del mercato, fasce di cittadini si vedrebbero negata la possibilità di fruire del servizio: gli abitanti dei paesini montani a cui nessun operatore postale troverebbe conveniente distribuire la corrispondenza (i costi sarebbero esorbitanti, di gran lunga eccedenti l'importo del francobollo) o gli abitanti delle isole minori che si vedrebbero tagliati fuori dal contatto con la terraferma perché nessuna impresa di navigazione marittima o aerea avrebbe interesse economico a servire un'utenza ridotta, povera di risorse. In questi casi le direttive europee e la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee hanno isolato, all'interno del servizio di interesse economico generale, un nucleo costituito dal cosiddetto "servizio universale". Un complesso di prestazioni che devono essere assicurate a tutti gli utenti, a un prezzo abbordabile, ancorché la loro erogazione a certe fasce di utenti richieda costi che superano quel prezzo.

Due sono le tecniche per soddisfare questa esigenza.

O viene assicurato a una delle imprese che erogano il servizio il monopolio nella produzione di una quota del servizio (che le permetta di coprire, con i benefici del monopolio, i maggiori costi sopportati nella somministrazione del servizio agli utenti marginali); oppure tutte le imprese che concorrono nella

produzione sono assoggettate al pagamento di una quota che contribuisce a formare quel fondo comune cui una di esse attinge per rendere il servizio universale.

Per completezza va aggiunto che i miglioramenti delle tecnologie hanno talvolta eliminato in radice il problema. Nel settore delle telecomunicazioni, ad esempio, nel quale si sono registrati i maggiori progressi (anche in conseguenza della concorrenza), non c'è più sostanzialmente un servizio universale perché a tutte le prestazioni di cui il servizio delle telecomunicazioni è formato chiunque può accedere senza necessità di meccanismi derogatori alle regole di concorrenza<sup>13</sup>.

7. La profonda modifica introdotta dal diritto europeo nell'organizzazione dei servizi pubblici e nella legislazione che li disciplina ha cambiato il ruolo dei pubblici poteri.

Una volta che è stato drasticamente ridimensionato l'apparato pubblico dell'economia e i privati sono subentrati nella gestione dei servizi pubblici nazionali e locali – più nei primi che nei secondi – il ruolo dello Stato è mutato. Si è parlato del passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore<sup>14</sup>: regolatore del concorso fra i soggetti privati sia nella gestione dei servizi pubblici che nello svolgimento dell'attività economica in generale. E la regolazione è stata in parte affidata a una inedita figura organizzativa che è l'autorità amministrativa indipendente. Un modello mutuato dal diritto europeo (che a sua volta lo aveva tratto dalla legislazione USA) e utilizzato per la regolazione del mercato in generale, e dei singoli mercati in particolare.

Accanto a una generale autorità antitrust (AGCM, Autorità per la garanzia della concorrenza e del mercato, deputata a vigilare sull'osservanza da parte delle imprese delle singole regole di concorrenza) abbiamo le autorità indipendenti di settore: telecomunicazioni, servizi pubblici, mercati finanziari, contratti delle pubbliche amministrazioni. L'esigenza che in ciascuno di questi ambiti vi sia un'autorità è segnalata dalle direttive europee, perché questi spazi erano interamente occupati nel recente passato dallo Stato o da un'impresa pubblica o da concessionari del servizio. Tali soggetti, sia pure ridimensionati, spesso sopravvivono (come ad es. Poste italiane S.p.A. o Trenitalia o ENI) con l'inevitabile inclinazione a sfruttare la posizione dominante occupata come *incumbent*.

13. Per un bilancio dell'impatto del diritto dell'Unione Europea cfr. per tutti C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, Oxford University Press, Oxford 2004; C. Barnard, J. Scott (eds.), *The Law of the Single European Market*, Hart, Oxford-Portland 2002.

14. La Spina, Majone, *Lo Stato regolatore*, cit.; S. G. Breyer, R. B. Stewart, C. R. Sunstein, A. Vermeule, M. Herz, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, Aspen, New York 1998, pp. 55 ss.



L'indipendenza, che deve caratterizzare l'operato delle autorità, è richiesta proprio perché esse devono muoversi in un groviglio di interessi – pubblici o privati (pubblici nel senso che fanno capo a soggetti pubblici) – che, se fossero affidati alle cure delle ordinarie figure amministrative, finirebbero con il condizionarle o piegarvele. George Stigler ha ottenuto il premio Nobel per l'economia per la sua teoria della cattura, secondo la quale i grandi poteri economici, che dovrebbero essere soggetti ai controlli e alle regolazioni delle pubbliche amministrazioni, finiscono per assoggettarle ai loro disegni, per “catturarle”.

Il requisito dell'indipendenza che è prescritto per i soggetti chiamati a gestire le autorità in questione e che è garantito da uno statuto speciale (nomina sottratta agli organi politici e di governo, durata fissa del mandato, divieto di rinnovo, regime delle incompatibilità ecc.) dovrebbe rispondere, secondo le leggi di settore, a questo obiettivo: sottrarre l'azione dell'autorità alla pressione degli interessi in gioco, interessi che sono tenuti a rispettare le regole del gioco della concorrenza fissate dalla legge o specificate dalle regole poste dalle autorità (che perciò vengono chiamate anche autorità regolatrici).

I manuali di diritto amministrativo hanno dovuto essere aggiornati, per tener conto delle novità indotte dal diritto europeo, non soltanto nella parte relativa all'organizzazione, ma anche nella parte relativa all'attività e, in misura minore, in quella che prende in considerazione la tutela giurisdizionale del cittadino contro la pubblica amministrazione.

8. Gli Stati membri dell'Unione Europea devono evitare disavanzi pubblici eccessivi (art. 104 TCE).

La disciplina del bilancio deve conformarsi a due criteri, che riguardano il rapporto tra il disavanzo pubblico e il prodotto interno lordo e il rapporto tra il debito pubblico e il prodotto interno lordo: fissati, rispettivamente al 3% (deficit di bilancio) e al 60% (debito pubblico) del PIL.

Il rispetto di questi due parametri, assicurato dalla sorveglianza della Commissione europea, richiede, soprattutto a paesi come l'Italia in cui il secondo dei due rapporti si aggira sul 120%, una politica rigorosa di riduzione e comunque di contenimento della spesa pubblica. Tale politica è realizzata non soltanto con provvedimenti strettamente finanziari (riduzione dei trasferimenti statali agli enti locali, blocco degli stipendi dei dipendenti pubblici, aumento delle aliquote di alcuni tributi ecc.), ma anche con misure di carattere normativo: come l'aumento del numero degli anni di servizio e di contribuzione necessari perché sia maturato il diritto a pensione, modifiche dei meccanismi di finanziamento della spesa sanitaria (introduzione di tetti di spesa a carico dei soggetti accreditati, ticket a carico dei pazienti, eliminazione di categorie di farmaci dai prontuari terapeutici ecc.), provvedimenti di sanatoria a favore di immigrati (in modo che essi, divenuti titolari di permessi di soggiorno, diventino lavoratori regolari, soggetti a contribuzione previdenziale), prov-

vedimenti di sanatoria edilizia (subordinati al pagamento di oneri da parte dei costruttori abusivi), misure di razionalizzazione del processo civile (così che l'auspicata riduzione della durata del processo spinga a investire persone e imprese che oggi si astengono dal farlo perché scoraggiate dall'inadeguata tutela dei diritti di credito). L'elenco potrebbe continuare all'infinito.

Quel che è rilevante nella prospettiva di un'indagine sull'incidenza del diritto europeo sul diritto interno degli Stati si può riassumere in poche osservazioni.

Il Trattato di Roma, come successivamente emendato, e oggi il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea attribuiscono all'Unione una serie di competenze il cui svolgimento, attraverso i regolamenti e le direttive, si ripercuote negli ordinamenti degli Stati membri tenuti ad adeguarvisi. È questa la ragione per cui oggi interi comparti normativi – dalle telecomunicazioni all'ambiente, dai trasporti alla contrattazione pubblica, dall'energia al credito – sono formati da norme di origine europea.

Ma con i vincoli alla politica economica degli Stati membri posti dagli artt. 98 ss. del TCE l'incidenza del diritto europeo va ben oltre le materie di competenza dell'Unione. Come si evince dagli esempi fatti sopra, il rispetto dei parametri di Maastricht, in tema di deficit di bilancio e debito pubblico, esige interventi su una serie di ambiti che rientrano nella competenza esclusiva degli Stati ma che comportano esborsi finanziari cospicui: dal pubblico impiego alla sanità, alla previdenza. Una conferma recentissima di questa affermazione si è avuta con la pubblicazione di un documento che per quasi due mesi era stato tenuto segreto.

La manovra economica approvata dal governo italiano con D.L. 6 luglio 2011, n. 98, poi convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111, era stata preceduta da una lettera a firma del presidente della Banca centrale europea (BCE) (quello uscente e quello subentrante) con cui venivano rivolti suggerimenti al governo italiano per ristabilire la fiducia degli investitori. Ebbene, dalla lettera pubblicata da un quotidiano ("Corriere della Sera") il 29 settembre 2011, ma che in realtà era stata spedita il 5 agosto precedente, risulta che il provvedimento legislativo approvato in agosto tra perplessità e dissensi non è che la trascrizione in termini normativi dei suggerimenti della BCE: suggerimenti, ripeto, che riguardano materie che esulano dalle competenze delle istituzioni europee o vi rientrano solo in piccola parte.

Il cosiddetto modello europeo di welfare che è stato costruito un po' dovunque con un mix di indebitamento pubblico e di pressione fiscale viene messo in discussione: l'Europa, imponendo il rientro del debito, pone un limite anche alla crescita della pressione fiscale perché questa, superata una certa soglia, prosciuga il risparmio e riduce l'investimento, ossia il volume della crescita economica dalla quale soltanto possono essere tratte le risorse necessarie all'abbattimento del debito.

Stretti dai vincoli europei, i governi e le maggioranze parlamentari degli Stati membri evocano l'immagine di Ulisse e le sirene (il tema del celebre volume di Jon Elster)<sup>15</sup>. Solo facendosi legare all'albero della nave Ulisse riesce a sfuggire all'incantesimo delle sirene: quelle sirene che, nel contesto delle società democratiche e delle politiche di governo, si chiamano consenso popolare, diritti di cittadinanza, pane e pesci gratis per tutti (Matteo, 15, 29-39) e, perché no, diritto al lusso, come suggerisce un recente spot televisivo. Tutte tentazioni alle quali la maggior parte dei politici cederebbe se non fossero legati al palo dell'albero della nave con le corde fabbricate a Bruxelles.

#### 9. Ritorniamo alla domanda iniziale: crisi della legalità?

Il fatto che lo Stato non sia in crisi, e al più sia investito da un processo di trasformazione che tocca i contenuti della sua azione, non esclude che possa comunque parlarsi di una crisi della legalità. Ne parlano tutti, in verità. E come accade per tutti i luoghi comuni, occorre stabilire di quale legalità stiamo parlando. Per quanto ci riguarda, occorre partire dalla nozione di legalità nel diritto pubblico: una nozione distinta da quella che è propria del diritto penale (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) o della sociologia (conformità-devianza) o della filosofia politica (legalità-legittimità).

Il principio di legalità, in uno Stato costituzionale di diritto, ha nel diritto pubblico due fondamentali significati.

Esso designa, innanzitutto, una relazione tra il potere legislativo e gli altri due poteri dello Stato: il potere esecutivo-amministrativo e il potere giudiziario. Una relazione di supremazia della legge sugli atti della pubblica amministrazione e sugli atti degli organi della giurisdizione.

Questa relazione è stabilita, nel nostro ordinamento, dall'art. 97 Cost., che ci dice che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, e dall'art. 101, c. 2 Cost., secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Di queste due clausole fondamentali, che regolano i rapporti tra legislazione e amministrazione, e tra legislazione e giurisdizione, il significato viene svolto e specificato in altri articoli della Costituzione. Ad esempio, laddove, a proposito dei rapporti tra legge e poteri amministrativi, è stabilito che nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge (art. 23); o che i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti (art. 28); o che la proprietà privata può essere espropriata «nei casi previsti dalla legge» (art. 42, c. 3); o che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indennizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, c. 3).

15. J. Elster, *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, trad. it. di P. Garbolino, il Mulino, Bologna 1983, spec. pp. 152 ss.

Riguardano il rapporto tra legge e giudice le disposizioni della Costituzione secondo le quali la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario (art. 102, c. 2), norme che, a loro volta, sono stabilite con legge (art. 108, c. 1); o la disposizione in forza della quale la giurisdizione si esercita mediante il giusto processo regolato dalla legge (art. 111, c. 1). Perché ci sia un'autorità amministrativa o un organo giurisdizionale è necessaria una legge che ne abbia previsto l'istituzione e conferito a essi il potere di emettere provvedimenti amministrativi o, rispettivamente, sentenze che decidano una controversia.

Se, tuttavia, l'ordinamento si limitasse a questo, a richiedere una legge per fondare un potere amministrativo o un potere giudiziario ci muoveremmo ancora entro l'orizzonte della legalità precostituzionale. La legalità costituzionale richiede qualcosa di più. La legge non può limitarsi a prevedere l'istituzione dell'organo (amministrativo o giudiziario) perché questo sia autorizzato ad agire. Deve anche stabilire i precetti materiali dell'azione: le regole alle quali l'amministrazione e i giudici devono uniformare la propria attività.

È questa la seconda accezione di legalità: l'accezione che è specifica della legalità costituzionale. Sotto questo aspetto il principio di legalità vincola non solo l'amministrazione o il giudice, ma, prima di tutto, lo stesso legislatore. Esso esige che la legge abbia un minimo di contenuto, più ampio della mera attribuzione di un potere.

La Corte costituzionale italiana, a proposito dei rapporti tra legge e amministrazione, deve indicare i presupposti di fatto del suo esercizio, il procedimento da seguire, gli effetti del provvedimento. Ogni potere amministrativo è un potere tipico: il principio di legalità ha come corollario il principio di tipicità, un potere che è tenuto all'osservanza delle regole di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97).

Anche quando l'ordinamento richiede la presenza di valvole che consentano di far fronte a emergenze per le quali i poteri tipici sarebbero inadeguati o il loro esercizio non tempestivo – anche quando, cioè, ammette poteri di ordinanza (sottratti al vincolo della tipicità) –, non mancano i limiti.

Con una pronuncia recente la Corte costituzionale ha annullato una disposizione del Testo Unico degli enti locali (art. 54, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267) inserita nel 2008 (art. 6, D.L. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125) che conferiva al sindaco, quale ufficiale di governo, il potere di adottare con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. Secondo la Corte, contrasta con il principio di legalità sostanziale la congiunzione “anche” (ed è questa parola che è colpita dall'annullamento): perché estende l'ambito del potere di ordinanza (un potere che va mantenuto entro

confini ristretti proprio perché deroga al principio di legalità-tipicità) al di fuori di quelle situazioni imprevedibili che non tollerano indugi e che sole ne possono autorizzare l'esercizio.

Contrasta dunque con il principio di legalità non soltanto un provvedimento amministrativo che non abbia una base legislativa ("viziato da difetto assoluto di attribuzione" e quindi nullo: art. 21 *septies*, legge 7 agosto 1990, n. 241, come mod. dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15), ma anche la legge che non delimiti sufficientemente il potere amministrativo. La legge in questo secondo caso c'è, ma non rispetta il principio di legalità sostanziale.

Può verificarsi, e spesso si verifica, un fatto di segno opposto. La legge che disciplina minutamente una fattispecie amministrativa, come se fosse un provvedimento amministrativo: la legge-provvedimento. Si pensi a quando mezzo secolo addietro la Regione Valle d'Aosta assoggettò con propria legge tutto il territorio regionale a vincolo paesaggistico, quel vincolo che la legge statale del tempo (29 giugno 1939, n. 1497), ma anche quella vigente (D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), prevede che possa essere imposto dall'amministrazione dei beni culturali e ambientali a seguito di un procedimento nel quale il privato possa far valere le sue ragioni e con un provvedimento impugnabile davanti al giudice amministrativo.

Un illustre costituzionalista, a commento parzialmente critico della sentenza della Corte costituzionale che era stata chiamata a giudicare dell'eccezione di legittimità costituzionale (sent. 13/1962), formulò la fondamentale distinzione fra il *prevedere* che è proprio della legge e il *provvedere* che è proprio dell'amministrazione, e segnalò che quando la legge non si limita a prevedere ma provvede direttamente (in luogo dell'amministrazione) preclude al cittadino, fra l'altro, la possibilità di esercitare il diritto di azione, ossia di difendersi in giudizio (art. 24 Cost.).

L'avallo che la giurisprudenza costituzionale da allora ha dato alle leggi-provvedimento, sia pure con una serie di distinguo, ha indotto il legislatore a moltiplicare misure del genere, per effetto delle quali il principio di legalità viene violato perché sono abbattuti i confini tra legislazione e amministrazione, e il legislatore si fa amministratore.

In altre parole, nelle due ipotesi prese in considerazione, il principio di legalità viene violato o perché il legislatore prevede *troppo poco* (e quindi devolve il grosso della disciplina all'amministrazione, ignorando il vincolo della legalità sostanziale) o perché, al contrario, prevede *troppo*, facendo della legge un provvedimento amministrativo (legge-provvedimento), in contrasto con la regola aurea formulata da Vezio Crisafulli.

10. Il principio di legalità è strettamente legato al principio di certezza giuridica.

La regola che è stabilita dalla legge crea nel cittadino non soltanto l'obbligo

di osservarla ma anche l'aspettativa che anche gli altri facciano altrettanto. Crea, cioè, un quadro di azioni e di comportamenti prevedibili che è invece incompatibile con un regime in cui sia di volta in volta il comando del tiranno, non fondato su una regola, a stabilire ciò che si deve fare o si deve omettere. Legalità è quindi sinonimo di regolarità contrapposta ad arbitrio.

La certezza giuridica può essere minata non soltanto dall'arbitrio senza regole, ma anche, all'opposto, da un eccesso di regole che coesistono e si succedono lasciando il cittadino interdetto sul da farsi per la semplice ragione che non è in grado di sapere qual è la regola da osservare.

È questa esigenza di certezza che la Corte costituzionale ha voluto riaffermare quando con una pronuncia fondamentale ha precisato i limiti del principio *ignorantia legis non excusat* e parzialmente annullato l'art. 5 c.p.

La domanda di *deregulation* che è stata formulata da almeno tre decenni da economisti, giuristi e soprattutto cittadini è ispirata a un bisogno di certezza giuridica oltre che da un bisogno di efficienza e soprattutto di libertà.

È l'eccesso di regole che costituisce oggi, probabilmente, la manifestazione più evidente della crisi della legalità.

11. Studi recenti hanno segnalato che, per effetto della globalizzazione, il soggetto viene a contatto con una pluralità di ordinamenti giuridici. Si avrebbe così una *concorrenza tra ordinamenti*<sup>16</sup> fra i quali il soggetto avrebbe la possibilità di scegliere: trasferendo, ad esempio, la sede di una società nel Delaware per sottrarsi al fallimento poco prima che i creditori presentino in Italia la relativa istanza<sup>17</sup> o indicando con l'altro contraente una giurisdizione diversa da quella che sarebbe competente a risolvere la controversia che dovrebbe insorgere tra di loro<sup>18</sup>.

Alla scelta del diritto è dedicato un volume di qualche anno fa<sup>19</sup> da parte di un allievo di Sabino Cassese, che ha avviato in Italia questo filone di studi sul cosiddetto diritto globale<sup>20</sup>.

È sottinteso che la globalizzazione abbia prodotto non soltanto istituzioni

16. È il titolo del volume curato da A. Zoppini, Laterza, Roma-Bari 2004; cfr. anche A. Plaia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano 2007; F. Viola, *Diritti umani e globalizzazione del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009, e gli scritti dello stesso autore richiamati alla nota 38.

17. Per questa fattispecie, cfr. Cass. 13 ottobre 2011, n. 20144.

18. È il cosiddetto *forum shopping* di cui parla Viola, *Diritti umani e globalizzazione del diritto*, cit., p. 32.

19. M. Gnes, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano 2004.

20. S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari 2002; Id., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari 2003; Id., *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari 2006; cfr. anche dello stesso autore, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, cit., pp. 28 ss.

(come il WTO o i Tribunali penali internazionali per il Ruanda o per l'ex Jugoslavia)<sup>21</sup> ma anche un diritto materiale che è formato sia dalla *lex mercatoria* sia da norme frutto di politiche nazionali e internazionali sia dalla giurisprudenza delle Corti internazionali<sup>22</sup>.

Accomuna queste indagini l'idea che il diritto si sia sganciato dallo Stato, che esso vada, appunto, oltre lo Stato, come suona il titolo di uno scritto di Cassese sopra citato, e ciò per effetto di un fenomeno del tutto inedito qual è la globalizzazione dell'economia.

Mi limito a due osservazioni.

La prima. La globalizzazione non è una novità così clamorosa. È la ripresa, a partire dall'ultimo ventennio del XX secolo, di un fenomeno che aveva attraversato tutto il XIX secolo, che aveva avuto battute d'arresto al termine di quel secolo per effetto di misure protezionistiche adottate da alcuni degli Stati più importanti e che si era arrestato del tutto con la Prima guerra mondiale. Nelle sue aeree lezioni di Buenos Aires (1959) Ludwig von Mises spiega come gli investimenti esteri siano stati il grande evento del XIX secolo, con formidabili effetti di crescita economica e sociale per le nazioni che ne beneficiavano e di spinta all'aumento dei salari in questi paesi stessi<sup>23</sup>.

La globalizzazione è avviata dalla circolazione dei capitali da uno Stato agli altri, ossia da un fatto che ancora Ricardo riteneva improbabile, convinto com'era che il capitale potesse essere investito solo entro i confini di una nazione<sup>24</sup>.

L'altra osservazione è questa.

Per quanto ampia sia la produzione di norme internazionali, la loro osservanza passa attraverso le norme, più o meno esistenti in tutti gli ordinamenti statali, che provvedono ad adattare il diritto interno al diritto internazionale<sup>25</sup>. La Costituzione italiana, ad esempio, prevede due meccanismi diversi per l'adattamento al diritto internazionale consuetudinario e per l'adattamento ai trattati e alle fonti derivate dai trattati. Nel primo caso l'art. 10, c. 1 («L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute») prevede un procedimento mediante rinvio. Spettano solo all'interprete (e non al legislatore) la rilevazione e l'interpretazione delle norme internazionali generali, operando l'art. 10 come un «trasformatore permanente» del diritto internazionale generale in diritto interno.

L'adattamento alle norme internazionali pattizie e alle norme derivanti dai trattati non è invece previsto in Costituzione. Esso richiede un atto *ad hoc* in

21. M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, il Mulino, Bologna 2000.

22. M. D'Alberty, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, Bologna 2008, p. 9.

23. L. Infantino (a cura di), *Politica economica. Riflessioni per oggi e domani*, Liberilibri, Macerata 1999, cap. v.

24. Ivi, p. 80.

25. B. Conforti, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 1999, p. 294.

relazione a ciascun trattato, ossia un ordine di esecuzione che esprime la volontà che il trattato sia eseguito e applicato all'interno dello Stato. Si tratta di una legge ordinaria che, ai sensi dell'art. 80 Cost., autorizza la ratifica del trattato da parte del capo dello Stato e contiene la formula della "piena e intera esecuzione"<sup>26</sup>. Il senso è evidente. Anche le norme internazionali, consuetudinarie o pattizie, diventano applicabili all'interno dello Stato solo per effetto del sigillo che lo Stato imprime su di esse, facendole norme di diritto interno. È il meccanismo cui abbiamo già accennato a proposito dell'autonomia collettiva, dell'autonomia regolamentare degli enti locali, dell'autonomia universitaria, della stessa autonomia privata. I privati possono creare regole proprie, forme contrattuali non previste dal Codice civile «purché siano dirette a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» (art. 1332, c. 2 c.c.).

Lo Stato persiste e resiste: a onta della prognosi diffusa di una sua fine imminente. Così come resiste il diritto, anzi estende progressivamente il suo ambito di applicazione. Al quesito che pochi anni addietro il filosofo Pietro Rossi ha posto ad alcuni illustri giuristi (*Fine del diritto?*) nessuno ha risposto in senso affermativo<sup>27</sup>.

26. Ivi, pp. 305 e 309.

27. Cfr. le risposte in Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, cit.