*Quaderni del Gruppo di Pisa*

CONVEGNI

# La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale

*a cura di*
Michele Della Morte

Atti del Convegno di Campobasso
19-20 giugno 2015

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

Copyright © 2016 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli

www.editorialescientifica.com

ISBN 978-88-6342-875-9

# SOMMARIO


RELAZIONE INTRODUTTIVA

COSTITUZIONE ED EGEMONIA DELL'EGUAGLIANZA
*Michele Della Morte*

1. Premessa 1
2. Eguaglianza e parità 3
3. Troppa eguaglianza? 6
4. Conclusioni 7

RELAZIONI

I SESSIONE

DIS-EGUAGLIANZA E PROMOZIONE SOCIALE: BISOGNO E MERITO (DIVERSE LETTURE DEL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA NEL SISTEMA COSTITUZIONALE)
*Gianpaolo Fontana*

1. Considerazioni introduttive: eguaglianza e dis-eguaglianza nello Stato costituzionale. Le diverse declinazioni dell'eguaglianza funzionalmente connesse alla realizzazione delle libertà e della dignità della persona 11
2. Promozione sociale, sviluppo della persona e pari dignità sociale nel sistema costituzionale alla luce dei principi personalista e solidarista 21
3. Gli strumenti e gli ambiti privilegiati della promozione sociale (lavoro, imposizione tributaria, istruzione) 28
4.1. Dis-eguaglianza, liberazione dal bisogno e valorizzazione del merito. Ipotesi ricostruttive di una concezione non oppositiva del merito e dei bisogni 37
4.2. La Costituzione e la liberazione dal bisogno. Le molteplici dimensioni costituzionali dei bisogni 40
4.3. Profili definitori e problematici del "merito". La categoria del "merito" nella Costituzione repubblicana 46
5. Valorizzazione del merito ed apertura del processo democratico 50

6. Globalizzazione economica e sfide competitive: merito e bisogno in tempo di crisi (la svolta meritocratica in regime di scarsità delle risorse, tra retorica e possibili usi strumentali) 52
7. Crisi del *welfare State* e questione democratica 55

L'ACCESSO AI PIÙ ALTI GRADI DELL'ISTRUZIONE (IL DIRITTO ALLO STUDIO ATTRAVERSO LA LENTE DEL PRINCIPIO PERSONALISTA) *Federica Grandi*

1. Brevi note introduttive 57
2. Contro il merito puro 59
3. Numero chiuso e valutazione del merito 61
4. Chi sono i capaci e meritevoli privi di mezzi? 67
5. Politiche di merito e di de-merito 68

RELAZIONI
II SESSIONE

DIS-EGUAGLIANZA E MERCATO *Marco Giampieretti*

Premessa 75
1. Le «naturali» diseguaglianze del mercato e il ruolo della politica 76
2. Poteri economici privati e dis-eguaglianze nel sistema costituzionale 89
3. Il crescente divario tra ricchezza e povertà in Italia: una violazione dell'art. 3, co. 2, Cost.? 100
4. L'ordine costituzionale del mercato e i suoi limiti 106

DISEGUAGLIANZE E OBBLIGHI CONTRIBUTIVI *Matteo Losana*

1. Delimitazione dell'indagine 115
2. La torsione «solidaristica» impressa dalla Costituzione all'obbligazione tributaria 116
3. Il progressivo indebolimento della «torsione solidaristica» del dovere di contribuzione fiscale. Il ruolo della giurisprudenza costituzionale 121
4. La capacità contributiva come criterio di giustizia tributaria che opera sia verso il basso (garantendo chi, in concreto, non è in grado di sopportare l'imposizione), sia verso l'alto (obbligando chi, in concreto, è comunque in grado di sopportare il sacrificio economico) 129

RELAZIONI
III SESSIONE

DISEGUAGLIANZA E CONDIZIONI PERSONALI. UNA POLEMICA SULL'EGUAGLIANZA 135
*Michele Massa*

DIS-EGUAGLIANZA E DISABILITÀ
*Anna Lorenzetti*

1. La questione definitoria della disabilità 173
2. Il riconoscimento della disabilità come dis-eguaglianza nel quadro costituzionale: brevi cenni 176
3. Le modalità di rimozione della dis-eguaglianza: il diritto diseguale 176
3.1. I limiti al potere/dovere di rimozione delle dis-eguaglianze in ragione della disabilità 179
3.2. Gli effetti della rimozione delle diseguaglianze 180
3.2.1. La disabilità e la potenziale contrapposizione fra individuo e collettività 180
3.2.2. La disabilità come debolezza e come fragilità: la visione paternalistica 181
4. La tollerabilità della dis-eguaglianza in ragione della disabilità e i suoi parametri 184
5. La disabilità come chiave di lettura dell'uguaglianza 184
5.1. Disabilità e divieto di discriminazione 184
5.2. Disabilità e garanzia di parità delle opportunità 186
5.3. Disabilità e diritto alla differenza 186
5.4. La disabilità come pari dignità: la svolta universalistica e dignitaria del contrasto alle discriminazioni 188
5.5. La disabilità in chiave antisubordinazione: il superamento dei paradigmi dell'uguaglianza in chiave di effettività delle tutele 189

RELAZIONI
IV SESSIONE

DIS-EGUAGLIANZA E IDENTITÀ CULTURALE: TOLLERANZA E MULTICULTURALISMO
*Ilenia Ruggiu*

1. La dis-eguaglianza culturale tra giurisprudenza multiculturalista e quadro costituzionale-legislativo 195
2. Cultura come diritto, cultura come consuetudine 202
3. L'insostenibile dis-eguaglianza di trattamento dei conflitti culturali rispetto a quelli religiosi 211

4. I limiti alla dis-eguaglianza multiculturale. Il genere: dal giudice antropologo al giudice femminista? 214
5. Come governare la dis-eguaglianza culturale? Alcune modifiche processuali e l'introduzione del test culturale 222

DIS-EGUAGLIANZA E PRATICHE RELIGIOSE
*Andrea Lollo*

1. Kevin Lomax e il caso Moyez. Quando la pratica religiosa diviene un'esimente dell'"Avvocato del diavolo" 227
2. Le pratiche religiose nel prisma della laicità 228
3. Il principio dell'eguale rispetto e considerazione quale giustificazione pratica delle *accomodations* 230
4. La vocazione inclusiva della libertà religiosa come fondamento delle *accomodations* 233
5. I limiti alle pratiche religiose 236
6. Il rispetto delle regole alimentari tra macellazione rituale e pasti *kosher* e *halal* 239
7. Velo e codice di abbigliamento islamico 241
8. Con quali strumenti introdurre le deroghe per motivi religiosi? 245
9. L'accomodamento ragionevole in mancanza di una disposizione di deroga 248
10. Conclusioni 252

INTERVENTI E COMUNICAZIONI

CORTE COSTITUZIONALE E MONTAGNA:
UNA PROSPETTIVA DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA
*Matteo Carrer*

1. Premessa. Quali margini per indagare il rapporto tra uguaglianza e territorio? 255
2. Uguaglianza e montagna 256
3. Una ricognizione della giurisprudenza costituzionale 257
4. Conclusioni 263

QUALE MERITO? 265
*Lucilla Conte*

DIS-UGUAGLIANZA E CONCORRENZA:
LA PROSPETTIVA DELLA SUSSIDIARIETÀ *ECONOMICA*
*Bruno Di Giacomo Russo*

1. Premessa 271
2. Il principio di concorrenza ed il mercato 271

3. La Costituzione economica e la sussidiarietà 273
4. Il principio di concorrenza tra Stato e Regioni 277
5. La sussidiarietà orizzontale e la Pubblica Amministrazione 278
6. La concorrenza *pubblica* 280
7. Concorrenza e uguaglianza 282
8. La sussidiarietà *economica* 283
9. In prospettiva 284

TUTELA DEL MULTICULTURALISMO SÍ, MA SOLO SE RISPETTOSO DEI DIRITTI UMANI
*Gladio Gemma*

1. Enunciazione della tesi di fondo 287
2. Portata dei diritti costituzionali: due modelli storici 288
3. Affermazione e validità universale del principio di eguaglianza 289
4. Supremazia del principio di eguaglianza e dei diritti umani nei confronti del multiculturalismo 291
5. Due notazioni conclusive 293

I SEGNI DI UN'INVOLUZIONE: L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE D'EGUAGLIANZA. NOTE PRELIMINARI
*Giovanni Luchena*

Premessa 295
1. La teologia del mercato e il depotenziamento delle politiche per la riduzione delle disuguaglianze: la socialità "isolata" 296
2. La parabola discendente della normatività della Costituzione ovvero della rinuncia al potenziale risolutivo dei conflitti 298
3. L'eguaglianza come *Grundnorm* quale affermazione della cultura dei diritti e dell'eguale dignità della persona. Oltre l'*homo oeconomicus* e il *foedus* economico-finanziario 301

LA MOGLIE DI CESARE E L'UOMO RAGNO. BREVI NOTE SULLA PARTECIPAZIONE DEI MAGISTRATI ALLA COMPETIZIONE POLITICA
*Raffaele Manfrellotti*

1. Inquadramento del problema: la magistratura come bacino di reclutamento di personale politico "moralmente ineccepibile" 305
2. Sui limiti dell'impegno politico attivo dei magistrati: la possibilità di limitare per legge l'iscrizione a partiti politici 306

3 (segue). Il dovere di "disciplina e onore" ai sensi dell'art. 54 Cost 308
4. La prassi costituzionale: disamina dei casi più significativi 310
5. Conclusioni 312

DIS-EGUAGLIANZA E OBBLIGHI CONTRIBUTIVI: IL CASO DEL CONTRIBUTO UNIFICATO NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO
*Roberta Lugarà*

1. Il quadro normativo 315
2. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia 317
3. Profili di illegittimità costituzionale 318
4. Brevi notazioni in punto di rilevanza di un'eventuale questione di legittimità costituzionale 323

IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE "CREATIVO" È UGUALE PER TUTTI? BREVI OSSERVAZIONI SUI CONFINI DELLA FUNZIONE GIURISDIZIONALE
*Anna Maria Nico*

1. L'esercizio della funzione giurisdizionale quale potenziale causa di diseguaglianze 326
2. Il difficile bilanciamento tra forma e sostanza nell'esercizio della funzione giurisdizionale 327
3. I sempre più incerti confini tra giurisdizione e legislazione 331

DIS-EGUAGLIANZE E FUNZIONE SOLIDARISTICA DELLA SUSSIDIARIETÀ: UNO STUDIO DI CASO SUL TRASPORTO DEI DISABILI
*Filomena Manganiello* e *Stefania Parisi*

1. Introduzione. La tutela dalle dis-eguaglianze e la matrice solidaristica della sussidiarietà (verticale) 335
2. La funzione solidaristica della sussidiarietà nella vicenda del trasporto dei disabili: la scissione tra la gestione della funzione e il suo profilo economico 338
3. Prove tecniche di dialogo inter-istituzionale e quattro domande "a futura memoria" 343

ONERI CONTRIBUTIVI E PAREGGIO DI BILANCIO
(OVVERO, DELLA DIS-EGUAGLIANZA TOLLERABILE)
*Simone Scagliarini*

1. Oneri contributivi, pareggio di bilancio e dis-eguaglianza nelle più recenti vicende giurisprudenziali 345
2. La "dis-eguaglianza tollerabile" come punto di incontro tra esigenze di bilancio e garanzia dei diritti 346
3. Il contemperamento tra ragioni dei diritti e vincoli finanziari: *quis custodiet custodes*? 350

(DIS-)EGUAGLIANZA E IDENTITÀ CULTURALE E RELIGIOSA:
I LIMITI COSTITUZIONALI AL MULTICULTURALISMO
*Silvio Troilo*

1. L'Italia di fronte al multiculturalismo e alla proliferazione di gruppi identitari 355
2. Il multiculturalismo di fronte alla Costituzione italiana 359

RELAZIONI DI SINTESI

RELAZIONE DI SINTESI DELLA I SESSIONE

DALLE DIS-EGUAGLIANZE ALLE DIFFERENZE.
SPUNTI PER UNA REVISIONE DEL CONCETTO
DI "MERITO" NELLO STATO COSTITUZIONALE
*Andrea Simoncini*

Premessa: esiste un tasso di dis-eguaglianza compatibile con lo Stato Costituzionale? 365
1. La diseguaglianza *accettabile* 366
2. Diseguaglianza *auspicabile*? 366
3. La liberazione dal bisogno 367
4. La definizione del merito nel sistema costituzionale: da *meritocrazia* a merito *migliorativo* 367
5. Una proposta interpretativa: la circolarità funzionale tra eguaglianza sostanziale e merito 369

RELAZIONE DI SINTESI DELLA II SESSIONE

DISEGUAGLIANZA E MERCATO 373
*Paolo Bianchi*

RELAZIONE DI SINTESI DELLA III SESSIONE

DIS-EGUAGLIANZA E ART. 3 DELLA COSTITUZIONE.
SINTESI DI UN DIBATTITO 389
*Giuseppe Verde*

RELAZIONE DI SINTESI DELLA IV SESSIONE

DISEGUAGLIANZA, IDENTITÀ CULTTURALE,
PRATICHE RELIGIOSE
*Quirino Camerlengo*

1. Introduzione 395
2. Uno sguardo al multiculturalismo 396
3. Il test culturale e la sua "costituzionalizzazione" 400
4. La dimensione giuridica del problema della diseguaglianza per ragioni culturali e religiose 402
5. Alla ricerca delle coordinate costituzionali 407
6. Conclusioni 409

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

PER UN NUOVO PARADIGMA GIURIDICO
DELL'EGUAGLIANZA
*Sandro Staiano*

1. Eguaglianza, diseguaglianza, dis-eguaglianza 413
2. Il dato costituzionale e i suoi paradigmi interpretativi 414
3. La «grande dicotomia» 414
4. Il ritorno della diseguaglianza come ideologia o come problema 416
5. Eguaglianza e diritti, eguaglianza e doveri 419
6. Quale diseguaglianza, quali politiche 421
7. Un nuovo paradigma dell'eguaglianza: il compito della comunità dei giuristi 427

RELAZIONE INTRODUTTIVA

# COSTITUZIONE ED EGEMONIA DELL'EGUAGLIANZA

Michele Della Morte

Sommario: 1. Premessa. – 2. Eguaglianza e parità. – 3. Troppa eguaglianza? – 4 Conclusioni.

## 1. Premessa

Nel ringraziare tutti i partecipanti, il direttivo del Gruppo di Pisa, nella persona del suo presidente Prof. Azzariti, le autorità intervenute e quelle presenti in aula, mi accingo con estrema cautela ad introdurre il tema di questo convegno.

Cautela estrema, dicevo, perché come hanno ampiamente dimostrato i più autorevoli studiosi del secolo chiamati ad interrogarsi sul riconoscimento costituzionale del principio di eguaglianza, il suo rovescio, la diseguaglianza, rappresenta terreno impervio da affrontare in campo giuridico.

Il motivo di questa difficoltà risiede, a mio modesto parere, nel suo essere nozione duale, dipendente da una premessa.

Conviene però precisare cosa intendo.

La premessa cui mi riferisco concerne il fatto che ogni discorso sull'uguaglianza implica, naturalmente, un'analisi valutativa delle culture politiche che ne sorreggono il senso ed il "posto" sociale. Come chiarito dalla dottrina da decenni, la stessa esperienza francese dimostra che le diverse fasi rivoluzionarie furono caratterizzate da alternate esigenze egualitarie e liberali e che, al termine, del decennio rivoluzionario furono queste ultime a prevalere[1].

È questo *campo* teorico che delimita lo studio dell'eguaglianza e indirizza l'analisi della sua negazione, ed è in riferimento all'eguaglianza definita dal consolidamento di principi *liberali* che assumono maggior senso le considerazioni attinenti alla diseguaglianza come condizione definita dal campo del *caso*, del fatto, ovvero del naturale ordine delle cose. In questa accezione essa, la diseguaglianza, si fonde, e si trasforma, nella differenza, nell'inevitabile differenza, in tanto tutelata in quanto non sfoci in privilegio[2].

Norberto Bobbio ha chiarito perfettamente questo punto.

[1] Cfr. C. Rossano, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, spec, 23 ss.

[2] Cfr. S. Staiano, *Per un nuovo paradigma giuridico dell'eguaglianza*, in questo volume.

Superando le posizioni dell'egualitarismo radicale, incompatibili con l'approccio liberale, è possibile infatti comprendere le differenze quantitative e qualitative tra le differenti connotazioni dell'eguaglianza e riconoscere che "accanto alle diseguaglianze artificiali frutto degli abusi di potere e dei privilegi esistono diseguaglianze naturali espressione della molteplicità dei tipi umani e delle personali caratteristiche"[3].

In tale accezione, fondata sull'incompiutezza della nozione di eguaglianza, prevale, dunque, la logica del rispetto del pluralismo, dell'esaltazione delle energie insite nelle differenze, del talento, dell'impegno, e, attingendo al campo della solidarietà, della tutela dei soggetti deboli, il cui riconoscimento suggerisce l'adozione di moduli di diritto riequilibratore, in tanto giustificato, in quanto adeguatamente motivato[4].

Il tentativo, come ricordato da recente dottrina, è quello di tenere assieme responsabilità individuali e legittimità sociale della nozione di uguaglianza, nella prospettiva utilizzata da Dworkin ma osteggiata, tra gli altri da John Rawls[5].

È in questo senso, in questa prospettiva, che diviene possibile definire il novecento come il secolo delle differenze, piuttosto che dell'eguaglianza.

Una volta riconosciute, connesse al libero sviluppo della personalità, inquadrate come condizione di struttura per l'identificazione dell'interesse comune, inteso come "interesse a che ciascuno realizzi il proprio progetto di emancipazione personale", le differenze implicano, però, un'articolazione ed una complementare composizione. Momenti, questi ultimi, naturalmente preordinati rispetto alla loro formale ed adeguata giustificazione ordinamentale[6].

[3] Cfr. M.L. Salvadori, La grammatica di *Destra e Sinistra*, *Introduzione all'edizione del ventennale*, Roma, 2014, XIX.

[4] Una sintesi efficace della relazione Eguaglianza/differenza in A. Cerri, *Significati e valenze del principio di eguaglianza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, II, Napoli, 2004, 571: "Non ogni differenziazione è vietata, dunque, in base al principio di eguaglianza. Essendo invece consentite differenziazioni che si correlino, in vario modo, agli atti, alle attività, alle funzioni svolte o da svolgere; non anche quelle, invece, che si correlino al soggetto come tale (*ratione subiecti*), per qualità che non abbiano relazione con gli accennati fattori oggettivi". Cfr. I. Trujllo Perez, *Cittadinanza e giustizia distributiva*, in *Ragion pratica*, 18, 2002, 122. Preferisco utilizzare questa formula rispetto a quella, pur ampiamente adoperata, di diritto diseguale, sulla quale cfr. A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002. Sull'incompiutezza come connotato della democrazia, in generale, cfr. R. Esposito, *Nove pensieri sulla politica*, Bologna, 1993, 39.

[5] Cfr. P. Rosenvallon, *La società dell'eguaglianza*, Roma, 2013, spec. 123; cfr. R. Dworkin, *Eguaglianza* (voce), in *Enc Sc.Soc*., III, Roma, 1993, 478 ss.

[6] Venendo ai giorni nostri mi pare, peraltro, che questa interpretazione possa ricevere qualche avallo dal richiamo mosso dalla Corte nella sentenza 70/2015 alla mancanza di una "imperativa motivazione di interesse generale da parte del legislatore".

La disomogeneità caratterizzante le nozioni sinora richiamate (diseguaglianza/differenza) implica, insomma, una dialettica continua, che, non potendo essere interamente assorbita nell'ambito del circuito giurisdizionale, di per sé inadatto a consentire composizioni stabili e sistematiche, inevitabilmente richiama il senso dei processi di "mediazione politica": attività che, tuttavia, è oggetto di continua e reiterata delegittimazione[7].

Ma, identificando un primo, possibile, approdo della mia riflessione, a me pare che nella crisi della mediazione, la prospettiva liberale dell'uguaglianza, pur fondata sulla fortunatissima formula della eguaglianza di opportunità, non abbia conseguito i risultati sperati.

Ciò apre molti interrogativi da un lato sulla tenuta del modello teorico retrostante tale modello, dal momento che l'eguaglianza prima accennata si risolve spesso nella meno nobile *sufficienza di opportunità*, e, dall'altro, sul *verso* delle ricerche orientate alla difesa della connotazione minimale dell'eguaglianza, cui fa da contraltare la distinzione, invero molto opinabile, tra diseguaglianze accettabili ed inaccettabili[8].

## 2. Eguaglianza e parità

Oltre a legittimare diseguaglianze, il liberalismo senza politica, per parafrasare Rawls, trasforma la nozione, che finisce sempre più per somigliare alla parità[9].

Eppure proprio in ambito costituzionalistico è da tempo noto che la parità di trattamento che caratterizza la convivenza serena e pacifica in seno alla comunità di cittadini non basta da sola a realizzare l'eguaglianza, le cui pretese universalistiche mal si conciliano con la garanzia giuridica propriamente detta. In tal senso si comprende perché sia la parità ad avere assunto

[7] B. Pezzini – S. Troilo, *Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia. Atti del convegno annuale del Gruppo di Pisa*, Bergamo 8-9 giugno 2014, Napoli, 2015. La citazione nel testo è tratta da G. Caporali, *Uguaglianza*, Bologna, 2012, 203. Sulla crisi e sulla delegittimazione del valore della mediazione cfr. C. Bazzocchi, *Crisi della mediazione e crisi della politica*, in *Democrazia e Diritto*, 1-2, 2013, 473 ss.

[8] Cfr. ad es. M. Franzini, *Disuguaglianze inaccettabili. L'immobilità economica in Italia*, Roma-Bari, 2013.

A ciò si aggiunga il rilievo del contesto politico, ma soprattutto economico, sociale e territoriale per l'effettività delle politiche di pari opportunità. Come opportunamente notato dalla dottrina, ad esempio, mentre in alcuni luoghi l'eguaglianza delle opportunità può condurre a risultati di rilievo, in altri determina o può rappresentare "la sanzione di un'esclusione", cfr. F. Cassano, *Senza il vento della storia. La sinistra nell'era del cambiamento*, Roma-Bari, 2014, 66. In ambito giuridico cfr. le condivisibili osservazioni di Q. Camerlengo, *Eguaglianza sostanziale e promozione sociale nel sistema costituzionale*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, spec. 311 ss.

[9] Cfr. Z. Bauman, *Individualmente insieme*, Parma, 2008.

portata universalistica, anche attraverso la lente della ragionevolezza, e perché la dottrina abbia sostenuto che lo stesso diritto all'eguaglianza in tanto potrebbe essere invocato giudizialmente "in quanto venga in considerazione una discriminazione rispetto al godimento di un dato bene della vita. In tale ipotesi si tratterà, più correttamente, di un «diritto al pari trattamento» con riguardo a quel dato bene; e non il diritto al rispetto del generale principio d'eguaglianza"[10].

Chiedersi quanta e quale diseguaglianza un sistema possa tollerare, senza perdere la sua qualificazione democratica, significa, tuttavia, a mio parere, ampliare il discorso e riconsocere che lo studio dell'eguaglianza non può essere confinato nell'ambito giuridico in senso stretto. La risposta impone, infatti, la necessità di nterrogarsi ripetutamente sul verso della convivenza tra metodi di produzione capitalistica ed altri principi e valori pur riconosciuti dalla Costituzione proprio in funzione del superamento delle storture (*in primis* costituzionali) che l'adesione a-critica a quel modello inevitabilmente produce[11].

Come autorevolmente segnalato in dottrina, l'art. 3 Cost. rappresenta una "super-norma" proprio in quanto informa la nozione di democrazia costituzionale, intrisa di diritti che "investono i rapporti di produzione capiitalistica e le relazioni tra le classi e provano a civilizzare gli uni e le altre garantendo a chi, proprio dai rapporti di produzione e dalla collocazione di classe che ne conseguiva e ne consegue era ed è posto nella situazione di non potere assicurare a se stesso ed alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa"[12]. Assumere come dato inequivocabile la piena compatibilità tra nozioni (o sistemi) che parte autorevole della dottrina non ha esitato a definire reciprocamente escludenti, comporta, insomma, un paradosso: il rischio, infatti, è che pian piano si trascurino e si dimentichino le clamorose incompatibilità, le aporie che inevitabilmente percorrono ogni possibile sintesi, la storia delle difficoltà del processo di affermazione del progetto di eguaglianza sostanziale[13].

[10] Cfr. A. Pace, *Eguaglianza e libertà*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, III, Napoli, 2004, 1460.

[11] Tra le definizioni costituzionali dell'eguaglianza quella formulata da Augusto Cerri mantiene intatta la sua suggestione: "Il principio di eguaglianza caratterizza indiscutibilmente un intero sistema costituzionale, se non addirittura, un'intera civiltà: connota, infatti, veri rivolgimenti etici e religiosi; nel suo nome, inoltre, sono state portate a termine autentiche rivoluzioni politiche. Più precisamente, direi, l'eguaglianza fra i cittadini connota un regime, in qualche modo, democratico; l'eguaglianza fra gli uomini connota un'intera civiltà", *op.cit*., 573.

[12] Cfr. G. Ferrara, *Revisione e Costituzione. Risposte a Franco Modugno*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, 2011, 1463.

[13] Cfr. U. Romagnoli, *Il principio di uguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1973, 1289 ss.

Tra i molti sostenitori della testi della piena compatibilità cfr. A. D'Aloia, *I diritti sociali*

Portando alle estreme conseguenze quanto appena detto richiamata potremmo dire che il principale rischio è che la "carica rivoluzionaria della parola eguaglianza" si estingua progressivamente a vantaggio di una ordinata democrazia, di un governo delle diseguaglianze[14].

Cosa può osservarsi circa questa previsione?

Ma, ad esempio, che il campo degli studi costituzionalistici segnala interessanti *resistenze*. Resiste, in particolare, l'idea secondo la quale "il contenuto del principio d'eguaglianza non si esaurisce nel diritto dei singoli individui all'eguale trattamento da parte della legge nel disciplinare i singoli diritti"; resiste, ancora, il portato "eccedente" della nozione, che a sua volta rimanda alla sua indubbia attitudine performatrice[15].

Ciò non implica, naturalmente, alcuna visione nostalgica e, altrettanto naturalmente, alcuna valorizzazione di antiche teorie incentrate sulla contrapposizione tra liberalismo e democrazia. Le "resistenze" appena richiamate esprimono, al contrario, l'immanenza della diseguaglianza come condizione di stigmatizzazione dell'ineguale, del debole, dell'escluso, dello straniero e del diverso. Segnalano che la giustizia distributiva non va confinata alla diffusa idea, pur meritoria, di un reddito minimo vitale, restando pur sempre ancorata alla tutela dei diritti sociali, da pensare, ancora oggi, come gli strumenti voluti dal Costituente per realizzare il complessivo disegno di giustizia sociale[16].

Ricordano a tutti che la *lotta* alle diseguaglianze fonda il moderno costituzionalismo, indirizza la critica alla democrazia identitaria e delinea un ruolo della società indirizzato a ridurre il "peso" delle diseguaglianze naturali, cruciale, come ricordava autorevole dottrina, anche per disegnare un'adeguata cornice costituzionale alla nozione, assai ambigua, di *merito*, spesso condizionato, nella forma e negli effetti, dalla classe o dal ceto sociale cui appartengono coloro che lo invocano a giustificazione delle differenze da

*nell'attuale momento costituzionale*, in E. Cavasino – G. Scala – G.Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, *Atti del Convegno di Trapani*, 8-9 giugno 2012, Napoli, 2013, 570, secondo il quale "Il progetto costituzionale di «rimocizone degli ostacoli di ordine economico e sociale» convive con il modo di produzione capitalistico, con altri principi e valori come merito e parità di trattamento, con il fatto che il prelievo fiscale la solidarietà tributaria) non può essere eccessivo, ma deve trovare un giusto contemperamento tra progressività del sistema tributario e capacità contributiva, con l'equilbrio finanziario e di bilancio: tutti elementi che hanno anch'essi un rilievo costituzionale".

[14] Chiarissimo, sul punto, G. Silvestri, *Dal potere ai principi, libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 60.

[15] Cfr. M. Dogliani – I. Massa Pinto, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, 2015, 169, secondo i quali "il contenuto del principio d'eguaglianza non si esaurisce nel diritto dei singoli individui all'eguale trattamento da parte della legge nel disciplinare i singoli diritti".

[16] Cfr. A. Mangia, *I diritti sociali tra esigibilità e provvista finanziaria*, in E. Cavasino – G. Scala – G.Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia…cit*., 592.

operare o già operate[17]. Rendono chiaro che il contrasto alla diseguaglianza implica e prespone il pluralismo istituzionale, terreno di confronto del conflitto produttivo, che, per dirla con Machiavelli, è essenzialmente movimento e dinamicità. In questo senso l'uguaglianza è principio fondativo dell'ordine costuzionale, adeguato a "vitalizzare l'ordine"[18].

Manifestano chiaramente la consapevolezza del fatto che "le grandi utopie egualitarie sono strutturalmente ed essenzialmente in contrasto con il costituzionalismo moderno, così come come lo è il puro liberismo, non meno utopico delle prime e ugualmente portatore di autoritarismo politico e distruzione della libertà della persona". Sono parole, queste ultime, che, mi pare, definiscano saggiamente il campo d'azione e la direzione da imprimere alle ricerche costituzionalistiche[19].

### 3. Troppa eguaglianza?

Parafrasando Schmitt, può insomma, dirsi che mai come in quest'epoca occorre essere democratici "a qualsiasi prezzo"[20].

Non è il caso di dimenticare, infatti, il monito di classica dottrina che, nell'osservare le transizioni autoritarie caratterizzanti la storia novecentesca di diverse nazioni ha chiarito che queste furono causate non da "un eccesso di uguaglianza, ma per le diseguaglianze politiche, sociali ed economiche ampiamente avvertite"[21].

Nella maggioranza delle ipotesi assunte ad esempio dalla dottrina che si è appena richiamata, la diseguaglianza era infatti "estrema, o era avvertita come tale, e le disparità aiutarono sovente a frammentare o a polarizzare la cittadinanza su sponde ostili, ad indebolire la fiducia nelle istituzioni democratiche". Nel criticare le tesi espresse da Tocqueville nella Democrazia in America, come è noto dirette a contrapporre uguaglianza e libertà, quest'insigne dottrina ha segnalato che l'esperienza storica del '900 dimostra che i pericoli alla libertà interna delle diverse nazioni sono derivati "non già dalla troppa uguaglianza, ma dalla circostanza che ne esisteva troppo poca"[22].

[17] Cfr. G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005. Cfr. A. Pizzorusso, *Che cos'è l'eguaglianza?*, Roma, 1994, 13.

[18] Cfr. M. Ciliberto, *Rinascimento*, Pisa, 2015, 48.

[19] Cfr. G. Silvestri, *Dal potere ai principi…*, *cit*., 68.

[20] Cfr. G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005, 19.

[21] Cfr. R. A. Dahl, *La democrazia economica*, Bologna, 1989, 41. In quest'opera l'illustre Autore ripercorre le condizioni di struttura che favorirono, nel '900, la transizione autoritaria di diversi Paesi, Italia, Germania, Argentina, Austria, Brasile, Cile, Colombia, Germani, Grecia, Perù, Portogallo, Spagna, Venezuela.

[22] Cfr. R. A. Dahl, *op. cit.*, 42.

## 4. Conclusioni

Non è questa la sede adeguata per procedere alla disamina analitica degli argomenti che ho sinora evocato.

Mi sia tuttavia consentito richiamare la visione d'insieme espressa da Livio Paladin nella voce dell'Enciclopedia del diritto dedicata all'eguaglianza[23]. Nel 2015, a quarant'anni esatti da quel contributo, può infatti dirsi che la tensione morale e giuridica che lo scritto esprime sia rimasta intatta. Ed è da quella tensione, da quelle parole, che si può e si deve ripartire.

Ora come allora il problema principale resta quello di recuperare all'eguaglianza quanto le è dovuto; la veste di principio guida della legislazione, di elemento informatore della forma di Stato sociale, di funzione imprescindibile per la costruzione ed il consolidamento del legame comunitario e di "istanza antagonista del potere", per certi versi, dunque, irriducibilmente utopica[24].

Le condizioni per un suo recupero sostanziale passano, dunque, per il crinale di una valorizzazione effettiva del principio rappresentativo.

Solo una rappresentanza *rappresentativa* (mi sia concesso il gioco di parole) consente di ipotizzare la Costituzione come collante della relazione tra Stato e società, ovvero, più precisamente, come fattore ordinante di una democrazia sostanziale capace di "plasmare la società" e di "conformarla ai suoi ideali di libertà ed eguaglianza, intesi come obiettivi dell'autodeterminazione garantita per il libero sviluppo di ciascuno e di tutti"[25].

Molto attuali paiono dunque le considerazioni espresse da autorevole dottrina circa la relazione tra l'uguaglianza e le leggi. Lo Stato legislativo – è stato efficacemente detto – è lo Stato dell'uguaglianza[26].

Ciò, in quanto la legislazione – per dirla con Flaubert – deve "tendere a mantenere l'uguaglianza che la forza delle cose tende a distruggere", e, per questo motivo è evidente il nesso che lega valorizzazione dell'eguaglianza, lotta alle diseguaglianze e assetto istituzionale[27]. Il dato vale particolarmente per quanto attiene alla legislazione elettorale, in quanto, come può leggersi nell'importantissima sentenza n. 1 del 2014, "la determinazione delle formule dei sistemi elettorali costituisce un ambito nel quale si esprime con un massimo di evidenza la politicità della scelta legislativa"[28].

[23] L. Paladin, (voce) *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir*., XIV, Milano, 1965, spec. 519 ss.

[24] G. Ferrara, *Dell'eguaglianza*, in R.A. Dahl – G. Ferrara - P. Häberle – G. E. Rusconi, *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, 1995, 78 ss.

[25] *Ibidem*.

[26] Cfr. G. Berti, *Immagini e suggestioni del principio di uguaglianza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Napoli, 2004, 178.

[27] Cfr. G. Flaubert, *Note su J.J. Rousseau*, Milano, 2015, 134.

[28] Sulla decisione cfr., per tutti, G. Azzariti, *Ragionevolezza, scopo e valore della legge elettorale. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *www.costituzionalismo.it*, 20 gennaio 2014.

Se dunque è da ritenersi eguale "il voto che è potenzialmente capace di contribuire nello stesso modo a produrre l'elezione di qulunque candidato e il successo di qualunque lista"[29] è bene prestare, ora e in futuro, particolare attenzione alla composizione del sistema elettorale, valutandome la "ragionevolezza, lo scopo ed il valore" anche in relazione al parametro costituito dall'eguaglianza del c.d. *voto in uscita*[30].

Allo stesso modo apppare piuttosto chiaro che le attuali vicende che riguardano la Costituzione e la sua riforma non sono affatto estranee al tema in oggetto: al contrario, proprio attraverso la lente della riforma costituzionale, delle trasformazioni dirette ed indirette della forma di governo parlamentare costituzionalmente riconosciuta, può scorgersi il futuro dell'eguaglianza. In tal senso mi pare che riaffermarne la centralità valoriale significa anche non cedere alle tendenze in atto, preconizzate da chi con amarezza intravedeva nei "parlanti" della politica il "coro che accompagna gli scomposti movimenti di un grande corpo che si va disfacendo"[31].

[29] Cfr. A. Pizzorusso, *Che cos'è l'eguaglianza*, Roma, 1994, 63.
[30] Cfr. G. Azzariti, *op. cit*.
[31] Cfr. G. Berti, *op. cit*., 172.

# RELAZIONI

## I SESSIONE

# DIS-EGUAGLIANZA E PROMOZIONE SOCIALE: BISOGNO E MERITO (DIVERSE LETTURE DEL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA NEL SISTEMA COSTITUZIONALE)

Gianpaolo Fontana

Sommario: 1.Considerazioni introduttive: eguaglianza e dis-eguaglianza nello Stato costituzionale. Le diverse declinazioni dell'eguaglianza funzionalmente connesse alla realizzazione delle libertà e della dignità della persona. – 2. Promozione sociale, sviluppo della persona e pari dignità sociale nel sistema costituzionale alla luce dei principi personalista e solidarista. – 3. Gli strumenti e gli ambiti privilegiati della promozione sociale. Lavoro, istruzione ed imposizione tributaria. – 4.1 Dis-eguaglianza, liberazione dal bisogno e valorizzazione del merito. Ipotesi ricostruttive di una concezione non oppositiva del merito e dei bisogni. – 4.2 La Costituzione e la liberazione dal bisogno. Le molteplici dimensioni costituzionali dei bisogni. – 4.3 Profili definitori e problematici del "merito". La categoria del "merito" nella Costituzione repubblicana. – 5. Valorizzazione del merito ed apertura del processo democratico. – 6. Globalizzazione economica e sfide competitive: merito e bisogno in tempo di crisi (la svolta meritocratica in regime di scarsità delle risorse, tra retorica e possibili usi strumentali). – 7. Crisi del *welfare State* e questione democratica.

## 1. Considerazioni introduttive. Eguaglianza e dis-eguaglianza nello Stato costituzionale. Le diverse declinazioni dell'eguaglianza funzionalmente connesse alla realizzazione delle libertà e della dignità della persona

È sin troppo noto quanto il principio di eguaglianza rappresenti un tratto costitutivo ed ineliminabile degli ordinamenti costituzionali a partire dell'epoca moderna; altrettanto nota è la varietà delle concezioni dell'eguaglianza la quale è al centro di un plurisecolare dibattito che investe non solo la scienza giuridica ma anche la riflessione filosofica e quella politologica[1].

L'eguaglianza, del resto, rappresenta un valore non solo giuridico ma anche etico, politico, sociale e religioso intimamente connesso, a partire dalla Grecia antica sino alla rivoluzione borghese di fine '700, con l'ideale democratico. Si tratta di concetto che vanta esplicite ascendenze storiche con il pensiero stoico e giudaico-cristiano ed attraversa tutta la modernità sino ad essere stato recepito negli ordinamenti democratico-costituzionali contemporanei[2].

[1] Per una panoramica delle diverse concezioni del principio di eguaglianza elaborate in sede filosofica P. Ferragamo, *Il principio di eguaglianza nell'etica contemporanea*, Torino, 2002, 1-28.

[2] Cfr. A. Cerri, voce «Eguaglianza», in *Diritto costituzionale*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2008, 408.

Il tema dell'eguaglianza risulta vieppiù complesso in considerazione del fatto che esso incrocia quello della libertà e della giustizia[3] o meglio dei diversi modi di intendere gli ideali di libertà[4] e di giustizia[5]. La stessa nozione di eguaglianza, invero, presenta - a seconda dei diversi ambiti disciplinari che ne hanno approfondito lo statuto teorico - profili multiformi e non sempre coincidenti[6].

In ambito giuridico l'eguaglianza conosce diverse articolazioni e formule, ciascuna delle quali suscettibile di interpretazioni diverse; nel linguaggio giuridico è dato constatare, infatti, una pluralità di contenuti ascrivibili al sintagma "eguaglianza" ciascuno dei quali risulta accompagnato da un'aggettivazione ovvero un profilo differente: eguaglianza giuridica, eguaglianza formale, uguaglianza sostanziale, eguaglianza nei diritti, eguaglianza di fatto, eguaglianza di opportunità (o dei punti di partenza), eguaglianza di risultati (o dei punti di arrivo) sono soltanto le principali declinazioni e le possibili varianti di significato, più o meno rilevanti, del più generale principio di eguaglianza. Benché ciascuna di queste formule si sia prestata ad interpretazioni anche assai differenziate[7], resta il fatto che «l'eguaglianza, intesa nel senso più rigoroso, risulta incompatibile con l'essere medesimo del diritto, che è differenziazione, sia pure per categorie eguali»[8].

[3] «Ogni principio di giustizia reca in sé il seme (l'idea) dell'eguaglianza, ma poi si distacca dalla pura eguaglianza giuridica, perché questa, a sua volta, risponde a ulteriori esigenze cui la pura giustizia risulta estranea» così A. Cerri, *L'eguaglianza,* Roma-Bari, 2005, 5 ss., 92 ss. È Gaetano Carcaterra a ricordare che «l'eguaglianza costituisce la categoria centrale della teoria della giustizia e perciò una delle idee principali della stessa filosofia giuridica in generale» (G. Carcaterra, *Corso di filosofia del diritto*, Roma, 1996, 169). Sul carattere normativo e non descrittivo della giustizia v. F. E. Oppenheim, voce «Giustizia», in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio – N. Matteucci – G. Pasquino, Torino, 2004, 394; sul rapporto e le differenze nella prospettiva costituzionalistica tra l'idea di eguaglianza e quella di giustizia cfr. C. Esposito*, Eguaglianza e giustizia nell'art. 3*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 18 e ss.; A. Cerri, *L'eguaglianza*, *op. cit.*, 92 e ss.

[4] In particolare la distinzione tra libertà "da" e libertà "di" si deve a I. Berlin, *Quattro saggi sulla libertà,* Milano, 1989, 185 ss. ed è stata ripresa, in particolare, da N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, 56 ss. Distingue libertà astratta da quella concreta ammonendo che la prima senza la seconda rischia di tradursi in pura mistificazione G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo,* Roma-Bari, 2009, 43-45.

[5] Sui rapporti tra le diverse accezioni dell'idea di eguaglianza e di libertà cfr. N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, *op. cit*, *passim* .

[6] Per una trattazione generale del tema si vedano, almeno, F. Oppenheim, voce «Uguaglianza», in *Dizionario di politica*, *op. cit.*,1006 ss.; A. Pizzorusso, *Che cos'è l'eguaglianza*, Roma, 1983; Id., voce «Eguaglianza (diritto)», in *Enc. Sc. Soc*., Roma, 1993; L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza,* Milano, 1965; C. Rossano, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966; A. Celotto*, Le declinazioni dell'eguaglianza*, Napoli, 2012.

[7] Sui possibili significati dell'eguaglianza, in particolare, v. L. Paladin, voce «Eguaglianza (dir. cost.)», in *Enc. dir*., XIV, Milano, 1965, 519-520.

[8] Così A. Cerri, voce «Eguaglianza», in *Diritto costituzionale*, *cit.*, 399.

Ciò non toglie che la stessa idea di ordinamento, come fatto rilevare, implichi, relativamente ad alcune circostanze e fattori, una parificazione[9]. Anche una legge generale potrà essere sempre ritenuta lesiva del precetto dell'eguaglianza, se esclude una certa categoria di destinatari alla stregua dello scopo perseguito e della *ratio* ad essa sottesa, così come una legge-provvedimento potrà essere ritenuta conforme al principio di eguaglianza qualora prenda in considerazione l'unica fattispecie o una sola categoria di soggetti rilevante in ragione dello scopo perseguito[10].

Nella prospettiva storica il principio di eguaglianza giuridica si afferma in epoca moderna quale portato della società borghese e del costituzionalismo di matrice liberale, quale istanza di rinnovamento degli assetti politico sociali dell'*Ancien regime* ed in funzione di garanzia dei diritti di libertà dei nuovi ceti emergenti, sulla base del paradigma concettuale della libertà-proprietà quale tratto ideal-tipico dell'ordinamento e dell'assetto sociale liberale[11].

Al pari delle altre costituzioni del XIX secolo, l'art. 24 dello Statuto albertino riconosceva "Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalle leggi".

Sono note le ragioni che hanno portato alla crisi dello Stato liberale ed all'avvento di regime politici autoritari (quando non totalitari) ed oppressivi. Le insufficienze del pensiero e della pratica liberale hanno condotto, attraverso travagliati e drammatici rivolgimenti, all'evoluzione dalla precedente forma di Stato di diritto di marca liberale a quella democratico-sociale di stampo pluralista la quale, a sua volta, si è accompagnata ad una riconsiderazione dell'intervento pubblico nell'economia e dello Stato nelle relazioni sociali[12].

La Costituzione repubblicana, in continuità con l'esperienza storica liberale, ha, per un verso, riconfermato il principio di uguaglianza formale (art. 3, comma 1, Cost.), affiancandolo, per altro verso, a quello di uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.).

In base al principio di eguaglianza formale «tutti hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

[9] Misure minime di eguaglianza sono presupposte dalla nozione stessa di ordinamento giuridico e dalla sua funzione ordinante; sul punto v. A. Cerri, *L'eguaglianza*, *op. cit.*, 6.

[10] C. Mortati, *Legge provvedimento*, Milano, 1968, 7 ss.

[11] Non pare revocabile in dubbio che l'eguaglianza giuridica esprima una funzione garantista appunto in quanto norma di garanzia generalizzata e quale antidoto all'esercizio arbitrario del potere.

[12] Su tale passaggio cfr. F. Rimoli, voce «Stato sociale (dir. cost.)» in *Enc. giur.*, XXXIV, Roma, 2004, 8 ss.; Q. Camerlengo, *La vocazione cosmopolitica dei sistemi costituzionali alla luce del nucleo essenziale*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, 90 ss.

Detto principio, peraltro, presenta almeno due aspetti: l'eguaglianza *davanti alla legge* e l'eguaglianza *nella legge*. Il primo aspetto rappresenta una nozione minimale del principio di uguaglianza formale, in virtù del quale si pretende la eguale ed indistinta soggezione di tutti i cittadini di fronte alla legge, al fine di evitare forme di privilegio normativo ovvero leggi personali in aperta contraddizione con la naturale tendenza alla generalità ed astrattezza dei precetti legislativi. Il secondo aspetto evoca un concetto più incisivo dell'eguaglianza che trascende gli ambiti dell'efficacia per imporre, a carico del legislatore, un preciso contenuto in termini di eguaglianza il quale, se rettamente inteso, presuppone discipline normative eguali di fronte a situazioni uguali e trattamenti normativi differenziati di situazioni, appunto, diverse.

Al fine di assicurare che la parità di trattamento normativo e l'eguaglianza nel godimento dei diritti non venissero vanificate da *preesistenti* e *fattuali* fattori di disuguaglianza personale, sociale e culturale a svantaggio dei soggetti più deboli, l'art. 3, comma 2, Cost. ha contemplato il principio di uguaglianza sostanziale, in virtù del quale «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'affettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»[13].

Se il principio di eguaglianza formale si correla immediatamente alla garanzia delle sfere di libertà dei consociati e risolve il proprio potenziale normativo nell'assicurare la parità di trattamento degli stessi di fronte *alla* legge e *nella* legge (ed al sistema dei pubblici poteri), quello di eguaglianza sostanziale tende alla garanzia dell'effettività dell'esercizio dei diritti[14] attraverso la rimozione di quegli ostacoli che possono, nella concretezza delle dinamiche sociali, renderne difficile o impossibile l'esercizio.

Nel disegno costituzionale, dunque, l'art. 3 Cost. affianca all'eguaglianza formale quella sostanziale, non già per contraddire la prima ma al fine di rendere più forte ed incisiva la garanzia dei diritti di libertà: «i due principi di eguaglianza si limitano e completano a vicenda: quello sostanziale impedisce l'eccesso di rigore dell'eguaglianza formale, stempera la *dura lex* che non ammette eccezioni in nome della giustizia; l'eguaglianza formale impedisce alle azioni positive di diventare a loro volta fonte di ingiustizia, dando luogo a casi di discriminazioni all'incontrario»[15]. L'eguaglianza sostanziale è, così, considerata in funzione dell'effettività del godimento dei diritti di libertà e rappresenta la matrice assiologica e la giustificazione di obiettivi di integra-

[13] Sulla distinzione delle nozioni uguaglianza di fronte alla legge, uguaglianza giuridica ed uguaglianza nei diritti cfr. N. Bobbio, *Libertà e giustizia*, *op. cit.*, 19 ss.

[14] In tal senso Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013, 56.

[15] Così R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, VII, Torino, 2006, 459; in senso analogo P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III, Torino, 2011,190.

zione sociale e di partecipazione politica che si perseguono attraverso i diritti sociali previsti in Costituzione e che valgono a caratterizzare la forma di Stato in senso, appunto, sociale[16].

Così ricostruiti libertà ed eguaglianza fanno sistema, si completano vicendevolmente, finendo per rappresentare *la coppia assiologica fondamentale*[17] dell'ordinamento costituzionale che concorre alla realizzazione di quel bene supremo che è la dignità della persona[18]. L'affermazione dello Stato sociale, dunque, comporta la necessaria sostituzione del binomio *libertà-proprietà* con l'altro, più rispondente al complesso dei nuovi valori costituzionali, della *libertà-dignità*[19] che pervade l'intero ordinamento costituzionale ed illumina tutte le sue disposizioni di principio.

Inutile nascondersi che libertà ed eguaglianza rappresentano i termini di un indissolubile ma problematico rapporto[20] le cui interazioni e reciproci condizionamenti possono dare luogo a soluzioni complesse e non sempre aprioristicamente predeterminabili.

Da più parti è stato messo in evidenza il nesso funzionale tra l'art. 3 Cost. e gli artt. 1, 2 e 4 Cost. Ed è attraverso la combinazione di tali principi costituzionali che si realizza quel collegamento valoriale tra i principi fondamentali della Costituzione repubblicana (democratico-pluralista, personalista, lavorista e solidarista), proteso a consentire il raggiungimento degli obiettivi di realizzazione personale e di promozione sociale dei consociati.

Se il principio di eguaglianza formale si fonda sulla necessità di assicurare in *astratto* la parità di trattamento giuridico-normativo, il principio di eguaglianza sostanziale risponde, per lo più, alla diversa logica della liberazione dal bisogno quale presupposto per il pieno e *concreto* sviluppo della persona e per la rimozione di quelle condizioni di svantaggio che impediscono a ciascuno il pieno godimento dei diritti di libertà e la partecipazione alla vita politica. Con la consueta chiarezza è Norberto Bobbio a farci rilevare come «il riconoscimento di taluni diritti sociali fondamentali sia il presupposto o la precondizione di un effettivo esercizio dei diritti di libertà»[21] .

[16] In tal senso A. Baldassarre, voce «Diritti sociali», in *Enc. giur.,* XI, Roma, 1989, 6 ss.

[17] Mutuiamo l'espressione da A. Ruggeri, *Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana*, in www.giurcost.org., 16.

[18] Che uguaglianza e libertà condividano una matrice unica che è il valore supremo della dignità umana è sostenuto da G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo, op. cit.*, 85 ss.

[19] In tal senso F. Modugno, *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002, 108.

[20] Cfr. G. Ferrara, *Dell'eguaglianza*, in Aa.Vv., *La democrazia di fine secolo*, a cura di Massimo Luciani, Roma-Bari, 1994, 37; sul rapporto tra eguaglianza ed egualitarismo si vedano anche le considerazioni di M. Ainis, *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in *Giur. cost*., 1992, spec. 597 ss.

[21] Così N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, in Aa. Vv., *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, a cura di G. Neppi Modona, Torino, 1996, 124.

La lotta alle forme di esclusione sociale e la rimozione delle eccessive diseguaglianze di fatto si fondano proprio sulla necessità di sollevare dal bisogno quanti ne sono esposti; resta questa la matrice etica fondamentale ed originaria degli obiettivi di eguaglianza sostanziale da perseguire attraverso una accorta strategia di diritti sociali. Se l'eguaglianza formale può essere chiaramente ascritta ad un orientamento ideologico di ispirazione liberale, il diverso principio di uguaglianza sostanziale risulta chiaramente debitore nei confronti della cultura e dell'ideale socialista la quale partiva dal presupposto che a situazioni di eguaglianza e libertà garantite (solo) formalmente potevano corrispondere in concreto situazioni di non eguaglianza e non libertà[22].

Il *pieno sviluppo della persona umana* e *l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese,* dunque, sono le finalità ultime garantite dal principio di eguaglianza sostanziale.

A ben vedere il principio di eguaglianza, tanto nella sua versione formale quanto (e ancor più) in quella sostanziale, presuppone l'idea di dis-eguaglianza.

La parità di trattamento normativo *ex* art. 3, comma 1, Cost., infatti, non si traduce mai in un trattamento normativo indifferenziato ed assolutamente eguale ma, ben diversamente, nel divieto di prevedere discriminazioni normative *ratione subiecti*, in ragione esclusiva cioè delle qualità soggettive dei destinatari ovvero di realizzare trattamenti normativi irragionevolmente differenziati tra cittadini (e non cittadini)[23]. La stessa eguaglianza giuridica, tanto negli aspetti soggettivi quanto in quelli oggettivi, si presta a configurazioni assai variabili e fluide le quali, a loro volta, si riconnettono al carattere necessariamente relazionale delle valutazioni espresse in termini, appunto, di eguaglianza. Il carattere complesso e problematico dei giudizi di eguaglianza, infatti, deriva dall'oggetto e dai termini del giudizio di comparazione.

Ancor prima che in termini giuridici, infatti, sul piano logico l'eguaglianza (in quanto distinta dall' identità) implica la precisazione dei profili di comparazione (soggettivi o oggettivi); in altri termini ogni giudizio di eguaglianza/dis-eguaglianza in tanto può essere espresso, in quanto venga predeterminato l'oggetto ed il termine del raffronto (un determinato tratto fisico, la lingua, il sesso, la religione etc.). Due soggetti ovvero due oggetti possono essere considerati eguali in relazione ad alcune proprietà e diversi in relazione ad altre. È il parametro prescelto, dunque, a determinare l'eguaglianza o meno

[22] G. U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana,* in *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, *Annuario Aic 1998*, Atti del XIII Convegno annuale Trieste 17-18 dicembre 1998, Padova, 1999, 122.

[23] Come noto la Corte costituzionale a partire dalla sent. 120 del 1967 non si è limitata ad una interpretazione testuale e restrittiva dell'art. 3, comma 1, Cost. ma ha ritenuto che il principio di eguaglianza andasse esteso anche ai diritti fondamentali del cittadino; sul punto, più di recente, S. Bonfiglio, *Interpretazione costituzionale e cittadinanza inclusiva*, in *La cittadinanza europea*, 2/2014, 36.

dei soggetti (ovvero degli oggetti) messi in relazione: «l'eguaglianza è sempre commisurazione di due cose rispetto ad una terza che funge da criterio»[24].

Tali osservazioni valgono anche in riferimento al significato giuridico-normativo dell'eguaglianza, atteso che il dato di partenza è la differenziazione dei soggetti; i sette profili elencati dall'art. 3, comma 1, Cost. ci ricordano non solo le (principali) ragioni di diversità (di identità culturale, di genere sessuale, di condizione fisica e sociale, di orientamento ideale) riscontrabili tra gli individui nella realtà sociale ma, soprattutto, che «la stessa esistenza di diversità naturali o sociali tra le persone richiede talvolta che la differenza assuma rilievo giuridico per essere progressivamente eliminata o, al contrario, valorizzata»[25].

Ed allora, salvo quanto si avrà modo di precisare oltre, vi sono diverse categorie di differenze: quelle (sociali o naturali) che compromettono il pieno esercizio dei diritti fondamentali e le capacità di autodeterminazione del singolo (e che, pertanto, vanno rimosse o almeno attenuate attraverso trattamenti normativi diseguali tendenti al ripristino di condizioni essenziali di eguaglianza); vi sono, poi, altre differenze che vanno (almeno) mantenute, perché concorrenti ad alimentare il pluralismo sociale ed ideale; ve ne sono altre, infine, che meritano di essere valorizzate, anche ricorrendo a trattamenti normativi diversificati, per consentire quelle richiamate finalità di pieno sviluppo della persona e di effettiva partecipazione politica [26].

Anche in relazione al c.d. nucleo forte del principio di eguaglianza formale, compendiato nel divieto di discriminazione in ragione di uno dei sette profili menzionati nell'art. 3, comma 1, Cost., sono ammesse differenziazioni normative nella misura in cui quelle ragioni (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali) diventino «elementi di una discriminazione di fatto, cioè il motivo di un *handicap* sociale»[27].

Da qui le molte ragioni di incertezza e di complessità operativa insite nel principio di eguaglianza formale le quali sono all'origine di complesse dinamiche normative volte a dare piena soddisfazione alle istanze regolative dei consociati proprio in considerazione delle loro esigenze di differenziazione, sempre più evidenti in un tessuto sociale che presenta articolazioni pluralistiche stratificate, strutturali e, persino, crescenti in conseguenza della tendenza alla incessante complessità registrata dalle democrazie sviluppate.

[24] Così G. U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, *cit.*, 85; in tale senso cfr. A. Cerri, voce «Uguaglianza», in *Enc. giur*., Roma 2005, 2.

[25] G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo, op. cit*., 57.

[26] Su tali aspetti cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma- Bari, 2007, 785-801.

[27] Così R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, 459.

La forma di Stato sociale ed il riconoscimento del principio di eguaglianza sostanziale[28] ha ancor più valorizzato l'esigenza di differenziazione normativa, attese le varie ragioni di disuguaglianza (non già formali ed astratte ma) presenti nella concreta e fattuale compagine sociale, proprio al fine del ripristino della parità di trattamento normativo, la quale presuppone trattamenti uguali di fronte a situazioni uguali e trattamenti diversi di situazioni diverse[29].

Ed è così che l'art. 3, comma 2, Cost. rappresenta la matrice concettuale del riconoscimento dei diritti sociali[30], ampiamente previsti e garantiti dalla Costituzione repubblicana i quali presuppongono, per lo più, una prestazione positiva da parte della Repubblica (nelle sue diverse articolazioni territoriali ed istituzionali) e fanno riferimento alla condizione di concreto bisogno del singolo considerato nel contesto sociale di riferimento.

La problematicità dello statuto costituzionale dell'uguaglianza, in tal modo, investe sia le dimensioni formali (in relazione ai suoi diversi profili) sia quelle sostanziali dell'eguaglianza anche nei loro reciproci rapporti.

Il principio di eguaglianza formale, inteso quale parità di trattamento normativo, evoca, dunque, immediatamente la massima "a ciascuno secondo i suoi meriti", tipica dell'ideologia liberale in base alla quale deve essere il merito individuale l' esclusivo criterio di distribuzione dei beni della vita e delle opportunità di realizzazione personale dei singoli[31].

Il principio di eguaglianza sostanziale, inoltre, si articola in due distinte varianti: l'eguaglianza nei punti di partenza (o delle opportunità) e l'eguaglianza nei punti di arrivo (o dei risultati)[32]; in base alla prima versione la

[28] Sul principio di eguaglianza sostanziale, almeno, v. B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999.

[29] In tal senso E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it. a cura di C. Amirante, Milano, 1973, spec. 47 ss.; tale A., come noto, proprio sulla scorta della necessaria differenziazione normativa indotta dal riconoscimento dei diritti sociali riteneva che lo Stato sociale, lungi dal presentarsi come completamento dello Stato di diritto, rappresentasse un'evidente negazione delle premesse teoriche e giuridiche di quest'ultimo.

[30] Come noto i diritti sociali rappresentano una categoria di diritti plurale ed articolata con notevoli differenze quanto ad oggetto e tecniche di tutela, soggetti destinatari, presupposti di esercizio; sul tema ci si limita ad indicare, più di recente, M. Benvenuti, voce «Diritti sociali», *in Digesto disc. Pubbl*., Agg.to V, Torino, 2012, 222 ss.; L. R. Perfetti, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl*., 1/2013, 61 ss.; G. Razzano, *Lo statuto costituzionale dei diritti sociali*, in www.gruppodipisa.it.

[31] In tal senso F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, 19.

[32] Sulle due versioni del principio di eguaglianza sostanziale e sulla imputazione alle diverse culture politiche la dottrina ha registrato una pluralità di opinioni, anche sensibilmente divergenti; per una accurata ricostruzione cfr. Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, *op. cit.*, 69 ss.; sul tema, più di recente, M. Ainis, *La piccola diseguaglianza*, Torino, 2015, 76 ss.

piena realizzazione dell'ideale egalitario risulta soddisfatto se si garantisce la mera possibilità e capacità di acquisizione di un bene della vita, una volta che sono stati rimossi gli ostacoli che impediscono una competizione su basi paritarie tra i contendenti; in base alla seconda versione l'inveramento dell'eguaglianza si ha solo con il concreto ottenimento, da parte di ciascuno, dell'eguale risultato perseguito.

Entrambe le versioni del principio di eguaglianza sostanziale mirano a rimuovere una condizione di svantaggio e di minorità ed entrambe postulano un qualche intervento pubblico a ciò destinato; mentre l'eguaglianza dei punti di partenza implica l'intervento solo all'inizio della competizione e mira a pareggiare, appunto, i punti di partenza, l'eguaglianza dei risultati non si limita a consentire che tutti partecipino alla gara con le medesime *chances* di successo ma mira a che tutti raggiungano il medesimo traguardo.

Risulta chiaro che solo nell'eguaglianza dei punti di partenza residua uno spazio per il merito ed il riconoscimento delle capacità individuali posto che «pareggiare gli individui quanto ai risultati di una certa attività suona come il disconoscimento dell'impegno profuso da ogni individuo»[33].

L'idea dell'eguaglianza dei punti di arrivo risulta assai prossima all'idea dell'eguaglianza materiale (o di fatto).

In taluni settori dell'ordinamento, non vi è dubbio che il precetto dell'eguaglianza debba intendersi rispettato con la garanzia del pari diritto ad acquisire un risultato non già con la garanzia dello stesso. Concorrenti principi costituzionali come il buon andamento della p.a. (nel reclutamento del personale ovvero nell'aggiudicazione degli appalti) e lo stesso principio democratico nella selezione dei rappresentanti nelle assemblee politiche impongono il rispetto del principio meritocratico in virtù del quale le ragioni dell'eguaglianza sono tenute a recedere di fronte al riconoscimento del pari diritto (secondo canoni di utilità sociale, capacità e merito appunto) ad acquisire beni della vita.

Le possibili contraddizioni sottese alla compresenza dei due diversi concetti dell'eguaglianza trovano giustificazione, sotto il profilo politico-ideologico, nella natura consensuale e pattizia della Costituzione repubblicana e dall'essere questa la risultante di convergenze realizzate in sede costituente dalla cultura politica liberale, da quella socialista e da quella cattolica[34].

Ancora, le diverse articolazioni ed implicazioni dell'eguaglianza, sotto il profilo strettamente giuridico, derivano dall'essere l'eguaglianza oggetto di un principio normativo (contemplato tra quelli fondamentali della Costituzione[35]), come tale suscettibile di indefiniti svolgimenti, conseguenti all'ec-

[33] Così Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, *op. cit.*, 93.

[34] In tal senso anche P. Ridola, voce «Diritti e doveri costituzionali», in *Diritto costituzionale*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2008, 399.

[35] Su tale aspetto G. U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana, cit.*, spec. 81-82.

cedenza di contenuto assiologico e normativo imputabile, in via generale, alla categoria dei principi di diritto ma soprattutto dei principi costituzionali supremi.

Ma ancor più in generale è dal carattere multidimensionale delle diverse libertà riconosciute nella forma di Stato costituzionale e pluralista che deriva «un'articolazione ed una graduazione delle tecniche di tutela, le quali dipendono dal modo in cui, per ciascun tipo di diritto, le costituzioni compongono elementi oppositivi (libertà/uguaglianza, mercato/solidarietà, pubblico/privato) entro una griglia di valori, destinati ad orientare assiologicamente la convivenza in una società differenziata al proprio interno»[36].

L'evoluzione dalla forma di Stato di diritto verso quella costituzionale di diritto sociale, dunque, proprio attraverso il principio di uguaglianza sostanziale e le diverse previsioni in tema di diritti sociali[37] finisce per condurre al superamento della tradizionale separatezza tra Stato e società civile implicando l'intervento del sistema dei poteri pubblici al fine della realizzazione dell'uguaglianza sostanziale, con sacrificio di talune situazioni di libertà il cui esercizio potrebbe risultare socialmente dannoso ovvero pregiudicare taluni diritti dei cittadini più deboli e socialmente meno garantiti.

L'assunzione della liberazione dal bisogno tra i fini dello Stato sociale impone il mutato rapporto, rispetto all'ideologia liberale, tra società e Stato; se nella concezione liberale si riteneva che la più efficiente e razionale regola distributiva dei benefici sociali fosse determinata dallo spontaneo operare del mercato e secondo le esclusive capacità degli individui, lo Stato sociale fa proprio il valore della giustizia sociale e della redistribuzione dei beni al fine di includere nel godimento dei diritti (civili, politici ed economici) anche i soggetti più deboli.

La promozione della persona attraverso l'attribuzione dei diritti sociali rende evidente la consapevolezza che animò i costituenti sul fatto che parlare di diritti e della sola eguaglianza formale non avesse senso senza intervenire sulle condizioni materiali di vita, sui bisogni reali, sul lavoro, sull'istruzione, sulla salute, su tutte quelle condizioni di vita che consentono un'esistenza dignitosa e meritevole di essere vissuta.

[36] Cfr. P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, 18-19.

[37] Sulle varietà di significato e sulla classificazione dei diritti sociali cfr. A. Baldassarre, voce «Diritti sociali», *cit.*, 13 e segg ; sull'ambiguità dell'espressione diritti sociali cfr. A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale, op. cit.*, 50 ss. Mentre secondo parte della dottrina i diritti sociali consistono in diritti a prestazioni positive finalizzate alla realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale, secondo altri essi individuano finalità pubbliche relativamente al godimento di taluni beni essenziali della vita di relazione anche a prescindere dalle condizioni di disagio economico e sociale, sul punto cfr. G. Corso, voce «Diritti sociali», in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da. S. Cassese, III, Milano, 2006, 1902 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III, *op. cit.*,489 ss.

Nello Stato costituzionale, inoltre, le istanze di emancipazione e di promozione sociale evidenzierebbero il contenuto di valore, le tensioni finalistiche del costituzionalismo pluralistico il quale fatalmente comporta l'esaltazione del ruolo della giurisdizione (ordinaria e costituzionale) nella attuazione dei diritti fondamentali anche contro le decisioni del potere esecutivo e legislativo[38]. E, tuttavia, resta il fatto che pur non disconoscendo il positivo ruolo della giurisdizione (ordinaria e costituzionale) nella garanzia dei diritti sociali, il ruolo di attuazione di questi ultimi, proprio per insopprimibili ragioni di uniformità e coerenza, spetti in primo luogo ai decisori politici sui quali incombe la responsabilità politica circa il *quantum* ed il *quomodo* di realizzazione delle politiche redistributive.

Non deve sfuggire infatti, che per le modalità di accesso alla giustizia costituzionale e per le modalità di incisione del tessuto normativo preesistente, gli interventi del giudice costituzionale in specifici settori dell'ordinamento rischiano di dare luogo a nuove forme di ingiustizia sociale e di ingiustificata diseguaglianza normativa.

Solidarietà ed uguaglianza, allora, tendono alla realizzazione della persona umana la quale resta l'obiettivo strategico fondamentale che può essere realizzato solo in un contesto democratico-pluralistico incentrato sul rispetto della dignità umana la quale presuppone la tutela delle libertà individuali e collettive. Siffatti obiettivi possono essere perseguiti e realizzati solo nel quadro della democrazia costituzionale[39] che tenga insieme libertà ed uguaglianza.

Proprio il rilevato carattere strumentale e servente dell'eguaglianza sostanziale rispetto alla garanzia dei diritti di libertà non potrebbe autorizzare un'assolutizzazione della prima a detrimento dei secondi, senza compromettere le connotazioni democratico-pluralistiche dell'ordinamento costituzionale.

L'ideale egalitario ovvero una perfetta eguaglianza economica (o in fatto) protesa alla realizzazione di obiettivi di generale pareggiamento sociale ovvero alla realizzazione dell'eguaglianza dei punti di arrivo, attraverso una generale ripartizione dei beni ed una redistribuzione dei diritti su base esclusivamente sociale, pare (non solo storicamente ed ideologicamente superato ma) incompatibile con la garanzia dei diritti politici ed economici costituzionalmente sanciti.

## 2. Promozione sociale, sviluppo della persona e pari dignità sociale nel sistema costituzionale alla luce dei principi personalista e solidarista

Le considerazioni che seguono tentano di dare una definizione o almeno un inquadramento teorico della promozione sociale alla luce dei principi costituzionali che con la stessa appaiono intimamente correlati.

[38] Sul punto cfr. P. Ridola, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo,* in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza – A. Di Giovine – G. F. Ferrari, II, Roma-Bari, 2014, 767 ss.

[39] In tal senso v. A. D'Aloia, *Giustizia e società. "Il progetto" della Costituzione italiana*, in www.dirittifondamentali.it, (8.05.2012), 9.

Nel progetto di liberazione e promozione della persona sotteso alla Costituzione repubblicana, dunque, il punto di partenza è la persona concepita nella concretezza delle sue problematiche esistenziali e nelle sue relazioni con il contesto sociale.

Il dibattito costituente - soprattutto per merito del contributo offerto da Moro, Basso, Dossetti e La Pira sull'elaborazione degli artt. 2 e 3 della Costituzione - non può lasciare dubbi sul fatto che «l'idea-forza, il principio basilare ispiratore di tutta la Costituzione sia da ritenere, per accordo unanime dei costituenti, la persona umana»[40] ovvero che il primato della persona rappresenti il fine ultimo del sistema delle libertà garantite nella nostra Costituzione [41].

La centralità della persona così come assunta nel disegno costituzionale vale a segnare le distanze rispetto alla concezione che della persona aveva non solo il regime fascista ma anche quello liberale.

L'idea che lo Stato e l'insieme dei pubblici poteri siano al servizio della persona, titolare di diritti originari ed insopprimibili e perciò consustanziali alla sua natura e quindi inviolabili, trascende, infatti, la concezione liberale, per lo più attenta alle dimensioni individualistiche della persona senza prestare la dovuta attenzione alle sue concrete proiezioni nel contesto sociale e comunitario, alle dinamiche caratterizzanti i rapporti esistenti tra lo spazio politico-democratico e quello economico di mercato.

Il collegamento tra gli artt. 1, 2 e 3 della Costituzione, dunque, si proietta oltre la mera proclamazione dei diritti e dell'eguaglianza formale per convergere nella realizzazione di un ideale di giustizia e di promozione sociale il quale tuttavia rimane aperto, in primo luogo, ai contenuti di valore, alle possibilità di autodeterminazione del singolo.

Anche sotto tale profilo si coglie l'inadeguatezza della prospettiva che pretenderebbe l'ideale dell'uguaglianza pienamente soddisfatto solo con la garanzia dei punti di arrivo e con la indicazione di un percorso di emancipazione e di liberazione che sia indistinto ed eguale per tutti, in quanto coincidente con la realizzazione di un progetto di trasformazione radicale della società e di rimozione permanente dei fattori di diseguaglianza sociale[42].

[40] Così N. Occhiocupo, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità dei valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1988, 55.

[41] Ritiene che il principio personalista non sia *un* principio ma *il* principio A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 17/2013, 3.

[42] Proprio il risvolto personalista dell'eguaglianza sociale proteso «chiaramente a privilegiare e garantire la possibilità di una piena affermazione della personalità umana nel contesto sociale» è stato ritenuto argomento utile ad escludere versioni radicali dell'eguaglianza nel senso del raggiungimento di una generale uniformità di trattamento tra i cittadini (e tanto meno tra gli uomini in genere) per tutti gli aspetti della vita sociale ed economica ed in ordine al soddisfacimento di tutti i bisogni che possono progressivamente manifestarsi, secondo la regola che nessuno deve ricevere di più o di meno degli altri» così C. Rossano, *Profili dell'e-*

Il principio costituzionale di eguaglianza, allora, non potrà pretendere di realizzare un'assoluta ed indistinta parificazione le cui pretese, in altri contesti spaziali e temporali, hanno storicamente dimostrato tutta la loro potenzialità distruttiva nei confronti delle libertà e della stessa dignità della persona.

Nel disegno costituzionale emerge distintamente la preoccupazione per l'approntamento di una efficace strumentazione giuridica (*i.e.* i diritti sociali ed il principio di eguaglianza sostanziale) capace di rendere effettivo ed appagante l'esercizio dei diritti di libertà (intesi quali diritti di autonomia), per il tramite della rimozione degli ostacoli che le dinamiche sociali ed le logiche del libero mercato possono opporre e costruire lungo l'itinerario di vita dei singoli e dei gruppi.

Se non appare dubbio che il concetto di promozione sociale si leghi, in primo luogo, al principio personalista ed al sotteso valore della dignità sociale, appare necessario tentare di definirne meglio i contorni, posto che nella Costituzione repubblicana non vi è un esplicito riferimento a tale nozione[43]. Pare di poter dire che si tratti di un concetto che, pur nella sua ampia latitudine semantica, risulti intimamente connesso con l'idea di sviluppo integrale della persona, nelle sue diverse dimensioni (interiori, culturali e sociali). L'uso del sostantivo *promozione* rinvia chiaramente a quell'indirizzo di pensiero che si sofferma sulla necessità di mettere ciascun individuo, *garantito dai bisogni e dalla miseria*, in condizione di svolgersi come uomo libero e di poter inseguire le proprie inclinazioni alla autorealizzazione personale[44].

L'aggettivo *sociale* vale ad evidenziare che ciascuno può immaginare un percorso di piena ed autentica promozione personale solo tenendo conto delle proprie proiezione sociali e delle relazioni con gli altri, in considerazione della più volte richiamata, centralità della dimensione sociale accolta nella Costituzione, presupposta dal principio personalista. Si spiega così il legame tra dignità e promozione sociale, la quale può anche prescindere dalle legittime aspirazioni di ascesa sociale del singolo le quali, tuttavia, restano una componente (di certo non la più importante) del concetto generale di promozione sociale.

*guaglianza sostanziale nella costituzione italiana e nell'ordinamento comunitario*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, 445.

[43] Una concezione della promozione sociale, legata al principio personalista ed alla pari dignità sociale, ma inscindibilmente connessa a finalità di ascesa sociale e di accesso alle sfere apicali di direzione politica, economica e culturale di un Paese, incentrata su una stringente (e forse eccessiva) visione competitiva dei ruoli sociali sulla base dei meriti e delle capacità dei singoli, è quella su cui insiste Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, *op. cit.*, 337 ss. e spec. 361; più in dettaglio tale A. fornisce la seguente definizione di promozione sociale: «concreta possibilità di approssimarsi alla classe dirigente, pur partendo da una posizione socialmente estranea alla stessa, attraverso l'attivazione di istituti e garanzie predisposti dal diritto positivo a cominciare dai principi costituzionali» (*ivi,* 321).

[44] L'espressione è di G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Opere*, V, Milano, *1959*, 184. sul punto cfr. anche N. Occhiocupo, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità dei valori nella pluralità di posizioni*, *op. cit.*,55.

Concepita in modo più restrittivo e competitivo (tanto da risultare coincidente con obiettivi di ascesa sociale) bisognerebbe giungere alla conclusione che per i soggetti svantaggiati (per esempio i soggetti disabili[45]) non potrebbe dischiudersi nessuna prospettiva di promozione sociale; si tratta, con tutta evidenza, di una conclusione che non può essere ammessa in quanto rinnegatrice di quell'ideale di sviluppo della persona che dovrebbe essere universalmente predicabile, pur con modalità, intensità e percorsi differenti.

La promozione sociale, così intesa, altro non è che la promozione della persona e del suo impegno di autodeterminazione soggettiva, della sua libertà di autorealizzazione[46] con specifico riguardo ai suoi profili relazionali e sociali. Ragionando diversamente, occorrerebbe accedere alla conclusione che la dignità sociale, da cui originano anche diversi modi di intendere la promozione sociale, non è per tutti o almeno non è per tutti nella stessa misura, il che si porrebbe in aperto contrasto con la pari dignità sociale riconosciuta *a tutti* dall'art. 3, comma 1, Cost.

Del resto le scarne previsioni del diritto positivo sulla promozione sociale lasciano intendere una concezione socialmente condivisa, non competitiva e sganciata dal necessario raggiungimento di traguardi di affermazione individuale in ambiti ed organizzazioni di tipo apicale[47]. La promozione sociale, semmai, prima ancora che evocare l'idea di primeggiare con il resto dei consociati nell'accesso a ruoli di vertice nella vita associata, allude all'«inverarsi della capacità dell'uomo di essere libero» la quale «costituisce un travagliato traguardo esistenziale. Costituisce un "prodotto di vita": una "conquista pratica": la quale va "ottenuta" e va "difesa" giorno dopo giorno e "alimentata" da color che sentono di doversi battere per l'elevamento della propria dimensione umana»[48].

Si tratta di una visione non troppo distante da quelle elaborazioni teoriche incentrate sulla valorizzazione delle specifiche *capability*[49] dell'individuo le quali sottintendono la naturale tendenza di ogni essere umano a realizzarsi considerato fine in sé, conformemente ad un personale disegno esistenziale e di relazione[50].

Ricostruita in tal modo, la promozione sociale si emancipa da quelle connotazioni necessariamente competitive e di ascesa sociale (incentrate preva-

[45] Sul pieno sviluppo della persona e la pari dignità sociale dei soggetti disabili cfr. C. Colapietro, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, 13 ss.

[46] Sul tema della tutela e promozione della capacità dell'uomo d'esser libero v. P. Bellini, *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità,* Torino, 2007,115 ss.

[47] Il riferimento è alla legge 7 dicembre 2000, n. 383 ("disciplina delle associazioni di promozione sociale").

[48] Così P. Bellini, *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità, op. cit.*,119.

[49] M. Nussbaum, *Women and human development. The capabilithy approach*, New York, 2000, 74-80.

[50] In argomento cfr. S. Staiano, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in www.federalismi.it, 5/2006. spec. 13 ss.

lentemente sul riconoscimento dei meriti individuali), palesandosi concetto accessibile a tutti.

In tale ottica, dunque, rilevano diverse ipotesi di promozione sociale a seconda delle aspirazioni e delle concezioni di vita dei singoli individui. Con specifico riferimento alle dinamiche sociali ed alle esigenze di realizzazione sociale possono, allora, darsi svariati percorsi di promozione sociale, i quali finiranno per assumere una consistenza diversa a seconda delle condizioni sociali e culturali di partenza, pur senza raggiungere posizioni di direzione politica, economica o sociale di tipo apicale.

Assumendo tale prospettiva il giudizio storico sui processi di mobilità sociale inveratisi nel nostro Paese cambia radicalmente. Nei primi decenni della Repubblica, infatti, grazie alla partecipazione politica di massa, alla diffusa scolarizzazione, alla lotta all'analfabetismo, all'allargamento dei diritti civili e sociali costituzionalmente riconosciuti e ad un significativo e generalizzato miglioramento delle condizioni sociali del Paese, non vi è dubbio che a molti è stato consentito il raggiungimento di obiettivi di promozione sociale.

Il discorso cambia radicalmente ove si svolgesse lo sguardo agli ultimi due o tre decenni, nel corso dei quali numerosi fattori, interni ed esterni, hanno concorso all'evidente rallentamento della dinamica sociale. Le condizioni che hanno reso possibile in passato la promozione sociale per settori consistenti della società italiana vanno individuate nell'avvenuta liberazione dal bisogno e nella possibilità di accesso, garantita su ampia scala, all'istruzione, al lavoro, alla partecipazione politica con intensità e modalità sconosciute nella recente storia nazionale. Non vi è dubbio, quindi, che è la liberazione dal bisogno, prima ancora che il riconoscimento dei talenti di ciascuno, ad aver reso possibile tale processo di emancipazione e di crescita sociale e culturale.

E, tuttavia, tanto la liberazione dal bisogno quanto la valorizzazione del merito, sono funzionali alla realizzazione di quei principi di sviluppo della persona scaturenti dal principio lavorista, personalista e solidarista.

Siffatta più ampia nozione di promozione sociale trova la sua fondamentale e privilegiata realizzazione nel principio lavorista e nella primazia del lavoro quale essenziale fondamento sociale della Repubblica.

Assunta nel suo carattere relazionale e sociale (l'art. 3, comma 1, Cost., non a caso, si esprime in termini di pari dignità *sociale*) anche il concetto di dignità risente del complesso di relazioni sociali che si instaurano nell'ambiente e nella comunità politica di riferimento, tanto che è agevole ritenere che la premiazione del merito, incoraggiata e premiata oltre un certo limite, potrebbe incidere negativamente anche sulla tutela della dignità sociale degli altri. Il proliferare delle diseguaglianze, l'approfondimento e l'aggravarsi di taluni divari sociali (oltre una certa soglia) potrebbero rischiare di compromettere la sfera sociale della dignità.

Accanto al generale principio di eguaglianza sostanziale si collocano una serie di previsioni costituzionali le quali rendono evidente la necessità di una

declinazione in senso sociale delle libertà in materia economica ed una finalità di perequazione sociale dei doveri di solidarietà: il principio di progressività dell'imposizione tributaria (art. 53 Cost.), il riconoscimento della libertà di iniziativa economica a condizione che questa con sia incompatibile con l'utilità sociale e non rechi danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità della persona (art. 41 Cost.); la garanzia della proprietà privata condizionata al raggiungimento della sua funzione sociale (art. 42, comma 2, Cost.); il riconoscimento della necessaria (ancorché indeterminata nella sua consistenza) apposizione di limiti alla successione testamentaria (art. 42, comma 4, Cost.); l'obbligo di corrispondere una retribuzione sufficiente ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa al lavoratore ed ai suoi familiari (art. 36 Cost.) sono solo le principali indicazioni che emergono dal quadro costituzionale sulla necessità (incombente non solo sull'apparato pubblico ma anche sui soggetti privati) di coordinare l'esercizio delle libertà economiche a fini sociali e di garantire, attraverso il ristabilimento di condizioni di pari dignità sociale (art. 3, comma 1, Cost.), la promozione sociale la quale, in primo luogo, passa per la necessaria riduzione delle diseguaglianze sociali.

La Costituzione non pretende di tracciare il percorso di emancipazione per tutti allo stesso modo, ma si preoccupa di evitare che il progetto di promozione personale del singolo non impedisca la realizzazione dei progetti degli altri. Ed allora, forse, sta qui la cifra essenziale delle condizioni di compatibilità tra *liberazione dal bisogno* e *promozione del merito* individuale[51].

L' eccessiva insistenza sulle ragioni di differenziazione in base al merito ed alle capacità dei singoli potrebbe creare condizioni di inferiorità sociale tra gli individui, intaccandone la pari dignità sociale la quale si palesa concetto essenzialmente di relazione[52]. Il talento individuale non potrà mai essere premiato ed incentivato sino a mettere in discussione la soddisfazione dei bisogni fondamentali dell'*altro,* la quale rappresenta il presupposto necessario di pensabilità e di costruzione di un percorso di promozione dell'individuo il quale inevitabilmente è destinato a dispiegarsi nella dimensione sociale, cioè *tra gli altri* e *con gli altri*[53].

[51] In tal senso anche M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione Convegno annuale Aic sul tema *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, tenutosi a Torino il 28 ottobre 2011, in www.rivistaaic.it , 49.

[52] In questo senso paiono muovere le considerazioni di M. Mazziotti, *Lezioni di diritto costituzionale*, *op. cit.*, 91; sul punto Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, *op. cit.*, 359-360.

[53] Del resto, come la realtà di taluni sistemi economici e sociali dimostrano, la mobilità sociale estrema, la capacità di affermazione dei singoli anche in ruoli di vertice nell'ambito politico, economico e culturale (superando gli ostacoli derivanti dalla lotteria sociale e partendo da condizioni di partenza svantaggiate) non è *ex se* un risultato desiderabile ove mai il prezzo da pagare fosse un divario sociale consistente ed il dilagare di forme di diseguaglianza estrema.

Anche in un contesto necessariamente diseguale occorre porsi il problema di garanzia della coesione sociale, non solo a fini di giustizia sociale ma anche al fine del mantenimento di una ordinata e pacifica convivenza altrimenti minacciata dal dilagare delle diseguaglianze e delle ingiustizie sociali.

Sotto altro versante rilevano le relazioni tra le finalità di promozione sociale ed il principio solidarista il quale chiama in causa il legame funzionale della tutela dei diritti con l'osservanza dei doveri costituzionali di solidarietà politica, economica e sociale: «la prospettiva della solidarietà è una risorsa indispensabile per la realizzazione degli obiettivi costituzionali di eguaglianza»[54].

Le possibilità di realizzazione della persona si verificano, in primo luogo, grazie al lavoro, inteso nel senso più ampio della nozione, ma l'attenzione alle dimensioni concrete della persona e dei suoi diritti non può prescindere da un atteggiamento di corresponsabilità che avvolge i destini individuali nelle reciproche dimensioni di scambio e di relazione nella realtà sociale.

I principi costituzionali, dunque, stanno insieme ed insieme si tengono. Lo stesso principio solidaristico[55] presuppone un *quantum* di diseguaglianza proponendosi di correggerne e limitarne gli effetti più evidenti. Esso evoca, in primo luogo, istanze di inclusione sociale che chiamano in causa, in primo luogo, lo Stato ed il complessivo sistema delle autonomie territoriali (c.d. solidarietà verticale[56]) senza, tuttavia, escludere modalità complementari e cooperative incentrate sul sostegno offerto dalle formazioni sociali (solidarietà orizzontale) ed ispirate al principio di sussidiarietà orizzontale[57], ora formalmente riconosciuto dall'art. 118, ult. comma, Cost.

I rapporti tra i due modelli di solidarietà, la valutazione costi/benefici che derivano da una logica solidaristica improntata ai caratteri della prossimità e dell'autonomia nei confronti delle situazioni di disagio, le relazioni di inclusione/esclusione che potrebbero originare da un ricorso non controllato alle forme di sussidiarietà orizzontale, i rischi sottesi ad una sostanziale rinuncia da parte delle istituzioni pubbliche ad assolvere funzioni di inclusione e di

Neanche la possibilità di successivo e potenziale riscatto, per quanti fossero precipitati nella scala sociale ai gradini più bassi, neanche la possibilità di riprendere l'ascensore sociale per raggiungere di nuovo i piani apicali dell'organizzazione sociale, sarebbe una giusta compensazione per i pochissimi che salgono ed i tantissimi che restano in fondo.

[54] In tal senso v. A. D'Aloia, *Giustizia e società. "Il progetto" della Costituzione italiana*, *cit.*, 14.

[55] Sul principio solidaristico v. E. Rossi, *Art. 2,* in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, I, *cit.*, 55; F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, spec. 95 ss.

[56] «La dimensione verticale della solidarietà si identifica con i tradizionali istituti dello Stato sociale, che mirano a realizzare la piena integrazione di tutti i cittadini-lavoratori nella vita del Paese, attraverso la rimozione delle condizioni di disagio presenti sul piano sociale ed economico» così F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, *cit.*, 31.

[57] Sul principio di sussidiarietà orizzontale v. S. Staiano, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in www.federalismi.it, 5/2006.

lotta alle diseguaglianze sono solo alcune delle questioni poste dalla sussidiarietà orizzontale e sulle quali non è possibile intrattenersi in questa sede.

### 3. Gli strumenti e gli ambiti privilegiati della promozione sociale (lavoro, imposizione tributaria, istruzione)

Gli ambiti privilegiati, tra quelli esplicitamente indicati nella Costituzione, per conseguire obiettivi di promozione sociale sono quelli del lavoro, dell'istruzione dell'imposizione tributaria.

A) Il lavoro, in primo luogo

Esso è al centro del disegno costituzionale, rinviene la propria collocazione, unico tra i diritti e doveri (art. 4, comma 1 e 2, Cost.), tra i principi fondamentali della Costituzione repubblicana ed è formula qualificativa della stessa forma di Stato repubblicana (art. 1, comma 1, Cost.)[58].

Non pare, del resto, revocabile in dubbio che il lavoro sia uno dei fattori che più contribuisce allo sviluppo della persona oltreché al *progresso materiale e spirituale della società*; da qui l'evidente connessione del principio lavorista con quello personalista[59].

La dottrina ha messo bene in evidenza la valenza egalitaria ed eguagliatrice del lavoro nonché la sua multiforme centralità (antropologica, etica ed economica) nel disegno costituzionale che registrò la convinta adesione nell'Assemblea Costituente tanto da parte cattolica quanto da parte delle sinistre (socialisti e comunisti) [60]: «la considerazione del lavoro quale valore informante di sé l'ordinamento implica che il titolo commisurativo del valore sociale del cittadino sia desunto dalle sue capacità, non già da posizioni sociali acquisite senza merito del soggetto che ne beneficia»[61].

[58] Sulla genesi storica ed significato della formula "fondata sul lavoro" v. G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino, 2013, 19 ss.; C. Pinelli, *"Lavoro" e "Progresso" nella Costituzione,* in Id., *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, 181 ss.; sulle diverse accezioni di lavoro presenti in costituzione cfr. M. Mazziotti, voce «Lavoro(dir. cost.)», in *Enc. dir*., XIII, Milano, 1965, 339 ss.; sulla natura giuridica del diritto al lavoro ex art. 4 Cost. v. A. Apostoli, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano, 2005, spec. 107 ss.

[59] Sulla diversa concezione liberale del lavoro che «riduce la dimensione sociale del lavoro sino alla mitizzazione dell'individualismo produttivista» v. S. Bonfiglio, *Interpretazione costituzionale e cittadinanza inclusiva*, in *La cittadinanza europea*, 2/2014,40.

[60] In tal senso M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, ADL 3/2010,637-644.

[61] Così C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, edizione rielaborata ed aggiornata a cura di F. Modugno – A. Baldassare- C. Mezzanotte, I, Padova, 1991, 160.

La centralità del lavoro e del principio lavorista derivano, oltre che dalle numerosissime disposizioni costituzionali che ad esse fanno esplicito riferimento[62], dal fatto che «attraverso il lavoro l'uomo è parte attiva della società e tale si sente, realizza la sua personalità, si procura i mezzi per un'esistenza dignitosa: l'articolo 1 è la riaffermazione del carattere dignitario del lavoro»[63].

Il lavoro era stato prefigurato dai Costituenti come uno straordinario ed infungibile elemento di dignità sociale, di garanzia dell'eguaglianza, di sviluppo della persona, di libertà e di promozione sociale[64].

Ne deriva, come è stato efficacemente osservato, che proprio perché l'art. 3 fa riferimento ai lavoratori «non è dubbio che il lavoro sia, come si evince da altri enunciati costituzionali, il fulcro del progetto di emancipazione disegnato da questa previsione»[65].

Lo stesso Mortati ricordava come l'avvenuta fondazione della Repubblica sul lavoro intendesse segnare le distanze rispetto ai precedenti ordinamenti, invertendo il rapporto tradizionale proprietà-lavoro conferendo priorità al secondo quale fonte privilegiata di ogni dignità sociale. Non pare revocabile in dubbio, infatti, che il lavoro, nelle sue varie declinazioni (cfr. art. 35 Cost.) è parte essenziale della dignità umana, trasformandosi la disoccupazione, involontaria e prolungata, in fattore di soggezione e di esclusione sociale. La costituzionalizzazione del lavoro è altra eloquente indicazione di quel mutamento di paradigma che ha sostituito al binomio proprietà-libertà quello dignità-libertà.

Nonostante la sua proclamazione nella disposizione di apertura della Costituzione, accanto al principio democratico, la esatta portata del principio lavorista appare problematica[66]. La Corte costituzionale svalutando la significativa e pervasiva collocazione del lavoro nel testo costituzionale, non ha mai ammesso il principio lavoristico e le sue varie declinazioni nel novero dei principi costituzionali supremi, né ha riservato ad esso una particolare considerazione nelle attività di interpretazione e bilanciamento costituzionale[67].

Si fa, del resto, fatica a riconoscere la centralità costituzionale del principio lavorista[68], alla luce dei dati drammatici sulla disoccupazione involontaria

[62] Come rilevato da M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro, cit.*, 646-647.

[63] L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012,64-65

[64] In tal senso v. A. D'Aloia, *Giustizia e società*, *cit.*, 17; G. Ferrara, *I diritti del lavoro e la Costituzione economica italiana ed in Europa*, in www.costituzionalismo.it (26 novembre 2005).

[65] Così Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, *op. cit.*, 333

[66] Così M. Olivetti, *Art. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco- A. Celotto –M. Olivetti, I, Torino, 2006, 31-33.

[67] Per una valutazione d'insieme della giurisprudenza costituzionale in materia di lavoro S. Bartole, *La Costituzione è di tutti*, Bologna, 2012, 156-162.

[68] «Ha senso la proclamazione del diritto al lavoro quando il tasso di disoccupazione è elevatissimo, quando la sicurezza del posto di lavoro sembra diventata una chimera, quan-

(specie di quella giovanile) i quali in alcune Regioni del Mezzogiorno arrivano a cifre impressionanti[69].

Il lavoro, infatti, è la vittima principale della crisi sociale che ha investito il Paese in occasione della recente crisi globale: «in una società democratica, la crescita della disoccupazione minaccia direttamente i diritti dei cittadini e la coesione sociale che alla democrazia sono coessenziali».[70]

L'aumento della disoccupazione e, più in generale, la diffusione di forme di precarizzazione estrema e di lavoro intermittente rappresentano senza alcun dubbio il maggiore fattore di disagio sociale degli ultimi anni ed hanno prodotto un preoccupante diffusione delle diseguaglianze e delle forme di esclusione sociale.

Il lavoro scarso e lungamente precario, dunque, mette in crisi ad un tempo il principio di eguaglianza sostanziale e la connessa caratterizzazione sociale della forma di Stato, lo sviluppo della persona umana e l'effettivo godimento dei diritti fondamentali nonché l' effettiva partecipazione dei lavoratori alla vita politica e sociale.

Problemi non lievi riguardano l'esatta natura giuridica e le possibili garanzie di esercizio dell'art. 4, comma 1, Cost.; come è stato osservato, la disposizione in esame «potrebbe suonare con qualche accento beffardo all'orecchio dei molti disoccupati che hanno sempre dovuto inseguire una qualunque collocazione per coniugare il pranzo con la cena»[71].

Certo è che il diritto al lavoro non è assistito da alcuna diretta azionabilità in giudizio[72] e si lascerebbe apprezzare quale mera norma programmatica e di principio, rivolta, più che altro, al sistema dei pubblici poteri e destinata a trovare attuazione secondo modalità e criteri affidati alle scelte discrezionali degli stessi[73]. La giurisprudenza costituzionale conferma questa tendenza alla svalutazione del diritto al lavoro e, più in generale, del principio lavorista[74] le cui disposizioni, quando invocate quali parametri nei giudizi di co-

do l'ottenimento di un posto di lavoro adeguato alla propria qualificazione professionale è sempre più difficile?» sono queste le domande che solleva M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, *cit.*, 648 e che interrogano la valenza prescrittiva ed il fondamento politico e sociale del lavoro nella Costituzione repubblicana.

[69] Cfr. Rapporto Svimez 2014 sull'economia del Mezzogiorno, Bologna, 2014 spec. 125 ss.

[70] Così C. Pinelli, "*Lavoro" e "Progresso" nella Costituzione, cit.*, 204.

[71] Così F. Rimoli, voce «Stato sociale (dir. cost.)», *cit.*, 9.

[72] Sul punto Corte cost. 238 del 1988.

[73] Sul punto Corte cost. n. 16 del 1980 che si limita a considerare quello lavorista mero principio ispiratore della tutela del lavoro.

[74] Sul punto cfr. A. Apostoli, *Art. 4,* in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole – R. Bin, Padova, 2008, 40; che il principio lavorista nei giudizi di legittimità costituzionale rappresenti «una base argomentativa assai debole, che viene usata tutt'al più come argomento integrativo di ragionamenti fondati su altro, più specifico parametro costi-

stituzionalità, hanno finito, per lo più, per recedere a fronte della necessità di privilegiare l'attuazione di concorrenti principi costituzionali.

Il lavoro non è solo oggetto di un diritto ma esso è anche un dovere; sotto tale prospettiva, dunque, il lavoro non rileva solo quale bisogno ed istanza di inclusione sociale[75] ma anche quale *criterio di valutazione sociale* ed *elemento eccitatore di mobilità sociale* [76]. Una certa considerazione di merito, dunque, non era del tutto estranea alle intenzioni dei costituenti se è vero che fu presa in considerazione l'idea di sanzionare con la perdita del diritto del voto l'inadempimento del dovere del lavoro[77].

Proprio in quanto oggetto di una disposizione di principio di così ampia e pregnante portata il principio lavorista avrebbe meritato una diversa e maggiore attenzione da parte degli operatori del diritto e della Corte costituzionale[78]; anche ammessa la sua natura programmatica, infatti, non sono pochi i risvolti interpretativi ed applicativi che esso potrebbe dischiudere.

La condizione ottimale per la piena realizzazione del diritto al lavoro è un regime di piena occupazione e questo, di certo, non è un obiettivo che possa essere rivendicato e realizzato nelle aule di giustizia, tanto più nel momento attuale nel quale lo Stato, a seguito di massicci processi di privatizzazione, ha rinunciato a rivestire il ruolo di imprenditore e produttore diretto nel mercato.

E, tuttavia, efficaci politiche attive per il lavoro, la riduzione della precarietà ed una maggiore garanzia della stabilità del lavoro, la ripartizione dei tempi di lavoro a fini di incremento dell'occupazione, dovrebbero essere obiettivi doverosi per la Repubblica in quanto correlati ad una dimensione minima della tutela del diritto al lavoro[79]. Essi, invero, restano finalità al-

tuzionale» è sostenuto da R. Bin, *Art. 1*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Crisafulli-Paladin, Padova, 1990, 6; ritiene che «il principio lavorista offre anche un più robusto ancoraggio ai singoli diritti sociali distintamente garantiti in Costituzione […] e argina le ricorrenti tentazioni di vederli come diritti minori di quelli di libertà» M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, *cit.*, 650.

[75] Per una panoramica delle questioni più attuali sottese al tema dell'inclusione sociale, più di recente, S. Bonfiglio, *Interpretazione costituzionale e cittadinanza inclusiva*, in *La cittadinanza europea*, 2/2014, 27 ss.

[76] In tal senso C. Mortati, *Commento all' Art.1* in *Commentario della Costituzione,* I , Bologna-Roma, 1975, 15; per un approfondimento dell'approccio di Mortati al tema del lavoro cfr. C. Pinelli, "*Lavoro" e "Progresso" nella Costituzione, cit.*, 190 ss. Le riserve morali, la diffidenza ed un atteggiamento di deciso sfavore animarono, non a caso, il dibattito costituente in relazione agli oziosi, ai disoccupati volontari ed ai *rentiers.*

[77] Su tali svolgimenti cfr. C. Pinelli, *Lavoro" e "Progresso" nella Costituzione, cit.*, 182 ss.

[78] Dello stesso avviso G. U. Rescigno, *La distribuzione della ricchezza nazionale*, in Aa. Vv., *La costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo,* a cura di M. Ruotolo, Napoli, 2008, 299.

[79] Sulla contrarietà a Costituzione di forme di lavoro non stabili e non garantite M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, *cit.*, 652.

quanto eccentriche rispetto alle più recenti politiche e scelte legislative in materia di occupazione, le quali, pur nell'ottica di favorire lo sviluppo dell'occupazione, paiono privilegiare gli interessi e le esigenze funzionali al mondo dell'impresa ed all'economia di mercato.

Le recenti riforme legislative, infatti, (pur mirando a contrastare gli eccessi della flessibilità, rafforzando le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro[80]), hanno finito – dopo un lungo contenzioso politico-sindacale[81] – per attenuare le garanzie di stabilità nei rapporti di lavoro rientranti nella c.d. tutela reale [82], suscitando non irrilevanti dubbi di legittimità costituzionale in ordine alla disparità di trattamento fra vecchi e nuovi assunti a tempo indeterminato ed al superamento della c.d. tutela reale per questi ultimi[83]).

Talune politiche di sostegno al reddito ovvero di garanzia di un reddito minimo di cittadinanza, potrebbero, ad un tempo, liberare dal bisogno e concorrere al raggiungimento di quelle finalità di promozione sociale. Si tratta di soluzioni, spesso con notevoli varianti strutturali e funzionali, praticate con varietà di esiti in altri ordinamenti ed auspicati anche in ambito europeo. E, tuttavia, non va dimenticato che simili politiche, spesso, presuppongono uno smantellamento del sistema di prestazioni sociali su base universalistica, restando rimedi del tutto insoddisfacenti a far fronte alle situazioni di svantaggio sociale, in assenza di ulteriori presidi di protezione e sostegno sociale. Non mancano, peraltro, obiezioni di natura economica, sociale e giuridico-costituzionale.

In primo luogo sono evidenti le difficoltà di copertura finanziaria di simili politiche le quali richiederebbero molte più risorse di quelle realisticamente disponibili e/o ragionevolmente reperibili.

In secondo luogo, non andrebbero trascurate le distorsioni di tipo assistenzialistico cui tali strumenti fatalmente andrebbero incontro, incoraggiando forme di parassitismo ed ozio sociale non certo estranee nel nostro Paese.

In terzo luogo, potrebbero insorgere significative diseguaglianze ed asimmetrie retributive tra i beneficiari di simili misure ed i lavoratori (precari e non) a basso reddito, inducendo fenomeni di malcontento sociale e di rifiuto di prestazioni lavorative a bassa remunerazione e di scarso prestigio sociale.

[80] Cfr. art. 1, comma 7, legge n. 183 del 2014.

[81] La ragione di maggiore criticità dell'art. 18 delle l. 300 del 1970, peraltro, non era tanto connessa all'operatività della reintegrazione nell'azienda del lavoratore illegittimamente licenziato quanto piuttosto all'obbligo risarcitorio a favore del prestatore il quale, essendo commisurato alla retribuzione contrattualmente prevista dalla data del licenziamento sino a quella della reintegrazione (salvo le ipotesi di prova dell'*aliunde perceptum*) finiva per scaricare i costi della lentezza della giustizia sull'impresa.

[82] Il riferimento va all'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015 il quale conserva la tutela reale della reintegrazione nel luogo di lavoro solo per i lavoratori licenziati (per giusta causa o giustificato motivo) che riescano a dimostrare in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato.

[83] Su tali aspetti cfr. M. V. Ballestrero, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir*., 1/2015, 39 ss.

In quarto luogo (soprattutto) le soluzioni che si compendiano nel c.d. reddito di cittadinanza le quali dovrebbe prescindere dalla condizione di occupazione del beneficiario, non paiono *de plano* rispettose del principio lavoristico e di quello solidaristico ex artt. 1, 2 e 4 Cost. i quali presuppongono un *concreto e fattuale contributo* al progresso materiale e spirituale del Paese da parte di ogni consociato. La tutela della dignità della persona presuppone l'esistenza di questo legame sociale, del contributo dato al progresso della comunità attraverso il proprio impegno e le proprie energie lavorative. Non si tratta, allora, tanto o solo di risarcire il lavoratore per il mancato procurato lavoro da parte delle istituzioni repubblicane ma di creare fattivamente, direttamente o indirettamente, occasioni reali di integrazione nella comunità e di realizzazione della persona del lavoratore attraverso il lavoro e non già per il lavoro non svolto[84].

In tale prospettiva la vera grande leva di promozione sociale resta la realizzazione di politiche di perequazione fiscale e di solidarietà attraverso la ridefinizione dei tempi di lavoro, senza escludere il recupero di talune limitate forme di intervento pubblico nell'economia (da parte dello Stato ma anche degli altri enti costitutivi la Repubblica ex art.114 Cost.) anche nella diretta produzione di beni e servizi di utilità pubblica.

In quinto luogo l'adeguato utilizzo di tali dispositivi sottintende (oltre ad un'efficiente P.a.) una propensione al rispetto della legalità ed all'uso responsabile delle risorse che paiono virtù poco correnti nel momento attuale e nella storia recente del nostro Paese.

B) L'istruzione rappresenta altro ambito elettivo della promozione sociale e di applicazione del principio di eguaglianza sostanziale: «il legame tra secondo comma dell'art. 3 e artt. 33 e 34 è diretto e totale»[85], trattandosi di una delle leve fondamentali attraverso le quali realizzare la riduzione (se non la rimozione) degli ostacoli di ordine economico e sociale così come previsto dall'art. 3, secondo comma, Cost[86].

Le disposizioni costituzionali sulla cultura e sull'istruzione (artt. 9, 33, 34 Cost.), infatti, rispondono tanto alla logica della soddisfazione di esigenze primarie di istruzione e di elevazione culturale quanto di mobilità sociale in funzione del merito dei singoli discenti. La considerazione unitaria ed integrata delle previsioni costituzionali in tale ambito rendono evidente il rile-

[84] C. Tripodina, *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in www.costituzionalismo.it, 1/2015.

[85] Così G. U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana* , *cit.*,117; negli stessi termini v. Id., *La distribuzione della ricchezza nazionale*, *cit.*, 307.

[86] Sui rapporti tra istruzione e promozione sociale v. Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, *op. cit.*, 217 ss.

vante impegno della Repubblica nella costruzione di un doveroso, compiuto ed aperto sistema di istruzione pubblica. È infatti preciso compito dello Stato: istituire scuole per tutti gli ordini e gradi (art. 33, secondo comma, Cost.); realizzare una scuola che sia aperta a tutti (art. 34, primo comma, Cost.), obbligatoria e gratuita per almeno otto anni (art. 34, secondo comma, Cost.).

Si tratta di un disegno che vale ad escludere la ricostituzione di monopoli privati nel settore dell'istruzione, pur nel riconoscimento del pluralismo scolastico senza oneri per lo Stato (art. 33, comma 3, Cost.), nella consapevolezza che l'istruzione erogata ed organizzata da soggetti pubblici risponda meglio a quel disegno di integrazione sociale e di emancipazione culturale che si riconnette anch'esso al principio personalista, democratico e solidarista. Le disposizioni costituzionali sull'istruzione tendono, dunque, non solo alla trasmissione della cultura (presupposto indefettibile per l'esercizio dei diritti e dei doveri di cittadinanza) ma anche a costruire un luogo di integrazione democratica nella formazione delle giovani generazioni.

L'art. 34, comma 3, Cost., peraltro, prevede che «i capaci ed i meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi», ed ancora, l'art. 34, comma 4, Cost. si premura di precisare che «la Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso»[87]. Tali disposizioni, in particolare, attraverso diritti sociali di prestazione, tendono alla garanzia delle pari opportunità in ambito scolastico e rappresentano il più evidente riconoscimento di differenziazioni normative e di prestazione in funzione del merito e delle capacità degli studenti[88].

Si potrebbe ritenere, dunque, che le politiche di contrasto delle diseguaglianze iniziano il loro percorso proprio sui banchi di scuola ove viene offerta quella possibilità di pareggiamento sociale e culturale anche a quanti provengano da situazioni di svantaggio familiare o di minorità sociale.

Resta da verificare se sul terreno dell' istruzione scolastica e della garanzia al diritto allo studio gli investimenti ed i finanziamenti pubblici risultino adeguati al raggiungimento delle finalità sottese alle disposizioni costituzio-

[87] In argomento cfr. M. Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, in Aa. Vv., *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, a cura di F. Angelini – M. Benvenuti, Napoli 2014, spec. 180 ss.

[88] In ordine alla interpretazione della formula «i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi» la Corte costituzionale non ha sempre mostrato un approccio coerente, mostrando di aderire ad una nozione selettiva e rigorosa di merito solo in alcune pronunce come ad esempio nella sent. 359 del 1995; in altre pronunce si è fatto riferimento ora all'effettiva frequenza ora al profitto nel rendimento (così ad esempio Corte cost., 274 del 1993 e 278 del 1998); una declinazione in termini di eguaglianza sostanziale, intesa come garanzia dei punti di arrivo, è quella che si scorge nella sent. 215 del 1987 relativa all'inserimento scolastico degli studenti *handicappati.*

nali di riferimento, atteso che, al pari degli altri diritti sociali di prestazione, anche il diritto allo studio è condizionato dai limiti del bilancio dello Stato[89].

C) Non meno importanti ai fini di promozione sociale sono le regole costituzionali sull'imposizione tributaria; si tratta dello strumento cardine per la redistribuzione della ricchezza prodotta e per il finanziamento delle diverse tipologie di diritti sociali di prestazione previsti nella Costituzione.

Il principale ostacolo al dispiegamento di politiche redistributive e perequative deriva, proprio, dalla reiterata (e mai abbastanza contrastata) violazione del patto fiscale che finisce per sottrarre (con modalità ora elusive ora evasive) ingentissime risorse destinate al finanziamento dello Stato sociale.

Si tratta della patente confutazione del principio solidaristico sul rispetto del quale, come visto, riposa ogni possibile soluzione escogitata per prevenire e contrastare le diseguaglianza sociali; l'effettivo adempimento del dovere di solidarietà tributaria è, infatti, il presupposto di realizzazione dell'eguaglianza e della giustizia[90].

L'inadempimento dei doveri tributari ed il conseguente tradimento di obiettivi di giustizia fiscale, infatti, rappresentano una delle più gravi violazioni del patto di convivenza sociale.

Il carattere progressivo del prelievo fiscale ex art. 53, secondo comma, Cost. va letto proprio nella prospettiva della perequazione sociale e della regolazione pubblica delle dinamiche del mercato attraverso la redistribuzione dei redditi[91].

Assai complessi restano i rapporti tra la regolazione del prelievo fiscale e la percezione sociale di un fisco giusto, le cui tensioni continuano ad essere il comodo alibi ed ingiustificato pretesto per sottrarsi all'adempimento dei doveri di solidarietà fiscale. A ben vedere il problema non è quello della evasione ed elusione fiscale in sé (pressoché ineliminabili in tutte le società complesse); la peculiarità e la pericolosità di siffatti fenomeni è la loro gigantesca dimensione e la loro capillare diffusione, spesso incoraggiate da insufficienti ed inadeguate politiche di controllo fiscale e di contrasto all'evasione, tanto da essersi tramutate in mentalità comune ed in costume sociale.

La dis-eguaglianza fiscale è forse uno degli aspetti di più clamorosa ingiustizia e di violazione degli obblighi di solidarietà e compartecipazione alla cosa pubblica la quale a sua volta è generatrice di sperequazioni e di ingiustizie sociali perché comporta una pressione fiscale altissima, in alcuni casi ai limiti della sostenibilità, la quale si tramuta spesso in istigazione verso nuove spinte all'evasione ed alla illegalità tributaria. Anche in tale ambito si

[89] Sul punto Corte cost. 36 del 1982.

[90] Sui doveri di solidarietà fiscale v. C. Buzzacchi, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano, 2011.

[91] In tal senso A. D'Aloia, *Giustizia e società*, *cit.*, 15.

verificano significative convergenze tra bisogno e merito, posto che un fisco iniquo e/o inefficiente impedisce tanto la sollevazione dal bisogno di quanti necessiterebbero di prestazioni sociali (ovvero di esenzioni dal pagamento dei tributi in ragione della loro scarsa capacità contributiva) quanto efficaci politiche di incentivazione e di promozione del merito.

Il principio di progressività dell'imposizione tributaria (art. 53, comma 2, Cost.), quale applicazione del principio di uguaglianza sostanziale, infatti, dovrebbe teoricamente rappresentare un argine rispetto alle rendite di posizione derivanti da situazioni di privilegio sociale e di vantaggio familiare che non trovano riscontro nell'impegno, nel lavoro, nell'iniziativa dei singoli.

Sotto altro profilo, l' allarmante consistenza dell'evasione fiscale (che non trova riscontro in altri contesti nazionali comparabili a quello italiano) finisce per consumare effetti paradossali a danno dei più bisognosi di protezione. Finiscono, spesso, per avvantaggiarsi delle prestazioni dello Stato sociale anche coloro che non solo non vivono alcuna situazione di disagio ma che fanno allo stesso mancare il loro doveroso contributo. Si verifica, in tal modo, il c.d. effetto cumulativo delle diseguaglianze ovvero la realizzazione di politiche di solidarietà inversa, atteso che i meno abbienti contribuiscono al tenore di vita dei più agiati, dando luogo al c.d. effetto S. Matteo ("perché a chi ha sarà dato e sarà nell'abbondanza; ma a chi non ha sarà tolto anche quello che ha" Matteo 25,29)[92].

Il ripristino di condizioni minime di giustizia fiscale passa, di certo, per l'attenuazione della pressione fiscale (che per molte categorie di contribuenti resta virtuale), la più razionale ed equa incidenza sui fattori della produzione della ricchezza (capitale, lavoro, rendita finanziaria) ed il perfezionamento dell'amministrazione finanziaria; non meno rilevanti, tuttavia, sono il miglioramento dei servizi offerti dall'amministrazione pubblica, centrale e periferica e, ancor più in generale, il ripristino del legame fiduciario tra governanti e governati attraverso il contrasto alla corruzione ed allo sperpero delle risorse pubbliche.

Proprio il raccordo con il principio lavorista, peraltro, dovrebbe sollecitare una diversa considerazione della capacità contributiva, promuovendo il lavoro in tutte le sue forme di svolgimento (non solo subordinate ma anche autonome ed imprenditoriali) scoraggiando quelle pericolose tendenze alla finanziarizzazione dell'economia che hanno rappresentato causa non ultima della recente crisi economica globale.

Occorrerebbe, in altri termini, (ri)orientare la pressione fiscale in direzione solidaristica e redistributiva salvaguardando i redditi da lavoro, in primo luogo, per concentrarsi sulle ricchezze patrimoniali e le grandi rendite (anche successorie) le quali rappresentano non solo un significativo ostacolo al dispiega-

[92] Sul punto v. F. Cassano, *Senza il vento della storia. La sinistra nell'era del cambiamento*, Roma-Bari, 2014, 66-67.

mento di dinamiche di redistribuzione del reddito ma finiscono per premiare le rendite di posizione ereditate, le posizioni di vantaggio consolidate, i meriti non acquisiti ma ricevuti in dote. L'esistenza di rendite di posizione sociale ed economica allora costituiscono il comune nemico del bisogno e del merito.

Sotto questo profilo un' effettiva ed efficace perequazione fiscale è funzionale tanto alle politiche sociali tendenti alla liberazione dal bisogno quanto alla promozione del merito, consentendo il reperimento di risorse pubbliche per finanziare tanto i diritti sociali quanto le politiche di incentivazione del merito.

La lotta alle diseguaglianze ed il ripristino delle condizioni di perequazione sociale, dunque, passano per una effettiva riforma delle politiche impositive che ristabilisca criteri minimi di giustizia fiscale.

### 4.1. Dis-eguaglianza, liberazione dal bisogno e valorizzazione del merito. Ipotesi ricostruttive di una concezione non oppositiva del merito e dei bisogni

L'insufficienza dell'eguaglianza formale è postulato comune tanto della garanzia di larga parte dei diritti sociali tendenti alla liberazione dal bisogno, quanto della tutela del merito.

Meriti e bisogni, in altri termini, implicano una deroga al principio dell'eguaglianza giuridica, seppure giustificata da presupposti diversi; essi (ri)trovano un comune denominatore, come visto, nella tensione al raggiungimento del pieno sviluppo della persona.

Le deroghe al principio di eguaglianza formale sono costituzionalmente ammesse (anzi prescritte) per liberare gli individui ed i gruppi svantaggiati dal (ricatto del) bisogno e per rendere effettiva la proclamata parità dei diritti e la partecipazione dei cittadini (e dei lavoratori), quali precondizioni di un autentico regime democratico.

La tensione all'eguaglianza più assoluta ed alla indistinzione tra le persone anima la logica dell'affrancamento dai bisogni (almeno di quelli fondamentali); una logica di differenziazione secondo impegno, risultati, produttività ed efficienza connota la concezione meritocratica, che implica e giustifica, in varia guisa, diversità di trattamento.

Bisogni e meriti si differenziano anche in relazione alle culture politiche di riferimento; se la liberazione dal bisogno vanta chiare ascendenze nella concezione marxiana[93] della lotta di classe e del riscatto sociale dei ceti subalterni contro i detentori dei fattori della produzione capitalistica, la cultura della meritocrazia affonda le proprie radici in una concezione della persona

[93] È nota l'affermazione di MARX "a ciascuno secondo i suoi bisogni da ciascuno secondo le sue capacità" sulla quale cfr. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo,*op. cit, 77.

e dei rapporti sociali di esplicita derivazione individualistica e liberale, in virtù della quale ciascun soggetto è in grado di esprimere il meglio di sé qualora posto nelle condizioni di percepire e godere, con esplicito e necessario superamento di ogni criterio compensativo su basi egalitarie, i frutti del proprio impegno.

La concezione meritocratica riconosce la legittimità della sola eguaglianza di opportunità[94], presuppone l'abbandono della *logica ascrittiva*, prevalente nelle società dell'*Ancien regime* ed abbraccia una *logica acquisitiva* di mercato, fondata esclusivamente sul merito e sulle capacità individuali.

In tale prospettiva l'idea di eguaglianza resta circoscritta al piano delle condizioni *ex ante* mentre viene presupposta l'in-eguaglianza sul piano *ex post* dei risultati, confidando nella capacità del mercato di funzionare come meccanismo di regolazione sociale e di attribuzione delle risorse.

Nonostante le evidenti e (apparentemente) inconciliabili divergenze, se inquadrati alla luce del principio personalista, bisogni e meriti finiscono per vedere accorciate di molto le loro distanze.

Non si ravvede nessuna relazione oppositiva o alternativa tra tutela dei bisogni e valorizzazione del merito, posto che entrambe assolvono una funzione di perseguimento dell'interesse generale oltreché di realizzazione di inclusione sociale. A ben vedere, del resto, solo la liberazione dal bisogno può consentire la successiva promozione sociale di quanti hanno capacità e meriti.

Le due prospettive, dunque, finiscono per incontrarsi, posto, tuttavia, che l'avveramento della seconda postula la realizzazione della prima.

A ben vedere, infatti, tanto la liberazione dal bisogno, attraverso il riconoscimento dei diritti sociali, quanto il riconoscimento e la promozione del merito, risultano giustificate dall'esigenza di garantire le possibilità di realizzazione del progetto di vita e delle aspirazioni di crescita sociale dei singoli. La liberazione dai bisogni reclama una tutela tendenzialmente incondizionata ed universale mentre la promozione del merito postula condizioni selettive e soggetti beneficiari determinati.

La dimostrazione della prossimità delle due categorie concettuali è viepiù dimostrata dal fatto che l' ipotesi costituzionale più significativa ed esplicita di promozione del merito si realizza, anch'essa, per mezzo del riconoscimento di un diritto sociale quale quello allo studio previsto dall'art. 34 Cost.[95]

[94] Che l'eguaglianza delle opportunità (o dei punti di partenza) non sia sufficiente per neutralizzare definitivamente i fattori di privilegio e di vantaggio nella competizione sociale e che, senza accettare la drastica alternativa tra eguaglianza dei punti di partenza e dei punti di arrivo, attraverso gli istituti della promozione sociale (concepita come possibilità di accedere nei ruoli apicali della vita economica, culturale, politica ed istituzionale) sia possibile ripristinare la correttezza della competizione ed assicurare l'esito meritocratico della stessa è la tesi centrale del lavoro monografico di Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, *passim.*

[95] Sulla qualificazione del diritto allo studio quale diritto sociale cfr. M. Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale* , *cit.*,180.

Tanto la liberazione dai bisogni quanto il riconoscimento dei meriti, peraltro, pur realizzandosi per lo più tramite differenziazioni normative, nella loro concreta applicazione recuperano il principio di eguaglianza formale, posto che bisogni eguali ed eguali meriti devono essere trattati in maniera eguale.

In via generale la liberazione dal bisogno, seppure per tramite del riconoscimento di un diritto soggettivo, viene fatto coincidere con un interesse generale dell'ordinamento, laddove la valorizzazione del merito viene, in genere, considerata (come visto) alla stregua di una istanza tipicamente individualistica e di matrice liberale.

E, tuttavia, la giustificazione dei dispositivi costituzionali di promozione sociale (diritto allo studio, accesso ai pubblici impieghi secondo il metodo concorsuale, tutela della concorrenza del mercato) accolti nei moderni Stati sociali di diritto rispondono alla esigenza di contrastare le forme di privilegio ingiustificate e le posizioni di vantaggio che possono dimostrarsi lesive non solo delle aspirazioni di elevazione sociale dei singoli ma anche nocive nei confronti delle pratiche di libertà e della pari dignità sociale (art. 3, comma 1, Cost.) dei consociati.

Ciò che si vuole sostenere, in altri termini, è che almeno nei settori dell'ordinamento in cui trovano spazio le più significative ipotesi di meritocrazia (istruzione pubblica, organizzazione e funzionamento della P.a.) queste ultime corrispondono anche ad evidenti finalità di progresso sociale e di efficiente svolgimento delle funzioni pubbliche[96].

Da qui la natura non solo individualistica degli obiettivi di mobilità ed ascesa sociale che possono essere realizzati attraverso criteri e politiche meritocratiche.

Ma a ben vedere bisogni e meriti condividono in molti casi lo stesso nemico, avendo di vista il comune obiettivo del contrasto a quelle diseguaglianze sociali (non fondate sul merito né sull'impegno né sulla necessaria sollevazione dal bisogno) che rappresentano il frutto e la stratificazione di rendite di posizione ereditate dall'ambito familiare ovvero consolidate nel proprio gruppo sociale e/o professionale di appartenenza. Siffatte forme di diseguaglianza non sono meritevoli di alcuna tutela; esse andrebbero preferibilmente contrastate, almeno non protette.

[96] Riconoscendo e premiando le capacità individuali, in ragione degli ambiti nei quali queste dovranno dispiegarsi operativamente, si finirà con perseguire anche finalità meta-individuali che trascendono gli interessi e le legittime aspirazioni dei beneficiari. In linea teorica, infatti, è interesse della collettività che venga assegnato un medico capace nell'assolvimento di compiti particolarmente delicati che hanno a che fare con la salute degli utenti di una struttura sanitaria pubblica, così come è interesse della collettività che i dipendenti della P.a. siano selezionati secondo merito e capacità perché solo così si riuscirà plausibilmente a garantire, oltre all'imparzialità, il miglioramento dei servizi pubblici, il buon andamento della P.a. ma anche i diritti costituzionali che presuppongono un attività ed un 'organizzazione amministrativa.

Sulla esatta definizione e consistenza tanto dei bisogni quanto del merito nonché sulle loro implicazioni, tuttavia, sono opportune alcune distinzioni e precisazioni.

### 4.2. La Costituzione e la liberazione dal bisogno. Le molteplici dimensioni costituzionali dei bisogni

Cominciamo dal prendere in considerazione i bisogni.

In via generale è agevole convenire sul fatto che il bisogno (se realmente tale) esige una piena, eguale ed incondizionata liberazione, in quanto intimamente connesso con quella dimensione personalistica rappresentata dalla indifferibile protezione della dignità della persona (pur con tutte le difficoltà definitorie che siffatto concetto implica)[97].

Ma la precisa definizione, individuazione e misurazione dei bisogni, tanto sotto il profilo oggettivo quanto sotto quello soggettivo, presentano non poche difficoltà le quali si riconnettono alla già accennata problematicità, pluralità e complessità dello statuto costituzionale dei diritti sociali[98].

[97] Sul tema, *ex plurimis*, cfr. G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo,* op. cit, 85 ss.*;* M. Ruotolo*, Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, spec. 121 ss., P. Veronesi, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost*., 2/2014, 315 ss. La stessa concezione della dignità personale, invero, non pare così distante anche da valutazioni sia di meritevolezza sia di soddisfazione dei bisogni fondamentali della persona. Nel primo senso, allora, accanto all'idea ontologica di dignità (come patrimonio innato ed intangibile di ciascuno) è rinvenibile una diversa concezione deontologica che presuppone oltre ad una dignità di partenza anche una dignità di arrivo, correlata all'idea di meta, di conquista da conseguire attraverso le proprie scelte di vita, la propria condotta. Nel secondo senso (secondo le ricostruzioni offerte dalla Nussbaum e da Dworkin) la vita del singolo, per essere degna di essere vissuta, ha bisogno di essere riconosciuta come tale e quindi di veder soddisfatti taluni bisogni essenziali che consentano lo svolgimento delle normali facoltà umane. Se la pari dignità sociale affermata dall'art. 3, comma 1, Cost. postula una certa parità di *chances* tra i soggetti, può essere ammesso che la disparità dei punti di arrivo non contraddica l'idea di dignità del singolo. Posto che l'idea di dignità, in entrambe le concezioni, non risulti *ex se* incompatibile con l'idea di diseguaglianza, resta da comprendere se vi è un limite massimo di diseguaglianza tra gli individui il cui superamento rischia di intaccare la dignità di quelli che risultano svantaggiati.

[98] La giurisprudenza costituzionale sui bisogni è alquanto ricca; ci si limita a segnalare alcune categorie e definizioni di bisogni primari e vitali che sono sembrati più significativi; sul bisogno alimentare sent. 37 del 1985, 10 del 2010; in particolare nella sent. n. 10 del 2010 la Corte costituzionale parla di «diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno, in particolare alimentare» e ancora di «bisogno alimentare estremo»; sulle «imperiose necessità sociali, indotte anche dalla attuale grave crisi economica nazionale e internazionale,legate ai bisogni alimentari» v. sent. n. 121 del 2010; sui bisogni elementari e vitali v. sent. n 184 del 1988 e n. 173 del 1986; sui mezzi necessari per vivere, il minimo esistenziale ed alimentare sent. n. 31 del 1986; sullo stato di bisogno e necessità terapeutica sent. 342 del 1986; sullo stato di bisogno in relazione ai cittadini stranieri v. sent.

Nella storia dell'umanità, per bisogni si intendono quelle esigenze insopprimibili e primarie connesse alle esigenze di sostentamento, di sopravvivenza e di cura della persona. È questa la dimensione tradizionale dei bisogni, riconnessa alla possibilità di poter contare su taluni beni ritenuti fondamentali e necessari per le esigenze di vita quotidiana del singolo.

A ben vedere il bisogno non sempre ha a che fare con la prestazione di beni e servizi oggetto di tutela dei diritti sociali di prestazione. Il bisogno, in quanto esprimente una necessità di tutela giuridica, può avere rapporti anche con il sistema delle libertà negative; esso, infatti, può riguardare non solo la soddisfazione di esigenze materiali (diritto al sostentamento alimentare, alla salute, all'abitazione, all'assistenza, alla previdenza etc.) ma può riguardare anche condizioni generali di sicurezza e di protezione, di hobbesiana memoria, quali presupposti per una pacifica ed ordinata convivenza ovvero quali condizioni primarie di esistenza di un ordinamento e di legittimazione di una comunità politica organizzata su base statuale. Siffatto obbligo di protezione da parte dello Stato, dunque, pare investire i cittadini nei loro fondamentali bisogni che sono tanto di sicurezza individuale quanto di benessere sociale.

Sotto tale profilo, nonostante un approccio dogmatico tradizionale di segno contrario, emerge la comune attitudine dei diritti sociali e dei diritti di libertà ad atteggiarsi a diritti di prestazione economica nei confronti del sistema dei pubblici poteri. La differenza in tale caso può essere rappresentata, non tanto dal carattere oneroso dei soli diritti sociali, quanto dal fatto che questi ultimi presuppongono l'acquisizione o, comunque, l'accesso a beni rivali (che mirano alla tutela di interessi, individuali e sociali, oggetto di puntuali diritti soggettivi) mentre i diritti di libertà sono finalizzati a tutelare beni e bisogni (libertà, sicurezza, giustizia) inescludibili e non rivali oggetto di altrettanti diritti soggettivi[99].

La esatta perimetrazione dell'area dei bisogni sociali resta la vera grande questione, resa ancor più problematica dall'emergere di nuovi bisogni (legati, ad esempio, all'evoluzione del progresso tecnologico e medico-scientifico) ovvero dal (ri) emergere di bisogni antichi ed originari ma in capo a soggetti "nuovi" che giungono sul territorio nazionale in conseguenza di flussi migratori che fanno arrivare, per lo più, sulle nostre coste (quando non perdono la vita lungo il tragitto) masse di diseredati che fuggono dalla brutalità della fame, delle persecuzioni e delle guerre.

In ordine al primo aspetto occorre tenere presente che la trama complessa, la pregnanza assiologia delle disposizioni costituzionali sul princi-

n. 2 del 2013; la sent. 222 del 2013 si occupa di una« provvidenza che, alla luce della scarsità delle risorse destinabili alle politiche sociali nell'attuale contesto storico, non potrà che venire riservata a casi di indigenza»; sul bisogno rappresentato dalle relazioni familiari e da bisogni del cittadino straniero sent. n. 40 del 2011, 172 del 2012, 133 del 2013; 203 del 2013, 172 del 2013, 168 del 2014.

[99] Per tale ricostruzione cfr. Q. Camerlengo - L. Rampa, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 69.

pio personalista e sull' inviolabilità dei diritti nonché la loro interpretazione combinata possono far emergere nuove esigenze ed inediti bisogni di tutela capaci di dare vita a nuove ipotesi di diritti sociali fondamentali[100].

L'espansione dei diritti sociali, peraltro, non solo deve misurarsi con la scarsità e la limitatezza delle risorse, tali per cui alla loro progressiva espansione corrisponde proporzionalmente la loro in-attuazione[101], ma anche con quelle esigenze di dislocazione e redistribuzione delle risorse implicate dal processo politico democratico e da un fisiologico conflitto tra gli interessi antagonisti che strutturano le società pluraliste. Il rischio, in altri termini, è che la lotta per il riconoscimento costituzionale dei diritti si trasformi in uno strumento *divoratore della democrazia* e *dello spazio politico*[102].

L'accesso alla rete, l'uso di moderni dispositivi di comunicazione ed informazione paiono direttamente correlati all'esercizio anche dei tradizionali diritti di libertà (libertà di comunicazione, informazione, insegnamento etc.). Difficile contestare che il c.d. *digital divide* rischia di trasformarsi in un potente generatore di diseguaglianza e di esclusione sociale[103].

In ordine al secondo aspetto, come le recenti cronache dimostrano, non è possibile ignorare i bisogni elementari di coloro che, in maniera regolare o irregolare, giungono sul nostro territorio.

Da qui la proposta di un *costituzionalismo dei bisogni*[104] che allude alla necessità di prendersi cura delle condizioni concrete dell'esistere fondate *sull'inviolabile dignità di tutti e di ciascuno*; in tale prospettiva l'inderogabile tutela della dignità della persona non può conoscere frontiere.

Ed è di tutta evidenza che la lotta alle diseguaglianze ed alla povertà deve essere condotta su scala globale e che, come è stato osservato, gli artt. 2, 3 Cost., interpretati alla luce dell'art. 11 Cost., «delineano un progetto di società che è necessariamente orientato verso l'esterno» e, ancora, che «politiche di aiuto agli altri popoli, politiche di diffusione del benessere sociale, di collaborazione al consolidamento democratico e di giustizia sociale, non sono, dal punto di vista costituzionale, irrilevanti, e non costituiscono perciò mere opzioni legislative»[105].

[100] Sui nuovi diritti sociali cfr. S. Scagliarini, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in www.gruppodipisa.it

[101] In tal senso A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi.(Necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile*, *op. cit.*, 4.

[102] In tal senso A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, 179.

[103] Sulla rilevanza costituzionale di internet nonché sulla opportunità di costituzionalizzare il diritto di accesso alla rete v. G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/2011, spec. pr.4.

[104] Su tale nozione cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari,2012, 37 e 94 ss.

[105] A. D'Aloia, *Giustizia e società*, *cit.*, 22

A ben vedere, del resto, lo stesso principio di eguaglianza, in via di principio, esclude discriminazioni tra la posizione del cittadino e quella dello straniero quanto al godimento dei diritti e delle libertà fondamentali[106].

Per tornare all'ambito nazionale, poi, risulta difficile negare che una certa tendenza alla crescita quantitativa e qualitativa dei bisogni (spesso più artificiali che reali) sia frutto di logiche consumistiche, legate all'affermazione di stili di vita e di consumo indotti da un certo modello di sviluppo economico, fondato sulla produzione e consumo di beni (in buona parte superflui) secondo ritmi e quantità sino a pochi decenni fa del tutto inimmaginabili[107].

S'impone così la necessità di distinguere bisogni fondamentali reali da quelli indotti ed apparenti, sganciati da oggettive ed autentiche esigenze di sviluppo della persona e di tutela della sua dignità personale e sociale[108].

Tale distinzione appare non priva di difficoltà, posto che le relazioni tra individui e gruppi e la percezione delle diseguaglianze e della propria condizione sociale paiono non poco influenzate dalle propensioni al consumo anche di beni del tutto voluttuari.

Certo è che l'obbligo costituzionale di rispondere a bisogni primari, insopprimibili ed essenziali dell'individuo, cittadino o non cittadino, finisce per risentire delle condizioni di inadeguatezza delle risorse disponibili che fanno dei diritti sociali una particolare categoria di diritti soggettivi la cui piena ed effettiva tutela rimane condizionata dalle scelte legislative di approntare le relative provviste finanziarie ovvero di realizzare le attività organizzative ed i presupposti funzionali per la loro concreta soddisfazione[109].

Da qui la difficoltà di selezionare i bisogni materiali prioritari ed essenziali su cui concentrare le risorse disponibili. Ritorna anche qui il tema dell'

[106] Sull'applicazione del principio di eguaglianza e sul riconoscimento dei diritti sociali a favore degli stranieri, più di recente, cfr. Corte cost. 40 del 2011; 245 del 2011; 172 del 2012; 2 del 2013; 133 del 2013.

[107] Ammonisce sui rischi dovuti alla confusione tra diritti soggettivi e diritti soggettivi costituzionali nonché sulla incontrollata espansione di diritti fondati su pulsioni iper-soggettive e narcisistiche A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi. (Necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile*, in www.rivistaic.it, 9.

[108] Nell'arduo compito di individuare i bisogni, peraltro, sono possibili due tipi di approcci differenti: uno storicista ed uno giusnaturalista; il primo tenderà a considerare i bisogni in relazione alla dimensione spazio-temporale e secondo i processi di evoluzione storica dei singoli contesti sociali; il secondo approccio aspirerà a definire i bisogni fondamentali secondo una logica universalistica e metastorica. Si tratta di aspetti che riguardano, più che altro, la teoria della giustizia indagata in sede filosofica da autori come J. Rawls e M. Nussbaum.

[109] Anche qui riemerge il carattere plurale e differenziato dei diritti sociali, posto che non tutti tra di essi risultano essere condizionati dalle disponibilità finanziarie e dalle scelte organizzative ed amministrative dei pubblici poteri; sul punto F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, *op. cit.*, 65 ss.

uguale soddisfazione di eguali bisogni[110] e quello della natura insopprimibile, in particolare, di taluni bisogni.

In momenti di grave insufficienza delle risorse pubbliche e di sofferenza per i bisogni sociali essenziali pare inevitabile un ripiegamento recessivo delle esigenze di promozione del merito: proprio perché tanto la sollevazione dal bisogno, quanto il riconoscimento sociale delle capacità del singolo rispondono ad una finalità di pieno svolgimento della sua personalità, non pare revocabile in dubbio che, in regime di risorse scarse, la prima esigenza sia prevalente rispetto alla seconda.

Non può esserci spazio per il merito in situazioni nelle quali rimangono senza risposta bisogni essenziali e vitali degli individui[111].

Sotto altra prospettiva, invero, si è messo in rilievo che «la risposta ai bisogni sociali prima ancora che dal chiedere una prestazione viene trovata nell'esperienza umana all'interno dei rapporti sociali e della vita relazionale di cui siamo naturalmente capaci di dotarci»[112].

Le politiche di contrasto delle diseguaglianze e delle diverse forme di disagio sociale, in altri termini, andrebbero impostate non tanto e non solo

[110] In relazione all'art. 38 Cost. particolarmente chiara appare Corte cost. sent. n. 31 del 1986 :«se ci si riferisce al primo comma dello stesso articolo [i. e. art. 38 Cost.], e cioè ai mezzi necessari per vivere, al minimo esistenziale, alimentare, ed in tal caso é legittimo richiedere un'indifferenziazione, un'uniformità, una determinazione quantitativa unica, per tutti i cittadini».

[111] Un tentativo di definizione e di classificazione dei beni si trova in L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, *op. cit.*, 227 ss. il quale distingue beni fondamentali e beni patrimoniali; i primi alludono a beni indisponibili ed accessibili a tutti in quanto oggetto di diritti fondamentali che a loro volta si suddividono in beni comuni (il cui uso o accesso è vitale e che rappresentano l'oggetto di diritti fondamentali di libertà di uso o di godimento); beni personalissimi (le parti del corpo umano) e beni sociali (farmaci salvavita ed alimenti di base); i secondi sono beni disponibili ed oggetto di diritti patrimoniali. Si tratta, tuttavia, di distinzione diversa da quella, di recente proposta, di beni comuni sulla quale non si registrano opinioni condivise né in relazione al loro statuto giuridico né alla loro esatta individuazione; su tale ultima nozione cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, *op. cit.*, 122 ss.; in senso critico cfr. E. Vitale, *Contro i beni comuni*, Roma-Bari, 2013, spec. 69 ss. In sede filosofica la Nussbaum ha elaborato un articolato catalogo di capacità umane centrali senza le quali una vita non è degna di essere vissuta; detto catalogo comprende: la vita, la salute fisica, l'integrità fisica, sensi/immaginazione e pensiero, sentimenti,ragion pratica, appartenenza (poter vivere con gli altri ed avere basi sociali per il rispetto di sé), le relazioni con altre specie (animali e piante), gioco e controllo del proprio ambiente; sul tema cfr. M. Nussbaum, *Le nuove frontiere della giustizia,* Bologna, 2007, 93-95.

[112] Così E. Longo, *Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali*, in *Dir. soc.*, 1/2014, 73; tale A., in particolare, inquadra i diritti sociali nell'ambito di una teoria relazionale la quale oltre a presupporre la natura sociale di tali diritti ritiene che i mezzi attraverso i quali i bisogni che ne sono oggetto possono essere soddisfatti siano frutto delle negoziazioni e delle interazioni tra soggetti ed istituzioni; in termini analoghi è stato osservato che «lo sviluppo della persona umana non è associato solamente al soddisfacimento di bisogni materiali, ma anche a quello dei bisogni partecipativi e relazionali» così, richiamando il pensiero di Zamagni, G. Razzano, *Lo statuto costituzionale dei diritti sociali*, *cit.*, 29.

sulla tradizionale e generalizzata redistribuzione dei redditi, assegnazione di beni materiali e offerta di servizi quanto tenendo conto delle specifiche capacità, delle particolari condizioni personali e di contesto dei singoli, sulla scorta delle quali andrebbero selezionate le risorse e le opportunità. Beni e servizi potrebbero «non bastare qualora non si abbia la capacità di servirsene in modo da soddisfare i propri bisogni»[113].

E, tuttavia, pur riconoscendo la natura costitutivamente relazionale dei diritti sociali, la quale rinvia ad una serie di possibili risposte incombenti non solo sul sistema dei poteri pubblici ma anche sulle diverse articolazioni della società, resta il fatto che l'erogazione di beni, servizi ed utilità materiali primarie e vitali chiama direttamente in causa le capacità di intervento ed assistenza dello Stato sociale [114].

Vi sono, poi, ambiti e ragioni di ristabilimento dell'eguaglianza per mezzo di deroghe all'eguaglianza formale a fini di promozione sociale e di ristabilimento delle pari opportunità che parrebbero emanciparsi tanto dall'ottica della soddisfazione dei bisogni quanto dalla tutela del merito. È il caso della c.d. parità di genere, delle azioni positive a favore delle donne e delle forme di democrazia paritaria. A rigore in tali casi non sembrerebbero ricorrere né esigenze di liberazione dal bisogno (ovvero di soddisfazione di esigenze primarie della persona) né ragioni di tutela del merito individuale. Si tratta piuttosto di istanze generali avvertite dall'ordinamento il quale ricorre a forme di garanzia ora dei punti di partenza (politiche antidiscriminatorie) ora dei punti di arrivo (azioni positive atipiche)[115] al fine di rendere effettivo l'esercizio dei diritti di partecipazione politica e sociale delle donne[116]. Ebbene anche la tematica della parità di genere si riconnette al concetto di pieno sviluppo della persona umana, assumendo il presupposto fattuale della conclamata inadeguatezza del principio di eguaglianza formale al fine della rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che hanno tradizionalmente impedito alle donne un pieno ed effettivo esercizio dei diritti politici e sociali.

[113] E. Longo, *Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali*, *cit.*, 79.

[114] Conviene sul punto E. Longo, *Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali*, *cit.*, 89.

[115] Per un recente esempio in tale direzione v. legge n. 120 del 2011 la quale prevede la riserva di quote a favore delle donne nei consigli di amministrazione delle società quotate in borsa ed in quelle pubbliche.

[116] La Corte costituzionale come noto ravvisa dei precisi limiti al dispiegamento dell'eguaglianza di risultato nell'ambito della rappresentanza politica, ritenendo che l'esercizio dei diritti politici presupponga una rigida applicazione delle regole dell'eguaglianza formale ex art. 3, comma 1, Cost. Per una panoramica della giurisprudenza costituzionale in tema di pari opportunità di genere cfr. E. Frontoni, *Eguaglianza e rappresentanza politica: quote "rosa" o norme antidiscriminatorie?* in Aa. Vv., *Le declinazioni dell'eguaglianza*, a cura di A. Celotto, Napoli, 2012, 137 ss.; M. Caielli, *La promozione della democrazia paritaria nella legislazione elettorale regionale: un altro "via libera" della Corte costituzionale*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 1/2010; Aa. Vv., *I diritti delle donne nella Costituzione*, a cura di M. Gigante, Napoli, 2007.

Siamo cioè di fronte a strumenti di tutela giuridica che, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 3, secondo comma, Cost.[117], danno vita ad un *diritto diseguale* al fine di rimuovere situazioni di svantaggio determinate dal genere sessuale.

Nella versione più incisiva e radicale, le politiche volte alle pari opportunità di genere si traducono nel garantire l'eguaglianza dei risultati. Le diseguaglianze di genere, peraltro, possono sovrapporsi alle diseguaglianze sociali, dando luogo, in ipotesi, a forme di discriminazione sociale, tali per cui le ragioni di eguagliamento in base al sesso prevalgono su quelle in base alla condizione sociale. Non sempre agevole, dunque, risulta la composizione tra le diverse ragioni ed i diversi profili di comparazione delle differenze e quelle di tutela giuridica[118].

### 4.3. Profili definitori e problematici del "merito". La categoria del "merito" nella Costituzione repubblicana

Prendiamo ora in considerazione la categoria del "merito".

Dal punto di vista definitorio occorre intendersi su cosa significhi *merito*, presentando l'espressione linguistica una certa ambiguità[119].

Esso potrebbe essere apprezzato in ragione dei soli talenti innati dei singoli e della capacità di costoro di raggiungere taluni risultati a prescindere dal grado di impegno profuso nel perseguimento di un risultato. Anche se nella letteratura non mancano tentativi volti a dare risalto anche alle motivazioni e agli intenti dei singoli, resta chiaro che il merito si desume e si misura essenzialmente sui risultati conseguiti.

L'esplicito riconoscimento del merito individuale, come fonte di differenziazioni giuridico-normative, figura nell'art. 34, comma 3, Cost. e può essere ravvisato anche nell'art. 97 Cost. laddove il richiamo al canone del buon andamento della Pubblica amministrazione e del concorso quale criterio generale di reclutamento del personale, lascia chiaramente intendere una selezione improntata su basi meritocratiche.

[117] Ma si vedano anche art. 51, comma 1, e 117, comma 7, Cost.

[118] I rischi connessi ad un uso distorto delle azioni positive e la necessità di ricorrere ai criteri di eguaglianza dei risultati in ambito sessuale in maniera graduale e controllata con costante riferimento ai risultati raggiunti sono evidenziati da M. Ainis, *La piccola diseguaglianza*, *op. cit.*, 84 ss. Sul fatto che le azioni positive, derogando alle ordinarie regole della competizione, sarebbero incompatibili con il criterio meritocratico e che le stesse non assolvano *ex se* ad una funzione di promozione sociale è evidenziato da Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, *op. cit.*, 390 ss.

[119] Il conio del sintagma meritocrazia si deve a M. D. Young, *L'avvento della meritocrazia*, Milano, 1962 secondo il quale il merito è in funzione sia dell'abilità sia dello sforzo (A+S).

L'approccio meritocratico, in quanto fondato su una logica acquisitiva e non ascrittiva, presuppone l'eguaglianza delle opportunità di accesso (c.d. meritocrazia formale), pur non mancando un'altra concezione (c.d. meritocrazia sostanziale) che non si limita a neutralizzare l'influenza familiare nella gara competitiva ma presuppone un eguagliamento anche delle «possibilità di sviluppo dei meriti, neutralizzando l'influenza della lotteria sociale»[120] la quale implica interventi pubblici della più varia natura (contrasto del disagio familiare, erogazione di servizi all'istruzione, occasioni di interazione e crescita sociale, sostegno all'istruzione di lungo corso etc.) [121]. In via di principio, poi, l'applicazione del principio meritocratico richiede la soddisfazione di condizioni e presupposti che sul piano empirico non sono sempre agevolmente verificabili[122]. Ma ciò che più conta è che la rimozione continuativa degli ostacoli e delle condizioni di vantaggio sociale e familiare (i cd meriti ereditati) che dovrebbe essere realizzata per garantire un'effettiva parità di *chances* nella competizione tra gli individui, presuppone un intervento dello Stato pervasivo ed invasivo in tutte le sfere di libertà economica e sociale, tanto da potersi tramutare, secondo la critica espressa da parte liberista, in un pericoloso incubo[123].

Ciò posto, anche a proposito del merito, possono svolgersi talune considerazioni che valgono meglio ad inquadrarlo e riconoscerlo nel sistema costituzionale, indagandone fondamenti, significati e risvolti applicativi, utili a cogliere la già richiamata dimensione (non solo individualistica ma anche) sociale e persino istituzionale.

Tanto la garanzia del diritto allo studio ex art. 34 Cost. ma ancor più esplicitamente il reclutamento del personale nella P. A. secondo meriti individuali (art. 97 Cost.)[124], rispondono anche ad esigenze di efficienza nello

[120] Su tale distinzione v. M. Franzini - E. Granaglia- M. Raitano, *Dobbiamo preoccuparci dei ricchi?,* Bologna, 2014,79.

[121] Non v'è chi non veda come larga parte degli interventi tendenti a neutralizzare la lotteria della vita altro non sono (*rectius* dovrebbero essere) che le prestazioni che un efficiente Stato sociale dovrebbe aver cura di garantire per il benessere degli individui, delle famiglie e dei gruppi più svantaggiati, anche a prescindere dalla partecipazione a gare competitive. Resta il fatto, peraltro, che possono darsi tensioni tra le esigenze della meritocrazia formale e quelle della meritocrazia sostanziale atteso che per sviluppare le capacità dei soggetti svantaggiati occorre tassare quanti hanno vinto la gara competitiva, beneficiando della mera parità dei punti di partenza; su tali aspetti, ancora, v. M. Franzini - E. Granaglia - M. Raitano, *Dobbiamo preoccuparci dei ricchi?, op. cit.*, 83.

[122] Sul punto v. G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo, op. cit.*, 76.

[123] Si tratta dell'obiezione formulata, in particolare, da F. A. Von Hayek, riportata da M. Ainis, *La piccola eguaglianza*, *op. cit.*,78.

[124] Sul fatto che il concorso pubblico sia «un meccanismo imparziale di selezione tecnica e neutrale dei più capaci sulla base del criterio del merito» v. Corte cost. sent. n. 363 del 2006 ma si vedano, ex plurimis, anche sentt. n. 1 del 1999, n. 448 del 2006, n. 194 del 2002, n. 213 del 2010, n. 310 del 2011.

svolgimento di funzioni pubbliche. Di una P. A. efficiente, composta di impiegati, funzionari e dirigenti capaci e reclutati sulla base del loro esclusivo merito, infatti, si gioveranno non solo questi ultimi ma, com'è evidente, anche lo svolgimento dell'azione amministrativa e, dunque, lo stessa soddisfazione dei diritti di cittadinanza che presuppongono un'attività o una funzione amministrativa.

Non mancano altre disposizioni costituzionali che lasciano intravedere spazi di riconoscimento del merito e delle correlative differenziazioni di trattamento giuridico.

L'art. 36 Cost. prevedendo che «il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro» presuppone una disparità di trattamento commisurata tanto alla quantità quanto alla qualità della propria prestazione.

L'art. 33, comma 5, Cost. nel sancire che «è prescritto un esame di stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale» implica una necessaria valutazione positiva esclusivamente fondata sui risultati raggiunti e sui meriti personali ai fini del conseguimento dei titoli di studio e dell'accesso al mondo delle professioni.

Anche la libertà di iniziativa economica (ex art. 41 Cost.), combinata con la tutela della concorrenza tra imprese (ex art.117, secondo comma lett. e) Cost.), non può ritenersi estranea ad aspetti di affermazione delle capacità imprenditoriali che potrebbero emergere a condizione che il mercato risulti accessibile a nuovi soggetti imprenditoriali[125].

A ben vedere la giustificazione di forme di differenziazione sulla base delle proprie capacità personali e di merito affiora anche nei sistemi di rappresentanza democratica nei quali la possibilità da parte dei rappresentati di selezionare i rappresentanti, presuppone (*rectius* dovrebbe presupporre) una certa capacità personale che induca l'elettore a votare il candidato ritenuto più adeguato e più meritevole di assumere una data responsabilità politico-istituzionale.

Come è stato, infatti, osservato «la rappresentanza è essa stessa una forma di selezione»[126]. Nella teoria democratica, e non solo nell'ambito del pensiero elitista, non mancano autori che, più o meno esplicitamente, hanno ammesso il necessario ricorso a criteri meritocratici.

Si deve a Schumpeter, in particolare, una esplicita teorizzazione della democrazia competitiva in virtù della quale i *leader* politici partecipano ad una competizione che ha per oggetto il voto popolare, ricorrendo a tecniche comunicative ed a strategie politiche in tutto simili a quelli che definiscono la concorrenza nell'economia di mercato[127].

[125] Spunti in tal senso, più di recente, nella sent. Corte cost. n. 220 del 2012.

[126] Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, *op. cit.*, 367.

[127] Su tali aspetti v. J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano,1955, spec. 252-256

Lo stesso Kelsen, peraltro, mettendo a confronto i regimi autocratici con quelli democratici, aveva evidenziato che anche questi ultimi hanno bisogno di scegliere un capo che si realizza attraverso «l'ascesa dei migliori»[128].

I rischi di una certa retorica meritocratica, invero, sono messi ben in evidenza proprio dalla difficoltà di far valere criteri di merito e di capacità nelle selezione della classe politica.

Il condizionamento esercitato da molti fattori (interni ed esterni alla competizione) finisce per alterare la selezione dei migliori, come reso evidente dalla qualità media della classe politica nazionale (ma soprattutto locale) e dalla diffusione di pratiche clientelari e, spesso, criminali.

Certo è che la meritocrazia è frutto della società individualizzata[129] nella quale conta il raggiungimento del risultato "costi quel che costi" e nella quale l'eguaglianza sociale non è più un valore. Una siffatta concezione del merito rischia di aggravare le forme di rivalità sociale e di aggressività competitiva a tutto danno del recupero della dimensione solidaristica che conosce, da tempo, un profondo declino[130].

Restano da chiarire, invero, le modalità di misurazione e le garanzie di valutazione dei meriti i quali rischiano di perpetrare nuove ingiustizie e discriminazioni nei confronti dei più deboli e dei meno garantiti[131].

Non tutti i settori professionali, non tutti gli ambiti, infatti, si prestano agevolmente alla valutazione dei meriti individuali. Specie in riferimento alle attività formative ed educative, alle professioni intellettuali, in genere, il rischio è che nella valutazione del merito e nell'attribuzione delle premialità si consolidino modelli organizzativi, tendenze culturali dominanti a svantaggio non solo della libertà di autodeterminazione del singolo ma anche delle connotazioni pluralistiche del sistema complessivamente considerato[132].

Si tratta di un'impostazione che, pur coerente con le tendenze della società consumistica, finisce per svalutare forme di promozione sociale e di pieno sviluppo della persona in una dimensione non meramente materialistica. Finisce, in altri termini, per essere valorizzata solo la componente individualistica ed utilitaristica mentre gli obiettivi di promozione sociale in sede costituente erano stati immaginati in un contesto assai più complesso e comprensivo anche della dimensione comunitaria.

[128] H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, 1982, 27.

[129] Z. Bauman, *La società individualizzata*, Bologna, 2002.

[130] Sul punto, più di recente, S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 3 ss.

[131] «Il merito non è mai puro perché in misura diversa, rimane influenzato dalle condizioni di partenza e di contesto (oltre che dalle capacità naturali delle persone)» G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo,op. cit.*, 76.

[132] Il problema si è posto con particolare evidenza nell'ambito delle procedure di reclutamento e di valutazione dei docenti universitari laddove la disciplina normativa non distingue adeguatamente le specificità disciplinari dei diversi insegnamenti, equiparando le materie umanistiche a quelle scientifiche.

Ad ogni modo, rischiando forse di peccare di eccesso di realismo, porsi il problema del c.d. pareggiamento durante la corsa, al fine di neutralizzare le condizioni di privilegio sociale e/o familiare che tendono a riaffiorare durante la competizione, pare discorso alquanto astratto, posta l'estrema difficoltà che incontrano i poteri pubblici nel garantire la parità di *chances* e la c.d. meritocrazia formale.

## 5. Valorizzazione del merito ed apertura del processo democratico

In una prospettiva non meramente individualistica ma solidale, dalla valorizzazione del merito potrebbero scaturire rilevanti capacità di rinnovamento democratico che, attraverso l'elevazione sociale dei capaci e dei meritevoli può concorre al ricambio delle classi dirigenti ed al contrasto dei ripiegamenti oligarchici tipici di tutte le democrazie ma particolarmente forti nella struttura sociale del nostro Paese.

La valorizzazione del merito individuale potrebbe consentire (molto più efficacemente di una tradizionale logica di redistribuzione delle risorse) il raggiungimento di quegli obiettivi di equità e di mobilità sociale che connotano tutte le società sviluppate e di cui potrebbe avvantaggiarsi la società nel suo complesso, traendone profitto tutte le articolazioni della società che verrebbero dirette da persone adeguate e competenti, a prescindere da privilegi derivanti da relazioni di classe o di appartenenza familiare o sociale.

Non c'è dubbio che, sotto molti profili, le prestazioni dello Stato sociale restano deludenti in considerazione della loro scarsa efficacia in termini di pareggiamento sociale, delle sperequazioni e delle distorsioni clientelari di cui è stato vittima. Soprattutto in tempi recenti i sistemi di protezione sociale non hanno assicurato l'effettivo raggiungimento dell'eguaglianza dei punti di partenza né alcuna apprezzabile promozione sociale.

Tutto ciò ha largamente contribuito prima ancora che al deperimento finanziario dello Stato sociale alla sua delegittimazione politica ed alla sollecitazione di altri percorsi volti alla realizzazione di quelle aspettative di emancipazione e promozione sociale che lo stesso non sempre ha saputo garantire.

Bisognerebbe indagare, allora, quanta parte dell'immobilismo sociale, delle rendite di posizione, delle diseguaglianze presenti nel nostro Paese siano addebitabili alla scarsa propensione al riconoscimento ed alla valorizzazione del merito. La vivace polemica, in voga nell'ultimo decennio nel nostro Paese, sulla *casta*, sul diffuso regime di cooptazione e di nepotismo in ampi settori sociali (informazione, università, professioni, istituzioni etc.) si riconnette alla distanza della classe politica rispetto agli interessi ed alle esigenze dei consociati.

La mancanza di criteri meritocratici nella selezione della classe dirigente, dunque, si spiega in virtù di questo contesto di soggezione nei confronti dei

potenti di turno, di omologazione culturale e di chiusura familistica delle sedi di assunzione delle responsabilità pubbliche e collettive[133].

È abbastanza agevole rilevare come né il principio di eguaglianza formale né quello di eguaglianza sostanziale, specie negli ultimi due decenni, siano riusciti a realizzare quella democrazia partecipata la quale non si dovrebbe limitare a riconoscere, solo in via teorica, a tutti i cittadini pari diritti di scelta e di accesso alle sedi rappresentative e decisionali, ma dovrebbe consentire ad essi fattivamente, a prescindere dalla loro condizione sociale, di partecipare alle competizioni elettorali.

Molte le ragioni del ripiegamento oligarchico (a tratti notabilare) del sistema politico: costo elevato delle campagne elettorali (amplificato dalle forme di politica-spettacolo), meccanismi di reclutamento delle élite politiche improntate a criteri di cooptazione e necessaria fidelizzazione con i dirigenti politici, locali e nazionali. Risulta alquanto evidente che le possibilità di avvicendamento e di rinnovamento del personale politico sono ostacolate dalle rendite di posizione (politiche, economico-finanziarie ed informative) di quanti già detengono, nei diversi settori della vita sociale, quote rilevanti di potere.

La sclerotizzazione e sostanziale chiusura delle sedi della rappresentanza e delle decisioni politiche rappresentano una parte non piccola della crisi della politica e della rappresentanza parlamentare, alimentate proprio dalla sfiducia del corpo elettorale di poter concorrere a raggiungere quei risultati di ricambio dei gruppi politici dirigenti all'interno dei partiti politici e delle istituzioni.

Ne deriva quella fatale chiusura dei processi di comunicazione politica e di partecipazione democratica che ha condotto alla diffusione di atteggiamenti antipolitici di rifiuto e contestazione delle regole della vita politica democratica.

Tendenze involutive del processo politico, immobilismo dei ceti dirigenti e blocco della promozione sociale sono tutti elementi che concorrono al deperimento, oggi, della democrazia sostanziale e che potrebbero, domani, mettere in discussione la stessa legittimità delle regole della democrazia formale.

La selezione meritocratica della classe politica è fenomeno, di certo, non nuovo teorizzata e studiata dal filone di pensiero elitista. La democrazia non è incompatibile con le élite ma a condizione che i criteri di formazione delle stesse restino aperti a tutti e non suscettibili di realizzare aprioristiche discriminazioni in danno di singoli o gruppi atteso che «la promozione sociale […] riposa sul principio democratico nella misura in cui rappresenta il canale attraverso il quale l'accesso al potere politico non sia il frutto di atteggiamenti elitari da parte di sodalizi circoscritti di individui che si trasmettono le rispet-

[133] Su tali aspetti G. Zagrebelsky, *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Roma 2014, 38 ss.

tive posizioni in virtù di legami familiari o di intensa e radicata affinità sociale e culturale» [134].

E, tuttavia, il problema pare essere più complesso e non riducibile a mere questioni (pur rilevanti) di meritocrazia. La dissoluzione delle tradizionali identità politico-partitiche, la volatilità dei ruoli sociali e lavorativi[135], indotte ed amplificate dalla perdita di coesione sociale e di rappresentanza organizzata degli interessi sociali nell'ambito della sfera politica, rischiano di aggravare i processi di delegittimazione dei partiti e delle istituzioni e della politica in quanto tale.

## 6. Globalizzazione economica e sfide competitive: merito e bisogno in tempo di crisi (la svolta meritocratica in regime di scarsità delle risorse, tra retorica e possibili usi strumentali)

Non da oggi una serie di fattori, nazionali ed internazionali, di natura economica, politica ma anche tecnologica hanno messo in discussione le fondamenta del compromesso fordista e del conseguente modello welfarista, che pure aveva garantito crescita economica ed un'ampia garanzia dei diritti sociali. L'andamento negativo del ciclo economico ma più profonde e strutturali ragioni insite nel sistema di produzione capitalistico, hanno ampliato su scala planetaria la concentrazione della ricchezza ed i fattori di dis-eguaglianza[136].

Quello che più ha risentito di tale involuzione è proprio il diritto al lavoro. Il processo di globalizzazione[137] e quello di integrazione comunitaria hanno reso sempre più stringenti i vincoli di dipendenza del sistema economico e politico, realizzando una progressiva erosione di sovranità, intesa come capacità decisionale autonoma degli Stati e non condizionata dal contesto europeo ed internazionale né dagli operatori economici globali.

La riforma costituzionale dell'art. 81 Cost., come noto, si inserisce in tale contesto di austerità imposta dalle esigenze di risanamento della finanza pubblica e di contenimento del debito pubblico alla quale corrisponde un fatale ripiegamento dello Stato sociale.

La riduzione delle risorse disponibili, la difficile sostenibilità finanziaria di larga parte dei diritti sociali e le concorrenti politiche di austerità imposte dalle esigenze di risanamento della finanza pubblica hanno comportato che

[134] Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, *op. cit.*, 364.

[135] M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, *cit.*, 651.

[136] T. Piketty, *Disuguaglianze*, II ed, Milano, 2014

[137] Sulla globalizzazione, almeno, v. A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002; M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost*., 1996. 124 ss.

al processo di espansione dei diritti sociali abbia corrisposto la loro diffusa inattuazione, proprio nel momento in cui gli stessi si dimostravano più urgenti per affrontare la situazione di crescente disagio sociale determinato dalla perdita di occupazione e di produttività.

Nondimeno la dimensione europea resta quella che meglio si presta ad individuare le soluzioni praticabili per contrastare talune tendenze planetarie verso lo sfruttamento dei più poveri e l'ottimizzazione del profitto e per ristabilire effettivi e stabili condizioni di maggiore equità sociale a livello nazionale e sovranazionale.

È proprio in tale sfavorevole congiuntura economica che le ragioni di competitività globale hanno indotto una generale rivalutazione di criteri di efficienza e produttività non solo nel settore privato ma anche in quello pubblico. È in coincidenza con la crisi economica, infatti, che avviene la riscoperta meritocratica soprattutto nell'ambito della Pubblica Amministrazione ed in particolare nel settore dell'istruzione, superiore ed universitaria.

Ragioni di implementazione dell'efficienza (spesso sulla scorta di modelli aziendalistici), da un lato, di premialità e di valorizzazione del merito, dall'altro, possono spiegare, allora, le recenti riforme legislative volte all' attenuazione delle garanzie di stabilità nei rapporti di lavoro rientranti nella c.d. tutela reale (d.lgs. n. 23/2015), alla riforma della P.a. (d.lgs. n. 150 del 2009 e legge n. 124 del 2015) a quella dell'Università e della scuola (legge n. 240 del 2010 e legge n. 107 del 2015)[138] e alla responsabilizzazione nell'uso delle risorse da parte delle autonomie territoriali (d.lgs. n. 149 del 2011)[139].

Il contesto culturale nel quale sono maturate le recenti riforme in senso meritocratico, invero, paiono esaltare la componente individualistica e competitiva nei singoli contesti sociali e professionali ad ulteriore detrimento di quella solidaristica.

Ciononostante non bisogna nascondersi che l'aprioristico ed incondizionato rifiuto del riconoscimento del merito individuale può (anch'esso) prestarsi ad usi strumentali e retorici che, di fatto, contribuiscono alla per-

[138] Sulle problematiche sottese alla valutazione in ambito universitario cfr. R. Calvano, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'università italiana*, Napoli, 2012 spec. 93 ss.; G. Azzariti, *Appunto critico sulla crisi dell'Università*, in *Giur. cost.,*2013, 2459 ss. C. Pinelli, *Autonomia universitaria, libertà della scienza, valutazione dell'attività scientifica*, in Id., *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, *op. cit.*, 401 ss.; E. Vivaldi, *Libertà di ricerca scientifica e valutazione: limiti e prospettive in* Aa. Vv*., La ricerca scientifica tra possibilità e limiti*, a cura di A. Iannuzzi, Napoli, 2015, spec.103 ss. Sulla natura ragionevole e proporzionata delle norme contenute negli statuti universitari che prevedono la possibilità di escludere docenti poco produttivi dall'esercizio del diritto di voto per il rinnovo degli organi accademici, assai di recente, cfr. Cons. Stato, VI, n.1929 del 2015.

[139] Il d.lgs. n. 149 del 2011 (c.d. decreto premi e sanzioni) ha dato attuazione *pro parte* alla legge n.42 del 2009 in tema di federalismo fiscale.

manenza di varie forme di inefficienza e parassitismo correlati all' inadempimento dei doveri professionali, tanto più gravi ed intollerabili quando riguardano l'esercizio di funzioni pubbliche.

In tal senso assai ampi sono i margini di attuazione del precetto costituzionale dell'art. 54 Cost. che impone a tutti i cittadini il dovere di fedeltà alla Repubblica, e di osservanza della Costituzione e delle leggi (art. 54, comma 1, Cost.) ed, in particolare, a quelli che svolgono funzioni pubbliche il dovere di adempierle con *disciplina ed onore*(art. 54, comma 2, Cost.)[140].

Una maggiore responsabilità ed un uso più rigoroso dei poteri disciplinari potrebbe contribuire a svolgere quella funzione di incentivazione e di motivazione che si tenta di realizzare con l'esclusivo ricorso a criteri meritocratici[141].

Anche la recentissima riforma elettorale (v. l. 52/2015), come pure quella costituzionale attualmente in discussione in Parlamento, paiono alquanto prossime a questa logica di implementazione del rendimento e delle funzionalità del sistema istituzionale oltreché di contenimento dei costi incidenti sulla finanza pubblica. Si tratta, peraltro, di tendenze politico-istituzionali in atto anche in altri Paesi, proprio per rispondere alla sfida competitiva globale.

Non può dettare perplessità, tuttavia, la circostanza che siffatte riforme rispondano in larga misura ad esigenze di razionalizzazione dei costi e di riduzione della spesa pubblica, rispetto alle quali le misure di incentivazione del merito e di premialità finiscono per essere più apparenti che reali, tanto più se queste si accompagnano a misure di sospensione dei meccanismi di adeguamento di trattamenti retributivi che in larga parte della P.a. risultano già alquanto modesti.

A sollevare forti dubbi in ordine ai reali obiettivi della c.d. svolta meritocratica ed a segnalare i rischi della già evocata retorica meritocratica occorre evidenziare la totale inadeguatezza delle politiche meritocratiche negli ambiti nei quali queste dovrebbero trovare piena e più convinta attuazione per espresso riconoscimento costituzionale. Si intende alludere alla grave scarsità di risorse stanziate per il finanziamento del diritto allo studio nonché ai ritardi nell'attuazione normativa della riforma del settore[142].

[140] Sul tema cfr. A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, spec. 236 ss.; per restare all'ambito universitario, ad esempio, è agevole constatare come una malintesa concezione dell' autonomia universitaria si è spesso prestata strumentalmente a giustificare ora ripiegamenti corporativi ed autoreferenziali ora forme di improduttività ed irresponsabilità di vario tenore che, causando un generale decadimento delle istituzioni universitarie, non hanno giovato né alla classe docente né agli studenti. Su tali aspetti sia consentito rinviare a G. Fontana, *La libertà di insegnamento,* in Aa. Vv., *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, *op. cit.*, spec. 130 ss.

[141] Sulla necessità di una maggiore attenzione ai profili di responsabilità e di forme di aggravamento dell'esercizio del potere v. Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, *op. cit.*, 417 ss.

[142] Cfr. d.lgs. 68/2012.

In relazione all'anno 2014 solo 6 Regioni, infatti, sono riuscite a garantire la totale copertura degli idonei; in 5 Regioni non è stato coperto neanche il 50% del fabbisogno[143]. L'evidente squilibrio territoriale nella soddisfazione del diritto allo studio, peraltro, mostra chiaramente il carattere ora inadeguato ora retorico dell'approccio meritocratico nella tutela dei diritti sociali.

Proprio in una congiuntura nella quale la soddisfazione dei bisogni (spesso elementari) appare messa in discussione, allora, l'eccessiva insistenza su meccanismi premiali ed incentivanti il merito, anche per le ragioni prima evidenziate, rischia di comportare una criticabile allocazione delle scarse risorse disponibili ed un' eccessiva svalutazione del concetto di eguaglianza, non già a fini di sollevazione del bisogno ma di riconoscimento del merito.

La prevalenza delle esigenze di eguaglianza sostanziale fondate sulla rimozione del bisogno (non già sul merito) paiono trovare giustificazione non solo su dati testuali e sistematici della vigente Costituzione ma anche sulla migliore corrispondenza al principio personalista e solidarista (art. 2 Cost.) i quali tendono allo sviluppo della persona ed alla tutela della dignità della persona, a prescindere dal riconoscimento del merito individuale[144]. Se ciò è vero, è ancor più vero nei momenti di emergenza sociale nei quali la scarsità delle risorse deve essere destinata prioritariamente alla liberazione dal bisogno. La difficoltà, semmai, sarà rappresentata dalla individuazione delle priorità e cioè dalla quantità e qualità dei bisogni da soddisfare con precedenza rispetto agli altri. Giusto nei momenti di maggiore difficoltà economica, in altri termini, occorre puntare sulla tutela sulla liberazione dal bisogno, al fine di non interrompere la strategia inclusiva di tutti i consociati che si realizza proprio attraverso i diritti sociali.

## 7. Crisi del *welfare State* e questione democratica

Il necessario ripristino di condizioni minime di eguaglianza, a ben vedere, non riposa solo su ragioni di perequazione sociale e di contrasto delle ingiustizie sociali. La radicalizzazione della nuova questione sociale in corso, infatti, rischia di trasformarsi in una questione di tenuta del sistema democratico.

È sin troppo noto che quanto più crescono la insicurezza e le diseguaglianze sociali tanto più il sistema democratico si gerarchizza, si inquina e si corrompe sulla base di logiche servili e clientelari di compravendita del consenso elettorale.

[143] In tal senso cfr. M. Rubechi, *Il diritto allo studio universitario fra livelli essenziali e modelli regionali,* in Aa. Vv., *La ricerca scientifica tra possibilità e limiti*, *op. cit.*, 222 ss.

[144] Sulla stretta connessione tra liberazione dal bisogno e principio solidarista v. Corte cost. 218 del 1995.

Il dilagare del bisogno, la crescita della povertà (sia assoluta sia relativa)[145], che di recente si registra nel nostro Paese, rischia di mettere in discussione la stessa coesione sociale ed il senso di appartenenza e di inclusione alla comunità politica.

In questa prospettiva di espansione del disagio (se non della emarginazione) sociale possono, allora, essere letti i fenomeni di massiccia astensione dalle consultazioni politiche (nazionali e locali) e di contestazione populistica del sistema istituzionale nel suo complesso.

In tale contesto la trasformazione e degenerazione dei partiti politici[146] , la loro incapacità di porsi quali soggetti credibili della mediazione politica dei conflitti sociali non è motivo di grande incoraggiamento.

La crisi dello Stato sociale, allora, rischia di trasformarsi in quella dello Stato democratico e nello stravolgimento delle premesse assiologiche ed ideali che il primo aspirava ad assicurare e rendere effettive.

Pur senza disconoscere l'importanza che autentiche politiche meritocratiche potrebbero avere nella rivitalizzazione della democrazia nel nostro Paese resta da chiedersi se, nell'attuale momento di crisi economico-sociale, forme di riconoscimento del merito possano contribuire più e meglio delle tradizionali politiche redistributive di protezione sociale alla realizzazione di quel *pieno sviluppo della persona umana e della effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.*

[145] Sul tema, più di recente, C. Saraceno, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Milano, 2015.

[146] Su tali aspetti v. G. Azzariti, *Storia costituzionale e autobiografia della Nazione, in www.costituzionalismo.it*, n. 1/2015.

# L'ACCESSO AI PIÙ ALTI GRADI DELL'ISTRUZIONE (IL DIRITTO ALLO STUDIO ATTRAVERSO LA LENTE DEL PRINCIPIO PERSONALISTA)

Federica Grandi

Sommario: 1. Brevi note introduttive. – 2. Contro il merito puro. – 3. Numero chiuso e valutazione del merito. – 4. Chi sono i capaci e meritevoli privi di mezzi? – 5. Politiche di merito e di de-merito.

## 1. Brevi note introduttive

Nell'enunciato "*I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi*", i Costituenti vollero racchiudere il contenuto del diritto all'accesso all'istruzione superiore ovvero del diritto allo studio, che, "*per concorde riconoscimento delle forze politiche operanti in Italia*"[1], costituiva un postulato della giustizia sociale al pari del diritto all'istruzione (inferiore) con il quale, peraltro, è in rapporto necessario[2].

Un rapporto questo che non è stato interpretato in modo univoco dalla dottrina. La lettura che forse ha trovato maggiore riscontro nell'ordinamento tuttavia è quella che indentifica il diritto all'istruzione nella pretesa ad ottenere la prestazione scolastica per almeno otto anni e, quello allo studio, nella garanzia, per i capaci e meritevoli, anche privi di mezzi, di ricevere l'istruzione superiore facoltativa[3]. Si tratta in entrambi i casi di un diritto sociale[4], benché le due situazioni siano rette da un "diverso principio di fondo":

[1] Assemblea Costituente, *I principi dei rapporti sociali (culturali). Relazione del deputato Aldo Moro*, in *I Sottocommissione. Relazioni*, in *http://archivio.camera.it/resources/atc04/pdf/CD1700000387.pdf* .

[2] Sul diritto all'istruzione come momento necessario per l'accesso agli studi superiori sia consentito rinviare a F. Grandi, *L'accesso ai più alti gradi dell'istruzione. (Il diritto allo studio attraverso la lente del principio personalista)*, su *www.gruppodipisa.it*.

[3] Cfr. A. Meloncelli, *Osservazioni sul cosiddetto diritto all'istruzione*, in *Atti del convegno internazionale di diritto scolastico*, Giuffré, Milano, 1972, 245. La ricostruzione è condivisa pure dalla giurisprudenza costituzionale: sentt. n. 215 del 1987; n. 125 del 1975 e n. 7 del 1967.

[4] Il diritto in parola è, pertanto, individuale e direttamente azionabile: M. Luciani, *Diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, CEDAM, Padova, 1995; cfr. pure I. Ciolli, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne, Roma, 2012; nonché S. Scagliarini, "*L'incessante dinamica della vita moderna*". *I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della*

l'universalismo per il diritto all'istruzione; la selettività per il diritto allo studio[5]. Il giudice costituzionale, infatti, ha ritenuto legittima l'introduzione del numero chiuso in certe facoltà (sent. n. 383 del 1998) e, nondimeno, vi sono delle norme secondarie che hanno imposto meccanismi di programmazione culturale a tutte le università, obbligandole a fissare per ogni corso di laurea un numero massimo di studenti in rapporto al numero minimo dei docenti[6].

Nondimeno, vi è chi, a tutt'oggi, pur condividendo l'idea che il diritto allo studio non abbia i caratteri di una situazione universale, non scorge in esso neppure una pretesa immediatamente fruibile, in quanto condizionata dalla presenza di "apposite previsioni normative e di determinati stanziamenti di bilancio"[7] ovvero chi ritiene che il co. 1 dell'art. 34 - "*la scuola è aperta a tutti*" - si riferisca a tutti i gradi degli studi, sicché il diritto di accedere a quelli superiori non sarebbe riservato solo ai capaci e meritevoli: essi difatti ove "*privi di mezzi*" sono unicamente titolari dei sussidi pubblici[8].

*giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino, G. Scala, G. Verde, *Atti convegno di Trapani, 8-9 giugno 2012*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, 248 ss.

[5] A. Poggi, *Art. 34*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Vol. I, Utet, Torino, 2006, 710. Il diritto allo studio è stato pure inteso come "un accrescimento linguistico" del diritto all'istruzione (*ex multis*: V. Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 54 ss.); nonché come uno dei contenuti di tale ultimo diritto (V. Zangara, *I diritti di libertà nella scuola*, in *Rass. dir. pubb.*, 1959, 435; E. Spagna Musso, *Lo Stato di cultura nella costituzione italiana*, Morano, Napoli, 1961, 155).

[6] Si tratta del d.m. n. 17 del 2010 e del successivo d.m. n. 47 del 2013 in materia di "*Requisiti necessari dei corsi di studio*": si vd. in particolare gli allegati "B" e "C" del d.m. n. 17 del 2010.

[7] E. Fagnani, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica. Il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni ammnistrative e finanziamento del sistema*, Giuffré, Milano, 2014, 155 s.; nello stesso senso: S. De Simone, *Intorno alla gratuità della scuola pubblica*, in *Riv. giur. scuola*, 1967, 224 ss. Si deve ricordare che la Corte costituzionale, tendenzialmente, ritiene che i vincoli di bilancio non possano incidere sul nucleo fondamentale dei diritti (sentt. n. 80 del 2010 e n. 70 del 2015; *contra* la sent. n. 10 del 2015; cfr. I. Ciolli, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum quad. cost.*, 26 maggio 2015, 3 ss.; nonché L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, 1; A. Pirozzoli, *La discrezionalità del legislatore nel diritto all'istruzione del disabile*, in *Rivista AIC*, 2010). La dottrina, sul punto, ha osservato che la Costituzione impone un bilanciamento ineguale, anzi non si tratta "di un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica)": per sintetizzare, "il fine è sempre e solo il soddisfacimento dei diritti della persona, non mai l'efficienza economica in sé e per sé"; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, 491.

[8] M. Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, in *Le dimensioni culturali dell'istruzione*, Atti del convegno di Roma 23-24 gennaio 2014, a cura di F. Angelini, M. Benvenuti, Jovene, Napoli, 2014, 181. L'A. argomenta in tal senso a partire da ragioni sistematiche, nonché richiamando l'attenzione sulla bocciatura in sede di Costituente dei reiterati tentativi di limitare l'accesso agli studi superiori "solo" ai capaci e meritevoli. Altri autori (A. Poggi, *Art. 34*, *cit.*, 703) hanno sottolineato che attorno alla proposta di inserire l'avverbio in questione si sviluppò una discussione principalmente ideologica, imperniata sulla volontà di esaltare l'idea

Ad ogni modo, facendo nostra la ricostruzione che indentifica i titolari del diritto allo studio solo nei soggetti "*capaci e meritevoli*", si pone la questione di individuare il criterio di selezione per l'accesso ai "*gradi più alti degli studi*". Ovvero: quale è il livello di dis-eguaglianza tollerabile per il nostro ordinamento - nella prospettiva dei principi costituzionali che presiedono l'istruzione e l'accesso alla cultura della persona - tra "*capaci e meritevoli*", da un lato, e "non capaci e non meritevoli", dall'altro[9].

## 2. Contro il merito puro

Nel tentativo di precisare il criterio di selezione contenuto nell'art. 34, co. 3 Cost. si deve, anzitutto, verificare se il Costituente abbia voluto assumere il canone del merito "puro", sicché "*capaci e meritevoli*" sarebbero solo i soggetti migliori all'esito della libera (e darwiniana) competizione con gli altri.

A tale ricostruzione paiono opporsi un argomento logico e uno storico.

Dal punto di vista logico, come chiarito dalla sociologia del secolo scorso, la meritocrazia ("pura") si pone in termini oppositivi rispetto alla democrazia[10], per il fatto di creare le condizioni per una modalità classista della trasmissione del potere determinata dal quoziente intellettivo e dalla capacità di lavorare[11]. In realtà, sebbene il merito non si presenti mai come un concetto neutro o assoluto, necessitando sempre di essere definito, in ogni caso esso nasconde la chiave per l'accesso alla classe dominante all'interno di una società[12].

Con particolare riguardo al nostro ordinamento, un concetto di promozione sociale[13], nell'ambito degli studi[14], rivolto esclusivamente ai soggetti

della Costituzione come "programma", alla quale si pose fine con il voto contrario dell'Assemblea.

[9] Nel nostro ordinamento, come si vedrà, la dis-eguaglianza appare accettabile solo se vi è la garanzia della mobilità sociale in funzione dell'abilità e dell'impegno individuale: un serio investimento sul merito, d'altronde, può essere l'antidoto alla disparità delle situazioni di partenza. Per tale ragione e, nondimeno, per evitare le derive opposte in senso egualitaristico si avverte tutta la necessità di una rinnovata attenzione della riflessione costituzionalistica sulle questioni della dis-eguaglianza.

[10] M. Young, *L'avvento della democrazia*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962, 29 ss.

[11] Cfr. *ib.*, 166 s.

[12] N. Bobbio, *Élites*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, UTET, Torino, 1976, 379. Il merito può essere quello del quoziente intellettivo, ma anche quello della nascita o del successo economico: cfr. M. Young, *op. cit*., 116.

[13] Il concetto di promozione sociale rinvia alla "*concreta possibilità di approssimarsi alla classe dirigente, pur partendo da una posizione socialmente estranea alla stessa, attraverso l'attivazione di istituti e garanzie predisposti dal diritto positivo, a cominciare dai princìpi costituzionali*"; Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, Bologna, 2013, 321.

[14] Per la Costituzione il motore della mobilità tra le classi è il lavoro: la promozione sociale si riferisce, infatti, a tutta la vita della persona non solo alla sua formazione; *Ibidem*, 217 ss. Nondimeno: "*Il diritto di studiare, nelle strutture a ciò deputate, al fine di acquisire o di*

più intelligenti e produttivi, si opporrebbe radicalmente al principio personalista. In altre parole, sarebbe incoerente con una costituzione ispirata a tale principio sostenere che è legittima solo la richiesta di istruzione superiore proveniente dai soggetti migliori in senso naturalistico, a prescindere da una valutazione del merito individuale "ponderata" rispetto alla singola persona.

Quanto all'argomento storico, anzitutto, appare poco probabile che i Costituenti abbiano voluto semplicemente costituzionalizzare i principi meritocratici puri della legislazione pre-repubblicana[15]. I Costituenti, infatti, ritennero centrale il problema dell'eguaglianza sostanziale con riferimento all'accesso all'istruzione[16], anche superiore, nella consapevolezza del ruolo della cultura nella creazione delle condizioni per una partecipazione politica effettiva di tutti e nella realizzazione di una società democratica[17].

A riprova di ciò, basti ricordare le disposizioni sui diritti all'istruzione e allo studio così come licenziate dalla I sottocommissione, ossia prima che esse fossero modificate, in sede redazionale, dal Comitato di coordinamento chiamato ad operare meri interventi formali sul testo da portare in Assemblea. Ebbene, quanto all'art. 33, la previsione sulla libertà dell'arte e della scienza era seguita dall'enunciato "*Ogni cittadino ha diritto di ricevere una adeguata istruzione ed educazione per la formazione della sua personalità e l'assolvimento dei compiti sociali*"; mentre l'art. 34, co. 1 conteneva il periodo "*Ogni cittadino ha diritto a ricevere tutti i gradi dell'istruzione, senza altra condizione che quella dell'attitudine e del profitto*". Da entrambe le previsioni soppresse emerge, da una parte, la consapevolezza che il diritto ad "ottenere una adeguata istruzione" era considerato un passaggio necessario per la "formazione della personalità e l'assolvimento dei compiti sociali"[18]; dall'altra, la volontà di costruire l'edificio della formazione scolastica superiore sulla sicurezza di "*ricevere tutti i gradi dell'istruzione, senza altra condizione che quella dell'attitudine e del profitto*".

Le previsioni sacrificate dal Comitato di coordinamento permettono, inoltre, di riconoscere i "*capaci*" nei soggetti dotati di attitudine agli studi e i "*meritevoli*" nei discenti che si applicano agli studi con profitto[19]. Tale inter-

*arricchire competenze anche in funzione di una mobilità sociale e professionale, è d'altra parte strumento essenziale perché sia assicurata a ciascuno, in una società aperta, la possibilità di sviluppare la propria personalità, secondo i principi espressi negli artt. 2, 3 e 4 della Costituzione*" (sent. n. 219 del 2002).

[15] Cfr. V. Atripaldi, *Diritto allo studio*, Editoriale scientifica, Napoli, 1974, 81 s.

[16] Cfr. A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, Il Mulino, Bologna, 2003, 26 s.

[17] E. Spagna Musso, *Lo Stato di cultura nella costituzione italiana*, *cit.*, 46 ss. Più recentemente: V. Atripaldi, *Introduzione*, in Le *dimensioni costituzionali dell'istruzione*, *cit.*, 24; M. Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, in *Idem*, 152 ss. Sul rapporto tra partecipazione politica e rendimento democratico: cfr. R.A. Dahl, *Sulla democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 41 ss.

[18] V. Atripaldi, *Diritto allo studio*, *cit.*, 24.

[19] *Ibidem*, 82 s.

pretazione appare condivisa dalla giurisprudenza, laddove, sebbene con riferimento alle situazioni di disabilità, ha chiarito che "*capacità e merito vanno valutati secondo parametri peculiari* [...] *onde assicurare pari opportunità a tutti* […] *Inoltre, se l'obiettivo è quello di garantire per tutti il pieno sviluppo della persona e se, dunque, compito della Repubblica è apprestare i mezzi per raggiungerlo,* […] *in quest'ottica va*[nn]*o individuati i compiti della scuola quale fondamentale istituzione deputata a tal fine.* […] *Che poi ai medesimi compiti sia deputata anche l'istruzione superiore è dimostrato, prima ancora che da specifiche disposizioni in tal senso* […]*, dall'ovvia constatazione che essa stessa è strumento di piena formazione della personalità*"[20].

In altre occasioni, la Corte ha poi precisato che nel riconoscere il diritto a raggiungere i gradi più alti degli studi ai "*capaci e meritevoli*", l'art. 34, co. 3, prescrive una "*valutazione, come si ricava anche dai lavori preparatori della Costituzione*, [che] *implica un riscontro relativamente al «profitto»*", ciò anche allo scopo di evitare di "*incoraggiare i casi di tante formali iscrizioni seguite da un inadeguato (o nessuno) impegno*" (sent. n. 274 del 1993); che la valutazione del merito per il proseguimento degli studi universitari deve avvenire in funzione dell'"*effettività degli studi*" stessi, attestata, nel caso dell'istruzione universitaria, dagli esami sostenuti (sent. n. 359 del 1995); e, ancora, che il concetto di studente capace e meritevole va ricollegato necessariamente all'idoneità del medesimo "*a concludere il ciclo degli studi nei tempi fissati dalle norme*" (sent. n. 278 del 1998).

Sembra emergere, in sintesi, dai lavori dell'Assemblea costituente, nonché dalla giurisprudenza costituzionale che la "chiave" (meritocratica) che dischiude le porte dell'istruzione superiore e della promozione sociale sia la propensione della persona agli studi dimostrata dai costanti risultati positivi raggiunti.

## 3. Numero chiuso e valutazione del merito

L'accesso agli studi universitari nel nostro ordinamento conosce delle forme di selezione che, costituendo l'esempio più penetrante di programmazione culturale[21], appaiono come il campo più felice per verificare la rispondenza della legislazione all'ipotesi interpretativa proposta.

[20] Questo indirizzo che valorizza la soggettività del singolo studente è stato ribadito anche dalla più recente sent. n. 80 del 2010, nella quale la Corte ha chiarito che il sostegno per gli studenti diversamente abili è "*un intervento mirato, che trova applicazione una volta esperite tutte le possibilità previste dalla normativa vigente e che, giova precisare, non si estende a tutti i disabili a prescindere dal grado di disabilità, bensì tiene in debita considerazione la specifica tipologia di handicap da cui è affetta la persona de qua*".

[21] Si preferirebbe poter utilizzare il termine "programmazione" per indicare dei provvedimenti volti ad individuare il modello di università che il legislatore si propone di raggiungere. Purtroppo, in mancanza di una politica universitaria vera e propria, gli interventi si susseguono senza esprimere un indirizzo consapevole e coerente: cfr. G. Azzariti, *Appunto*

La legge n. 127 del 1997[22] ha attribuito, all'allora Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica, il potere di determinare il numero massimo delle iscrizioni di taluni corsi universitari[23]. Malgrado i dubbi in punto di violazione della riserva di legge prevista dall'art. 33, co. 6 Cost.[24], nonché di incisione del contenuto incomprimibile del diritto allo studio, la Corte costituzionale ha ritenuto l'intervento legittimo "*in considerazione degli obblighi comunitari*"[25]. C'è da dire che nessuna norma dell'ordinamento europeo impone(va) agli Stati membri il *numerus clausus*, e che anzi la giurisprudenza comunitaria aveva precedentemente statuito che gli Stati membri potevano garantire i livelli formativi necessari per il riconoscimento dei titoli di studio mediante il costante adeguamento delle strutture universitarie[26].

Il legislatore italiano è tornato successivamente sulla programmazione dell'accesso gli studi universitari con la legge n. 264 del 1999 - come raccomandato dalla Corte proprio nella sent. n. 383 del 1998. Ebbene, l'art. 3, co. 1, lett. a) della legge in parola ha disposto che per il calcolo del contingente di nuova immatricolazione si tenga conto anche del "*fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo*".

*critico sulla crisi dell'Università*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 2459 ss.; M. Dugato, *Università*, in *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'Università*, a cura di G. Colombini, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, III, 19 ss. Peraltro, molto spesso, tali interventi hanno considerato il diritto allo studio come un mero costo e non come l'investimento sul futuro più remunerativo: cfr. G. Azzariti, *Per un'università "senza condizione"*, in *Costituzionalismo.it*, 2009, 1, 8 s.

[22] Già la legge n. 341 del 1990 aveva conferito al Ministro il potere di stabilire i "*criteri generali per la regolamentazione dell'accesso alle scuole di specializzazione ed ai corsi per i quali sia prevista una limitazione nelle iscrizioni*" (art. 9, co. 4). Tuttavia è solo con le modifiche apportate dall'art. 17, co. 116 della legge n. 127 del 1997 alla disposizione anzidetta, che viene specificato il riferimento ai corsi "*universitari*".

[23] L'idea di fondo è che un numero eccessivo di iscritti nei corsi di laurea renderebbe ineffettivo il diritto allo studio, in quanto il servizio (ossia l'istruzione universitaria) verrebbe erogato in modo non soddisfacente: R. Cifarelli, *Accesso all'università e numero programmato tra ordinamento italiano, comunitario e Cedu: spunti di riflessione*, in *Giur. Mer.*, 2013, 1, 190 ss.

[24] Cfr. G. Grasso, *L'autonomia normativa delle Università nel disegno di legge «Norme in materia di organizzazione delle Università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario». Prime annotazioni*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, 1748.

[25] Cfr. A. D'Atena, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'Università*, in *Giur. cost.*, 1998, 3332; R. Niro, *Numero chiuso all'Università e potere regolamentare del Ministro: morte della riserva di legge o sua trasfigurazione?*, in *idem*, 1999, 1235; S. Mangiameli, *Università e Costituzione (considerazioni sulla recente evoluzione dell'ordinamento)*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 214.

[26] CGCE 12 giugno 1986, Bertini c. Regione Lazio, cause riunite C-98/95, C-162/95, C-258/85. La Direttiva n. 93/16/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, in materia di libera circolazione dei medici e reciproco riconoscimento dei titoli di studio, esige la prova del compimento di un ciclo di studi teorici e pratici, ancorando il raggiungimento degli obiettivi formativi richiesti a livello europeo al rapporto fra il numero degli studenti e le strutture disponibili per lo svolgimento della didattica e per l'espletamento delle attività di pratica clinica.

La giurisprudenza amministrativa, tuttavia, ha ritenuto che una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in esame non consente di far prevalere il suddetto "*fabbisogno*" sui requisiti di disponibilità strutturale delle università funzionali all'effettività del diritto allo studio[27]. Potrebbe allora azzardarsi che se è legittima la programmazione culturale, non lo è altrettanto la programmazione "cultural-professionale", volta ad introdurre la variabile (esogena rispetto al diritto allo studio e alla cultura garantito dall'art. 34) dell'andamento del mercato del lavoro nella selezione dei "*capaci e meritevoli*"[28].

Anche la Corte EDU ha ritenuto il numero chiuso compatibile con il diritto allo studio ai sensi della Convenzione, rigettando il ricorso che - proprio in riferimento della disciplina italiana - mirava ad ottenere la condanna per violazione del diritto all'istruzione sancito dall'art. 2, Prot. Add. 1 della Cedu.

La Corte di Strasburgo, però, ha ritenuto legittimo che uno Stato attraverso le politiche universitarie possa governare l'ingresso di nuovi soggetti nel mercato del lavoro, motivando che "*the criteria applied by the Italian authorities, namely the material resources of universities and society's need for a particular profession, had achieved a balance between the interests of the applicants and those of society at large, including other students*"[29].

[27] Tar Calabria, sez. II, 6 marzo 2013, n. 259; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 9 marzo 2012, n. 614; *contra* Cons. Stato, sez. VI, del 15 luglio 2010 n. 4556, ove è stato dato rilievo al "*fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo*", escludendo la possibilità del trasferimento dalla graduatoria per l'assegnazione dei posti destinati ai cittadini italiani, ai cittadini europei e ai cittadini non europei residenti in Italia a quella per gli studenti extraeuropei non residenti in Italia, per il fatto che tale ultima graduatoria "*è finalizzata alla formazione di personale che, dopo il conseguimento del titolo di studio, è destinato a rientrare al proprio paese di origine, senza alcuna incidenza sulla situazione occupazionale italiana; la quale, invece, resta incisa dagli extracomunitari con regolare permesso di soggiorno*". Tale arresto suscita perplessità, non solo perché le necessità del mercato del lavoro esulano dal concetto di "*capaci e meritevoli*" contenuto nell'art. 34, co. 3 Cost., ma altresì perché la *ratio* della graduatoria riservata ai cittadini extraeuropei non residenti in Italia si fonda su una valutazione aleatoria: non è detto, infatti, che tutti gli studenti in questione, ottenuto il titolo di studio, non decidano di rimanere in Italia.

[28] Il criterio risulta pure inefficiente rispetto allo scopo; non è detto che tutti gli studenti, conseguito il titolo, decidano di intraprendere la professione a cui destinerebbero gli studi. Dello stesso avviso è l'AGCM (AS516 – "*Modalità di individuazione del numero chiuso per l'accesso ai corsi di laurea in odontoiatria*", 21 aprile 2009), che ha pure auspicato l'abrogazione delle disposizioni rinvianti al criterio del fabbisogno produttivo, in quanto costituiscono una misura restrittiva della concorrenza ingiustificata; cfr. AS803 – "*Numero chiuso per l'accesso ai corsi di laurea in medicina veterinaria*", 9 febbraio 2011, ove l'Autorità ha segnalato che le restrizioni all'accesso alle professioni trovano sede legittima nelle prove di abilitazione all'esercizio delle medesime, poiché si giustificano in ragione della verifica della qualità minima della prestazione professionale.

[29] Corte EDU, sez. II, Tarantino e altri c. Italia, del 2 aprile 2013 (ricorsi n. 25851/09, n. 29284/09 e 64090/09).

C'è divergenza, dunque, tra la posizione del giudice sovrannazionale e i condivisibili orientamenti della giurisprudenza interna[30] – e ciò dovrebbe preoccupare vista l'efficacia delle sentenze della Corte EDU in forza dell'art. 117, co.1 Cost[31]. I segnali che provengono dall'ordinamento sovrannazionale, difatti, rivelano una tendenza a concepire la formazione universitaria squisitamente come una tappa per accedere al mondo del lavoro e non come un passaggio fondamentale nella realizzazione della personalità individuale, come invece vorrebbe il dettato costituzionale.

Una volta stabiliti i limiti della legittimità dell'*an* nella selezione degli aspiranti studenti universitari sembra opportuno porsi la stessa domanda in riferimento al *quomodo* alla luce degli art. 2, 3 e art. 34, co. 3 Cost.[32].

La legge n. 264 del 1999, invero, dispone una programmazione del contingente dei nuovi immatricolati a livello statale (art. 1)[33], per taluni corsi, e a livello universitario, per talaltri (art. 2). Sulla programmazione a livello statale, in particolare, il Ministero provvede annualmente a stabilire il contingente di studenti da immatricolare a livello nazionale, stimando l'offerta potenziale del sistema universitario sulla base di parametri quali la capienza delle aule, il numero di attrezzature e laboratori scientifici disponibili, il personale docente e quello tecnico, la possibilità di offrire i servizi di assistenza e tutorato (art. 3 co. 2). Il massimo giudice amministrativo ha rimesso alla Corte costituzionale una questione di costituzionalità – ritenuta però inammissibile a causa del mancato esperimento del tentativo di interpretazione conforme (sent. n. 302 del 2013) – in riferimento all'accesso ai corsi di laurea a programmazione nazionale, laddove la norma non prevede la formazione di una graduatoria unica nazionale in luogo di graduatorie plurime. Ad avviso del giudice remittente, difatti, il sistema delle graduatorie di ateneo

[30] Nella *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque si osserva che il criterio delle esigenze del mercato, rispetto a quello del merito, contrasta, tra l'altro, con le previsioni del diritto europeo in tema di ampliamento della dimensione sociale degli studi superiori, con l'art. 13 del "Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali", nonché con l'art. 26 della CEDU e, nondimeno, limita la concorrenza tra i professionisti nel campo della salute (cfr. AGCM, AS516, *cit.*), favorendo quelli che già vi operano.

[31] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 4663: ove si afferma – con riferimento al principio di effettività della tutela giurisdizionale – che le previsioni Convenzione, sono divenute "*direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del trattato Ue, disposta dal trattato di Lisbona, entrato in vigore l'1 dicembre 2009*".

[32] Così A. Gandino, *La questione del "numero chiuso universitario": il punto di vista del giudice amministrativo*, in *For. amm. - TAR*, 2005, 6, 2073. Cfr., in tal senso, Corte cost. n. 215 del 1987.

[33] Sebbene la programmazione sia a livello nazionale, le prove di ammissione si svolgono, comunque, presso i singoli Atenei; inoltre per corsi di cui all'art. 1, lett. *a*) e *b*) – spetta al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca stabilire i contenuti delle prove di ammissione e pertanto vi è un'unica prova nazionale che si svolge contemporaneamente presso i singoli Atenei.

sarebbe lesivo innanzitutto degli artt. 3, 34 e 97 Cost. perché "*l'ammissione al corso di laurea non dipenderebbe dal merito del candidato, ma «da fattori casuali e affatto aleatori»*"[34].

A parte i dubbi sollevati dal Consiglio di Stato, è la modalità di selezione in sé del test d'ingresso che non sembra dare soddisfazione ai parametri dell'attitudine e del profitto.

Come chiarito dal giudice costituzionale il diritto allo studio in un sistema dove "*la scuola è aperta a tutti*", se garantisce la gratuità dell'istruzione inferiore, assicura altresì "*di accedere, in base alle proprie capacità e ai propri meriti, ai "gradi più alti degli studi" (art. 34, terzo comma): espressione, quest'ultima, in cui deve ritenersi incluso ogni livello e ogni ambito di formazione previsti dall'ordinamento*". Ne segue che il legislatore, "*può regolare l'accesso agli studi, anche orientandolo e variamente incentivandolo o limitandolo in relazione a requisiti di capacità e di merito, sempre in condizioni di eguaglianza, e anche in vista di obiettivi di utilità sociale*" (sent. n. 219 del 2002)[35].

Una prova "secca" potrebbe non essere idonea alla valutazione dell'attitudine della persona agli studi. La capacità intesa come predisposizione agli studi, infatti, emerge nel tempo: meglio sarebbe consentire l'accesso a tutti per poi limitare, nel rispetto della programmazione ministeriale - magari al momento del passaggio al secondo anno - la prosecuzione degli studi[36]. D'altra parte, la Corte non ha mancato di enfatizzare il ruolo del profitto, ossia dell'effettivo impegno, in sede di accertamento della titolarità del diritto ad accedere ai gradi più alti degli studi (sent. n. 274 del 1993)[37]. La lettura

[34] Sarebbe inoltre violato l'art. 2, primo periodo, del Prot. Add. della CEDU e, mediatamente, l'art. 117, co. 1 Cost. in ragione del pregiudizio arrecato al "*criterio meritocratico prescelto dallo stesso legislatore*", posto che la formazione della graduatoria per singolo ateneo integra "*una restrizione non proporzionata rispetto allo scopo perseguito (numero chiuso) e* […] *vanifica nella sua essenza e nella sua effettività il diritto fondamentale allo studio universitario*". Nello stesso senso, è stato pure affermato che "*la garanzia del diritto allo studio sancita dall'art. 34, primo comma della Costituzione* […] *che si qualifica come diritto della persona* […] *non soffre limitazioni in relazione al grado di istruzione*": Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5434.

[35] In questa sentenza, la Corte, in realtà, censura quei meccanismi che impediscono l'accesso agli studi "*sulla base di situazioni degli aspiranti che – come il possesso di precedenti titoli di studio o professionali – non siano in alcun modo riconducibili a requisiti negativi di capacità o di merito*".

[36] In altra occasione la Corte ha pure precisato che: "*l'adeguatezza del trattamento scolastico in nessun caso si può tradurre nella necessaria previsione di un lungo periodo di «fuori corso», la cui durata il legislatore ha fissato esercitando la propria discrezionalità e senza ledere, come s'è detto, il principio di ragionevolezza*": cfr. sent. n. 278 del 1998.

[37] "*Va rilevato infatti che la disposizione costituzionale (art. 34, terzo comma, della Costituzione) riconosce il diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi ai «capaci e meritevoli», la cui valutazione, come si ricava anche dai lavori preparatori della Costituzione, implica un riscontro relativamente al «profitto». Ciò varrebbe ad escludere, fra l'altro, che la tutela finisca per incoraggiare i casi di tante formali iscrizioni seguite da un inadeguato (o nessuno) impe-*

congiunta di attitudine e profitto, infine, conduce ad un concetto di "rendimento"[38] che difficilmente trova soddisfazione in una prova *una tantum*.

La previsione di un primo anno di formazione universitaria tutto dedicato a verificare, negli iscritti ai corsi universitari, l'attitudine e il profitto necessari per la prosecuzione negli studi, oltre ad essere più rispettosa del dato costituzionale[39], permetterebbe anche una programmazione culturale più efficiente. La fissazione del numero chiuso a partire dal secondo anno renderebbe intuibilmente più circoscritto il fenomeno dell'abbandono degli studi: proseguirebbero il percorso universitario non soggetti che hanno semplicemente superato un test d'ingresso, ma studenti più consapevoli della propria scelta culturale[40].

Da ultimo, la bontà della proposta andrebbe valutata anche per il profilo che il test d'ingresso si espone al sospetto di favorire i candidati in ragione dell'ambiente sociale di provenienza[41] rispetto a quelli dotati di attitudine apprezzabile solo *ex post*[42].

*gno*": sent. n. 274 del 1993; cfr. B. Caravita, *ART. 33-34*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli e L. Paladin, CEDAM, Padova, 1990, 232.

[38] Cfr. G. Azzariti (*Per un'università "senza condizione"*, *cit.*, 5 s.) a ben guardare, poi, è il raccordo tra principio personalista ed eguaglianza sostanziale ad imporre di apprezzare il merito in concreto. La scelta di un test di ammissione appare sintomatica, inoltre, della più ampia tendenza a ridurre la conoscenza nella tecnica, che ha prodotto la sostanziale "devastazione del sapere critico". A ciò si è proceduto attraverso "una crescente semplificazione degli studi (di cui la riforma del 3+2 ne rappresenta il precipitato), la quale ha portato ad una *progressiva perdita di capacità di trasmettere le conoscenze*, imponendo corsi brevi con programmi ridotti, inadeguati ai tempi «lenti» e «distesi» della riflessione e dello studio, non in grado di far percepire la reale complessità dei temi trattati. Una *conoscenza ridotta a tecnica di apprendimento, giocata tra crediti, numero di ore di studio, pagine contenute e moduli di settore*" (*ivi*). Cfr. M. Nussbaum (*Non per Profitto*, Il Mulino, Bologna, 2011) la quale ritiene che dietro la compressione dell'insegnamento delle materie umanistiche, che favoriscono la riflessione, si nasconda una deriva autoritaria. Gli studi umanistici, quindi, dovrebbero essere rivalutati perché l'istruzione negli stati democratici dovrebbe stimolare la capacità delle persone, abituarle a pensare e non a produrre.

[39] Cfr. C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000, 76 ss.

[40] Il nesso tra numero chiuso e domanda di lavoro è in piena sintonia con l'attuale tendenza a funzionalizzare il sapere alle esigenze del mercato: si pensi, ad esempio, a quanto accade con "*Horizon 2020*" che vincola il finanziamento dei progetti di ricerca alla commerciabilità dei loro risultati.

[41] A giudizio di taluni, per individuare le diseguaglianze effettivamente presenti in una società, si deve volgere l'attenzione alle "effettive opportunità" più che ai "mezzi": A. Sen, *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2011, 243 ss. Nel nostro caso ciò è tanto più evidente: il reddito non necessariamente garantisce la parità di stimoli culturali, sicché una congrua valutazione dell'attitudine risponderebbe non solo all'esigenza di superare la diseguaglianza dei mezzi, ma anche quella delle effettive opportunità.

[42] Il Ministro dell'Istruzione, Stefania Giannini, ha più volte manifestato riserve sull'impiego del test d'ingresso, affermando di preferire un modello simile a quello qui propo-

## 4. Chi sono i capaci e meritevoli privi di mezzi?

Le riserve sul numero chiuso possono rivelarsi in questo momento storico un "falso problema" in forza del vertiginoso calo delle iscrizioni[43]. Al contrario, il progressivo impoverimento dei ceti medi rende sempre più attuale il problema dell'attuazione del diritto allo studio dei capaci e meritevoli "*privi di mezzi*".

Un conto, infatti, è il diritto allo studio, un conto è il diritto allo studio per chi è privo di mezzi[44]. L'accesso ai più altri gradi dell'istruzione, invero, non è assistito dalla garanzia della gratuità come il diritto all'istruzione inferiore. L'art. 34, co. 4, tuttavia, dà precise indicazioni per rendere effettivo il diritto allo studio per i soggetti privi di mezzi, individuandone contenuti minimi e lasciando al legislatore ordinario "*il compito di adeguare questo contenuto alle esigenze indispensabili per la realizzazione dei principi consacrati nel II comma dell'art. 3 Cost.*"[45].

Il diritto allo studio - così come del resto quello all'istruzione tutta - ha un costo che, nel caso di soggetti "*capaci e meritevoli*" e "*privi di mezzi*", è compito della Repubblica sostenere "*con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze che devono essere attribuite per concorso*".

Quanto ai benefici di cui all'art. 34, co. 4 Cost., se è pacifico che la prova per accedervi debba ispirarsi al canone dell'imparzialità (dell'amministrazione), nonché dell'effettiva uguaglianza delle condizioni tra i candidati, per taluni, non è "in questione un giudizio individuale, bensì una situazione comparativa delle varie situazioni di merito e reddito"[46]; mentre, per altri, la selezione "non deve aver necessariamente tutte le caratteristiche presenti in tutti quei diversi concorsi che vengono indetti per accedere agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni"[47].

sto, peraltro, già in uso in Francia: *http://www.corriere.it/scuola/universita/14_aprile_29/giannini-medicina-universita-test-sistema-rancese-modello-sbarramento-primo-anno-esami-337f51b0-cf73-11e3-bf7e-201ea72c5359.shtml*.

[43] Cfr. comunicato stampa relativo al "*XVII Rapporto Almalaurea 2015 su profilo e condizione occupazionale dei laureati*" del 28 maggio 2015.

[44] U. Pototschnig, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 98. Come osservato da altra parte (A. Poggi, *Art. 34*, *cit.*, 710) "*in primis* solo capaci e meritevoli hanno diritto a raggiungere i gradi più alti degli studi. Per gli altri l'accesso non è un diritto, ma una possibilità assoggettata alla previa soddisfazione dei primi e, conseguentemente, alle scelte organizzative adottate dall'ordinamento".

[45] V. Atripaldi, *Diritto allo studio*, *cit.*, 49.

[46] A. Poggi, *Art. 34*, *cit.*, 710.

[47] Gli elementi tipici del concorso pubblico - quali la predeterminazione di un numero limitato di posti, nonché la valutazione discrezionale dei titoli e delle capacità dei singoli candidati - non sembrano essenziali per il "concorso" di cui all'art. 34 Cost.; inoltre, "l'essere «privo di mezzi» è soltanto un presupposto per ottenere le provvidenze ivi previste: non può essere anche criterio di valutazioni comparative nel concorso": U. Pototschnig, *Istruzione (diritto alla)*, *cit.*, 108 s.

Ebbene, in forza di tre argomenti – l'uno logico, l'altro letterale, l'altro ancora sistematico – sembra più condivisibile la seconda interpretazione che individua i titolari del diritto negli studenti "che sarebbero in grado di proseguire normalmente gli studi, se ne avessero la possibilità materiale, secondo i criteri fissati dallo Stato per poter conseguire la promozione da un grado scolastico all'altro; cioè gli studenti che raggiungono la sufficienza nella votazione"[48].

Dal punto di vista logico, infatti, ove si trattasse di un concorso vero e proprio, si avrebbero due distinti livelli di sufficienza, l'una didattica, l'altra assistenziale, pertanto non vi sarebbe quella parità richiesta dall'art. 34, co. 4 tra studenti "in possesso di mezzi" e studenti "*privi di mezzi*", poiché questi ultimi "dovrebbero costantemente conseguire risultati scolastici superiori a quelli degli studenti agiati, per vedersi realmente post*[i]* in condizioni di parità con essi"[49].

Quanto all'argomento letterale, la disposizione non autorizza a riferire il metodo del concorso anche alle borse di studio e agli assegni, poiché l'aggettivo "*attribuite*" è da concordare con le sole provvidenze, essendo declinato al femminile[50].

Dal punto di vista sistematico, infine, la prova concorsuale - intesa come una competizione tra concorrenti per il conseguimento di un numero predeterminato di sussidi - non sembra compatibile con un diritto che è funzionale alla piena realizzazione della persona e destinato, per effetto dell'interazione con il principio di eguaglianza, a dare soddisfazione a tutti i capaci e meritevoli privi di mezzi nella loro specificità ed individualità[51].

## 5. Politiche di merito e di de-merito

Fra i contenuti del diritto allo studio – come anticipato – non rientra la sua gratuità: tuttavia, ove il capace e meritevole non abbia i mezzi necessari per mantenersi agli studi, l'art. 34, co. 4 provvede ad assicurare lui tutta una serie di sussidi la cui assegnazione deve necessariamente rispettare i crite-

[48] R. Paladini – E. Visco, *L'assistenza scolastica universitaria e la legge 14 febbraio 1963 n. 80 sul cosiddetto assegno di studio universitario*, in *Riv. giur. scuola*, 1965, 96.

[49] *Ibidem*, 96 s. D'altronde come osservato da V. Atripaldi (*Diritto allo studio*, *cit.*, 81) l'art. 34, co. 3 si serve della formula "*capaci e meritevoli*" sia per individuare i titolari del diritto allo studio sia per specificare i destinatari degli interventi per rendere effettivo il suddetto diritto, anche per i soggetti privi di mezzi.

[50] S. De Simone, *Intorno alla gratuità della scuola dell'obbligo*, *cit.*, 268 s.; più recentemente, M. Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, *cit.*, 192.

[51] Alla luce di ciò non dovrebbe esistere la figura dell'idoneo non vincitore, al contrario nuovamente consacrata dall'art. 7, co. 1 del d. lgs. 68 del 2012, laddove assicura la borsa di studio "*a tutti gli studenti aventi i requisiti di eleggibilità […] nei limiti delle risorse disponibili nello stato di previsione del Ministero*".

ri individuati dal co. 3 dello stesso art. 34 per non creare una situazione di dis-eguaglianza ingiustificata tra "*capaci e meritevoli*" abbienti e non.

Per inciso, poiché i sussidi allo studio sono commisurati al reddito, è necessario, altresì, che esso sia correttamente accertato: di conseguenza, situazioni di dis-eguaglianza altrettanto ingiustificate si determinano a causa dell'evasione fiscale, che dunque costituisce anche un *vulnus* alla corretta allocazione delle risorse destinate alla realizzazione del diritto allo studio[52].

Orbene, se, come confermato dal dato giurisprudenziale[53]; per l'accesso ai sussidi di cui all'art. 34, co. 4 è imprescindibile il nesso tra merito e bisogno, appare tanto più illegittima la previsione di cui all'art. 200, co. 5 d. lgs. n. 97 del 1994 che dispensa dal pagamento delle tasse scolastiche tutti "*gli studenti che abbiano conseguito il giudizio complessivo di ottimo nella licenza media o una votazione non inferiore agli otto decimi di media negli scrutini finali*".

Un ulteriore di meccanismo di merito puro è rinvenibile all'interno della disciplina del "Fondo per il merito", che, peraltro - oltre a non aver trovato ancora compiuta attuazione – assegna alla contribuzione privata un ruolo altrettanto estraneo alle logiche del co. 4 dell'art. 34 Cost.

L'art. 4, co. 1 della legge n. 240 del 2010, in particolare, istituisce un fondo speciale, "*finalizzato a promuovere l'eccellenza e il merito*" fra gli studenti universitari, destinato ad "*erogare premi di studio, estesi anche alle esperienze di formazione da realizzare presso università e centri di ricerca di Paesi esteri*"; nonché a "*fornire buoni studio, che prevedano una quota, determinata in relazione ai risultati accademici conseguiti, da restituire a partire dal termine degli studi, secondo tempi parametrati al reddito percepito. Nei limiti delle risorse disponibili sul fondo, sono esclusi dall'obbligo della restituzione gli studenti che hanno conseguito il titolo di laurea ovvero di laurea specialistica o magistrale con il massimo dei voti ed entro i termini di durata normale del corso*".

Tali previsioni non paiono richiedere il necessario nesso tra merito e reddito per la fruizione dei sussidi di cui all'art. 34, co. 4: se infatti la lettera a) non specifica alcunché rispetto ai requisiti di reddito; la lettera b) addirittura afferma esplicitamente l'indifferenza del legislatore rispetto alle condizioni economiche del destinatario del beneficio economico[54].

Per altro verso, ai sensi del co. 6 dello stesso art. 4, i sussidi in questione sono gestiti dalla "*Fondazione per il Merito*" (istituita con l'art. 9, co. 3 ss. del d.l. n. 70 del 2011) la quale è finanziata con i "*versamenti effettuati a titolo*

[52] Cfr. D. Bifulco, *I diritti sociali in progress*, in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, *cit.*, 608 ss.

[53] La Corte (sent. n. 2 del 2013), invero, ha ritenuto che se la necessità del concorso previsto dal co. 4 dell'art. 34 "*rende legittima la previsione di forme di graduazione tra gli aventi diritto, esse devono tuttavia sempre avere un nesso con il bisogno e la meritevolezza dello studente*".

[54] R. Calvano, *La legge e l'università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'università italiana*, Jovene, Napoli, 2012, 126.

*spontaneo e solidale da privati, società, enti e fondazioni, anche vincolati, nel rispetto delle finalità del fondo, a usi specifici*", nonché con i contributi corrisposti dagli studenti per la partecipazione alle prove o quelli prelevati agli studenti titolari di borse. I trasferimenti pubblici – previsti però da altri provvedimenti perché nell'art. 4 non è indicata la copertura finanziaria – invece, possono essere utilizzati solo per i "*premi di studio*"; per gli altri sussidi si deve far ricorso alle contribuzioni private.

Orbene, la scelta di provvedere alla copertura dei sussidi allo studio con danari privati è criticabile almeno per due ragioni: in primo luogo l'art. 34, co. 4 Cost. affida alla "*Repubblica*"[55] il compito di procurare i mezzi per il diritto allo studio a chi ne è privo[56]; inoltre, lo strumento non appare neppure efficace data "la tradizionale riluttanza all'investimento in formazione e ricerca che tradizionalmente caratterizza il sistema produttivo italiano"[57].

L'enfasi sulle questioni del merito posta dalla legge n. 240 del 2010 (la c.d. "riforma Gelmini", che ha trasformato l'assetto dell'intera università italiana), d'altronde, è stata letta dalla dottrina come il "frutto di una concezione del ruolo dello stato nel campo dell'istruzione *[…]* quanto meno male impostata, per non dire pericolosamente viziata da una mistificazione concettuale" [58], la quale, in realtà, sembra restaurare un concetto di merito assoluto che, come visto, è tutt'altro che compatibile con la Costituzione e, più precisamente, con il principio personalista e la giustizia sociale.

Un ulteriore sintomo della tendenza in parola è rinvenibile nel d. lgs. n. 68 del 2012 che individua "*gli strumenti e i servizi per il diritto allo studio, nonché i relativi livelli essenziali delle prestazioni (LEP), da garantire uniformemente su tutto il territorio nazionale*" (art. 2, co. 2)[59].

[55] Con "*Repubblica*" si intende sia lo Stato che le Regioni nei limiti delle rispettive competenze: cfr. E. Fagnani, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica*, *cit.*, 208 ss.

[56] In questo senso M. Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, *cit.*, 190 ss. Come chiarisce lo stesso A., nell'ordinamento già si rinvengono forme di contribuzione da parte dei privati agli oneri destinati a dare effettività al diritto allo studio agli studenti privi di mezzi, come la tassa regionale per il diritto allo studio universitario, tributo proprio delle Regioni e delle Province autonome, istituita "*nel rispetto del principio di solidarietà tra le famiglie a reddito più elevato e quelle a reddito basso*" (art. 3, co. 20 legge n. 549 del 1995; cfr. l'art. 3, co. 1 del d.P.R. n. 306 del 1997). La sostituzione della contribuzione privata a quella pubblica resusciterebbe nei sostegni al diritto allo studio le incertezze dei patronati scolastici pre-repubblicani, che impedirono allora di configurare l'obbligo scolastico come un vero diritto (cfr. A. Poggi, *Art. 34*, *cit.*, 704; e, anche, Tar Lombardia, sez. I, n. 2761 del 2011 che ha censurato la fissazione della contribuzione studentesca oltre la soglia del 20 per cento dell'importo del finanziamento ordinario annuale statale).

[57] R. Calvano, *La legge e l'università pubblica*, *cit.*, 126 s. Le previsioni sull'istituzione del Fondo, peraltro, sono rimaste lettera morta: cfr. Corte conti, deliberazione n. 19/2013/G del 30 dicembre 2013.

[58] R. Calvano, *La legge e l'università pubblica*, *cit.*, 130 s.

[59] Il diritto allo studio universitario rientra nella competenza esclusiva regionale, tuttavia, i livelli essenziali delle prestazioni ad esso ricollegati, ai sensi dell'art. 117, co. 2 lett. m) Cost.,

Rispetto alla previgente disciplina rappresentata dalla legge n. 390 del 1991, il decreto legislativo del 2012 stabilisce l'importo della borsa di studio[60], specificando quali spese deve sostenere – vitto, alloggio, trasporti, materiale didattico e accesso alla cultura (art. 7, co. 2) –, nonché ancorandone la determinazione ai costi di mantenimento dei destinatari (art. 7, co. 3)[61].

Il legislatore ha mancato però di prevedere, tra le voci di spesa ricomprese nella borsa, i costi per l'internazionalizzazione degli studi. Tale scelta, in controtendenza rispetto agli indirizzi elaborati in sede europea[62], non tiene nella dovuta considerazione che la mobilità internazionale è oramai parte essenziale degli studi, e che se essa resta a carico delle famiglie, il diritto allo studio degli studenti meno facoltosi può dirsi pregiudicato. Vero è che le spese per l'internazionalizzazione, pur non rientrando nei LEP, possono essere assicurate dalla Repubblica in altro modo qualora le Regioni decidano di finanziarle *motu proprio*. Tuttavia, le disponibilità di finanziarie a livello territoriale sono così diverse che verosimilmente la loro esclusione dai LEP andrà ancor più ad aggravare il divario di effettività del diritto tra le diverse Regioni[63].

A fronte di questi interventi, devono essere portati all'attenzione pure dei provvedimenti assolutamente in controtendenza rispetto alla segnalata recrudescenza della concezione "pura" del merito.

La legge n. 240 del 2010 ha disposto, tra l'altro, che il governo provvedesse alla creazione di un sistema di accreditamento dei corsi di studio universi-

devono essere garantiti allo stesso modo su tutto il territorio nazionale: cfr. L. Trucco, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia.*, *cit.*, 103 ss.

[60] Cfr. art. 7, commi 7 e 8. In riferimento a tali norme è stato recentemente osservato che la borsa di studio ivi prevista continua "ad essere caratterizzata da un'impostazione universalistica", sebbene l'accesso al beneficio sia condizionato alla presenza di risorse disponibili: M. Rubechi, *Il diritto allo studio universitario fra livelli essenziali e modelli regionali*, in *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, a cura di A. Iannuzzi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 220; cfr. M. Cocconi, *Il nuovo diritto allo studio universitario*, in *L'Università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, a cura di G. Piperata, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 207 ss.

[61] Con il decreto di cui all'art. 7, co. 7, sono definiti i requisiti per l'accesso alle borse di studio con riferimento a criteri relativi al merito e alla condizione economica degli studenti: in assenza di tale intervento però continua a trovare applicazione il DPCM 9 aprile 2001 (art. 8, co. 5).

[62] Nel "Comunicato di Lovanio" del 2009 i ministri per l'istruzione superiore di 46 Paesi, riunitisi "per stabilire le priorità per lo Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore per il prossimo decennio", convenuto che "la mobilità degli studenti, dei giovani ricercatori e dei docenti potenzi*[a]* la qualità dei percorsi formativi e l'eccellenza della ricerca" hanno chiesto "a ciascun paese di accrescere la mobilità, di assicurarne la qualità e di diversificarne tipologie e ambiti" di modo che "nel 2020, almeno il 20% dei laureati nello Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore dovranno aver avuto un'esperienza di mobilità all'estero per studio o per formazione".

[63] Solamente quattro Regioni su venti, assicurano l'integrale copertura degli idonei alla borsa di studio: cfr. M. Rubechi, *Il diritto allo studio universitario fra livelli essenziali e modelli regionali*, *cit.*, 222 ss.

tari fondato sull'utilizzazione di specifici indicatori volti a verificarne la sostenibilità economico-finanziaria, in base alla definizione di un "*costo standard unitario di formazione per studente in corso* […] *cui collegare l'attribuzione di una percentuale della parte di fondo di finanziamento ordinario*" (Ffo)[64].

Tali previsioni primarie, sono state attuate dal decreto interministeriale 9 dicembre 2014, n. 893. Orbene, il CUN[65] ritiene che il modello adottato nel decreto interministeriale potrebbe indurre gli Atenei a tenere comportamenti poco virtuosi in termini di qualità del processo formativo per ridurre il numero degli studenti fuori corso[66]. L'esclusione di codesti studenti – nonché dei dottorandi e degli specializzandi – "implica che i costi di tali componenti siano a totale carico degli Atenei" e se a ciò si aggiunge che il nuovo Ffo fa riferimento agli studenti regolari nell'aumento della quota premiale dedicata alla didattica - a giudizio dell'organo consultivo del MIUR - si determina inevitabilmente "una spinta verso una gestione opportunistica delle carriere studentesche, soprattutto nel caso in cui la quota assegnata secondo il costo standard dovesse diventare la parte maggioritaria del Ffo nei prossimi anni".

Nel quadro di un intervento riformatore (quello della legge n. 240 del 2010) che ha posto al centro il richiamo alla valorizzazione del "merito" al punto di impiegare detto termine "per ben dieci volte all'interno di 29 articoli"[67], colpisce che possano consumarsi vicende di senso opposto rispetto allo scopo dichiarato. Ma forse proprio questi episodi fanno emergere la verità, ossia che il decisore politico non ha ben chiaro quali politiche del merito e/o del diritto allo studio vuol realizzare e, dunque, si barcamena tra proclamazioni di principio ed espedienti pratici poco meditati di senso completamente opposto - per risolvere le questioni economicamente più gravose - rinviando ad una data, che appare ogni giorno più vicina, il momento delle scelte.

**64** Cfr. art. 5, co. 1 lett. a) e b), nonché il co. 4, lett. f).

**65** Il Consiglio Universitario Nazionale (CUN) è un organo consultivo e propositivo del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, ai sensi della legge n. 18 del 2006.

66 CUN, "*Parere sullo schema di decreto di riparto del Fondo di Finanziamento Ordinario delle università per l'anno 2015*" (prot. 8656) del 20 maggio 2015. Già in precedenza il CUN ha sottolineato che la riduzione del numero degli studenti fuori corso dovrebbe, invece, essere ottenuta "con altri metodi quali, principalmente, l'orientamento e l'organizzazione dei corsi di studio. Sarebbe pertanto preferibile un meccanismo che pesi in maniera graduata il ritardo con il quale è conseguita la laurea rispetto alla durata normale": CUN, *Dichiarazione CUN del 21 gennaio 2015 a proposito del costo standard per studente e al criterio adottato recentemente per l'allocazione dell'FFO*.

67 S. Delia, *Diritto allo studio e accesso al sapere*, in *For. amm.- TAR*, 2010, 3894. Il *leitmotiv* del merito viene declinato anche in termini istituzionali: la normativa in questione non solo si propone di premiare gli individui migliori, ma anche le università migliori. Questa nuova forma di merito, per così dire, "istituzionale" sembra collocarsi al di fuori delle previsioni costituzionali sul diritto allo studio. Appare confermata, dunque, l'ipotesi iniziale per la quale il merito va comunque qualificato poiché si tratta di un concetto indeterminato.

# RELAZIONI

## II SESSIONE

# DIS-EGUAGLIANZA E MERCATO

Marco Giampieretti

Sommario: Premessa. – 1. Le «naturali» diseguaglianze del mercato e il ruolo della politica. – 2. Poteri economici privati e dis-eguaglianze nel sistema costituzionale. – 3. Il crescente divario tra ricchezza e povertà in Italia: una violazione dell'art. 3, co. 2, Cost.? – 4. L'ordine costituzionale del mercato e i suoi limiti.

## Premessa

L'argomento che mi è stato affidato può essere affrontato da molteplici punti di vista. Sul piano *economico*, esso coinvolge alcune tra le più controverse problematiche relative al conflitto tra efficienza ed equità nell'ambito dell'economia di mercato[1]: problematiche che, paradossalmente, hanno finito per assumere toni sempre più polemici con il progressivo arricchirsi delle società[2]. Sul piano *politico*, esso comprende l'ampio ventaglio delle azioni pubbliche volte a ridurre le diseguaglianze sociali prodotte dalle dinamiche di mercato: azioni che sono il frutto di scelte del legislatore e delle amministrazioni circa i tempi e i modi dell'intervento pubblico nell'economia (a monte, all'interno o a valle del mercato; in forma di regolazione, gestione o perequazione)[3]. Sul piano *giuridico*, esso riguarda tutto l'insieme delle norme e delle istituzioni che in un determinato ordinamento disciplinano il fun-

[1] Con la formula *economia di mercato* – spesso impropriamente utilizzata come sinonimo di *capitalismo* – si indica un modo di organizzazione della società in cui: a) la soluzione dei problemi economici fondamentali relativi all'allocazione delle risorse (cosa, come e per chi produrre) è il frutto dell'interazione tra domanda e offerta di beni e di servizi; b) la proprietà privata e le libertà di iniziativa economica, di contratto e di concorrenza sono garantite. Sull'argomento, che rappresenta ormai un classico negli studi economici, oggetto di una sterminata bibliografia, v., per tutti, P.A. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Economics*[18], New York, McGraw-Hill, 2005 [trad. it. *Economia*, Milano, McGraw-Hill, 2006, 26-30].

[2] *Ivi*, 383, secondo cui «si potrebbe pensare che diventando più prospero, un Paese sia disposto a devolvere una quota maggiore del suo reddito ai programmi di assistenza destinati alle persone più bisognose, sia in patria sia all'estero; tuttavia, si è visto che non sempre è così», poiché «le persone sono sempre più consapevoli di come i tentativi di riequilibrio dei redditi possano incidere negativamente sugli incentivi e sull'efficienza».

[3] Sulle forme dell'intervento pubblico nell'economia, v. la fondamentale opera di R.A. Musgrave, *The Theory of Public Finance. A Study in Public Economy*, New York, McGraw-Hill, 1959, il quale distingue le funzioni dello Stato in *stabilizzazione economica*, *allocazione* e *redistribuzione*. Nello stesso senso, v., tra i molti, J.E. Stiglitz, *The Economic Role of the State*, Oxford, Blackwell, 1989 [trad. it. *Il ruolo economico dello stato*, Bologna, il Mulino, 1992, 28 ss.]; T. Padoa-Schioppa, *Il governo dell'economia*, 1997, 18 ss.

zionamento del mercato, cercando di contemperare adeguatamente libertà individuale ed equità sociale.

La prospettiva adottata in questa sede è, naturalmente, quella del *diritto costituzionale*. Dopo avere sinteticamente ricostruito il modello economico delineato dalla nostra Carta fondamentale, nei suoi presupposti teorici e nei suoi sviluppi dottrinali e giurisprudenziali, si tratta di comprendere se esso abbia trovato attuazione nella realtà o sia stato in tutto o in parte disatteso. Attraverso un percorso che parte dai fondamenti del pensiero economico e di quello politico per arrivare alle loro applicazioni pratiche, si cercherà dunque di valutare la compatibilità con il sistema costituzionale – e, segnatamente, con il *principio di eguaglianza formale e sostanziale* di cui all'art. 3 Cost. – dell'odierno «capitalismo di mercato»[4].

## 1. Le «naturali» diseguaglianze del mercato e il ruolo della politica

Il rapporto tra *diseguaglianza* e *mercato* è uno dei temi più discussi dell'economia politica, fin dalla sua nascita intorno alla metà del XVIII secolo.

Nel *Tableau économique* (1758), il primo modello descrittivo di un'economia di mercato, François Quesnay pone a fondamento delle attività di produzione e di scambio la distinzione tra le classi sociali, individuate nella classe produttiva (contadini), nella classe sterile (artigiani, commercianti e liberi professionisti) e nella classe dei proprietari terrieri (aristocratici)[5]. Nella sua ricostruzione la diseguaglianza rappresenta una condizione «naturale», e in qualche modo fisiologica, dell'economia di mercato, giacché solo la *diversità nelle posizioni originarie* degli individui in termini di bisogni, risorse e capacità consente l'avvio dei processi produttivi e l'instaurarsi di rapporti di scambio di beni e di servizi. Se il riferimento alle classi sociali dell'epoca appare indubbiamente datato, il nucleo centrale del ragionamento mantiene invece intatta la sua attualità: l'idea che una *certa dose* di diseguaglianza tra gli

[4] Sulle forme del capitalismo moderno e contemporaneo, v., per tutti, P.A. Hall, D. Soskice (eds.), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, Oxford University Press, 2001; W.J. Baumol, R.E. Litan, C.J. Schramm, *Good Capitalism, Bad Capitalism, and the Economics of Growth and Prosperity*, New Haven - London, Yale University Press, 2007 [trad. it. *Capitalismo buono, capitalismo cattivo. L'imprenditorialità e i suoi nemici*, Milano, EGEA, 2009], secondo cui «non vi è un unico tipo di capitalismo dominante, né nelle insieme delle economie, né al loro interno, né nel tempo. Le economie possono dare luogo – come di fatto avviene – a combinazioni dei vari tipi di capitalismo, che variano nelle diverse fasi della loro storia» (78).

[5] F. Quesnay, *Tableau économique* (1758), in Institut National d'Études Démographiques (INED), *François Quesnay et la Physiocratie*, Paris, 1958, 667 ss.; ora anche in Id., *Il Tableau* économique *e altri scritti di economia*, a cura di M. Ridolfi, Milano, ISEDI, 1973, 3 ss.

individui sia necessaria per l'esistenza e il funzionamento del mercato è stata ripresa infatti da generazioni di economisti e viene ancora oggi sostenuta con vari argomenti. Quale sia questa dose, e in quale misura essa possa ritenersi vantaggiosa per i singoli e per la società, è tuttavia una questione ben lungi dall'essere risolta.

Nelle prime pagine della *Ricchezza delle nazioni* (1776) Adam Smith osserva come la divisione del lavoro, tipica dell'economia di mercato, sfrutti la *differenza dei talenti naturali* degli uomini per aumentare la produttività del sistema, dando luogo, «in una società ben governata, a quell'universale opulenza che si estende sino alle classi sociali più basse»[6]. Secondo il padre dell'economia classica, le diverse inclinazioni degli individui – derivanti dall'abitudine, dal costume e dall'educazione, più che dalla loro innata propensione allo svolgimento di certe attività – rappresentano un potente fattore di crescita economica e di progresso sociale se vengono incanalate nelle giuste direzioni. Solo così «i più diversi ingegni si rendono utili gli uni agli altri; i diversi prodotti dei rispettivi talenti, in conseguenza della generale attitudine a trafficare, barattare e scambiare, si può dire vengano messi in un fondo comune in cui ognuno può comprare qualsiasi parte gli serva del prodotto di talenti altrui»[7]. Al tempo stesso, però, egli sottolinea come la divisione del

[6] A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, Strahan and Cadell, 1776 [trad. it. *La ricchezza delle nazioni*, Roma, Newton, 1995, I, I, 65 ss.], che, dopo essersi chiesto se questo progresso nelle condizioni dei ceti più bassi del popolo – per effetto del quale «i poveri che lavorano non vogliono più accontentarsi dei cibi, degli abiti e degli alloggi di cui si consideravano soddisfatti in passato» – debba ritenersi un vantaggio o un inconveniente per la società, risponde che «tutto ciò che fa progredire le condizioni della maggioranza non può mai essere considerato un inconveniente per l'insieme. *Nessuna società può essere florida e felice se la grande maggioranza dei suoi membri è povera e miserabile*. Oltretutto, è semplice *questione di equità* il fatto che coloro che nutrono, vestono e alloggiano la gran massa del popolo debbano avere una quota del prodotto del loro stesso lavoro tale da essere loro stessi passabilmente ben nutriti, vestiti e alloggiati» (117) [corsivi nostri].

[7] *Ivi*, II, 74. La *necessità* delle diseguaglianze per il funzionamento dell'economia è stata sostenuta soprattutto da V. Pareto, a partire da *La courbe de la répartition de la richesse*, Université de Lausanne, Recueil publié par la faculté de Droit à l'occasion de l'exposition nationale suisse, Lausanne, Genève, Ch. Viret-Genton, 1896 [trad. it. *La curva della distribuzione della ricchezza*, in M. Baldassari, P. Ciocca (a cura di), *Radici della scuola italiana di economica e finanza. Da Ferrara (1857) a Einaudi (1944)*, in *Rivista di politica economica*, 8-9/1997] (sul punto, v., ampiamente, A. Brandolini, *Legge di Pareto, curva di Kuznets ed evoluzione «secolare» della disuguaglianza dei redditi*, in *Rivista di storia economica*, 2/1997, 221-252). Nello stesso senso, più di recente, F. Welch, *In Defense of Inequality*, Richard T. Ely Lecture, in *The American Economic Review*, LXXXIX, 2, 1999, 1-17, Acts and Documents of the 111th Annual Meeting of the American Economic Association, secondo cui «Tutta la scienza economica procede dalle diseguaglianze. Senza diseguaglianze di priorità e di capacità, non ci sarebbero né commercio, né specializzazione, né guadagno tratto dalla cooperazione. Insomma, non ci sarebbe una scienza economica e [tutti gli economisti] sarebbero occupati a vendere polizze di assicurazione. A dire il vero, nemmeno quello, perché non ci sarebbe niente da assicurare!». Sui complessi rapporti tra *diseguaglianza* e *sviluppo*, v., da

lavoro contribuisca ad aumentare le *dis-eguaglianze sociali*, approfondendo il divario culturale tra chi è libero di esercitare il proprio intelletto e chi passa la propria vita a eseguire alcune operazioni semplici e ripetitive. Mentre gli appartenenti alle classi sociali superiori, dopo un lungo corso di studi, accedono a professioni che lasciano loro «molto tempo a disposizione per perfezionarsi in ogni ramo di nozioni utili o dilettevoli», potendo arricchire il proprio spirito e affinare il proprio gusto nei più diversi campi, la maggior parte della popolazione è costretta a vivere del lavoro manuale, finendo preda, alla lunga, di un «torpore della mente» che la rende incapace «di formarsi un giusto giudizio relativamente a molti normalissimi doveri della vita privata» e «di giudicare dei grandi e vasti interessi del suo paese»[8]. Al fine di preservare la libertà individuale e garantire la sicurezza pubblica, lo Stato deve cercare di colmare tale divario, occupandosi dell'istruzione della gente comune «più di quella delle persone di un certo rango e di una certa fortuna» e permettendole di apprendere almeno le «parti più essenziali dell'educazione»[9]. Esso deve inoltre farsi carico di tutte le spese per le istituzioni e i servizi comuni (giustizia, difesa, polizia, strade, comunicazioni ecc.) che il mercato non è in grado di fornire ma che sono indispensabili per la vita associata. Trattandosi di spese «fatte per il beneficio generale dell'intera società»,

ultimo, A. Deaton, *The Great Escape: Health, Wealth, and the Origins of Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2013 [trad. it. *La grande fuga. Salute, ricchezza e origini della disuguaglianza*, Bologna, il Mulino, 2015].

[8] A. Smith, *op. cit.*, V, I, art. II, 637-640. Le considerazioni di Smith sulla condizione degli operai stanno alla base della teoria dell'*alienazione* (*Entfremdung*, *Entäusserung*) del lavoro industriale elaborata da K. Marx, Ökonomisch-philosophische Manuskripte aus dem Jahre 1844 (1844) [trad. it. *Manoscritti economici-filosofici del 1844*, Torino, Einaudi, 1968]; Id., *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie* (1857-1858) [trad. it. *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica*, *1857-1858*, 2 voll., Firenze, La nuova Italia, 1968-1970].

[9] A. Smith, *op. cit.*, V, I, III, art. II, 623 ss. (spec. 640).

Sull'importanza dell'*educazione popolare* per contrastare il processo di alienazione degli operai e consentire loro di formarsi una coscienza di classe, v. F. Engels, *Grundsätze des Kommunismus* (1847) [trad. it. *Principi del comunismo*]; K. Marx, F. Engels, *Manifest der Kommunistischen Partei*, London, Burghard, 1848 [trad. it. *Manifesto del partito comunista*], entrambi in Id., *Manifesto e Principi del comunismo*, a cura di D. Fusaro, Milano, RCS Bompiani, 2006, rispettivamente 18, 8, e 20, e II; K. Marx, *Instructions for the Delegates of the Provisional General Council. The Different Questions*, The International Workingmen's Association, I Congress, Geneva, 3rd-8th September 1866, in *Der Vorbote*, 10 e 11, 1866, e in *The International Courier*, Nos. 6/7 e Nos. 8/10, 1867 [trad. it. *Istruzioni per i delegati del Consiglio generale provvisorio su singole questioni*, in M.A. Manacorda, *Marx e l'educazione*, Roma, Armando, 2008, 111-112]; Id., *Kritik des Gothaer Programms* (1875), in *Die Neue Zeit*, 18, 1, 1890-1891 [trad. it. *Critica al Programma di Gotha*, Roma, Editori Riuniti, 1990, *Note in margine al programma del Partito operaio tedesco*, IV, lett. B], al quale pare tuttavia che Smith la raccomandi solo in «dosi prudentemente omeopatiche»: Id., *Das Kapital. Kritik der politische Ökonomie*, Hamburg, Meissner, New York, Schmidt, 1867 [trad. it. *Il capitale*, Torino, Utet, 2013, I, 12, 5, 493].

appare «ragionevole che esse siano sostenute dalla contribuzione dell'intera società, contribuendo tutti i suoi diversi membri, per quanto possibile, in proporzione alle rispettive capacità», e «non molto irragionevole che i ricchi contribuiscano (…) non solo in proporzione al loro reddito, ma anche qualcosa di più che in proporzione»[10].

Nelle parole del grande economista scozzese sono presenti *in nuce* tutti gli elementi tipici del *liberalismo economico classico*: da un lato, l'idea che il mercato sia dotato di una propria virtù intrinseca, consistente nella capacità di sfruttare le inclinazioni e gli egoismi individuali per creare ricchezza e benessere a vantaggio di tutta la società (c.d. teoria della mano invisibile); dall'altro, l'idea che, lasciato a se stesso, esso finisca per dare luogo a una serie di squilibri economici e sociali che necessitano di un intervento correttivo dello Stato. Ma soprattutto, al fondo del suo pensiero sta la convinzione, propriamente liberale, che l'economia di mercato rappresenti uno strumento essenziale per lo *sviluppo della persona umana*, della sua libertà e della sua creatività: uno strumento benefico e irrinunciabile, ma imperfetto – o comunque perfettibile – e, come tale, soggetto a revisioni e deroghe. Tanto più quando il suo funzionamento finisca per determinare l'insorgere di posizioni di potere, economico e talora anche politico, arrecando pregiudizio alla libertà e all'eguaglianza degli individui[11].

[10] A. Smith, *op. cit.*, V, I, conclusione, 663-664 e II, II, 685.

[11] *Ivi*, V, I, III, art. I, 601 ss., in cui si osserva che la creazione di *monopoli*, come quello dei manifatturieri inglesi, finisce per cristallizzare i rapporti economici rendendo di fatto impossibile il ripristino della concorrenza. Questo perché al monopolista viene attribuita una *posizione di potere* che gli consente di esercitare forti pressioni sui membri del Parlamento e di impedire così l'adozione di provvedimenti in contrasto con il suo interesse. Il parlamentare che appoggiasse le proposte favorevoli ai monopolisti saprebbe infatti di assicurarsi il sostegno di un'influente categoria di persone; se, al contrario, cercasse di ostacolarle, si esporrebbe senz'altro agli «insolenti oltraggi di monopolisti furiosi e delusi». Il sistema economico migliore, a suo avviso, è invece quello fondato sulla *libertà naturale*, in cui «ogni uomo, purché non violi le leggi della giustizia, viene lasciato perfettamente libero di perseguire il proprio interesse a suo modo e di mettere la sua attività ed il suo capitale in *concorrenza* con quelli di ogni altro uomo o categoria di uomini» Da questa premessa traggono origine, da un lato, la critica alle politiche mercantiliste, accusate di impedire «che ogni uomo persegua il suo proprio interesse a modo suo su un piano liberale di *equità*, *libertà* e *giustizia*», dando «ad alcuni rami dell'industria straordinari privilegi» e imponendo «ad altri altrettanto straordinarie restrizioni», e, dall'altro, la tesi dei *poteri limitati del sovrano*, ampiamente sviluppata nel libro V.

I fondamenti del pensiero liberale, e del concetto, che gli è proprio, di *potere limitato*, si trovano espressi in J. Locke, *Two Treatises of Government* (1690) [trad. it. *Due trattati sul governo*, Torino, Utet, 1992, II, 4], il quale afferma che «(p)er ben intendere il potere politico e derivarlo dalla sua origine, si deve considerare in quale stato si trovino naturalmente gli uomini e questo è uno stato di perfetta *libertà* di regolare le proprie azioni e disporre dei propri possessi e delle proprie persone come si crede meglio, entro i limiti delle leggi di natura, senza chiedere permesso o dipendere dalla volontà di nessun altro. È anche uno stato di *eguaglianza*, in cui ogni potere e giurisdizione è reciproco, nessuno avendone più di un altro» [corsivi nostri].

Si tratta di una convinzione condivisa da tutti quegli studiosi che, nei secoli successivi, si sono riconosciuti nella qualifica di «*neoliberali*» e il cui massimo esponente nel nostro Paese è stato Luigi Einaudi. In un articolo del 1925, pubblicato sul *Corriere della Sera* e intitolato *La dottrina liberale*, egli afferma che «è principio dello stato liberale che l'individuo possa meglio raggiungere il massimo vantaggio negli scambi agendo liberamente»; ma, nello stesso tempo, «se si persuade che l'individuo libero di agire sopraffà altrui e va contro all'interesse collettivo, lo stato liberale non indugia nel porre limiti alla libertà assoluta degli individui»; e anche quando «col perfezionarsi e col complicarsi della vita collettiva, crescono i limiti ed vincoli all'azione individuale (…), il loro crescere ha sempre per scopo di promuovere lo sviluppo intimo, spontaneo della *personalità umana*»[12]. Questo perché uno Stato autenticamente liberale è uno Stato «il quale impone limiti alla violenza fisica, al predominio di un uomo sugli altri, di una classe sulle altre, il quale cerca di dare agli uomini le *opportunità più uniformemente distribuite* per partire verso mete diversissime o lontanissime le une dalle altre»[13]. Ne deriva la necessità di contrastare qualunque forma di potere, pubblico o privato, nella politica come nell'economia, al fine di garantire a tutti gli individui un'*eguale possibilità* di «dispiegare liberamente le proprie energie umane» nei più diversi campi, consentendo loro di formarsi differenti opinioni e di realizzare differenti «esperimenti di vita»[14].

Sulla centralità della *persona* nel pensiero degli economisti classici, v. specialmente M. ul Haq, *The Human Development Paradigm*, in S. Fukuda-Parr, K. Shiva Kumar (eds.), *Readings in Human Development*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 21, secondo cui «The founders of economic thought never forgot that the real objective of development was to benefit people – creating wealth was only a means. That is why, in classic economic literature, the preoccupation is with all of society, not just with the economy. Fascination with industrial chimneys and technology did not replace early economists' concern with real people».

[12] L. Einaudi, *La dottrina liberale*, in *Corriere della Sera*, 6 settembre 1925, 1. Cfr., inoltre, Id., *Dell'uomo, fine o mezzo, e dei beni d'ozio*, in *Rivista di storia economica*, VII, 3-4, 1942, 117-130, in cui si osserva che la sostanza dell'economia capitalista «non sta nel rendere gli uomini schiavi delle cose», ma nel «liberare gli uomini dalla schiavitù di lavorare così duramente come prima per ottenere la stessa quantità di cose», potendo così dedicarsi al perfezionamento della propria persona.

[13] L. Einaudi, *Verso la città divina*, in *Rivista di Milano*, III, 1920, 26, ora in Id., *Il Buongoverno. Saggi di economia e politica 1897-1954*, a cura di E. Rossi, Roma - Bari, Laterza, 1973², I, 37 [corsivo nostro].

[14] L. Einaudi, *Liberalismo, borghesia e origini della guerra* (1928); Id., *Liberalismo e liberismo* (1931); Id., *Le premesse del ragionamento economico* (1941), in Id., *Il Buongoverno*, *cit.*, 196 ss., 228 e 267 ss., con riferimento alle tesi di J.S. Mill, *On Liberty* (1859) [trad. it. *Sulla libertà*, Milano, Mondadori, 1991, 85, 97]; Id. *Principles of Political Economy*, London Parker, 1848 [trad. it. *Principi di economia politica*, 2 voll., Torino, Utet, 1983].

Sul *potere economico* e i suoi effetti nelle relazioni sociali, v., per tutti, M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie*, Tubingen, Mohr, 1922 [trad. it. *Economia e società*, 5 voll., Milano, Edizioni di Comunità, 1995, 45-49], secondo

Con specifico riguardo al funzionamento dell'economia di mercato, egli si mostra fermamente critico nei confronti del liberismo di stampo ottocentesco, osservando che «se si lascia libero gioco al *laissez faire laissez passer*, passano soprattutto gli accordi e le sopraffazioni dei pochi contro i molti, dei ricchi contro i poveri, dei forti contro i deboli, degli astuti contro gli ingenui». A suo modo di vedere, non basta infatti lasciare agire liberamente gli interessi opposti perché dal loro contrasto nasca il vantaggio comune, ma bisogna creare una *cornice di norme e istituzioni* in grado di assicurare il buon andamento del sistema concorrenziale: un sistema che, contrariamente a quanto può apparire a prima vista, «implica altrettanto e forse maggior intervento di qualunque altro sistema economico; intervento destinato a serbare intatta l'azione della concorrenza, unica vera forza che dal contrasto degli interessi fa sprigionare l'osservanza dell'interesse comune»[15].

Analoghe considerazioni si ritrovano, più o meno nello stesso periodo, nelle opere degli autori[16] che in vario modo si richiamano agli indirizzi «*ordoliberali*» della c.d. Scuola di Friburgo. Alla base delle loro teorie sta l'idea che il mercato non è un fatto «naturale», capace di autoaffermarsi e di autoregolarsi, ma un sistema ordinato di rapporti economici, un «*ordine costituzionale*» frutto in parte dell'evoluzione spontanea delle interazioni individuali e in parte di scelte consapevoli dei poteri pubblici e in cui il grado di libertà ed eguaglianza (o dis-eguaglianza) degli operatori dipende in larga misura da *decisioni politiche*. Ne consegue che se si vuole realizzare un giusto equilibrio tra libertà economica ed equità sociale, occorre che lo Stato intervenga non già per guidare il mercato o interferire con il suo normale andamento, ma per correggerlo e integrarlo laddove esso fallisce nella sua funzione. Il compito delle istituzioni pubbliche è dunque quello di fissare le regole del gioco per il libero sviluppo della concorrenza, da un lato, astenendosi da azioni discrezionali che possano alterarla e, dall'altro, adottando misure che impediscano la formazione di monopoli, oligopoli e altre forme di potere economico

cui il «dominio monopolistico sul mercato» o «potere di mercato» (*monopolistische Herrschaft auf dem Markt*) rappresenta il «tipo più puro» di dominio, costituito in virtù di una «costellazione di interessi» (*Interessenkonstellation*) che include «tutti i rapporti di scambio, anche quelli ideali», e influenza tanto l'agire dei concorrenti quanto quello dei consumatori.

[15] L. Einaudi, *Economia di concorrenza e capitalismo storico*, in *Rivista di storia economica*, VII, 2, 1942, 58, 64.

[16] V., specialmente, F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1937; Id., *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Tübingen, Mohr, 1950; W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Jena, Fischer, 1940; nonché, più in generale, gli articoli pubblicati nella rivista *Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, a cura di W. Eucken, F. Böhm, Godesberg, Küpper, a partire dal 1937, da cui deriva il termine «ordoliberalismo», coniato da H. Moeller nel 1950.

privato (disciplina *antitrust*)[17], assicurino la massimizzazione delle esternalità positive e garantiscano la protezione di quanti vengono esclusi o lasciati indietro dal libero svolgersi delle dinamiche concorrenziali (c.d. *economia sociale di mercato* o *capitalismo sociale*). Le linee di politica economica da loro indicate cercano in definitiva di conciliare libera iniziativa privata e progresso sociale nel contesto di un'economia competitiva, ponendosi come una «terza via» tra liberismo e socialismo[18].

Nel solco di questa tradizione, la maggior parte dei Paesi europei – fra cui l'Italia[19] – si è dotata di una legislazione *antitrust* e di una serie di politiche pubbliche che puntano a ridurre le dis-eguaglianze economiche e sociali attraverso: a) *interventi regolativi*, miranti a correggere i fallimenti del mercato limitando il potere dei soggetti più forti o avvantaggiati (ad es., datori di lavoro, imprese monopoliste, oligopoliste o comunque in posizione dominante, grandi istituzioni finanziarie) e realizzando obiettivi di giustizia

[17] Sul ruolo giocato dalla Scuola di Friburgo, e in particolare da Franz Böhm, divenuto nel frattempo parlamentare, nell'elaborazione della legge *antitrust* in Germania nel 1957, v. D. Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Comparative Law and the «New» Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 25 (1994), 42; G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, il Mulino, 1998, 44-45.

[18] Tra i contributi più significativi in materia, W. Röpke, *Die Lehre von der Wirtschaft*, Wien, Springer, 1937; Id., *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*, Erlenbach - Zürich, Rentsch, 1942 [trad. it. *La crisi sociale del nostro tempo*, Roma, Giulio Einaudi Editore, 1946]; Id., *Civitas humana. Grundfragen der Gesellschafts- und Wirtschaftsreform*, Erlenbach - Zürich, Rentsch, 1944 [trad. it. *Civitas humana. I problemi fondamentali di una riforma sociale ed economica*, Milano, Rizzoli, 1947]; A. Rüstow, *Zwischen Kapitalismus und Kommunismus*, in *Ordo*, 1949, Bd. 2, 100-169; A. Müller-Armack, *Soziale Marktwirtschaft. Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1956, 9, 390 ss.; *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, Freiburg im Breisgau, Rombach, 1966.

Sull'economia sociale di mercato, v., tra i molti, C.J. Friedrich, *The Political Thought of Neo-Liberalism*, in *American Political Science Review*, American Political Science Association, 49 (2) (1955), 509-525; A. Peacock, H. Willgerodt, *Germany's Social Market Economy*, London, Macmillan, 1989; J.C. Van Hook, *Rebuilding Germany: The Creation of the Social Market Economy 1945-1957*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; nonché, più di recente, F. Forte e F. Felice, *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010.

[19] L'introduzione in Italia di una legge a tutela della concorrenza e del mercato (l. 10 ottobre 1990, n. 287, c.d. legge *antitrust*) è avvenuta con notevole ritardo rispetto agli altri Paesi industrializzati (sulle cause di tale ritardo v., per tutti, Libertini, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in Aa.Vv., *Concorrenza e Autorità Antitrust. Un bilancio a dieci anni dalla legge*, atti del convegno (Roma, 9-10 ottobre 2000), Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 2001, 69 ss; per una ricostruzione storica dell'intera vicenda, v., inoltre, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Presentazione della Relazione annuale sull'attività svolta nel 1990*), con la conseguenza che il nostro è rimasto per molto tempo l'unico Stato membro della Comunità europea senza una normativa *antitrust* nazionale e, anzi, con una legislazione interna tendenzialmente favorevole alle restrizioni della concorrenza.

sociale senza pregiudicare il diritto di proprietà privata e la libertà di iniziativa economica (*Stato regolatore*); b) *interventi diretti*, volti a garantire il perseguimento di fini di interesse generale (ad es., controllo della quantità, della qualità e dei prezzi di beni e servizi essenziali, fornitura del servizio pubblico e del servizio universale) nell'esercizio di attività economiche affidandone la gestione a soggetti pubblici (*Stato gestore*); c) *interventi perequativi*, tendenti a ridurre gli squilibri determinati dal sistema economico redistribuendo la ricchezza prodotta e assicurando adeguati livelli di protezione sociale ai soggetti più deboli o svantaggiati (ad es., donne, giovani, disabili, consumatori, risparmiatori, lavoratori precari) e a quelli esclusi temporaneamente o definitivamente dal mercato (ad es., invalidi, infortunati, malati, disoccupati, anziani) (*Stato sociale*). La stessa Unione Europea, nei suoi Trattati istitutivi dal 1957 a oggi, si richiama espressamente ai principi dell'*economia sociale di mercato*, affermando che essa «Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente»; «promuove il progresso scientifico e tecnologico»; «combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore»; «promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri» (art. 3.3 TUE).

Non molto distanti negli esiti, sebbene parzialmente diverse nelle premesse, sono state le politiche del *New Deal*, adottate negli Stati Uniti d'America sotto la presidenza Roosevelt dopo la Grande Depressione del 1929 e largamente ispirate alle idee di John Maynard Keynes[20]. Anche in questo caso si è assistito a una significativa espansione del ruolo dello Stato nell'economia – tramite l'adozione di norme limitative del potere dei *trust*, volte a ridurre gli effetti negativi delle grandi concentrazioni di potere industriale e finanziario, e di misure contro la povertà, a difesa dell'occupazione e a sostegno della domanda delle masse popolari e dei ceti più deboli (garanzia di minimi salariali, settimana lavorativa di 40 ore, legge sulla sicurezza sociale per garantire la pensione di vecchiaia alla maggior parte dei lavoratori, rafforzamento del movimento sindacale ecc.), a cui si sono aggiunti una ristrut-

[20] J.M. Keynes, *The End of the Laissez-faire*, London, Hogarth Press, 1926 [trad. it. *La fine del laissez-faire*, in Id., *La fine del laissez-faire e altri scritti economico-politici*, Torino, Bollati Boringhieri, 2002]; Id., *General Theory of Employment, Interest and Money*, London, Macmillan & Co., 1934 [trad. it. *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, in Id., *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta e altri scritti*, Torino, Utet, 2005], in cui si sottolinea come uno dei due vizi del sistema capitalistico, insieme all'«incapacità di assicurare una piena occupazione», sia «la distribuzione arbitraria e iniqua delle ricchezze e dei redditi» (566).

turazione del sistema creditizio, una riforma fiscale e un vasto programma di opere pubbliche – che ha contribuito ad attenuare notevolmente le dis-eguaglianze all'interno della società americana, assicurandole un lungo periodo di stabilità e di prosperità[21].

Nel frattempo, a partire dagli studi di alcuni economisti austriaci della c.d. Scuola di Vienna, tra cui Ludwig von Mises e Friedrich August von Hayek, e del francese Jacques-Léon Rueff, ha iniziato a farsi strada, specialmente nel mondo anglosassone, una diversa corrente di pensiero, definita come «*neoliberismo*» o «*neoconservatorismo*» (*new conservatism*), secondo la quale lo Stato deve limitarsi a porre le regole minime per garantire l'*esistenza* del mercato, lasciando la massima libertà di azione alle forze in esso operanti (*Stato minimo*). Per realizzare tale obiettivo gli Stati dovrebbero ridurre il più possibile il loro intervento a monte, all'interno e a valle del mercato attraverso massicci programmi di: a) privatizzazione di imprese e servizi pubblici (sanità, scuola, previdenza, assistenza, credito, energia, poste, telecomunicazioni ecc.); b) deregolamentazione (*deregulation*), eliminando tutte le norme che limitano ingiustificatamente la libertà degli operatori e l'accumulazione dei profitti; c) diminuzione delle tasse (anche per le classi di reddito più elevate) e delle spese sociali (ad es., per il sistema pensionistico, l'assistenza sanitaria, il salario di disoccupazione)[22].

A favore di questa tesi vengono generalmente addotti due ordini di argomenti.

Il primo è di carattere politico e consiste nella convinzione che la dis-eguaglianza non rappresenti affatto un dis-valore, anzi. Nella sua opera principale, intitolata *La società libera* (1960), von Hayek sostiene che l'unica forma di eguaglianza che contribuisca alla libertà e sia con essa compatibile è l'«eguaglianza delle norme generali della legge e della condotta», il cui effetto è di preservare le originarie diversità fra gli esseri umani[23], mentre l'«eguaglianza materiale», consistente nella pretesa di «livellare le condizioni di tutti», gli appare una «discriminatoria coercizione» basata «esclusivamente sull'invidia» verso il successo di alcuni e che finisce per sottrarre risorse utili

[21] Sull'argomento, v., di recente, P.R. Krugman, *The Conscience of a Liberal*, New York - London, Norton & Co., 2007 [trad. it. *La coscienza di un liberal*, Roma - Bari, Laterza, 2009].

[22] M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago, Chicago University Press, 1962 [trad. it. *Capitalismo e libertà*, Torino, Ibl, 2010] e altri esponenti della c.d. Scuola di Chicago.

Sullo *Stato minimo*, v., specialmente, G.J. Stigler, P. Samuelson, *A Dialogue on the Proper Economic Role of the State*, *Selected Papers*, 7, 1963, Chicago, University of Chicago Graduate School of Business; R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974 [trad. it. *Anarchia, stato e utopia. I fondamenti filosofici dello «Stato minimo»*, Firenze, Le Monnier, 1981]; J.M. Buchanan, *The Limits of Liberty*, Chicago, Chicago University Press, 1975 [trad. it. *I limiti della libertà*, Torino, Einaudi, 1978]; Id., *Liberty, Market and State*, Brighton, Wheatsheaf Books, 1986.

[23] Platone, *Leggi*, VI, 757a: «Per i diseguali, gli eguali diventano diseguali».

all'intera società[24]. Si tratta del classico *argomento inegualitario*, introdotto da Platone e ampiamente utilizzato nel corso dei secoli, secondo cui gli uomini sono per natura diseguali ed è bene che lo siano, perché la loro dis-eguaglianza è un insostituibile strumento di progresso individuale e sociale[25]. Ne consegue il rifiuto di ogni egualitarismo, da quello più moderato, tendente a ridurre le dis-eguaglianze tra gli individui eliminando i privilegi ingiustificati o eccessivi[26], a quello più radicale, mirante a superare la società borghese capitalistica in favore di una «società di eguali», nella quale i bisogni di tutti siano soddisfatti e cessi lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo[27].

[24] F.W. von Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960 [trad. it. *La società libera*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2011, 181 ss.]. *Contra*, v. L. Einaudi, *Lezioni di politica sociale* (1944), Torino, Einaudi, 1977, 250, il quale giustifica invece l'intervento dello Stato, diretto a garantire a tutti gli uomini *un minimo di eguaglianza nei punti di partenza*, per permettere anche ai meno abbienti di ottenere «quel minimo che sia indispensabile affinché essi non siano costretti ad accettare subito quelle qualsivoglia più basse occasioni di lavoro che ad essi si presentano e possano attendere a fare la scelta di lavoro considerata meglio conforme alle loro attitudini».

[25] Platone, *Repubblica*, III, 415a-c, e VIII, 558c, in cui Socrate critica l'idea che venga concessa «eguaglianza indifferentemente agli eguali e ai diseguali». Nello stesso senso, tra i molti, F.W. Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft*, Leipzig, Naumann, 1886 [trad. it. *Al di là del bene e del male*, in Id., *Opere complete*, a cura di G. Colli e M. Montinari, Milano, Adelphi, 1968, VI, II, 27], secondo il quale l'eguaglianza naturale «è un grazioso espediente mentale con cui si maschera, ancora una volta (…), l'ostilità delle plebi per tutto quanto è privilegiato e sovrano».

[26] J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inegalité parmi les hommes*, Amsterdam, Rey, 1755 [trad. it. *Discorso sull'origine della disuguaglianza tra gli uomini*, in Id., *Scritti politici*, I, a cura di P. Alatri, Torino, Utet, 1979, 287, il quale distingue due generi di diseguaglianza: quella «naturale o fisica», consistente nella «differenza di età, di salute, di forze fisiche e qualità dello spirito e dell'anima», e quella «morale o politica», consistente nei «differenti privilegi di cui alcuni godono a svantaggio degli altri, come di essere più ricchi, più onorati, più potenti, o anche di farsi obbedire»; Id., *Du contrat social, ou, principes du droit politique*, Amsterdam, Rey, 1762 [trad. it. *Il contratto sociale*, in Id., *Scritti politici*, II, Roma - Bari, Laterza, 1994, spec. I, IX, 33, dove si afferma che «Il patto fondamentale, invece di distruggere l'uguaglianza naturale, sostituisce, al contrario, un'uguaglianza morale e legittima a quel tanto di disuguaglianza fisica che la natura ha potuto mettere tra gli uomini, i quali, potendo per natura trovarsi ad essere disuguali per forza o per ingegno, diventano tutti uguali per convenzione e di diritto», aggiungendo tuttavia che «Sotto i cattivi governi quest'uguaglianza è solo apparente ed illusoria; non serve che a mantenere il povero nella sua miseria e il ricco nella sua usurpazione. Di fatto le leggi sono sempre utili a chi possiede e nocive a chi non ha nulla. Perciò lo stato sociale giova agli uomini solo in quanto posseggano tutti qualcosa e nessuno di essi abbia qualcosa di troppo» (nt. 4)]; J.S. Mill, *Principi*, *cit.*, VI, 1002, secondo cui, «finché la ricchezza continuerà a rappresentare il potere, e il diventare più ricchi possibile continuerà a essere oggetto dell'ambizione universale, è auspicabile che la via per giungere alla ricchezza sia aperta a tutti, senza favori o parzialità»].

[27] S. Maréchal, *Le Manifeste des Egaux*, Paris, 1796; F. Buonarroti, *Conspiration pour l'*égalité dite de Babeuf, Bruxelles, Librairie Romantique, 1828 [trad. it. *Cospirazione per l'eguaglianza detta di Babeuf*, Torino, Einaudi, 1982]; K. Marx, F. Engels, *Manifesto del Partito Comunista*, *cit.*; K. Marx, *Critica al Programma di Gotha*, *cit.*

Il secondo è di carattere economico e viene da una duplice constatazione: da un lato, che le differenze di reddito e di ricchezza, quali *riconoscimenti economici del successo*[28], spingono le persone a lavorare, risparmiare e investire, stimolando la crescita e lo sviluppo[29], e incoraggiano le imprese a rischiare, innovare e migliorare continuamente processi e prodotti, aumentandone l'efficienza e la competitività[30]; dall'altro, che i *costi dell'intervento pubblico nell'economia*, soprattutto quelli per le politiche redistributive, sono spesso superiori ai benefici che ne derivano[31]. Un argomento, questo, a cui si è efficacemente replicato evidenziando i *costi delle dis-eguaglianze*[32] prodotte dall'attuale capitalismo di mercato: a) *costi economici*, derivanti dalla generale instabilità del sistema, con il rischio di crisi dovute a crolli della domanda (es. *credit crunch* 2008) e conseguente necessità di misure anticicliche e di protezione sociale che impattano pesantemente sulle finanze pubbliche (es. crisi del debito sovrano 2010); b) *costi sociali*, consistenti nell'iniquità delle condizioni di vita e di lavoro delle persone, con diffusione di sentimenti di diffidenza verso gli altri e di sfiducia verso le istituzioni, che mettono a dura prova la coesione della società; c) *costi politici*, dati dal potenziale inquinamento dei processi democratici attraverso la «cattura dei regolatori» da parte delle grandi *lobby* industriali e finanziarie[33].

[28] F.W. von Hayek, *La società libera*, *cit.*, 192 ss., nonché, più di recente, A. Deaton, *La grande fuga*, *cit.*, il quale, sulla base di numerosi esempi storici, ritiene che una certa diseguaglianza economica sia necessaria alla crescita e allo sviluppo poiché aumenta la propensione degli individui e dei popoli a migliorare le proprie condizioni di vita (c.d. «paradosso di Deaton»).

[29] Sull'«avidità» come strumento di sviluppo economico e sociale, v. B. Mandeville, *The Fable of The Bees: or, Private Vices, Public Benefits* (1705) [trad. it. *La favola delle api*, Roma - Bari, Laterza, 2008, 9-21].

[30] Sul processo di «distruzione creatrice» quale elemento essenziale per lo sviluppo dell'economia capitalistica, v. J.A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York - London, Harper & Brothers, 1942 [trad. it. *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, Edizioni di Comunità, 1955].

[31] R. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, 1-44; Id., *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, Chicago University Press, 1988 [trad. it. *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, il Mulino, 2006]; A.M. Okun, *Equality and Efficiency. The Big Tradeoff*, Washington D.C., Brookings Institution, 1975 [trad. it. *Eguaglianza ed efficienza. Il grande tradeoff*, Napoli, Liguori, 1990], secondo cui le politiche redistributive del reddito dai ricchi ai poveri tendono a frenare la crescita economica, essendo «impossibile al tempo stesso raggiungere l'efficienza di mercato e ripartirne equamente i risultati» (in base al noto esempio del «secchio forato»).

[32] P.R. Krugman, *op. cit.*, 242 ss.; Id., *Liberty, Equality, Efficiency*, in *New York Times*, 10th March 2014; J.E. Stiglitz, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, 2012 [trad. it. *Il prezzo della diseguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino, Einaudi, 2014].

[33] I fenomeni di «cattura dei regolatori» comprendono tutte quelle situazioni in cui i soggetti privati regolati riescono a influenzare, direttamente o indirettamente, a proprio beneficio, l'attività dei soggetti regolatori. Sul punto v. G.J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economic & Management Science*, 2, 1971, 3 ss.

Nella seconda metà del Novecento si sono moltiplicati i tentativi di filosofi, giuristi ed economisti di trovare una sintesi teorica tra libertà ed eguaglianza che permetta di considerare questi due valori fondamentali di ogni convivenza civile «non come antinomici ma come complementari», giustificando le politiche di contrasto delle dis-eguaglianze senza intaccare i cardini della società liberale[34]. Un decisivo contributo in questo senso è venuto da John Rawls che, in *Una teoria della giustizia* (1971), ha elaborato una concezione «equitativa» della giustizia basata su due principi: il primo afferma che ogni persona ha un eguale diritto alla più ampia libertà fondamentale compatibilmente con una simile libertà per gli altri (*principio di libertà eguale*); il secondo, subordinato al primo, afferma che le diseguaglianze sociali ed economiche sono ammesse solo se risultano a vantaggio dei più svantaggiati (*principio di differenza*). L'idea di fondo di questa teoria è che i «beni sociali primari» – cioè quei beni (diritti e libertà, reddito e ricchezza, poteri e cariche ecc.) il cui possesso è un utile mezzo per la realizzazione di ogni ragionevole fine che un individuo possa porsi – debbano essere distribuiti in modo da garantire a tutti i consociati un'effettiva *eguaglianza di opportunità* nel raggiungimento dei propri obiettivi[35]. Più o meno sulla stessa linea si collocano

[34] N. Bobbio, *Eguaglianza*, (voce) in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1977, II, 355-365, ora in Id., *Eguaglianza e libertà* (1995), Torino, Einaudi, 2009², 3-43, spec. 38. Ma v., già, Id., *Eguaglianza ed egualitarismo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 54, 3, 1976, 321-330, ried. in Id., *Teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1999, 247-257.

[35] J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1971 [trad. it. *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982]. Cfr., inoltre, N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, *cit.*, 24-26, secondo cui il principio di *eguaglianza delle opportunità* (égalité des chances) o *dei punti di partenza* – considerato uno dei cardini dello Stato di democrazia sociale, così come il principio di eguaglianza di fronte alla legge rappresenta uno dei cardini dello Stato liberale – mira a mettere tutti i membri di una determinata società «nella condizione di partecipare alla gara della vita, o per la conquista di ciò che è vitalmente più significativo, partendo da posizioni eguali»; Id., *Destra e sinistra* (1994), Roma, Donzelli, 1995², 106-107, dove si osserva che la diversità di *status* tra gli individui, determinata dalle loro dis-eguaglianze naturali o sociali, «non può non avere un'influenza sul trattamento delle une o delle altre da parte dei pubblici poteri».

Sull'*eguaglianza* e le sue applicazioni alla sfera politica, economica e sociale la letteratura è sterminata. Tra i contributi più significativi dagli anni Settanta del secolo scorso, oltre alle citate opere di J. Rawls e N. Bobbio, v. H. Buch, P. Foriers, Ch. Perelman (éd.), *L'*égalité, I, Bruxelles, Bruylant, 1971; R. Nozick, *Distributive Justice*, in *Philosophy and Public Affairs*, 3, 1973; Id., *Anarchia, stato e utopia*, *cit.*; A.K. Sen, *On Economic Inequality*, Oxford, Clarendon Press, New York, Norton, 1973; Id., *Inequality Reexamined*, Oxford, Clarendon Press, New York, Russell, 1991 [trad. it. *La diseguaglianza. Un esame critico*, Bologna, il Mulino, 1992]; F.E. Oppenheim, *Uguaglianza*, (voce) in *Dizionario di politica* (1976), diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, Utet, 1983², 1211-1220; Aa.Vv., *Eguaglianza ed egualitarismo*, Roma, Armando, 1978; T. Nagel, *Equality*, in Id., *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979 [trad. it. *Questioni mortali*, Milano, Il Saggiatore, 1986]; Id., *Equality and Partiality*, New York - Oxford, Oxford University Press, 1991 [trad. it. *I paradossi dell'eguaglianza*, Milano, Il Saggiatore, 1993]; I. Berlin, *Equality*, in Id., *Concepts and*

studiosi diversi, come Ronald Dworkin, il quale ritiene che tutti gli esseri umani vadano trattati «come eguali» (*as equal*), non assicurando loro eguali risultati (cioè eguale ricchezza o eguale povertà), ma mettendo a loro disposizione *eguali risorse* per il perseguimento dei propri progetti di vita[36], Amartya Sen e Martha Nussbaum, secondo cui il ruolo delle istituzioni pubbliche dovrebbe essere quello di dotare ogni persona delle «capacità» (*capabilities*) necessarie per realizzare pienamente se stessa e raggiungere una elevata qualità della vita (c.d. *capability approach*)[37]. Un ruolo, questo, che la Costituzione italiana del 1948 ha affidato alla Repubblica, nelle sue molteplici articolazioni, imponendole di combattere le dis-eguaglianze economiche e sociali tra i cittadini per consentire loro di sviluppare liberamente la propria personalità e partecipare attivamente alla vita della comunità (art. 3, co. 2, Cost.).

Certo è che, dopo i successi di Ronald Reagan e Margaret Thatcher negli Stati Uniti e in Gran Bretagna nel corso degli anni Ottanta e il crollo dei regimi socialisti e comunisti nei primi anni Novanta del secolo scorso, il neoliberismo sembra essersi ormai affermato come la *nuova ideologia dominante* a livello globale, dando luogo a un ordine mondiale basato sulla libertà del mercato e sulla subordinazione della politica all'economia che fa sentire i suoi effetti anche nel nostro Paese e la cui compatibilità con la nostra Costituzione è tutta da verificare.

*categories. Philosophical essays*, Oxford, Oxford University Press, 1980, 81-102; R. Dworkin, *What is Equality?*, part I, *Equality of Welfare*, part II, *Equality of Resources*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1981, X, 185-246 e 283-345; Id., *Eguaglianza*, (voce) in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1993, 478-491; Id., *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2000 [trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'eguaglianza*, Milano, Feltrinelli, 2002]; S. Veca, *La società giusta. Argomenti per il contrattualismo*, Milano, Il Saggiatore, 1982; M. Walzer, *Spheres of Justice. A defense of Pluralism and Equality*, New York, Blackwell, 1983 [trad. it. *Sfere di giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1987]; M. Nussbaum, *Nature, Function, and Capability. Aristotle on Political Distribution* (1986), in *Oxford Studies in Ancient Philosophy*, 1988; Id., *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, il Mulino, 2002; W. Kymlicka, *Liberal Individualism and Liberal Neutrality*, in *Ethics*, 1989, XCIX, 4, 883-905; A. Martinelli, M. Salvati, S. Veca, *Progetto 89. Tre saggi su libertà, eguaglianza, fraternità*, Milano, Il Saggiatore, 1989; N. Matteucci, *Dell'uguaglianza degli antichi paragonata a quella dei moderni*, in *Intersezioni*, IX, 1989, 203-230; F. Sbarberi, *L'uguaglianza dei moderni*, in *Il Pensiero politico*, XXIII, I, 1990, 52-77; J.E. Roemer, *Equality of Opportunity*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1998; M. Fioravanti, *Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno*, in *Contemporanea*, 1999, II, 4, 609-630; L. Ferrajoli, *Il significato del principio di uguaglianza*, in *Dem. dir.*, 2-3, 1994, 475-488; L. Gianformaggio, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro it.*, 1996, 6, 1961-1976; F. Comim, M. Nussbaum (eds.), *Capabilities, Gender, Equality. Towards fundamental entitlements*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

[36] R. Dworkin, *What is Equality?*, part II, *Equality of Resources*, *cit.*

[37] A.K. Sen, M. Nussbaum (eds.), *The quality of life. A study prepared for the World Institute for Development Economics Research (WIDER) of the United Nations University*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

## 2. Poteri economici privati e dis-eguaglianze nel sistema costituzionale

Quando, tra il 1946 e il 1947, i Costituenti italiani si trovarono a discutere sulle linee portanti del nuovo sistema economico dopo le tragiche esperienze del fascismo e i disastri provocati dalla guerra, la loro comune preoccupazione era quella di creare un sistema che fosse in grado di garantire elevati livelli di sviluppo e di benessere sociale[38] e consentisse, al tempo stesso, un corretto funzionamento della democrazia. Sui modi per raggiungere questo obiettivo essi avevano, però, opinioni molto diverse.

Mentre comunisti, socialisti e democristiani nutrivano una profonda *sfiducia nel mercato* come strumento di efficienza economica e sviluppo sociale e ritenevano che il libero gioco della concorrenza tendesse per sua natura alla concentrazione della ricchezza nelle mani di pochi soggetti, i liberali erano convinti che solo un'*economia concorrenziale* potesse assicurare il benessere della collettività e garantire, attraverso la protezione dei consumatori, una migliore giustizia sociale[39]. Non sorprende, quindi, che i primi fossero favorevoli a misure «forti» quali le nazionalizzazioni, le pianificazioni, le programmazioni e il controllo sociale sulle imprese, mentre i secondi preferissero fare ricorso a una normativa a tutela della concorrenza e del mercato (disciplina *antitrust*)[40]. Particolarmente significative furono le parole di Einaudi, che, nel proporre l'inserimento di una disposizione in forza della quale lo Stato avrebbe dovuto combattere le concentrazioni economiche esi-

[38] Sulla drammatica situazione dell'economia italiana alla fine della Seconda Guerra Mondiale e sulle alternative della ricostruzione, cfr. V. Castronovo, *Storia economica d'Italia*, Torino, Einaudi, 1995, 361 ss.

[39] La categoria giuridica dei «*consumatori*» in quanto tale non ha trovato esplicito riconoscimento nella Carta costituzionale, nonostante la proposta, avanzata da alcuni Costituenti, di inserire un emendamento aggiuntivo all'art. 39, poi divenuto art. 41, così formulato: «La legge regola l'esercizio dell'attività economica al fine di difendere gli interessi e la libertà del consumatore» (v., specialmente, G. Cortese, in *Atti Ass. cost.*, *Ass.*, II, 3 maggio 1947, 1371 ss., secondo cui si sarebbero in tal modo contemperate le esigenze dell'economia e della produzione con quelle della *giustizia sociale*, dal momento che «tutti i cittadini sono consumatori» e che «difendere il consumatore significa soprattutto difendere gli interessi delle categorie meno abbienti»). Tale proposta fu quindi ritirata per aderire a un altro emendamento, a firma di L. Einaudi, diretto a contrastare la formazione di *monopoli* e, qualora questi già esistessero, a sottoporli al controllo pubblico (v. *infra*, nota 41).

[40] Cfr. G. Amato, *Il mercato nella Costituzione* (1991), in Aa.Vv., *La costituzione economica*, Padova, Cedam, 1997, 7 ss., spec. 10. Parzialmente diversa è l'opinione di G. Bognetti, *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario* (1991), ivi, 77-79, secondo il quale, mentre per le sinistre il mercato «non costituiva solo un sistema economico poco capito e dunque poco apprezzato: costituiva, senza meno, il nemico», ai democristiani non doveva sfuggire «che il mercato – fondato sulla proprietà privata, l'iniziativa imprenditoriale, il libero contratto – serve, tra l'altro, a soddisfare i bisogni effettivi, reali della gente, le loro scelte autonome di consumo: cioè serve concretamente e potentemente alla loro libertà».

stenti e astenersi dal crearne di nuove, disse che «il male più profondo della società presente» non era la mancanza di programmi e di piani – giacché se ne erano avuti fin troppi – ma l'esistenza di *monopoli*, «vera fonte della disuguaglianza, vera fonte della diminuzione dei beni prodotti, vera fonte della disoccupazione delle masse operaie»[41]. Il rifiuto della sua proposta non fu dovuto a una scarsa sensibilità delle altre forze politiche circa la necessità di combattere i monopoli. Al contrario, esso fu ritenuto pleonastico, essendo opinione diffusa tra i Costituenti che il *principio antimonopolistico* potesse ricavarsi con facilità dal combinato disposto degli artt. 41, co. 3, e 43 Cost.

Ma quel che più conta **è che,** al di là delle distanze ideologiche, le varie forze presenti in Assemblea abbiano espresso un comune sfavore nei confronti di tutte le forme di potere economico privato, considerate una minaccia per la libertà, l'eguaglianza e la democrazia, indicando mezzi diversi per conseguire un unico scopo: la *regolamentazione del mercato*[42].

Se un'indicazione si può trarre dai lavori preparatori, essa va dunque nel senso di un modello di *economia mista*[43] – non molto diverso da quello della maggior parte dei Paesi dell'Europa continentale – capace di conciliare libertà individuale ed equità sociale facendo leva su cinque pilastri fondamentali: a) intervento dello Stato (artt. 41, co. 3, 42, co. 3, e 43 Cost.); b) controllo sociale dell'economia (artt. 41, co. 2 e 3, 42, co. 2, e 46 Cost.); c) tutela della concorrenza (artt. 2, 3, 41, co. 1 e 2, Cost.; nonché, più di recente, art. 117, co. 2, lett. m), Cost., introdotto con l. cost. n. 3/2001; d) tutela dei lavoratori (artt. 1, co. 1, 4, e 35-38 Cost.) e dei sindacati (artt. 39 e 40 Cost.); e) tutela del risparmio e controllo del credito (art. 47 Cost.). Un modello elastico e flessibile, suscettibile di svilupparsi in direzioni diverse al mutare delle situazioni economiche e degli orientamenti politici e sociali, escludendosi sia la possibilità di esiti di tipo radicalmente socialista o comunista sia la legittimità di politiche economiche di stampo ultraliberista.

Sullo sfondo dell'intero sistema, a illuminarne il significato e a indicarne la direzione, c'è il *principio di eguaglianza* di cui all'art. 3 Cost.: un principio che, da una parte, vieta al legislatore, alle amministrazioni e ai giudici di trattare in modo irragionevolmente diverso situazioni simili e in modo irragionevolmente simile situazioni diverse (*eguaglianza formale*) (co. 1) e,

[41] *Atti Ass. cost.*, *Ass.*, II, 13 maggio 1947, 1668.

[42] Cfr. R. Niro, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, Cedam, 1994, 101.

[43] Sul modello di *economia mista* delineato dalla Costituzione, v., tra i molti, F. Galgano, *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna - Roma, Zanichelli - Foro Italiano, VIII, I, *Rapporti economici*, 1982; M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990; G. Guarino, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie* (1991), in *Quad. cost.*, 1992, 21 ss., e G. Bognetti, *La costituzione economica*, *cit.*, 69 ss.; P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, 75-109 e 111-133. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*[5], Roma - Bari, Laterza, 2012.

dall'altra, impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono loro di sviluppare pienamente la propria personalità e di partecipare effettivamente all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (*eguaglianza sostanziale*) (co. 2)[44]. Per quanto attiene all'oggetto della nostra indagine, sotto il primo profilo si pone il problema della giustificazione dei *trattamenti differenziati* tra i vari soggetti del mercato per contrastare la formazione e lo sfruttamento di posizioni di potere; sotto il secondo profilo si pone il problema delle *azioni positive* nell'economia al fine di combattere le dis-eguaglianze prodotte dal mercato[45]. Si tratta di questioni delicate e complesse, che vanno a incidere in misura considerevole sulle libertà degli individui e investono l'essenza stessa del costituzionalismo come scienza della limitazione del potere in tutte le sue manifestazioni.

[44] Sul *principio di eguaglianza* nell'ordinamento italiano, v., *ex multis*, P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituzione ed i suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei, A. Levi, Firenze, Barbera, 1950, I, CXXX; C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954; L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1962; G. Ferrara, *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 274 ss.; C. Rossano, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1966; Id., *L'eguaglianza formale nella costituzione italiana*, in S. Labriola (a cura e per la direzione di), *Sovranità e democrazia*, Roma - Bari, Laterza, 2006, 717-755; C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1967; Id., *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Padova, Cedam, 1976[9], 1016-1034; P. Biscaretti di Ruffìa, *Uguaglianza (principio di)*, (voce) in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, Utet, 1973; A. Agrò, *Art. 3, co. 1*, e U. Romagnoli, *Art. 3, co. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *cit.*, I, *Principi fondamentali*, 1975; A. Cerri, *L'uguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976; Id., *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila, Japadre, 1984; Id., *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, (voce) in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1998; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, 73-101; B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, Cedam, 1984; A. Pizzorusso, *Eguaglianza (Diritto)*, (voce) in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1993; Aa.Vv., *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Padova, Cedam, 1999; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 1999; Aa.Vv., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, Cedam, 2002; F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003; S. Labriola, *Il principio di eguaglianza materiale (art. 3, co. 2, Cost.)*, in Id. (a cura e per la direzione di), *Sovranità e democrazia*, *cit.*, 777-829.

[45] Sulle *azioni positive* e i loro limiti, v., specialmente, M. Ainis, *Azioni positive e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, I, 582 ss. A. Cerri, *Eguaglianza, giustizia e azioni positive*, *cit.*; A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002; A. Giorgis, *Art. 3, 2° co., Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, Utet, 2006; F. Vari, *L'affermazione del principio d'eguaglianza nei rapporti tra privati: profili costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2013.

A ben vedere, le *dis-eguaglianze economiche* appaiono in effetti in molti casi un riflesso del *potere* economico, pubblico e privato, e dei suoi *abusi* in varie forme e all'interno dei vari mercati: a) nel mercato del lavoro (dis-eguaglianze tra datori e lavoratori e tra lavoratori); b) nel mercato dei beni e dei servizi (dis-eguaglianze tra imprenditori e tra produttori e consumatori); c) nel mercato dei capitali (dis-eguaglianze tra grandi investitori e piccoli risparmiatori). Al fine di cogliere le linee di fondo della giurisprudenza costituzionale sull'argomento e valutarne le tendenze, conviene dunque cercare di analizzarla separatamente in relazione a ciascuno di essi.

Con rifermento al *mercato del lavoro*, le pronunce della Corte, così come quelle dei giudici ordinari, sulle misure di contrasto delle dis-eguaglianze tra datori di lavoro e lavoratori e tra lavoratori sono innumerevoli e non possono essere qui interamente richiamate[46]. Tra le più significative si possono ricordare quelle in materia di: a) tutela del lavoratore come *contraente debole* rispetto al datore (ad es., sent. n. 63/1966 sul decorso della prescrizione del diritto alla retribuzione durante il rapporto di lavoro; sentt. n. 76/1962, 1467/1967, 146/1971, 101/1975, 102/1976, 23/1982 sull'irrinunciabilità del diritto al riposo; sentt. n. 178/1975, 189/1975, 81/1992, 420/1998 sulla disciplina dei licenziamenti individuali; sentt. n. 89/1977, 14/1983, 149/1993 sulla formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori, specialmente dei giovani); b) divieto di *discriminazioni* nei rapporti di lavoro (ad es., sent. n. 17/1987 sui licenziamenti discriminatori; sent. n. 103/1989 sull'obbligo di inquadramento dei lavoratori nelle categorie e nei livelli retributivi in base alle mansioni effettivamente svolte)[47]; c) tutela della *donna lavoratrice* (ad es., sentt. n. 27/ 1969, 200/1983 sul divieto di clausole negoziali che comportino l'estinzione automatica del rapporto di lavoro in caso di matrimonio o di gravidanza; sentt. n. 123/1969, 34/1975, 137/1986, 498/1988 sulla parità retributiva e previdenziale tra uomini e donne; sentt. n. 210/1986 e 246/1987 sul divieto di lavoro notturno femminile; sent. n. 17/1987 sul licenziamento discriminatorio per motivi di sesso; sent. n. 109/1993 sulle azioni positive per la promozione del lavoro femminile) e della *lavoratrice madre* (ad es., sentt. n. 106/1980; 972/1988; 997/1988; 132/1991; 423/1995; 270/1999; 405/2001); d) tutela dei *lavoratori minorenni* (ad es., sent. n. 123/1966 sulla disciplina dell'apprendistato; sentt. n. 45/1970 e n. 125/1971 sui limiti al lavoro dei

[46] Per uno sguardo d'insieme, v. *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. Carinci, 3 voll., Torino, Utet, 2007; *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, a cura di R. De Luca Tamajo, O. Mazzotta, Assago - Padova, Wolters Kluwer Italia - Cedam, 2013[5].

[47] Sull'argomento v., in generale, M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1991; D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005; E. Pasqualetto, *I divieti di discriminazione*, M. Tremolada, *La parità di trattamento fra lavoratori*, entrambi in *Diritto del lavoro*, *cit.*, 2, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, rispettivamente 482-518 e 519-538.

fanciulli e degli adolescenti); e) tutela dei *lavoratori disabili* (ad es., sent. n. 246/1997 sul diritto di precedenza dei disabili nell'assegnazione della sede di lavoro; sent. n. 190/2006 sulla progressione di carriera degli insegnanti disabili nelle scuole)[48]; tutela della *libertà sindacale* nelle sue diverse forme (ad es., sentt. n. 15/1975 sulla disciplina delle rappresentanze sindacali nell'INPS e nel CNEL), del *diritto di sciopero*, a scopo tanto economico quanto politico (ad es., sentt. n. 29/1960 sullo sciopero a fini contrattuali; n. 123/1962, n. 1/1974 e n. 276/1993 sullo sciopero economico-politico; n. 290/1974 e n. 165/1983 sullo sciopero politico puro, quale mezzo idoneo a favorire il perseguimento dei fini di cui all'art. 3, co. 2, Cost.), e della *contrattazione collettiva*, quale strumento di garanzia dell'equità retributiva e della parità di trattamento dei lavoratori e fattore propulsivo della produttività e del merito (ad es., sentt. nn. 141 e 142/1980, n. 34/1985 e n. 697/1988 sui limiti al sistema della «scala mobile»; n. 178/2015 sul blocco della contrattazione collettiva in materia di pubblico impiego)[49]. Nel complesso, si può dire che – pur

[48] Sulla tutela delle *donne* e dei *minori* nel rapporto di lavoro v., per tutti, C. Assanti, *I principi costituzionali per la tutela del lavoro femminile e minorile*, in *Rass. lav.*, 1968, 365 ss.; A. Topo, *La tutela del lavoro femminile* e *La tutela del lavoro minorile*, entrambi in *Diritto del lavoro*, 2, *cit.*, rispettivamente 539-582 e 583-590.

Sui diritti dei lavoratori *disabili*, cfr. F. Limena, *Il collocamento mirato dei soggetti disabili*, in *Diritto del lavoro*, 2, *cit.*, 234-274; nonché, più di recente, M. Cinelli, *Insufficiente per la Corte di giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, 4, 935-938, nota a CGUE, sez. IV, sent. 4 luglio 2013 (causa C-312/11), che ha condannato l'Italia per l'inosservanza dell'art. 5 della direttiva CE n. 2000/78 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, non avendo imposto ai datori di lavoro di prevedere soluzioni ragionevoli per la tutela dei disabili.

[49] Sul punto, v., tra i molti, F. Santoro Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, 138 ss., ora in Id., *Saggi di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1961, I, 177 ss.; P. Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I; M. Ruini, *L'organizzazione sindacale ed il diritto di sciopero nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953; C. Esposito, *Lo Stato e i sindacati nella Costituzione italiana*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954; G. Pera, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, Feltrinelli, 1960; Id., *Libertà sindacale (dir. vig.)*, (voce) in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 501 ss.; Id., *Scritti di Giuseppe Pera*, II, *Diritto sindacale*, Milano, Giuffrè, 2007; G. Giugni, *Art. 39*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna - Roma, Zanichelli - Foro Italiano, 1979, 260 ss.; Id., *Contratti collettivi di lavoro*, (voce) in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, VIII, 1988, 1 ss.; Id., *Sciopero (ordinamento italiano)*, (voce) in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, XXVIII, 1992, 1 ss.; Id., *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci, 2014; U. Romagnoli, *Art. 40*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna - Roma, Zanichelli - Foro Italiano, 1979, 289 ss.; G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il diritto sindacale*[4], Bologna, Zanichelli, 1997; B.G. Mattarella, *Sindacati e pubblici poteri,* Milano, Giuffrè, 2003; F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro*, I, *Il diritto sindacale*[6], Torino, Utet, 2013; M. Persiani, *Diritto sindacale*[15], Assago - Padova, Wolters Kluwer Italia - Cedam, 2014; G. Proia (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione*

nell'estrema varietà delle situazioni considerate e nel necessario rispetto del principio di ragionevolezza – vi sia una sostanziale omogeneità di indirizzo, tendente a giustificare un *diritto diseguale* nel mercato del lavoro, consistente in: a) *disparità di trattamento* tra lavoratori e datori che si rendano necessarie per tutelare i diritti dei primi da possibili violazioni da parte dei secondi; b) *azioni positive* a sostegno delle categorie più deboli di lavoratori, che rischiano di essere danneggiate dalle dinamiche del mercato[50].

Con riferimento al *mercato dei beni e dei servizi*, le pronunce della Corte si possono distinguere in due filoni.

Il primo filone riguarda il problema delle dis-eguaglianze tra imprenditori e comprende tutta la tematica della *concorrenza*, quale sistema economico tendente a *limitare il potere di mercato*[51] favorendo l'aumento della qualità e della quantità dei prodotti e la riduzione dei prezzi. Sotto questo aspetto, dagli anni Cinquanta a oggi si è registrata una notevole evoluzione negli orientamenti della Consulta.

Nelle sue prime decisioni essa appariva poco fiduciosa sugli effetti benefici del mercato concorrenziale per i singoli e per la collettività. Si pensi, ad es., alla sent. n. 29/1957, con cui la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa al divieto di vendita di medicinali a un prezzo diverso da quello stabilito nell'etichetta (art. 125, TULLSS n. 1265/1934, mod. da l. n. 1528/1942), osservando che il prezzo imperativo dei farmaci «persegue lo scopo di *tutelare il pubblico* (…) *da inconvenienti legati al regime di libera concorrenza*, che porterebbe al ribasso dei prezzi e, inevitabilmente, alla preparazione dei medicinali con materie prime meno costose e, perciò, con risultati terapeutici che potrebbero recare nocumento alla salute dei cittadini»; oppure alla sent. n. 21/1964, nella quale, pronunciandosi su una questione di legittimità costituzionale delle norme che stabilivano il di-

*collettiva*, II, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, Assago - Padova, Wolters Kluwer Italia - Cedam, 2014.

[50] Cfr. M.V. Ballestrero, *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 11 ss.; M.V. Ballestrero, G.G. Balandi (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Bologna, il Mulino, 2005.

[51] Sul *potere di mercato*, v., per tutti, W.L. Landes, R.A. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, in *Harvard Law Review*, 94, 5, 1981, 937 ss., secondo cui «The term "market power" refers to the ability of a firm (or a group of firms, acting jointly) to raise price above the competitive level without losing so many sales so rapidly that the price increase is unprofitable and must be rescinded». Nello stesso senso, v. U.S. Supreme Court, *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 109, 38 (1984), che definisce il *market power* as «the ability to raise prices above those that would be charged in a competitive market»; *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 27, 46 (1984) («As an economic matter, market power exists whenever prices can be raised above levels that would be charged in a competitive market»); *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co. (Cellophane)*, 351 U.S. 377, 391 (1956), che si riferisce al *monopoly power* as «the power to control prices or exclude competition».

vieto di lavoro notturno dei fornai (artt. 1 e 2, l. n. 105/1908), con particolare riguardo al caso in cui l'attività fosse esercitata personalmente dallo stesso imprenditore, ha dichiarato non fondata la questione, individuando tra i fini della disciplina quello di «*evitare una causa di ingiustificata concorrenza* a favore dell'esercente che, lavorando personalmente, si potrebbe sottrarre alla disciplina comune, il cui carattere di generalità è imposto dall'esigenza di *tutelare gli interessi di tutta la categoria degli esercenti e quella dei consumatori*»; oppure ancora, alla sent. n. 60/1965, nella quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 15, l. n. 294/1939, che disciplinavano le vendite straordinarie o di liquidazione. Nel rigettare le censure di costituzionalità sollevate dal giudice *a quo*, essa ha ritenuto opportuno che tali attività fossero soggette a controllo, «onde *evitare forme di concorrenza sleale* e mistificazioni a danno degli acquirenti». A suo avviso, le norme impugnate non risultavano in contrasto con l'art. 41 Cost., non essendo dirette a limitare l'iniziativa economica privata, ma a «*prevenire e reprimere vere e proprie frodi a danno dei commercianti onesti e dei consumatori incauti*».

A partire dagli anni Ottanta le cose iniziano un po' alla volta a cambiare. Nella sent. n. 223/1982 la Corte, nel decidere una questione di costituzionalità relativa all'art. 2596 c.c., nella parte in cui non prevede la nullità del patto di non concorrenza ove questa abbia per oggetto o per effetto di restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato italiano, osserva che «la libertà di concorrenza tra imprese ha una duplice finalità: da un lato, *integra la libertà di iniziativa economica privata che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori* e, dall'altro, è diretta alla *protezione della collettività*, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenere i prezzi»[52]. Ciò non toglie che la libertà di concorrenza possa comprendere pure la possibilità di *autolimitazione* mediante accordi, «la quale non turba necessariamente il gioco della libera concorrenza, anzi talvolta può agevolarlo (come nel caso di *accordi intesi ad evitare l'emarginazione di imprese più deboli e la conseguente formazione di posizioni di monopolio o di quasi monopolio ovvero di oligopoli, da parte delle imprese più forti*). Naturalmente detta autolimitazione non può superare quei *limiti che l'ordinamento giuridico pone nell'interesse individuale o in quello della collettività*». *Nel tentativo di ricostruire questi interessi, la Corte riconosce che «è ben vero che dai lavori preparatori si ricava*

[52] In questo senso, v., già, Commissione Europea, *Prima Relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles - Lussemburgo, 1972, 1 ss., secondo cui la concorrenza è il «miglior stimolo» dell'attività economica, poiché garantisce agli operatori la massima libertà di azione possibile, favorisce l'innovazione tecnologica, l'aumento della qualità e quantità dei beni e dei servizi offerti e la riduzione dei prezzi, condizioni necessarie per il costante miglioramento del tenore di vita e delle possibilità di occupazione nei Paesi della Comunità.

*che l'intento principale dei compilatori del codice fu quello di "evitare una eccessiva compressione della libertà individuale nel p*erseguimento di un'attività economica"». Ma tale intento «non esclude che la norma si risolva anche nella *protezione dell'interesse collettivo*, impedendo eccessive restrizioni alla libertà di iniziativa economica e tutelando così, nella misura – sia pure modesta – espressa dalla norma stessa, il mercato nelle sue oggettive strutture».

Si tratta di un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale, con il quale la Corte passa da un'idea di concorrenza come rischio, in quanto possibile fonte di inconvenienti, a un'idea di concorrenza come vantaggio, in quanto strumento di protezione degli interessi della collettività: da situazione potenzialmente contrastante con l'*utilità sociale*, essa viene a essere sempre più considerata un valore interno alla stessa[53].

Questo orientamento trova conferma nella sent. n. 241/1990, relativa alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 180, l. n. 633/1941, che attribuisce alla Società Italiana Autori ed Editori (S.I.A.E.) l'esclusiva nella gestione dei diritti di utilizzazione economica delle opere tutelate dalla legge sul diritto d'autore, assegnandole una posizione dominante sul mercato ma non prevedendo adeguati strumenti giuridici di tutela contro i suoi abusi (ad es., obbligo del monopolista di contrarre e di assicurare la parità di trattamento fra gli utenti e possibilità per questi ultimi di reagire contro eventuali discriminazioni). In tale decisione, dopo avere ribadito che la libertà di concorrenza è un «*valore basilare della libertà di iniziativa economica*», si afferma che essa è «*funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori*», tanto che in assenza di una disciplina *antitrust* «rischiano di essere pregiudicate le *esigenze di costoro e dei contraenti più deboli*». Secondo la Corte, la mancanza all'epoca di una legge a tutela della concorrenza ostacolava pertanto «il programma di *eliminazione delle disuguaglianze di fatto* additato dall'art. 3 comma 2 Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie». Questo perché i vincoli alla libertà economica previsti dall'art. 41, co. 2 e 3, Cost., «sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di *posizioni di supremazia* senza nel contempo prevedere *strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo*». Nel dichiarare infondata la questione – poiché, trattandosi di esclusiva legale, «deve ritenersi applicabile nei confronti della S.I.A.E. l'obbligo di contrattare con il divieto di discriminazioni arbitrarie sancito

[53] V., inoltre, sent. n. 439/1991, nella quale la Corte sembra avvicinarsi alle posizioni dottrinali che riconducono il principio di libera concorrenza alla clausola dell'*utilità sociale* di cui all'art. 41, co. 2, Cost., considerando «la permanenza delle imprese in un mercato libero» e «il mantenimento delle regole della libera concorrenza» come valori idonei a garantire l'efficienza, la produttività e la competitività delle imprese, che vanno fatti rientrare tra «quei *fini di utilità sociale* ai quali deve essere finalizzata l'attività imprenditoriale».

dall'art. 2597 cod. civ., con le conseguenze previste dall'ordinamento» – la Corte sottolinea come tale disposizione, interpretata alla luce dell'art. 41, co. 2, Cost., sia «intesa alla *tutela dell'utente e del consumatore* nei confronti dell'esercizio abusivo del proprio potere da parte del soggetto monopolista».

Il passo decisivo verso il riconoscimento della concorrenza come strumento di lotta alle dis-eguaglianze economiche – sia in senso orizzontale, tra gli imprenditori, sia in senso verticale, tra i produttori e i consumatori – è ormai compiuto.

Nelle successive pronunce la Corte, sia pure con qualche oscillazione, affina ulteriormente i propri indirizzi in materia sulla scorta del diritto comunitario della concorrenza e della «nuova» legge *antitrust*: da un lato, precisando come la *tutela della concorrenza*, in tutte le sue forme[54], rappresenti una garanzia di *eguale libertà* economica degli imprenditori (artt. 3, co. 1, e 41, co. 1, Cost.), la quale implica un «principio di non discriminazione tra imprese» fondato sul «criterio della parità che deve caratterizzare l'assetto competitivo di un mercato» (sentt. n. 443/1997; 64/2007); dall'altro, comprendendo in questa nozione le *politiche di concorrenza*, consistenti in tutte quelle misure pubbliche volte a promuovere l'assetto e/o il funzionamento concorrenziale dei mercati e a favorirne lo sviluppo[55], anche tramite l'adozione di specifici provvedimenti in favore di categorie di *imprese svantaggiate* per aiutarle ad accedervi e/o a rimanervi (artt. 3, co. 2, e 41, co. 1) (ad es., sent. n. 109/1993 sulle misure di sostegno all'imprenditoria femminile e n. 14/2004 sugli aiuti alle piccole e medie imprese).

Il secondo filone riguarda il problema delle diseguaglianze tra produttori e consumatori e la tutela di questi ultimi come *contraenti deboli* nei rapporti di scambio. Tra le decisioni più significative in questo senso si possono ricordare, ad. es., la sent. 152/1976 sull'obbligo di indicare il prezzo sulle merci di largo e generale consumo; la sent. 362/1998 sull'obbligo di esclusività dei locali adibiti ad agenzia di viaggio, con cui la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 6, l.r. Lombardia n. 27/1996, osservando che la disposizione che impone alle agenzie di viaggio, che svolgano la loro attività all'interno di strutture pubbliche o private alle quali il pubblico non abbia libero accesso, il requisito di indipendenza dei locali da altre attività, «lungi dal comportare una violazione della libertà di

[54] Cfr. artt. 2-6, l. n. 287/1990, sui divieti di *intese*, *abuso di posizione dominante* e *concentrazioni* restrittive della concorrenza.

[55] Corte cost., sentt. n. 14/2004, dove si afferma che la *tutela della concorrenza* «non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali», e n. 272/2004, secondo cui essa «ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato».

impresa, appare *non irragionevolmente preordinata alla salvaguardia dell'affidamento dell'utente* e del suo interesse ad una agevole identificabilità del soggetto con il quale si accinge a concludere un contratto e che assume la responsabilità del servizio offerto, né dai principi della legge quadro è desumibile «un divieto a carico del legislatore regionale di *ampliare la tutela del consumatore* fino al punto di pretendere l'esclusività dei locali da adibire all'esercizio dell'attività di agenzia»; la sent. 75/2012, con cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 15 d.lgs. n. 111/1995 (Attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti «tutto compreso»), nella parte in cui, con riguardo alla responsabilità per danni alla persona, pone come limite all'obbligo di ristoro degli stessi quello indicato dalla Convenzione internazionale sul contratto di viaggio (Bruxelles, 1970), ratificata con l. n. 1084/1977, sul presupposto che la ratio della legge di delega, conforme a quella della direttiva, consista nell'assicurare «un *trattamento più favorevole alla tutela del consumatore*, salva l'opportunità di limitare il risarcimento conformemente alle convenzioni in essa richiamate», con la conseguenza che una limitazione di responsabilità meno favorevole rispetto alle prestazioni di viaggio-tipo non sarebbe giustificabile, «non solo perché non prevista dalla direttiva, quanto perché *norma chiaramente meno favorevole rispetto al consumatore danneggiato*»[56].

Anche in questo caso si è in presenza di un elevato numero di pronunce, andate progressivamente aumentando e facendosi sempre più penetranti dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo). Tuttavia, a differenza di quelle relative al mercato del lavoro, prevalentemente fondate su argomenti di diritto interno, le decisioni della Corte relative ai mercati dei beni e dei servizi appaiono largamente influenzate dal diritto dell'Unione Europea in materia di concorrenza tra le imprese e di tutela dei consumatori e degli utenti.

Con riferimento al *mercato dei capitali*, particolarmente interessante appare la sent. n. 52/2010, relativa alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 62, d.l. n. 112/2008, conv., con modd., in l. 133/2008 e l. n. 203/2008 (legge finanziaria 2009) sull'uso degli *strumenti finanziari derivati* da parte delle Regioni e degli enti locali, sollevata dalla Regione Veneto e dalla Regione Calabria per violazione di una serie di disposizioni costituzionali tra cui l'art. 117 Cost. Premesso che con l'emanazione del d.lgs. n. 415/1996 (Re-

[56] In materia di *turismo* la giurisprudenza della Corte non appare peraltro del tutto univoca: in alcuni casi essa ha infatti ritenuto prevalente il principio di *libera concorrenza tra imprese turistiche* in tutto il territorio nazionale (artt. 41 e 120 Cost.) rispetto all'esigenza di *tutela del turista-consumatore* da eventuali inadempimenti delle stesse (ad es., sentt. n. 362/1998 e n. 375/2003, che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di legge regionale che imponevano un deposito cauzionale per l'apertura di una filiale o sede secondaria di un'agenzia di viaggio e turismo).

cepimento della direttiva 93/22/CEE sui servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE sull'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi), poi sostituito dal d.lgs. n. 58/1998 (Testo unico della finanza), «è stato abbandonato il modello pubblicistico di gestione del mercato mobiliare, essendosi optato per un *modello privatistico*, in conformità ai principi di *liberalizzazione dei servizi di investimento* in ambito comunitario e del mutuo riconoscimento», sulla base della nuova normativa l'attività di organizzazione e gestione dei mercati regolamentati[57] «non è più riconducibile alla nozione di servizio pubblico, ma costituisce un'attività economica esercitata da un soggetto di diritto privato» (c.d. «società di gestione»), la quale opera «anche senza scopo di lucro» (art. 61, co. 1) secondo la disciplina stabilita dal «regolamento del mercato» deliberato dall'assemblea ordinaria o dal consiglio di sorveglianza della stessa società (art. 62, co. 1). Ciò posto, la Corte osserva che «*la permanenza di rilevanti interessi pubblici» nel settore «– connessi soprattutto all'esigenza di tutelare il risparmio (art. 47 Cost.) e assicurare la stabilità dei mercati finanziari – giustifica tuttavia, pure a seguito della suindicata privatizzazione, l'intervento dello Stato* che, nella specie, si sostanzia nella predisposizione di un penetrante *sistema di vigilanza* attribuito sia alla Banca d'Italia – per quanto attiene, in particolare, al contenimento del rischio e alla stabilità patrimoniale degli intermediari – sia alla Commissione per la società e la borsa (Consob), relativamente all'attività posta in essere dalla società di gestione (art. 73) e, più in generale, all'attività che si svolge nell'ambito dei mercati regolamentati al fine di assicurare, tra l'altro, la trasparenza, l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la *tutela degli investitori* (art. 74)». Accanto a questo sistema di vigilanza, affidato ad autorità esterne al circuito governativo in conformità ai principi dello Stato regolatore, si è introdotto un *sistema di tutela dei risparmiatori* nei confronti dei «soggetti abilitati» ai servizi di investimento (banche, imprese di investimento, società di gestione del risparmio, SICAV e altri intermediari finanziari autorizzati)[58], fatto di «regole imperative che

[57] Un *mercato regolamentato* è un «mercato mobiliare basato su una specifica regolamentazione relativa all'organizzazione e al funzionamento del mercato stesso e gestito da una società di gestione». Al contrario, un *mercato non regolamentato* è un «mercato mobiliare non soggetto a regolamentazione specifica relativa all'organizzazione e al funzionamento del mercato stesso». I mercati non regolamentati sono definiti anche «sistemi di scambi organizzati» (SSO) o mercati «*over the counter*» (OTC) e hanno un grado di trasparenza e di liquidità generalmente inferiore a quello dei mercati regolamentati. Cfr. www.borsaitaliana.it/Glossario.

[58] In particolare, in relazione alle modalità di conclusione del contratto, sono state stabilite puntuali regole di condotta che si sostanziano nella previsione di *obblighi di informazione* cui sono tenuti i «soggetti abilitati»; in relazione alla forma, è imposto, sempre a fini di protezione e a pena di nullità, che può essere fatta valere solo dal cliente, l'obbligo di rispettare la *forma scritta*; in relazione al contenuto, è prevista la *nullità* di «ogni pattuizione di *rinvio agli usi* per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico» (art. 23, d.lgs. n. 58/1998).

attengono essenzialmente alle modalità di conclusione, alla forma e ai contenuti dei singoli contratti[59] e che sono finalizzate a proteggere la sfera giuridica dei soggetti che accedono a tale tipologia di finanziamento, i quali sono considerati alla stregua di *contraenti deboli*, che si trovano rispetto al professionista che opera nel mercato in una posizione di *asimmetria informativa*»[60]. Con una tale disciplina del mercato mobiliare e dei contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati, il legislatore ha inteso dunque tutelare «il mercato stesso, la sua stabilità, nonché i risparmiatori che vi operano». A conclusione del proprio ragionamento, la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 117 Cost., ritenendo che si tratti di una materia attinente, per un verso, alla «tutela del risparmio e mercati finanziari» e, per altro verso, all'«ordinamento civile», entrambe di competenza legislativa esclusiva dello Stato ex art. 117, co. 2, lett. e) e l), in quanto «le indicate norme imperative mirano a tutelare la parte che, in ragione della sua debolezza contrattuale derivante da oggettive deficienze informative, occupa nel rapporto contrattuale una *posizione diseguale* rispetto al professionista».

Sia pure senza menzionare esplicitamente l'art. 3 Cost., la Corte fa in questo caso un uso estremamente efficace del *principio di eguaglianza*, combinandolo con un'interpretazione «soggettivistica» dell'art. 47 che la porta a riconoscere ai risparmiatori una tutela analoga – se non addirittura maggiore, data la particolare complessità e tecnicità del settore e il rischio di subire perdite anche superiori al capitale investito – a quella dei consumatori di beni e di servizi.

## 3. Il crescente divario tra ricchezza e povertà in Italia: una violazione dell'art. 3, co. 2, Cost.?

Fin qui si è visto come dalla Costituzione, nelle sue prevalenti interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, sia ricavabile un vero e proprio programma di *contrasto delle dis-eguaglianze* connesse al funzionamento dell'economia di mercato: sia di quelle dovute alla particolare debolezza di alcuni soggetti che, per cause naturali (ad es., disabili, malati) o sociali (ad es., donne, giovani), faticano ad accedere al mercato o a rimanervi (dis-eguaglianze *prima* del mercato) e che le istituzioni devono sostenere con adeguate misure compensative (sovvenzioni, agevolazioni e altre forme di incentivazione);

[59] Art. 1, co. 1, lett. r), d.lgs. n. 58/1998.

[60] Sul concetto di *asimmetria informativa*, consistente in una situazione nella quale il venditore dispone di una maggiore quantità di informazioni sul bene o sul servizio offerto all'acquirente, v. G. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 84, 3, 1970, 488-500.

sia di quelle derivanti dalla detenzione e/o dall'abuso di posizioni di potere all'interno dei vari mercati (dis-eguaglianze *nel* mercato) e che si combattono con la disciplina *antitrust*, le politiche di concorrenza e tutto il sistema di norme a tutela dei contraenti deboli (lavoratori, consumatori e risparmiatori). Resta ora da comprendere se, e in quale misura, il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost. – da solo o in combinazione con altre disposizioni della Carta – possa essere utilizzato per valutare la legittimità costituzionale delle azioni pubbliche volte a contrastare le dis-eguaglianze prodotte dal mercato (dis-eguaglianze *dopo* il mercato) attraverso misure redistributive della ricchezza.

Il problema, date le condizioni in cui versa oggi l'economia nazionale, appare di scottante attualità.

Tutti gli indicatori economici mostrano infatti un consistente *aumento del divario tra ricchezza e povertà* in Italia a partire dagli anni Ottanta[61]: in particolare, nel periodo della crisi (2008-2015) è fortemente cresciuta la concentrazione dei grandi patrimoni a scapito delle fasce più deboli della popolazione. Si tratta di una tendenza che si registra anche in altre parti del mondo[62] – soprattutto negli Stati Uniti d'America – ma che nel nostro Pae-

[61] Tra gli *indici descrittivi* per la misurazione delle dis-eguaglianze economiche, uno dei più usati è l'*indice di Gini*, che calcola la differenza media di reddito fra gli individui nella distribuzione della ricchezza, andando dal valore 0, se la ricchezza di un Paese è egualmente distribuita fra i suoi abitanti, al valore 1 (o 100), se una sola persona dispone di tutto il reddito (C. Gini, *On the Measure of Concentration with Special Reference to Income and Wealth*, in *Report of the Second Annual Research Conference on Economics and Statistics*, Colorado College, July 6th - August 8th 1936, Cowles Commission for Research in Economics, Colorado Springs, Colorado College Press, 1936, 73-80). In base a tale indicatore, l'indice di dis-eguaglianza nel nostro Paese, al netto di tasse e trasferimenti, alla fine del 2014 è stato pari a 0,32 a livello nazionale e a 0,34 nel Sud (sopra la media dei Paesi OCSE). Il che significa che il 20% più ricco delle famiglie ha percepito il 37,7% del reddito totale, mentre il 20% più povero ha ricevuto il 7,9%.

Tra gli *indici etici*, che identificano la dis-eguaglianza con la perdita di benessere sociale causata da una distribuzione ineguale dei redditi, il più noto è l'*indice di Atkinson*, che stima il guadagno potenziale, in termini di utilità sociale, di una redistribuzione dei redditi, tenendo conto del grado di avversione alla dis-eguaglianza nell'ambito della società considerata (A.B. Atkinson, *On the Measurement of Economic Inequality*, in *Journal of Economic Theory*, 2 (3), 1970, 244-263).

Sull'argomento, v., *ex multis*, A.K. Sen, *On Economic Inequality*, Oxford, Clarendon Press, New York, Norton, 1973, ora in A.K. Sen, J.E. Foster, *On Economic Inequality* (1997), Radcliff Lectures, Oxford, Clarendon Press, 2003[2]; Id., *From Income Inequality to Economic Inequality*, in *Southern Economic Journal*, 64, 2, 1997, 384-402; F.A. Cowell, *Measuring Inequality* (1977), London School of Economics Perspectives in Economic Analysis, Oxford, Oxford University Press, 2011[3]; A.B. Atkinson, A. Brandolini, *On Analysing the World Distribution of Income*, in ECINEQ - Society for the Study of Economic Inequality, *Working Papers Series*, 97, 2008; R. AAberge, A. Brandolini, *Multidimensional Poverty and Inequality*, in Banca d'Italia, *Temi di discussione (Working Papers)*, 976, 2014.

[62] T. Piketty, E. Saez, *Income Inequality in the United States, 1913-1998 (series updated to 2000 available)*, in *NBER Working Paper Series*, 8467, 2001; Id., *The Evolution of Top*

se assume dimensioni piuttosto rilevanti. Basti pensare che nel 2014 il 10% più ricco della popolazione deteneva il 50% della ricchezza complessiva: dei quasi 4.000 miliardi di risparmio privato degli italiani, depositato nei conti correnti o impiegato in strumenti finanziari, 2.000 miliardi erano appannaggio di 2 milioni di famiglie italiane sui 20 milioni di nuclei familiari[63]. Una simile sperequazione della ricchezza ha finito per esercitare un effetto negativo sullo sviluppo: come dimostrano i dati sull'andamento dei consumi, chi ha grandi disponibilità risparmia infatti sempre di più, accumulando per il futuro, mentre chi ha meno risorse spende sempre meno e intacca i pochi risparmi per sopravvivere[64].

Se è vero che non bisogna confondere la *dis-eguaglianza* con la *povertà* e che «spesso maggiore disuguaglianza significa anche maggiore povertà, ma non sempre, e soprattutto, non in economie che crescono molto e nelle quali tutti, sia i poveri sia i ricchi, migliorano la loro posizione»[65], è tuttavia anche vero che alti livelli di dis-eguaglianza sono generalmente associati a livelli più bassi di crescita economica e a una crescita economica meno sostenibile nel medio termine, anche nelle economie avanzate[66]. Senza contare che ne-

*Incomes: A Historical and International Perspectiv*e, in *NBER Working Paper Series*, 11955, 2006; F. Bourguignon, C. Morrisson, *The Size Distribution of Income Among World Citizens, 1820-1990*, in *The American Economic Review*, September 2002, 727-744; A.B. Atkinson, T. Piketty (eds.), *Top Incomes Over the Twentieth Century: A Contrast Between Continental European and English-Speaking Countries*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Id. (eds.), *Top Incomes: A Global Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2010; T. Piketty, *Le capital au XXIe siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 2013 [trad. it. *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, Rcs Bompiani, 2014].

[63] P. Ciocca, *Famiglie italiane: una ricchezza in ricomposizione*, in *Focus - settimanale del Servizio Studi BNL*, 32, 9 ottobre 2014; F. Pavesi, *Il paradosso delle due Italie: ricchezza privata record (a 4mila miliardi) e debito pubblico ai massimi*, ne *Il Sole 24 Ore*, 30 novembre 2014; nonché, in precedenza, G. D'Alessio, *Ricchezza e disuguaglianza in Italia*, in Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers)*, 115, febbraio 2012.

[64] Sui rapporti tra distribuzione dei redditi e andamento della crisi v., per tutti, J.-P. Fitoussi, J.E. Stiglitz, *The Ways Out of the Crisis and the Building of a More Cohesive World*, e J.-P. Fitoussi, F. Saraceno, *How Deep Is a Crisis? Policy Responses and Structural Factors behind Diverging Performance*, entrambi in OFCE/POLHIA, *Document de Travail*, rispettivamente 17 e 31, 2009; S.P. Jenkins, A. Brandolini, J. Micklewright, B. Nolan (eds.), *The Great Recession and the Distribution of Household Income*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

[65] A. Alesina, F. Giavazzi, *Il liberismo è di sinistra*, Milano, Il Saggiatore, 61, secondo cui «il vero nemico è la povertà, non la disuguaglianza in quanto tale». Sull'argomento, v., per tutti, A.K. Sen, *Poverty and Famines. An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford, Clarendon Press, 1981.

[66] A.G. Berg, J.D. Ostry, *Equality and Efficiency. Is there a Trade-off between the two or do they go hand in hand?*, in IMF, *Finance & Development*, 48, 3, 2011; A.G. Berg, J.D. Ostry, Zettelmeyer, *What Makes Growth Sustained?*, in *Journal of Development Economics*, 2012, 98 (2), 149-66; J.E. Stiglitz, *Il prezzo*, *cit.*, 10-11, il quale osserva che la teoria dell'effetto «a cascata» (*trickle-down*), secondo cui lasciare più denaro a chi sta in cima alla

gli ultimi decenni l'Italia è cresciuta a un ritmo molto più lento della media degli altri Paesi sviluppati. Va tenuto presente, inoltre, che le dis-eguaglianze economiche, date dalle differenze di reddito tra persone, famiglie e imprese prodotte dal mercato, se non compensate da interventi perequativi, possono facilmente tradursi in *dis-eguaglianze sociali*, consistenti in una *differenza di opportunità e di risultati* per tali soggetti, portando a una generale riduzione della mobilità sociale, anche a livello intergenerazionale[67], e a una tendenziale separazione tra «mondo dei ricchi» e «mondo dei poveri»[68].

Tra gli studiosi dei fenomeni macroeconomici è comune l'opinione che tale situazione sia riconducibile a diverse cause[69]: a) *crisi economica*, con conseguente calo della produzione e aumento della disoccupazione, specialmente giovanile; b) aumento della *competizione globale*, con generale compressione dei diritti dei lavoratori (abbassamento dei salari di operai e impiegati, limitazione del diritto alla reintegrazione nel caso di licenziamento illegittimo, precariato ecc.)[70] e progressivo declino dei sindacati[71]; c) *crisi della finanza pubblica*, con conseguenti politiche di austerità e riduzione delle risorse destinate agli istituti dello Stato sociale; d) *politiche fiscali* tendenti a favorire

scala sociale avvantaggerebbe tutti, perché porterebbe una maggiore crescita, non funziona, mentre un'economia che andasse in senso contrario potrebbe farlo: tutti, anche coloro che stanno in alto, potrebbero infatti beneficiarne se si desse di più a chi sta in fondo o a metà della scala sociale; A.G. Berg, J.D. Ostry, C.G. Tsangarides, *Redistribution, Inequality, and Growth*, New York, IMF, 2014; OECD, *In It Together: Why Less Inequality Benefits All*, Paris, OECD Publishing, 2015; F. Jaumotte, C.O. Buitron, *Power from the People*, in IMF, *Finance & Development*, 52, 1, 2015. Nella letteratura in lingua italiana v., di recente, M. Franzini, E. Granaglia, M. Raitano, *Dobbiamo preoccuparci dei ricchi? Le disuguaglianze estreme nel capitalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino, 2014.

[67] P.R. Krugman, *La coscienza*, *cit.*, 244-245. Sull'argomento, v., da ultimo, R. Kanbur, A. Wagstaff, *Is it possible to measure inequality of opportunity?*, in World Economic Forum, *Agenda*, 11th June 2015.

[68] R. Frank, *Richistan. A Journey Through the American Wealth Boom and the Lives of the New Rich*, New York, Crown Publishers, 2008 [trad. it. *Richistan. Come i ricchi sfondati spendono i loro fantastilioni*, Milano, Isbn, 2008, 3 ss.], in cui si osserva che «I ricchi non stanno semplicemente diventando più ricchi: stanno diventando finanziariamente estranei, si stanno creando il loro paese all'interno di un paese, la loro società all'interno di una società e la loro economia all'interno di un'economia».

[69] Sulle cause della dis-eguaglianza nei sistemi economici contemporanei, v., ampiamente, T. Piketty, *Il capitale nel XXI secolo*, *cit.* Con specifico riferimento alla realtà italiana, v. di recente, M. Franzini, *Disuguaglianze inaccettabili. L'immobilità economica in Italia*, Roma - Bari, Laterza, 2013.

[70] V., ad es., art. 1, co. 7, lett. c), l. n. 183/2014.

[71] Sulla correlazione tra declino dei sindacati e aumento delle dis-eguaglianze nei redditi, v. il recente contributo di F. Jaumotte, C.O. Buitron, *Power*, *cit.* In uno studio del 2011, anche l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico aveva del resto già riconosciuto che la riduzione del numero di lavoratori iscritti al sindacato contribuisce a un aumento delle dis-eguaglianze (OECD, *Divided We Stand. Why Inequality Keeps Rising*, Paris, OECD Publishing, 2011).

le classi di reddito più elevate, in palese contrasto con il principio di progressività contributiva previsto dall'art. 53 Cost.; e) assenza di una *politica retributiva* nel settore privato, mirante a restringere la forbice tra gli stipendi più alti e quelli più bassi[72], in violazione dei principi di retribuzione proporzionata e dignitosa di cui all'art. 36, co. 1, Cost.; f) *insufficiente politica dell'istruzione pubblica e della formazione professionale* rispetto a quanto richiesto dall'art. 34 Cost., con conseguente diminuzione delle opportunità lavorative per gli appartenenti alle fasce sociali più deboli; g) aumento del peso della finanza nella gestione delle imprese, con incremento di *bonus* e incentivi ai *top manager* (ad es., *performance share*, *stock option*) collegati più ad attività speculative che a risultati reali[73]. Alcune di esse – lett. a) e b) e, almeno in parte, c) e g) – sono di natura esogena, altre invece sono il frutto di precise *scelte* del legislatore (statale e in qualche caso regionale) che, sotto la stretta dei vincoli di bilancio (art. 81 Cost., così come modificato dalla l. cost. n. 1/2012) e sull'onda della prevalente ideologia neoliberista, ha dato luogo negli ultimi decenni a un vero e proprio smantellamento dello Stato sociale[74].

Sul piano costituzionale, la progressiva erosione delle norme e delle istituzioni di redistribuzione della ricchezza e tutela delle situazioni di svantaggio che ne è derivata sembra configurare una violazione del fondamentale *dovere di combattere le dis-eguaglianze economiche e sociali*, imposto a tutti i poteri pubblici dall'art. 3, co. 2, Cost.

Finora la giurisprudenza costituzionale è apparsa molto prudente nel giudicare le decisioni dello Stato e delle regioni in relazione a tale parametro, ritenendo che esse rientrino nella sfera di *discrezionalità del legislatore*, soprattutto quando comportino decisioni di spesa (ad es., sent. n. 226/2000 sul diritto all'indennizzo dei soggetti danneggiati da complicanze irreversibili a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati; sent. n. 251/2008 sul diritto dei disabili all'eliminazione delle barriere architettoniche dagli edifici). In realtà, come è stato puntualmente osservato, il mancato ancoraggio della discrezionalità legislativa a parametri costitu-

[72] Camera dei deputati, *Atto di indirizzo* 12 marzo 2014. Con riferimento al *settore pubblico*, v. art. 9, co. 2, d.l. n. 78/2010, conv. in l. n. 122/2010, dichiarato illegittimo da Corte cost., sent. n. 223/2012; artt. 23-*bis* e 23-*ter*, d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011.

[73] H.P. Minsky, *Schumpeter and Finance*, in S. Biasco, A. Roncaglia, M. Salvati (eds.), *Market and Institutions in Economic Development*, Basingstoke, St. Martin's Press, 1993, 112-113, secondo cui «l'insostenibilità del sistema economico è riconducibile ad uno spostamento delle fonti di profitto, da parte dei manager delle corporation, dal mercato dei beni reali al mercato dei titoli»; Sylos Labini, *Il capitalismo gigante malato*, ne *l'Unità*, 25 luglio 2002, 1, il quale osserva che «la rapacità e l'avidità dei grandi manager del nostro tempo rendono inadeguate le più spietate descrizioni che Karl Marx faceva dei capitalisti del suo tempo. Non solo la vita economica, ma l'intera vita sociale risulta inquinata».

[74] Per tutti, L. Carlassare, *Conversazioni*, *cit.*, 88, secondo cui «in nome di un *falso liberalismo* non solo si tende ad annientare l'intero sistema sociale previsto dalla Costituzione, ma anche le strutture di garanzia che "disturbano" il libero esplicarsi degli egoismi individuali».

zionali e a criteri di giudizio che permettano di valutarne la ragionevolezza rischia, alla lunga, di trasformarla in arbitrio[75]. Si pone pertanto il problema della sindacabilità rispetto all'art. 3, co. 2, Cost. – integrato dalle disposizioni costituzionali in materia di diritti economici e sociali – delle scelte legislative sulla destinazione delle risorse pubbliche, distinguendo tra misure *imposte*, *consentite* e *vietate* dalla Costituzione. Seguendo questa strada, la Corte potrebbe arrivare a considerare *irragionevoli*, in quanto incoerenti con il sistema costituzionale (sent. n. 1/2013), tutte quelle decisioni di politica economica e sociale che tendono ad *aumentare*, anziché ridurre, le dis-eguaglianze tra i soggetti del mercato, ripristinando il rispetto delle priorità costituzionali nell'allocazione delle risorse (sull'esempio di quanto si è fatto con le sentt. n. 215/1987 sul diritto dei portatori di handicap alla frequenza delle scuole secondarie superiori e con la sent. 80/2010 sull'assunzione degli insegnanti di sostegno nelle scuole)[76]. Naturalmente, con riferimento a tali giudizi, rimarrebbe ferma la difficoltà per la Corte di sanzionare tanto le omissioni del legislatore quanto le misure imposte dal diritto dell'Unione Europea (artt. 11 e 117, co. 1, Cost.), fatti salvi i c.d. «controlimiti» in caso di contrasto insanabile con i principi supremi (fra cui quelli di eguaglianza e solidarietà) o i diritti inviolabili (fra cui i diritti sociali) contenuti nella nostra Costituzione[77].

Si tratta di una proposta sicuramente interessante, che potrebbe contribuire in modo significativo all'attuazione delle disposizioni costituzionali in materia economica e sociale, ma a sua volta non esente da rischi: da una parte, un uso giudiziario «forte» di tali disposizioni potrebbe infatti irrigidirne troppo l'interpretazione, riducendo l'*elasticità* della nostra costituzione economica, che consente al legislatore e alle amministrazioni di modulare i propri interventi in relazione ai diversi scenari che possono di volta in volta presentarsi; dall'altra parte, esso potrebbe esporre la Corte all'accusa di fare un uso «ideologico» della Costituzione, non tenendo sufficientemente conto (o, al contrario, tenendo eccessivamente conto) dei principi dell'*equilibrio del bilancio* e della *sostenibilità del debito pubblico* (art. 81 Cost.) – posti a presidio dell'eguaglianza e della solidarietà tra le generazioni[78] – nei propri giudizi, come è avvenuto in alcune recenti pronunce in materia di imposte sui redditi di impresa (sent. n. 10/2015), pensioni (sent. n. 70/2015) e stipendi dei

[75] L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2013.

[76] *Ivi*, spec. 11 ss.

[77] Corte cost., sentt. n. 98/1965; 183/1973; 170/1984; 232/1989; 509/1995. Sul principio di *solidarietà*, v., da ultimo, S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma - Bari, Laterza, 2014.

[78] Corte cost., sent. n. 88/2014, dove si afferma che «l'attuazione dei nuovi principi [di cui all'art. 81 Cost.], e in particolare di quello della sostenibilità del debito pubblico, implica una responsabilità che, in attuazione di quelli "fondanti" (…) di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future».

dipendenti pubblici (sent. n. 178/2015). Rischi, questi, che potrebbero essere almeno in parte evitati mediante l'elaborazione di specifici *«test» di ragionevolezza socio-economica* delle scelte pubbliche capaci di orientare – sia dal punto di vista teorico (ad es., valutando la sostenibilità nel tempo delle misure adottate e distinguendo accuratamente tra la categoria dei «diritti acquisiti» e quella dei «privilegi acquisiti»)[79] sia dal punto di vista pratico (ad es., avvalendosi degli strumenti di «analisi economica del diritto» e assumendo tutte le informazioni rilevanti per il giudizio a prescindere dalle allegazioni delle parti)[80] – le decisioni della Consulta, rendendole più prevedibili dal legislatore e più controllabili dalla comunità dei giuristi.

## 4. L'ordine costituzionale del mercato e i suoi limiti

Anche ammettendo che le scelte di politica economica e sociale possano essere efficacemente sindacate rispetto al principio costituzionale di eguaglianza, formale e sostanziale, resta comunque il fatto che molte di esse sono condizionate in misura crescente da fattori esterni al sistema.

Non c'è chi non veda come il legislatore, le amministrazioni, e talora perfino i giudici, siano costretti a tenere conto, nelle proprie decisioni in

[79] Sulla *teoria delle scelte pubbliche* in materia economica e sociale, v. i classici lavori di J.A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, *cit.*; J.K. Arrow, *Social Choice and Individual Values* (1951), New York, Wiley, 1963 [trad. it. *Scelte sociali e valori individuali*, Milano, Etas, 1977]; A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper & Row, 1957 [trad. it. *Teoria economica della democrazia*, Bologna, il Mulino, 1988]; J.M. Buchanan, G. Tullock, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1959 [trad. it. *Il calcolo del consenso. Fondamenti logici della democrazia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1998]; A.K. Sen, *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco, Holden Day, 1970; Id., *Choice, Welfare and Measurement*, Oxford, Blackwell, Cambridge (MA), 1982 [trad. it. *Scelta, benessere, equità*, Bologna, il Mulino, 1986].

[80] Cfr., al riguardo, le dichiarazioni del Ministro dell'Economia P.C. Padoan, ne *la Repubblica*, 22 maggio 2015, secondo cui «se ci sono sentenze che hanno un'implicazione di finanza pubblica, deve esserci una valutazione dell'impatto», e l'immediata replica del Presidente della Corte costituzionale A. Criscuolo, ne *la Repubblica*, 23 maggio 2015, il quale osserva che «la Corte non può aspettare di decidere necessariamente solo quando pervengano determinate informazioni» dall'autorità amministrativa perché, «in una situazione del genere, si metterebbe nelle condizioni di dover decidere condizionata da un elemento esterno proveniente da una delle parti».

Sull'*analisi economica del diritto*, v., specialmente, R. Coase, *The Problem of Social Cost*, *cit.*; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Law & Business, 1972; *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by P. Newman, 3 vol., London, Macmillan, 1998; *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by B. Bouckaert, G. De Geest, Cheltenham - Northampton (MA), Edward Elgar, Ghent, University of Ghent, 1996-2000, disponibile on-line in https://encyclo.findlaw.com; R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, Reading (MA), Addison Wesley, 2000 [trad. it. con adattamenti di U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, *Il mercato delle regole*, Bologna, il Mulino, 1999.

materia economica, delle dinamiche dei *mercati internazionali* e delle indicazioni provenienti da *istituzioni sovranazionali* (prime fra tutte, l'Unione Europea, la Banca Mondiale, il Fondo Monetario Internazionale e l'Organizzazione Mondiale del Commercio)[81]. Esempi significativi in questo senso sono le molteplici riforme del sistema pensionistico, intervenute dalla metà degli anni Novanta (l. n. 335/1995, c.d. riforma Dini) a oggi (art. 24, d.l. n. 201/2011, conv. con modd. in l. n. 214/2011, c.d. riforma Fornero)[82], nel tentativo di ridurre la spesa pubblica e riportare i valori del *deficit* e del debito entro i parametri europei; le varie leggi finanziarie e di bilancio, tenute a rispettare il *Patto di stabilità e crescita* del 1997; l'introduzione del nuovo art. 81 Cost., contenente il principio dell'equilibrio di bilancio, in ottemperanza al *Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria* del 2012 (c.d. *Fiscal compact*)[83]; fino alla recente approvazione della d.l. n. 34/2014, conv. in l. n. 78/2014 e dei relativi decreti attuativi (dd.lgs. n. 22/2015 e n. 23/2015, sulla base della l. n. 183/2014) (c.d.

[81] Al c.d. «*Washington Consensus*», consistente in un insieme di politiche economiche (di stabilizzazione, liberalizzazione, privatizzazione e deregolamentazione) condivise dalla Banca Mondiale, dal Fondo Monetario Internazionale e dal Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti e volte a creare all'interno delle economie meno industrializzate le condizioni favorevoli per ottenere nel breve termine stabilità e crescita (J. Williamson, *What Washington Means by Policy Reform*, in Id. (ed.), *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* Washington, DC, Institute for International Economics, 1990; N. Serra, J.E. Stiglitz (eds.), *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance*, New York, Oxford University Press, 2008), si affianca oggi una sorta di «*Brussels-Frankfurt Consensus*», o «*Berlin Consensus*», caratterizzato da una particolare attenzione alla stabilità monetaria, alla sostenibilità delle finanze pubbliche e al controllo dell'inflazione (A. Sapir *et al*., *An Agenda for a Growing Europe: Making the EU Economic System Deliver*, Report of an Independent High-Level Study Group established on the initiative of the President of the European Commission, Brussels, 2003, in Id., *An Agenda for a Growing Europe. The Sapir Report*, Oxford, Oxford University Press, 2004 [trad. it. *Europa, un'agenda per la crescita. Rapporto Sapir*, Bologna, il Mulino, 2004]; J.-P. Fitoussi, F. Saraceno, *The Brussels-Frankfurt-Washington Consensus. Old and New Trade-offs in Economics* e Id., *European Economic Governance: the Berlin-Washington Consensus*, entrambi in Observatoire Français des Conjonctures Economiques (OFCE), *Documents de Travail de l'OFCE*, Paris, rispettivamente 2/2004 e 20/2012; R. Tamborini, *The «Brussels Consensus» on Macroeconomic Stabilization Policies. A Critical Assessment*, in F. Torres, A. Verdun, C. Zilioli, H. Zimmermann (eds.), *Governing EMU: Political, Economic, Historical and Legal Aspects*, Firenze, European University Press, 2004, 157-176).

[82] L'art. 24, co. 25, d.l. n. 201/2011, conv. con modd. in l. n. 214/2011 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte cost., sent. n. 70/2015, nella parte in cui prevede che «In considerazione della contingente situazione finanziaria, la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici, secondo il meccanismo stabilito dall'art. 34, comma 1, della legge 23 dicembre 1998, n. 448, è riconosciuta, per gli anni 2012 e 2013, esclusivamente ai trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS, nella misura del 100 per cento».

[83] F. Bilancia, *Note critiche sul c.d. «pareggio di bilancio»*, in *AIC*, 2012.

*Jobs Act*), dichiaratamente rivolti ad adeguare il mercato del lavoro italiano agli *standard* internazionali per accrescere la competitività delle imprese, contrastare il fenomeno delle delocalizzazioni industriali e favorire la ripresa dell'occupazione. A ciò può aggiungersi la tradizionale ritrosia dei nostri governi a tassare le rendite finanziarie nel timore di alimentare fughe di capitali.

Ne deriva una forte *limitazione della sovranità nazionale* nel campo economico e sociale, con conseguente riduzione della capacità delle istituzioni statali (e a volte anche europee) di combattere le dis-eguaglianze a monte, all'interno e a valle del mercato: una limitazione, questa, che si registra in numerosi settori, soprattutto laddove operino imprese multinazionali, e che appare particolarmente evidente in quelli della finanza[84] e dei servizi web[85], per l'attitudine dei grandi capitali e dei colossi di internet a spostarsi da un ordinamento a un altro, eludendo i vincoli di legge e i controlli amministrativi e sfuggendo ai sistemi di tassazione: con l'effetto che proprio mentre le dis-eguaglianze stanno continuando a crescere su scala globale, gli strumenti a disposizione degli Stati per contrastarne l'avanzata si stanno progressivamente riducendo[86]. Il risultato finale è che – in Italia come nel resto del mondo – «i ricchi stanno diventando più ricchi, i più ricchi tra i ricchi stanno diventando ancora più ricchi, i poveri stanno diventando più poveri e più numerosi, e la classe media sta scomparendo»[87].

Tutto ciò, per un verso, mostra l'inefficienza dei meccanismi autoregolativi del mercato, che non sembra riuscire da solo a estendere i vantaggi derivanti dalla crescita economica a fasce sempre più ampie di popolazione: con la conseguenza che sia le dis-eguaglianze *nazionali* (nei Paesi) sia quelle *internazionali* (tra Paesi) continuano a mantenersi su valori elevati, riflettendosi negativamente sulle condizioni di vita e di lavoro di milioni di esseri umani[88]. Per altro verso, mina la fiducia nella capacità della politica e delle

[84] V. lo «storico» problema dei capitali esportati in Paesi a fiscalità privilegiata, inclusi nella c.d. «black list» di cui all'art. 1, d.l. n. 40/2010, conv. con modd. in l. n. 73/2010, aggiornata con D.M. economia 27.04.2015, fino al recentissimo caso della c.d. «lista Feliciani», contenente rivelazioni sui capitali esteri depositati presso la filiale svizzera della HSBC.

[85] V., ad. es., i casi «Microsoft» del 1994-2001 (USA) e del 2009 (UE), «Apple» del 2013 (USA) e «Google» del 2015 (UE), nonché le inchieste avviate dal Commissario Europeo alla concorrenza Joaquín Almunia nel 2014 nei confronti di Amazon, Apple, Fiat e Starbucks per sospetta elusione fiscale.

[86] J.E. Stiglitz, *In un mondo imperfetto. Mercato e democrazia nell'era della globalizzazione*, Roma, Donzelli, 2001, 3. V., al riguardo, il piano d'azione presentato il 17 giugno 2015 dalla Commissione Europea per una riforma della tassazione societaria nell'UE mediante il rilancio della base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (*Common Consolidated Corporate Tax Base* - CCCTB), già proposta nel 2011, e la creazione di un quadro normativo che garantisca una tassazione efficace nel luogo in cui sono generati gli utili.

[87] J.E. Stiglitz, *Il prezzo della diseguaglianza*, *cit.*, 11.

[88] E. Dabla-Norris, K. Kochhar, N. Suphaphiphat, F. Ricka, E. Tsounta, *Causes and Consequences of Income Inequality. A Global Perspective*, Washington D.C., IMF, 2015;

classi politiche di garantire uno sviluppo equilibrato e sostenibile, facendo sì che l'«universalismo» prodotto dalla globalizzazione dei mercati si traduca in uno strumento di progresso civile e culturale[89]. A nessuno può sfuggire, infatti, che se le forze del mercato contribuiscono a definire in gran parte il grado di eguaglianza (o di dis-eguaglianza) delle società, dovrebbero essere le politiche pubbliche a plasmare le forze del mercato[90]. Si manifesta così una profonda *crisi della democrazia*, che nei Paesi più avanzati prende la forma di una delusione crescente nei confronti dei suoi sistemi deliberativi e di una conseguente rinuncia alla partecipazione, mentre nei Paesi in via di sviluppo (compresi quelli che negli ultimi decenni si erano accostati al modello occidentale) finisce per risolversi in una rinuncia al sistema democratico nel suo insieme e in un ritorno a vecchi (o nuovi) regimi autoritari.

In questo scenario emerge in tutta la sua gravità la mancanza di istituzioni – o reti di istituzioni – che riescano a esercitare un effettivo controllo sul funzionamento dei mercati, assicurare la redistribuzione dell'enorme quantità di ricchezza prodotta a livello mondiale e costruire efficaci sistemi di riequilibrio sociale. Nel complesso, si può dire che oggi stiamo sperimentando «un processo di globalizzazione analogo a quello di un secolo e mezzo fa, ma senza istituzioni globali capaci di affrontarne le conseguenze; possediamo un

International Labour Organization, *Global Wage Report 2014/2015. Wages and Income Inequality*, Geneva, ILO, 2015; .

Sulla distinzione tra dis-eguaglianze interne e dis-eguaglianze internazionali, v., già, United Nations, Secretary-General, *Report of the World Commission on Environment and Development «Our Common Future»*, 4 August 1987 (c.d. «Rapporto Brundtland»), 2, II, 26, secondo cui «la nostra capacità di promuovere un interesse comune nello sviluppo sostenibile è spesso il frutto della relativa indifferenza verso la giustizia economica e sociale all'interno delle Nazioni e nei rapporti tra esse».

[89] Z. Bauman, *Liquid Modernity*, Cambridge, Polity, Oxford - Malden, Blackwell, 2000 [trad. it. *Modernità liquida*, Roma - Bari, Laterza, 2000, 217 ss.].

Sugli effetti politici, economici e sociali della globalizzazione v., tra i molti, R. Dahrendorf, *Economic Opportunity, Civil Society and Political Liberty*, Geneva, United Nations Research Institute for Social Development, 1995 [trad. it. *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Roma - Bari, Laterza, 1995]; A. Giddens, *Runaway World. How Globalization Is Reshaping Our Lives*, New York, Routledge, 1999 [trad. it. *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Bologna, il Mulino, 2000]; L. Gallino, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Roma - Bari, Laterza, 2000, 97 ss.; U. Cerroni, *Globalizzazione e democrazia*, Lecce, Manni, 2002; R. Sennett, *The Culture of the New Capitalism*, New York, Yale University Press, 2006 [trad. it. *La cultura del nuovo capitalismo*, Bologna, il Mulino, 2006].

[90] J.E. Stiglitz, *op. ult. cit.*, 53. Cfr., inoltre, P. Sylos Labini, *Torniamo ai classici. Produttività del lavoro, progresso tecnico e sviluppo economico*, Roma - Bari, Laterza, 2004, 81, il quale ricorda che «il mercato non è uno spazio vuoto e la politica di lasciar fare, presa alla lettera, non ha senso: è la legge che crea gli argini tra i quali scorre l'acqua dell'economia; senza quegli argini l'acqua diventa palude o dà luogo a inondazioni».

sistema di *governance globale*, ma senza un *governo globale*»[91]. Un sistema nel quale i bisogni essenziali delle persone finiscono per essere relegati sempre più spesso ai margini delle decisioni politiche e subordinati – di fatto, se non addirittura di diritto – alle «superiori» leggi del mercato. Si tratta di una tendenza in aperto contrasto con i cardini del pensiero liberale (a cui almeno apparentemente essa si richiama), con le statuizioni di numerosi atti internazionali di *hard law* (ad es., Carta delle Nazioni Unite, Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali) e *soft law* (ad es., Dichiarazione universale dei diritti umani, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e con i principi della nostra Carta costituzionale, che riconoscono la centralità della *persona umana*, con la sua dignità e i suoi diritti, e pongono le istituzioni al suo servizio[92].

Le ricette per ridurre le dis-eguaglianze prodotte dagli odierni sistemi capitalistici e ricondurle entro limiti «*accettabili*»[93] sono, in realtà, ben note: regolamentazione dei mercati volta a promuovere una concorrenza equilibrata e rispettosa degli esseri umani e dell'ambiente[94]; politica monetaria e finanziaria strumentali alla crescita dell'economia reale[95]; politiche industriali e del

[91] J.E. Stiglitz, *In un mondo imperfetto*, *cit.*, 5 [corsivi nostri].

[92] V. le dichiarazioni di G. Dossetti e P. Togliatti, in *Atti Ass. Cost.*, *Comm. Cost*., *I Sc.*, 9 settembre 1946, 20-22. In dottrina, v., per tutti, P. Barile, *Diritti dell'uomo*, *cit.*, 56 ss. e 91 ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, I, *Parte generale*, Padova, Cedam, 1992, 2-4; L. Carlassare, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, Cedam, 2011, 84.

[93] Sul grado di *tolleranza* delle dis-eguaglianze economiche nei vari contesti politici e sociali, v., specialmente, A.O. Hirschman, M. Rothschild, *The Changing Tolerance for Income Inequality in the Course of Economic Development*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 87.4, 1973, 544-566; P.J. Lambert, *The Distribution and Redistribution of Income*, Manchester, Manchester University Press, 1989; M.I. Lichbach, *An Evaluation of "Does Economic Inequality Breed Political Conflict?" Studies*, in *World Politics*, 41.4, 1989, 431-470; Id., *Will Rational People Rebel against Inequality? Samson's Choice*, in *American Journal of Political Science*, 34.3, 1990, 1049-1076; A. Alesina, R. Perotti, *Income Distribution, Political Instability and Investment*, in *European Economic Review*, 81.5, 1996, 1170-1189; R. Bénabou, E.A. Ok, *Social Mobility and the Demand for Redistribution. The POUM Hypothesis*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 116.2, 2001, 447-487; I. Shapiro, *Why the Poor Don't Soak the Rich*, in *Daedalus* 131.1, 2002, 118-128; P.J. Lambert *et al.*, *Inequality aversion and the natural rate of subjective inequality*, in *Journal of Public Economics*, 87, 2003,1061-1090; J. Kelley, M.D.R. Evans, *Economic Development Reduces Tolerance for Inequality. A Comparative Analysis of 30 Nations*, in M. Haller *et al.* (eds.), *Charting the Globe. The International Social Survey Programme 1984-2009*, New York, Routledge, 2009, 72-90.

[94] J.-P. Fitoussi, E. Laurent, *La nouvelle écologique politique. Economie et développement humain*, Paris, Éditions du Seuil, 2008 [trad. it. *La nuova ecologia politica. Economia e sviluppo umano*, Milano, Feltrinelli, 2009].

[95] S. Blankenburg, J.G. Palma, *Introduction: The Global Financial Crisis*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2009, 33, 4, 531-538, secondo cui obiettivo centrale della riorganizzazione del capitalismo deve essere «riordinare e limitare la finanza, una volta ancora, alla sua originaria funzione, di *servire*, piuttosto che dominare, l'accumulazione di *capitale produttivo* e lo *sviluppo economico*. Questa è la necessaria, se non anche sufficiente, condizio-

lavoro tendenti a promuovere gli investimenti produttivi e l'occupazione[96]; politica dei redditi basata su criteri di equità e di merito, che garantisca a tutti i cittadini adeguati mezzi di sussistenza e riduca il divario tra le retribuzioni più alte e quelle più basse[97]; politica fiscale progressiva, sia nelle imposte sui redditi sia in quelle sui patrimoni[98]; tassazione delle rendite da capitale e adozione di misure per contrastare gli abusi fiscali delle multinazionali mediante la «delocalizzazione dei profitti»[99]; disciplina dell'organizzazione aziendale mirante ad aumentare la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese e a limitare lo strapotere dei *manager*[100]; politica dell'istruzione e della formazione che assicuri un'effettiva eguaglianza di opportunità a tutti gli individui a prescindere dalla loro condizione sociale, favorendo una mobilità intergenerazionale di tipo meritocratico e riducendo il peso della ricchezza ereditaria[101]; revisione degli indicatori economici, con inserimento di siste-

ne per raggiungere più ampi obiettivi, quali uno stabile ed efficiente sistema monetario internazionale e una produttiva, progressiva e più egualitaria divisione internazionale del lavoro» [corsivi nostri].

[96] P.R. Krugman, *End This Depression Now!*, New York - London, Norton & Co., 2012 [trad. it. *Fuori da questa crisi, adesso!,* Milano, Garzanti, 2013, spec. XII].

[97] J.-P. Fitoussi, J.E. Stiglitz, *The Ways Out of the Crisis*, *cit.*; J.-P. Fitoussi, F. Saraceno, *How Deep Is a Crisis?*, *cit.*; P.R. Krugman, *La coscienza di un liberal*, *cit.*, 257-261, secondo cui lo strumento più importante a questo scopo consiste nel rafforzamento del ruolo dei *sindacati*; T. Piketty, *Il capitale*, *cit.*, 465-515.

Cfr., al riguardo, il *referendum* svizzero del 2 marzo 2013, che ha approvato la proposta di introdurre un tetto massimo agli stipendi dei *manager*, e quelli del 23 novembre 2013 e del 17 maggio 2014, che hanno bocciato le richieste di fissare un rapporto massimo di 1 a 12 fra lo stipendio più alto e quello più basso in una stessa azienda e di introdurre uno stipendio minimo legale in tutto il territorio nazionale.

[98] T. Piketty, *op. ult. cit.*, 771-812.

[99] T. Piketty, *op. ult. cit.*, 813-859. L'iniziativa per l'introduzione di una *minimum corporate tax*, promossa dalla Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation (ICRICT) e sostenuta da un vasto arco di forze sociali ed esperti di importanti organizzazioni economiche sovranazionali, è stata presentata da J.E. Stiglitz, *La grande frattura: nuove prospettive sulla disuguaglianza e su come ridurla*, *INET Lecture* al *Festival dell'economia*, Trento, 2 giugno 2015, in http://2015.festivaleconomia.eu.

[100] P. Sylos Labini, *Il capitalismo gigante malato*, *cit.*, che, per evitare situazioni di eccessivo potere, e quindi comportamenti inefficienti, dei *top manager* invita a riconsiderare l'attuazione della *cogestione* nelle imprese (art. 46 Cost.).

[101] Piketty, *op. ult. cit.*, 581-663 e 752-760, il quale critica le attuali «società patrimoniali», caratterizzate da un sostanziale immobilismo sociale e in cui «il passato divora il futuro». Sul punto, v., ampiamente, O. Causa, Å. Johansson (eds.), *A family Affair: Intergenerational Social Mobility across OECD Countries*, OECD, *Economics Department Working Papers*, 707, 2010.

Sul ruolo della *conoscenza* nell'economia, v., per tutti, F.A. von Hayek, *Economics and Knowledge*, in *Economica*, New Series, 4, 13, 1937, 33-54; Id., *The Use of Knowledge in Society*, in *The American Economic Review*, 35, 4, 1945, 519-530, secondo cui il problema economico della società è fondamentalmente «un problema di utilizzazione di conoscenza non data a tutti nella sua totalità».

mi di misurazione del benessere sociale e della qualità della vita[102]; politiche strutturali di sostegno ai Paesi poveri, anche attraverso la cancellazione o la ristrutturazione del loro debito pubblico[103]; e così via[104]. Non mancano infine voci autorevoli che invitano ad abbandonare il tradizionale approccio della scienza economica, caratterizzato dal dominio della «tecnica» e incentrato sul paradigma della massimizzazione dell'utilità individuale, in favore di uno nuovo, che punti a riscoprire la dimensione *etica* dell'economia orientandola verso obiettivi di equità, solidarietà e sviluppo umano[105]. Più in generale, anche per effetto della drammatica crisi che stiamo attraversando, sta iniziando a diffondersi tra gli studiosi la consapevolezza che occorra ripensare radicalmente le regole di organizzazione e di funzionamento dell'economia globale, partendo dal presupposto che debbano essere gli Stati a guidare i mercati e non viceversa.

[102] J.E. Stiglitz, A.K. Sen, J.-P. Fitoussi, *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress (14 September 2009)*, in www.stigltz-sen-fitoussi.fr; Id., *The Measurement of Economic Performance and Social Progress Revisited: Reflections and Overview*, in *Sciences Po publications*, 33, 2009; Id., *On the Measurement of Social Progress and Wellbeing: Some Further Thoughts*, in Observatoire Français des Conjonctures Economiques (OFCE), *Document de Travail*, 19, 2011.

[103] V., ad es., United Nations Development Programme (UNDP), *Sustainable Development Goals* (SDGs) e *Millennium Development Goals* (MDGs); World Bank, *Poverty Reduction adnd Equity Strategies*, consistenti nella lotta alla povertà e alla dis-eguaglianza a livello globale e nella promozione dello sviluppo sostenibile. Sulle ipotesi di cancellazione, ristrutturazione o rifinanziamento del debito dei Paesi in via di sviluppo, v., tra i molti, J. Sachs, *LDC Debt in the 1980s: Risk and Reforms*, in *NBER Working Paper Series*, 861, 1982; P.R. Krugman, *International Debt Strategies in an Uncertain World*, in J.T. Cuddington, G.W. Smith (eds.), *International Debt and the Developing Countries*, Washington D.C., World Bank, 1985; Id., *Prospects for International Debt Reform*, in UNCTAD, *International Monetary and Financial Issues for the Developing Countries*, 1985; Id., *Financing vs. Forgiving a Debt Overhang*, in *NBER Working Paper Series*, 2486, 1988.

[104] Un'attenta riflessione su come combattere le dis-eguaglianze economiche e sociali si trova in A.B. Atkinson, *Inequality. What Can Be Done?*, Cambridge (MA) - London, Harvard University Press, 2015.

[105] A.K. Sen, *On Ethics and Economics*, Oxford, Blackwell, 1986 [trad. it. *Etica ed economia* (2002), Roma - Bari, Laterza, 2009[7]]; M. Nussbaum, *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Cambridge (MA) - London, Belknap Press of Harvard University Press, 2011 [trad. it. *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, Bologna, il Mulino, 2012]. Sulla definizione dello *sviluppo umano*, v., per tutti, United Nations Development Programme - UNDP, *Human Development Report 1990*, New York - Oxford, Oxford University Press, 1990, 1, 10, dove si afferma che il fine dello sviluppo è «espandere le possibilità delle persone. Fra queste, le più importanti sono vivere a lungo e in buona salute, essere istruiti e disporre di risorse adeguate a un tenore di vita dignitoso. A esse si aggiungono la libertà politica, il godimento dei diritti umani e il rispetto di sé». Nello stesso senso, A.K. Sen, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999 [trad. it. *Lo sviluppo è libertà*, Milano, Mondadori, 2000], secondo cui lo sviluppo consiste nel «processo di espansione delle libertà reali godute dagli esseri umani» (9).

Mai come oggi è stato infatti così chiaro che la dis-eguaglianza «non è un destino, ma una *scelta*»[106], che non esiste alcun processo naturale e spontaneo che permetta di evitarla, ma esistono mezzi, strumenti e conoscenze che possiamo utilizzare per cercare di attenuarla. E poiché le sue cause sono diverse, così come diverse sono le forme in cui essa può presentarsi, per fronteggiarla dobbiamo necessariamente muoverci su diverse strade, agendo sul sistema educativo, sulla disciplina della produzione e degli scambi e sulla redistribuzione della ricchezza sia a livello nazionale sia a livello internazionale. Per uscire dall'attuale *impasse* e invertire finalmente la rotta servirebbe, dunque, un *atto di orgoglio della politica*, chiamata a ritrovare quell'autonomia di pensiero e di azione che la rende la più autorevole delle scienze pratiche, capace di governare la società non nell'interesse di alcuni, ma per il bene di tutti e di ciascuno[107]. Un ruolo, questo, a cui ha per troppo tempo abdicato, lasciando libero gioco alle forze dell'economia; e dimenticando (o fingendo di dimenticare) che dietro all'apparente «neutralità» delle grandi organizzazioni economiche ci sono sempre individui pronti ad arricchirsi a danno di altri e che dietro alle c.d. «leggi» del mercato si celano spesso mere logiche di potere[108].

Se è vero – come è stato efficacemente detto[109] – che «mentre siamo ampiamente convinti di vivere in un mondo liberale, il capitalismo che ci governa

[106] P.R. Krugman, *Esiste davvero una contrapposizione tra efficienza ed equità?*, *Discussione* con D. Gros e T. Boeri a conclusone del *Festival dell'economia*, Trento, 2 giugno 2015, in http://2015.festivaleconomia.eu. Nello stesso senso, v., già, J.E. Stiglitz, *La grande frattura*, *cit.*

[107] Aristotele, *Etica Nicomachea*, I, 1094a, 26 ss., e 1094b, 4-10, secondo il quale «la politica si serve delle altre scienze pratiche», compresa l'*economia*, per legiferare «su cosa si deve fare, e da cosa ci si deve astenere», in vista del perseguimento del fine più alto e più importante, a cui tutto tende: il «bene umano», sia come «bene del singolo» sia come «bene del popolo e della città».

[108] John K. Galbraith, *The New Industrial State*, Boston, Houghton Mifflin, London, Hamilton, New York, New American Library, 1967 [trad. it. *Il nuovo stato industriale*, Torino, Einaudi, 1967]; Id., *The Anatomy of Power*, Boston, Houghton Mifflin, 1983 [trad. it. *Anatomia del potere*, Milano, Mondadori, 1984]; James K. Galbraith, *The Predator State. How Conservatives Abandoned the Free Market and Why Liberals Should Too*, New York, Free Press, 2008; Id., *Inequality and Instability. A Study of the World Economy Just Before the Great Crisis*, New York - Oxford, Oxford University Press, 2012.

Sul punto v., già, L. Einaudi, *Dell'uomo, fine o mezzo*, *cit.*, 122-123; Id., *Economia di concorrenza*, *cit.*, 70, il quale contesta l'idea «allucinante di un'economia che vive di vita propria, autonoma, indipendente dall'uomo», sacrificandosi a idoli quali «la fabbrica, la macchina (…), la borsa, il traffico (…), incarnazioni concrete di un'entità superiore detta capitale»: un'idea «davvero stravagante ed insostenibile», perché sono sempre gli uomini che «fanno la vita e la storia; non sono condotti per mano ad una meta prescritta dal fato, dalla macchina, dalla concorrenza, dalla struttura economica e da altrettali divinità trascendenti e dominatrici».

[109] V. Charolles, *Le libéralisme contre le capitalisme*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2006, 13.

ha ben poco a che vedere con i principi del liberalismo», dovremmo provare allora a regolare il mercato in modo da renderlo compatibile con i fondamenti dello *Stato costituzionale* – democrazia, libertà, eguaglianza, solidarietà[110] – prima di andare alla ricerca di nuove forme di organizzazione politica compatibili con il mercato.

[110] Cfr. J.E. Stiglitz, *op. ult. cit.*, il quale osserva che «Il problema reale non è né il capitalismo né il capitale del XXI secolo. Il problema è la politica, la democrazia nel XXI secolo».

# DISEGUAGLIANZE E OBBLIGHI CONTRIBUTIVI

Matteo Losana

Sommario: 1. Delimitazione dell'indagine. – 2. La torsione «solidaristica» impressa dalla Costituzione all'obbligazione tributaria. – 3. Il progressivo indebolimento della «torsione solidaristica» del dovere di contribuzione fiscale. Il ruolo della giurisprudenza costituzionale. – 4. La capacità contributiva come criterio di giustizia tributaria che opera sia verso il basso (garantendo chi, in concreto, non è in grado di sopportare l'imposizione), sia verso l'alto (obbligando chi, in concreto, è comunque in grado di sopportare il sacrificio economico).

## 1. Delimitazione dell'indagine

Il tema che mi è stato assegnato – coinvolgendo il principio di uguaglianza – può essere indagato sotto diversi «punti di vista». Innanzitutto, l'indagine può essere condotta focalizzando l'attenzione sull'*oggetto* in riferimento al quale, anche in campo tributario, il problema dell'uguaglianza assume rilievo (problema sintetizzabile nella domanda: «uguaglianza in che cosa?»[1]). In questa prospettiva, le disuguaglianze che assumono rilievo riguardano: (i) la distribuzione della ricchezza[2] (intesa, genericamente, come grandezza rappresentativa della «forza economica» del soggetto) e – in ragione del criterio di «progressività» cui deve ispirarsi il nostro sistema tributario[3] – la distribuzione del carico fiscale tra i diversi livelli di ricchezza; (ii) la distribuzione del carico fiscale tra i possibili oggetti del potere impositivo (e cioè tra i possibili indici di «capacità contributiva»: il patrimonio, i redditi di lavoro e delle imprese, le rendite finanziarie e,

[1] Cfr. N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995, 3.

[2] Significative disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza sono oggi riscontrabili anche in paesi, come il nostro, caratterizzati da Costituzioni connotate da una forte tensione solidaristica. Per alcuni dati cfr. il rapporto OCSE *Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising* (2011), consultabile all'indirizzo internet www.oecd.org e, in particolare, la nota sull'Italia; lo studio commissionato dall'UE a ricercatori di diverse università europee intitolato *Gini-growing inequalities' impacts* (2013), consultabile all'indirizzo internet www.gini-research.org, spec. il *Country report for Italy*, 11.

[3] Sul progressivo indebolimento del carattere progressivo del nostro sistema tributario cfr. F. Gallo, *Ripensare il sistema fiscale in termini di maggiore equità distributiva*, consultabile all'indirizzo internet www.astrid-online.it, 3, e, in una versione più sintetica, in *Politiche sociali*, n. 2, 2014, 221 ss.; S. Pellegrino, *Struttura ed effetti redistributivi dell'imposta personale italiana: il confronto 2000 – 2005*, in *Economia Pubblica*, fasc. 1-2, 2007, 99 ss.; Id., *Irpef 2007: una redistribuzione (quasi) irrilevante?*, in *Working paper* n. 584, gennaio 2007, della Società italiana di economia pubblica, consultabile all'indirizzo internet www.siepweb.it.

secondo una lettura evolutiva della nozione di «tributo», taluni «beni-capacità»[4]). L'indagine intorno al "problema" dell'uguaglianza in campo tributario può essere altresì condotta focalizzando l'attenzione sui *soggetti* gravati dall'obbligazione tributaria (il problema è, in questo caso, sintetizzabile nella domanda: «uguaglianza tra chi?»[5]). In questa prospettiva, le disuguaglianze che assumono rilievo riguardano la distribuzione del carico fiscale tra le diverse *categorie* di contribuenti[6] (disuguaglianze che – a causa dei recenti interventi legislativi "emergenziali", imposti dai vincoli al bilancio stabiliti dalle istituzioni sovranazionali e previsti, oggi, anche dalla Costituzione – paiono sempre più numerose).

Assumendo quest'ultimo punto di vista – e limitando l'indagine ai precetti costituzionali che più direttamente disciplinano la distribuzione orizzontale degli obblighi contributivi – il profilo sul quale vorrei concentrare l'attenzione riguarda il rapporto tra il principio secondo cui «tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva» (contenuto nell'art. 53, comma 1, Cost.)[7] e il principio di uguaglianza formale (sancito, invece, dall'art. 3, comma 1, Cost.). In particolare, esplicitando la tesi di fondo delle considerazioni che seguono, vorrei mettere in luce come la tendenza sempre più accentuata della Corte costituzionale a interpretare l'art. 53, comma 1, Cost. "alla luce" dell'art. 3, comma 1, Cost. contribuisca, da un lato, a «svalutare» il significato profondo e innovativo del precetto costituzionale che ha codificato il dovere di contribuzione fiscale (la dottrina, al riguardo, ha parlato di vera e propria «interpretazione abrogante»[8]); dall'altro lato, a occultare il significato originario (e fortemente polemico nei confronti dei privilegi personali) del principio di uguaglianza formale.

## 2. La torsione «solidaristica» impressa dalla Costituzione all'obbligazione tributaria

È opinione diffusa, in dottrina[9], che nel primo comma dell'art. 53 Cost. trovino riconoscimento due distinti principi, apparentemente confliggenti:

[4] Si tratta di beni che non sono riconducibili ai tradizionali beni economici (reddito e patrimonio), non sono scambiabili sul mercato, ma il cui utilizzo è comunque rappresentativo di una potenziale «capacità contributiva» del soggetto (si pensi, ad esempio, alle risorse ambientali). Cfr. F. Gallo, *Ripensare il sistema fiscale in termini di maggiore equità distributiva*, *cit.*, 224.

[5] Cfr. N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, *cit.*, 3.

[6] Cfr. A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2015, 2. Per alcuni esempi recenti di vere e proprie «discriminazioni fiscali» cfr. M. Ainis, *La piccola eguaglianza*, Einaudi, 2015, 17 ss.

[7] Non mi soffermerò, dunque, sul criterio di progressività del sistema tributario, previsto - come noto - dal secondo comma del medesimo articolo.

[8] Così F. Moschetti, *Profili generali*, in F. Moschetti (a cura di), *La capacità contributiva*, Padova, Cedam, 1993, 10.

[9] Cfr. L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996, 244; P. Boria, *Il bilanciamento di interesse fiscale e capacità contributiva*

da un lato, l'«interesse fiscale» (inteso quale interesse dello Stato al reperimento delle risorse economiche necessarie a svolgere le proprie funzioni), dall'altro lato il criterio, cui abbiamo già accennato, della «capacità contributiva» (in ragione del quale l'obbligazione tributaria deve essere commisurata alla forza economica del soggetto cui è chiesto il sacrificio patrimoniale). Nell'«interesse fiscale» si sostanzia, con riguardo alla materia tributaria, la *sovranità* dello Stato e, dunque, la sua supremazia nei confronti dei contribuenti[10]. Nel riferimento alla «capacità contributiva» si sostanzia, invece, l'esigenza di *garantire* i diritti individuali (e il diritto di proprietà in particolare) dall'arbitrio dell'organo investito della potestà impositiva (sia questo il monarca oppure il legislatore rappresentativo[11]).

La «capacità contributiva» – nella misura in cui non sia degradata a principio meramente programmatico[12] – rappresenta dunque, insieme al carattere «progressivo» del sistema tributario, il criterio di giustizia che la nostra Costituzione ha individuato (tra le diverse «norme di giustizia» astrattamente ipotizzabili[13]) per la distribuzione del carico fiscale tra i soggetti gravati dall'obbligo contributivo. Secondo un'autorevole ricostruzione[14], il menzionato profilo garantista dell'obbligazione tributaria avrebbe radici remote: (i) innanzitutto, nella dottrina giusnaturalistica del Medio Evo e, soprattutto, nel pensiero di Tommaso d'Aquino (il quale introduce, nella sua riflessione intorno alle ragioni causali dell'imposta, la "*causa formalis*", intesa come attitudine individuale a concorrere alle spese necessarie a finanziare opere di

*nell'apprezzamento della Corte costituzionale*, in L. Perrone e C. Berliri, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, 1998, *cit.*, 57; Id., *L'interesse fiscale*, Giappichelli, Torino, 2002, 204 ss.; F. Moschetti, *Capacità contributiva* (voce), in *Enc. Giur.*, Vol. V, 1988, 3 ss.; Id., *Il principio di capacità contributiva*, Padova, Cedam, 1973, 20; R. Tipke, *La capacità contributiva come metro di giustizia tributaria*, in *Il Fisco*, 1996, 7204.

[10] Cfr. G. Falsitta, *Profili della tutela costituzionale della giustizia tributaria*, in L. Perrone e C. Berliri, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, *cit.*, 92. Sulla concezione «statualista» dell'obbligazione tributaria (tramandata dalla riflessione giuridica tedesca) cfr. L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, *cit.*, 32 ss.

[11] Cfr. F. Moschetti, *Capacità contributiva* (voce), *cit.*, 3; G. Bergonzini, *Esistono limiti quantitativi costituzionali al prelievo fiscale?*, in L. Salvini – G. Melis, *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, *cit.*, 37 ss.; G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, 370.

[12] In questa prospettiva, alcuni Autori, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, paragonarono la «capacità contributiva» a una «scatola vuota» (cfr. G. Balladore Pallieri, *La nuova Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1948, 63 ss.; A.D. Giannini, *I rapporti tributari*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Vol. I, Firenze, 1950, 273 ss.).

[13] Cfr. H. Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, trad. it. *Il problema della giustizia*, Einaudi, Torino, 1998, 15 ss.

[14] Cfr. G. Falsitta, *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico fino all'Assemblea Costituente*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 762 ss.

interesse generale[15]); (ii) in secondo luogo, nella riflessione giusnaturalistica anglosassone e, in particolare, nel pensiero di Locke (che colloca la potestà impositiva in una posizione comunque «servente» rispetto alla libertà individuale e, soprattutto, al diritto di proprietà[16]). Il profilo garantista dell'obbligazione tributaria avrebbe, successivamente, trovato esplicito riconoscimento positivo prima nell'art. 13 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 e poi nell'art. 25 dello Statuto Albertino[17]. In questa prospettiva, il criterio della «capacità contributiva» e l'«interesse fiscale» rappresentano, entrambi, il precipitato di una plurisecolare tradizione giuridico-filosofica e non il tratto distintivo e più marcatamente innovativo della norma costituzionale. Pertanto, il significato veramente innovativo dell'art. 53 Cost. deve essere cercato altrove.

Si è così affacciata l'idea che il tratto caratterizzante l'art. 53 della nostra Costituzione risieda nell'impronta «solidaristica» impressa dal menzionato articolo all'obbligazione tributaria[18]. L'articolo in esame non rappresenta una disposizione avulsa dalle altre norme costituzionali: infatti, in ragione di una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali, esso deve essere posto in stretto collegamento con l'art. 2 Cost. (che richiama i doveri «inderogabili» di solidarietà anche economica) e l'art. 3, comma 2, Cost. (che sancisce il

[15] Cfr., al riguardo, G. Falsitta, *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico fino all'Assemblea Costituente*, *cit.*, 793 ss.; A. Amatucci, *Le fondamenta del vigente principio di capacità contributiva nel pensiero di San Tommaso d'Aquino*, in L. Salvini – G. Melis, *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, *cit.*, 97 ss.

[16] Così P. Boria, *Art. 53*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Utet, Torino, 2006, 1056; Id., *L'interesse fiscale,* Giappichelli, Torino, 2002, 26 ss. Sulla concezione «garantista» dell'obbligazione tributaria (tramandata dalla tradizione giuridico-filosofica anglosassone) cfr. L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, *cit.*, 36 ss.

[17] L'art. 13 della Dichiarazione francese dell'89 recita: «Per il mantenimento della forza pubblica, e per le spese d'amministrazione, è indispensabile un contributo comune: esso deve essere ugualmente ripartito fra tutti i cittadini in ragione delle loro capacità». L'art. 25 dello Statuo Albertino, invece, recitava: «Essi [e cioè i regnicoli] contribuiscono indistintamente, nella proporzione dei loro averi, ai carichi dello Stato». Il testo dei menzionati documenti può essere consultato nell'*Archivio di diritto e storia costituzionali* (diretto dal Prof. M. Dogliani e dal Prof. M.G. Losano) all'indirizzo internet www.dircost.unito.it.

[18] Cfr. F. Moschetti, *Capacità contributiva* (voce), *cit.*, 3; Id., *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in L. Perrone e C. Berliri, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, *cit.*, 39 ss.; A. Fedele, *La funzione fiscale e la «capacità contributiva»*, *ivi*, spec. 10; C. Buzzacchi, *La solidarietà tributaria*, Giuffrè, Milano, 2011, 5 ss.; F. Giuffrè, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. Balduzzi – M. Cavino – E. Grosso – J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Atti del Convegno di Acqui Terme – Alessandria, svoltosi il 9-10 giugno 2006, Giappichelli, Torino, 2007, 32 ss. Più in generale sulla costituzionalizzazione del principio solidaristico cfr. B. Pezzini – C. Sacchetto, *Il dovere di solidarietà*, Atti del Convegno "Giornate europee di diritto costituzionale tributario, V edizione, Bergamo, 14-15 novembre 2003, Giuffrè, Milano, 2005; S. Rodotà, *Solidarietà*, Laterza, Bari, 2014, 39 ss.

principio di uguaglianza sostanziale)[19]. Collocando l'obbligazione tributaria entro l'orizzonte solidaristico, la nostra Costituzione segna, quindi, una profonda discontinuità rispetto all'esperienza statutaria. Sintetizzando riflessioni della dottrina invero molto articolate, la «torsione solidaristica» dell'obbligazione tributaria imposta dall'interpretazione sistematica richiamata può essere osservata sotto tre distinti punti di vista:

1) innanzitutto, nell'ordinamento costituzionale il soggetto "portatore" dell'«interesse fiscale» (come precedentemente definito) non può più essere identificato nello Stato-apparato, bensì nello Stato-comunità (intesa, peraltro, non già in termini sostanzialistici, bensì come l'insieme dei soggetti sottoposti al medesimo ordinamento fiscale[20]). Nell'ordinamento costituzionale, dunque, l'idea stato-centrica che l'obbligazione tributaria riguardi, esclusivamente, il rapporto individuale tra il singolo contribuente e l'amministrazione finanziaria (idea solo in parte temperata dal principio rappresentativo caro ai rivoluzionari americani, sintetizzato dalla formula *no taxation without representation*), cede il passo all'idea comunitaria che l'obbligazione tributaria riguardi, innanzitutto, il rapporto tra l'individuo e la comunità dei soggetti "contributivamente capaci" (e cioè l'insieme dei soggetti che, per la loro "forza economica", sono tutti gravati del medesimo obbligo contributivo). Nella prospettiva «emancipante» tracciata dall'art. 3, comma 2, Cost.[21], le risorse mobilitate tramite la fiscalità generale non sono più destinate al mero funzionamento della "macchina" statale, bensì alla rimozione di quegli ostacoli materiali che – impedendo il pieno sviluppo della persona umana (come recita l'art. 3, comma 2, Cost.) – ostacolano il progresso materiale e spirituale dell'intera società (come recita l'art. 4, comma 2, Cost.). La dimensione comunitaria dell'obbligazione contributiva – è stato detto - «fa riferimento all'intera società, ovvero alla comunità di tutti i consociati, e non ad una parte di essa o addirittura allo Stato-apparato»[22]. In questa prospettiva risulta superata la vecchia questione riguardante l'ammissi-

[19] In questo senso cfr. F. Moschetti, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in L. Perrone e C. Berliri, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, *cit.*, 40; C. Buzzacchi, *La solidarietà tributaria*, *cit.*, 8 ss. Sulla lettura «progressista» dell'«interesse fiscale» cfr. P. Boria, *L'interesse fiscale*, *cit.*, 107). Più in generale sull'interpretazione «*magis ut valeat*» del testo costituzionale cfr. V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 11.

[20] Cfr. E. De Mita, *Introduzione*, in L. Perrone e C. Berliri, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, *cit.*, XX.

[21] Così M. Dogliani – A. Di Giovine, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità*, in *Questione giustizia*, fasc. n. 2, 1993, 321 ss. Sul legame tra obbligazione tributaria e il principio di uguaglianza sostanziale cfr. P. Boria, *L'interesse fiscale*, *cit.*, 115 ss.; A. Giorgis, Art. 3, comma 2, Cost., in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, *cit.*, spec. 96.

[22] Così C. Buzzacchi, *La solidarietà tributaria*, *cit.*, 9-10.

bilità dei tributi aventi finalità extrafiscali e cioè finalità ulteriori rispetto a quella di procurare allo Stato un'entrata[23]. L'introduzione del criterio della «capacità contributiva» (nel primo comma dell'art. 53 Cost.) e del criterio di progressività (nel secondo comma del medesimo articolo), da un lato, e gli obiettivi di giustizia materiale imposti dalla Costituzione, dall'altro lato, giustificano oggi l'imposizione fiscale anche per finalità strettamente redistributive della ricchezza[24]. Nello stato costituzionale, il mito della «finanza neutrale» - caro all'ideologia liberale – non dovrebbe più trovare solidi appigli.

2) In secondo luogo, nell'ordinamento costituzionale il dovere di contribuzione fiscale non trova più la sua giustificazione in un rapporto di scambio tra il contribuente e lo Stato (erogatore di servizi secondo una logica strettamente corrispettiva[25]), bensì nel vincolo solidaristico (orizzontale) che, per la nostra Costituzione, lega ogni individuo agli altri membri della società (vincolo solidaristico che, sul versante economico, si traduce proprio nell'obbligazione contributiva). Nell'ordinamento costituzionale, dunque, l'obbligazione contributiva non si regge più su di un mero principio di autorità (la «sovranità tributaria» dello Stato), bensì sul convincimento che ciascun individuo sia disposto a farsi carico dei bisogni altrui, accettando limitazioni ai propri diritti fondamentali[26]. La *ratio* solidaristica fatta propria dalla nostra Costituzione ha così determinato il definitivo «superamento storico» dell'impostazione che «poneva a fondamento del dovere tributario un rapporto di scambio tra il contribuente e l'ente impositore»[27].
3) Infine, nell'ordinamento costituzionale il dovere di contribuzione fiscale è – per il legame che intercorre tra l'art. 53 e l'art. 2 Cost. – «inderogabile». Questa particolare connotazione del dovere significa, innanzitutto e come ovvio, che nessuno può sottrarsi all'obbligo di contribuzione (occultando la propria «capacità contributiva»); in secondo luogo, che il menzionato dovere non può essere aggirato, facendolo gravare, in tutto o in parte, non più sui soggetti attualmente contributivamente capaci,

[23] Sulle finalità extrafiscali del tributo cfr. I. Manzoni, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1965, 102.

[24] Cfr. M. Luciani, *Costituzione, tributi e mercato*, in L. Salvini – G. Melis (a cura di), *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, *cit.*, spec. 33; F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, Parte generale, Giappichelli, Torino, 2001, 71 ss.; R. Schiavolin, *Il principio di progressività del sistema tributario*, in L. Perrone e C. Berliri, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, *cit.*, 151 ss.

[25] Cfr., al riguardo, A. De Viti de Marco, *Principi di economia finanziaria*, Einaudi, Torino, 1953, 112.

[26] Cfr. C. Buzzacchi, *La solidarietà tributaria*, *cit.*, 21.

[27] Così F. Moschetti, *Capacità contributiva* (voce), *cit.*, 3. Analogamente cfr. F.B. Ferrara, *Art. 53*, in *Commentario della Costituzione* diretto da Giuseppe Branca, *Rapporti politici*, Tomo II, Zanichelli Editore – Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna – Roma, 1994, 3.

bensì sulle generazioni future[28]. Le risorse necessarie al raggiungimento dei traguardi di giustizia materiale posti dall'art. 3, comma 2, Cost. devono essere recuperate, innanzitutto, tramite la fiscalità generale. Seppur sia difficile individuare veri e propri «diritti» delle generazioni future nei confronti dell'odierna "comunità dei contribuenti"[29], si può comunque ritenere che la lettura sistematica dell'art. 53 Cost. conduca a includere nell'ambito dell'obbligazione tributaria anche un vincolo solidaristico (questa volta verticale) nei confronti delle generazioni future: un vincolo in ragione del quale siano vietate (oggi) quelle politiche di spesa che impediscano (un domani) condizioni di vita libera e dignitosa anche ai soggetti socialmente, culturalmente ed economicamente svantaggiati.

Le norme che tracciano il significato solidaristico dell'obbligazione tributaria descrivono, pertanto, un sistema di principi «che salda tra loro «*dignità della persona*»», rispetto e tutela delle relative «*capacità*», funzione sociale delle stesse»; un sistema che appare «certamente idoneo […] a creare *senso di appartenenza ed unità* in una comunità sociale»[30].

## 3. Il progressivo indebolimento della «torsione solidaristica» del dovere di contribuzione fiscale. Il ruolo della giurisprudenza costituzionale

La torsione «solidaristica» dell'obbligazione contributiva sembra oggi entrata in una crisi profonda.

Alcuni fenomeni – ampiamente indagati dalla dottrina – sembrano, infatti, favorire il riemerge di nuove interpretazioni «svalutative» del precetto costituzionale[31]. I fenomeni su cui si è concentrata l'attenzione della dottrina sono, in estrema sintesi, i seguenti: (a) l'attuazione - in quale misura, non importa – dei principi del «federalismo fiscale» che ha favorito il riemergere, seppur in chiave territoriale, della concezione "corrispettiva" dei tributi: in questa prospettiva, i tributi devono essere utilizzati, innanzitutto, per soddisfare le esigenze del territorio in cui sono stati raccolti[32]; (b) l'efficacia

[28] Cfr. C. Buzzacchi, *La solidarietà tributaria*, *cit.*, 23, che riprende sul punto le considerazioni di M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. Bifulco – A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Jovene, Napoli, 2008, 425.

[29] In questi termini cfr. M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, *cit.* 425.

[30] Così F. Moschetti, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in L. Perrone e C. Berliri, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, *cit.*, 43.

[31] Cfr. *retro* gli Autori citati alla precedente nota n. 12. Il riferimento è ai fenomeni segnalati da C. Buzzacchi, *La solidarietà tributaria*, *cit.*, 61 ss.

[32] Cfr., in tal senso, C. Buzzacchi, *La solidarietà tributaria*, *cit.*, 85 ss. Sull'attuazione

pervasiva dei principi sovranazionali dell'Unione europea e il conseguente diffondersi del convincimento che tra questi (in particolare tra le quattro tradizionali libertà poste a fondamento dell'ordinamento dell'Unione) e la *ratio* «solidaristica» dell'obbligazione tributaria esista un rapporto di tendenziale incompatibilità[33]; (c) il diffondersi – anche in conseguenza delle campagne elettorali condotte da talune forze politiche – dell'idea che la «tassa giusta» sia quella che il contribuente è soggettivamente disposto a pagare in ragione della sua personale condizione e delle sue particolari aspirazioni di vita e che l'imposizione ritenuta eccessivamente onerosa legittimi forme, più o meno esplicite, di "disobbedienza fiscale"[34].

Anche la giurisprudenza costituzionale sembra, in qualche modo, contribuire al progressivo occultamento del profilo «solidaristico» dell'obbligazione tributaria. Autorevole dottrina costituzionalistica ha osservato come la nostra Corte costituzionale non abbia quasi mai valutato la legittimità delle leggi impositive in "termini assoluti" (indagando direttamente il *quantum* del prelievo in relazione alla *forza economica* dei soggetti gravati dal tributo), preferendo valutare ogni singola disciplina tributaria «in relazione ad altre discipline, riguardanti situazioni affini o comunque comparabili a quelle in esame»[35]. In materia tributaria, dunque, la Corte tende ad applicare l'art. 53, comma 1, Cost. non in modo "puro", bensì congiuntamente all'art. 3, comma 1, Cost. La Corte ha così scelto di concentrare l'attenzione non tanto sui contenuti «solidaristici» dell'obbligazione tributaria, quanto sulle possibili disparità di trattamento interne alla legislazione tributaria. E proprio in questa prospettiva, è giunta ad affermare, senza mezzi termini, che l'art, 53, comma 1, Cost. «va interpretato quale specificazione del generale principio di uguaglianza, nel senso che a situazioni uguali devono corrispondere uguali regimi impositivi e, correlativamente, a situazioni diverse un trattamento tributario diseguale»[36]. Ancora più esplicitamente la Corte ha recentemente affermato che la «capacità contributiva» – pur rappresentando il presupposto

– in riferimento a taluni diritti sociali - dei principi costituzionali riguardanti l'autonomia finanziaria regionale cfr. F. Pallante, *I diritti sociali tra federalismo e principio di uguaglianza sostanziale*, in *Diritto Pubblico*, fasc. n. 1, 2011, 249 ss.

[33] Cfr. C. Buzzacchi, *La solidarietà tributaria*, *cit.*, 173 ss. Sul punto cfr. P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Giuffrè, Milano, 2010, spec. 73 ss.

[34] Cfr., ancora, C. Buzzacchi, *La solidarietà tributaria*, *cit.*, 231 ss.

[35] Così L. Paladin, *Il principio di eguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. dir. trib.*, 1997, 307-308. L'opinione è condivisa dagli studiosi di diritto tributario: cfr. G. Gaffuri, *Il senso della capacità contributiva*, in L. Perrone e C. Berliri, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, *cit.*, 37; P. Boria, *Il bilanciamento di interesse fiscale e capacità contributiva nell'apprezzamento della Corte costituzionale*, *ivi*, 63-64.

[36] Così Corte costituzionale, sentenza n. 120 del 1972, punto n. 3 del *Considerato in diritto*. Sulla tendenza della Corte a configurare l'uguaglianza non come «materia», bensì come «criterio di giudizio» cfr. G. Zagrebelsky, *Relazione*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Cedam, Padova, 1984, 104.

e il limite del potere impositivo dello Stato – rappresenta una «specificazione settoriale del più ampio principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.»[37].

In campo tributario, dunque, l'eguaglianza «finisce per inglobare la capacità contributiva, concepita ["sempre più" aggiungiamo noi] in termini relazionali»[38]. L'unica regola pratica di giudizio che la Corte sembra trarre dall'art. 53 Cost. – e cioè da un precetto, come visto, "denso" di contenuti materiali - è la necessità che il legislatore, nel momento impositivo, non compia arbitrarie discriminazioni[39].

L'orientamento della Corte in materia di «capacità contributiva» e «giustizia tributaria» sembra essersi ulteriormente consolidato nella giurisprudenza più recente. Nonostante la Corte continui a insistere sul legame tra «capacità contributiva» e principio di uguaglianza sostanziale[40] (lasciando così intendere che il tratto caratterizzante l'ordinamento tributario debba essere la diversità dei regimi impositivi e non la loro rigida uniformità), i giudizi sono poi condotti, il più delle volte, secondo gli schemi logici riconducibili al principio di uguaglianza formale (e, dunque, essenzialmente sotto il profilo della razionalità e della ragionevolezza della scelta impositiva effettuata dal legislatore). Al riguardo ci sembrano particolarmente significativi tre esempi molto noti e discussi: i primi due riguardano interventi "straordinari" volti (tramite l'introduzione di un vero e proprio «tributo» a carico di talune categorie di soggetti[41]) a fronteggiare la crisi finanziaria degli ultimi anni e, conseguentemente, a stabilizzare i conti pubblici; il terzo esempio riguarda, invece, la c.d. "*Robin Hood Tax*" (e cioè il tributo volto a colpire gli ingenti profitti delle società operanti nel settore petrolifero, dovuti alle caratteristiche particolari di quel mercato e a una congiuntura eccezionalmente favorevole).

[37] Così Corte costituzionale, sentenza n. 10 del 2015, punto n. 6.2. del *Considerato in diritto*.

[38] Così L. Paladin, *Il principio di eguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana*, *cit.*, 307.

[39] Come segnalato dalla dottrina (cfr. L. Paladin, *Il principio di eguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana*, *cit.*, 306 ss.), alcune tra le questioni di legittimità costituzionale più conosciute in materia tributaria sono state affrontate dalla Corte esclusivamente sotto la prospettiva del principio di uguaglianza formale. Cfr. Corte costituzionale, sentenze: n. 179 del 1976 (riguardante il cumulo dei redditi coniugali agli effetti dell'Irpef); n. 42 del 1980 (riguardante l'applicazione dell'imposta locale sui redditi (Ilor) a carico dei lavoratori autonomi); n. 289 del 1994 (riguardante i privilegi tributari in favore degli assegni vitalizi dei parlamentari).

[40] Cfr. Corte costituzionale, sentenze: n. 10 del 2015, punto n. 6.2. del *Considerato in diritto*; n. 116 del 2013, punto n. 7.3. del *Considerato in diritto*; n. 223 del 2012, punto n. 13.3.1. del *Considerato in diritto* e ordinanza n. 341 del 2000.

[41] Sulla «natura tributaria» dei menzionati interventi legislativi cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 223 del 2012, punto n. 12.3. del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 116 del 2013, punto n. 7.2. del *Considerato in diritto*. Sulla nozione di «tributo» cfr. G. Fransoni, *La nozione di tributo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in L. Perrone e C. Perliri (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, *cit.*, 123 ss.

(i) Con la sentenza n. 223 del 2012 (nella parte di nostro interesse), la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che prevedeva – limitatamente al triennio 2011-2013 – una riduzione delle retribuzioni più elevate dei dipendenti pubblici[42]. In particolare, l'entità della riduzione prevista dalla norma censurata era: del 5% per la parte di retribuzione superiore ai 90.000,00 euro lordi annui e fino ai 150.000,00 euro; del 10% per la parte di retribuzione eccedente i 150.000,00 euro lordi annui. La Corte – assumendo quale *tertium comparationis*, secondo lo schema di giudizio formalizzato da Paladin[43], il contributo di solidarietà del 3% previsto dal legislatore per tutti i redditi annui superiori ai 300.000,00 euro - ha ritenuto irragionevole e, dunque, illegittimo discriminare, nell'ambito della classe dei contribuenti, i dipendenti pubblici.

(ii) Con la sentenza n. 116 del 2013, la Corte ha, invece, dichiarato l'illegittimità della norma che – in modo speculare alla precedente – poneva un contributo di perequazione sui trattamenti pensionistici più elevati. In particolare, l'entità del contributo era: del 5% per la parte di trattamento superiore ai 90.000,00 euro lordi annui e fino ai 150.000,00 euro; del 10% sulla parte eccedente i 150.000,00 euro e fino ai 200.000,00 euro; del 15%, infine, sulla parte eccedente i 200.000,00 euro[44]. La Corte - assumendo, anche in questo caso, quale *tertium comparationis* il già menzionato contributo di solidarietà del 3% - ha ritenuto irragionevole limitare la platea dei soggetti gravati dal contributo di perequazione ai soli pensionati.

(iii) Con la sentenza n. 10 del 2015, infine, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che prevedeva un prelievo aggiuntivo (addizionale) per le società che - operando in taluni settori di mercato ritenuti dal legislatore particolarmente remunerativi – avessero conseguito ricavi superiori a una certa soglia (originariamente pari a 25 milioni di euro) nel periodo di imposta precedente[45]. Per valutare la legittimità

[42] Cfr. l'art. 9, comma 2, del d.l. n. 78 del 2010, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 (per un quadro riassuntivo della vicenda legislativa che ha condotto all'introduzione, nel nostro ordinamento, del censurato contributo di solidarietà cfr. O. Bonardi, *La Corte vita dei contributi di solidarietà*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 6, 2012, 1248 ss.).

[43] Cfr. L. Paladin, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in *Scritti su La giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, 605 ss.

[44] Cfr. l'art. 18, comma 22-*bis*, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, come modificato dall'art. 24, comma 31-*bis*, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214. Sul seguito legislativo della sentenza della Corte cfr. V. Mastroiacovo, *L'uguaglianza di capacità contributiva nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, fasc. n. 4, 2013, 3602.

[45] Cfr. l'art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. 6 agosto 2008, n. 133. Sulla sentenza, senza pretese di completezza, cfr. gli interventi al Seminario organizzato da *Quaderni costituzionali*, tenutosi

della norma, la Corte, nella circostanza, utilizza un altro schema classico del giudizio di uguaglianza: la valutazione della congruenza mezzi-fini. Ritenuto legittimo l'intento fatto proprio dal legislatore di colpire l'alta redditività di un particolare settore di mercato, la Corte valuta l'idoneità della norma censurata rispetto al fine prescelto. E su questo punto, il suo giudizio è negativo: innanzitutto, la maggiorazione dell'aliquota si applica all'intero reddito e non ai soli «sovra-profitti» (e cioè alla quota di reddito connessa alle peculiarità del mercato in cui operano le imprese gravate del tributo speciale); in secondo luogo, il tributo non è limitato nel tempo e pertanto non è ancorato alla congiuntura favorevole che, in buona sostanza, si vorrebbe tassare; da ultimo, la norma censurata non conterrebbe meccanismi efficaci per la verifica della violazione del divieto – contenuto nella norma medesima - di traslare sui prezzi al consumo il costo economico dell'imposta.

Questa giurisprudenza costituzionale – apparentemente coerente con il principio di «parità di prelievo a parità di presupposto d'imposta economicamente rilevante» e di «universalità dell'imposizione» (principi che rappresentano la declinazione, in campo tributario, del generale principio di uguaglianza formale[46]) – non sembra esente da critiche. In essa si condensano,

presso la Biblioteca de "il Mulino" in data 18 marzo 2015 e consultabili nel *forum di Quaderni costituzionali*, all'indirizzo internet www.forumcostituzionale.it.; M. Ruotolo – M. Caredda, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin tax*, in *Rivista AIC*, n. 2, del 2015, consultabile all'indirizzo internet www.rivistaaic.it; A. Lanzafame, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, *ivi*; A. Anzon Demming, *La Corte "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento*, *ivi*; M. Polese, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento*, in *Osservatorio costituzionale*, Aprile 2015, consultabile all'indirizzo internet www.osservatorioaic.it.; P. Costanzo, *Quando il ruolo della Corte costituzionale è fine a se stesso*, in *Giur. It*., 2015, 1324 ss.; R. Pinardi, *Effetti temporali e nesso di pregiudizialità in una decisione di accoglimento* ex nunc, *ivi*, 1329 ss.; S. Scagliarini, *Diritti e risorse: bilanciamento ineguale o ineguaglianza all'esito del bilanciamento?*, *ivi*, 1332 ss.; M. Sica, *Graduazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale e garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale nella sentenza sulla c.d. Robin Hood Tax*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fasc. n. 1, 2015, 214 ss. Sul "seguito giurisprudenziale" della sentenza cfr. A. Morelli, *Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. Trib. Prov. Di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)*, in *Consulta online*, fasc. II, 2015, 483 ss.

[46] In dottrina, alcuni criticano l'orientamento della Corte che vuole la «capacità contributiva» una specificazione del principio di uguaglianza formale (cfr. F. Moschetti, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in L. Perrone e C. Berliri, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, *cit.*, 50); altri ritengono, invece, l'art. 53 Cost. una norma che – vietando «ingiustificate discriminazioni fiscali» – impone tecniche di giudizio «simili a quelle elaborate nell'applicazione dell'art. 3,

infatti, tutte le incertezze che discendono dal "trattare" il principio di uguaglianza formale quale regola giuridica, direttamente applicabile ai casi concreti. Più nel dettaglio, il menzionato orientamento giurisprudenziale solleva due distinte perplessità.

(i) La prima, come anticipato, riguarda il tendenziale dissolvimento del principio di giustizia materiale contenuto nell'art. 53 Cost. nei diversi significati che ha, storicamente, assunto il principio di uguaglianza formale nella giurisprudenza costituzionale. Come messo in luce dalla dottrina, il giudizio incentrato sulla comparazione tra due norme contenenti discipline diverse per oggetti che reclamano, invece, parità di trattamento (il giudizio trilatero *à la* Paladin, per intenderci) e il giudizio improntato alla verifica della «congruenza mezzi-fini» sono proprio le due regole pratiche di giudizio che la Corte più comunemente trae dal principio di uguaglianza formale, declinato nella massima che impone al legislatore di «trattare in modo uguale situazioni uguali e in modo diverso situazioni diverse»[47]. Applicando dette regole, la Corte omette ogni valutazione in merito al rapporto tra l'entità del tributo e la forza economica del soggetto cui è chiesto il sacrificio (ciò che, invero, rappresenta il contenuto precettivo dell'art. 53 Cost.). Per la Corte, il fatto che i tributi censurati riguardassero grandezze economiche senz'altro «capaci» di reggere il sacrificio chiesto dal legislatore non assume alcun autonomo rilievo costituzionale. In talune circostanze, peraltro, omettere di indagare la «capacità contributiva» può condurre a decisioni, almeno per certi versi, discutibili. Come evidenziato già nei primi commenti alla vicenda[48], le pensioni gravate dal «contributo perequativo» censurato dalla Corte erano, almeno per la maggior parte, le pensioni calcolate non con un sistema contributivo puro (spesso inidoneo a generare trattamenti previdenziali elevati), bensì con sistemi di computo di tipo prevalentemente retributivo. Il rischio è dunque che – attraverso la dichiarazione di illegittimità del tributo – si preservi nel tempo un trattamento previdenziale che oggi (soprattutto nel raffronto intergenerazionale con gli odierni lavoratori) può essere considerato un vero e proprio privilegio. In questa prospettiva, la «riduzione» del criterio della «capacità contributiva» a mero giu-

comma 1, Cost.» (così A. Fedele, *La funzione fiscale e la capacità contributiva*, in L. Perrone e C. Berliri, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, *cit.*, 21).

[47] Cfr., al riguardo, A. Giorgis, *Alcune brevi considerazioni (critiche) sul significato che ha storicamente assunto nella giurisprudenza costituzionale l'art. 3, primo comma, della Costituzione*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, 1, II, *Sovranità e democrazia*, Laterza, Bari, 2006, 757 ss.

[48] Cfr. G. Gorlani, *Sindacato di costituzionalità sulle c.d. "pensioni d'oro" e responsabilità istituzionale della Corte nel favorire il contenimento del debito pubblico*, in *Giur. Cost.*, fasc. n. 4, 2014, 3595; N.C. Salerno, *La Costituzione, le pensioni e l'equità*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, consultabile all'indirizzo internet www.forumcostituzionale.it.

dizio sulla ragionevolezza delle scelte legislative significa, dunque, non solo svuotare di significato un precetto costituzionale denso di tensioni solidaristiche, «ma addirittura estirpare la specifica norma dal tessuto costituzionale [e] ignorare un'intera filosofia generale dei rapporti sociali (di cui era ed è espressione), che forma la nervatura di tutta la parte prima della Carta»[49]. La «posta in gioco» - traslando sul versante dei doveri l'osservazione svolta sul versante dei diritti fondamentali - è dunque alta: «i diritti fondamentali [e, a maggior ragione, i «doveri inderogabili»] presuppongono l'individuo isolato e egoista oppure l'*homme situé* nelle relazioni sociali che innervano la polis?»[50].

(ii) La seconda perplessità suscitata dall'interpretazione «svalutativa»[51] seguita dalla Corte riguarda, invece, la solidità delle motivazioni e la prevedibilità dei dispositivi delle sentenze. Le due particolari declinazioni del principio di uguaglianza formale che, come visto, la Corte applica in materia tributaria non rappresentano, infatti, criteri di giudizio particolarmente rigorosi. Il giudizio improntato sulla comparazione tra la norma censurata e il *tertium comparationis* è un giudizio che lascia all'interprete ampi margini discrezionali in merito all'individuazione dei "profili" (o, meglio, "punti di vista") alla luce dei quali sindacare la disciplina legislativa[52]. Non sono, infatti, mancate circostanze nelle quali la Corte – dimostrando maggior attenzione per la discrezionalità del legislatore – ha evitato di censurare imposizioni che, analogamente a quelle recentemente dichiarate illegittime, colpivano (in modo prevalente) solamente talune categorie di contribuenti, introducendo regimi tributari particolari[53]. In questa prospettiva – riprendendo gli esempi richiamati – la Corte avrebbe anche potuto svolgere un'argomentazione uguale e contraria a quella effettivamente svolta, sostenendo: che il reddito dei dipendenti pubblici è *qualitativamente* diverso (e, come tale, meritevole di un trattamento tributario diverso) dal reddito da lavoro autonomo; che il reddito da lavoro è *qualitativamente* diverso dal reddito derivante da trattamenti pensionistici; che i profitti delle società che operano in un determinato mercato (caratterizzato, ad esempio, da scarsa elasticità della domanda dei beni

[49] Così F. Moschetti, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in L. Perrone e C. Berliri, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, *cit.*, 50.

[50] Così, A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 10, 2015, 7.

[51] Cfr. Cfr. M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, *cit.*, 7 ss.

[52] Cfr. L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della corte costituzionale (ottobre 81 – luglio 85)*, in *Scritti su la Giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, *cit.*, spec. 321

[53] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 21 del 2005, punto n. 7.1. del *Considerato in diritto*; ordinanza n. 341 del 2000.

finali e da significativi "cartelli" tra le imprese attive sul mercato medesimo) sono *qualitativamente* diversi dai profitti delle società operanti in mercati aventi caratteristiche strutturali differenti. La comparazione tra norme richiesta dall'applicazione giurisdizionale del principio di uguaglianza impone, sempre, un preliminare giudizio in merito all'omogeneità delle concrete situazioni che quelle norme intendono disciplinare. E in tale giudizio – se non è specificato il "punto di vista" in base al quale detta valutazione è condotta – l'interprete, nella costruzione del profilo discriminatorio, gode indubbiamente di un ambito di discrezionalità molto elevato[54].

Anche il criterio di giudizio incentrato sulla «congruenza mezzi-fini» è stato efficacemente criticato[55]. Per stabilire la congruenza tra i fini che il legislatore intende perseguire e i mezzi prescelti è, infatti, necessario: a) stabilire, innanzitutto, quali siano i fini perseguiti dal legislatore; b) stabilire, in secondo luogo, se si tratti di fini legittimamente perseguibili; c) valutare, infine, la congruenza del mezzo prescelto dal legislatore in riferimento al fine che il medesimo intende perseguire[56]. Ora, a prescindere dalla difficoltà che si può incontrare già nel definire il fine perseguito dal legislatore (in un ordinamento in cui le leggi non sono motivate e il riferimento ai lavori preparatori non è vincolante), discutere della legittimità dei fini e della congruenza del mezzo sembra possibile solamente in riferimento a parametri costituzionali materiali in ragione dei quali si possa dire che il fine è legittimo e il mezzo non eccessivamente gravoso rispetto agli altri interessi costituzionali coinvolti. Giudicare della congruenza dei mezzi rispetto ai fini significa, dunque, giudicare della ragionevolezza del bilanciamento tra i principi costituzionali coinvolti dalla disciplina censurata: significa «giudicare del rispetto da parte del legislatore dei vari principi costituzionali di carattere sostanziale»[57]. È il principio

[54] L'ambiguità del sindacato (puro) di uguaglianza si manifesta anche sul versante della "direzione" nella quale la condizione di uguaglianza deve essere ripristinata Nelle circostanze illustrate, infatti, la Corte avrebbe potuto ripristinare l'uguaglianza estendendo, con una sentenza additiva di regola, la platea dei destinatari del tributo di solidarietà. Sull'ammissibilità in materia tributaria delle sentenze additive (con particolare riguardo, peraltro, alle additive "di principio") cfr. L. Paladin, *Il principio di eguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana, cit.*, 321.

[55] Cfr. A. Giorgis, *Alcune brevi considerazioni (critiche) sul significato che ha storicamente assunto nella giurisprudenza costituzionale l'art. 3, primo comma, della Costituzione*, *cit.*, 757 ss.

[56] Cfr., ancora, A. Giorgis, *Alcune brevi considerazioni (critiche) sul significato che ha storicamente assunto nella giurisprudenza costituzionale l'art. 3, primo comma, della Costituzione*, *cit.*, 765 ss.

[57] Così Giorgis, *Alcune brevi considerazioni (critiche) sul significato che ha storicamente assunto nella giurisprudenza costituzionale l'art. 3, primo comma, della Costituzione*, *cit.*, 765. Con riguardo alla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 cfr. I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio: ancora un caso di ipergiurisdi-*

di uguaglianza formale che – per farsi regola del caso concreto – deve essere illuminato dai parametri costituzionali materiali. Non il contrario.

### 4. La capacità contributiva come criterio di giustizia tributaria che opera sia verso il basso (garantendo chi, in concreto, non è in grado di sopportare l'imposizione), sia verso l'alto (obbligando chi, in concreto, è comunque in grado di sopportare il sacrificio economico)

Si può provare a ipotizzare una strada alternativa? Pur consapevoli della complessità delle questioni affrontate dalla Corte, una strategia argomentativa alternativa è, a nostro avviso, ipotizzabile.

Nel sindacare le scelte impositive del legislatore, la Corte non dovrebbe più pronunciare sentenze di accoglimento fondate sul solo principio di uguaglianza formale, inteso come principio che impone al legislatore di «trattare in maniera uguale le situazioni uguali e in materia diversa le situazioni diverse». La Corte – in ogni decisione – dovrebbe, invece, impegnarsi sempre ad argomentare se il legislatore abbia violato il «contenuto essenziale» dell'art. 53, comma 1, Cost. e, dunque, il criterio di riparto del carico fiscale incentrato sulla «capacità contributiva». La Corte – senza sbilanciare il giudizio sul versante relazionale – dovrebbe circoscrivere l'indagine alla specifica scelta impositiva, valutando: «se l'entità economica colpita sia rapportabile (o meno) alla capacità contributiva complessiva, se sia rapportabile alla capacità specifica della persona o di altri, se sia rapportabile alla capacità reale o solo potenziale, alla capacità effettiva o solo astrattamente normale […], se sia rapportabile alla capacità attuale (e quindi reale) oppure a quella passata o a quella futura»[58]. E questa indagine deve essere svolta sia verso il basso (impedendo che il legislatore pregiudichi il «minimo vitale»[59]), sia verso l'alto (impedendo che redditi elevati siano esonerati da un carico fiscale oggettivamente sopportabile[60]). Il parametro sostanziale è scritto in Costituzione e, come

*zionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1/2015, consultabile all'indirizzo internet www.costituzionalismo.it.

[58] Così F. Moschetti, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in L. Perrone e C. Berliri, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, *cit.*, 55.

[59] Sulla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht in tema di «Existenzminimum» e di «Familienexistenzminimum» cfr. L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, *cit.*, 347 ss.; Id., *La tutela costituzionale del minimo esente, personale e familiare*, in *Riv. Dir. Trib.*, fasc. n. 11, 1999, 861 ss.; P. Bonetti, *Famiglia e fisco*, in C. Pinelli (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti,* Passigli Editore, Firenze, 2012, 283 ss.

[60] Cfr. M. Basilavecchia, *Efficacia diretta dell'art. 53 Cost.*, in L. Salvini – G. Melis, *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva, cit.*, 89. Peraltro, sulla possibilità di individuare limiti massimi alla pressione fiscale cfr. G. Bergonzini, *Esistono*

tale, andrebbe applicato. In questa prospettiva, la Corte dovrebbe limitarsi a garantire il principio costituzionale secondo cui a nessuno – con riguardo alla sua concreta condizione di vita (fatta, peraltro, non solo di «forza economica», ma anche di relazioni personali e conseguenti "carichi" familiari) - può essere chiesto un sacrificio economico che non può sostenere. Oltre detta soglia – ed esclusi i profili discriminatori esplicitamente indicati nell'art. 3, comma 1, della nostra Costituzione - il legislatore parrebbe, invece, libero di operare distinzioni anche qualitative tra tipologie di redditi[61]. Sintetizzando, si può dire che – in materia tributaria – l'«interesse fiscale» (anche se inteso in senso forte, come declinazione, in campo tributario, del principio costituzionale che prevede oggi l'«equilibrio di bilancio») non può legittimare imposizioni che il soggetto obbligato non può sostenere; la «capacità contributiva» non può, invece, determinare l'illegittimità di imposizioni che – magari proprio al fine di preservare l'«equilibrio di bilancio» – colpiscano soggetti comunque in grado di sopportare il sacrificio economico[62].

Questa interpretazione del giudizio di uguaglianza – tesa alla valorizzazione del parametro sostanziale che deve sempre illuminare il giudizio della Corte - non risolve certamente tutte le incertezze. Il problema della definizione di cosa debba rientrare, in un determinato contesto culturale e materiale, nel «contenuto essenziale» di un diritto è ovviamente un problema di difficilissima soluzione. Si tratta, probabilmente, del problema di fondo del diritto costituzionale contemporaneo: un problema che riguarda, in ultima analisi, il «bilanciamento» tra i diversi principi sanciti dai testi costituzionali[63]. Quella incentrata sulla garanzia del «contenuto essenziale» rappresenta, peraltro, l'unica strategia argomentativa capace di far convivere – in una con-

*limiti quantitativi costituzionali al prelievo fiscale?*, in L. Salvini – G. Melis, *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, *cit.*, 37 ss.

[61] Sulle «discriminazioni qualitative» dei redditi cfr. A. Marcheselli – S.M. Ronco, *L'incostituzionalità "differita" della c.d. Robin Tax, tra diritti fondamentali, analisi economica del diritto e diritto dell'Unione europea: il futuro della fiscalità tra nuove categorie concettuali e rischi di "teratogenesi" giuridica*, in *Consulta online*, fasc. III, 2015, 648, consultabile all'indirizzo internet www.giurcost.org; A. Marcheselli, *Capacità contributiva e pareggio di bilancio: una ponderazione che non convince*, in *Giur. It.*, 2015, 1326 ss.; D. Stevanato, "*Robin Hood Tax" tra incostituzionalità e aperture della Corte a discriminazioni qualitative dei redditi societari*, in *Corr. Trib.*, n. 13, 2015, 951 e segg

[62] Sul nesso tra il principio di «equilibrio di bilancio» e lo «stato costituzionale» cfr. A. Morrone, *Pareggio di bilancio e costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, spec. 12 ss.

[63] Cfr. P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, trad. it. *Le libertà fondamentali*, La Nuova Italia, Scientifica, Roma, 1993, 69 ss.; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 28 ss.; R. Alexy, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. La Torre – A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, 9 ss.; A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, spec. 77 ss.

cezione «aperta» della Costituzione - la garanzia giurisdizionale dei principi costituzionali materiali e la discrezionalità politica che la Costituzione (per il tramite dei diritti politici) riconosce in capo al legislatore[64].

Scolorire il contenuto precettivo dei diversi parametri costituzionali materiali nei significati attribuibili al principio di uguaglianza formale non significa solamente negare (almeno concettualmente) l'esistenza di uno spazio riservato alla discrezionalità politica, ma anche "rinnegare" l'originario significato polemico del principio medesimo[65]. Accentuare il carattere «onnivoro»[66] del sindacato di ragionevolezza conduce, infatti, alla progressiva – ma inesorabile - trasformazione del principio di uguaglianza formale: da strumento di lotta contro «lo Stato di ordini o ceti»[67] a sofisticata tecnica di giudizio in grado di consolidare, nel tempo, taluni privilegi[68].

[64] Al riguardo cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, spec. 208 ss.

[65] Sul significato originario del principio di uguaglianza (così come invocato nel periodo rivoluzionario) cfr. N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, *cit.*, 19 ss.

[66] Così L. Elia, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale alcuni nodi critici*, in M. Olivetti-T. Groppi (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2003, 139.

[67] Così N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, *cit.*, 20.

[68] Sulla portata conservatrice del principio di uguaglianza formale cfr. B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale: un'analisi dell'art. 3, comma 2, della Costituzione*, Cedam, Padova, 1984, 164; G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, 201.

# RELAZIONI

## III SESSIONE

# DISEGUAGLIANZA E CONDIZIONI PERSONALI. UNA POLEMICA SULL'EGUAGLIANZA

Michele Massa

**1.** A questa relazione è stato affidato il compito di aprire la discussione in merito al confine tra diseguaglianze consentite (lecite, opportune o anche doverose) e vietate, intendendo in via di prima approssimazione il concetto di diseguaglianza in senso lato, comprensivo sia delle differenze di trattamento giuridico, sia delle differenze di fatto non contrastate dal diritto.

Per porre al centro dell'attenzione le diseguaglianze, invece che direttamente l'eguaglianza, si è scelto di guardare alla dottrina che su quest'ultimo concetto ha appuntato la propria attenzione critica, mettendone in luce limiti e ambiguità. Si è fatto riferimento, in particolare, ad alcuni contributi di taglio più ampio e radicale, collocati a cavallo tra il diritto costituzionale generale, la teoria del diritto e altri rami delle scienze sociali (Parte I)[1]. Questa disamina ha consentito di fissare i punti di vista, attraverso i quali si è guardato al normale terreno di indagine del diritto costituzionale: la Costituzione, na-

[1] Per quanto riguarda la letteratura costituzionalistica italiana, tra i riferimenti principali delle pagine che seguono conviene citare subito almeno: C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1954, 17 ss.; L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965; C. Rossano, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Jovene, Napoli, 1966; A.S. Agrò, commento all'art. 3, primo comma, Cost., e U. Romagnoli, commento all'art. 3, secondo comma, Cost., in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali (artt. 1-12)*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, risp. 123 ss. e 162 ss.; A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Giuffrè, Milano, 1976 (nonché Id., voci *Uguaglianza, principio costituzionale di*, e *Ragionevolezza delle leggi*, entrambe in *Enc. giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 2005); C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, CEDAM, Padova, 1976, 1016 ss.; *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, atti del convegno di Parma, 27-30 maggio 1976, a cura di N. Occhiocupo, CEDAM, Padova, 1978 (rist. 1984), e ivi in particolare la Parte I; B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, CEDAM, Padova, 1984; A. Pizzorusso, voce *Eguaglianza (diritto)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, III, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1993, 491 ss.; *Annuario 1998. Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, atti del convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti di Trieste, 17-18 dicembre 1998, CEDAM, Padova, 1999; *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, atti del convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova, 2 aprile 2001, CEDAM, Padova, 2001; A. Celotto, *commento all'art. 3, primo comma*, Cost., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, UTET, Torino, 2006, I, 65 ss.; *Le ragioni dell'uguaglianza*, a cura di M. Cartabia e T. Vettor, atti del convegno di Milano (Università degli Studi di Milano-Bicocca), 15-16 maggio 2008, Giuffrè, Milano, 2009.

turalmente, attraverso lo studio della sua genesi e dei suoi sviluppi interpretativi (Parte II). Nelle conclusioni (Parte III) sono appuntate alcune considerazioni generali sui limiti del principio di eguaglianza: per una sua decostruzione, o meglio per una demistificazione di alcuni caratteri che di esso sono predicati. Si è cercato di trarne alcune considerazioni sul perché, per alcune differenziazioni, è più difficile esprimere un giudizio giuridico negativo, soprattutto in sede di interpretazione e applicazione giudiziaria della Costituzione.

L'attenzione si è concentrata sulla giurisprudenza costituzionale italiana (fino al 2014). Non si intende negare che le fonti sovranazionali abbiano molto da dire sul tema e che esse influiscano sul diritto costituzionale sia sul piano delle fonti, sia su quello dell'interpretazione[2]; né che, per buona parte dei problemi costituzionali dell'eguaglianza, decisivo sia ciò che avviene fuori da Palazzo della Consulta, nelle aule di altre corti[3] o all'interno delle istituzioni di governo – in realtà, proprio questo sarà uno degli esiti della riflessione. Nondimeno, è parso che una delimitazione del campo dell'indagine aiutasse a mettere a fuoco le osservazioni conclusive, auspicabilmente utili almeno come punto di confronto per studi ulteriori, che guardino da altri punti di vista agli universali problemi dell'eguaglianza.

Alla relazione è stato chiesto di concentrarsi sulle condizioni non considerate in altre relazioni[4]. Il ragionamento dovrebbe ambire a una propria

[2] Cfr. ad es. C. McCrudden, *The New Concept of Equality* (2003), in www.era.int; Id. e S. Prechal, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach* (2009), in ec.europa.eu. Nella letteratura italiana, G.P. Dolso, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Jovene, Napoli, 2013.

[3] In tema di discriminazioni razziali, ad es., significativa è la vicenda dei campi nomadi, culminata nella recente Trib. Roma, sez. civ. II, ord. 30 giugno 2015, in www.asgi.it.

[4] Perciò, molte questioni teoriche saranno tralasciate. Tra le altre quella, assai difficile, se sia possibile dare una definizione compiuta delle «condizioni personali e sociali», che l'art. 3, primo comma, Cost. menziona accanto alle altre, in base alle quali non sono consentite distinzioni quanto all'eguaglianza davanti alla legge e alla dignità sociale. Secondo Costantino Mortati (*Istituzioni*, *cit.*, 1027 s.), mentre le «condizioni sociali» rimandano al tema dell'eguaglianza sostanziale, le «condizioni personali» sarebbero state intese come formula riassuntiva di «tutte le possibili situazioni non riconducibili a quelle prima elencate»: così dilatando a dismisura un divieto di differenziazione che, peraltro, lo stesso autore ritiene derogabile per effetto non solo di altre previsioni costituzionali, ma anche di una «natura delle cose» la quale opponga ostacoli di ordine materiale o anche morale, tenendo conto della «coscienza sociale dominante nella comunità nazionale (*ibidem*, 1019). La possibilità di simili torsioni spiega come mai altri, confrontandosi con il compito di dare un significato alla clausola delle condizioni personali e sociali, siano giunti a conclusioni sconfortanti: secondo Livio Paladin (C*orte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Giur. cost.*, 1984, 258), la formula è talmente generica, da essere stata usata solo al termine di un giudizio di ragionevolezza già concluso. Altri ha adottato, e mantenuto negli anni, un approccio più costruttivo: per Augusto Cerri, le condizioni sociali sono quelle dipendenti dall'appartenenza a gruppi realmente

unitarietà, pur riferendosi a un novero di situazioni e problemi residuale: ampio ed eterogeneo, sebbene non propriamente generale. D'altra parte, esso non dovrebbe sovrapporsi ai numerosi studi già dedicati dal Gruppo di Pisa, anche in tempi recenti, alle singole condizioni che qui saranno considerate e alle possibilità, o meno, di una disciplina differenziata per chi ne sia interessato[5].

## I

**2.** Salva la banale premessa sulla vastità della letteratura in materia e sull'inevitabile grado di arbitrarietà che, pertanto, ogni selezione comporta, sono parsi particolarmente interessanti due indirizzi di critica nei confronti del concetto di eguaglianza.

Il primo – molto diffuso, ben presente nella teoria generale e anche nella dottrina costituzionalistica italiana – è riassunto efficacemente nel titolo di un celebre saggio di Paul Westen[6], oggetto di ampio dibattito negli Stati Uni-

esistenti, mentre quelle personali sono i connotati stabili di un insieme di persone, che non costituiscono un gruppo (*L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *cit.*, 122). Lo stesso autore (voce *Uguaglianza*, *cit.* 8) dà atto che il confine del cd. nucleo forte dell'eguaglianza (sul quale v. oltre) passa proprio dalla distinzione tra vere e proprie condizioni sociali, e meri concetti di genere, nei quali le singole persone si trovino raccolte per l'occasionale contatto con determinati sistemi normativi (es. processuali, sanzionatori ecc.). Dunque, anche in questa prospettiva, proprio laddove il principio di eguaglianza, di cui all'art. 3, primo comma, Cost., si dilata, acquisendo una portata pressoché generale (A. Cerri, *op. ult. cit.*, 4), esso al contempo si rarefà (v. in senso analogo A. Celotto, commento all'art. 3, primo comma, Cost., *cit.*, 75): ponendo l'interrogativo fino a che punto esso resti distinguibile dalla pura ragionevolezza (sul quale v. oltre). In terzo luogo, benché studi classici (quali C. Esposito, *Eguaglianza*, *cit.*, 53; e più ampiamente L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, *cit.*, 178 ss.) abbiano affermato un nesso tra la clausola sulle condizioni personali e il divieto di leggi personali, il tema di quelle che oggi normalmente si chiamano leggi-provvedimento non verrà considerato in questa sede, anche per il grado di sviluppo e autonomia che ha conseguito (per ogni riferimento, si rinvia a G. Arconzo, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, Giuffrè, 2013).

[5] A titolo di esempio, si ricordano la relazione di Laura Ronchetti su *Territori e spazi politici* al convegno di Bergamo, 6-7 giugno 2014 (i cui atti sono editi in *Il valore delle autonomie: territorio, potere e democrazia*, a cura di B. Pezzini e S. Troilo, Editoriale scientifica, Napoli, 2015); quella di Francesca Biondi Dal Monte su *I diritti sociali degli stranieri. Politiche di appartenenza e condizioni di esclusione nello Stato sociale* al convegno di Trapani, 8-9 giugno 2012 (i cui atti sono editi in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino, G. Scala e G. Verde, Napoli, Editoriale scientifica, Napoli, 2013); nonché molti dei contributi in tema presentati al convegno di Catania, 7-8 giugno 2013 (i cui atti sono editi in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Editoriale scientifica, Napoli, 2014).

[6] *The Empty Idea of Equality*, in *Harvard Law Review*, 1982, vol. 95, n. 3, 537 ss.

ti[7] e di successivi approfondimenti da parte dello stesso autore[8]: l'eguaglianza sarebbe un'idea vuota.

La critica, squisitamente logica e terminologica, denuncia come pretestuose le pretese di generalità e unitarietà del concetto di eguaglianza e mira a portare in primo piano il diverso concetto dei vari criteri sostanziali in base ai quali un trattamento giuridico è concesso o negato all'una o all'altra persona: in altre parole, il concetto dei diritti, ciascuno legato a determinati presupposti e, pertanto, spettante a qualunque persona per la quale essi ricorrano, senza (ulteriori) distinzioni. Il proposto cambio di prospettiva aiuterebbe a evitare una serie di equivoci[9]: ad es., ritenere che, se due persone si trovano in condizione di eguaglianza sotto un profilo (in relazione a un diritto, alla tutela assegnata a un loro interesse), debbano esserlo anche sotto altri; sottovalutare i diversi gradi di rilevanza costituzionale dei diritti e, di conseguenza, la diversa severità che dovrebbe caratterizzare lo scrutinio in merito alle compressioni dell'uno o dell'altro fra essi; supporre che i problemi di eguaglianza abbiano una gamma di soluzioni più ampia di quelli di diritti (ad es., ritenere che l'eguaglianza nell'accesso a un certo beneficio sia soddisfatta allo stesso modo tanto dall'estensione, quanto dalla soppressione del beneficio per tutti), trascurando sia che anche le questioni di diritti possono avere più di una risposta (diversa dalla pura e semplice affermazione o negazione dello stesso trattamento per tutti), sia che talora le pretese egalitarie sono soddisfatte esclusivamente da un singolo tipo di intervento (ad es., se il problema è l'esclusione di alcuni, per motivi etnici, da un servizio pubblico, la completa chiusura del servizio per tutti costituirebbe una provocazione razzista ancora più intensa).

È impossibile ripercorrere l'articolata elaborazione dell'autore, finalizzata a ricondurre alle proprie tesi anche questioni usualmente inquadrate, nel dibattito statunitense, entro categorie che a prima vista sembrano non poter prescindere dall'eguaglianza: ad es., la nozione dei cd. diritti comparativi, il cui contenuto è determinabile solo attraverso il riferimento a diritti altrui; o il sindacato sulla ragionevolezza delle scelte legislative, il quale avrebbe anch'esso una radice sostanziale.

[7] Il saggio ha peraltro avuto anche in Italia un'eco immediata (cfr. già B. Caravita, *Oltre l'uguaglianza formale*, *cit.*, 38 s.), che tuttora perdura (cfr. ad es. Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, Bologna, 2013, 17; ma soprattutto G. Silvestri, *Dal potere ai principi*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 60 ss.). L. Gianformaggio, *L'eguaglianza e le norme*, ora in *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli e T. Pitch, Il Mulino, Bologna, 2005, 125 e 155 nota 111, annovera Westen tra i maggiori critici dell'idea di eguaglianza. Il *cit. Annuario 1998* si apre con E. Garzon Valdés, *Some reflections on the concept of equality*, 5, che a sua volta richiama Westen.

[8] *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

[9] P. Westen, *The Empty Idea of Equality*, *cit.*, 577 ss.

La proposta di una operazione di pulizia che riporti alla luce le vicende, le scelte e le particolarità sostanziali che stanno dietro ai numerosi versanti del principio di eguaglianza ha incontrato consenso. Tuttavia, si è obiettato che il principio di eguaglianza deve essere esaminato anche con la lente della storia, non solo con quella della pura teoria: l'affermazione dell'eguaglianza nasce per contrastare la tendenza dei gruppi dominanti, titolari del potere politico, a usare quest'ultimo per segregare altri gruppi sociali in una condizione di minorità; e serve a forzare i titolari del potere a confrontarsi con la presunzione che le regole, da loro confezionate, si applicheranno a loro come a tutti gli altri; ciò senza escludere considerazioni sostanziali sui singoli diritti, né distinzioni in merito ai punti di vista dai quali gli individui possono o non possono essere differenziati, né tantomeno il riconoscimento di pesi differenti ai differenti interessi contrapposti[10].

Da un altro punto di vista, ciò che nella fin troppo limpida analisi di Westen sembra scolorire, sino a svanire, è proprio la riflessione sui criteri sostanziali per la distribuzione delle utilità. È su questo piano che l'eguaglianza è d'aiuto: la sua evocazione, nella storia della filosofia politica, è il filo rosso che lega una lunga successione di tentativi di contrastare le distinzioni tra le persone sulla base della loro nascita, abilità, razza, sesso o merito[11]. In via puramente teoretica, forse la rivendicazione dell'eguaglianza tra le persone potrebbe essere sostituita con la pura e semplice affermazione del valore intrinseco dell'umanità e delle pretese di tutela per tutti gli aspetti, nei quali l'umanità di ciascuno e di tutti si esprime. Ciononostante, l'appello all'eguaglianza ha la risonanza ulteriore di indicare il tipo di passato contro il quale stiamo lottando: pur a scapito di un certo grado di precisione analitica, aiuta a capire quali idee profonde, convenzionalmente raccolte sotto la bandiera dell'eguaglianza (o della "eguale attenzione"), possono formare la base di numerose e importanti argomentazioni a favore della scelta politica di un principio distributivo invece di un altro.

Proprio di scelte si tratta: di scelte politiche, basate su giudizi densi di carica assiologica, solo in parte fondati su una descrizione della realtà oggettiva. In effetti, il rapporto tra eguaglianza descrittiva e prescrittiva è un tema complesso e discusso, sotto molti profili. Ad es., in astratto, non si può escludere che alcune generalizzazioni, statisticamente valide a un certo scopo, siano però moralmente ripugnanti. Un classico esempio è il sesso. Su un piano puramente descrittivo, esso può anche funzionare come criterio predittivo affidabile, oltre che facile da applicare, per stimare le capacità fisiche di una persona, a loro volta rilevanti per l'attribuzione di una certa posizione.

[10] Cfr. E. Chemerinsky, *In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen*, in *Michigan Law Review*, 1983, vol. 81, n. 3, 575 ss., sp. 589.

[11] Si riassumono qui le critiche di J. Waldron, *The Substance of Equality*, in *Michigan Law Review*, 1991, vol. 89, n. 6, 1350 ss., a P. Westen, *Speaking of Equality*, *cit.*

Tuttavia, anche le attitudini fisiche, pure nei contesti in cui possono essere rilevanti, non devono essere sempre e necessariamente decisive; inoltre, per quanto una data qualità personale possa essere davvero significativa ai fini di una certa scelta, non è escluso che vi siano anche altri criteri di valutazione plausibili, sicché sarebbe ingiustificato attribuire rilievo preminente o esclusivo a uno solo di essi, benché dotato di un certo valore predittivo; infine, e comunque, in passato il riferimento a condizioni personali quali, appunto, il sesso è stato causa di abusi così gravi, che proprio l'esigenza di prevenirli può giustificare il radicale e generalizzato rifiuto di usare questo criterio, anche laddove in teoria esso non sarebbe altrimenti inappropriato[12]. Il che conferma quanto di storico, concreto e valutativo stia dietro le singole declinazioni del principio di eguaglianza.

In termini familiari al dibattito italiano, si deve soprattutto a Norberto Bobbio il rilievo – peraltro comune anche al pensiero costituzionalistico – che il concetto di eguaglianza è vuoto, se non specificato o riempito di riferimenti a chi sia eguale, rispetto a cosa[13]. Se, in un primo e più elementare senso, la pura e semplice esistenza di una norma generale e astratta, o addirittura di una norma giuridica qualsiasi, assicura un certo grado di eguaglianza, nel costituzionalismo contemporaneo il significato del principio si arricchisce di un duplice precetto, rivolto al legislatore: astenersi dal discriminare; garantire un trattamento identico con riguardo a taluni diritti, affermati appunto nella Costituzione[14]. Il punto di partenza è la ripulsa delle discriminazioni per rango. Da lì prende il via un processo storico nel quale il principio dell'eguaglianza di fronte alla legge viene riempito di contenuti diversi secondo la maggiore o minore ampiezza delle discriminazioni conservate o eliminate, sulla base di mutevoli giudizi di valore. È sempre la storia a legare libertà ed eguaglianza e a segnare le tappe della loro progressiva affermazione: dapprima, sul piano dell'eguaglianza giuridica, intesa come libertà di disporre di sé e dei propri beni per il proprio interesse, autonomamente valutato, entro i limiti stabiliti dalla legge; poi, come eguaglianza e libertà politica; ancora in seguito, come eguaglianza sociale, di occasioni od opportunità, con quanto ne segue in termini di diritti di prestazione[15].

[12] V. la riflessione sulle generalizzazioni in F. Schauer, *Di ogni erba un fascio*, Il Mulino, Bologna, 2008 (traduzione italiana di *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2003), sp. 134 ss.

[13] Id., *Eguaglianza ed egualitarismo*, ora in Id., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino, 1999, 248. Questa puntualizzazione è un punto di riferimento costante nella letteratura di teoria generale (ad es. L. Ferrajoli, Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 786) e anche in quella propriamente costituzionalistica (ad es. A. Celotto, commento all'art. 3, primo comma, Cost., *cit.*, 69 ss., la assume come scaletta del proprio ragionamento).

[14] N. Bobbio, *Sulla nozione di giustizia*, ora in Id., *Teoria generale della politica*, *cit.*, 264 ss.

[15] Id., *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, ora in Id., *Teoria generale della politica*, *cit.*, 448 s.

Riflessioni simili si riscontrano anche in altri autori, di orientamento almeno in parte analogo: ad esempio, Uberto Scarpelli[16] ammonisce a non reificare le astrazioni e a comprendere bene la loro genesi, tenendo conto pragmaticamente degli effetti che di volta in volta si vogliano conseguire usando un certo concetto; Letizia Gianformaggio[17] considera l'universalismo dei diritti come punto massimo sia dell'eguaglianza istituita dal diritto, sia dell'eguaglianza doverosa per il diritto; Luigi Ferrajoli[18] definisce l'eguaglianza come titolarità dei medesimi diritti fondamentali da parte di tutti (di tutte le persone naturali, o di tutti i cittadini, o di tutti i capaci di agire), con la conseguenza che i contenuti concreti e il senso empirico di essa sono determinati dall'esperienza storica del costituzionalismo democratico nei suoi diversi orientamenti.

Gli esempi dell'embricazione tra storia costituzionale e teoria dell'eguaglianza potrebbero continuare: fra tutti, piace aggiungere un riferimento alla teoria del cd. principio anti-casta, elaborato da Cass Sunstein, il quale ipostatizza vari passaggi della storia statunitense – dalla Rivoluzione americana al *New Deal* – in una ripulsa di qualsiasi cittadinanza di seconda categoria, o status da casta inferiore, per realizzare la quale non bastano le pure e semplici tutele giudiziarie contro la discriminazione[19].

**3.** Un secondo indirizzo ha come bersaglio le familiari categorizzazioni delle condizioni, in relazione alle quali le differenziazioni di trattamento giuridico sono vietate. La matrice di questo indirizzo sta negli studi critici sul genere, sulla razza e, da ultimo, sulla disabilità. Nel dibattito italiano hanno fatto da tramite per il loro ingresso soprattutto alcune studiose dei problemi teorici e giuridici del femminismo.

In particolare, la già citata Letizia Gianformaggio sottolinea che alcune condizioni umanamente non eliminabili, per le quali ci si pongono problemi di protezione attraverso il diritto, richiedono non necessariamente un trattamento giuridico differenziato, ma piuttosto «il mutamento del "tipo", vale a dire del modello o paradigma di individuo sulla considerazione delle cui capacità ed esigenze sono conformate le norme e gli istituti giuridici»[20]. È uno dei messaggi più importanti del cd. pensiero della differenza (e della polemica contro l'eguaglianza come *sameness*[21]): la stessa scelta di un para-

[16] *Classi logiche e discriminazioni fra i sessi*, in *Lav. dir.*, 1988, 619.

[17] *L'eguaglianza e le norme*, *cit.*, 130, 136.

[18] Principia iuris, *cit.*, 787 ss.

[19] C. Sunstein, *The Anticaste Principle*, in *Michigan Law Review*, 1994, vol. 92, n. 8, 2410 ss.

[20] *L'eguaglianza e le norme*, *cit.*, 143. Questo è uno dei principali fili conduttori delle riflessioni raccolte in *Eguaglianza, donne e diritto*, *cit.*

[21] Cfr. Ead., *Correggere le diseguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza*, *ibidem*, 203 ss.

digma, che si vuole accessibile anche alle categorie svantaggiate, può essere nient'affatto neutrale e oggettivo e celare, anzi, un intento di omologazione e l'interesse particolare di chi compie tale scelta[22]. Secondo questa impostazione, la corretta prospettiva critica è quella che assume come bersaglio, accanto alla discriminazione, l'oppressione di determinati individui o gruppi e rivendica, in nome della differenza come specificità, criteri di identità diversi da quelli dei gruppi prevalenti[23]: ad es., il riconoscimento anche al padre del congedo di maternità supera vecchie letture riduttive dell'eguaglianza formale e la usa «come una leva per cominciare ad attenuare alcune diseguaglianze non formali, ritenute fino ad allora fondate su differenze fattuali o naturali tra i sessi»[24].

Un'analoga critica ha investito anche la categoria dei diritti: per quanto li si affermi come universali, potrebbero comunque risultare particolaristi, ossia basati su standard parziali e vocati a interpretare ciò che se ne discosta come mancante di qualcosa[25]. Storicamente – si afferma – anche le politiche di inclusione avrebbero riconosciuto la piena soggettività delle donne soltanto a condizione che queste si mostrassero disponibili a mettere tra parentesi il proprio genere, o ad accettarlo come identità; ma – si obietta – le donne non sono una specificazione dell'uomo, quasi una variazione sul paradigma maschile dell'umanità, né un gruppo sociale o culturale, di cui combattere l'esclusione o valorizzare l'identità: sono metà del genere umano, per il quale non ha senso predicare diritti particolari[26]. La sfida lanciata da questo indirizzo critico è di portare alla luce e decostruire lo standard implicito nei diritti: l'individuo autosufficiente, cittadino, maschio ecc. Il tentativo di «sessuare» i diritti può essere tradotto, appunto, come tentativo di mutare lo standard sul quale quei diritti sono costruiti[27].

Il punto di arrivo di questo itinerario di pensiero pare potersi riassumere in questi termini: «[s]e a nessuno è consentito stabilire quali atteggiamenti, opinioni, credenze, costumi o pratiche un altro debba considerare valide o semplicemente rilevanti, o quali atteggiamenti, opinioni, credenze, costumi o pratiche sia necessario che costui conservi per non perdere il senso della propria dignità ed identità personale, quale che sia la sua formazione e la sua

[22] Per una tematizzazione costituzionale, cfr. S. Niccolai, *Le differenze come cose o come valutazioni. La lezione interpretativa degli scritti di Sergio Panunzio sull'età e la capacità*, in *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, a cura di F. Cerrone e M. Volpi, Jovene, Napoli, 2007, 475 ss.

[23] L. Gianformaggio, *L'identità, l'eguaglianza, la somiglianza e il diritto*, *ibidem*, 90.

[24] Ead., *Correggere le diseguaglianze, cit.*, 206.

[25] Cfr. T. Pitch, *Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista*, in *Dem. dir.*, 1993, n. 2, 5; *Tess e io. Differenze e disuguaglianze nella differenza*, in *Ragion pratica*, 2004, n. 2, 343, 345; *Per un buon uso di diritto e diritti*, in *Studi sulla questione criminale,* 2010, n. 2, 27.

[26] Ead., *Tess e io*, *cit.*, 346, 352.

[27] *Ibidem*, 352; Ead., *Diritto e diritti*, *cit.*, 11 s.

comunità di appartenenza; nemmeno allo Stato può essere consentito stabilirlo»[28]. In altre parole, «non ha senso contrapporre "uguaglianza" e "differenze". L'uguaglianza, al contrario, altro non è che l'uguale diritto di tutti all'affermazione e alla tutela della propria identità, in forza dell'eguale valore associato a tutte le differenze che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da tutti gli altri e di ciascun individuo una persona come tutte le altre»[29]. Si va dunque oltre le categorie, verso un'affermazione dell'identità di ciascuno, più che dell'eguaglianza di uno a un altro. Rispetto alle conseguenti rivendicazioni di dignità e identità individuale, l'unico limite sarebbero i diritti fondamentali degli altri[30].

## II

**4.** Con queste premesse, logicamente la prima domanda è: cosa intendevano i Costituenti quando hanno codificato l'eguaglianza come principio di portata generale, enunciato attraverso una formula già di per sé lata («Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge»), accompagnata da alcune specificazioni («senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche») e, in particolare, da una clausola conclusiva («di condizioni personali e sociali») la cui ampiezza sembra, letteralmente, confermare proprio il carattere aperto e comprensivo del principio?

In realtà, la formula in esame ha attraversato i lavori preparatori molto rapidamente e – salvo quanto si dirà più avanti – senza un particolare approfondimento. Nella Relazione all'Assemblea Costituente della cd. Commissione Forti, il tema dell'eguaglianza come principio generale è affrontato in poche righe, nelle quali ci si limita a dichiarare opportuna la dichiarazione che tutti i cittadini sono eguali di fronte alla legge[31]. Presso la cd. Commissione dei 75, nell'ambito della discussione sui principi dei rapporti civili, una prima formulazione, dovuta a Lelio Basso (con il quale collaborava Massimo Severo Giannini[32]), presentava significative differenze rispetto al testo oggi vigente: tra l'altro, si apriva con il riferimento agli uomini, anziché ai cittadini; includeva il divieto di differenziazioni in base alle «attitudini»; non conteneva riferimenti alle condizioni personali e sociali[33]. La discussione su questo

[28] L. GIANFORMAGGIO, *L'identità, l'eguaglianza, la somiglianza e il diritto*, *cit.*, 100.

[29] L. FERRAJOLI, Principia iuris, *cit.*, 797.

[30] L. GIANFORMAGGIO, *op. ult. cit.*, 103.

[31] Ministero per la Costituente, Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea Costituente*, I, *Problemi costituzionali. Organizzazione dello stato*, Stabilimento Tipografico Fausto Failli, Roma, 1946, 14.

[32] Lo ricordano B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, *cit.*, 9 s.; A. GIORGIS, commento all'art. 3, secondo comma, Cost., in *Commentario della Costituzione*, *cit.*, 92.

[33] Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, resoconto sommario del-

articolo, che comprendeva un comma dedicato all'eguaglianza sostanziale, e sull'antesignano del vigente art. 2 Cost., elaborato da Giorgio La Pira, si attestò su temi di respiro particolarmente alto. Per quanto qui più specificamente interessa, si ragionò sui concetti di cittadinanza e nazionalità: non incontrò contestazioni l'affermazione che ai cittadini di nazionalità non italiana, vale a dire ai cittadini stranieri, si potesse fare un trattamento diverso da quello dei cittadini italiani; piuttosto ci si chiese se ciò dovesse tradursi nella sostituzione degli uomini ai cittadini, nell'*incipit* della formula, e se, in tal caso, avesse poi senso inserire un riferimento ulteriore alla nazionalità[34]. Avvenne l'inverso: rimase il riferimento agli uomini; ne comparve uno alla nazionalità come criterio in base al quale non potevano ammettersi differenziazioni di trattamento legale. Non si può dire che su questo, come su altri punti (ad es., la nozione di «attitudini»), si fosse fatta chiarezza. Evidentemente cercò di provvedere in tal senso il Comitato di coordinamento, la cui formulazione fu poi approvata senza particolari discussioni. Il testo pervenuto all'Assemblea è noto: «[i] cittadini, senza distinzione di sesso, di razza e lingua, di condizioni sociali, di opinioni religiose e politiche, sono eguali di fronte alla legge». La relazione di presentazione collegò questo principio, da un lato, alle «antiche carte costituzionali» e alle loro conquiste; dall'altro, alle «recenti violazioni per motivi politici e razziali»[35]. In Assemblea, un testo molto vicino all'odierno fu proposto da un emendamento che aveva come primo firmatario Fanfani, insieme, tra gli altri, a Moro e Tosato, e da un altro, identico, di parte comunista[36]. Le novità riguardavano soprattutto l'enfasi sulla dimensione sostanziale dell'eguaglianza: non limitata a un trattamento legale senza distinzioni, ma estesa alla «pari dignità sociale»; rivolta anche alla rimozione degli ostacoli economici e sociali «di fatto»; estesa all'obiettivo, concepito appunto come risultato non ancora raggiunto ma da perseguire, di una partecipazione effettiva di tutti i lavoratori all'organizzazione del Paese. Su questi temi si concentrò la non lunga discussione; mentre fu in sede di coordinamento, a quanto risulta da una delle poche fonti di informazione al riguardo, che si aggiunse la clausola sulle condizioni personali, avendo in mente soprattutto l'esempio della cecità[37].

Tutto questo non vuol dire affatto che i Costituenti non avessero idee chiare sul significato del principio di eguaglianza: vale a dire, quali differenziazioni giuridiche il progetto costituzionale intendesse vietare e quali,

la seduta dell'11 settembre 1946 (edito ora, come tutti gli atti della Costituente, nel sito *web* della Camera dei deputati).

[34] Si veda – *ibidem*, 37 ss. – la discussione tra Cevolotto, Dossetti e Moro.

[35] In senso analogo cfr. C. Mortati, *Istituzioni*, *cit.*, 1018.

[36] Cfr. il resoconto della seduta pomeridiana dell'Assemblea Costituente del 24 marzo 1947, 2421.

[37] Cfr. *La Costituzione della Repubblica italiana*, a cura di V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, Mondadori, Milano, 1991, 30.

invece, fossero possibili o addirittura necessarie. Il punto è che queste idee sono state esplicitate, e devono essere cercate, non nel solo art. 3 Cost., ma nell'intero tessuto costituzionale. Da questa lettura complessiva, si comprende bene l'ampiezza dei concreti problemi sociali ed economici sui quali si desiderava intervenire, nonché delle misure di intervento prefigurate[38]. La polemica costituzionale si rivolgeva contro bersagli ben definiti, che dipendevano dalla storia del Paese, dalla situazione nel quale esso era venuto a trovarsi e dal giudizio espresso dall'Assemblea Costituente in merito a questa situazione, nella sua complessità, alle sue cause e ai rimedi ipotizzati.

**5.** Naturalmente, il passare del tempo apre alcuni profili di crisi in questo disegno. Alcune diseguaglianze, che erano in primo piano nel dopoguerra, sono passate in secondo piano, lasciando così che si esaurisse la carica innovativa della Costituzione: ciò vale, probabilmente, soprattutto per alcuni aspetti della cd. Costituzione economica, ad es. con riguardo alla riforma fondiaria, alla pianificazione economica o alle nazionalizzazioni. In altri ambiti, che più interessano questa relazione, è accaduto che alcuni spunti, pure fissati non senza intenti evolutivi, siano stati messi in discussione in quanto è parso che essi finissero con l'apparire, da alcuni punti di vista, addirittura retrogradi. Infine, si sono affacciati, anche nelle aule giudiziarie, problemi di eguaglianza nuovi, quantomeno nel senso di non trovare nella carta fondamentale alcun referente che non fosse la clausola generalissima sulle condizioni personali e sociali.

Le pagine che seguono sono una sorta di campionario di questi problemi, per come essi si sono manifestati e sono stati risolti nella giurisprudenza costituzionale: quasi un taccuino, nel quale appuntare alcuni profili utili a comprendere come è stato giudicato, volta per volta, il rilievo dato dalla legge alle condizioni rilevanti in ciascun caso.

Occorre precisare che la giurisprudenza in merito alle differenziazioni di trattamento basate su condizioni personali o sociali manifesta un duplice volto. Molte decisioni riguardano fattispecie eterogenee, disperse in una miscellanea di settori differenti, talora altamente tecnici, distanti dalle grandi questioni storico-politiche che avevano attirato l'attenzione dei Costituenti e sostanzialmente coincidenti con giudizi di ragionevolezza intrinseci a ben determinate situazioni normative. D'altra parte, altre decisioni si coagulano in filoni omogenei, ciascuno dedicato a una particolare condizione, rispetto alla quale il contenzioso, evidentemente, segnala profili di persistente e significativa problematicità costituzionale. È soprattutto a questo secondo gruppo di decisioni che ci si dedicherà, in linea di massima: con l'avverten-

[38] Cfr. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 25.

za che, data la sproporzione tra lo spazio a disposizione e la mole dei dati giurisprudenziali, le citazioni sono state drasticamente ridotte, preferendo le sentenze più rappresentative per i contenuti, per il momento in cui sono state pronunciate o per l'attitudine a ricapitolare il filone di riferimento. L'ultimo paragrafo di questa Parte è dedicato alla giurisprudenza sulle differenziazioni di trattamento giuridico in base al sesso: tenuto conto del compito assegnato a questa relazione e dell'impostazione prescelta, è parso che la riflessione sarebbe stata monca, senza alcuni riferimenti a tale questione, centrale – come si è visto nella Parte I – anche in una prospettiva teorica generale.

Un'ultima avvertenza si ricollega alla dimensione storica dei problemi dell'eguaglianza, che è già stata sottolineata e sulla quale si tornerà: la si percepisce anche nella disamina della giurisprudenza, in relazione alle vicende legislative e ai mutamenti della coscienza sociale[39] che fanno da sfondo alle questioni. Pertanto, essa affiorerà in diversi passaggi delle pagine che seguono, ma non in modo organico, dato che si è scelto uno schema espositivo per temi invece che per stagioni storiche. Non è detto che lo schema alternativo non sia altrettanto, o anche più fecondo.

**6.** Già nei primi periodi di attività della Corte emerge un dato ovvio ma saliente[40]: è impossibile pretendere che il legislatore, nell'elaborare le fattispecie normative, ometta qualsiasi riferimento alla condizione delle persone coinvolte; il problema, se mai, è distinguere, da un lato, la disparità di trattamento in base a condizioni personali e sociali – vietata come le altre di cui all'art. 3, primo comma, Cost. – e, dall'altro, la legittima discrezionalità legislativa nel valutare le condizioni anche soggettive di applicazione delle norme[41].

Un esempio in un certo senso marginale, ma significativo, è rappresentato dal rigetto dei dubbi di legittimità costituzionale nei confronti della riserva ai «cittadini italiani oriundi della provincia di Bolzano» dell'accesso a un corso per l'abilitazione alle funzioni di segretario comunale nella stessa provincia. Non si poteva dubitare che l'origine territoriale costituisse una

[39] L'influenza di questi mutamenti è espressamente riconosciuta ad es., con riguardo al problema del rapporto tra unità della famiglia ed eguaglianza dei coniugi, da L. Elia, *Relazione di sintesi*, in *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, *cit.*, 164.

[40] Le ricostruzioni di questi periodi sono ricorrenti anche nella letteratura recente: ad es. F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 2003, 33 s.; S. Panizza ed E. Stradella, *Il concetto di eguaglianza come principio costituzionale e come criterio generale di ragionevolezza delle scelte pubbliche*, in P. Bianchi e S. Panizza, *Quaderni sul principio di eguaglianza*, a cura di A. Di Capua, CEDAM, Padova, 2008, 8 ss. Solitamente il punto di svolta è collocato tra le sentenze n. 53 del 1958 e nn. 15 e 16 del 1960.

[41] Sentenze n. 3 e n. 28 del 1957.

condizione personale: il rimettente Consiglio di Stato aveva addirittura denunciato una discriminazione razziale. Eppure si escluse che fosse violato il principio di eguaglianza, «giacché la particolare disciplina data dal legislatore all'assunzione di una determinata categoria di impiegati pubblici risponde alle esigenze del pubblico servizio in un settore ben delimitato: le segreterie dei Comuni in una zona di confine, in cui il funzionario meglio esplica il suo mandato se più a fondo conosce l'ambiente locale»[42]. In concreto, ovviamente, ci sono ottime ragioni per dissentire da una conclusione del genere: se il problema è reperire impiegati in possesso di determinate conoscenze, anche linguistiche, è possibile impiegare criteri selettivi diversi dall'origine territoriale e anche più efficaci[43].

**7.** Un filone risalente e ricco di differenziazioni di trattamento, giudicate legittime in base alle condizioni sociali delle diverse categorie di interessati, riguarda le riforme agrarie: qui, logicamente, le stesse finalità di cui all'art. 44 Cost. consentono e anzi impongono di vagliare attentamente l'assetto delle proprietà e dei rapporti preesistenti[44]. Tuttavia, per andare oltre questo rilievo, del resto ovvio, occorrerebbe scandagliare un settore altamente tecnico della legislazione e, per giunta, addentrarsi nel tema dei rapporti economici, estraneo alla presente relazione. Pertanto, dopo questo brevissimo cenno, si soffermerà l'attenzione su un altro tema, quello degli oneri economici per l'esercizio del diritto di difesa.

La condizione soggettiva rilevante è sempre la stessa: la condizione economica del litigante, ove essa sia tanto debole da ostacolare l'esercizio del diritto di difesa. Il rilievo costituzionale del problema è evidente: con riguardo non solo agli oneri fiscali e ai costi della difesa tecnica obbligatoria; ma anche agli oneri economici al cui assolvimento la legge condiziona l'esercizio di determinate facoltà difensive, o lo stesso avvio del giudizio. A questa condizione la Corte ritiene illegittimo guardare per imporre la *cautio pro expensis*: ciò, come il *solve et repete* tributario, limiterebbe in radice la possibilità di esercitare il diritto di difesa[45]. Non è invece illegittimo imporre altri tipi di cauzioni, ad es. come condizione per reagire a un previo provvedimento giurisdizionale[46].

Un riassunto dei principi enunciati in questo indirizzo si trova nella pronuncia che ha dichiarato infondati i dubbi in merito alla cauzione che il

[42] Sentenza n. 15 del 1960.

[43] Cfr. L. PALADIN, *Una questione di eguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici*, in *Giur. cost.*, 1960, 151 s.

[44] Cfr. ad es. già le sentenze n. 65 del 1957 e n. 3 del 1958.

[45] Sentenze n. 67 del 1960 e n. 21 del 1961.

[46] Sentenze n. 113, n. 83 e n. 56 del 1963; n. 40 del 1962.

giudice può imporre al sequestrante[47]: a) in questi casi, il giudizio di legittimità costituzionale «prescinde dal tener conto delle condizioni di capacità economica soggettive individuali ma ha unicamente riguardo alla funzione obbiettiva che l'atto, condizionato all'assolvimento dell'onere, viene ad assumere nel processo»; b) in particolare, il giudizio non approda a un esito di illegittimità costituzionale quando «[l]'imposizione di cauzioni s'inquadra nel sistema della responsabilità processuale e tende ad evitare abusi, spesso per motivi non commendevoli, del diritto alla tutela giurisdizionale»; c) quando ciò accade, «[l]e condizioni personali di colui al quale viene imposta la cauzione costituiscono soltanto un dato di fatto, variabile e contingente, che non può essere ricondotto sotto le previsioni della norma, che, come tale, ha i caratteri della generalità e dell'astrattezza»[48].

A ben vedere, oltre all'interesse pubblico sotteso al singolo onere economico, in queste decisioni vengono in rilievo, più o meno esplicitamente, altre circostanze: la gravità delle conseguenze del mancato assolvimento dell'onere, secondo che consistano nell'impossibilità giuridica di promuovere un giudizio o nella più limitata paralisi di una delle facoltà in cui si articola il diritto di difesa (ciascuna delle quali, peraltro, potrebbe avere rilievo strategico nel singolo contenzioso); il carattere automatico o discrezionale (a discrezione del giudice) dell'imposizione dell'onere; la stessa consistenza economica della prestazione richiesta[49]. Sono tutte queste variabili di sistema e di contesto a fare la differenza tra un'ingiusta discriminazione dei litiganti in base alle loro condizioni personali e una legittima imposizione di un onere pecuniario, a fronte della quale le condizioni delle parti degradano a – o comunque sono descritte dalla Corte come – meri dati di fatto.

**8.** Un altro intreccio problematico tra diritti civili e ricchezza personale attiene alla rilevanza di quest'ultima nell'ambito del diritto penale[50]. La Corte

[47] Sentenza n. 81 del 1967. Vedi anche la giurisprudenza sulla concessione della provvisoria esecutività al decreto ingiuntivo se l'intimante offre cauzione: sentenze n. 17 del 1969 e n. 62 del 1966. Non ci si sofferma qui sulla questione, almeno in parte diversa, degli oneri fiscali per l'esercizio del diritto di difesa.

[48] È un esempio della difficoltà a discernere differenziazioni propriamente soggettive, da un lato, e differenziazioni oggettive ma collegate a condizioni personali o sociali degli interessati. La questione tende a convertirsi in un esame sulla *ratio*: cfr. A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *cit.*, *passim*, ma sp. 32 e 34.

[49] Per ulteriori sviluppi, sentenze n. 114 del 2004, n. 522 del 2002 e n. 333 del 2001.

[50] Cfr. in proposito G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012, 34 ss., il quale considera ricchezza e cittadinanza tra le «condizioni personali e sociali» più a rischio di ricreare surrettizie discriminazioni soggettive. Nell'insieme, la corposa monografia presenta una disamina di casi incomparabilmente più completa dei pochi esempi qui possibili. In linea con posizioni rilevabili anche in singoli commenti penalistici alla giurisprudenza costituzionale (v. oltre), l'autore rileva che, nella materia penale, l'eguaglianza ha avuto più risalto dei principi

ha riconosciuto espressamente che, quando si crea un collegamento tra intensità della reazione penale e condizioni economiche del reo, si adotta «certo un criterio di discriminazione fondato sulle condizioni personali»[51].

Nondimeno, a volte, si è ritenuto necessario, o almeno plausibile, che le condizioni economiche svolgessero un ruolo in *malam partem*: ad es., per aumentare la pena pecuniaria, tenuto conto della ricchezza del reo[52]. Altre volte, sono state giudicate costituzionalmente legittime norme che collegavano misure di clemenza o, più in genere, benefici alla disponibilità del reo a risarcire il danno causato o a eseguire pagamenti con analoga funzione riparatoria[53]. In altri casi ancora, d'altra parte, la Corte ha agito energicamente per evitare la criminalizzazione della miseria: così a proposito della conversione della pena da pecuniaria in detentiva, stigmatizzata in quanto finiva «per attuarsi soltanto a carico dei nullatenenti, dei soggetti, cioè, costretti alla solitudine di una miseria che preclude anche ogni solidarietà economica»; così configurata, la conversione recava «l'impronta inconfondibile di una discriminazione basata sulle condizioni personali e sociali, la cui illegittimità è apertamente, letteralmente, proclamata dall'art. 3 della Costituzione»[54].

**9.** Nel campo del diritto penale, un altro tema classico è quello che, ai fini di questa indagine, si può identificare con la condizione di pregiudicato: sia nella prospettiva di alcune fattispecie penali, che avevano tale condizione, in una delle sue varianti, come presupposto; sia nella prospettiva, assai discussa soprattutto dopo la cd. legge *ex*-Cirielli, della recidiva.

È netta, risalente e confermata anche di recente l'affermazione secondo cui, tra le condizioni personali, rilevanti nella prospettiva dell'art. 3, primo comma, Cost., non rientrano quelle che derivano da un'attività criminosa dell'interessato[55]. Questo non ha impedito uno scrutinio approfondito, con esiti variegati, di fattispecie quali il reato di ubriachezza commesso da chi

sostanziali (3; con riferimento ad alcuni dei casi qui passati in rassegna, v. anche 167, 200); pur sottolineando la relativa cautela della Corte nel sindacato di ragionevolezza, l'autore ne valuta in termini complessivamente positivi l'operato (318 e ss.); e conclude valorizzando l'eguaglianza, assieme alla proporzione, come base giustificativa dei principi materiali (392 ss.), compresa l'offensività, a loro volta riletti come canoni di razionalità positivizzati nella Costituzione.

[51] Sentenza n. 104 del 1968.

[52] *Ibidem*.

[53] Sentenza n. 134 del 1976 e precedenti ivi citati. Per un esame critico di questo indirizzo cfr. già B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, *cit.*, 153 ss.

[54] Sentenza n. 131 del 1979. Ne è seguito un riassetto legislativo (v. in argomento anche G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale*, *cit.*, 225 ss.), della cui intrinseca razionalità la Corte si è occupata anche in seguito: sentenza n. 440 del 1994, sentenza n. 1 del 2012.

[55] Sentenze n. 5 del 1977 e n. 100 del 1971; ordinanza n. 421 del 2004.

fosse già stato condannato per reati violenti[56], o il possesso di valori[57], e di chiavi o grimaldelli[58], da parte del pregiudicato per determinate tipologie di reati motivati dal lucro o comunque attinenti al patrimonio. Per quanto riguarda la recidiva, si è giunti all'affermazione di limiti alla discrezionalità del legislatore nel valorizzarla, derivanti dalle contrapposte necessità, da un lato, di una certa flessibilità nel dosaggio degli aumenti di pena[59]; dall'altro, di assicurare che le valutazioni sulla colpevolezza e sulla pericolosità soggettiva del reo non assumano «una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo»[60].

A bene vedere non c'è nulla di sorprendente nel fatto che, dinanzi a una stessa condizione personale del reo (sia essa la condizione economica o quella di pregiudicato), il diritto costituzionale talora tolleri differenziazioni normative (o norme sulla cui applicabilità in concreto influisce la condizione in questione), talora le vieti, talora le ammetta entro certi limiti, dipendenti anche dalla necessità di tenere conto di altre istanze costituzionalmente rilevanti. In effetti, nelle problematiche brevemente passate in rassegna confluiscono istanze eterogenee: che guardano ora al reo (ad es., nella prospettiva della personalità della responsabilità e della personalizzazione della sanzione), ora al reato (anzitutto, nella prospettiva dell'offensività); con la complicazione aggiuntiva derivante dalla possibilità di lasciare che condizioni soggettive operino come criterio di selezione, almeno presuntivo, della necessità oggettiva di un certo tipo di intervento penale (ad es., di tutela anticipata dei beni giuridici).

**10.** La disciplina dell'immigrazione è uno dei terreni migliori per comprendere come la spinta verso l'eguaglianza, da un lato, si muova fuori da una logica di aderenza testuale ai limiti dell'art. 3 Cost.; dall'altro, però, pur all'interno di un singolo settore, possa manifestare un'intensità precettiva non uniforme, al variare delle circostanze oggettive e soggettive implicate in ciascuna situazione normativa.

[56] Sentenza n. 354 del 2002. S. Silvani, *Definitivamente estromessa dal sistema penale l'ubriachezza manifesta*, in *Giur. cost.*, 2002, 2659 ss., sottolinea come questa decisione si ricolleghi alle depenalizzazioni di cui al d.lgs. n. 507 del 1999 ma sia timida nell'esternare il problema dell'offensività.

[57] Sentenza n. 370 del 1996, considerata esempio di controllo stringente da G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale*, *cit.*, 147, ma criticata da G. Insolera, *Un deludente epilogo*, in *Giur. cost.*, 1996, 3362 ss., per avere eluso i principi di materialità e offensività, attraverso un sindacato di ragionevolezza (3368 ss.) al contempo difficile da coordinare con la *ratio* della legalità e capace di lenire l'urgenza di riforme organiche.

[58] Sentenze n. 225 del 2008, anch'essa giudicata deludente, come i precedenti, da V. Manes, *La pervicace resistenza dei «reati di sospetto»*, in *Giur. cost.*, 2008, 2539 ss. Vedi anche sentenza n. 265 del 2005.

[59] Sentenza n. 192 del 2007.

[60] Sentenza n. 251 del 2012.

Il contrasto tra le diverse istanze si vede con chiarezza anche solo attraverso il paragone tra le due sentenze gemelle del 2010, sull'aggravante e sulla fattispecie di reato legate alla condizione di irregolarità migratoria: nella prima[61], si rinviene un forte appello alla logica dell'eguaglianza nel godimento dei diritti inviolabili e al divieto di normative sfavorevoli, segnatamente penali, che trasformino una condizione personale nello stigma di una categoria giuridicamente svantaggiata[62]; al contrario, la seconda[63] pone l'accento sulle ragioni che possono giustificare le differenze di trattamento giuridico, tra cittadino e immigrato, affermando che «[l]'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico "strumentale", attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici "finali", di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata».

È superfluo ricordare qui con quale intensità e capillarità tale differenziazione rilevi, con riguardo alla disciplina legale di aspetti fondamentali della vita dell'immigrato, che non sia cittadino dell'Unione europea, nel territorio italiano: quando venga in rilievo il controllo dell'immigrazione, il diritto di difesa, anche della libertà personale, non è negato, ma certo è disciplinato in termini alquanto differenziati. La giurisprudenza costituzionale ha cercato di fissare alcuni limiti, segnatamente con la nota decisione in tema di garanzie giudiziarie avverso il provvedimento di espulsione prima della sua esecuzione, ma non ha affatto escluso la legittimità di normative differenziate: fermo il controllo sul provvedimento *de libertate*, che dovrebbe essere «effettivo», «[n]on è certo in discussione la discrezionalità del legislatore nel configurare uno schema procedimentale caratterizzato da celerità e articolato sulla sequenza provvedimento di polizia-convalida del giudice», sempre per la ragione che «[v]engono (…) in considerazione la sicurezza e l'ordine pubblico suscettibili di esser compromessi da flussi migratori incontrollati»[64]. A voler essere precisi, persino nella sentenza sul sostanziale divieto per l'immigrato irregolare di contrarre matrimonio in Italia, lo scontato giudizio di illegitti-

[61] Sentenza n. 249 del 2010. Stavolta, il riferimento al diritto penale del fatto, e non dell'autore («l'art. 25, secondo comma, Cost., […] pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali»), riceve il consenso dei commentatori di area penalistica (F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2010, 3018, 3027 ss.), sebbene al contempo si osservi come le recise affermazioni in merito alle condizioni personali e sociali siano difficilmente riconciliabili con la coeva sentenza n. 250 e con buona parte del diritto penale dell'immigrazione (3018 ss.).

[62] Quanto ai diritti assistenziali a fronte di situazioni di emergenza sanitaria, da riconoscere anche agli immigrati a prescindere dalla loro situazione regolare o meno, cfr. l'altrettanto noto indirizzo cui sono riconducibili le sentenze n. 61 del 2011, n. 299 e n. 269 del 2010, n. 252 del 2001.

[63] Sentenza n. 250 del 2010.

[64] Sentenza n. 222 del 2004.

mità costituzionale si è appuntato sulla sproporzione tra esigenze di polizia dell'immigrazione e sacrificio concretamente imposto all'immigrato, non sul radicale divieto di distinzioni rispetto al cittadino quanto all'esercizio del fondamentale diritto che veniva allora in rilievo[65].

Fuori dai casi di irregolarità, i problemi dell'eguaglianza rispetto al cittadino si pongono in termini molto più favorevoli all'immigrato, sebbene in primo piano non stia tanto il divieto di differenziazioni legali in base alle condizioni personali e sociali, di per sé; quanto piuttosto, da un lato, la garanzia dei diritti fondamentali della persona, dall'altro, il principio di ragionevolezza[66]. Sul secondo versante, è emblematica la prima di una lunga serie di decisioni relativamente recenti, nelle quali la Corte fa giustizia di limiti arbitrari quanto all'accesso degli immigrati a prestazioni sociali: l'estraneità di un interesse all'area dei diritti fondamentali non esclude la sua giustiziabilità costituzionale, a fronte di irragionevolezze dal punto di vista della logica intrinseca del singolo istituto e del singolo settore[67]. Sul primo versante, è frequente la sottolineatura dell'attinenza di una determinata misura a uno o più diritti fondamentali o inviolabili, a bisogni o valori primari[68]. La stessa logica è stata impiegata, nella pronuncia relativa all'accesso al servizio sociale volontario, istituito e regolato dalla legge altoatesina, a un istituto espressione non tanto dei diritti inviolabili, quanto dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost., aggiungendo, inoltre, una speciale sottolineatura delle «esigenze di integrazione nella comunità e di pieno sviluppo della persona che devono essere assicurate dalla legislazione in materia di trattamento dello straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato».

Né si fermano qui le questioni di portata generale emerse nel campo dell'immigrazione. Qui, ad es., sinora, l'affermazione dei principi nazionali si è ben armonizzata con quelli sovranazionali omologhi: con il divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 CEDU in relazione ai diritti garantiti dalla Convenzione e, in particolare, dall'art. 1 del Protocollo 1, come interpretato da una, pur discussa, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uo-

[65] Sentenza n. 172 del 2012.

[66] Come osserva F. Biondi Dal Monte, *I diritti sociali degli stranieri*, *cit.*, 221, in questa materia eguaglianza e ragionevolezza si intrecciano e sovente è la seconda a veicolare la prima.

[67] Sentenza n. 432 del 2005. Tra i numerosi commenti, quello di M. Gnes, *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in *Giur. cost.*, 2005, 4687 ss., sottolinea sia il rilievo del TU immigrazione a favore del riconoscimento dei diritti sociali degli stranieri; sia la coincidenza tra l'impostazione della Corte costituzionale, incentrata sulla ragionevolezza più che sull'eguaglianza, e la posizione sostenuta in sede scientifica da A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2003, 316 s., sul presupposto dell'acquisita autonomia del primo concetto rispetto al secondo (v. anche Id., *Eguaglianza e libertà*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, *cit.*, 76 ss.). Cfr. anche, tra le altre, le sentenze n. 4 e n. 2 del 2013, n. 40 del 2011.

[68] Cfr. ad es. sentenze n. 40 del 2013, n. 329 del 2011, n. 187 del 2010, n. 306 del 2008.

mo[69]; con la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità[70]; con le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute «che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato»[71]. Un ulteriore esempio è costituito dalla frequente applicazione, in questo campo, della cd. delega di bilanciamento, mediante la quale la rigidità delle norme repressive dell'immigrazione irregolare è temperata ricorrendo a varie clausole in grado di dare spazio in concreto al bilanciamento tra i vari interessi in gioco: il giustificato motivo, rispetto alla punizione con l'arresto per l'immigrato che si trattenga in Italia violando un ordine di espulsione[72]; le esimenti generali, rispetto ai reati di ingresso o trattenimento irregolare[73]; la pericolosità in concreto per l'ordine pubblico, rispetto al divieto di regolarizzazione per i pregiudicati[74].

**11.** Il sindacato sulla ragionevolezza, incentrato sulla *ratio* delle singole provvidenze, ha investito anche l'uso, come criterio selettivo, della residenza prolungata. Partito da fattispecie nelle quali tale criterio si intrecciava con la cittadinanza, questo percorso di giurisprudenza perviene a considerare casi in cui la residenza prolungata era richiesta agli stessi cittadini italiani[75]. Persino in questi casi, l'approccio non è stato radicalmente negativo e generalizzante, essendosi ammesso che un ente territoriale possa «favorire (…) i propri residenti, anche in rapporto al contributo che essi hanno apportato al progresso della comunità operandovi per un non indifferente lasso di tempo», facendo salvi, oltre ai casi di manifesta irragionevolezza, quelli in cui vengano in rilievo «provvidenze intrinsecamente legate ai bisogni della persona, piuttosto che al sostegno dei membri della comunità» (si sono così distinte, da un lato, le misure a favore degli indigenti e per il diritto allo studio; dall'altro, quelle per il sostegno alla famiglia e all'accesso all'abitazione)[76].

**12.** Un'altra condizione personale rilevante ai fini di questa indagine, nonché oggetto di decisioni abbastanza numerose e significative da potere essere considerate come un filone unitario, è quella dei figli nati fuori dal matrimonio.

[69] Sentenze n. 40 del 2013, n. 329 del 2011, n. 187 del 2010.
[70] Sentenza n. 329 del 2011.
[71] Sentenza n. 306 del 2008.
[72] Sentenza n. 4 del 2004.
[73] Sentenza n. 250 del 2010.
[74] Sentenza n. 172 del 2012.
[75] Sentenza n. 172 del 2013.
[76] Sentenza n. 222 del 2013.

Questo campo è, o è stato, alquanto movimentato: sia che si abbia riguardo alla dinamica interna della giurisprudenza costituzionale, sia che si abbia riguardo al suo dialogo con le tendenze di lungo periodo della legislazione. Si deve, infatti, ricordare che su questa materia le evoluzioni normative si sono verificate, pur con un ritmo diverso, anche prima degli anni '70: come la stessa Corte ha avuto modo di ricordare, già il libro I del codice civile (entrato in vigore il 1° luglio del 1939) aveva, rispetto al passato, stabilito nuove norme «a favore della filiazione illegittima, da tempo e generalmente auspicate», che «assumevano, nell'intendimento del legislatore, tale rilevanza da rendere necessaria (…) l'efficacia retroattiva»: dal canto suo, la Corte intervenne a far valere per il passato anche alcune norme, per le quali, contraddittoriamente, il legislatore non aveva stabilito altrettanto (in merito alle condizioni per le indagini finalizzate alla dichiarazione giudiziale della paternità)[77].

Uno dei luoghi topici di queste vicissitudini giurisprudenziali sono i diritti successori dei figli naturali. Da una posizione inizialmente molto conservatrice, che riteneva questi diritti cedevoli dinanzi a qualsiasi parentela legittima[78], la Corte si muove gradualmente in avanti. Talora, fa valere contraddizioni interne alla legislazione: ad es., censurando il trattamento dei figli non riconoscibili quando esso è meno favorevole addirittura di quello degli estranei alla famiglia[79]. In altri casi, rimedita le proprie posizioni e anticipa sviluppi della legislazione successiva: così quando afferma i diritti dei figli naturali in relazione alle successioni al proprio genitore, in assenza di coniuge ed eredi legittimi, in quanto solo a questi ultimi si riferirebbe l'eccezione posta dall'art. 30, terzo comma, Cost.[80]; così pure quando afferma i diritti della stessa categoria anche in relazione alla successione ai fratelli naturali, seppur pervenendo a una soluzione di compromesso (collocandoli come ultimi nella graduatoria, subito prima dello Stato) non priva di caratterizzazioni pretorie ed equitative[81]. In effetti, la difficoltà per la Corte di muoversi in questo ambito, costituito da una trama fitta e complessa di status e rapporti, è testimoniata dal ricorso a pronunce di illegittimità consequenziale a volte talmente complesse, da fare ravvisare ai commentatori parziali riforme del settore[82].

Si può naturalmente ragionare sull'influsso che la riforma del 1975 – nonché i dibattiti e le altre novità legislative in tema di diritto della famiglia che

[77] Sentenza n. 7 del 1963.

[78] Sentenza n. 54 del 1960.

[79] Sentenza n. 205 del 1970.

[80] Sentenze n. 82 del 1974, n. 50 del 1973 e n. 79 del 1969.

[81] Sentenza n. 55 del 1979, che ribalta la sentenza n. 76 del 1977. Vedi A. Trabucchi, *Il titolo alla successione legittima e l'affermazione di un diritto al di là della legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 505 ss., il quale parla di «illegittimità equitativa» (507) e della sostanziale creazione, da parte della Corte, di un nuovo ordine di preferenze fra i successibili (512).

[82] Sulla sentenza n. 50 del 1973 v. ad es. Id., *Una parziale riforma del diritto di successione a favore dei figli naturali*, *ibidem*, 1973, II, 413.

l'hanno preceduta – può avere avuto nell'imprimere a questa evoluzione giurisprudenziale un passo sempre più spedito e sicuro. Quel che è certo è che, ancora anni dopo, la stessa Corte non smarrisce il senso della storicità di queste evoluzioni di sistema. Interrogata se non si dovesse dichiarare costituzionalmente illegittima la norma codicistica, che dimezzava la quota ereditaria assegnata ai figli naturali rispetto a quella dei figli legittimi, abrogata dalla riforma del 1975 ma solo per le successioni allora non ancora aperte, la Corte rispose che ciò non era possibile: spetta al legislatore il compito «di rendersi attento interprete della evoluzione del costume e della coscienza sociale, e, in conseguenza, di apprestare, in ordine alla esigenza, espressamente posta dal precetto costituzionale, della "compatibilità" della tutela dei figli nati fuori del matrimonio con i diritti dei membri della famiglia legittima, soluzioni anche diverse nel tempo, in armonia appunto con la cennata evoluzione»; la norma allora in questione, «[f]rutto di una scelta operata in aderenza alla realtà sociale dell'epoca, ed immune da vizi di irrazionalità, [rientrava] nell'ambito che il precetto costituzionale, senza incidervi direttamente, ha lasciato, riguardo ai modi di tale conciliazione, alle valutazioni discrezionali del legislatore»[83].

È certamente l'evoluzione del contesto sociale e legislativo a spiegare il radicale cambiamento, attraverso gli anni, della giurisprudenza in materia di figli nati da incesto. Nel 1966, si ritenne (anche con riguardo ai figli nati da adulterio) che la loro condizione, «secondo le disposizioni vigenti che [riflettevano] la comune coscienza sociale, non [fosse] equiparabile a quella degli altri figli naturali» e che, pertanto, la loro esclusione del diritto a pensione per la morte in guerra dei genitori, «riflettendo il sistema cui [era] informata la legislazione, non [potesse] considerarsi arbitraria»[84]. In tempi più recenti, ben altra intonazione, particolarmente elevata e incisiva, è risuonata nella sentenza relativa al divieto, per questa categoria di figli, di agire per il riconoscimento della paternità o maternità naturale[85]. Ivi, oltre alla sussistenza di un diritto allo *status filiationis*, come parte del diritto all'identità, riconducibile direttamente all'art. 2 Cost., nonché alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, si afferma la violazione «del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali». Al principio si attribuisce una pregnanza tale, da neutralizzare la clausola di cui all'art. 30, quarto comma, Cost. («La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità»): essa non darebbe adito ad alcuna discrezionalità legislativa in materia; «non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto». Seguono considerazioni altrettanto veementi e ispirate: non si può pretendere

[83] Sentenza n. 168 del 1984.
[84] Sentenza n. 92 del 1966.
[85] Sentenza n. 494 del 2002.

che il figlio non riconoscibile faccia valere le proprie pretese nei confronti dei genitori mediante azioni speciali, riservate dalla legge, appunto, ai figli incestuosi, perché egli si verrebbe così a trovare «nella necessità di proclamare egli stesso la propria condizione di discriminato»; le esigenze di ordine pubblico familiare non giustificano misure talmente drastiche nei confronti di un soggetto incolpevole; la stessa tutela dei diritti dei componenti della famiglia legittima «nasce logicamente solo in quanto vi sia stata una constatazione formale del rapporto di filiazione» e non può consentire il radicale divieto di procedere a tale constatazione. Un approccio siffatto ben si addice a una misura come quella su cui, allora, cadeva il giudizio: radicale, in quanto rigidamente preclusiva del riconoscimento della paternità o maternità; relativa a fattispecie già di per sé talmente particolari, che la Corte stessa riconosce come sia comprensibile che gli stessi interessati possano preferire il silenzio all'azione giudiziale; per di più, residuo storico di un «orientamento di radicale disfavore nei confronti dei figli nati fuori del matrimonio», superato dalla riforma del 1975.

**13.** In materia di convivenze *more uxorio*, la Corte si è esplicitamente dichiarata «non indifferente» alla «trasformazione della coscienza e dei costumi sociali»[86], nelle diverse occasioni in cui ha paragonato la condizione dei conviventi a quella dei coniugi, nella prospettiva dell'art. 3 Cost.

«[U]n punto fermo di tutta la giurisprudenza costituzionale in materia»[87] è, appunto, la diversità tra matrimonio e convivenza: solo il primo presenta caratteri di stabilità e certezza e determina la costituzione di una «istituzione sovraindividuale», oggettivamente meritevole di una tutela distinta da quella «delle relazioni affettive individuali e dei rapporti di solidarietà personali»[88]; solo esso implica diritti e doveri corrispettivi e reciproci[89], che i conviventi hanno consapevolmente scelto di non assumere[90]; «la Costituzione stessa ha dato delle due situazioni una valutazione differenziatrice», come risulta sia dal suo dettato, sia dai lavori preparatori[91].

Il carattere di certezza giuridica del matrimonio, inoltre, rileva anche nel bilanciamento con interessi contrapposti: ad es., quando si tratta di contemperare il sentimento familiare con le esigenze della giustizia, esonerando una persona dal peso psicologico di una testimonianza contro il congiunto, un conto è assumere in via astratta, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, che tale esigenza sussista rispetto a persone legate in matrimonio; un altro

[86] Sentenza n. 8 del 1996.
[87] Ordinanza n. 491 del 2000.
[88] Sentenza n. 8 del 1996.
[89] Sentenza n. 45 del 1980.
[90] Sentenza n. 166 del 1998.
[91] Cfr. ancora sentenza n. 8 del 1996.

sarebbe demandare al giudice «un'indagine che può anche non essere breve né facile» sulla consistenza in concreto di una situazione di fatto qual è la convivenza[92]. Le relative valutazioni legislative possono essere sindacate se intrinsecamente incoerenti (in relazione alle diversità di trattamento del convivente rispetto alle diverse fattispecie di dichiarazioni *lato sensu* testimoniali), ma non assumendo come termine di paragone il matrimonio[93]. Analoghe considerazioni sono state fatte per il diritto successorio, ritenendo che anch'esso, perlomeno quanto all'identificazione dei successibili, necessiti di categorie certe e incontestabili[94].

Per la Corte, evidentemente, la differenza tra matrimonio e convivenza è tale, che l'estensione alla seconda di tratti del regime giuridico del primo comporta scelte nient'affatto scontate, tra l'altro: per l'intrinseca diversità tra le due fattispecie; perché al rapporto coniugale fanno capo una pluralità di compendi normativi, dai quali non è detto che si possa estrapolare un singolo elemento senza ricadute di sistema[95]; infine, perché, nel regolare i rapporti, ad es. successori, tra diverse categorie di persone, un potenziamento della tutela del convivente può comportare una diminuzione di quella di altri familiari del *de cuius*[96]. Per sottolineare la discrezionalità del legislatore in merito, la Corte non ha nemmeno trascurato di fare riferimento all'eterogeneità del panorama comparatistico[97] e alla storia legislativa, attraverso la varietà delle opzioni prospettate nei lavori parlamentari[98].

Tutto questo non ha impedito alla Corte di riconoscere sin dall'inizio della sua giurisprudenza che nella convivenza si esprimono istanze meritevoli di tutela[99], in particolare nella prospettiva dell'art. 2 Cost. e del riconoscimento dei diritti dell'uomo all'interno di una formazione sociale nella quale si può esprimere una parte importante della sua personalità[100]. Ma l'ostacolo della discrezionalità legislativa è stato superato solo quando il ragionamento ha potuto muoversi, per così dire, per linee interne ai singoli istituti: applicando regole già immanenti nel sistema, ad es. per la tutela del minore, quanto alla permanenza nella casa di famiglia, in caso di separazione dei ge-

[92] Sentenza n. 6 del 1977.

[93] Lo dice esplicitamente la conclusione della sentenza n. 8 del 1996: l'esito del giudizio avrebbe potuto essere differente per «una questione di costituzionalità essenzialmente diversa da quella presente, l'ipotizzata discriminazione concernendo non più soggetti distinti (il coniuge e il convivente) ma il medesimo soggetto (nella specie: un convivente), a seconda dell'autorità ricevente le sue dichiarazioni, e riguardando una diversa causa di non punibilità».

[94] Sentenza n. 310 del 1989.

[95] Sentenze n. 352 del 2000, n. 8 del 1996 e n. 237 del 1986.

[96] Sentenza n. 310 del 1989.

[97] Sentenza n. 8 del 1996.

[98] Sentenza n. 352 del 2000.

[99] Sentenza n. 56 del 1977.

[100] Sentenza n. 45 del 1980.

nitori conviventi[101]; o, come è avvenuto nel noto caso del diritto di succedere nel contratto di locazione abitativa, intervenendo chirurgicamente, sulla base di specifici diritti costituzionali della persona, come quello all'abitazione, e soprattutto nei confronti di corpi normativi che già autonomamente valorizzavano, almeno in parte, il dato della convivenza (con parenti, affini, eredi[102]; la mera attinenza al diritto all'abitazione non è bastata, in assenza di prole, a garantire la successione nel contratto allorché cessasse la convivenza[103]).

Almeno dal punto di vista metodologico, è in linea con questa giurisprudenza la discussa sentenza n. 138 del 2010 sulle unioni tra persone dello stesso sesso: ritornano la lettura sistematica degli artt. 29-31 Cost., l'argomento basato sui lavori preparatori, il riferimento alle soluzioni variegate riscontrabili nella comparazione, la discrezionalità del legislatore nella pur doverosa attuazione dell'art. 2 Cost., il conseguente rigetto delle ordinanze di rimessione – le quali, è bene ricordarlo, avevano chiesto l'accesso di coppie dello stesso sesso al matrimonio, senza nemmeno provare a ipotizzare, in via subordinata, un *petitum* più modulato[104]. La più recente sentenza n. 170 del 2014 si muove nel solco, negando la pertinenza al caso degli artt. 3 e 29 Cost.; mentre non può non colpire il fatto che, nella prospettiva dell'art. 2 Cost., la Corte, da un lato, abbia stigmatizzato la «assoluta indeterminatezza» e il «deficit di tutela dei diritti» attualmente riscontrabile per le convivenze fuori dal matrimonio; dall'altro, abbia adottato una soluzione di accoglimento limitata alla fattispecie del tutto peculiare allora rilevante e, inoltre, formulata in termini di mero principio.

**14.** Venendo da ultimo alla giurisprudenza sulle differenziazioni di trattamento giuridico in base al sesso, si osserva anzitutto che, come è ben noto, essa è risalente e contiene pagine tra le più buie, a cominciare dalla sentenza n. 56 del 1958, in tema di partecipazione delle donne alle Corti d'assise.

Vi si sostiene, come premessa maggiore, la tesi di ordine generale secondo cui l'art. 3 Cost. «contiene un precetto di fronte al quale non sono ammesse deroghe da parte del legislatore ordinario» e, però, è in parte derogato dallo stesso Costituente: ora esplicitamente, con disposizioni quali gli artt. 29 e 37 Cost., i quali «partono da un presupposto non ispirato ad un'assoluta e indi-

[101] Sentenza n. 166 del 1988.
[102] Sentenza n. 404 del 1988.
[103] Ordinanze n. 7 del 2010 e n. 204 del 2003.
[104] P. Faraguna, *Constitutional Paradoxes from Inequality to Equality: the Italian Case (with a Little Help from Abroad)*, in *Equality and Justice. Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, a cura di A. Schuster, Forum, Udine, 2011, 75 ss., seppur nel contesto di un'analisi critica della sentenza, sottolinea che il suo gradualismo non può destare stupore (ed è anzi, almeno in un certo senso, una virtù: 89), alla luce della posizione del sistema giuridico e istituzionale italiano nel panorama comparatistico.

scriminata parità livellatrice fra uomini e donne»; ora implicitamente, con norme quali l'art. 51 (nonché gli artt. 52, 102, 106 e 108) Cost., i quali avrebbero consentito al legislatore di regolare l'accesso agli uffici pubblici (al servizio militare ecc.) tenendo conto delle «particolari attitudini che rendano più o meno idonei i cittadini dell'uno o dell'altro sesso». Del tutto apodittica è la premessa minore sull'attitudine delle donne a fungere, meno bene degli uomini, da giudici popolari[105]. Analogamente, l'altrettanto nota sentenza n. 64 del 1961, in tema di adulterio della moglie, parte dal presupposto che, nel matrimonio, ai sensi degli artt. 3 e 29 Cost. il principio sia l'eguaglianza e l'eccezione la differenziazione, come è noto ammissibile per la garanzia dell'unità familiare; e, pur predicando la necessità, per l'eccezione, di un'interpretazione restrittiva, procede poi con una pletora di considerazioni sociologizzanti sulla «comune opinione», sulle «valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale» ecc. Da argomentazioni di tal fatta si distinguono solo il parallelismo con l'art. 151 cod. civ. allora vigente (che, anche ai fini della separazione, trattava l'adulterio della moglie più severamente di quello del marito) e la presa di distanza finale: «[c]he poi tale disciplina soddisfi ogni esigenza e sia mezzo idoneo e sufficiente per le finalità prese in considerazione, è questione di politica legislativa, non di legittimità costituzionale».

Anche in questo ambito la svolta si registra dopo i primi anni '60[106]. L'approccio della Corte si fa più rigoroso e tecnico: è evidente la freddezza verso i presupposti sostanziali della legislazione tradizionale. Rimediare alle sue storture risulta più facile, ancora una volta, per linee interne al sistema – ad es., usando un principio generale come sfondo contro il quale mettere in luce l'assenza di giustificazioni per norme speciali che discriminino nei confronti del genitore di sesso femminile[107] – oppure allorché, a fronte di norme più precise nel contemplare deroghe al canone dell'eguaglianza, di tali deroghe sono palesemente carenti i presupposti (ad es., perché la normativa in questione riguarda vicende successive alla crisi della famiglia, oppure è dettata a tutela di interessi di estranei[108]). Fuori da questi sentieri, il percorso è più impervio. Così, ad es., allorché vengano in rilievo principi generali essi stessi discriminatori[109], ai quali la Corte non si sente in condizione di mette-

[105] Sulla sentenza espressero opposte valutazioni (in due osservazioni senza titolo in *Giur. cost.*, 1958, 862 ss. e 869 ss.) Vezio Crisafulli e Carlo Esposito.

[106] Sebbene già la sentenza n. 33 del 1960 segnali un parziale cambiamento di rotta: conferma che «il legislatore può assumere, in casi determinati e senza infrangere il principio fondamentale dell'eguaglianza, l'appartenenza all'uno o all'altro sesso come requisito attitudinario»; ma avverte che un simile requisito non può essere richiesto «per una categoria amplissima di pubblici uffici (…), in via di regola, non già in via di eccezione e con riferimento concreto a particolari situazioni».

[107] Sentenza n. 9 del 1964.

[108] Sentenze n. 143 e n. 46 del 1966, nonché n. 128 del 1970.

[109] Sentenza n. 101 del 1965.

re mano, sebbene avverta che «le questioni di legittimità costituzionale che vengono in materia sollevate (…) stiano a rivelare uno stato della pubblica coscienza assai sensibile al principio costituzionale della parità morale e giuridica dei coniugi, per la cui piena attuazione, nel rispetto dell'altro principio costituzionale dell'unità familiare, è da auspicare un organico intervento del legislatore». O quando, per gli intrecci di interessi governati dal diritto di famiglia, la promozione dell'eguaglianza tra i coniugi comporterebbe una diminuzione della tutela per i figli: è uno degli argomenti con cui la Corte rifiuta di eliminare l'obbligo per la sola madre, e non per il padre, in caso di passaggio a nuove nozze, di informare il tribunale per continuare ad amministrare i beni dei figli minorenni di primo letto[110]. È solo un esempio dei nodi sistematici che ostacolano gli interventi della Corte e le fanno, a più riprese, invocare interventi del legislatore. Li si riscontra anche, oltre che in tema di esercizio monocratico della potestà sui figli[111], sulla questione capitale della fedeltà coniugale, a proposito della quale la sentenza n. 144 del 1966 cambia registro rispetto a cinque anni prima: ciò che viene – pudicamente – descritto come «l'affievolimento delle sue [del marito] responsabilità per l'inadempimento di qualcuno degli obblighi derivanti dallo stato matrimoniale» non è più giustificato per una asserita minore riprovazione sociale di tali inadempimenti, ma come una delle situazioni di vantaggio che la legge attribuisce al coniuge di sesso maschile unitamente ad alcuni «particolari doveri», nel contesto di una «diversità della distribuzione degli oneri fra i due coniugi», il cui equilibrio la Corte è timorosa di alterare con interventi su singoli elementi del complesso. «Può convenirsi» – conclude la sentenza – nell'opinione che considera il sistema del Codice non aderente in ogni sua parte allo spirito informatore della sopravvenuta costituzione repubblicana, la quale ha tenuto conto della trasformazione verificatasi nella posizione della donna nella moderna società. Sull'esigenza di una sollecita adeguazione del sistema al nuovo ordine sociale la Corte ha ripetutamente richiamato l'attenzione del legislatore (…) senza tuttavia che abbia ritenuto possibile farne decadere singole disposizioni, per l'incertezza che ne sarebbe derivata, data l'intima connessione che le lega fra loro e ne fa un tutto unitario».

Come è noto, le remore cadono nel 1968, con la coppia di sentenze che fulminano le differenze di regime penalistico[112] e civilistico[113] dell'adulterio

[110] Sentenza n. 49 del 1966.

[111] sentenza n. 102 del 1967 e n. 71 del 1966.

[112] Sentenza n. 126 del 1968.

[113] Sentenza n. 127 del 1968. Peraltro, come osservato da F. Modugno (*L'adulterio come delitto e come causa di separazione*, in *Giur. cost.*, 1968, 2190 ss.), la congruenza tra le due sentenze non è perfetta, in quanto una ripristina l'eguaglianza escludendo la rilevanza penalistica dell'adulterio, l'altra intensificando quella civilistica. Il che è un esempio di come la pura e semplice esigenza di eguaglianza non sempre chiarisca in quale direzione debba avvenire la parificazione: cfr. sui relativi problemi A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *cit.*, 110 ss.

di ciascun coniuge: puntando l'attenzione sull'art. 29 Cost. e sulla mutata realtà sociale, la Corte ribalta seccamente i precedenti, senza neppure ripercorrerne analiticamente gli argomenti. E se, nella prima decisione, si ribadisce che il marito resta, «per taluni aspetti, il punto di convergenza dell'unità familiare, e della posizione della famiglia nella vita sociale», e che ciò «indubbiamente autorizza il legislatore ad adottare, a garanzia dell'unità familiare, talune misure di difesa contro influenze negative e disgregatrici»; tuttavia, nella seconda pronuncia, si avverte che «lo Stato non può avallare o, addirittura, consolidare col presidio della legge (la quale, peraltro, contribuisce, essa stessa, in misura rilevante alla formazione della coscienza sociale) un costume che risulti incompatibile con i valori morali verso i quali la Carta costituzionale volle indirizzare la nostra società» – segnatamente, l'eguaglianza anche morale e la pari dignità fra i coniugi. L'argomento sociologico mostra, qui, tutta la sua ambiguità: non solo per il suo aggancio a circostanze fluide e suscettibili di valutazioni disparate, ma anche perché, come risulta dall'ultimo passaggio citato, il rapporto tra costumi e legislazione non è affatto lineare. Sotto una più rigorosa interpretazione dell'art. 29 Cost. cadono anche le norme discriminatorie in tema di perdita della cittadinanza italiana per la donna che acquisti una cittadinanza straniera per matrimonio[114].

Eppure, a questi indirizzi continuano ad affiancarsene, nella giurisprudenza, altri più tradizionalisti: così avviene, ad es., per le norme sulle pensioni di reversibilità, più favorevoli alle vedove che ai vedovi, sul presupposto che sia normalmente la moglie a dipendere economicamente dal marito, non l'inverso[115]. Questa sorta di discriminazione inversa cade solo nel 1980[116], sulla scorta di un'argomentazione complessa, nella quale, però, anche dal raffronto con i precedenti, escono valorizzati soprattutto i riferimenti di storia legislativa. La Corte prescinde, stavolta, da comparazioni di ordine statistico tra lavoro femminile e maschile; osserva, invece, che l'impostazione civilistica tradizionale escludeva, in linea di principio, che un eventuale reddito lavorativo della moglie fosse destinato al sostentamento del marito e che, però, tale assetto è mutato per effetto della riforma del diritto di famiglia, con conseguenze rispecchiate anche nella legge n. 903 del 1977. Già prima del 1975, osserva la Corte, «l'esigenza di un'assoluta equiparazione risultava, sul piano del fondamento normativo, direttamente dal principio di parità dei coniugi sancito dagli articoli 3 e 29 della Carta costituzionale; sicché la riforma del diritto di famiglia non ha fatto che estrinsecare quanto era implicito nel dettato costituzionale». Ma, come si è accennato, il rilievo appena riportato è messo nella giusta luce dal paragone con i precedenti del 1972: per tre volte

[114] Sentenza n. 87 del 1975.
[115] Sentenze n. 202, n. 201 e n. 119 del 1972.
[116] Sentenze n. 105 e n. 6 del 1980.

essi avevano rinnegato l'equiparazione, prima che squillasse più chiaro, nelle evoluzioni legislative, il messaggio dei principi costituzionali.

In effetti, riforme organiche come quelle del 1975 e del 1977 rappresentano un punto di riferimento per la Corte, che a esse si richiama sia per confermare indirizzi già inaugurati[117], sia per completare gradualmente il percorso di attuazione dei principi costituzionali avviato dal legislatore, come nella lunga serie di decisioni sull'estensione ai padri di benefici originariamente previsti per le madri[118]. I principi affermati in questo filone, tra l'altro, si sono saldati con quelli sulla tutela della famiglia per affermare il divieto di espulsione, oltre che della donna incinta o che abbia partorito da sei mesi o meno, anche del marito convivente con essa[119].

Naturalmente, la riforma del 1975 dispiega i suoi effetti anche fuori dalle questioni propriamente di genere, con riguardo ad altri aspetti del diritto di famiglia condizionati da pregiudizi ancestrali: in particolare, in merito alla limitazione dei diritti successori del coniuge del binubo, dapprima approvata dalla Corte come misura di tutela, anch'essa, dei figli di primo letto[120], ma poi superata dall'amplissima sentenza n. 153 del 1979, ove il riferimento alla riforma figura come stimolo alla nuova rimessione della questione e come argomento per il suo accoglimento, peraltro solo supplementare rispetto a una impressionante analisi storica e sistematica[121], idonea a chiarire come ci si trovasse dinanzi a un relitto giuridico, la cui ragionevolezza, se mai sussistente, era ormai dispersa nelle nebbie di un passato remoto più sospettoso dell'autonomia, anche patrimoniale, dei coniugi.

Eppure, quando occorre andare al di là della pura e semplice eliminazione degli anacronismi legislativi, tornano a riproporsi problemi già passati in rassegna più volte nelle pagine che precedono. Lo dimostra l'annosa questione della trasmissione del cognome per filiazione: dal 1988[122], la Corte afferma la necessità di un migliore bilanciamento tra le esigenze di certezza anagrafica e quelle di parità tra i coniugi, da ultimo nella sentenza n. 61 del 2006[123]; qui

[117] Sentenze n. 30 del 1983 e n. 171 del 1976.
[118] A partire dalla sentenza n. 1 del 1987.
[119] Sentenza n. 376 del 2000.
[120] Sentenza n. 189 del 1970.
[121] Analoga a quella di cui alla sentenza n. 91 del 1973, in tema di donazioni tra coniugi.
[122] Ordinanze n. 586 e n. 176.
[123] V. anche ordinanza n. 145 del 2007. Commentando la sentenza n. 61 del 2006, S. Niccolai (*Il cognome familiare tra marito e moglie. Com'è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dallo schema dell'uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 2006, 558 ss.) rileva che le vicende del cognome dei figli, se inquadrate nel paradigma dell'uguaglianza e della simmetria, innescano spirali destabilizzanti e difficili da arrestare. Qui si condivide l'indagine sui conflitti sostanziali che stanno dietro alle rivendicazioni di eguaglianza. Ma il caso dimostra come, quanto più si scava in profondità, verso la radice di problemi estremamente ramificati, tanto meno la sede adatta a codificare nuovi equilibri è il giudizio di legittimità costituzionale: la Corte costituzionale non può costruire da sé l'oggetto del giudizio (quindi, ad es., concentrare la propria attenzione critica sul solo art. 143-*bis* cod. civ.: *ibidem*, 568); né scegliere una tra le soluzioni possibili (la stessa dottrina era divisa: ad

si è però altresì ribadito che tali interventi – doverosi per superare il «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia», anche in ottemperanza a plurimi vincoli di matrice internazionale – implicano scelte politiche estranee alle possibilità dell'organo di giustizia costituzionale.

Con gli anni '90, nella giurisprudenza costituzionale si affacciano questioni di genere nuove, o relativamente nuove: quelle su discriminazioni, impostate in termini lontanissimi dall'antica sentenza sulle corti d'assise; quelle sulle azioni positive. Si tratta di decisioni interessanti anche per le ambizioni teoretiche e per il tentativo di riallacciarsi a categorie significative del panorama europeo o più latamente comparato. Così, la sentenza n. 109 del 1993 spiega che, nelle azioni positive, i divieti di discriminazione di cui all'art. 3, primo comma, Cost. giocano come fattore di identificazione delle «categorie di persone socialmente svantaggiate» in favore delle quali il legislatore può dettare misure (anche finanziariamente onerose[124]) tese ad innalzare la «soglia di partenza» – nell'ideale gara collettiva per il conseguimento dei vantaggi sociali, economici e politici oggetto di contesa tra i cittadini – e, quindi, ad attribuire pari opportunità di inserimento[125]: nell'applicare questi principi al settore allora rilevante (l'imprenditorialità), si sottolinea esplicitamente come esso fosse stato in passato e ancora rimanesse «caratterizzato da una composizione personale che rivela un manifesto squilibrio a danno dei soggetti di sesso femminile». Nella sentenza n. 163 dello stesso anno, il circuito tra i due commi dell'art. 3 Cost. funziona in senso inverso: è il secondo comma a influenzare l'interpretazione del primo, esigendo che essa sia sensibile ai risultati effettivi delle norme in questione – secondo un canone di ragionevolezza rispetto alle finalità di ciascuna normativa, che vale tanto per le classificazioni legali, quanto per il trattamento a esse ricollegato. A questo duplice sindacato

es. S. Niccolai, *ibidem*, 572 s., patrocinava la scelta del cognome *della famiglia* al momento del matrimonio; poche pagine prima, E. Palici di Suni, *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, *ibidem*, 557, caldeggiava l'accordo dei coniugi sul cognome da trasmettere *al figlio*); né tantomeno sarebbe potuta giungere, senza grandi difficoltà, al fondo della questione, là dove si agita l'idea stessa di famiglia (S. Niccolai, *op. ult. cit.*, 569).

[124] V. in altro ambito la sentenza n. 15 del 1996.

[125] La sentenza afferma che «[t]rattandosi di misure dirette a trasformare una situazione di effettiva disparità di condizioni in una connotata da una sostanziale parità di opportunità, le "azioni positive" comportano l'adozione di discipline giuridiche differenziate a favore delle categorie sociali svantaggiate, anche in deroga al generale principio di formale parità di trattamento, stabilito nell'art. 3, primo comma, della Costituzione». È dunque un precedente a favore della tesi secondo cui l'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, opera come eccezione rispetto all'eguaglianza formale di cui all'art. 3, primo comma: con quanto ne segue in merito ai limiti che devono circondare l'eccezione affinché essa resti tale (cfr. M. Ainis, *L'eccezione e la sua regola*, in *Giur. cost.*, 1993, 891 ss.). La tesi è ricorrente, ma non pacifica, considerato che (cfr. Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, *cit.*, 55 ss.) i rapporti tra i due principi possono anche essere, almeno per certi versi, di strumentalità, complementarità o contaminazione (operata, quest'ultima, dalla ragionevolezza: *ibidem*, 61, 133).

è assoggettata la normativa allora in questione, in tema di requisiti di statura per l'accesso a certi impieghi nel corpo dei vigili del fuoco: se essa intendeva valorizzare la statura come criterio di selezione dei candidati, non avrebbe dovuto ignorare le differenze mediamente esistenti al riguardo tra uomini e donne. Ciò, naturalmente, sul presupposto che, nella disciplina del lavoro e dell'accesso allo stesso, il principio sia la parità: salve le eccezioni giustificate dalla tutela della maternità e della famiglia (art. 37 Cost.); ma senza che si ravvisi più, nella discrezionalità legislativa sottesa all'art. 51 Cost., lo spazio per la selezione di requisiti che risultino in concreto sfavorevoli a uno dei generi. Per la verità, quest'ultimo tema riemerge poco dopo nella sentenza n. 188 del 1994: le discriminazioni basate sul sesso sono vietate se «irragionevoli»; le limitazioni all'accesso agli impieghi, se «ingiustificate»; non si esclude in linea generale che esigenze peculiari possano sussistere per impieghi nelle forze armate, come quello di cui allora si trattava, ma, specificamente in riferimento a esso, non si ravvisa alcuna particolare necessità correlata all'appartenenza all'uno o all'altro sesso.

I possibili equivoci dell'eguaglianza sono al centro di un altro capitolo della giurisprudenza sulle azioni positive: quello molto noto della promozione dell'equilibrio di genere nella rappresentanza politica, oggetto di più riforme costituzionali e legislative. La Corte prende la parola con la discussa sentenza n. 422 del 1995, giustamente criticata da Letizia Gianformaggio[126]. L'argomento centrale è, ancora una volta, testuale e storico: l'affermazione di parità tra uomini e donne, in particolare nei diritti elettorali[127]; frutto, del resto, della ripulsa della tradizionale discriminazione femminile avutasi proprio alla vigilia della Costituente. La Corte evoca il tema delle azioni positive[128], ma cerca di tenersi lontano dalle dispute sull'eguaglianza formale e sostanziale. Una tale pretesa, ovviamente, è fallace dal punto di vista logico: dopo la II Guerra Mondiale, il problema era anzitutto superare le espresse limitazioni ai diritti di partecipazione politica delle donne; ma questo non vuol dire necessariamente che in ciò dovessero esaurirsi

[126] *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, ora in *Eguaglianza, donne e diritto*, *cit.*, 229 ss.

[127] In altre parole, la piena valorizzazione del concetto di cittadinanza come elemento di unificazione, a prescindere dalle diversità anche di sesso, del corpo sociale ed elettorale: G. Brunelli, *Elettorato passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità conseguenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1995, 3273.

[128] L. Carlassare, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, *ibidem*, 2003, 364 ss. (ma anche *La legittimità della "preferenza di genere": una nuova sconfitta della linea del Governo contro la parità*, *ibidem*, 2010, 81 ss.), ha argomentato vivacemente che questo riferimento era erroneo, mirando invece la legge a garantire un'eguale possibilità di partecipazione, mediante l'inclusione di candidati di ambo i sessi. La stessa autrice (*La parità di accesso*, *cit.*, 366 s. nota 9) riconosce la serietà della naturale obiezione (ad es. di Marta Cartabia e Mia Caielli, ma anche di Letizia Gianformaggio, di cui v. *op. ult. cit.*, 237): veramente egalitarie sono solo le norme cieche rispetto al sesso. La replica è che tutte le norme discriminatorie necessariamente tematizzano una causa di discriminazione, ma al fine di assicurare un trattamento eguale.

la garanzia e la promozione dell'eguaglianza; comunque la si pensi al riguardo, questa constatazione è il punto di partenza, non quello di arrivo, della discussione[129]. Gli altri punti toccati nella decisione hanno funzione di mero rincalzo e si basano su concetti altamente opinabili: così la distinzione tra rimozione degli ostacoli e attribuzione diretta dei risultati, con particolare riguardo al tema delle candidature elettorali[130]; così pure la teoria della rappresentanza[131].

Una volta tanto, però, il nodo è sciolto esplicitamente al massimo livello politico: le leggi costituzionali n. 2 e n. 3 del 2001 e la legge costituzionale n. 1 del 2003 costituiscono lo sfondo contro il quale le successive sentenze n. 49 del 2003 e n. 4 del 2010 ritrattano per intero il precedente del 1995, in ciascuno dei suoi passaggi. Come in altri casi passati in rassegna, la Corte si sforza di appoggiare le nuove conclusioni ad argomenti che, almeno in parte, trascendono i mutamenti del diritto positivo, stavolta di rango costituzionale[132]: sia il divieto di liste integralmente composte da candidati dello stesso sesso, sia la doppia preferenza per candidati di sessi diversi promuoverebbero le pari opportunità, senza attribuire direttamente le utilità in palio – anzi, la prima misura non investirebbe nemmeno l'esercizio del voto o i diritti dei cittadini eleggibili, ma si collocherebbe in una fase preliminare, come vincolo per i partiti e i gruppi di cui le liste sono espressione; il riferimento non all'uno o all'altro genere, bensì a entrambi, sarebbe un'ulteriore garanzia di neutralità; l'unitarietà della rappresentanza non sarebbe intaccata, non costituendosi alcuna relazione giuridicamente significativa tra elettori ed eletti dell'uno o dell'altro sesso; è rimasta insoddisfatta l'attesa di un'autonoma scelta dei partiti in favore dell'equilibrio di genere. Vengono così recisi, uno a uno, tutti gli argomenti che sorreggevano la decisione del 1995. Sarebbe potuto avvenire un ripensamento così radicale, su un tema di questo tipo, senza le richiamate riforme costituzionali? Non lo si può escludere in astratto, ma nemmeno si può liquidare la successione delle vicende normative e giurisprudenziali come una circostanza casuale. Sicuramente il nuovo indirizzo

[129] La quale, se mai, va impostata sotto forma di sindacato della ragionevolezza dei limiti imposti alla libertà politica dei soggetti coinvolti (indiscutibilmente incisa anche dalle misure ritenute costituzionalmente compatibili: cfr. M. Olivetti, *La c.d. «preferenza di genere» al vaglio del sindacato di costituzionalità. Alcuni rilievi critici*, *ibidem*, 2010, 84 ss.), tenuto conto che anche diritti fondamentali di questo tipo possono essere oggetto di legislazioni differenziate (cfr. U. De Siervo, *La mano pesante della Corte sulle «quote» elettorali*, *ibidem*, 3271).

[130] V. al riguardo S. Mabellini, *Equilibrio dei sessi e rappresentanza politica: un* revirement *della Corte*, *ibidem*, 2003, 378.

[131] Come rilevato, in seguito, tra gli altri, da L. Carlassare, *La parità di accesso*, *cit.*, 368 s.

[132] In riferimento alla sentenza del 2010, lo osserva S. Leone, *La preferenza di genere come strumento per «ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva»*, *ibidem*, 2010, 93 ss., la quale inoltre sottolinea lo sforzo della Corte di non legittimare, nella materia elettorale, azioni positive in senso stretto, ma solo misure paritarie. V. anche Ead., *L'equilibrio di genere negli organi politici: misure promozionali e principi costituzionali*, Franco Angeli, Milano, 2013, e ivi ulteriori riferimenti.

ha trovato conferma nella sentenza n. 81 del 2012 e ulteriori sviluppi nella successiva legge n. 215 dello stesso anno.

## III

**15.** È giunto il momento di appuntare alcune impressioni tratte dall'osservazione panoramica dei dati riassunti nella Parte II, dal punto di vista dei problemi teorici sollevati nella Parte I. Le si può riassumere in questi termini: il principio di eguaglianza non è neutrale, né oggettivo, né generale, né astratto, e nemmeno egalitario. Pertanto, in ciascun momento, fisiologicamente sussistono – e solo in parte sono giustiziabili – differenziazioni di trattamento in base alle condizioni personali: ciò avviene sulla base di scelte immanenti in ciascun ordinamento, frutto di una precisa storia sociale e politica, le quali possono anche essere suscettibili di revisione e cambiamento, ma non sempre nella sede giudiziaria.

**16.** L'eguaglianza non è un principio neutrale[133]: al contrario, è un principio polemico, frutto e matrice di scelte[134]. Alcune sono state compiute dai Costituenti ed emergono dalla carta repubblicana in tutta la loro nettezza e latitudine: in particolare, la scelta dell'affermazione dell'eguaglianza non solo formale, ma anche sostanziale; o meglio, dell'eguaglianza come risultato da perseguire in concreto, mirando alla «pari dignità sociale»[135] dei cittadini e rimuovendo i fattori sia legali, sia di altro tipo, che rendono, o possono rendere, alcune condizioni individuali un ostacolo al «pieno sviluppo della persona umana» e alla «effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Questa caratterizzazione dell'eguaglianza, che guarda al concreto e al materiale, oltre che al giuridico e all'astratto, è stata enunciata consapevolmente in termini generali; viene confermata e precisata da un gran

[133] La principale critica rivolta ad alcune teorie dell'eguaglianza come non discriminazione da M. Cartabia (*Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Giuffrè, Milano, 2011, 439) investe proprio la pretesa, ma impossibile, neutralità di queste teorie (delle quali l'autrice svela, infatti, i presupposti ideologici: 437 ss.).

[134] È interessante notare già in A.S. Agrò, commento all'art. 3, primo comma, Cost., *cit.*, 130 ss., il rilievo che nemmeno autori come Esposito o Paladin abbracciano una concezione puramente uniformante dell'eguaglianza: affiora sempre una componente valutativa (l'autore si sforza di agganciarla alla Costituzione, cui vorrebbe ricondurre tutte le deroghe all'eguaglianza, incorrendo però nelle critiche di A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *cit.*, 80 ss.).

[135] La formula è di difficile interpretazione e suscitò dubbi, prima ancora che tra i commentatori, presso gli stessi Costituenti; ma il suo senso sembra essere proprio quello di cerniera tra i due commi dell'art. 3 Cost.: cfr. per una breve sintesi del dibattito A. Celotto, commento all'art. 3, primo comma, Cost., *cit.*, 72.

numero di previsioni più specifiche; è armonica con la fondamentale ispirazione personalistica della carta repubblicana, o meglio con l'opzione per una forma di Stato che intende la persona «nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali»[136]. Altre declinazioni costituzionali dell'eguaglianza hanno una portata più settoriale. Della problematicità di alcune di esse si è dato conto nelle pagine che precedono: in particolare, con riguardo all'unità familiare, come possibile limite all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi; nonché con riguardo ai diritti della famiglia legittima, come argine all'attribuzione ai figli nati fuori del matrimonio di «ogni tutela giuridica e sociale», ossia di uno status equivalente a quello dei figli nati da genitori coniugati. Si tratta di crinali delicati, frutto di compromessi costituzionali, la cui prudenza sta, soprattutto, nel non avere impedito evoluzioni successive, come si è già detto e si procede, poco oltre, a ribadire.

**17.** L'eguaglianza non è un principio oggettivo: non è la mera riproduzione sul piano prescrittivo di una descrizione della realtà[137]. Come appena detto, è frutto di scelte: di vere e proprie valutazioni assiologiche, con le conseguenti decisioni – espressione, quest'ultima, da intendere nel significato più pregnante e vicino all'etimo. Come pure si è detto, la Costituzione compie direttamente una parte di queste scelte. Né questo le rende irreversibili. La legge fondamentale è suscettibile di revisione: come è accaduto, ad es., per le questioni attinenti all'eguaglianza effettiva tra uomini e donne nella partecipazione alla politica, seppure in risposta a un indirizzo interpretativo fatto proprio dalla stessa Corte costituzionale ma già di per sé altamente opinabile. Su altri profili, i Costituenti hanno consapevolmente lasciato spazio agli interventi del legislatore ordinario: segnatamente, gli hanno espressamente affidato il compito di bilanciare interessi contrapposti, come avvenuto per molte questioni attinenti alla famiglia; con la possibilità che, di conseguenza, il quadro sistematico venga profondamente conformato da scelte legislative sufficientemente chiare e organiche, tali da influenzare non solo la giurisprudenza costituzionale (inducendola a sanzionare l'incoerenza di eventuali residui del passato eccentrici rispetto al nuovo), ma la stessa interpretazione costituzionale[138]. Come ha fat-

[136] Cfr. il celebre ordine del giorno presentato da Giuseppe Dossetti alla Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, il 9 settembre 1946.

[137] Cfr. per tutti V. ONIDA, *Eguaglianza, legalità, Costituzione*, in *Annuario 1998*, *cit.*, 262: l'eguaglianza è un concetto carico di storia e ideologia; «[n]on possiamo, muovendoci nell'universo del diritto, e in ispecie del diritto costituzionale, dimenticare questi che sono i fondamenti del costituzionalismo moderno, per accontentarsi di un puro schema logico».

[138] Ad es. una tradizione legislativa di uniformazione o differenziazione di determinate fattispecie si presume ragionevole, ma può essere scalzata da scelte legislative caratterizzate da un grado più elevato di consapevolezza e chiarezza nello scopo di innovazione (A. CERRI, voce *Uguaglianza*, *cit.*, 10). Per contro, quanto più la legislazione si frantuma in misure provvedi-

to Bruce Ackerman[139] negli Stati Uniti, sarebbe il caso di indagare sistematicamente l'influenza della grande legislazione sui diritti sull'interpretazione e sul diritto costituzionale: a maggior ragione a distanza di tempo, quando su alcune delle scelte compiute, ad es., negli anni '70 in materia di famiglia e lavoro si vuole ritornare, per portarne alcune avanti, altre indietro, con un disegno sui cui lineamenti complessivi varrebbe la pena ragionare.

**18.** L'eguaglianza non è un principio generale: opera con intensità disomogenea in ambiti differenti[140]. Anche quando vengono in rilievo condizioni riconducibili all'art. 3, primo comma, Cost., non sempre le differenziazioni di trattamento legale incontrano un giudizio di censura. Ciò dipende dalle modulazioni costituzionali del principio[141], ma anche dal confluire, in ogni singola situazione normativa, di più principi costituzionali e interessi pubblici, variamente conciliati. Per contro, anche quando vengono in rilievo condizioni estranee allo stesso parametro, non è escluso che approdi a esiti negativi il giudizio in merito alla ragionevolezza delle categorie delineate dal legislatore: ciò

mentali, tanto più è logico che il sindacato si attesti su questioni di razionalità intrinseca del sistema (è uno dei temi ricorrenti in B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, *cit.*, 49 ss., 163 ss.). Si può qui soltanto sollevare l'interrogativo se (in quale misura, con quali risultati), rimarcando nei termini anzidetti il particolare rilievo di alcuni elementi del sistema normativo, non si pervenga all'identificazione di alcuni profili di ciò che Augusto Barbera (*«Ordinamento costituzionale» e testi costituzionali*, in *Quad. cost.* 2010, 311 ss., sp. 327 ss.) descrive come parti, non formalmente costituzionali, dell'ordinamento costituzionale: la cui individuazione, secondo l'autore, sarebbe utile alla stessa interpretazione costituzionale. Vedi anche Id., voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 263 ss.

[139] *We The People, vol. 3, The Civil Rights Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) e Londra, 2014. L'autore ha riassunto le proprie tesi in We the People*, parte III:* The Modern Constitutional Order*. Un confronto con gli studiosi italiani*, in *Quad. cost.* 2014, 963 ss.

[140] Con varie formulazioni e sfumature, la tesi affiora ovunque nella dottrina. Ad es.: quando si individua, all'interno del principio di eguaglianza, un cd. nucleo forte (cfr. per tutti A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *cit.*, 120 ss.); quando si afferma un diverso grado di rigidità dei singoli divieti (cfr. ad es. C. Rossano, *Profili dell'eguaglianza sostanziale nella Costituzione italiana e nell'ordinamento comunitario*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Giappichelli, Torino, 2005, 444; A. Celotto, commento all'art. 3, primo comma, Cost., *cit.*, 72 ss.); quando si nega che le diverse diseguaglianze siano suscettibili di un apprezzamento unitario e totale (G. Silvestri, *Dal potere ai principi*, *cit.*, 60); quando si distingue il diverso modo di esprimersi dell'eguaglianza a seconda che debba trovare applicazione nel campo dei diritti di libertà o in quello dei diritti sociali (V. Onida, *Eguaglianza e diritti sociali*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, *cit.*, 102 s.); quando si osserva che l'eguaglianza si articola in molti principi, alcuni non derivabili da altri (G.U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Annuario 1998*, *cit.*, 80 ss.).

[141] I limiti del principio di eguaglianza sono stati letti da G.U. Rescigno, *op. ult. cit*., 95 s., come altrettante consacrazioni di uno speculare principio di diseguaglianza, suscettibile di infinite graduazioni.

segnatamente quando vengano in rilievo altri principi costituzionali, ad es. protettivi di determinati diritti, non privi di una loro autonoma valenza egalitaria all'interno del proprio campo applicativo. In un certo senso, si potrebbe dire che realmente generale è il principio di ragionevolezza: l'esigenza che, nel distribuire utilità e sacrifici, il potere pubblico agisca sulla base di ragioni comprensibili (rispettando la gerarchia dei diversi interessi, ove l'ordinamento ne stabilisca una; tenendo conto di tutte gli interessi in conflitto in una data situazione ecc.). Elaborare una teoria completa del rapporto tra eguaglianza e ragionevolezza non è nelle possibilità di questa relazione[142]. Ma certamente la ragionevolezza si caratterizza per una particolare comprensività. Con la sua struttura logica leggera ed elastica, lo schema della ragionevolezza si attaglia a tutti gli ambiti normativi e, anzi, attinge ampiamente alle loro caratteristiche per cercare di ricostruirne, quando occorre, la coerenza; è certamente in grado di guardare alle condizioni personali e sociali di ciascuno, ma anche al di là; al vaglio della ragionevolezza, la stessa condizione personale talora può giustificare un trattamento giuridico differenziato, talaltra no; gli esiti del sindacato scontano inevitabili margini di opinabilità, naturale portato della complessità e flessibilità dei criteri di giudizio e del rispetto della sempre incombente discrezionalità della politica.

**19.** L'eguaglianza non è nemmeno un principio astratto[143]: vive nella storia[144] e si alimenta di un processo continuo, non necessariamente lineare, di

[142] Il rapporto ha una densità problematica non inferiore a quella di ciascuno dei due termini. Non avrebbe senso svolgere qui una panoramica delle posizioni scientifiche. Ci si limita a rinviare a L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005, 41 ss., ove si dà atto di come, nella letteratura recente, prevalga la bipartizione tra i giudizi ternari sull'eguaglianza e altri tipi di giudizi, diversamente strutturati, sulla congruità tra legge e valori costituzionali, anche in bilanciamento tra loro. In effetti, della ragionevolezza si parla ormai anche come di un meta-valore (*ibidem*, 374), o addirittura di un metodo, che pervade totalmente l'attuale controllo di costituzionalità e scaturisce dalle radici della forma di Stato costituzionale (F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, 9, 50, 55). Non sembra ci si allontani molto, quando la si descrive come una istanza generale di equilibrio (tra principi, diritti, poteri ecc.), che nell'eguaglianza trova uno, non l'unico, aggancio costituzionale sostanziale (G. Silvestri, *Uguaglianza ragionevole e giustizia costituzionale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, *cit.*, 16 ss.). In effetti, sostenere la distinzione dei due concetti non vuol dire negare rapporti tra l'uno e l'altro: ad es. Marta Cartabia (*Riflessioni*, *cit.*, 415, 431, ma *passim*) ascrive alla ragionevolezza, istanza di mediazione tra universalità e particolarità, il merito di assicurare alla garanzia costituzionale dell'eguaglianza connotati non rigidamente uniformanti.

[143] Formidabile l'attacco di G. Ferrara, *Dell'eguaglianza*, in *La democrazia alla fine del secolo*, a cura di M. Luciani, Laterza, Roma-Bari, 1994, 30 ss.: all'origine dell'idea di eguaglianza c'è il più significativo dei confronti umani, che impegna l'individuo come soggetto e come oggetto, nel proprio umano che si paragona con l'umano altrui (30); questo confronto non è affatto astratto, ma è il prodotto di rapporti strutturati, con valenze plurime, e della presa di coscienza di individualità definite e comunicanti (31).

[144] Le ricostruzioni storiche dell'eguaglianza sono numerose e, nella letteratura costitu-

presa di consapevolezza collettiva dei problemi e delle soluzioni, «attraverso continui sondaggi e tentativi»[145]. Non può stupire il continuo affiorare della logica della gradualità: ad es., nelle modulazioni temporali degli interventi legislativi di riforma, nonché nelle previsioni costituzionali, che, lasciando spazio ai bilanciamenti legislativi, pongono anche le premesse per questo genere di graduazioni. Se poi si considera la difficoltà per la Corte di impiegare argomenti sociologici – evidente, tra le decisioni passate in rassegna, in alcune delle più discusse, talora francamente maldestre – si comprende come siano gli organi politici, non quelli giurisdizionali, a trovarsi nella posizione migliore per interpretare i cambiamenti sociali. Questo dato illustra una volta di più l'importanza, per l'interpretazione costituzionale, di riforme legislative di sistema; spiega la propensione del giudice costituzionale a muoversi, prudentemente, per linee interne ai singoli settori normativi, e a fare appello alla *ratio* di un determinato istituto, o a un determinato diritto costituzionale, piuttosto che a una valutazione diretta delle situazioni materiali da assimilare o differenziare; giustifica l'uso di argomenti non puramente sociologici o storici, ma di storia legislativa, laddove l'evoluzione complessiva di interi settori dell'ordinamento aiuta a cogliere gli eventuali anacronismi del diritto[146]. Forse la storicità dell'eguaglianza consente altresì di abbozzare

zionale, sono le premesse di precise letture dei contenuti positivi del principio. Qui ci si limita a osservare che pare particolarmente pertinente alle tesi sostenute la ricostruzione svolta da Maurizio Fioravanti (*Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno*, in *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, *cit.*, 21 ss.; *Uguaglianza e Costituzione: un profilo storico*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, *cit.*, 45 ss.): la contemporaneità è la stagione dell'uguaglianza nella Costituzione, mentre in passato i rapporti tra le due nozioni sono stati di tensione (*op. ult. cit.*, 62); ciò è avvenuto perché la Costituzione si è fatta politica, abbracciando contenuti nuovi, complessi e ambiziosi, tra i quali hanno trovato posto anche le numerose implicazioni dell'eguaglianza, che si è lasciata così afferrare e disciplinare (*Il principio di eguaglianza*, *cit.*, 40 ss.); peraltro, il presente, teatro e luogo di mediazioni, non oblitera il passato, ma intreccia in modo originale diversi pezzi della tradizione (*Uguaglianza e Costituzione*, *cit.*, 70), ivi compresa l'antica vocazione della Costituzione ad assicurare la composizione del pluralismo nella comunità.

[145] G.U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza*, *cit.*, 82.

[146] In altre parole, tutto ciò spiega perché, nell'ambito qui considerato, la Corte costituzionale abbia fatto ampio uso di quelle virtù passive, che secondo G. Zagrebelsky (*La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 307 s.) sono particolarmente opportune nei tempi difficili di fragilità della Costituzione e turbolenza della politica: e, forse, non è solo questione di tempi, ma anche di temi. Lo stesso autore in passato (relazione su *Corte Costituzionale e principio d'uguaglianza*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, *cit.*, 112 ss., 116 ss.) aveva ammesso che, nelle proprie funzioni di garanzia dell'eguaglianza, la Corte sostituisse una propria razionalità a quella del legislatore – con l'effetto di innescare una dialettica tra le grandi scelte politiche dei movimenti organizzati e «le buone ragioni armate solo della loro persuasività» – a una duplice condizione: che ciò avvenisse con un atteggiamento prudente, accessorio, di critica e stimolo rispetto alla politica; e in collegamento con valori «larghissimamente accettati», trascendenti le stesse concretizzazioni puntuali in singoli enunciati costituzionali. In questi termini, la posizione era ancora più cauta di quella contestualmente espressa da

pur essa, come per i diritti, una sorta di successione delle generazioni: a una prima e più matura generazione dei problemi dell'eguaglianza dovrebbero appartenere quelli attinenti alla razza, al sesso, alle convinzioni religiose e politiche; più nuove sono le questioni riguardanti, ad es., le differenziazioni di trattamento per cittadinanza, disabilità, caratteristiche fisiche nonché – sotto alcuni profili – per età.

**20.** Con un'ultima iperbole, l'eguaglianza non si può considerare nemmeno un principio egalitario: vive di categorie, con tutti i limiti che ne conseguono; si confronta di continuo con problemi la cui soluzione non è alla portata dell'interpretazione costituzionale, o quantomeno dell'applicazione giudiziaria della Costituzione.

Quanto al primo profilo, dovrebbe essere ormai chiaro che, da un lato, l'ordinamento non può fare a meno, anche allo stesso fine di affermare l'eguaglianza, di ricorrere a ben determinate definizioni e distinzioni. Per converso, anche all'interno di norme enunciate, inizialmente, con intenti egualitari può esservi poi lo spazio per ulteriori slittamenti in senso ancora più marcatamente emancipativo. Questo è accaduto, ad es., per quanto riguarda le provvidenze inizialmente concepite per la maternità, poi più propriamente riferite alla genitorialità: tra i molti meriti di questo percorso, vi è quello di avere dato risalto normativo al fatto che anche per i padri, e non solo per le madri, una parte importante della personalità – non meno di quella legata al lavoro e alla produzione – si gioca nel rapporto con i figli; e che, per converso, questi ultimi si alimentano del rapporto con entrambi i genitori. In ultima analisi, il ricorso alle categorie è inevitabile, seppure rischioso, e richiede una continua attenzione critica.

Quanto al secondo profilo, si sono esaminati alcuni esempi delle difficoltà in cui il sindacato giurisdizionale incorre, allorché i problemi riguardano non norme isolate, ma interi compendi normativi, rapporti complessi, status articolati; oppure implicano la conciliazione con esigenze e principi che, in un dato contesto, possono spingere in senso contrario a una piena e immediata attuazione dell'eguaglianza; o ancora postulano una pluralità di opzioni alternative. Non sono certo problemi esclusivi dell'applicazione giudiziaria del principio di eguaglianza, ma possono risultare accentuati dai caratteri di questo principio ricordati sopra, oltre che, per così dire, dalla sua vocazione sintattica, non sempre compatibile con le strettoie processuali.

LEOPOLDO ELIA (in *Relazione di sintesi*, *cit.*, 168) il quale pure sottolineava il nesso tra giustizia costituzionale e deposito storico dei valori più profondamente sedimentati nella coscienza collettiva; ma nondimeno rivendicava alla Corte (della quale era da poco entrato a far parte) il merito di costituire, se non «l'isola della ragione nel caos delle opinioni» (secondo l'espressione di F. MODUGNO, *L'invalidità delle leggi*, Milano 1970, vol. I, XI), almeno l'isola dell'opinione più ragionevole, nel senso di praticamente verificabile, nel caos o nella pluralità delle opinioni.

**21.** Ecco perché non si condivide la già riportata affermazione dell'«uguale diritto di tutti all'affermazione e alla tutela della propria identità, in forza dell'eguale valore associato a tutte le differenze che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da tutti gli altri e di ciascun individuo una persona come tutte le altre». Questa affermazione non può farsi in termini assoluti, astratti, uniformi. La distinzione tra diseguaglianze (dovute a previsioni giuridiche positive, o all'assenza di previsioni che contrastino determinate situazioni di fatto) consentite e non è materia di scelta: di scelte costituzionali, in primo luogo, e poi legislative. Non c'è nulla di anomalo nel fatto che, in un determinato momento storico, a proposito di queste scelte si aprano divergenze all'interno del corpo sociale: l'identificazione dei problemi dell'eguaglianza e delle loro soluzioni è una sfida perenne e richiede un processo di intelligenza collettiva organico, corale, aperto. Non sempre le corti ne sono la sede più appropriata[147].

[147] In questa conclusione si potrebbe scorgere una corrispondenza con alcune tesi del costituzionalismo cd. politico (con terminologia britannica) o popolare (con terminologia statunitense; cfr. la sintesi critica di M. Goldoni, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in *Quad. cost.*, 2010, 733 ss.): anche il contenuto dei diritti è, almeno in parte, oggetto di dibattito politico; la relativa dimensione conflittuale non può essere semplicemente neutralizzata giuridicamente e rimossa dalla sfera del ragionevolmente discutibile; anzi, la sede più appropriata per la discussione è quella parlamentare, aperta alla più ampia varietà di opinioni e valutazioni, anche tecniche, e a continue riformulazioni ed emendamenti delle scelte fatte (v. anche A. Barbera, *«Ordinamento costituzionale»*, *cit.*, 321 s.). D'altra parte, se l'ineguaglianza si infiltra nel processo di formazione delle istituzioni democratiche, la legislazione non può che rifletterla, in modo più o meno accentuato: ma allora rimedi successivi, come lo stesso controllo di legittimità costituzionale, non potranno rimuovere lo stigma di ineguaglianza che pesi sulla rappresentanza politica (G. Silvestri, *Dal potere ai principi*, *cit.*, 5 s.).

# DIS-EGUAGLIANZA E DISABILITÀ

Anna Lorenzetti*

Sommario: 1. La questione definitoria della disabilità. – 2. Il riconoscimento della disabilità come dis-eguaglianza nel quadro costituzionale: brevi cenni. – 3. Le modalità di rimozione della dis-eguaglianza: il diritto diseguale. – 3.1. I limiti al potere/dovere di rimozione delle dis-eguaglianze in ragione della disabilità. – 3.2. Gli effetti della rimozione delle diseguaglianze. – 3.2.1. La disabilità come debolezza e come fragilità: la visione paternalistica. – 3.2.2. La disabilità e la potenziale contrapposizione fra individuo e collettività. – 4. La tollerabilità della dis-eguaglianza in ragione della disabilità e i suoi parametri. – 5. La disabilità come chiave di lettura dell'uguaglianza. – 5.1. Disabilità e divieto di discriminazione. – 5.2. Disabilità e garanzia di parità delle opportunità. – 5.3. Disabilità e diritto alla differenza. – 5.4. La disabilità come pari dignità: la svolta universalistica e dignitaria del contrasto alle discriminazioni. – 5.5. La disabilità in chiave antisubordinazione: il superamento dei paradigmi dell'uguaglianza in chiave di effettività delle tutele.

## 1. La questione definitoria della disabilità

Differentemente da quanto accade a livello sovranazionale[1], l'ordinamento italiano non conosce una definizione giuridica di disabilità sebbene siano presenti una serie di riferimenti normativi che la presuppongono[2].

La dottrina che si è occupata del tema ne ha rilevato una evoluzione significativa che da una concezione medica – per cui la disabilità rappresenta un problema individuale della persona che manifesta una menomazione, un deficit, un handicap[3] – si è più recentemente proiettata verso una dimensione sociale. Più tipicamente propria del livello sovranazionale[4], che la intende

* Il presente lavoro rappresenta una versione rivista in termini sintetici quanto al suo apparato di note, della relazione presentata al convegno annuale del Gruppo di Pisa su "La dis-eguaglianza nello stato costituzionale", svoltosi a Campobasso, nei giorni 19 e 20 giugno 2015, per la cui versione integrale si rinvia a www.gruppodipisa.it.

[1] La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia con l. 18/2009, offre una definizione di disabilità all'art. 1, par. 2). Sul punto, v. recentemente, G. Arconzo, *La pratica della contenzione a confronto con i diritti delle persone con disabilità sanciti nella Convenzione ONU*, in S. Rossi (a cura di), *Il nodo della contenzione*, Merano, Alphabeta Verlag, 2015, 329-343.

[2] V. l. n. 104 del 1992), art. 3); l. n. 67 del 2006); d. lgs. 216 del 2003 (di recepimento della Direttiva 2000/78).

[3] Così, la classificazione dell'ICIDH (acronimo che sta per *International Classification Of Impairments, Disabilities And Handicaps*, ossia uno dei documenti di classificazione delle malattie redatto dall'Organizzazione mondiale della sanità).

[4] Secondo la classificazione ICF (sigla che sta per *International Classification of Functioning, Disability and Health*), approvato nel 2001 dall'Organizzazione mondiale della sanità. M.

quale conseguenza di fattori sociali[5] cui concorrono i comportamenti degli individui e le scelte dei decisori pubblici[6], la concezione sociale di disabilità intende la persona disabile così come collocata nel contesto di riferimento.

A questa evoluzione del concetto di disabilità ha corrisposto un ripensamento, per via giurisprudenziale, dei suoi limiti, e l'inclusione in essa non solo di questioni di carattere fisico[7] e mentale[8], che prescindono dalla gravità[9], dalla possibilità di cura[10], dalla durata[11] e dalle cause (ad esempio, rispetto al suo carattere sopraggiunto a seguito di eventi esterni[12] o dell'evoluzione

Oliver, *The politics of disablement*, Basingstoke Macmillans, London, 1990. V. la nozione emergente a livello euro-unitario, come restituita dalla Corte di Giustizia (es. nei casi *Chacón Navas*, 11.7.2006, C-13/05; *FOA c. Kommunernes Landsforening*, 18.12.2014, causa C- 354/13).

[5] La stessa nozione di handicap nel senso medico-scientifico, infatti, costituisce un concetto in continua evoluzione e ha carattere relativo, in quanto vi sono menomazioni fisiche o psichiche che configurano un handicap in alcuni contesti sociali ma non in altri.

[6] C. Barnes, *Understandig the Social Model of Disability*, in *Disability Press*, University of Leeds, *www.leeds.ac.uk*, E. Colombetti, *La dipendenza condivisa*, in *I Disability Studies: Aspetti etico-antropologici*, in *Medic.*, 2013, 21(2), 26, che sottolinea come lo svantaggio percepito dalla persona con disabilità deriverebbe da un fallimento da parte del contesto sociale nel rispondere ai suoi bisogni ed aspirazioni, o da pregiudizi specifici di alcune tradizioni culturali che portano all'esclusione e all'emarginazione. Secondo questa prospettiva, chi deve essere aiutato a cambiare non è dunque l'individuo, ma l'ambiente, posto che le persone con disabilità costituirebbero un gruppo minoritario e oppresso. È da segnalare però che lo stesso modello sociale è stato oggetto di critiche; v. M. Oliver, *Defining Impairment and Disability: issues at stake*, in C. Barnes, G. Mercer (eds), *Exploring the Divide*, Leeds, Disability Press, 1996, 49; T. Shakespeare, *Critiquing the Social Model*, in *Disability Rights and Wrongs*, Abingdon, Routledge, 2006, 29-53, in particolare 33 ss.

[7] Rispetto alla disabilità in ragione della cecità, v. Corte cost. 88/93; fanno riferimento a invalidi civili, ciechi civili e sordomuti Corte cost. 106/92; 3/92; 467/2002.

[8] Sul versante interno, si veda il *Country Report* sulla salute mentale per l'Italia, realizzato nel 2009, nell'ambito di un progetto dell'Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione europea (disponibile sul sito della FRA) da E. Lamarque, M. Massa, che riportano una significativa giurisprudenza. Sul tema, v. S. Rossi, *La salute mentale fra libertà e dignità*, Milano, FrancoAngeli, 2015. Copiosa la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani sul punto. *Inter alia*, v. *Claes v. Belgio*, n. 43418/09 (10/01/2013); *Placì v. Italia*, 48754/11 (21/01/2014); *De Donder & De Clippel v. Belgio*, n. 8595/06 (06/12/2011); *V. D. c. Croazia*, n. 15526/10 (08/11/2011); *Cocaign c. Francia*, n. 32010/07 (03/11/2011); *Jasinskis v. Lettonia*, n. 45744/08 (21/12/2010). V. anche *Horváth & Kiss v. Hungary*, n. 11146/11, 29/04/2013; *Koua Poirrez v. France*, n. 40892/98, 30.9.2003; *Zehnalová and Zehnal v. the Czech Republic*, n. 38621/97, ECHR 2002, *V. and Sentges v. the Netherlands*, n. 27677/02, 8.7.2003.

[9] In numerose pronunce, si è infatti trattato di come impatta l'aggravarsi della disabilità che, ad esempio, rende inabile allo svolgimento di una determinata mansione, sulla tutela giuridica della persona.

[10] A livello euro-unitario, v. *HK Danmark*, 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11.

[11] Questa è, ad esempio, la consolidata posizione della Corte di giustizia: *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern* C-356/12, 22.5.2014, C-356/12 (pt. 38); *Chacón Navas*, 11.7.2006, C-13/05 (pt. 45).

[12] Così, il caso di una disabilità sopraggiunta a seguito di incidente stradale è stata inclusa nell'ambito di tutele della direttiva 78 del 2000; v. la posizione della Corte di Giustizia in *HK Danmark*, 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11.

"naturale", ossia fisiologica, umana[13] o ancora dell'essere riconducibile alla responsabilità della persona stessa[14]). Nell'applicazione giurisprudenziale, la disabilità ha anche abbracciato una serie di condizioni potenzialmente affini e riconducibili, a livello intuitivo, in un alveo di prossimità, come ad esempio, il caso di malattia[15] (e in particolare di patologie quali il diabete[16], la condizione di portatori di HIV[17], l'Alzheimer[18]) o di limite fisico[19]. Soprattutto la giurisprudenza straniera e sovranazionale si è interrogata, con esiti differenti, sulla possibilità di utilizzare le tutele previste a favore della disabilità anche verso condizioni particolari come la malattia derivante dalla sterilità[20], il transessualismo[21], l'obesità[22], una età molto avanzata[23]. Sul piano interno, al

[13] Ad esempio, nel caso in cui sia un'età molto avanzata a determinare forme di disabilità.

[14] F. Cannata, *Nuovi sviluppi del diritto antidiscriminatorio europeo dopo il riconoscimento "condizionato" dell'obesità come disabilità da parte dei giudici del Lussemburgo*, in *www.rivistaaic.it*, 2, 2015, 7.

[15] In senso di rifiuto ad estendere le tutele a vantaggio della disabilità verso la malattia, *Chacón Navas*, 11.7.2006, C-13/05; *HK Danmark*, 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11.

[16] Sul punto v. ECtHR, *Glor v. Switzerland* (No. 13444/04), 30.4.2009.

[17] Sempre la Corte di Strasburgo ha ritenuto, nel Caso *Kiyutin v. Russia*, (Application no. 2700/10), 15/09/2011, che una persona affetta da HIV dovrebbe essere tutelata in quanto disabile, sotto la protezione offerta dall'art. 14 CEDU, in particolare nella locuzione "altri status".

[18] Sul piano interno, è consolidato l'indirizzo giurisprudenziale creatosi da oltre un ventennio a questa parte, in tema di disabili psichici o, più genericamente, relativamente ad ospiti delle RSA con problemi psichiatrici, che vi considera rientranti i pazienti malati di Alzheimer. Fluviale la giurisprudenza, richiamata da A. Candido, M. Gioncada, P.A. Mirri, F. Trebeschi, *Prestazioni sociali e sociosanitarie: il nuovo ISEE. Regolamenti, riparto degli oneri, contenzioso*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2015, in corso di pubblicazione. Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 22.03.2012, n. 4558; T.A.R. Piemonte, sez. II, 31.01.2014, n. 199; Trib. Cremona, sez. I, 19.09.2013, n. 506.

[19] V. il caso *Glatzel*, *cit.*, circa il livello minimo di vista che può essere previsto per l'ottenimento della patente di guida di veicoli leggeri (direttiva 2006/126/CE).

[20] In senso negativo, circa l'impossibilità a procreare come forma di disabilità, v. Corte di Giustizia, caso *Z.*, 18.3.2014, C-363/12.

[21] L'avvicinamento della condizione *transgender* a quella di disabile proviene dal contesto nord americano in cui, in chiave di un rafforzamento delle tutele, si è tentato di percorrere questa strada. Tuttavia, sono state piuttosto contrarie le posizioni dell'associazionismo, alla luce della stigmatizzazione che l'essere assimilati alla condizione di disabile avrebbe comportato. V. in senso contrario, *Myers c. Cuyahoga County*, 192 Fed. Appx. 510, 2006, WL 1479081 (6th Cir. 2006). In senso affermativo, v. *Doe v. Bell*, 194 Misc.2d 774, 754 N.Y.S.2d 846 (N.Y. Sup. Ct. N.Y. County 2003), and N.Y. Executive Law § 296 sub. 18(2). V. J.L. Levi, B.H. Klein, *Pursuing Protection for Transgender People through Disability Laws*, in P. Currah, R.M. Juang, S.P. Minter (eds.), *Transgender rights*, Minnesota, Minnesota University Press, 2006, 74-92.

[22] Sul piano euro-unitario, v. *FOA c. Kommunernes Landsforening*, *cit.*, sia pure limitatamente al caso in cui la condizione fisica sia ad un livello tale da ostacolare la piena partecipazione alla vita professionale o un livello paritario con gli altri lavoratori. F. Cannata, *cit.*

[23] È da rilevare una tendenza sempre più accentuata, ma senza alcuna problematizzazione, ad incorporare l'età avanzata come condizione coincidente con una disabilità, sebbene siano codificati come autonomi *ground* (fattori di discriminazione) dalle Direttiva 2000/78.

contrario, più debole attenzione è stata dedicata all'estensione interpretativa della nozione di disabilità, probabilmente in ragione della chiara e indiscussa fissazione di parametri, fisici e mentali che, nei vari ambiti in cui è intervenuta normazione, individuano una persona come disabile.

## 2. Il riconoscimento della disabilità come dis-eguaglianza nel quadro costituzionale: brevi cenni

La disabilità può rappresentare una forma di dis-eguaglianza (di fatto) che emerge nell'ordinamento costituzionale almeno sotto due forme.

Da un lato, l'ordinamento costituzionale ne prende esplicitamente atto attraverso lo specifico riconoscimento dell'art. 38 Cost. che si riferisce alla nozione di inabili al lavoro (co. 1) cui, in caso di mancanza dei mezzi di sussistenza, è riconosciuta l'assistenza sociale; nella medesima disposizione sono richiamate le nozioni di malattia e invalidità (co. 2), nei termini dei rischi da cui il lavoratore deve essere tutelato mediante una assicurazione sociale, ma anche di inabilità e minorità (co. 3), come condizioni che danno diritto all'istruzione e alla formazione professionale.

In maniera implicita, la disabilità viene evocata nell'ambito di quelle "condizioni personali" che, *ex* art. 3 Cost., non possono costituire la base per un diverso trattamento di fronte alla legge[24] e nei termini di possibile ostacolo alla piena realizzazione della persona, che è compito della Repubblica rimuovere (*ex* art. 3, co. 2).

## 3. Le modalità di rimozione della dis-eguaglianza: il diritto diseguale

Alla presa d'atto della disabilità quale condizione personale che genera una diseguaglianza di fatto, seguono una serie di dispositivi che vanno al di là del mero riconoscimento della fragilità o vulnerabilità, ma si pongono quali strumenti rimediali finalizzati a ripristinare una parità di *chance* o di opportunità, anche per le persone disabili[25].

[24] Per un quadro complessivo, C. Colapietro, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011.

[25] Oltre alla già citata L. 104/92 (in cui sono previste anche disposizioni in materia di barriere architettoniche e sensoriali, che si aggiungono alla già copiosa normativa di settore), v. art. 27, L. 118/71, art. 32, L. 41/86, L. 13/89, D.M. 236/89, D.P.R. 503/96; D. Lgs. 216/2003; L. 67/2006. Per ragioni di economia del lavoro, non è possibile richiamare la rilevante normativa regionale, per la quale si rinvia a L.R. Sciumbata, *L'handicap nella legislazione regionale*, Roma, 2009; G. Cuzzola, *Le politiche regionali sulla disabilità*, in E. Vivaldi (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il "dopo di noi" tra regole e buone prassi*, Bologna, Il Mulino, 2012.

In attuazione del dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli al pieno spiegamento del principio di uguaglianza, sono state introdotte varie forme di azioni positive o trattamenti preferenziali che riguardano principalmente l'area del lavoro – rispetto, ad esempio, alle assunzioni obbligatorie[26], alle agevolazioni per alcuni tipi di cooperative che assumono lavoratori disabili[27], alla possibilità di un trattamento differenziato[28] o di un accomodamento ragionevole[29] – e dell'istruzione[30] – come nel caso del diritto all'assistenza scolastica dello studente disabile[31], del riconoscimento di un tempo maggiore per conseguire il titolo di studio obbligatorio[32], di un numero massimo di studenti inferiore quando in una classe vi siano alunni con disabilità[33], di previsioni *ad hoc* per esami e test di verifica[34]. Sul punto, una vivace giurisprudenza ha confermato la legittimità di una serie di provviden-

[26] Così, l. 482/1968 e successivamente, l. 68/1999; d. lgs. 276/2003, artt. 54 ss. (in particolare, art. 57, co. 1).

[27] V. la L. 381/1991, art. 4, co. 1 e 2.

[28] D. lgs. 81/2008, circa l'adeguamento delle mansioni alla disabilità della persona; l. 104/1992 che genericamente si riferisce all'inserimento lavorativo.

[29] Questa espressione, coniata nell'ambito della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (art. 2, co. 4), si riferisce a quelle modifiche e adattamenti necessari e appropriati per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali su base di uguaglianza con gli altri; è però precisato come non debbano imporre un onere sproporzionato o eccessivo, mentre è richiesta la loro necessità. Peraltro, come è noto, la mancata imposizione a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è stata una delle cause della procedura di infrazione contro l'Italia (*Commissione contro Italia*, 4.7.2013, C-312/11) per cattiva trasposizione della Direttiva 2000/78. Ne è seguita la modifica all'atto di recepimento (D. lgs. 216/2003, art. 3, che ha aggiunto il co. 3-*bis*). Sulla complessità di questo requisito, si veda il contributo (dal titolo già evocativo del pensiero dell'autrice): L. Waddington, *When it is reasonable for europeans to be confused: Understanding when a disability accomodation is "reasonable" form a comparative perspective*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2008, 29, 317-340. Per una analisi nella prospettiva comparata, v. P. Bianchi, *La tutela delle persone con disabilità nella prospettiva comparata*, in C. Colapietro, A. Salvia (a cura di), *Assistenza inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, ESI, 2013, 367 ss.

[30] D. lgs. 297/1994, artt. 312 ss. Sul tema, v. S. Troilo, *Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale*, Milano, Giuffré, 2012.

[31] Ad es. sugli insegnanti di sostegno, v. D. lgs. 297/1994, art. 315, co. 2, 4, 5, art. 316, art. 319, il cui numero è determinato per legge, salvo specifici casi e progetti per studenti con disabilità (l. 449/1997, art. 40, co. 1 e 3; l. 289/2002, art. 35, co. 7; D.p.c.m. 185/2006, art. 4; l. 244/2007, art. 2, co. 413-414).

[32] D. lgs. 297/1994, art. 182, co. 2, e art. 316, co. 1, lett. c).

[33] D.p.r. 81/2009, art. 5, co. 2.

[34] Ad esempio, rispetto all'istruzione obbligatoria, le verifiche devono tenere conto del livello degli studenti con disabilità, valutando il differenziale fra il livello iniziale e quello conseguito, *rispetto alle proprie capacità*; nella scuola superiore, il tempo assegnato per esami e verifiche può essere maggiore e i test *standard* possono essere sostituiti con altri di *valore equivalente*. Così, d. lgs. 297/1994, art. 318.

ze, agevolazioni, trattamenti preferenziali, previsti dalla normativa di settore, in ambito scolastico e di istruzione[35], ma anche lavorativo[36] o economico[37], in quanto finalizzati all'integrazione sociale e allo sviluppo della persona portatrice di disabilità.

Nel prendere atto della differente situazione di partenza e dello svantaggio di fatto in cui versa la persona disabile, questi strumenti hanno il comune denominatore di agevolare, per il disabile, i percorsi previsti per le persone normodotate, così da ristabilire una parità nelle opportunità.

L'individuazione degli strumenti attraverso cui superare la diseguaglianza presuppone il previo riconoscimento dell'obiettivo che ci si pone di raggiungere il quale, a sua volta, può essere messo in relazione con il significato che alla disabilità si assegna.

Se, infatti, della disabilità si assume una concezione medica, il percorso proposto per il superamento della diseguaglianza graviterà comunque nell'ambito della cura e dell'assistenza, dunque nel supporto alla persona che si ritiene bisognosa, senza invece contemplare in interventi di inclusione e di rimozione degli ostacoli di natura sociale che la rendano autonoma nonostante la sua disabilità[38]. D'altro canto, la lettura della disabilità come questione medica, si traduce nell'intenderla come problema individuale, con una inevitabile ritrazione del potenziale coinvolgimento della collettività, come pure sarebbe costituzionalmente ammesso, se non altro attraverso il dovere di solidarietà sociale e di fraternità[39].

[35] Corte cost. 215/1987; Corte cost. 80/2010. G. Arconzo, *La normativa a tutela delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. D'Amico, G. Arconzo, *Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all'inclusione a vent'anni dalla legge n. 104 del 1992*, Milano, Giuffré, 2013. V. Trib Milano, ord., 10.1.2011, *FPS*, 2011, 2, 153; Trib. La Spezia, 28.3.2011; Trib. Messina, 29.12.2011. *Contra*, Trib. Udine, ord., 13.1.2012; Corte cost. 226/2001.

[36] Circa i diritti di cura (attivi e passivi), come si ricorda, i permessi sono stati progressivamente estesi al fratello (Corte cost. 233/2005), al coniuge (Corte cost. 158/2007), al figlio (Corte cost. 19/2009), al nipote (Corte cost. 203/2013), di persona disabile. Sull'assegnazione della sede di lavoro più prossima al familiare convivente di persona disabile v. però Corte cost. 325/96, Corte cost. 246/97.

[37] Corte di Giustizia, *Odar* (*Johann Odar contro Baxter Deutschland GmbH*), 6.12.2012, C-152/11.

[38] C. Barnes, G. Mercer, *Exploring the Divide: Illness and Disability*, Disability Press, Leeds, 11 ss., 199; L. Violini, *Il diritto all'assistenza delle persone con disabilità*, *cit.*

[39] F. Pizzolato, *Dal personalismo alla fraternità: fondamenti e condizioni per una solidarietà pubblica*, in A. Marzanati, A. Mattioni (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, Città Nuova, 2007, 45-60; Id., *A proposito di fraternità cristiana e fraternità giuridica*, in Aa.Vv. (a cura di), *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, Vitaepensiero, 2011, 541-555; Id., *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di una ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, Città Nuova, 2012. A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, Giuffrè, 2012. Va tuttavia scongiurato il rischio di scivolare nel paternalismo.

Se invece della disabilità si considera non tanto l'impatto quale problema medico individuale, ma piuttosto una lettura di matrice sociale, l'impianto rimediale dovrà prevalentemente consistere in strumenti che promuovano l'inclusione e l'integrazione della persona disabile e della sua disabilità nell'ambito del contesto sociale e della collettività che la accoglie.

Un ulteriore punto di riflessione è se un trattamento agevolato sia sempre ammesso quando sia nell'interesse del disabile o se al contrario non vada verificato il rischio di veicolare un approccio "vittimizzante", paternalista e stereotipato della persona disabile e della disabilità di per sé, come condizione che rende una persona debole, fragile e dunque "marginale" (rispetto alle dinamiche sociali).

Anche l'individuazione dei soggetti su cui incombe il dovere di rimozione della diseguaglianza che la disabilità genera diviene mobile seguendo la scia della nozione di disabilità che si condivide. Infatti, saranno soprattutto operatori socio-sanitari, ma anche decisori pubblici[40], a doversi occupare della rimozione dello svantaggio di ordine medico. Al contrario, se si intende la disabilità come questione sociale, i soggetti cui è richiesto di partecipare al processo di inclusione comprenderanno anche la collettività e i terzi che con la persona disabile vengano a contatto.

### 3.1. I limiti al potere/dovere di rimozione delle dis-eguaglianze in ragione della disabilità

Il potere/dovere di rimuovere le diseguaglianze cagionate dalla disabilità incontra una serie di potenziali limiti principalmente riconducibili al riconoscimento e alla tutela dei diritti e degli interessi che possono contrapporsi alle istanze di tutela della disabilità.

Si pensi alle esigenze che possono essere fatte valere da terzi come, ad esempio, l'amministrazione scolastica cui è richiesto di attivare misure preferenziali così da consentire allo studente disabile di esercitare il proprio diritto allo studio[41] o la partecipazione alle attività scolastiche extra didatti-

[40] E. Vivaldi (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà*, *cit.*

[41] V. Corte cost. 372/2002; la giurisprudenza amministrativa sul diritto all'assistenza scolastica del disabile è stata granitica nel condannare l'amministrazione scolastica: TAR Sicilia, Catania, II, 3097 22.12.2011; TAR Sicilia, Catania, II, 2133 del 31.08.2011, nn. 2790 e 2791 del 25.11.2011 e nn. 2907, 2909 e 2910 del 7.12.2011); T.A.R. Sicilia, Palermo, 360 del 24.2.2011 e n. 2222 del 25.11.2011; T.A.R. Sicilia, Palermo, I, 23.11.2010, n. 14112; T.A.R. Lazio, III-*bis*, 23.12.2011, n. 10150 – e rifiutare la configurazione di limiti di natura organizzativa; così, *inter alia*, TAR Campania, sez. VIII, n. 467, 28.1.2009, nonché TAR Campania, sez. IV, sent. n. 5583, 25.11.2011; TAR Campania, Napoli, sez. IV, sent. n. 6901, 16.12.2011; TAR Toscana, sez. I, 13.1.2014, 54. Si veda però in senso opposto e relativamente all'ambito lavorativo, Cass. civ., 2.11.2006, n. 23526, sez. lav.

che[42]; o si pensi ancora al datore di lavoro, in capo a cui incombe l'onere di rimuovere le diseguaglianze trovando un accomodamento ragionevole che permetta l'esecuzione della prestazione lavorativa nonostante la disabilità[43]. Nel considerare che spesso le misure preferenziali si traducono in un onere per chi eroga il servizio o per il datore di lavoro e, se privato, in una limitazione della libertà di impresa[44], va considerato il peso che le esigenze contrapposte potrebbero assumere in sede di bilanciamento rispetto alla tutela della disabilità[45].

### 3.2. Gli effetti della rimozione delle diseguaglianze

#### 3.2.1. La disabilità e la potenziale contrapposizione fra individuo e collettività

L'obiettivo di una piena rimozione della diseguaglianza di fatto che la disabilità genera può dare luogo ad un potenziale conflitto con le istanze della collettività.

Spesso, infatti, sono gli interessi della collettività, qualificata o meno[46], a dover essere valutati nel dare spazio alle pretese avanzate dalla persona disabile. Tendenzialmente, può riconoscersi una prevalenza di queste ultime quando non emergano, in modo immediato, interessi qualificati: si pensi, ad esempio, alla vicenda che ha visto imporsi il diritto allo studio (dello studente disabile) sulle supposte (astratte) esigenze della comunità scolastica[47].

Si pone quale potenziale limite alle istanze individuali anche la valutazione dei costi che alla collettività è chiesto di sostenere per soddisfare i bisogni della persona disabile, aspetto che si colloca sullo sfondo della più generale questione del "costo" dei diritti sociali, rispetto a cui la giurisprudenza ha

[42] Trib. Torino, sez. IX, ord., 5.11.2011; Trib. Taranto, sez. dist. Di Martina Franca, 4.6.2009, n. 290, GI, 2010, I, 98.

[43] Si veda la nota 30 del presente lavoro. V. Cass. civ. 24.5.2005, n. 10914, sez. lavoro.

[44] V. Corte cost. 203/2013; Cass. civ., 7.6.2012, n. 9201, sez. lav.; Cass. civ., 24.5.2005, n. 10914, sez. lav.

[45] Cass. civ., 25.2.2010, n. 4623, sez. lav.; Trib. Bologna, 18.6.2013. A livello sovranazionale, v. Corte di Giustizia, *HK Danmark*, C-335/11 e C-337/11; *Commissione europea contro Repubblica italiana*, C-312/11, *cit.*, pt. 61.

[46] Sono da distinguere i casi in cui vi siano esigenze di tutela dei lavoratori non disabili (Cass. civ., 10.4.2014, n. 8450, sez. lav.), da quelli in cui le esigenze della collettività sono soltanto evocate ma non dimostrate.

[47] Corte cost. 215/87, pt. 7 cid. circa il diritto alla socializzazione ed effettiva partecipazione dei disabili alla vita sociale. È stato così superato un precedente orientamento restrittivo. Cass. pen., sez. VI, 30.3.1981, n. 478, in *Giur. it.*, 1982, II, 106 ss., su v. criticamente E. Fassone, *Cassazione e handicappati: logica giuridica o scelte emotive?*, *ivi*, 105 ss.

riconosciuto prevalenti le esigenze individuali[48], fatto salvo il criterio di ragionevolezza[49].

Anche valutazioni a carattere generale, come criteri organizzativi ed efficienza dell'amministrazione potrebbero essere evocati quali potenziali limiti all'attivazione di strumenti di rimozione della dis-eguaglianza[50], tema su cui si registra un atteggiamento assai cauto della giurisprudenza che, di volta in volta, ha verificato la fondatezza della pretesa nel contesto della vicenda concreta[51].

### 3.2.2. La disabilità come debolezza e come fragilità: la visione paternalistica

L'attivazione di misure preferenziali sottintende spesso una retorica della cura e una visione paternalistica della disabilità intesa come patologia da curare. Simili strumenti di diritto diseguale, infatti, sono funzionali all'aiuto e al supporto alla persona afflitta dalla disabilità così che possa diventare *il più uguale possibile* alle altre persone (o comunque da esse *meno diversa*). Un simile approccio, tuttavia, palesa una zona d'ombra nella misura in cui, in qualche modo, rinforza una distanza fra chi viva una situazione di disabilità e le altre persone[52].

[48] Corte cost. 80/2010. V. però Corte cost. 226/2001 che fa rientrare considerazioni di ordine finanziario nella discrezionalità del legislatore. In senso decisamente restrittivo, si è collocata la giurisprudenza amministrativa. Cons. Stato, sez. VI, 20.1.2009, n. 3104, antecedente alla sentenza della Corte costituzionale; TA.R. Puglia, Bari, sez. I, sent. 25.6.2009; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, sent. 12.2.2010, n. 480; T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. II, sent. 4.2.2010, n. 581; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, sent. n. 14112, 23.11.2010. Trib. Milano, 10.1.2011, in *Giur. merito*, 2011, 1528). Corte di Giustizia, *HK Danmark*, C-335/11 e C-337/11. Quanto alla giurisprudenza amministrativa, *ex multiis*, v. sent. n. 90 del 2009 del TAR Friuli-Venezia Giulia (annullata da Cons. Stato, sent. n. 2231/2010).

[49] Sia pure brevemente, si ricordi che la dottrina si è interrogata sul punto, confrontandosi sostanzialmente su due posizioni, l'una che riconosce come i diritti siano finanziarmene condizionati e condizionabili (V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, Giappichelli, 2008; P.M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1993, XI; R. Ferrara, *Diritto alla salute e prestazioni finanziarie tra bilanciamento e gradualità*, in *Le Regioni*, 1991, 1513 ss.), l'altra che invece ha ribadito la necessità di garantire il nucleo essenziale dei diritti sociali quali diritti fondamentali: B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, 96.

[50] V. Corte cost. 372/02. In senso restrittivo in nome di ragioni organizzative e finanziarie, v. TAR Friuli-Venezia Giulia 90/2009, annullata da Cons. Stato, sent. n. 2231/2010.

[51] Costante è il rifiuto dell'applicazione automatica della regola astrattamente fissata, imponendosi una verifica alla luce del caso concretamente oggetto del giudizio. *Ex multiis*, TAR Campania, Napoli, sez. IV, 6.4.2011, n. 1955; Cons. Stato, sez. VI, 21.4.2010, n. 2231.

[52] Rappresenta una cartina di tornasole delle modalità di intendere la questione l'analisi del linguaggio utilizzato. Ad esempio, sulla base dei periodi storici e delle "mode" del mo-

La ragione per cui la persona disabile viene considerata tale è da ricondurre al confronto rispetto ad una persona normodotata non portatrice di disabilità. Tuttavia, non viene mai considerato che la stessa operazione di porre a confronto una persona disabile rispetto a persone normodotate sottintende l'assumere queste ultime quale parametro *standard* di riferimento, evidenziando la distanza che intercorre fra le due situazioni; simile operazione però, implicitamente, marca con un segno di disvalore, di inferiorità ciò che viene considerato *altro*, *diverso* (cioè la persona disabile)[53].

Nondimeno, posto che la fissazione del parametro di normalità si ritiene, in genere, rapportata alla prevalenza statistica, emerge una contraddizione con la visione della disabilità oggi condivisa, che la considera non più come carattere proprio di una minoranza di persone, ma quale condizione umana trasversale che, se non altro per ragioni di età o di fisiologico deperimento della persona[54], prima o poi interessa tutti[55].

In aggiunta, neppure viene invece percepito il carattere subiettivo della *normalità*, posto che una condizione è spesso *normale* per chi la sta viven-

mento, alle parole "invalido" e "inabile", sono state sostituite prima il termine "handicappato" e più di recente "disabile" o "diversamente abile". In questo, appare certa l'influenza esercitata dai *Disability Studies* e dal filone di studi che ha decostruito la nozione di disabilità come fissa, immutabile e medicalmente caratterizzata, riportando al centro dell'attenzione il peso e l'impatto del contesto sociale di riferimento nel qualificare una persona come disabile. Alcuni autori hanno però sottolineato il rischio di sfociare nell'ipocrisia: G. Arconzo, *Il Diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità, La normativa a tutela delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Morelli, L. Trucco (a cura di), *Diritti e territorio. Il valore delle autonomie nell'ordinamento repubblicano*, Giappichelli, Torino, 2015, 269.

[53] Questa riflessione potrebbe essere validamente condotta per ogni condizione di minorità, la cui tutela spesso passa attraverso il rimarcare nei fatti la loro distanza dallo *standard*, dalla *normalità*, con un effetto stigmatizzante. Sulla disabilità, v. F. Bomprezzi, *Parlare civile: comunicare senza discriminare*, Milano-Torino, Mondadori, 2013, 14. Già gli studi femministi avevano contestato l'idea per cui il parametro dell'uguaglianza dovesse necessariamente avere riguardo ad un individuo maschile, ritenuto il parametro della normalità. V. C. MacKinnon, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987. Così, anche rispetto alle più recenti questioni che riguardano le persone omosessuali, la cui sessualità è considerata *altro* rispetto a quella ritenuta *normale* in quanto statisticamente prevalente, cioè quella eterosessuale.

[54] E. Colombetti, *cit.*, 27, riflette sul fatto che la disabilità non costituisce una categoria sociale, una caratteristica di alcuni particolari individui riconoscibili, pertanto, come un *gruppo*, ma una delle possibilità della condizione umana.

[55] Si tratta di una precisazione fatta propria anche dall'OMS. Dà conto della relazione fra disabilità ed età, lo *Studio volto all'identificazione, all'analisi e al trasferimento di buone prassi in materia di non discriminazione nello specifico ambito della disabilità*, disponibile sul sito *web* dell'UNAR (Ufficio nazionale contro le discriminazioni razziali), che riferisce come tra le persone sopra i 65 anni la quota di popolazione con disabilità è del 18,7%, e raggiunge il 44,5% (35,8% per gli uomini e 48,9% per le donne) tra le persone oltre gli 80 anni.

do[56]. Né viene indagato l'effetto del possibile spostamento del *focus* sulla dimensione sociale piuttosto che su quella medica, potendosi ritenere la società come *disabilizzante* per persone non normodotate[57] e non le persone disabili come tali rispetto ad una società conformata su corpi e menti normodotati.

Questa prospettiva pone in evidenza il rapporto circolare e la reciproca influenza fra il mezzo individuato per superare le diseguaglianze e gli effetti che ne derivano.

Se infatti la persona disabile è considerata *diversa* dalla maggioranza e ad essa da ricondurre, ancora una volta lo strumento per superare la diseguaglianza sarà prevalentemente inteso sotto forma di misure specifiche (o *speciali*) pensate per *proteggere* le persone disabili[58], in quanto deboli, svantaggiate o marginalizzate, e ricondurle in condizione di pari opportunità.

Come noto dalle frequenti esperienze di misure preferenziali introdotte con l'obiettivo di colmare uno svantaggio di fatto[59], si rischia però l'effetto paradossale di porre le premesse per una accresciuta fragilità, sia a livello pratico[60], sia sul piano simbolico. Le misure preferenziali infatti vengono a perpetrare l'idea per cui la persona che ne beneficia è un soggetto debole, non autonomo e dunque necessariamente dipendente da qualcuno che non è portatore della differenza. Al contempo, ne risulta inevitabilmente rafforzata una visione della persona disabile come *altro* rispetto alle persone normodotate.

Occorre allora interrogarsi circa il possibile rischio quasi di "colonizzare" la persona disabile, di renderla *oggetto* di scelte altrui e non più *soggetto* di diritti, con un inevitabile impatto anche nei termini di riconoscimento pieno dell'autodeterminazione individuale.

Resta invece sullo sfondo la possibilità di un ripensamento complessivo dei paradigmi di riferimento, in chiave di maggiore inclusività, percorso maggiormente indicato a fronte del dato di realtà per cui la disabilità (prima o poi) riguarda tutte le persone o quanto meno una maggioranza netta[61].

Peraltro, la presa d'atto della disabilità come condizione trasversale all'esistenza umana farebbe apparire contradditoria la ricostruzione che parte dal riferimento ad una *norma* – intesa come *normalità* – forse più presunta che reale, e che potrebbe porre in dubbio la visione delle persone disabili come

[56] A. Marchiori, N.Coco, *Il transessuale e la norma*, Roma, Edizioni Kappa, 1992.

[57] Anche la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità afferma che è la società a doversi riabilitare offrendo pari opportunità per tutte le persone.

[58] V. Corte cost. 125/75 che, a proposito di un alunno cieco, ha confermato la corrispondenza al principio costituzionale di eguaglianza della frequenza di una scuola diversa, cioè *speciale*, posta la diversità fisica.

[59] M. Caielli, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2008.

[60] Si pensi alla legislazione di protezione per le donne es. in materia di lavoro notturno che ha rappresentato un sistematico svantaggio nell'accesso al lavoro.

[61] V. note 54 e 55 del presente lavoro.

membri di una *minoranza* in nome di cui si "giustifica" peraltro l'applicazione delle regole antidiscriminatorie.

## 4. La tollerabilità della dis-eguaglianza in ragione della disabilità e i suoi parametri

Il limite oltre il quale diviene un obbligo della Repubblica rimuovere gli ostacoli al pieno spiegamento della propria personalità può essere individuato nella tollerabilità della diseguaglianza che suggerisce un'indagine sui parametri in base ai quali essa va valutata.

Anche sotto questo profilo, l'approccio varia al variare della nozione di disabilità che si vuole condividere. L'intenderla quale problema medico renderà probabile una eterodeterminazione della tollerabilità della diseguaglianza, sulla base di parametri medici che valutano la persona e la sua condizione, secondo *standard* condivisi a livello scientifico e considerati validi per tutti.

Se invece della disabilità si offrisse una visione maggiormente incentrata sulla prospettiva sociale, la tollerabilità verrebbe parametrata sulla persona e sulla centralità che il progetto personalista le assegna, sfuggendo così alla visione che vede il disabile non *soggetto* di diritti ma *oggetto* di valutazioni di terzi. Questo consentirebbe anche di sottrarsi al rischio di agganciare le valutazioni inerenti la disabilità al merito individuale che, probabilmente, penalizzerebbe la persona in quanto sono gli stessi criteri di valutazione ad essere rapportati a *standard* medi; pensati per persone normodotate, questi potrebbero essere più difficili da conseguire per un disabile, confermando la necessità di problematizzare la riflessione sui parametri da utilizzare, posto che si tratta di un'operazione di per sé certamente non neutra.

## 5. La disabilità come chiave di lettura dell'uguaglianza

La disabilità rappresenta un osservatorio significativo quanto alle dinamiche che gravitano attorno all'uguaglianza, interessante da analizzare rispetto alla sua dimensione come divieto di discriminazione, quale conseguimento della parità, come espressione di un diritto alla differenza e da ultimo quale tutela della dignità.

### 5.1. Disabilità e divieto di discriminazione

Una prima direzione nel superamento delle diseguaglianze in ragione della disabilità può essere individuata nell'attuazione del divieto di discriminazione, che richiede di rendere questa condizione personale giuridicamente irrilevante e di trattare ogni persona allo stesso modo.

Questa cecità alle condizioni personali di fatto, tuttavia, è gravida di conseguenze. In primo luogo, rendendo una caratteristica personale irrilevante chiede, ma in qualche modo anche impone, all'individuo di essere "disincarnato", di spogliarsi delle condizioni di cui è portatore. In secondo luogo, l'irrilevanza di una condizione personale colloca chi è portatore di una condizione di fragilità o minoritaria, in una posizione implicitamente deteriore, alla luce della diversità nei punti di partenza rispetto a chi non ha la medesima caratteristica. Nondimeno, soltanto marginalmente potranno essere ammessi strumenti volti a riacquistare una parità di possibilità, in quanto eccezioni alla regola della parità di trattamento; assai debolmente saranno dunque possibili mezzi di riconoscimento della diversa (e deteriore) situazione nella quale, di fatto, le persone disabili si trovano rispetto alle persone normodotate. Peraltro, vi è anche da considerare che il divieto di discriminazione si attiva in termini biunivoci, per cui, nel richiedere che non vi sia un trattamento discriminatorio in ragione della disabilità, ammette la possibilità che sia la persona non disabile a chiedere di non essere trattata diversamente (e dunque discriminata) dalla persona disabile, facendo valere il divieto di discriminazione[62].

L'altro aspetto che il divieto di discriminazione come garanzia dell'uguaglianza mette criticamente in luce è il dato per cui non si assume l'obiettivo di rimuovere le cause che hanno cagionato la discriminazione, ma soltanto di impedire la discriminazione *ex se* che dunque potrà ripetersi in altro contesto o verso altre persone.

Un ripensamento del paradigma complessivo dell'uguaglianza si rende dunque necessario tenendo però a mente che presupposto implicito del giudizio di discriminazione è la confrontabilità dei termini di paragone e dunque l'individuazione dell'elemento che rende differenti le persone.

Come è noto, questo meccanismo è stato aspramente criticato[63] perché l'azione stessa della messa a confronto non appare neutra, presupponendo un posizionamento implicito che, di fatto, svantaggia le persone portatrici di condizioni recessive, minoritarie o meno rappresentate a livello pubblico, e a tutela della quali l'uguaglianza dovrebbe agire in chiave di superamento della discriminazione.

[62] È significativo notare che la giurisprudenza della Corte di giustizia sulle quote e sulle misure preferenziali sulla base del sesso, è stata animata da (prima) supposte (e poi accertate) violazioni del divieto di discriminazione fatte valere da uomini svantaggiati da azioni positive per le donne. V. Corte di Giustizia, sentenza 17.10.1995, *Kalanke*, C-450/93, a seguito della quale la Commissione ha approvato una Comunicazione COM(1996)88 sull'interpretazione di questa sentenza; sentenza 11.11.1997, in causa C-409/95, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalia*; sentenza 20.3.2000, *Badeck*, C-158/97; sentenza *Abrahamsson*, C-407/98. O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale*, Milano, Giuffré, 2005.

[63] S. Niccolai, *Differenze come cose e come valutazioni*, in F. Cerrone, M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli, Jovene, 2007; L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, Mulino, 2005.

### 5.2. Disabilità e garanzia di parità delle opportunità

L'introduzione delle misure preferenziali in grado di ricomporre un quadro di uguaglianza sostanziale e superare le diseguaglianze può essere letta assumendo l'obiettivo della parità nelle opportunità.

Questa ha ammesso una profonda azione dei trattamenti preferenziali finalizzati a raggiungere un'uguaglianza di opportunità che, nella disabilità, ha trovato la condizione per eccellenza in nome della quale può essere ammessa una diversità di trattamento che non si tramuta in una discriminazione ed è anzi ammessa e incentivata dall'ordinamento.

L'obiettivo delle pari opportunità si è così posto come una sorta di "via di fuga" dal rischio di appiattire il superamento delle dis-eguaglianze di fatto in una parità di trattamento astratta, dunque in una uguaglianza soltanto formale, che resta cieca alle differenze personali.

L'elemento di debolezza di questo percorso è però rinvenibile nel rischio di affrontare la disabilità nella esclusiva direzione della cura e dell'assistenza della persona. Infatti, se gli strumenti preferenziali concorrono al raggiungimento di un quadro di parità, allo stesso tempo perpetrano l'idea di una condizione (e di una persona) bisognosa di cura e di assistenza; nella contingenza, le situazioni di diseguaglianza di fatto ne risulteranno attenuate, senza però costruire un percorso di autonomia e inclusione della persona. Neppure verrebbe intaccato l'immaginario simbolico che dietro alle misure preferenziali è celato, posto che l'obiettivo sarebbe sempre e comunque quello di raggiungere il modello assunto a riferimento. Occorre dunque verificare attentamente il peso eventualmente assunto dalle finalità perseguite attraverso le differenze di trattamento, individuando quelle che hanno l'obiettivo o l'effetto di stigmatizzare e discriminare la persona in ragione della sua disabilità e le misure differenziate volte invece ad una sua tutela e protezione in quanto persona debole, fragile o comunque portatrice di una condizione di minorità.

Come appare intuitivo, la questione coinvolge la dimensione teorica delle azioni positive e delle misure preferenziali[64], nell'individuare gli strumenti legittimamente azionabili per colmare le diseguaglianze (di fatto) e per ristabilire la parità di *chance*.

### 5.3. Disabilità e diritto alla differenza

Se agli strumenti di superamento delle diseguaglianze viene affidato l'obiettivo di riconoscere e tutelare la diversità della condizione di disabile, una serie di limiti messi in luce dall'approccio antidiscriminatorio e dall'ugua-

[64] O. Pollicino, *cit.*; M. Caielli, *Le azioni positive*, *cit.*

glianza intesa come parità sembrano archiviati. Infatti, la persona disabile ne risulterebbe tutelata non *nonostante* questa condizione, ma proprio *in quanto* di essa portatrice. Gli strumenti preferenziali sarebbero applicati non come *eccezioni* alla parità formale, ma quale *regola* in chiave di maggiore rispetto delle specificità individuali della persona. Alla persona, non sarebbe per ciò chiesto di spogliarsi dalle proprie caratteristiche personali così da poter essere neutralmente valutata.

Tuttavia, anche questo approccio – che si colloca nella dimensione teorica che interpreta la differenza come valore costituzionale[65] – presenta dei profili da verificare con attenzione, in primo luogo in quanto non sarebbe garantita la rimozione delle cause che collocano una persona in una posizione di diseguaglianza ma soltanto una presa d'atto della condizione personale tutelata in quanto tale. Inoltre, riconoscere la differenza come un diritto, implicitamente, significa stigmatizzare una condizione e sottolinearne la distanza rispetto ad uno *standard* assunto quale paradigma di normalità[66], senza però problematizzare un'operazione che è, di per sé, carica di impliciti[67].

Se la tutela di una condizione in quanto *differente* non si traduce necessariamente in una visione paternalistica, comunque presuppone una valutazione della differenza e degli elementi sulla base di quali questa viene considerata tale. Implicitamente, ma inesorabilmente, presupporrà l'assunzione di un parametro rispetto a cui la condizione da tutelare sarà confrontata. Simile parametro però sarà non soltanto un termine di raffronto ma diverrà anche un elemento di valutazione, sulla base del quale si rischia di marcare con un segno di disvalore quanti se ne discostino[68].

[65] I. Ruggiu, *La diversità culturale come bene pubblico tra Europa e Stati costituzionali*, in R. Cerchi, G. Loy (a cura di), *Rom e Sinti in Italia*, Roma, Ediesse, 2009, 97 ss.; Id., *Effettività del diritto e protezione delle minoranze. Per un principio costituzionale della diversità*, in *Polemos*, I, 2009, 27 ss.; Id., *Diversity as a public good? Cultural identity in Legal Narratives*, in S. Niccolai, I. Ruggiu, *Dignity in change Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Antidiscrimination Law*, Firenze, European Press Academic Publishing, 2010, 151-184; Id., *Il giudice antropologo*, Milano, FrancoAngeli, 2012.

[66] S. Fredman, *Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-discrimination Paradigm*, in A. Lawson, C. Gooding (eds.), *Disability rights in Europe: From Theory to Practice*, Oxford, Hart, 2005, 201 ss.

[67] Rispetto alle dinamiche dell'uguaglianza/differenza di genere, la questione è stata ampiamente analizzata da S. Fredman, *Women and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997. L'autrice ha messo in luce come storicamente, il diritto alla parità di trattamento era garantito a coloro riconosciuti come uguali, lasciando sguarniti di tutele quanti erano ritenuti diversi per proprie condizioni *naturali* (le persone *black*, le donne, i disabili), senza tuttavia la percezione di come la stessa "naturalità" sia un concetto profondamente condizionato da valutazioni sociali.

[68] S. Niccolai, *Differenze come cose e come valutazioni*, *cit.*; L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, *cit.*

### 5.4. La disabilità come pari dignità: la svolta universalistica e dignitaria del contrasto alle discriminazioni

Un ulteriore obiettivo degli strumenti di rimozione delle diseguaglianze può individuarsi nella garanzia della dignità come sembra suggerito dalle più recenti evoluzioni della prospettiva euro-unitaria del diritto antidiscriminatorio, in chiave di superamento dell'*economic aim* che l'aveva caratterizzato fin dalle origini e al fine di proteggere la persona e i suoi diritti fondamentali[69].

Secondo quella che è stata definita la svolta universalistica e dignitaria[70], infatti, rimedi alle differenze di trattamento in ragione di una condizione non saranno (sol)tanto le aperture di nuovi spazi (diritti e libertà) prima preclusi o garantiti con accessi differenziati sulla base delle diverse condizioni. Piuttosto è stato proposto un approccio inclusivo di *ogni* condizione e dunque rivolto a *ogni* individuo a prescindere dalla caratteristica personale che lo rende potenziale vittima di discriminazione.

Questa lettura è stata orientata da una valorizzazione della dignità della persona a prescindere dalle proprie caratteristiche personali, con il vantaggio di potersi affrancare dal criterio della comparazione tipico del giudizio antidiscriminatorio, da ogni profilo di valorizzazione della differenza in quanto tale, nonché dall'uso degli strumenti preferenziali come mezzo per raggiungere un'uguaglianza di fatto e superare la diversità di trattamento.

Anche questa lettura è stata oggetto di serrate critiche, in quanto rende sostanzialmente indifferenti le condizioni personali che caratterizzano la persona, divenendo cieca alle caratteristiche che collocano le persone in situazioni di partenza profondamente distanti e soprattutto alle loro cause. Inoltre, va considerato che disconoscerebbe l'obiettivo primordiale della legislazione antidiscriminatoria che intendeva proteggere le persone a rischio di discriminazione in quanto appartenenti a minoranze (numeriche o in termini di potere e rappresentanza), traducendosi in un dichiarato innalzamento complessivo delle tutele. In realtà, come messo in luce dalla dottrina[71], questa lettura rappresenta un esito che va attentamente valutato nel suo impatto quanto alla tutela della minoranza o comunque delle categorie recessive[72]. Si palesa infatti il rischio che, sotto una pretesa tutela indifferenziata

[69] Sull'evoluzione del diritto antidiscriminatorio di matrice euro-unitaria, è imprescindibile il riferimento a M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007.

[70] S. Niccolai, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto anti discriminatorio*, in *Diritto e Società*, 2014, 2, 313-354.

[71] S. Niccolai, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria*, *cit.*

[72] La visione delle tutele come agganciate all'individuazione di un gruppo è, di per sé, un'operazione che richiede di essere problematizzata. Infatti, da un lato, non è sempre possibile riferirsi alle condizioni personali destinatarie delle tutele antidiscriminatorie come ad un "gruppo" omogeneo (sul punto, v. G. Arconzo, *Il diritto alla vita indipendente*, *cit.*, 269).

della dignità di *tutti*, vi sia il ritrarsi delle tutele che grazie alla legislazione antidiscriminatoria sono comunque state acquisite e una nuova invisibilità in cui le condizioni minoritarie si ritroverebbero recluse.

### 5.5. La disabilità in chiave antisubordinazione: il superamento dei paradigmi dell'uguaglianza in chiave di effettività delle tutele

Le critiche mosse alle impostazioni sopra rapidamente riportate hanno suggerito di percorrere ulteriori vie di analisi della questione posta l'insufficienza nei meccanismi di tutela che ne è emersa.

Nella ricerca di una effettività delle tutele, l'analisi volge così verso una regola che intenda gli strumenti di superamento delle diseguaglianze non soltanto come centrati sul divieto di trattare diversamente (e in modo discriminatorio) una persona in ragione della disabilità, ma neppure si accontenta di avere ampio accesso alle misure preferenziali in grado di superare lo svantaggio di fatto che la disabilità provoca in chiave di parità. Neppure il riconoscimento di un diritto alla differenza sembra bastevole in chiave di effettività, alla luce del potenziale simbolico e stigmatizzante, che l'essere classificati come diversi porta con sé. Quanto alla tutela della dignità come strumentale al quadro di uguaglianza, la neutralità dei destinatari delle tutele rischia di risultare impoverita per coloro che sono portatori di una condizione di fragilità.

Si richiede quindi l'approdo verso ulteriori paradigmi di riferimento che, attraverso strumenti di superamento delle diseguaglianze, costruiscano lo sviluppo di un concetto di uguaglianza in grado di superare il dibattito che ha visto l'uguaglianza confrontarsi con la non discriminazione, la parità di opportunità, la differenza e la dignità, facendone sintesi e rispondendo alle debolezze emerse.

Con la modifica dei paradigmi di riferimento, implicitamente o esplicitamente assunti per valutare chi deve (o può) essere uguale a chi e sulla base di cosa, risulterebbero modificati gli assetti complessivi e gli spazi, così come i luoghi, diverrebbero maggiormente inclusivi.

In questa logica, sembra convincente richiamare la prospettiva del principio di uguaglianza in chiave antisubordinazione[73] che, coniata rispetto

Ad es. la condizione di disabile coinvolge condizioni talmente diverse, da non potersi unitariamente considerare (si pensi alla disabilità fisica e mentale); si pensi altresì a quelle differenze (genere, condizione sociale, cittadinanza) che si sommano alla disabilità, dando vita a forme profondamente distanti di marginalità. D'altro canto, la stessa assunzione di un gruppo, di una categoria come destinataria delle tutele è da osservare con attenzione in quanto presuppone una automatica identificazione della persona con il gruppo di appartenenza, sebbene ciò possa non essere veritiero. S. Fredman, *Disability Equality*, *cit.*, 204.

[73] B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (cur.), *Scritti in*

al genere e alle questioni della parità uomo/donna[74], è stata definita come strumento che «riconosce l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere la subordinazione del genere femminile al maschile, leggendo le condizioni di genere come un *assetto di potere*»[75]. La regola antisubordinazione, da un lato, mette in discussione l'assetto di potere che codifica il maschile come parametro universale sulla base del quale il femminile viene valutato un'eccezione, in quanto da esso *diverso*; dall'altro, muovendo dall'esigenza di scardinare la subordinazione del genere femminile al maschile, mira ad un processo di complessiva risistemazione dei rapporti fra i generi, in chiave di effettività dell'uguaglianza e di affermazione piena dell'uguaglianza anche nella dimensione sostanziale. Attraverso il ripensamento complessivo dei rapporti fra i generi, l'uguaglianza ne risulterebbe garantita, senza il preteso appiattimento in una neutralità che la norma antidiscriminatoria impone nel chiedere di trattare uomini e donne allo stesso modo[76].

La via che il principio antisubordinazione suggerisce quanto al genere si presta ad essere validamente intesa anche rispetto alla disabilità, e al binomio persone disabili/persone non disabili, così come peraltro rispetto ad altre condizioni personali che marcano una differenza fra soggetti portatori di una caratteristica personale che li rende *deboli* o *fragili*[77] e soggetti non portatori, o secondo altra dizione fra maggioranza e minoranza[78].

Analogo, infatti, è l'obiettivo di scardinare l'assetto di potere che codifica le persone normodotate[79] come *parametro* di riferimento e le persone disabili

*onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, Jovene, 2009, 1150; M.A. Barrère Unzueta, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo, Il principio di uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo*, in *Ragion pratica*, n. 23, 2004, 364; C.R. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni, Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, Mulino, 2009, 215; M. Barbera, nell'Introduzione del volume da lei curato, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, *cit.*, XXV.

[74] Non a caso, modello archetipico dell'uguaglianza come ossimoro. C. MacKinnon, *Feminism Unmodified*, *cit.*, 32; M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 99-100, 2003, 399-422.

[75] B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna*, *cit.*, 1150. M.A. Barrère Unzueta, *cit.,* 371.

[76] B. Pezzini, *Costruzione del genere e Costituzione*, in Id., *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo, Edizione Sestante, 2012, 49 ss.

[77] Sulla nozione di debolezza come categoria giuridica, v. L. Azzena, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli". Spunti per una teoria della "debolezza"*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006, 35-86 ss.

[78] La minoranza è intesa principalmente come minoranza numerica, sebbene possa anche essere interpretata come minoranza nei termini di potere e possibilità. È utile un rapido cenno al fatto, spesso non problematizzato, per cui le tutele del cd. diritto antidiscriminatorio previste a tutela delle minoranze, sono però applicate anche nei confronti delle donne che pure non rappresentano una minoranza numerica della popolazione, ma indicativamente il 50% della popolazione.

[79] Analogamente si potrebbe ragionare rispetto alle persone che sono portatrici di una condizione maggioritaria.

come *altro*, marcate dunque con un segno di disvalore. Analogo è altresì il percorso che vuole scardinare la subordinazione fra chi è assunto a modello *standard*, e chi è ad esso paragonato e dunque parametrato, così da superare l'assetto di potere nel quadro di un processo circolare di ri-definizione di tutti i soggetti coinvolti.

Attraverso l'interpretazione in chiave antisubordinatoria, ne risulterebbe modificato non solo lo spazio, come già accade nella prospettiva antidiscriminazione in cui però, pur risultando diversamente abitato, non vi è una ridefinizione del processo di inclusione; una complessiva trasformazione, ridefinizione delle regole, degli spazi e dei luoghi innescherebbe anche una modifica dei pre-assunti, degli impliciti[80], che causano una impari collocazione delle persone nel quadro giuridico a seconda dei caratteri di cui sono portatrici, aprendo una prospettiva di pieno dispiegamento dell'uguaglianza in chiave sostanziale[81].

L'ulteriore effetto, non secondario, dell'interpretazione in chiave antisubordinatoria sarebbe il conseguente ripensamento dell'immaginario simbolico che colloca lungo una scala gerarchica valoriale due termini di cui l'uno (la persona disabile) viene parametrato all'altro (la persona non disabile) termine di raffronto, assunto a *standard* di riferimento. Questa visione trasmette, di fatto, una sovraordinazione gerarchica di un corpo (o di una mente) normodotati rispetto ad uno disabile e dunque, implicitamente, propala un meccanismo di normalizzazione di coloro che sono portatori di una diversità, in qualche modo "spinti" ad assimilarsi verso il modello assunto a riferimento.

Seguendo la prospettiva antisubordinazione, il binomio disabilità/non disabilità potrebbe così essere ripensato con effetti significativi anche sul piano simbolico, in quanto ne risulterebbe di riflesso modificato l'immaginario di riferimento che, nel caso specifico, individua nel corpo e nella mente normodotati la perfezione alla quale ambire e in funzione della quale agire.

Simile percorso contribuirebbe anche a riempire di effettività le tutele che l'uguaglianza deve garantire e in nome della quale caratterizza lo stato democratico. Romperebbe altresì la stigmatizzazione che deriva dall'essere parametrato a ciò che è considerato *standard*, che implicitamente presuppone, quale scostamento, un livello di *minorità* in una supposta scala gerarchica. In qualche modo, dunque, si arresterebbe la deriva dell'assumerlo come metro di valutazione, al contrario identificandolo al solo fine di scardinare le

[80] Sul peso che gli "impliciti di genere" possono assumere, si veda il recente volume di D. Morra, B. Pasa, *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, Giappichelli, 2015, e in particolare lo scritto di B. Pezzini, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, 201-234. Specificamente rispetto alla disabilità, si pensi alla questione del linguaggio che pure ha subito una consistente evoluzione ma che ugualmente viene segnalato come il primo "sintomo" di un approccio discriminatorio e spesso vittimizzante.

[81] B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna*, *cit.*, 1150.

diseguaglianze e rimuovere le subordinazioni che esse ammettono per ripristinare un'uguaglianza sostanziale.

In questo senso, non soltanto risulterebbero precluse le discriminazioni in ragione della disabilità; ne emergerebbe il potenziale ruolo di "acceleratore" del principio di uguaglianza verso un ripensamento, quasi una "sovversione" dell'ordine pre-stabilito[82], e di cui il diritto, quale scienza sociale, rappresenta l'inesorabile riflesso, in chiave di rivisitazione dei rapporti di potere fra gli individui e i gruppi[83] che compongono la collettività.

[82] S. Fredman, *Disability Equality*, *cit.*, 199-218; I. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990; R. Colker, *Anti-Subordination Above All: A Disability perspective*, in *When is Separate Unequal? A Disability Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 10-38.

[83] Sul tema, F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, Cedam, 2008, riconoscono come la "mera tutela delle minoranze", strumento idoneo a garantire protezione a gruppi identificati sulla base di fattori di differenziazione prestabiliti, costituisce un requisito imprescindibile ma non sufficiente per garantire la convivenza tra i "gruppi" nelle società contemporanee.

# RELAZIONI

## IV SESSIONE

# DIS-EGUAGLIANZA E IDENTITÀ CULTURALE: TOLLERANZA E MULTICULTURALISMO

Ilenia Ruggiu

Sommario: 1. La dis-eguaglianza culturale tra giurisprudenza multiculturalista e quadro costituzionale-legislativo. – 2. Cultura come diritto, cultura come consuetudine. – 3. L'insostenibile dis-eguaglianza di trattamento dei conflitti culturali rispetto a quelli religiosi. – 4. I limiti alla dis-eguaglianza multiculturale. Il genere: dal giudice antropologo al giudice femminista? – 5. Come governare la dis-eguaglianza culturale? Alcune modifiche processuali e l'introduzione del test culturale.

## 1. La dis-eguaglianza culturale tra giurisprudenza multiculturalista e quadro costituzionale-legislativo

Una donna Rom va con il proprio bambino a mendicare[1]. Un Sikh si reca al supermercato con il proprio coltello rituale appeso al collo[2]. Un membro della religione rastafariana fuma marijuana, l'erba sacra per la meditazione[3]. Genitori nigeriani praticano l'infibulazione alla propria figlia[4]. Genitori nigeriani praticano la circoncisione al proprio figlio[5]. Un sardo picchia e sevizia, in Germania, la compagna[6]. Un cittadino del Marocco maltratta e violenta la moglie che si rifiuta di assolvere il "debito coniugale"[7]. Un padre pakistano uccide, con l'aiuto dei cognati, la figlia che è andata a convivere con un italiano[8]. Due pakistani violentano una donna[9]. Una donna afgana si reca in un'aula di tribunale indossando il burqa[10]. Una padre marocchino fa lavorare con sé nella vendita di fazzoletti e fiori il proprio figlio minorenne[11]. Il Consolato italiano rifiuta il visto d'uscita dal Marocco ad un bambino che deve raggiungere lo zio il quale lo ha preso in affidamento tramite l'istituto della *kafalah* adducendo che in tal modo si aggirano le norme sull'adozione[12].

[1] Cass. sez. VI penale sent. 45516/2008.
[2] Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15.
[3] Cass. sez. VI penale, sent. 923/2008.
[4] Trib. dei minori Torino, 17 luglio 1997.
[5] Cass. sez. VI penale, sent. 43646/2011.
[6] Tribunale di Bückeburg, sent. 25 gennaio 2006.
[7] Cassazione sez. VI penale, 1520/2008.
[8] Cass. sez. I penale, sent. 6587/2010.
[9] GUP Bologna, 16 novembre 2006.
[10] Cons. Stato, sez. VI, sent. 19 giugno 2008, n. 3076.
[11] Cass. sez. VI penale, 30 gennaio 2007, n. 3419.
[12] Cass. sez. I civile, sent. 1843/2015.

I casi sopra citati hanno in comune il fatto che nelle argomentazioni cui i giudici hanno fatto ricorso per deciderli ha assunto un ruolo rilevante la cultura dei protagonisti. Generalmente evocato dalla difesa, ma anche introdotto autonomamente dal giudice, il parametro extra-sistemico "cultura" è ormai entrato nell'argomentazione giudiziale anche in Italia[13], portando, spesso, alla applicazione di trattamenti e regole diseguali[14] rispetto a quelle che il giudice avrebbe applicato se protagonista del caso fosse stato un cittadino italiano.

Quella culturale è tra le più recenti dis-eguaglianze[15] ad aver fatto ingresso nello Stato costituzionale. Essa consiste nell'accordare un trattamento giuridico differenziato in virtù dell'appartenenza del soggetto ad un gruppo culturale diverso dalla maggioranza. È anche una delle dis-eguaglianze il cui fondamento giustificativo ancora vacilla (*infra* par. 2) comportando spesso un'assenza costituzionale di strumenti con cui realizzarla: diritti culturali, clausole multiculturali, principio di diversità o di pluralismo culturale etc. Anche per queste ragioni la dis-eguaglianza culturale è un prodotto principalmente giurisprudenziale e l'emergente diritto multiculturale è essenzialmente un diritto pretorio. L'uso esplicito dell'argomento culturale, noto in sede penale come *cultural defence*, ha preso avvio nella giurisprudenza inglese nel 1970[16] e statunitense nel 1980[17] e può dirsi ormai un fenomeno

[13] Una ricognizione di un gran numero di conflitti multiculturali nella giurisprudenza italiana è presente in F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Cedam, Padova, 2010, mentre per la giurisprudenza comparata i lavori più esaustivi sono: A. Dundes Renteln, *The cultural defense*, Oxford University Press, Oxford, 2004 e J.A.R. Nafziger, R. Kirkwood Paterson, A. Dundes Renteln, *Cultural law. International, comparative, and indigenous*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

[14] M. Nicolini, F. Palermo, *La semantica delle differenze e le regole diseguali: dall'egualitarismo nel diritto all'eccezione culturale*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Napoli, 2014, 513 ss.

[15] In questo lavoro userò il termine diseguaglianza che è quello che meglio rende l'effetto diversificante nell'applicazione del diritto che la risoluzione dei conflitti multiculturali spesso produce. Tuttavia, è importante notare che tale fenomeno più che produttore di diseguaglianza potrebbe anche essere letto come riaffermativo di una eguaglianza di trattamento della minoranza con il resto della maggioranza in quanto corregge e adatta le fattispecie giuridiche a contesti culturali altri, disvelando, a sua volta, la natura culturale e situata di ogni norma giuridica. In questo senso, il lavoro potrebbe anche intitolarsi "Uguaglianza culturale".

[16] S. Poulter, *English law and ethnic minority customs*, Butterworth, London, 1986; S. Poulter, *Ethnicity, law, and human rights. The English experience*, Clarendon press, Oxford, 1998; G.R. Woodman, *The cultural defence in English common law: the potential for development*, in M.C. Foblets, A. Dundes Renteln, (a cura di) *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2009, 7 ss.

[17] Con qualche anticipazione sin dal 1930, anche se ai tempi ancora i giudici non invocavano l'argomento culturale.

diffuso in tutti gli ordinamenti e le società che sono, di fatto o di diritto, multiculturali[18].

Viceversa, il riconoscimento normativo della cultura come elemento degno di protezione giuridica, che assurge al rango di diritto soggettivo in grado di produrre trattamenti differenziati, ha avuto pienamente luogo soltanto nel diritto internazionale dove, sin dal 1966 i diritti culturali si annoverano nel catalogo dei diritti umani (*infra* par. 2), mentre nel diritto interno lo *status* dei diritti culturali o del principio multiculturalista o della diversità culturale, sono ancora incerti e variano da Stato costituzionale a Stato costituzionale.

È dibattuto se i riferimenti che pur la Costituzione contiene alla "cultura" siano sufficienti a ritenere che la Carta del 1948 già offra un quadro al fenomeno multiculturale. La parola cultura ricorre testualmente nella Costituzione italiana nei seguenti articoli: art. 9[19], art. 33[20], art. 117[21], art. 118[22].

Una definizione del concetto di "cultura" è d'obbligo per capire se tali norme possano intendersi riferite anche al fenomeno del multiculturalismo. Quello di cultura è un termine polisenso. In particolare, il significante "cultura" assume nei testi costituzionali (e legislativi) almeno tre diversi significati, corrispondenti, peraltro, al suo uso anche fuori dal linguaggio giuridico[23].

In una prima accezione esso indica una conoscenza specializzata, tecnica, superiore, che si consegue attraverso un percorso di istruzione ufficiale. Espressa in frasi del linguaggio corrente quali "è una persona di cultura", ha una "grande cultura", tale accezione è, sicuramente, quella cui fa riferimento l'art. 33 Cost., parlando di istituzioni di "alta cultura". Il precipitato giuridico di tale accezione tecnico-specialistica di cultura è il riconoscimento del diritto sociale all'istruzione. Ma tale significato non può intendersi esteso a coprire il fenomeno multiculturalista.

[18] Ciò non significa ancora che il tipo di uso che il giudice fa della cultura in funzione della soluzione della controversia sia omogeneo: ci sono casi in cui la cultura non rileva, altri in cui è usata come aggravante, altri in cui è usata come attenuante, se non addirittura come scriminante, o, ancora, in cui il giudice considera la cultura utile a determinare l'elemento psicologico del reato.

[19] Art. 9 c. 1 "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica".

[20] Art. 33, c. 6 Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato.

[21] Art. 117 c. 2 lett. s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali; art. 117 c. 3 valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; art. 117 c. 7 "Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive".

[22] Art. 118 c. 3 "La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali".

[23] Per un'analisi di ulteriori accezioni G. Famiglietti, *Diritti culturali e diritto della cultura. La voce "cultura" dal campo delle tutele a quello della tutela*, Giappichelli, Torino, 2010, 2.

In un secondo significato, pure ricorrente nei testi giuridici, la parola cultura indica "la vita intellettuale di una comunità", che ruota intorno ad attività di tipo artistico e letterario, a scambi di idee e dibattiti. In questa accezione, la cultura può portare alla produzione di beni materiali (opere artistiche, film, romanzi) e immateriali (idee, visioni della società) all'interno di una comunità. Ben espressa in frasi quali "i tagli alla cultura", una città con "una vita culturale ricca", la tutela del "patrimonio culturale", dei "beni culturali" e via enumerando, è questa l'accezione presente negli artt. 9, 117 e 118 Cost.

Almeno letteralmente, nella Costituzione italiana non sembra comparire una terza accezione di cultura, che è quella usata nell'ambito del multiculturalismo, ossia la cultura in senso antropologico. Fornire una definizione di cultura in senso antropologico è impresa complessa, avendo la stessa antropologia elaborato, allo stato attuale, oltre 600 definizioni di cultura[24].

La prima definizione di cultura fu data nel 1871 da Edward Tylor, secondo cui cultura è "quell'intero complesso (*that complex whole*) che comprende la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, i costumi e qualsiasi altra capacità o abito acquisito dall'uomo come membro di un gruppo"[25]. Tra le ultime definizioni di cultura vi è quella fornita da Clifford Geertz nel 1973, nell'ambito dell'antropologia interpretativa, secondo cui cultura è "una rete di significati" [26] (*web of meanings*). Tale definizione tratta la cultura come un sistema semiotico, di segni materiali o immateriali, dotato di un proprio codice: chi vi appartiene sa come orientarsi nella rete perché conosce le regole interpretative dei segni e è in possesso del codice comunicativo per decodificarli; chi è esterno a questa rete di significati potrebbe fraintenderla interamente. Da qui l'importanza della "traduzione culturale" ossia la capacità di riportare un comportamento alla dimensione che esso avrebbe nel contesto di chi lo interpreta[27].

Nonostante la babele definitoria che regna in antropologia è possibile rinvenire alcuni elementi ricorrenti nelle molteplici definizioni: a) la cultura è un qualcosa che l'uomo eredita socialmente in quanto componente di un gruppo sociale, distinto, dunque, da ciò che gli è trasmesso naturalmente per

[24] J.D. Moore, *Visions of culture. An introduction to anthropological theories and theorists*, Altamira Press, Oxford, 2004.

[25] E.B. Tylor, *Il concetto di cultura. I fondamenti teorici della scienza antropologica*, trad. it. *Primitive culture* (1871), Einaudi, Torino, 1975. Secondo A.L. Kroeber, *The nature of culture*, Chicago University Press, Chicago, 1952, 118-120 è questa la prima definizione di cultura in senso antropologico.

[26] C. Geertz (1973) 11 così definisce la nuova idea di cultura: "il concetto di cultura che espongo… è essenzialmente un concetto semiotico. Convinto, con Max Weber, che l'uomo è un animale sospeso in reti di significato che lui stesso ha tessuto, considero la cultura come una di quelle reti, e la sua analisi non come una scienza sperimentale in cerca di leggi, ma coma una scienza interpretativa in cerca di significati".

[27] M. Ricca, *Dike Meticcia. Rotte di diritto interculturale*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2008.

via genetica e tramite l'istinto; b) la cultura è trasmessa intergenerazionalmente; c) è cultura il comportamento che è dotato di un qualche valore. A tal proposito, è importante notare che, in antropologia, perché un comportamento possa essere considerato culturale non è sufficiente che esso sia una mera regolarità, ossia che accada con una certa frequenza dentro un gruppo. Esso deve anche essere approvato e condiviso dal gruppo, considerato in qualche modo dotato di valore o di una funzione sociale adattativa utile alla sopravvivenza del gruppo[28].

Come si rilevava, in Italia, così come in molti stati costituzionali, manca un riconoscimento espresso della cultura in questo suo significato antropologico. Bisogna, pertanto, interrogarsi se esso sia deducibile in via interpretativa dalle disposizioni esistenti. Ad esempio, si potrebbe ritenere che anche se gli artt. 9, 33, 117 e 118 usano il concetto di cultura in senso diverso da quello antropologico, quest'ultima dimensione della cultura, pur non esplicitata, sia riconducibile ad altre disposizioni costituzionali: l'art. 2, in quanto il gruppo culturale potrebbe essere considerato una "formazione sociale"; l'art. 3, nel riferimento alle "condizioni personali e sociali"; l'art. 6, in quanto la lingua è una componente della cultura; l'art. 19, in quanto la religione è una componente della cultura; l'art. 21, in quanto la libertà di manifestazione del pensiero coprirebbe anche la manifestazione di diverse visioni del mondo.

Una strada che mi pare più convincente per trovare un fondamento al multiculturalismo in Costituzione, potrebbe trovarsi in un'interpretazione evolutiva dell'art. 9[29]: in una società divenuta ormai di fatto multiculturale la Repubblica dovrebbe impegnarsi nella promozione di tutte le culture, comprese quelle dei migranti che ormai costituiscono il 10% della popolazione. Il *favor* verso la cultura dell'art. 9 potrebbe essere esteso oltre un concetto di cultura intesa quale conoscenza specialistica (come pure l'abbinamento alla ricerca scientifica fa supporre) o quale vita della comunità (il fatto che si parli di cultura al singolare lascia intuire che il costituente pensasse alla sola cultura italiana), bensì considerato anche in senso antropologico. D'altra parte, che il Costituente del 1948 non guardasse ancora alla cultura in senso antropologico non deve stupire. I diritti culturali appartengono alla quarta generazione dei nuovi diritti e fanno il loro ingresso ufficiale nei testi giuridici soltanto nel 1966 e per quanto la Corte costituzionale italiana non ha mai esplicitato né annoverato i diritti culturali tra i cosiddetti nuovi diritti[30],

[28] In questo senso, come meglio vedremo, molti giudici errano nell'accostarsi ai comportamenti delle minoranze con un approccio pan-culturalista che usa la cultura per spiegare qualsiasi tipo di comportamento dotato di una certa frequenza, senza verificare se esso rientri o meno nel codice di comportamento condiviso dal gruppo.

[29] Sono debitrice a Paolo Bonetti, Claudio Gemma e Silvio Troilo per questa idea emersa nel dibattito svoltosi durante il convegno "La dis-eguaglianza e lo Stato costituzionale" tenutosi a Campobasso il 19 giugno 2015.

[30] F. Modugno, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale,* Torino, Giappichelli, 1994.

l'art. 9 può considerarsi un punto di riferimento importante per ritenere che quanto meno la nostra Costituzione non sia cieca di fronte al fenomeno della pluralità culturale.

Un'altra strada percorribile è quella che si rinviene nel principio pluralista[31] che conterrebbe in sé le potenzialità di includere anche il pluralismo culturale senza che sia in tal senso necessaria alcuna revisione costituzionale volta ad includere un principio multiculturalista o un riferimento ai diritti culturali.

Per quanto questi fondamenti costituzionali siano importanti, a mio avviso una revisione costituzionale in senso multiculturalista sarebbe opportuna. Soprattutto se paragonati ad altre Costituzioni che incorporano esplicitamente diritti culturali o clausole multiculturali, i fondamenti pur importanti presenti in Italia sono ancora equivoci e non condivisi. Non è un caso che nessun giudice vi abbia mai fatto riferimento e non è un caso che la cultura sia costruita proprio dalla giurisprudenza come un corpo estraneo al nostro ordinamento, una consuetudine che arriva da lontano e che ci obbliga nella misura in cui non violi proprio i nostri fondamenti del vivere insieme di tipo costituzionale. Il riconoscimento espresso sarebbe simbolicamente molto importante: se per il Canada possiamo, infatti, dire che è uno stato multiculturale di diritto, avendo espressamente riconosciuto il multiculturalismo come patrimonio dei canadesi nell'art. 27 della Costituzione del 1982, per l'Italia possiamo al massimo dire di trovarci di fronte ad un multiculturalismo di fatto. L'assenza costituzionale condiziona anche l'indirizzo politico del legislatore, che non è obbligato dal mero pluralismo latamente inteso o dall'obbligo di sviluppo della cultura a promuovere un indirizzo politico costituzionale in senso multiculturalista. Per queste ragioni, ritengo che aldilà dell'interpretazione evolutiva e sistematica che sin da oggi permetterebbero di ravvisare un *favor* costituzionale verso il multiculturalismo, sarebbe importante.

Se muoviamo dal versante costituzionale a quello legislativo il quadro è più variegato. L'approccio del legislatore italiano alla dis-eguaglianza multiculturale va articolato tra diritto penale e altri rami dell'ordinamento.

Pur mancando una legge generale sul multiculturalismo, sulla scia del *Multicultural Act* canadese o britannico, il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, "*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*" contempla la diversità culturale e avvia alcune politiche che la favoriscano. L'approccio parzialmente diffidente nei confronti della cultura dello straniero che traspare dall'art. 2[32] è, invero ri-

[31] Sono debitrice a Laura Ronchetti di questa suggestione emersa nel dibattito svoltosi durante il convegno "La dis-eguaglianza e lo Stato costituzionale" tenutosi a Campobasso il 19 giugno 2015.

[32] Nei contenuti del documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazio-

baltato negli artt. 38[33] e 42[34] che danno l'abbrivio a politiche autenticamente multiculturali e interculturali.

Per quanto riguarda il diritto penale si può parlare, invece, di un approccio occasionalista, ossia caratterizzato da interventi mirati generalmente a proibire singole pratiche ricorrendo ad un diritto penale simbolico che punisce, ad esempio, con forza le mutilazioni genitali femminili (l. 7/2006) e l'accattonaggio con minori (l. 94/2009) fin quasi a violare il principio di proporzionalità e che per il resto lascia ingovernato il fenomeno culturale., così come uno strumento generale del diritto penale, quale l'attenuante culturale o l'eccezione culturale. Se è vero che, nel panorama comparato, soltanto il codice penale peruviano ha introdotto formalmente l'eccezione culturale, costruendo la scriminante dell'"errore di comprensione culturalmente condizionato"[35] e se è vero che i giudici penali hanno a loro disposizione svariati strumenti (le attenuanti, la valutazione dell'elemento psicologico del reato) per dare rilevanza alla cultura, è altrettanto vero che l'incertezza legislativa ha obbligato i giudici a fare da sé.

ne e degli stranieri nel territorio dello Stato dovranno essere delineati ai sensi del comma 3, dell'art. 2: "gli interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l'inserimento sociale e l'integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia, nel rispetto delle diversità e delle identità culturali delle persone, purché non confliggenti con l'ordinamento giuridico, e prevede ogni possibile strumento per un positivo reinserimento nei Paesi di origine".

[33] Art. 38 c. 3: "La comunità scolastica accoglie le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra le culture e della tolleranza; a tale fine promuove e favorisce iniziative volte alla accoglienza, alla tutela della cultura e della lingua d'origine e alla realizzazione di attività interculturali comuni".

[34] Art. 42: "1. Lo Stato, le regioni, le province e i comuni, nell'ambito delle proprie competenze, anche in collaborazione con le associazioni di stranieri e con le organizzazioni stabilmente operanti in loro favore, nonché in collaborazione con le autorità o con enti pubblici e privati dei Paesi di origine, favoriscono:… c) la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali, ricreative, sociali, economiche e religiose degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia e ogni iniziativa di informazione sulle cause dell'immigrazione e di prevenzione delle discriminazioni razziali o della xenofobia, anche attraverso la raccolta presso le biblioteche scolastiche e universitarie, di libri, periodici e materiale audiovisivo prodotti nella lingua originale dei Paesi di origine degli stranieri residenti in Italia o provenienti da essi;... e) l'organizzazione di corsi di formazione, ispirati a criteri di convivenza in una società multiculturale e di prevenzione di comportamenti discriminatori, xenofobi o razzisti, destinati agli operatori degli organi e uffici pubblici e degli enti privati che hanno rapporti abituali con stranieri o che esercitano competenze rilevanti in materia di immigrazione".

[35] L'art. 15 del codice penale peruviano, introdotto nel 1991, così stabilisce: "colui che per la sua cultura o tradizioni commette un fatto punibile senza capire il carattere delittuoso del proprio comportamento o determinarsi conformemente a tale comprensione, sarà esente da responsabilità. Quando per la stessa ragione, tale possibilità sia diminuita, si attenuerà la pena". Per un commento all'articolo si veda J. Hurtado Pozo, *Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?*. in *www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_15.pdf.,* 2003.

Se l'ordinamento italiano non è privo di un quadro costituzionale e legislativo che valorizza la diversità culturale è altrettanto vero che la molteplicità degli incontri culturali valorizza inevitabilmente il ruolo del giudice, soprattutto quando questi divengono conflitti. Anche in sintonia con il nostro tempo che, venuto meno il modello monolitico statale, vede nel giudice il primo ad avvertire quelle istanze sociale e quei valori che si manifestano nella società, concorrono nel rafforzare il ruolo dei giudici nell'affrontare la diversità culturale e li rendono protagonisti delle trasformazioni della società italiana in senso multiculturale. Sono state, infatti, la giurisprudenza di merito e la Cassazione a costruire, attraverso uno stratificarsi di decisioni, un assetto di riferimento alla risoluzione dei conflitti multiculturali. Tale assetto ancora non si è stabilizzato, ma comunque offre alcune risposte e indicazioni su quello che è lo stato della dis-eguaglianza culturale in Italia. Osservando la giurisprudenza è possibile capire qual è la qualificazione della cultura nell'ordinamento italiano (par. 2-3), quali sono i limiti alla sua operatività (par. 4) e quali potrebbero essere le condizioni per un uso più persuasivo dell'argomento culturale, attualmente spesso affidato alla soggettività del singolo giudice (par. 5) e che, invece, in questo lavoro si suggerirà di procedimentalizzare nelle forme di un test culturale.

## 2. Cultura come diritto, cultura come consuetudine

La cultura, nell'accezione antropologica oggetto di questo lavoro, è, come accennato, un concetto che ormai dal 1970 viene utilizzato dai giudici. Il suo ingresso nel diritto ha visto l'elaborazione di due inquadramenti per quanto concerne la configurazione giuridica della cultura. Il primo la costruisce come un diritto fondamentale e tende, quindi, a incorporarla nell'ordinamento, il secondo la costruisce come consuetudine, conservandone la natura extra-sistemica di norma esterna all'ordinamento, che interagisce con esso.

Il primo orientamento è prevalente a livello internazionale e in 50 Costituzioni delle 190 esistenti al mondo. Esso tende a ricostruire il comportamento culturale nell'ambito della teoria dei diritti fondamentali che viene arricchita di una nuova categoria di diritti: i diritti culturali, necessari al singolo o al gruppo (essendo ancora discusso se si tratti di diritti individuali o collettivi, anche se il diritto internazionale propende per tale ultima qualificazione) per tutelare la propria identità. Chi aderisce a tale posizione sostiene che il comportamento riconducibile alla cultura del soggetto ha luogo nell'esercizio di un diritto culturale ed entra quindi nel bilanciamento con altri diritti, potendo, anche in sede penale, usufruire della scriminante dell'esercizio del diritto, sempre che non intacchi beni giuridici essenziali quali la vita, l'integrità fisica, la dignità della donna (par. 4).

Nutrito di diverse giustificazioni filosofiche che vanno dalle teorie del riconoscimento[36], alle teorie della giustizia simbolica[37], alle teorie della diversità come valore per l'intera comunità, maggioranza inclusa[38], tale orientamento che guarda alla cultura come un diritto prende l'abbrivio normativo con l'art. 27[39] del Patto internazionale dei diritti civili e politici, che per la prima volta separa il concetto di cultura da quello di lingua e religione (le uniche due articolazioni del più vasto concetto di cultura che fino ad allora avevano trovato spazio nei testi costituzionali) e lo articola non più come cultura della maggioranza[40] (nella duplice declinazione di conoscenza specializzata e di vita intellettuale della comunità) riconoscendone, viceversa, la sua titolarità in capo a minoranze.

Se il 1966, segna la data di nascita dei diritti culturali a livello internazionale[41], il 1971 vede il conio del termine multiculturalismo a livello politico[42]

[36] Secondo tali teorie, elaborate nella nuova Scuola di Francoforte e dai filosofi canadesi, il mito cartesiano del soggetto auto-legittimantesi è morto, per lasciare il posto ad una soggettività che si costruisce nella relazione con l'altro e tramite il riconoscimento reciproco: A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto,* trad. it. *Kampf um Anerkennung. Grammatik sozialer Konflikte* (1992), Il Saggiatore, Milano, 2002; A. Honneth, *Riconoscimento e disprezzo. Sui fondamenti di un'etica post-tradizionale*, trad. it. *Anerkennung und Mißachtung. Ein formales konzept der stittlichkeit* (1991), Rubbettino, Soveria Mannelli, 1993; J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo: lotte per il riconoscimento*, trad. it J. Habermas, *Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat* (1996); C. Taylor, *The politics of recognition* (1992), Feltrinelli, Milano, 2002.

[37] Rispetto alla rawlsiana definizione di giustizia come equità o come problema di distribuzione della ricchezza, I.M. Young, *Le politiche della differenza*, Feltrinelli, Milano, 1996 (in particolare cap. II) ha sostituito una definizione di ingiustizia come oppressione simbolica, come situazioni di dominio presenti nella società. Tra le vari forme di dominio vi è quella culturale, che consiste in una forma di imperialismo della cultura della maggioranza che tende a rendere invisibili o denigrare tutte le altre.

[38] Si tratta delle teorie antropologiche sulla etnodiversità che sostengono l'importanza di conservare le culture in quanto in tal modo si conservano diversi modi di essere umani, W. Davis, *Vanishing Cultures*, in *www.nationalgeographic.com*, June 28, 2002.

[39] Art. 27 "In quegli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche le persone che appartengono a tali minoranze non saranno private del diritto, in comunità con gli altri membri del loro gruppo, di godere della loro propria cultura, di professare e praticare la loro religione o di usare la loro lingua".

[40] E' interessante osservare come lo stesso Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, del 16 dicembre 1966, faccia riferimento ad un concetto di cultura interno a una comunità omogenea e ancora priva di quella dimensione antropologica che è tipica delle società multiculturali. Si veda l' Art. 15: "1. Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo: a) a partecipare alla vita culturale".

Una terza accezione del significante cultura è quella di cultura in senso antropologico. Qui è difficile dare una definizione poiché

[41] L'art. 27, sancisce la nuova categoria del "diritto ad una vita culturale propria" riconosciuto a tutte le minoranze, nazionali, ma anche immigrate, come avrà modo di chiarire il *General Comment* n. 23, *The rights of minorities*, dell'8 aprile 1994.

[42] Il termine fu forgiato dall'allora premier canadese Pierre Elliott Trudeau per uscire da

e il 1982 segna l'ingresso del principio multiculturalista in un testo costituzionale, con l'approvazione dell'art. 27 della Costituzione canadese che si impegna a proteggere il patrimonio multiculturale di tutti i canadesi. Da allora circa 50 costituzioni al mondo[43] hanno dato riconoscimento o a diritti culturali rivolti a specifiche minoranze (popoli indigeni o altre minoranze nazionali) o a diritti culturali riconosciuti all'individuo in quanto tale, aperti quindi ad incorporare qualsiasi tipo di gruppo (anche migranti) e di pratica. Il fenomeno riguarda prevalentemente il Sudamerica e l'Africa e coinvolge meno il continente europeo con l'eccezione delle nuove costituzioni dell'Europa dell'est.

La parola cultura intesa in senso antropologico non sempre entra nei testi costituzionali sotto forma di diritto, ma, come detto, può farlo anche sotto forma di principio multiculturale o di principio di diversità culturale. Alle 50 Costituzioni che riconoscono diritti culturali vanno, infatti, aggiunte circa 30 Costituzioni che hanno introdotto tali principi. In alcuni casi il principio multiculturalista assume una funzione definitoria della stessa forma di stato, per cui uno Stato può qualificarsi come sociale, democratico e multiculturalista.

Il quadro descritto ci consente di affermare che se a livello internazionale lo *status* dei diritti culturali è ormai assodato e c'è un consenso intorno al loro riconoscimento, a livello costituzionale, la maggior parte degli Stati contemporanei continua a non prevedere alcuna forma di riconoscimento.

Le incertezze che frenano il dibattito costituzionale intorno al recepimento dei diritti culturali che aprirebbe a pieno titolo le porte a questa diseguaglianza sono molteplici. Le tre forse più significative sono rappresentate: dalla decostruzione del concetto di cultura che sta avendo luogo all'interno della stessa disciplina antropologica; dalle critiche avanzate dal femminismo giuridico; dalle critiche avanzate dal post-colonialismo.

Negli ultimi decenni il concetto di cultura è stato sottoposto ad un'intensa critica interna alla stessa disciplina che lo ha forgiato, l'antropologia, che ha portato taluni a decretarne la fine imminente[44]. L'entusiasmo per le politi-

un impasse politico. Nel 1963 il Canada aveva istituito la *Royal commission on bilingualism and biculturalism* chiamata ad analizzare la composizione dei conflitti tra le due "culture" inglese e francese presenti in Canada. Tuttavia, ben presto le altre componenti culturali del Canada, dai Nativi agli immigrati, avevano contestato l'uso del termine biculturalismo sostenendo che rappresentava le due solitudini canadesi e che tagliava fuori gli altri gruppi che contribuivano a comporre il mosaico culturale del Paese. Per uscire strategicamente dall'impasse, Trudeau trasformò nel successivo uso del linguaggio politico il termine biculturalismo in multiculturalismo.

[43] Per un'analisi dettagliata di tutte le formule con cui le Costituzioni recepiscono i diritti culturali o il principio multiculturalista, rinvio a I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano, 2012, Cap. IV.

[44] J. Comaroff, *The end of anthropology. Again: on the future of an in/discipline* in *American Anthropologist*, Vol. 112, issue 4, 2010, 524 ss.

che dell'identità e il loro potenziale liberatorio che ha imperversato dal 1980 fino al 2000, ha attualmente ceduto il passo a un'ondata contro-identitaria dove l'individuo non è più percepito come ancorato a una o più identità, ma è capace di viaggiare e liberamente negoziare con esse[45].

Il concetto di cultura diventa non solo inadatto a spiegare il soggetto post-moderno, in costante viaggio auto-definitorio, ma perde anche il suo potenziale liberatorio e progressista in altri due movimenti.

Il primo è il femminismo giuridico che da tempo[46] vuole rompere quel matrimonio frettoloso fatto con gli aspetti progressisti del multiculturalismo. In particolare, il femminismo giuridico intende sostituire alla cultura il patriarcato come prisma per rileggere molti conflitti multiculturali che diverrebbero pertanto conflitti patriarcali[47].

Analoga situazione sta accadendo all'interno degli studi post-coloniali[48] che, avendo in un primo tempo visto la cultura come un concetto liberatorio, ora vi scorgono un nuovo sostituto della razza che tende ad allontanare l'altro[49].

Titoli di lavori quali *Multiculturalismo senza cultura*[50]*, Dopo il multiculturalismo*[51]*, Addio al multiculturalismo*[52] testimoniano che il concetto di

[45] F. Remotti, *Contro l'identità*, Laterza, Roma-Bari, 1996; M. Aime, *Eccessi di culture*, Einaudi, Torino, 2004. *Contra* P. Giglioli, P. Ravaioli, *Bisogna davvero dimenticare il concetto di cultura? Replica ai colleghi antropologi,* in *Rassegna italiana di Sociologia*, 2004, 267 ss.

[46] S. Okin, *Is multiculturalism bad for women?,* in J. Cohen, M. Toward, M. C. Nussbaum, (a cura di), *Is multiculturalism bad for women? Susan Moller Okin with respondents*, Princeton University Press, 1999, (trad. it.) *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Milano, 2007, 9. ss

[47] R. Reddy, *Gender, culture and the law: approaches to 'Honour Crimes' in the UK,* in *Fem. Leg. Stud*., n. 16, 2008, 305 ss., ad esempio, suggerisce di abbandonare la classificazione degli omicidi d'onore ricorrendo alla categoria "cultura" a favore della categoria "patriarcato", considerandoli "violenza di genere". Sul punto anche R. Coomaraswamy, *Violence against women and 'crimes of honour'*, in L. Welchman and S. Hossain (a cura di), *Honour': Crimes, paradigms and violence against women*, London: Zed Books, 2005, xi–xiv.

[48] Le critiche in questo senso erano partite sin dal 1950, quando diversi antropologi avevano criticato le modalità della scrittura etnografica che tendevano a esocitizzare l'altro. E' celebre l'articolo di H. Miner, *Body rituals among the Nacirema,* in *American Anthropologist* 58 (1956), 503 ss. che applica agli americani (i Nacirema letti al contrario) lo stile e il metodo della descrizione etnografica creando un effetto perturbante in grado di rilevare l'artificiosità che assume la descrizione etnografica. Da allora l'antropologia ha dilatato i suoi confini andando a studiare non soltanto i popoli cosiddetti primitivi, ma diventando antropologia della contemporaneità.

[49] E. Balibar, Is there a "Neo-Racism"? in E. Balibar, I.M. Wallerstein, (a cura di) *Race, Nation, Class, Ambigous Identities*, London, Verso, 1991, 17–28.

[50] A. Phillips, *Multiculturalism without culture*, Princeton University Press, Princeton, 2007.

[51] J.F. Welsh, *After multiculturalism: the politics of race and the dialectics of liberty*, Lexington Books, Lanham, 2008.

[52] R. Baubock, *Farewell to multiculturalism? Sharing values and identities in societies of immigration*, in *Journal of international migration and integration*, 2003, n. 3, 1 ss.

multiculturalismo è sempre più discusso. Sono anche queste incertezze teoriche che hanno portato ad un blocco nel processo di costituzionalizzazione dei diritti costituzionali di tipo culturale: l'ultima decade ha visto pochissime costituzioni aprirsi a tale riconoscimento, soprattutto se paragonate al fermento che si ebbe tra il 1980 e il 1990.

In questo contesto, l'inquadramento della cultura come diritto perde forza teorica, a vantaggio del secondo orientamento ricostruttivo. Questo nega alla cultura la natura di diritto, tanto meno costituzionale, costruendola piuttosto come norma esterna all'ordinamento giuridico, precisamente come consuetudine, che entra in interazione con esso in base ai principi della teoria delle fonti. Questo orientamento, pur non trascurando la dimensione di valore che una pratica culturale può avere per la minoranza che vuole conservarla, trova la sua principale giustificazione nella ineluttabilità del comportamento culturale, nella sua natura compulsiva, cogente che, in sede penale, può influire sull'elemento psicologico del reato. In base a questa ricostruzione, la cultura si presenta all'attenzione dei giudici come "norma" di comportamento prodotta fuori dal sistema giuridico statale. Parafrasando Clifford Geertz secondo cui la cultura è una "rete di significati", un "*web of meanings*", potremmo dire che la cultura appare come una "rete di regole". È immediato cogliere in tale ricostruzione un'eco della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. La cultura ci appare come un ordinamento giuridico, un sistema di regole nella tradizione italiana di Santi Romano e Antonio Pigliaru[53] o nella tradizione statunitense di Thorsten Sellin[54] che parla di conflitti multiculturali come "conflitti normativi" e di Alan Dundes e Alison Renteln che parlano di "*folk law*"[55], di diritto popolare, appunto ravvisando nella cultura non tanto un diritto soggettivo quanto un vero e proprio diritto in senso oggettivo.

È importante notare che anche secondo tale ricostruzione l'ordinamento "culturale" ha dei "confini" e non può ricomprendere al suo interno tutti i comportamenti, tutte le regolarità, ma soltanto ciò che ha il crisma della regola.

È stata la Corte di Cassazione italiana, nel panorama comparato, ad aderire in modo più costante nelle sue decisioni a tale ricostruzione: da un lato la Cassazione riconosce alla cultura la dignità di un sistema normativo autonomo, nel contempo la inserisce all'interno del più complesso sistema delle fonti italiano e offre dei meccanismi di risoluzione delle antinomie che si producono tra norme italiane e norme culturali esterne. In Italia la cultura

[53] A. Pigliaru, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1959.

[54] T. Sellin, *Culture and conflict in crime*, Social Science Research Council, New York, 1938.

[55] A. Dundes Renteln, A. Dundes, *Folk law. Essays in the theory and practice of lex non scripta*, Garland publishing Inc., New York and London, 1994.

non è un diritto in senso soggettivo, ma è un reato culturalmente motivato[56] in sede penale, o un comportamento motivato dall'obbedienza ad una norma esterna in sede civile.

Il fatto che i giudici italiani non trattino mai la cultura come un diritto, bensì come consuetudine, non ci esime però dal notare che da molte delle argomentazioni sviluppate emerge che alla cultura i giudici assegnino in qualche modo un "valore". Sebbene le motivazioni offerte per la risoluzione dei conflitti multiculturali si muovano al di fuori delle tecniche del bilanciamento tra diritti, per rientrare in quelle tipiche della teoria delle fonti, la consuetudine culturale, che dovrebbe in astratto occupare sempre l'ultimo livello della piramide, è spesso presa in considerazione come un qualcosa da proteggere.

A titolo esemplificativo si vedano questi estratti argomentativi che ben rivelano la componente valoriale, positiva che si assegna alla cultura e, nel contempo, la sua difficoltà a derogare norme dell'ordinamento statale. Infatti, il fatto che la cultura assuma nella giurisprudenza di Cassazione e di merito il rango di consuetudine la colloca in una posizione tendenzialmente "perdente" rispetto alle altre fonti dell'ordinamento. Nelle parole della Cassazione, pronunciate nella risoluzione di diversi conflitti multiculturali:

"*È necessario prestare attenzione alle situazioni reali al fine di non criminalizzare condotte che rientrino nella tradizione culturale di un popolo… fermo restando, però, che se determinate pratiche, magari anche consuetudinarie e tradizionali, mettano a rischio diritti fondamentali dell'individuo garantiti dalla nostra Costituzione o confliggano con norme penali che proprio tali diritti cercano di tutelare, la repressione penale è inevitabile. È fin troppo evidente, infatti che consuetudini contrarie all'ordinamento penale non possano essere consentite*"[57]*;*

"*Le tradizioni etico-sociali di coloro che sono presenti nel territorio dello Stato, di natura essenzialmente consuetudinaria benché nel complesso di*

[56] La formula "reati culturalmente motivati" è stata teorizzata da J. Van Broeck, *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences),* in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, 5, che li definisce come «il comportamento realizzato da un membro appartenente ad una cultura di minoranza, che è considerato reato nell'ordinamento giuridico della cultura dominante. Questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale dell'agente è condonato o accettato come comportamento normale o, addirittura, è sostenuto e incoraggiato in determinate situazioni». Per un'analisi dei reati culturalmente motivati da parte della dottrina penalistica italiana, cfr. C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni ETS, Pisa, 2010.

[57] Cass. sez. VI penale sent. 45516/2008. Il caro riguardava la pratica del manghel, l'accattonaggio praticato dai Rom, che la Cassazione, a mio avviso erroneamente, aveva classificato come pratica culturale.

*indiscusso valore culturale, possono essere praticate solo fuori dall'ambito di operatività della norma penale. Il principio assume particolare valore morale e sociale allorché – come nella specie – la tutela penale riguardi materie di rilevanza costituzionale"*[58]*;*

"*Si è in presenza, sotto il profilo della materialità, di un reato, per così dire, culturalmente orientato, quello che gli americani definiscono cultural offence. Nel reato culturalmente orientato non viene in rilievo il conflitto interno dell'agente, vale a dire l'avvertito disvalore della sua azione rispetto alle regole della sua formazione culturale, bensì il conflitto esterno, che si realizza quando la persona, avendo recepito nella sua formazione le norme della cultura e della tradizione di un determinato gruppo etnico, migra in un'altra realtà territoriale, dove quelle norme non sono presenti. Il reato commesso in condizione di conflitto esterno è espressione della fedeltà dell'agente alle norme di condotta del proprio gruppo, ai valori che ha interiorizzato sin dai primi anni della propria vita"*[59].

Altre volte la Corte di Cassazione non fa riferimento al valore intrinseco della pratica culturale, ma ad un nuovo criterio interpretativo ispirato al relativismo antropologico che impone al giudice, per dirla con Boas, di "indossare le lenti culturali altrui"[60] nel leggere le norme:

"*Una società multietnica, che accetta più o meno consapevolmente il multiculturalismo, non può ignorare una certa dose di relativismo culturale, che consenta di guardare ad altre civiltà senza giudicarle secondo i propri parametri. Ne consegue che l'approccio alla delicata questione in esame, per le implicazioni di carattere etico e giuridico che vengono in rilievo, deve essere guidato da una prudente e illuminata interpretazione delle norme di riferimento, senza sottovalutare la peculiare posizione del soggetto coinvolto nell'atto rituale incriminato"*[61].

Se nei brani appena riportati la Cassazione assegna alla cultura un valore, di cui l'ordinamento è chiamato a tener conto, o comunque le assegna un

[58] Corte di Cassazione sent. 22700, del 29 maggio 2009. Il caso riguardava un immigrato marocchino accusato di maltrattamenti in famiglia ai danni della moglie. La difesa chiedeva le attenuanti generiche in quanto i soggetti "*erano portatori di cultura, religione e valori differenti da quelli italiani, tali da influire sotto il profilo sia della gravità del reato che dell'entità della pena*".

[59] Cassazione, sez. VI penale, 24 novembre 2011, n. 43646, il caso è quello della circoncisione praticata dalla madre ad un bambino nigeriano che aveva comportato un'emorragia al bambino.

[60] F. Boas, *The mind of primitive man*, in *Journal of American Folklore*, n. 14, 1911, 11 ss.

[61] Cassazione sent. 43646/2011.

ruolo interpretativo, in altri casi questa componente non emerge e prevale un ragionamento rigoroso di dogmatica delle fonti che pone la consuetudine culturale di per sé in posizione perdente nella gerarchia delle fonti. Come in questo caso:

"*La consuetudine può avere una valenza scriminante ai sensi dell'art. 51 c.p., solo quando sia richiamata da una legge… Anche un popolo allogeno come quello degli zingari, quando si insedia nel territorio italiano, deve osservare le norme dell'ordinamento giuridico vigente in questo territorio; e non può invocare i propri usi tradizionali per scriminare comportamenti che sono vietati dalle norme penali, eccetto il caso in cui questi usi siano richiamati, e quindi legittimati, dalle leggi territoriali*"[62].

In alcuni casi, accanto alla norma costituzionale o penale protettrice di beni costituzionali che è in grado di prevalere sulla consuetudine culturale in base alla teoria delle fonti, la Corte di Cassazione ha evocato anche una sorta di contro-norma culturale, individuata nella cultura maggioritaria italiana:

"*né diverso criterio interpretativo può evidentemente essere adottato in relazione alla particolare concezione socio-culturale di cui sia eventualmente portatore l'imputato, posto che in materia vengono in gioco valori fondamentali dell'ordinamento (consacrati nei principi di cui agli artt. 2, 3, 30 e 32 Cost.), che fanno parte del visibile e consolidato patrimonio etico-culturale della nazione e del contesto sovranazionale in cui la stessa è inserita e, come tali, non sono suscettibili di deroghe di carattere soggettivo e non possono essere oggetto, da parte di chi vive e opera nel nostro territorio ed è quindi soggetto alla legge penale italiana, di valida eccezione di ignoranza scusabile*"[63].

Dal punto di vista pratico, la concettualizzazione della cultura nell'uno o nell'altro orientamento – cultura come diritto soggettivo o come diritto oggettivo in un'ottica di pluralismo giuridico, quindi consuetudine – produce conseguenze significative: se la cultura è riconosciuta come diritto essa viene in qualche modo incorporata nel nostro ordinamento, da parametro extra-sistemico diviene parametro sistemico e i comportamenti posti in essere nell'esercizio di pratiche culturali assumono il rango di diritti soggettivi. A livello penale, l'inquadramento della cultura come diritto potrebbe attivare la scriminante dell'esercizio del diritto di cui all'art. 51 c.p., che, ad esempio,

**62** Cassazione sez. III penale, 2841/2007, caso Djordjevic.

63 Cassazione, 48272/2009, riguardante un caso di maltrattamenti inflitti da un padre originario del Marocco sul figlio, su cui L. PEDULLÀ, *Principi fondamentali e reati culturali: il criterio d'imparzialità versus le soggettive convinzioni religiose*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2009.

viene frequentemente usata nella risoluzione dei conflitti di natura religiosa, coperti dall'art. 19 della Costituzione. La cultura come diritto soggettivo entrerebbe a pieno titolo nel bilanciamento con gli altri diritti costituzionali.

Viceversa secondo la teoria attualmente adottata dalla Cassazione italiana per cui la cultura è consuetudine, questa conserva il rango di una regola esterna, che il giudice può essere incline a considerare, ma che si colloca in una posizione tendenzialmente subordinata alle altre fonti e non in grado di "competere" con quasi nessun altro diritto. A livello penale, la cultura non è in grado di attivare la scriminante dell'esercizio del diritto, ma tuttalpiù attiva altri strumenti quali le attenuanti.

Un'altra importante differenza tra la concettualizzazione della cultura come diritto o come consuetudine si pone rispetto al principio di rieducazione del condannato stabilito all'art. 27 Cost. norma tesa ad un reinserimento del reo nei valori della società. L'autore di un reato culturalmente motivato sia da rieducare. Se la cultura è un diritto costituzionale, ossia un qualcosa cui assegnare un valore, non ci sarebbe alcuno da rieducare, ma semmai da esentare dall'applicazione del diritto penale; se viceversa, la cultura è semplicemente un fatto normativo esterno a cui l'ordinamento riconosce rilevanza (nella misura in cui intacca beni giuridici penalmente rilevanti) è ipotizzabile un trattamento rieducativo.

Nell'ordinamento britannico e statunitense, che non riconoscono la cultura come un diritto, ma si muovono sulla scia del modello italiano, negli anni 1980-90 si sono registrati numerosi casi in cui il reo beneficiava di sconti significativi di pena in ragione della sua motivazione culturale, tuttavia contestualmente, riceveva una misura alternativa al carcere che consisteva o nel supporto psicologico obbligatorio[64] o in affidamenti in prova che avevano lo scopo di far conoscere al migrante i fondamenti della nuova cultura e di rieducarlo. Viceversa, nell'ordinamento canadese, che pure non riconosce formalmente nessuna eccezione culturale, queste azioni di "recupero" e di "rieducazione" non si svolgono.

Come sopra evidenziato, la Cassazione italiana è ambivalente sul punto perché da un lato costruisce la cultura come consuetudine, però nel contempo le assegna un valore, per cui è complesso allo stato attuale capire in che modo l'art. 27 Cost. possa trovare applicazione.

Se da un lato la difficoltà di costituzionalizzare o anche solo legificare diritti culturali può spiegarsi con le crescenti incertezze ontologiche intorno al concetto di cultura e politiche intorno ad un modello di società culturale, il permanere della cultura a livello di consuetudine desta delle perplessità in quanto produce, indirettamente, una forte dis-eguaglianza: quella relativa alle diverse modalità di risoluzione dei conflitti religiosi rispetto a quelli cul-

[64] The *People v. Fumiko Kimura*, n. A-091133, California Superior Court, 1985.

turali in senso stretto, ossia non coinvolgenti alcuna componente religiosa. A tale questione dedicherò il successivo paragrafo.

### 3. L'insostenibile dis-eguaglianza di trattamento dei conflitti culturali rispetto a quelli religiosi

Il silenzio costituzionale italiano intorno ad un diritto alla cultura (in senso antropologico) e la conseguente scelta "obbligata" della Cassazione di concettualizzare la cultura come consuetudine assume una grande rilevanza nel momento in cui ci si trova di fronte alla differenza tra i conflitti religiosi e i conflitti culturali in senso stretto. Generalmente con l'espressione conflitti multiculturali si fa riferimento ad un formula onnicomprensiva di entrambe le tipologie di conflitti, tuttavia a livello giuridico la presenza di una componente religiosa consente al comportamento di essere investito di un valore superiore di quello che ha un comportamento meramente culturale. Questo è particolarmente vero nel contesto della giurisprudenza italiana[65]. Come detto, infatti, in Italia la cultura non ha copertura costituzionale, né legislativa non avendo lo Stato italiano adottato nessuna legislazione generale sul multiculturalismo, né mutato il codice penale per riconoscere forme di *cultural defence*. Viceversa l'Italia, come tutte le Costituzioni esistenti, riconosce all'art. 19 la libertà religiosa. Ciò consente al giudice, in presenza di un conflitto religioso, di poter utilizzare la scriminante dell'esercizio del diritto nel processo penale e più in generale di poter ricorrere a tecniche argomentative più consolidate, quali il bilanciamento dei diritti.

Esempio di questa asimmetria e dis-eguaglianza che si produce, in Italia ma non solo, tra conflitti religiosi e conflitti culturali senza alcuna componente religiosa, sono i casi del *kirpan* dei Sikh, della marjuana dei rastafariani e della circoncisione ebraica.

Il *kirpan* è il coltello rituale che deve essere obbligatoriamente indossato dai Sikh come simbolo di protezione dal male. Tale pratica religiosa confliggendo con le norme sulle armi in vigore in diversi ordinamenti occidentali ha determinato numerosi conflitti, risolti tendenzialmente in modo analogo nel senso di consentire la pratica. Anche l'Italia ha visto diverse denunce per porto abusivo d'arma rivolte ai Sikh. A titolo esemplificativo si consideri il caso deciso dal Tribunale di Cremona[66] che, dopo aver ampiamente descritto nella sentenza che il *kirpan* è uno dei 5 simboli che un sikh deve sempre portare con sé e che non è percepito in tale religione come un'arma, bensì come un simbolo di protezione dal male così decide:

[65] Anche in Canada e negli Stati Uniti, tuttavia, va segnalato che esistono separati trattamenti giuridici a seconda che il conflitto abbia ad oggetto una pratica religiosa o una pratica culturale.

[66] Tribunale penale di Cremona, 19 febbraio 2009, n. 15.

*se tali sono le coordinate motivazionali che ebbero a guidare la condotta dell'imputato, si deve allora inevitabilmente riconoscere come esse intercettino un valido supporto normativo, siccome obiettivamente collocabili all'interno della tutela della libertà di fede religiosa. È questa una protezione giuridica di assoluta rilevanza, una volta che risulta assicurata, in tutte le sue possibili esplicazioni, sia dall'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 10 dicembre 1948, sia dall'art. 9 della legge 4 agosto 1955, n. 848, di ratifica della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, sia dall'art. 19 della nostra Costituzione*.

Un secondo caso di uso dell'argomento religioso riguarda un rastafariano colto con un quantitativo di marijuana superiore all'uso personale. L'imputato si difendeva sostenendo che la marijuana rappresenta l'erba sacra per i rastafariani che ne fumano diverse quantità per collegarsi con il divino. La Corte di Cassazione[67] ha annullato la condanna richiamandosi al bilanciamento con la libertà religiosa. È bastato alla Corte evidenziare che la pratica è "*suggerita*" dalla religione rastafariana per consentirla. Mentre quando si tratta di pratiche culturale in genere il giudice evidenzia l'obbligatorietà della pratica, la sua natura essenziale alla sopravvivenza del gruppo, la sua natura contingente, nel caso di una pratica religiosa è sufficiente anche una natura facoltativa e opzionale. Anche tale elemento evidenza la dis-eguaglianza di trattamento tra i due tipi di conflitti.

Il terzo caso emblematico di quanto la componente religiosa di una pratica ne elevi la dignità emerge in questa motivazione di fronte ad un caso di circoncisione maschile[68]:

"*Questa (la circoncisione) è solitamente percepita da un medico occidentale come una mutilazione genitale per il bambino e una palese violazione del fondamentale comandamento che deve ispirare l'attività del sanitario: primum non nocere… Tale percezione, però, non è, di per sé, decisiva per la soluzione della questione sottoposta all'attenzione di questa Corte, in quanto non tiene conto della complessa problematica connessa alle ragioni e al forte carico simbolico che connotano la pratica della circoncisione rituale in determinati contesti. Non può essere sottaciuto, infatti, il significato che tale pratica assume da parte di aderenti ad una determinata fede religiosa, che è propria di due tra le religioni monoteiste, l'ebraismo e l'islamismo*".

[67] Cassazione, sez. VI penale, 923/2008.

[68] Cassazione, sez. VI penale, 24 novembre 2011, n. 43646 commentata da V. Pusateri, *Escluso il reato di esercizio abusivo della professione medica se la circoncisione maschile cd. rituale è stata eseguita per motivi culturali,* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2012, 94 ss.

Il diverso tipo di argomentazione utilizzabile spesso produce delle anomalie. Esempio emblematico in tal senso è la diversità di trattamento da circoncisione ebraica da un lato e circoncisione africana dall'altro. Il giudice lo ammette candidamente:

*non può omettersi di considerare… che il significato della circoncisione non terapeutica è spesso riconducibile a motivazioni che esulano da esigenze religiose e identitarie e affondano le loro radici soltanto in tradizioni culturali ed etniche, assolutamente estranee alla cultura occidentale e non sempre compatibili, sul piano operativo, con la nostra legislazione.*

Se la circoncisione ebraica è un diritto religioso, nel caso della circoncisione nigeriana:

"*si è in presenza, sotto il profilo della materialità, di un reato, per così dire, culturalmente orientato, quello che gli americani definiscono cultural offence. Nel reato culturalmente orientato non viene in rilievo il conflitto interno dell'agente, vale a dire l'avvertito disvalore della sua azione rispetto alle regole della sua formazione culturale, bensì il conflitto esterno, che si realizza quando la persona, avendo recepito nella sua formazione le norme della cultura e della tradizione di un determinato gruppo etnico, migra in un'altra realtà territoriale, dove quelle norme non sono presenti. Il reato commesso in condizione di conflitto esterno è espressione della fedeltà dell'agente alle norme di condotta del proprio gruppo, ai valori che ha interiorizzato sin dai primi anni della propria vita*".

Anche se la Corte conclude nel senso che, mancando il dolo specifico, la donna non è punibile[69], è comunque inevitabile chiedersi perché uno stesso fatto in un caso è un diritto costituzionale, nell'altro un reato culturalmente motivato.

Questa differenza costituzionale tra libertà religiosa e diritti culturali necessita, a mio avviso, di essere risolta: infatti, le questioni relative al livello di diseguaglianza tollerabile sono comuni ai conflitti culturali e religiosi e non si dovrebbe lasciare al mero dato storico dato dal fatto che quella religiosa è una diversità più risalente in Europa la disparità di trattamento. Con ciò non intendo dire che la distinzione tra religione e cultura debba scomparire dalla Costituzione, ma che si dovrebbe o introdurre un'equivalente libertà culturale o spostare l'attenzione anziché sulla natura religiosa o culturale di un comportamento su altri elementi quali quelli che già stanno emergendo come *topoi*,

[69] "*Ciò posto, devesi escludere, tuttavia, alla luce di quanto emerge dalle due sentenze di merito, la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato contestato all'imputata. Il reato di cui all'art. 348 cod. pen. è punito a titolo di dolo, consistente nella coscienza e volontà di concorrere nel compimento di un atto di abusivo esercizio della professione medica.*

temi comuni nei modi in cui i giudici risolvono i conflitti multiculturali e che ho provato a sintetizzare nel test culturale che illustrerò a fine di questo lavoro.

Per risolvere tale differenza di trattamento la via più lineare sarebbe quella di una revisione costituzionale che inserisse un diritto all'identità culturale. Ma sul punto pesa indubitabilmente il fatto che la conversazione costituzionale su eventuali modifiche alla prima parte della Costituzione sia in Italia bloccata. Per inciso si osservi come non necessariamente è un bene il tabù su modifiche alla prima parte. Per quanto motivate da una giustificabile paure di strappi alla Costituzione, tale tabù avvallato dagli stessi costituzionalisti ha avuto l'effetto di chiudere una necessaria conversazione costituzionale in diversi settori: dal multiculturalismo, al tema del matrimonio, della famiglia, del ruolo della donna etc.

## 4. I limiti alla dis-eguaglianza multiculturale. Il genere: dal giudice antropologo al giudice femminista?

Che la cultura venga costruita come consuetudine o come diritto fondamentale, vi è un problema comune rispetto al quale quarant'anni di giurisprudenza comparata di matrice multiculturale comincia a fornire qualche risposta: quali sono i limiti al multiculturalismo? Dove si ferma la tolleranza verso la diversità? «La società aperta: di quanto?» [70].

La stratificazione di decisioni giurisprudenziali, sia italiane che comparate, pur nel loro carattere magmatico e frammentario, consente di registrare alcuni aspetti che sembrano consolidarsi. Mentre alcuni dei primi esempi di conflitti multiculturali vedevano il giudice attuare in modo puramente relativista, quasi che l'evocazione del mantra "è la mia cultura che mi ha portato a fare ciò" paralizzasse il ragionamento ponderativo, isonomico tipico del processo e del ragionamento *more juridico*[71], più di recente il giudice evita un ragionamento ispirato al puro relativismo antropologico.

È possibile affermare che alcuni limiti al multiculturalismo sono ormai consolidati. Si tratta in primo luogo di quello che riguarda il bene "vita". Se l'Italia non ha mai visto un giudice concedere le attenuanti per i cosiddetti "omicidi d'onore", in una prima fase del multiculturalismo la cultura era in grado di prevalere anche sul bene vita[72]. Ciò non è ormai più pensabile.

[70] G. Sartori, *Pluralismo multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multietnica*, Milano, 2000, 15.

[71] Sul rapporto tra conoscenze e valutazioni tecniche e giudice G. Silvestri, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico* 2/2000, 411-438.

[72] Il caso di scuola è *The People v. Dong Lu Chen*, No. 87-7774, N.Y. Sup. Ct. Dec. 2, 1988, occorso negli Stati Uniti agli albori dell'uso della *cultural defence*. Questo aveva visto come protagonista il signor Chen, proveniente dalla Cina che, alla notizia che la moglie lo tradiva, l'aveva uccisa a colpi di martello. Al processo era stato sentito il dottor Pasternak, esperto di cultura ci-

Più problematico è il rispetto del limite dell'"integrità fisica". Negli anni '90 non sono mancati in Italia giudici che hanno archiviato casi di mutilazioni genitali femminili[73] con un atteggiamento relativista. La situazione è poi cambiata, ma a differenza del bene vita, rispetto all'integrità fisica la giurisprudenza italiana non è omogenea. Il dato balza subito agli occhi se pensiamo che in Italia la circoncisione maschile è ammessa, pur comportando una alterazione permanente all'integrità fisica. Sul punto è possibile affermare che in Italia la linea di confine è quella che attiene alla "funzionalità" dell'organo o della parte del corpo la cui integrità è compromessa per ragioni culturali a svolgere la propria funzione. Tale limite è stato fissato dal Comitato etico nazionale nel 1989 in relazione alla circoncisione maschile.

Gli altri limiti al multiculturalismo emergenti dalla attivazione di altri diritti costituzionali compromessi da pratiche culturali sono meno netti e sono spesso sottoposti ad una valutazione casistica. Si pensi ai "diritti del minore" che sono spesso valutati in relazione al contesto culturale come avvenuto, ad esempio, nel recente caso della *kafalah* islamica[74], consentita, ma anche in casi più problematici come il mendicare, rispetto al quale la Cassazione ha talvolta ritenuto prevalente la dimensione culturale, talaltra ha condannato con una forte attenzione alla dimensione concreta del trattamento del minore, o il lasciare soli e incustoditi i bambini[75].

nese, che aveva svolto una ricostruzione del diverso senso dell'onore in Cina. Nella sua relazione antropologica, l'esperto aveva scritto che "in termini generali… ci si può aspettare che un cinese reagisca in quelle circostanze in modo più volubile e violento di come reagirebbe un soggetto appartenente alla nostra società", la sua reazione, pertanto, non va misurata con lo standard del "marito medio americano". Il giudice si è mostrato sensibile a questo argomento e ha deciso di condannare il signor Chen soltanto a 5 anni di una misura alternativa al carcere, senza detenzione, ma con supporto psicologico obbligatorio. Questa l'argomentazione del giudice: "se questo reato fosse stato commesso da un soggetto nato e cresciuto in America o anche nato altrove, ma cresciuto principalmente in America, anche nella comunità cinese, la Corte non avrebbe avuto difficoltà a riconoscere l'imputato colpevole di omicidio doloso. Ma questa Corte non può ignorare… la grande influenza e la forte pressione della testimonianza del dott. Pasternak, che è forse il maggior esperto in America di relazioni inter-familiari nella cultura cinese".

[73] Ad esempio di tale orientamento si veda sentenza di archiviazione emessa dal Tribunale dei minori di Torino, 17 luglio 1997, con cui il giudice assolse i genitori che avevano praticato una mutilazione genitale femminile alla propria figlia negando che in questo caso fosse applicabile il reato di lesioni in quanto in quel contesto culturale, in quella rete di significati, quel taglio non era una lesione, ma aveva un significato rituale di matrice culturale. È il caso della in relazione ad un caso di escissione su una bambina nigeriana portata dai genitori nel Paese d'origine per compiere tale rituale. Al rientro in Italia, questi erano stati denunciati dai medici della ASL per lesioni gravissime. Secondo il Tribunale i genitori avevano sottoposto "*la figlia a pratiche di mutilazione genitale femminile pienamente accettate dalle tradizioni locali (e parrebbe, dalle leggi) del loro Paese*". Da qui le ragioni per non condannarli.

[74] Cass. sez. I civile, sent. 1843/2015.

[75] *Zingarella sola per strada: «È abituata». Padre assolto dall'abbandono di minore,* in *L'eco di Bergamo*, 19 dicembre 2014, in cui si riportano parti della decisione del Gup di Bergamo: «l'ab-

Un altro limite al multiculturalismo su cui vorrei soffermarmi più diffusamente, in quanto – sebbene sia stato teorizzato sin dal 1980[76] – è di più recente applicazione da parte dei giudici è dato dall'argomento di genere o anti-patriarcale.

La generale preoccupazione che il multiculturalismo rischi di creare "isole di tirannia locale"[77] è particolarmente avvertita soprattutto, quando un conflitto multiculturale coinvolga le donne, tanto che potremmo dire che in diversi casi il giudice antropologo si è trasformato in giudice femminista. Con tale espressione si vuole sinteticamente esprimere la tendenza che vede anche il giudice potenzialmente attento all'argomento culturale non restare insensibile alla dimensione di genere di una controversia. Insieme al danno al bene vita e all'integrità psico-fisica, il genere sta diventando, sia nell'argomentazione giudiziale che per il legislatore, un elemento, sempre più usato in modo autonomo, in grado di bloccare l'attivazione della eccezione culturale. Se alcune decisioni pronunciate nel 1980 negli Stati Uniti vedevano la cultura dominare indiscussa anche sul genere[78], nell'Italia di oggi e in quasi tutti gli Stati multiculturali, anche più avanzati, ciò sarebbe impensabile.

Ma v'è di più. Oltre alla tendenza ad usare il genere come contro-limite al multiculturalismo, va registrato un fenomeno nuovo, che ha visto l'Italia pioniera: il fenomeno consiste in una operazione riclassificatoria che i giudici compiono rileggendo una pratica non più come culturale, bensì direttamente come patriarcale. Ci troviamo in sostanza di fronte ad un abbandono del concetto di cultura a favore di altri discorsi e classificazioni.

Un esempio molto evidente si rinviene in alcune recenti decisioni italiane in tema di mutilazioni genitali femminili. Questo classico *hard case* del multiculturalismo ci consente di testare quanto appena detto. Infatti, in un primo momento il genere ha operato come contro-limite alla cultura, per poi passare ad una lettura della pratica come violenza di genere.

Com'è noto quello in esame (insieme a quello del *manghel* dei Rom represso con la l. 94/2009) è uno dei pochi casi in cui il legislatore italiano non ha voluto lasciare ingovernata la diversità culturale, ma è intervenuto per reprimerla. La legge 7/2006 ha introdotto l'art. 583 *bis*[79]. Alla sua entrata in vigore tale norma

bandono di minore non può configurarsi in un semplice, e programmaticamente momentaneo, "lasciare solo" un bambino, quando tale circostanza non espone quest'ultimo a nessun pericolo».

[76] S. Okin, *Is multiculturalism bad for women?, cit.*

[77] W. Kymlicka, *Multiculturalism: Success, Failure, and the Future*, Washington, 2012.

[78] Si pensi al sopra richiamato caso *The People v. Chen* 1988, che aveva visto il giudice assolvere il marito cinese che aveva ucciso la moglie che lo tradiva per il fatto, testimoniato in processo dall'antropologo, che nella cultura cinese l'onta del tradimento portava il marito ad un forte senso di vergogna.

[79] Per inciso, si osservi che, allo stato attuale, tale articolo è stato applicato una sola volta in Italia. La prima sentenza di condanna è stata quella del *Tribunale Verona 14 aprile 2010* poi smentita dalla Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012 (dep. 21 febbraio 2013), n. 1485.

era stata accusata di sproporzionalità nella previsione delle pene[80]. Una mutilazione compiuta in ossequio alle tradizione culturali di un gruppo può, infatti, portare a 12 anni di carcere, mentre una lesione inflitta con odio e consistente nella deprivazione di un arto al massimo di 8 anni. Tuttavia, altra parte della dottrina aveva ravvisato la *ratio* della differenziazione di pena nell'emersione di un bene giuridico, la parità di genere: "nella volontà di conferire rilevanza penale all'offesa alla dignità delle donne e non soltanto alla lesione della loro integrità fisica"[81]. In questo trovava il fondamento il notevole aumento delle pene per questo tipo di lesione e la necessità di creare una figura di reato *ad hoc*, non essendo l'art. 583 bis idoneo a proteggere questo emergente bene giuridico.

Tale ricostruzione è stata in qualche modo convalidata a livello internazionale. Il 20 dicembre 2012 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nella sua 67° sessione ha approvato la risoluzione A/Res/67/146 contenente un divieto globale nei riguardi di tutti i tipi di mutilazioni genitali femminili[82]. La posizione espressa dal diritto internazionale consolida, in qualche modo, l'emersione di un nuovo bene giuridico da proteggere: la dignità delle donne, la loro parità, il divieto di oppressione da strutture patriarcali, che con le MGF si manifestano in modo dirompente. La Risoluzione ONU del 2012 fa però qualcosa di più: non costruisce soltanto l'argomento di genere come contro-limite al multiculturalismo, ma tende proprio ad uscire dal discorso culturalista. Le mutilazioni genitali femminili, infatti, non sono mai definite come pratica culturale, bensì come "violenza di genere"[83].

L'inquadramento internazionale ha avuto un immediato impatto sull'ordinamento giuridico italiano, con conseguenze in tema di decisioni relative al diritto di asilo.

Sulle due decisioni si vedano rispettivamente C. Pecorella, *Mutilazioni, genitali femminili: la prima sentenza di condanna (nota a Trib. Verona 14 aprile 2010)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2011, 861 ss. e F. Basile, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in *www.statoechiese.it*, n. 24/2013.

[80] Su questo e altri profili critici della legge: G. Brunelli, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge* e G. Fornasari, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, entrambi in A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008, rispettivamente 203 ss. e 179 ss.

[81] R. Fattibene, *Verso una Risoluzione dell'Onu per l'abolizione delle mutilazioni genitali femminili a livello mondiale. il trattamento giuridico di questa pratica tra atti internazionali, modelli culturali e normative nazionali,* in *www.aic.it,* 4/2012, 8.

[82] Tali forme erano già state classificate nel 1995 dall'Organizzazione mondiale della sanità, che aveva previsto, una quadripartizione delle MGF in: I tipo, circoncisione; II tipo, escissione; III tipo, infibulazione e IV tipo, non classificato, comprensivo di qualunque alterazione compiuta al di fuori di ragioni mediche.

[83] Il termine pratica culturale non ricorre mai, sostituito da quello di "pratica dannosa" "*harmful practice*" che ricorre per cinque volte e dal termine "violenza" che ricorre nove volte, accompagnati da un lessico simile, che descrive le MGF come una "minaccia" e un "abuso".

In una sentenza della Corte d'Appello di Catania[84], il giudice decide di accogliere il ricorso della difesa contro il respingimento di una domanda di asilo nei confronti di una donna che aveva subito l'infibulazione. Il ricorso era motivato con il fatto che la donna avesse "*subito atti persecutori legati alla appartenenza al genere femminile*". Il giudice concede l'asilo motivando che le MGF:

costituiscono una forma di *violenza*, morale e materiale *discriminatoria di genere, legata cioè alla appartenenza al genere femminile*… La MGF *viene inflitta a ragazze e donne perché sono di genere femminile, per affermare potere su di loro e per controllare la loro sessualità*. La pratica quindi *fa parte di un più ampio modello di discriminazione contro ragazze e donne in una specifica società*.

In un dialogo multilivello, la Corte opera un richiamo proprio alla Risoluzione ONU del 2012, ai tempi in corso di approvazione[85]. L'accoglimento della domanda della ricorrente poggia sul quadro internazionale e sulle letture che diversi organi internazionali hanno dato del fenomeno: violenza di genere, tortura, persecuzione politica[86].

Analoga decisione ha adottato il Tribunale di Cagliari[87], ribadendo che "*gli atti di mutilazione genitale femminile costituiscono atti di persecuzione per motivi di appartenenza ad un determinato gruppo sociale*".

L'uscita dall'argomento culturale a favore di quello anti-patriarcale o di genere è, peraltro, diffusa, anche a livello di diritto sovranazionale regionale[88] e riguarda diversi altri conflitti multiculturali che vengono riscritti come

[84] Del 27 novembre 2012, con nota di B. Cattelan, *Mutilazioni genitali femminili rilevanti per status di rifugiato*, in http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=135.

[85] Ibidem: "*Di recente la questione, come risulta da un report pubblicato sul sito del Ministero degli Affari Esteri, è stata esaminata da parte della Terza Commissione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che ha adottato la a Risoluzione sull'"Intensificazione degli sforzi sul piano globale per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili". All'adozione definitiva del documento dovrà procedere l'Assemblea Generale nella sessione plenaria*".

[86] Ibidem: "*La nota dell'UNHCR mette inoltre in evidenza che anche se una donna è riuscita a sottrarsi alla MGF, ovvero si rifiuta di sottoporre a tale pratica le sue figlie, ella corre il rischio concreto, anche se riesce a sfuggire alla mutilazione, di essere considerata, nel Paese ove essa è praticata, un oppositore politico ovvero come un soggetto che si pone fuori dai modelli religiosi e dai valori sociali, e quindi essere perseguitata per tale motivo*".

[87] Ordinanza 3 aprile 2013, in www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Tribunale_Cagliari_ordinanza_12-08192.pdf.

[88] Anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (caso *Emily Collins and Ashley Akaziebie v. Sweden*, n. 23944/05, 8 marzo 2007) ha affrontato la questione con l'argomento di genere. Inoltre, la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa, ha definito la violenza contro le donne come *species* della più ampia fattispecie della violenza di genere, e le MGF (insieme con la violenza domestica, le molestie sessuali, lo stupro, il matrimonio forzato, i delitti commessi in nome del cosiddetto "*onore*") come grave violazione dei diritti umani delle donne e

conflitti patriarcali: la poligamia[89], il *burqa*[90], gli omicidi d'onore[91]. In relazione a questi ultimi, la giurisprudenza italiana rileva un altro interessante esempio di abbandono dell'argomento culturale a favore di quello patriarcale nel noto caso di omicidio d'onore della giovane Hina Saleem da parte del padre. Si trattava di un tipico caso di omicidio d'onore motivato dal fatto che la figlia andata a convivere con un italiano e rifiutando di comportarsi come una buona musulmana avesse infangato l'onore della famiglia. La difesa del padre chiedeva l'applicazione dell'attenuante dei motivi di superiore valore morale, considerato il movente del padre e il suo *background* culturale. Ma il giudice ha rifiutato di leggere il comportamento del padre sotto le lenti della cultura, riscrivendolo sotto il prisma del patriarcato. Nella motivazione del giudice di appello[92] è ben marcato il passaggio dall'argomento culturale a quello patriarcale. Il giudice contesta la motivazione della difesa volta ad inquadrare l'omicidio tra i reati culturalmente motivati che potevano determinare una valutazione più favorevole quanto meno in termini di attenuanti. Il ricorso all'argomento culturale è in questo caso, secondo il giudice:

*fuorviante… sia perché un delitto come quello commesso non risulta giustificato nel Pakistan, sia perché (Saleem) si trova residente in Italia dal 1989*

delle bambine e principale ostacolo al raggiungimento della parità tra i sessi.

[89] Proibita dalla Corte suprema della British Columbia in quanto ritenuta pregiudizievole per le donne *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada* [2011] BCSC 1588, commentata da I. Spigno, *Tra le tessere del mosaico culturale canadese non c'è la poligamia,* in *www.dirittocomparati.it*, gennaio 2012.

[90] Va però a tal proposito osservato che la lettura del burqa come pratica oppressiva di genere è stata recentemente rigettata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *S.A.S vs France*, 1° luglio 2014. Sostenuto dalla Francia, che difendeva la sua legge con cui nel 2010 aveva vietato il burqa, con l'argomento che per gli uomini non esiste un'equivalente pratica vestuaria volta a coprire il volto e che il *burqa* è in sé simbolo di una inferiorità della donna, l'argomento di genere è stato rifiutato dalla Corte EDU sia rivendicando l'importanza di non mettere sotto tutela paternalistica le donne (sul punto ex plurimis S. Mancini, *Patriarchy as the exclusive domain of the other: The veil controversy, false projection and cultural racism,* in *International Journal of Constitutional Law [ICON]* vol. 10, n. 2, 2012, 411-428), sia richiamando la loro capacità di *agency*. La Corte ha affermato che "*uno Stato membro non può invocare la parità di genere per proibire una pratica che è difesa dalle stesse donne, inclusa la ricorrente*" (par. 119). Ovviamente ciò non impedisce che alcuni ordinamenti interni vietino il burqa usando l'argomento di genere, ma questa autorevole posizione sovranazionale mostra che lo stesso non è più persuasivo.

[91] Sia il femminismo italiano che anglossassone hanno proposto di sottrarre gli omicidi d'onore alla classificazione culturale per considerarli "violenza di genere": I. Dominijanni, *Patriarcati trasversali,* in *Il Manifesto*, 22 agosto 2006, contestando la lettura culturale del delitto di Hina Saleem, uccisa dal padre perché era andata a convivere con un uomo disonorando la famiglia, osserva "la morte di Hina non è un delitto islamico, ma un delitto patriarcale"; si veda anche R. Reddy, *Gender, culture and the law: approaches to 'Honour Crimes' in the UK,* in *Fem. Leg. Stud*., n. 16, 2008, 305 ss.

[92] Corte d'appello di Brescia 5 dicembre 2008, che conferma la condanna a 30 anni.

*ed ha avuto tutto il tempo e la possibilità di conoscere e vivere i costumi nazionali e le nostre regole, sia infine perché addurre la motivazione culturale nella fattispecie appare piuttosto il tentativo di celare quello che è soltanto l'atteggiamento del padre-padrone che si vendica di un grave affronto subito da parte della figlia, come potrebbe avvenire per qualunque soggetto dotato del medesimo carattere e della medesima indole, qualsiasi sia la sua appartenenza etnica o culturale*.

La Corte di Cassazione conferma questa lettura e il radicale rigetto della lettura culturalista[93]:

*la motivazione assorbente dell'agire dell'imputato è scaturita da un patologico e distorto rapporto di 'possesso parentale'*.

Quelli finora enunciati sono alcuni primi segnali che anticipano uno scenario futuro in cui potremmo assistere alla de-rubricazione di tutti i conflitti di genere dal catalogo dei conflitti multiculturali: le donne, in tal modo, uscirebbero dallo scenario multiculturale per entrare in una nuova configurazione dei conflitti patriarcali.

Tale scenario, apparentemente progressista, presenta tuttavia diversi aspetti problematici.

Il primo consiste nel fatto che l'argomento di genere (riassumibile nell'assunto le donne sono vulnerabili e quindi da proteggere dalla loro stessa cultura di appartenenza) perpetui esso stesso uno stereotipo: quello che, con brutale sintesi, chiamerò della donna-bambina. Le donne appaiano al diritto come una categoria unitaria, monolitica e generalmente associata ai bambini[94]. L'endiadi "donne e bambini" visti come soggetti vulnerabili, è la classica formula che si oppone all'opzione multiculturalista, quasi che le donne fossero incapaci di *agency* o di differenziarsi al loro interno in modo consapevole tra chi vuole vestirsi in un certo modo o in un altro (con il *burqa* o con i tacchi, altro terribile strumento patriarcale a ben vedere e dagli effetti ben più dannosi del *burqa*!) e tra chi vuole usare il proprio corpo in un modo o in un altro (facendosi una mutilazione al seno tramite la chirurgia plastica, piuttosto che alla clitoride).

Il secondo aspetto problematico dell'introduzione dell'argomento di genere nell'orizzonte del diritto è che, nella sua vulgata, esso determina spesso un allontanamento da alcuni principi o diritti assodati del costituzionalismo,

[93] Cassazione, sez. I penale, 6587/2010.

[94] M. Minow, *About Women and Culture: About Them, About Us*, 129, No. 4 *Daedalus* 2000, 125 ss. Con ciò non voglio certo negare la componente di vulnerabilità delle donne, ben evidenziata da E. Olivito, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Roma, Aracne, 2006, ma evidenziare come non sia la sola.

portando a incoerenze costituzionali. Qualche esempio: penso che tutti fossimo convinti, fino a qualche tempo fa, che la scelta di quale capo di abbigliamento indossare rientrasse nell'abbiccì del diritto costituzionale, ma se su un capo di abbigliamento come il *burqa*, o persino il semplice velo, grava il sospetto che sia oppressivo delle donne, ecco che le certezze vacillano e che le stesse donne che lo vogliono indossare si vedono poste sotto tutela dello Stato francese o belga.

Un terzo rischio che l'ingresso dell'argomento di genere o anti-patriarcale potrebbe comportare è quello di paralizzare il dibattito intorno a pratiche culturali che violerebbero soltanto questo bene giuridico. Un'altra pratica culturale che, se non fosse evocato il genere, il patriarcato e i rischi per le donne, non lederebbe alcun bene giuridico e sulla quale si potrebbe aprire un sereno dibattito culturale che trasformi l'idea di coppia o almeno la renda plurale[95], è la poligamia. Quando comprensiva anche di poliandria, il suo riconoscimento sarebbe un allargamento di altri principi costituzionali: la libertà sessuale, da un lato, e il principio di autodeterminazione, dall'altro. Se, infatti, fondiamo il matrimonio sul principio di auto-determinazione che cosa impedisce la creazione di una famiglia allargata? Tuttavia, l'argomento che la poligamia danneggia le donne, sostenuto esplicitamente in una decisione canadese[96] e sotteso a tutto il dibattito europeo, blocca l'attivazione di questi diritti e principi costituzionali. Siccome la poligamia è un istituto patriarcale è coerente proibirlo. Vorrei, peraltro, notare, come in tale vulgata, l'argomento di genere fa cadere il giudice in un paradosso. In *Le origini della famiglia*, Engels[97] e dopo di lui, gran parte del pensiero femminista[98] hanno, infatti, ravvisato proprio nel matrimonio monogamico un tipico istituto patriarcale, che intrappolava la donna privandola della libertà sessuale sancendo un contratto sessuale e una divisione del lavoro a tutto vantaggio dell'uomo. Il ragionamento è paradossale: difendendo la monogamia si crede di proteggere le donne dal patriarcato e non ci si accorge che, viceversa, lo si sta consolidando. Trovo, in quest'ottica, che l'adesione dei giudici e la sensibilità verso il tema della protezione delle donne non debba portare ad un radicale abbandono del concetto di cultura che, ad esempio, nel caso della poligamia, mi sembra più consono a spiegare una diversità di visioni che appare pienamente sostenibile.

In conclusione, mi sembra che il quadro descritto consenta di affermare che, nonostante la materia sia ancora in evoluzione, il diritto giurispruden-

[95] Come quello che vogliono avviare i "poliamorosi", un movimento nato in occidente che, partendo dall'idea che è impossibile trovare appagamento emotivo e interiore una sola persona sostiene la poligamia sia sincronica che diacronica nel corso della vita, si veda *www.poliamore.org*.

[96] Corte suprema della British Columbia su cui nota n. 82.

[97] F. Engels, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato* (1884), Editori riuniti, Roma, 2005.

[98] S. Firestone, *The dialectic of sex,* Bantam, NY, 1970; C. Pateman, *The sexual contract.*

ziale multiculturale presenti degli orientamenti abbastanza definiti su quali siano i limiti al multiculturalismo che andrebbero consolidati e tenuti presenti nella risoluzione dei futuri conflitti multiculturali.

Nel prossimo paragrafo conclusivo proverò ad avanzare alcune ipotesi di come questa stratificazione e accumulazione giurisprudenziale possa essere trasformata in strumenti operativi utili a governare la dis-eguaglianza culturale.

## 5. Come governare la dis-eguaglianza culturale? Alcune modifiche processuali e l'introduzione del test culturale

Se la natura multiculturale sarà una caratteristica permanente delle nostre società, appare opportuno che il diritto si attrezzi per governarla. Nell'economia del presente scritto mi atterrò ai due suggerimenti che mi sembrano più rilevanti: l'introduzione di alcune modifiche processuali che meglio integrino sapere giuridico e sapere antropologico e un ripensamento delle tecniche argomentative dei giudici di fronte a conflitti multiculturali, per sottrarle all'attuale occasionalità e procedimentalizzarle in un test culturale.

Una fondamentale modifica processuale che dovrebbe essere adottata riguarda la consapevolezza della necessità e la possibilità di attivare perizie tecniche di un antropologo o altro esperto culturale al fine di una più corretta configurazione delle pratiche culturali che si presentano al giudice. Non sono pochi, infatti, i casi in cui il giudice chiamato a risolvere un conflitto multiculturale non avverte la necessità di far ricorso al sapere antropologico, ma sente, piuttosto, di potersi fidare del senso comune, della conoscenza generale o della propria, spesso maturata in modo occasionale.

Questo atteggiamento svalutativo che sembra implicare che l'antropologia non sia in realtà un sapere tecnico, deriva in parte dall'appartenenza di questa al nucleo delle scienze sociali[99]. Ciò la espone al pregiudizio a favore delle scienze dure o vere. In tal senso, se un giudice sente di non poter prescindere da una perizia medica, psicologica o ingegneristica, non è raro che senta di poter "fare da sé" quando è in gioco una pratica culturale, improvvisandosi lui stesso antropologo.

A differenza di altre discipline che hanno conquistato un loro prestigio ormai assodato in sede processuale, l'antropologia, in Italia, ancora fa fatica ad affermarsi non solo per il pregiudizio negativo verso le scienze sociali, ma anche per questioni organizzative interne alla disciplina (es. l'assenza di un albo degli antropologi) e a causa di consolidate interpretazioni delle norme

[99] Che non a caso, in molte ricostruzioni del rapporto tra scienza e diritto, non sono nemmeno annoverate come "scienza". Si vedano: M. Tallacchini, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, I, 2/2012, 313 ss.; M. Bucchi, *La democrazia alla prova della scienza,* in *Osservatorio italiano*, 1050 ss.

che regolano il dialogo tra saperi tecnici e giudice. Tali norme sono gli artt. 61[100] -64 c.p.c. e gli artt. 220[101]-232 e 508 c.p.p. Esse, invero, sono costruite in modo tale da non precludere il dialogo con l'antropologia a priori, tuttavia, ad esempio, nel dare preferenza a periti ed esperti iscritti a precisi albi professionali (pur se non precludono al giudice la possibilità di scegliere l'esperto anche al di fuori di essi) gli antropologi incontrano problemi non essendo dotati di un apposito albo professionale. Nel caso del processo penale, va poi rilevata una risalente – anche se ormai criticata e in via di superamento – interpretazione dell'art. 220 c. 2 c.p.p. ritenuto a lungo vietare il ricorso a perizie antropologiche. La dottrina penalistica ha obiettato a tale interpretazione rilevando come il divieto va riferito ad analisi di tipo lombrosiano e non può ritenersi impedire l'analisi di un parametro extra-sistemico qual è la cultura secondo i crismi di una scienza neutra e non ideologica[102]. Tuttavia, le resistenze permangono e ancora oggi è generalmente tramite l'avvocato diligente e attento, più che tramite il giudice, che il parere di un antropologo o più in generale di un esperto culturale riesce ad entrare nel processo e a illuminare la pratica culturale (o religiosa) in esame[103]. Nel sopra richiamato caso del Sikh, era stato l'avvocato ad esibire in giudizio un documento da lui richiesto al Consolato indiano dove si descriveva minuziosamente le caratteristiche della religione Sikh e della pratica di indossare il *kirpan*. Ma se

[100] Art. 61 c.p.c. "Quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica. La scelta dei consulenti tecnici deve essere normalmente fatta tra le persone iscritte in albi speciali formati a norma delle disposizioni di attuazione al presente Codice".

[101] Art. 220 c.p.p. "1. La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche. 2. Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitualità o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche".

[102] C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 157 osserva che "la perizia culturale *non* è una perizia criminologica, in quanto non ha ad oggetto la personalità dell'imputato, le sue tendenze o le sue qualità psichiche" e può, pertanto, essere espletata.

[103] G. Ubertis, *Multiculturalismo e processo penale*, in P. Bonetti, A. Simoni, T. Vitale (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, Giuffrè, Milano, 2011, 1127 ss. ritiene necessario procedere ad un accertamento culturale che non sia fatto in solitudine dal giudice: "quando si riscontrasse un nesso significativo tra l'addebito e la cultura originaria dell'accusato, dovrebbero potersi ammettere testimonianze di componenti della minoranza di appartenenza e pareri di antropologi o etnologi sull'esistenza e sul contenuto del comportamento asseritamente culturale (*profilo oggettivo* della questione), cui dovrebbe accompagnarsi una verifica dell'effettiva adozione dell'imputato al sistema di valori affermato come ispiratore della sua condotta attraverso deposizioni di suoi familiari o conoscenti ovvero produzione di documenti concernenti, ad esempio, il suo percorso scolastico o le sue attività lavorative (*profilo soggettivo*)", 1134.

l'avvocato può essere diligente e arricchire il processo con gli elementi che apporta per illuminare la natura della pratica culturale, spesso accade che lo stesso si avvalga dell'argomento culturale in modo strategico per ottenere un certo risultato processuale e che il giudice non sia in grado di disvelare un falso o poco accurato uso della *cultural defence*.

Un esempio di uso strategico dell'argomento culturale si è verificato nel caso di due pakistani accusati di stupro, difesi con l'argomento che la donna in Pakistan era un oggetto e che, pertanto, i rei non percepivano il disvalore del fatto[104]. Anziché evidenziare come l'argomento della difesa fosse del tutto pretestuoso, il giudice ha sostenuto che "*il criterio fissato dall'art. 133 c. 2, n. 4 c.p. ha di contro valenza esattamente contraria, poiché sta a significare che tanto più le condizioni di vita individuale, familiare, sociale rispecchiano un sistema di regole antitetiche a quelle cui si ispira la tutela penale, tanto più deve essere severa la sanzione*"[105]. In tal modo il giudice ha introdotto una sorta di aggravante culturale, senza considerare che l'argomento della difesa (lo stupro è una pratica culturale pakistana) non reggeva in quanto si appellava ad una presunta pratica culturale (lo stupro) inesistente. Il giudice non può confondere quella che è una mera regolarità di un comportamento, se non una stessa devianza o patologia, dalle pratiche che godono di consenso del gruppo e deve essere attrezzato per "resistere" agli usi strategici della difesa. La previsione di un esperto culturale che lo aiuti a svelarli è, pertanto, un punto centrale nel processo.

Il secondo strumento utile a governare la dis-eguaglianza culturale va rinvenuto in nuovi strumenti argomentativi per il giudice, strumenti che in qualche modo tecnicizzino e rendano più accurata la stessa motivazione. Nel caso dei conflitti multiculturali ho individuato uno di questi possibili strumenti in un test culturale. Si tratta di un modo per procedimentalizzare l'iter argomentativo del giudice, una sorta di guida, per tappe obbligate verso la decisione, che incorpora alcuni standard antropologici dentro il processo mettendoli in dialogo con le caratteristiche proprie del ragionamento *more juridico* e che, più in generale, aspira a rendere certi i passaggi argomentativi da affrontare.

Il test sintetizza le molteplici esigenze sottese al ricorso ad un sapere esterno quale quello antropologico, ma anche i suoi rischi. Se il giudice deve chiedere aiuto all'antropologo nel risolvere una controversia culturale – ed è bene che lo faccia, anche se il senso comune gli presenta una conoscenza pre-confezionata e quasi certa – è pur vero che, come visto, lo stesso giudice non deve fermarsi alle risultanze che l'antropologia gli presenta. In questo

[104] GUP Bologna, 16 novembre 2006.

[105] La decisione, non è pubblicata, B. Desi, *Diversità culturale e principio di uguaglianze nel processo penale*, relazione al convegno *Multiculturalismo e processo penale*, Bologna, 13 aprile 2007, in *www.giuristidemocratici.it*, 2007.

senso, il test che propongo combina sia elementi "tecnici" strettamente pertinenti all'antropologia, sia elementi "ponderativi" più tipici del ragionamento *more juridico*. I due elementi sono distribuiti nella seguente sequenza di passaggi logico-argomentativi che, a mio avviso, ogni giudice dovrebbe percorrere quando si trova di fronte ad un conflitto multiculturale:

1. La categoria "cultura" è utilizzabile?
2. Descrivere la pratica culturale e le caratteristiche del gruppo.
3. Inserire la singola pratica nel più ampio sistema culturale.
4. Quanto la pratica è essenziale e obbligatoria?
5. Quanto la pratica è condivisa dal gruppo o è contestata?
6. Come si comporterebbe la persona media appartenente a quella cultura?
7. Quanto è sincero il soggetto?
8. La ricerca dell'equivalente culturale.
9. La pratica arreca un danno?
10. Che impatto ha l'altrui pratica sulla cultura ospite?
11. Il gruppo è discriminato nella società?
12. Che buone ragioni presenta la minoranza per continuare la pratica?

Il criterio della scelta di vita ugualmente valida.

Le prime sei domande del test coagulano le questioni tecnico/scientifiche e la loro risposta dovrebbe essere affidata all'esperto culturale, che possiede la conoscenza antropologica a meno che, per la vicinanza culturale della minoranza e per un facile accesso a fonti scientifiche (riviste, manuali, report, dibattiti nazionali o internazionali etc.) il giudice possa lui stesso svolgere l'analisi. L'ipotesi di fare autonome ricerche culturali, di tipo interdisciplinare, rischia di trasformare il *iura novit curia* in una sorta di *omnia novit curia,* ponendo in capo al giudice uno sforzo tantalico. In ciò il giudice potrebbe essere aiutato dal fatto che le conoscenze antropologiche vengano incorporate, attraverso la dottrina giuridica e il cosiddetto diritto dei professori, nel dibattito giuridico[106], anche se ovviamente la possibilità di coinvolgere un esperto, pur con i problemi di selezione che questo pone[107], si rivela l'opzione più certa e preferibile.

Piuttosto che affidare la risoluzione dei conflitti multiculturali a motivazioni che talvolta danno primazia ad un elemento ignorandone altri, il test culturale ha il vantaggio di apportare una certezza almeno di tipo argomen-

[106] Sulla difficoltà del dialogo tra diritto e antropologia come scienza anche a livello accademico rimando alle riflessioni di R. Motta, *Problemi e sviluppi possibili dell'antropologia giuridica,* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXVII, n. 1, giugno 1997, 239 ss.

[107] G. Silvestri, *Scienza e coscienza,* cit., 422 osserva al proposito: "Incombe… sul giudice un dovere di selezionare in modo adeguato gli esperti chiamati a consulenza".

tativo, se non per quanto attiene alle soluzioni del caso. Decisioni meno aleatorie, basate su accertamenti e moduli argomentativi più stabili favorirebbero una maggiore legittimazione del giudice di fronte al suo uditorio e attenuerebbero le critiche sull'incertezza delle soluzioni che i giudici forniranno, incertezza che è forte nella giurisprudenza multiculturale italiana. Anche in assenza di un intervento del legislatore, mi sembra che i giudici potrebbero, comunque, porre rimedio sviluppando una riflessione su un modo comune di risolvere i conflitti multiculturali. I tempi sono maturi: la circolazione dei modelli, le esperienze comparate, la stessa quantità e spesso qualità delle sentenze italiane consentono di avere un materiale abbondantissimo su cui lavorare per tracciare i fondamenti di un diritto giurisprudenziale multiculturale comune. Il test proposto tenta una sintesi dei *topoi* più persuasivi e ricorrenti negli accertamenti fatti dall'antropologia e dai giudici.

In quarant'anni di risoluzione di conflitti multiculturali i giudici si sono sforzati, spesso con un approccio *case by case*, che non partiva da un pre-esistente sistema, ma che, in qualche modo, sta producendo un sistema. È a mio avviso arrivato il tempo di consolidare questa tradizione traducendola in strumenti concreti cui il giudice possa fare riferimento.

# DIS-EGUAGLIANZA E PRATICHE RELIGIOSE

Andrea Lollo

SOMMARIO: 1.Kevin Lomax e il caso Moyez. Quando la pratica religiosa diviene un'esimente dell'"Avvocato del diavolo". – 2. Le pratiche religiose nel prisma della laicità. – 3. Il principio dell'eguale rispetto e considerazione quale giustificazione pratica delle *accomodations*. – 4. La vocazione inclusiva della libertà religiosa come fondamento delle *accomodations*. – 5. I limiti alle pratiche religiose. – 6. Il rispetto delle regole alimentari tra macellazione rituale e pasti *kosher* e *halal*. – 7. Velo e codice di abbigliamento islamico. – 8. Con quali strumenti introdurre le deroghe per motivi religiosi? – 9. L'accomodamento ragionevole in mancanza di una disposizione di deroga. – 10. Conclusioni.

## 1. Kevin Lomax e il caso Moyez. Quando la pratica religiosa diviene un'esimente dell'"Avvocato del diavolo"

Nel film *Devil's Advocate*, Kevin Lomax, brillante avvocato della Florida ancora imbattuto, quando deve difendere il Sig. Moyez dall'accusa di avere ucciso una capra in violazione delle leggi dello Stato del New Jersey, tira fuori dal cilindro il coniglio che gli consente di evitare una sicura condanna, l'argomento dirimente che gli permetterà di vincere la causa. Il sig. Moyez è un *santerian*, e, tuttavia, l'"Avvocato del diavolo" riesce a rendere la sua arringa difensiva particolarmente incisiva, trasformando quello che sembrava «solo un caso di diritto sanitario» in una questione religiosa: l'imputato ha agito secondo una pratica religiosa. «Ha ucciso una capra. E lo ha fatto in casa sua». Nel modo prescritto dalla fede a cui appartiene. Certo, ciò potrebbe apparire bizzarro, dal momento che questa non è una pratica diffusa universalmente. Non lo è come la circoncisione, o come la credenza che il vino si trasformi in sangue. «Certe persone maneggiano serpenti velenosi come prova della loro fede. Altri camminano sul fuoco. Philippe Moyez ha ucciso una capra. E lo ha fatto in osservanza dei suoi principi religiosi costituzionalmente garantiti». Merita, pertanto, l'assoluzione.

La giuria gli darà ragione.

L'esempio cinematografico consente di entrare subito *in medias res* e, in particolare, di interrogarsi sull'atteggiamento che uno Stato costituzionale dovrebbe tenere dinanzi alle pratiche religiose, soprattutto quelle esoteriche. Quali pratiche lo Stato deve vietare? Quali deve rispettare? Con riguardo a quali un eventuale intervento limitativo o addirittura punitivo potrebbe non apparire in linea con i principi della Carta? Fino a che punto la vocazione inclusiva della libertà religiosa giustifica uno statuto normativo modulato in ragione delle esigenze di tutela della dis-eguaglianza?

Il "*trump*" religioso invocato dall'Avvocato del diavolo, benché "strano" per la maggioranza, ha condotto all'assoluzione il Sig. Moyez. Ma avrebbe funzionato da noi la strategia difensiva di Kevin Lomax? Potrebbe tale argomento essere speso con successo in un'aula giudiziaria italiana?

## 2. Le pratiche religiose nel prisma della laicità

Auspicando un'evoluzione della visione complessiva dei rapporti con gli "altri" che favorisca un approccio di tipo plurale (e non solo multiculturale), occorre rileggere la complessa trama delle maglie costituzionali – a cominciare dalla disposizione angolare dell'art. 2 Cost. –, mettendo a fuoco la modifica della collocazione sistemica dei diritti riconducibili alla libertà religiosa, la quale, da fattore unificante il popolo e l'identità nazionale, è ormai "scivolata" nella sfera intima e morale del singolo, rinforzando il profilo individuale della coscienza umana[1]. Circostanza che emerge, a chiare lettere, sia dall'irrobustirsi dell'accostamento tra libertà di coscienza e religione, sia dall'enunciazione di alcune disposizioni sovranazionali: si pensi all'impianto valoriale congegnato dalla stipula del Trattato di Lisbona, che ha visto bandire ogni riferimento alle radici religiose cristiane, ovvero, per altro verso, all'approvazione della clausola di cui all'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che introduce il principio del rispetto delle diversità, *ivi* compresa quella religiosa.

In democrazia, le leggi sono approvate dalla maggioranza e sono espressione dei bisogni di quest'ultima; pertanto, applicando in maniera anelastica disposizioni a carattere generale – sovente ispirate al "credo" di *una* maggioranza –, si corre il rischio di comprimere lo spazio vitale di cui ciascun individuo dispone per perseguire i propri impegni di coscienza. Con il pericolo di contraddire il carattere pluralista dello Stato costituzionale, con la sua rinuncia a imporre una certa visione della vita "buona".

Si evidenzia in tale passaggio un punto di contatto con il principio di laicità. Pur non essendo questa la sede per entrare nel vivo di un dibattito che non tende a placarsi, giova chiarire come tale principio, oltre che vantare un'autonomia assiologica e normativa, possa costituire il "metodo" costituzionale in grado di riequilibrare l'*ad hoc balancing* tra eguaglianza e dis-eguaglianza all'interno dell'"esagono" che perimetra lo statuto costituzionale sulla libertà di coscienza e religione. Esiste, infatti, una forte assonanza tra le proiezioni del principio personalista e il tipo di relazione che si ricostruisce tra laicità e libertà religiosa. Se è vero che la prima racchiude in sé una pluralità di sensi,

[1] Cfr. G. Rolla, *Alcune considerazioni sulla tutela della libertà religiosa negli ordinamenti multiculturali*, in Id. (a cura di), *Libertà religiosa e laicità. Profili di diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 2009, 46 s.

non sempre coincidenti[2], ove contestualizzata ad un ordinamento, come il nostro, che è retto dal principio architettonico della dignità umana, tale principio pare destinato a divenire, malgrado un'innegabile genericità, garanzia della libertà e del pluralismo religioso. Provando, dunque, a contestualizzare la laicità ad una società che registra un numero sempre più consistente di gruppi religiosi, si può ritenere che proprio il suo senso "positivo" racchiuda un'inarrestabile vocazione inclusiva delle minoranze[3].

Come è stato notato[4], nel contesto delle relazioni tra laicità, libertà religiosa e principio maggioritario, si può porre a confronto la visione di chi vi si approccia da una prospettiva della giustizia del procedimento con quella di chi accoglie un'idea che predilige una giustizia di risultato: dal punto di vista, cioè, della democrazia procedurale o di quella sostanziale. Muovendo dalla concezione che, più delle altre, pare mettere a fuoco il senso moderno della voce, ossia quella che declina la democrazia in un insieme di «procedure assiologicamente connotate», che costituiscono «espressioni istituzionali, nella dimensione politica, dei principi di libertà e di eguaglianza, la cui ragionevole composizione costituisce l'aspirazione fondamentale della stessa democrazia pluralista»[5], è possibile cogliere un punto di contatto con l'idea della laicità "positiva", quell'idea, cioè, che meglio consente di valorizzare il principio dworkiniano dell'eguale rispetto e considerazione[6]. Poiché ogni opzione di vita merita, per l'appunto, eguale rispetto e considerazione, tutte le decisioni politiche devono essere, per quanto è più possibile, indipendenti da qualche particolare concezione della vita buona o di ciò che la rende apprezzabile[7].

L'evoluzione dello Stato moderno come Stato laico conduce, per tale via, ad un'eterogenesi della laicità: il principio dell'eguale rispetto e considerazione produce l'effetto che al criterio della neutralità si sostituisca quello dell'*imparzialità*, dell'*equità* e dell'*equidistanza*. Esso non implica un'ostile chiusura nei confronti del fattore religioso, né richiede una completa "impermeabilizzazione" della sfera pubblica[8].

[2] Cfr., per tutti, A. Barbera, *Il cammino della laicità*, in *www.forumcostituzionale.it.*

[3] Cfr. M. D'Amico, *Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa: considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2015, 17 ss.

[4] O. Chessa, *La laicità come uguale rispetto e considerazione*, in *Riv. dir. cost.*, Torino, Giappichelli, 2006, 28 ss.

[5] A. Morelli, *Le trasformazioni del principio democratico*, in *www.giurcost.org*, 13 aprile 2015, 196.

[6] Cfr. O. Chessa, *op. cit.*, 29; A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994, 170 ss. Per i legami tra dignità umana ed eguale rispetto e considerazione, cfr., fra i diversi scritti dell'A., R. Dworkin, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2007, 30 ss.

[7] Cfr. O. Chessa, *op. cit.*, 29; R. Dworkin, *Questioni di principio*, trad. it., Milano, Il Saggiatore, 1990, 234.

[8] Cfr. O. Chessa, *op. cit.*, 30 ss.

Tuttavia, siccome la realtà dimostra che il primo (molto più del secondo) dei modelli si avvicina alla rappresentazione della democrazia diffusa in alcuni assai influenti ambienti politico-religiosi[9], la soluzione più equilibrata per contemperare il rischio di una deriva maggioritaria con la vocazione inclusiva della Carta pare quella di ricorrere alla tecnica dell'accomodamento ragionevole, sempre secondo la logica del caso per caso. In altri termini, la tesi che si proverà a sostenere è che tutte le volte in cui l'effetto (ossia, la *ratio legis*, intesa in senso oggettivo) di una disposizione normativa sia quello di fare apparire, agli occhi di un osservatore ragionevole, un cittadino o un gruppo di cittadini "meno importanti" di quelli che si rispecchiano nelle idee della maggioranza, in ragione di differenti credenze religiose, occorrerà riequilibrare tale squilibrio con apposite disposizioni di deroga. Nel bilanciamento tra generalità e specialità, la disposizione di deroga potrebbe costituire un veicolo privilegiato per governare il carattere sempre più multireligioso dell'odierna società, rappresentando il modo migliore per puntare a quell'*eguale libertà*, che, nel suo inestricabile legame con il super valore della dignità umana, innerva tutto il tessuto costituzionale e che trova un espresso riconoscimento all'art. 8, comma 1, Cost., proprio con riguardo alle confessioni religiose[10].

### 3. Il principio dell'eguale rispetto e considerazione quale giustificazione pratica delle *accomodations*

Precludere a qualcuno, in maniera irragionevole, di uniformarsi a una pratica religiosa solo perché potrebbe apparire "strana" alla maggioranza, significa giudicare una certa visione della vita buona. L'idea che pretende di sospingere la libertà religiosa in una sfera solamente individuale, in nome di un presunto neutralismo e agnosticismo dello Stato[11], rischia di provocarne una «sovrainterpretazione»[12], e, al contempo, di comprimere, oltre la soglia del ragionevolmente tollerabile, gli spazi riservati a ciascuno per sviluppare la propria coscienza, con inevitabili ricadute negative sul contenuto essenziale del diritto di professare «in qualsiasi forma» la propria appartenenza religiosa. Il che finisce per intaccare gli aspetti più intimi, quelli emozionali, della coscienza umana.

[9] Cfr. O. Chessa, *op. cit*., 29.

[10] Cfr. P. Caretti, , *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino, Giappichelli, 2011, 226; G. Disegni, *Ebraismo e libertà religiosa in Italia. Dal diritto all'uguaglianza al diritto alla diversità*, Torino, Giappichelli, 1983.

[11] Cfr. R. Bin, *Libertà* dalla *religione*, in R. Bin – C. Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, 40 ss.

[12] O. Chessa, *op. cit*., 37 ss.

Proprio la valorizzazione della componente emozionale delle libertà – e, segnatamente, di quella religiosa –, che costituisce il «collante, l'indice di senso che tiene insieme i comportamenti esemplificativi di ogni singola libertà costituzionale», consente di superare le ritrosie di chi intravede in un ruolo attivo dello Stato i rischi di eclatanti mistificazioni e il ritorno a paternalistiche concezioni, insistendo perciò sulle sue declinazioni negative, e di attrarre alla dimensione giuridica «la componente psicologica dell'idea e dell'esperienza della libertà», accogliendo anche la sua «componente dinamica»[13]. L'esaltazione di tale momento consente di ridurre quella forbice tra la sfera interiore e quella esteriore della libertà di coscienza e religione, compattando le diverse articolazioni tipizzate a titolo esemplificativo dall'art. 19 Cost.

Negli Stati Uniti, si è intrapreso, fin dal XVII secolo, un lungo processo per l'affermazione delle *accomodations*: per il diritto, cioè, a ottenere deroghe speciali, modulando l'applicazione di norme generali e astratte alle esigenze di coscienza di ciascun gruppo di fedeli. Già Madison, nel 1785, si esprimeva contro la proposta di tassare tutti i cittadini della Virginia per sostenere il riconoscimento della Chiesa Anglicana, benché i cittadini non anglicani avrebbero potuto devolvere la medesima tassa alla propria chiesa. La preoccupazione di Madison era evitare la creazione di dislivelli e gerarchie tra cittadini, che avrebbe generato il mero annuncio che la chiesa anglicana fosse la religione di Stato[14]. Quasi due secoli dopo, il giudice della Corte Suprema Sandra Day O'Connor sintetizzava la tradizione di pensiero risalente a Madison, elaborando l'*endorsement test*.

Senza entrare nel merito dei diversi test coniati dalla giurisprudenza americana, a partire dal *Lemon Test*, per finire, da ultimo, al *Grandfathering*, si può ritenere che proprio il punto di vista dell'osservatore ragionevole, terzo ed imparziale, che costituisce il cuore dell'*endorsement test*, rappresenti il criterio migliore per orientare le scelte nella soluzione dei problemi che riguardano la diversità religiosa. In altri termini, tutte le volte in cui un osservatore obiettivo potrebbe considerare che una certa politica statuale approva una determinata idea di vita buona, ciò significa che si è violato il principio dell'eguale rispetto e considerazione, giacché lo Stato manderebbe un sottile messaggio di immedesimazione con una certa religione[15].

Per una corrente più moderna della concezione costituzionale nordamericana, per difendere la libertà religiosa in modo realmente imparziale, non basta abolire le leggi che discriminano le minoranze, ma è, altresì, necessario muoversi nella direzione di un adattamento alle loro pratiche. Ciò in quanto le leggi, in democrazia, sono emanate dalla maggioranza, esprimono le idee

[13] M. Ricca, *Art. 19*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2006, 426 s.

[14] Cfr. M.C. Nussbaum, *Libertà di coscienza e religione*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2009, 48 s.

[15] Cfr. M.C. Nussbaum, *op. ult. cit.*, 36.

della maggioranza su ciò che risulta opportuno, incorporano le sue preferenze religiose e, anche se non implicano alcuna ostilità verso le minoranze, trascurano le particolari difficoltà che quelle devono affrontare[16].

Il dibattito diffusosi negli Stati Uniti vede contrapposti i sostenitori di un'idea "debole" delle *accomodations* a quelli che difendono una tesi "forte" delle stesse. Per i primi, la libertà religiosa è violata solo quando lo scopo di una legge sia quella di discriminare un certo gruppo religioso; per i secondi, occorre guardare, non tanto alla *ratio*, quanto ai suoi effetti. Proprio perché il pluralismo religioso non si può accontentare di una giustizia formale, appare convincente da quest'angolatura l'idea "forte" delle *accomodations* e, in particolare, la giustificazione pratica che ne inferisce Martha C. Nussbaum, ritenendole un modo esemplare per realizzare il pieno sviluppo della coscienza, la «fioritura» dell'essere umano[17].

L'Autrice, che esalta il modello costituzionale liberale americano, fondato sull'assunto, di matrice stoica, dell'*Equal worth and dignity*, si discosta, tuttavia, dal quietismo stoico, credendo fermamente che il foro interno possa essere perturbato e, anzi, violato dal contesto sociale. Riprendendo l'idea, già teorizzata nel XV secolo da Roger Williams[18], per cui la coscienza, per potersi dispiegare pienamente, necessita di un concreto «spazio d'azione», Martha C. Nussbaum traccia, nel contesto della celebre categoria delle *capabilities*, la dicotomia *capacità interne-capacità combinate*. Avere un diritto, infatti, non equivale sempre alla capacità di fare o possedere qualcosa. Alcune «capacità» impongono l'esigenza morale di essere sviluppate, atteggiandosi in termini di richieste della possibilità di funzionare, che a loro volta danno origine a corrispondenti doveri sociali e politici. Una di tali capacità è rappresentata dalla «ragion pratica», che si declina nell'avere le basi sociali per il rispetto di sé, per non essere umiliati ed essere trattati come persone dignitose, il cui valore eguaglia quello degli altri. Il che implica, ad un livello minimo, una protezione contro la discriminazione in base alla razza, al sesso, alla tendenza sessuale e alla *religione*[19].

La coscienza umana, intesa come facoltà interna di compiere scelte etiche e di dirigere la condotta di ciascuna esistenza, nonché come fonte dell'identità pratica dell'essere umano, può essere violata da azioni esterne, che ne possano provocare una «lacerazione», uno «stupro» dell'anima (*soul rape*). Atteso che, nell'ambito della coscienza, le questioni che attengono alla reli-

[16] M.C. Nussbaum, *op. ult. cit.*, 37 s. Per una sinossi sulla giustificazione delle *accomodations* negli ordinamenti multiculturali, cfr., da ultimo, F. Belvisi, *I diritti fondamentali nella società multiculturale*, in *Dir. soc.*, 1/2012, 1 ss.

[17] Cfr. M.C. Nussbaum, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2001.

[18] R. Williams, *La sanguinaria dottrina della persecuzione per causa di coscienza (Londra 1644)*, in S. Ferlito, *Separazione fra Stato e Chiesa e libertà religiosa nel pensiero di Roger Williams*, Torino, Giappichelli, 1994, 11 ss.

[19] M.C. Nussbaum, *op. ult. cit.*, 19 ss.

gione rivestono uno *special account*[20] e che ogni essere umano possiede «una facoltà interna di ricercare la base etica della vita e il suo significato ultimo», l'eguale libertà implica un libero spazio per ciascun cittadino per perseguire i propri impegni di coscienza, anche qualora ciò comporti l'esonero, o speciali dispense, da alcune leggi generali. Il limite a tale diritto è individuato nel «*compelling interest*»: in altri termini, la riduzione dello spazio di ciascun cittadino per perseguire i propri impegni di coscienza è lecita solo se la deroga non comporta la violazione della «pace» e della «sicurezza» dello Stato[21].

La tecnica delle *accomodations* pare un metodo in grado di venire in soccorso ai valori del pluralismo, essendo volta alla salvaguardia delle identità e alla gestione delle diversità etnoculturali[22]. Può costituire, altresì, una tecnica adattabile anche da noi, al fine di fronteggiare le complesse questioni problematiche che si stagliano all'orizzonte dei rapporti tra la vocazione inclusiva della libertà religiosa e l'esigenza di ottenere una risposta di tutela alla diversità.

Secondo tale visione, la pratica dell'accomodamento ragionevole implica che si conceda a ciascuno uno spazio per vivere secondo i dettami della propria coscienza, quand'anche ciò provochi un'infrazione delle regole della maggioranza: essere sanzionati poiché ci si conforma ai dettami della propria coscienza rappresenta «un affronto alla persona e all'eguaglianza individuale»[23]. Ogni genere di istituzionalizzazione religiosa – quand'anche si trattasse della più «delicata e benevola da sfuggire all'attenzione della maggior parte delle persone» –, che presupponga il riconoscimento di una «ortodossia religiosa», produce, infatti, gruppi separati: «chi sta dentro e chi sta fuori» (*in-groups* e *out-groups*), affermando che «non tutti entrano nello spazio pubblico su una base di eguaglianza, e che una certa religione è la vera religione della nazione mentre le altre non lo sono». Detto in breve, «rispettare la libertà di coscienza in modo paritario comporta che lo stato non possa creare un sistema di cittadinanza a due velocità, stabilendo un'ortodossia religiosa che dispensa diritti agli altri in modo diseguale»[24].

## 4. La vocazione inclusiva della libertà religiosa come fondamento costituzionale delle *accomodations*

In un contesto, come quello italiano, contrassegnato da una politica in cui regna una sorta di "confessionalismo benevolo", non si riscontra un'e-

[20] Sul ruolo della religione nell'ambito della formazione della coscienza, cfr., da ultimo, R. Dworkin, *Religione senza Dio*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2014, 89 ss.

[21] M.C. Nussbaum, *Libertà di coscienza e religione*, *cit.*, 14.

[22] Cfr. G. Rolla, *op. cit.*, 57.

[23] M.C. Nussbaum, *op. ult. cit.*, 42 s.

[24] M.C. Nussbaum, *op. ult. cit.*, 15.

splicita immedesimazione tra sfera religiosa e sfera pubblica; anzi, in nome della laicità, non è consentito affermare la preminenza di una religione sulle altre. Né, per converso, si può ritenere che la religione venga relegata unicamente nella sfera della coscienza individuale. Tuttavia, nonostante il principio di eguale libertà di tutte le confessioni, le decisioni politiche sembrano implicitamente influenzate, anche eticamente, dalle convinzioni della maggioranza. Alla lunga, un simile atteggiamento rischia di essere espressione di un sottile messaggio di esclusione, poiché consente di distinguere tra cittadini in senso nazionale e cittadini in senso costituzionale. Lo Stato manda un messaggio subliminale d'immedesimazione, attraendo la religione a criterio identificativo della sfera pubblica. Il principio dell'eguale rispetto e considerazione implica, dunque, un divieto di creare un sistema di cittadinanza a due velocità. Altrimenti, si passa il messaggio che l'altro sia solo *tollerato*, quando, invece, il concetto di tolleranza dovrebbe essere inconciliabile con un ordinamento, quale quello costituzionale, che riconosce *diritti* anche oltre la cittadinanza legale.

L'art. 19 Cost. assicura a «tutti» il diritto professare liberamente la propria fede in qualsiasi «forma». Per tale via, la libertà di religione si converte nella pretesa, per ciascuno, a porre in atto «manifestazioni esteriori del proprio pensiero sul destino trascendentale dell'uomo»[25]. La tecnica dell'accomodamento ragionevole pare, pertanto, trovarsi a proprio agio nel sistema costituzionale disegnato dalla Carta, rappresentando il metodo migliore per perequare l'iniziale situazione di squilibrio fattuale in cui versano i gruppi di minoranza. Essa consente di bilanciare, in caso di conflitto tra diritti costituzionalmente tutelati, tra l'universalità della legge e l'esigenza di ammettere una deroga. Il *pluralismo* religioso, d'altro canto, guarda con sospetto all'identità inflessibile di trattamento, rischiando di obbligare le minoranze ad «allinearsi sul modello egemonico della maggioranza, con la conseguente negazione della loro identità»[26]. E, allora, tale tecnica costituisce una "maniera" privilegiata per salvaguardare la vocazione inclusiva e universale della libertà religiosa, per proteggere quanto meno il suo nucleo essenziale e riaffermare la dimensione costituzionale e partecipativa della cittadinanza. In definitiva, la tecnica dell'accomodamento ragionevole consente di preservare «l'esercizio di un diritto individuale dal rischio della tirannia della maggioranza»[27].

Esempi di accomodamento si possono riscontrare, ad un livello normativo, in talune disposizioni di deroga predisposte nelle intese stipulate con alcune confessioni religiose. In altri casi, come si potrà vedere a breve, in assenza di un'esplicita disposizione, la deroga è predisposta per via pretoria. Una sorta di *accomodation* all'italiana. Si tratta, tuttavia, pur sempre, di norme dal

[25] T. Martines, *Diritto costituzionale*, XIII ed. interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, Giuffrè, 2013, 559.

[26] G. Rolla, *op. cit.*, 57.

[27] G. Rolla, *op. cit.*, 57 s.

carattere "eccezionale", giacché le potenzialità insite nel metodo dell'intesa, proprio in chiave di una migliore valorizzazione della dis-eguaglianza, sono rimaste in massima parte inespresse.

Non essendo possibile ripercorre integralmente tutti i settori della legislazione interessati, fra queste, si rinvengono, in primo luogo, quelle sull'assistenza spirituale, allorché si riconosce ai militari il diritto di partecipare, nei giorni e nelle ore fissate, alle attività religiose ed ecclesiastiche che si svolgono nelle località dove essi risiedono in ragione del loro servizio[28]. Altre volte, la dis-eguaglianza religiosa è tutelata predisponendo speciali esenzioni dal servizio militare (pur trattandosi di deroghe che hanno perso l'importanza assunta in passato, stante l'abolizione dell'obbligatorietà del servizio di leva)[29]. Altre disposizioni, ancora, riconoscono il rispetto di alcune festività religiose, come quelle sul riposo sabbatico. Queste ultime rivestono particolare importanza, proprio nella logica del rispetto della dis-eguaglianza, giacché consentono al fedele di evitare di trovarsi nella scomoda condizione di una sorta di "conflitto di fedeltà" al datore di lavoro o alle prescrizioni religiose. Tuttavia, tale diritto è condizionato all'esercizio «nel quadro della flessibilità dell'organizzazione del lavoro», restando salve, in ogni caso, «le imprescindibili esigenze dei servizi essenziali previsti dall'ordinamento giuridico». E, in ogni caso, le ore lavorative non prestate il sabato sono recuperate la domenica, o in altri giorni lavorativi, senza diritto ad alcun compenso straordinario. Per quanto riguarda, poi, le norme che interessano i rapporti tra alunni e scuola, è previsto che «nel fissare il diario degli esami le autorità scolastiche competenti adotteranno opportuni accorgimenti onde consentire ai candidati avventisti che ne facciano richiesta di sostenere in altro giorno prove di esame fissate in giorno di sabato»[30]. Inoltre, «si considerano giusti-

[28] Cfr. l'art. 5 della legge n. 449 del 1964, di attuazione dell'intesa stipulata con la Tavola valdese; l'art. 3 della legge n. 517 del 1988, di attuazione dell'intesa con le Assemblee di Dio in Italia; l'art. 7 della legge n. 516 del 1988, di attuazione dell'intesa con l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno; l'art. 6 della legge n. 101 del 1989, di attuazione dell'intesa stipulata con l'Unione delle comunità ebraiche italiane.

[29] Cfr. l'art. 4 della legge n. 246 del 2012, di attuazione dell'intesa con l'Unione induista italiana; l'art. 4 della legge n. 245 del 2012, di attuazione dell'intesa con l'Unione Buddhista Italiana.

[30] Cfr. l'art. 25 della legge n. 246 del 2012 recante «[n]orme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Induista Italiana, Sanatana Dharma Samgha, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione»; l'art. 24 della legge 31 dicembre 2012, n. 245, recante «[n]orme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Buddhista Italiana»; l'art. 17 della legge 22 novembre 1988, n. 516, contenente «[n]orme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno»; gli artt. 4 e 5 della legge n. 101 del 1989, contenente «[n]orme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane»; l'art. 10 della legge 30 luglio 2012, n. 126, contenente «[n]orme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Sacra arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale».

ficate le assenze degli alunni avventisti dalla scuola nel giorno di sabato su richiesta dei genitori o dell'alunno se maggiorenne». Altre disposizioni delle intese introducono disposizioni speciali sui piani regolatori cimiteriali, consentendo alla comunità che ne faccia richiesta la sepoltura perpetua in aree particolari[31]. Si ricorda, da ultimo, la disposizione, contenuta nella legge di esecuzione dell'intesa stipulata con l'Unione delle comunità ebraiche (legge 8 marzo 1989, n. 101), che, all'art. 5, riconosce a questi ultimi, ove richiesto, il diritto «a prestare a capo coperto il giuramento previsto dalle leggi dello Stato».

## 5. I limiti alle pratiche religiose

Talvolta, come nel caso della pratica delle mutilazioni genitali femminili, si è raggiunto un consenso diffuso intorno agli esiti del bilanciamento e, segnatamente, tra il diritto dei genitori a educare e istruire le figlie secondo i propri convincimenti religiosi e il diritto all'integrità psicofisica e alla libertà sessuale delle minori.

Com'è noto, il novellato art. 583 *bis* ha introdotto il delitto di «pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili». Si tratta di una pratica che pone diversi problemi di compatibilità con l'ordinamento giuridico e d'interpretazione, a cominciare dalla sua configurabilità come espressione tribale o religiosa[32]. La decisione è stata unanime nel panorama europeo nel senso di vietare tale pratica, anche sulla scia dell'indirizzo proveniente dal livello internazionale[33]. Si è ritenuto, infatti, di reprimerla con la sanzione penale, considerati gli effetti dannosi e irreversibili prodotti all'integrità psicofisica delle donne che la subiscono e la situazione di evidente sottomissione che genera a danno di queste ultime, specialmente se si pensa all'ipotesi in cui l'atto sia frutto di un'imposizione nei confronti di soggetti che, per ragioni di età, non possono materialmente ribellarsi e, tanto meno, uscire dalla comunità di appartenenza.

Prescindendo dall'entrare nel merito della novella e della sua efficacia deterrente[34], l'esempio delle mutilazioni genitali femminili è paradigmatico di

[31] Cfr. l'art. 10 della legge 31 dicembre 2012, n. 246 («[n]orme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Induista Italiana, Sanatana Dharma Samgha»); l'art. 25 dell'Intesa con gli ebrei e art. 25 della legge 30 luglio 2012, n. 127, «[n]orme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni»; l'art. 9 dell'intesa con i Buddhisti.

[32] Cfr. C. Colombo, *L'art. 583 bis c.p. Un illecito compiuto in nome della religione?*, in *Riv. criminol. vitt. e sicurezza*, VIII, 2/2008, 61; A. Randazzo, *Ruolo genitoriale e società interculturale*, in F. Giuffrè-I. Nicotra, (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del convegno di Catania 7-8 giugno 2013, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 403 ss.

[33] Cfr. F. Caggia, *Tradizione e laicità nella circolazione dei modelli giuridici: il caso delle mutilazioni genitali femminili*, in *www.forumcostituzionale.it*; A. Randazzo, *op. cit.*, 414.

[34] Cfr. C. Colombo, *op. cit.*, 63.

come, ovviamente, non ogni pratica religiosa, solo perché tale, possa trovare cittadinanza nella tavola dei valori costituzionali. L'osservazione può essere generalizzata a tutte quelle che producano uno sbilanciamento irragionevole tra il contenuto essenziale della libertà religiosa e gli altri principi costituzionali parimenti fondamentali. Si pensi, a titolo esemplare, alle più variegate ipotesi di maltrattamenti in famiglia, o, ancora, alla pratica della bigamia, che hanno ricevuto differente soluzione da parte della giurisprudenza, ma, pur sempre, con una valutazione di segno negativo.

In alcuni casi, uomini di origine musulmana, dopo avere sottoposto la moglie ad atti di vessazione reiterata, hanno invocato in giudizio la carenza di dolo, sostenendo l'argomento religioso e asserendo che, in virtù di una particolare visione della donna tipica di quella cultura, i maltrattamenti sarebbero giustificati. Dinanzi a tali singolari richieste, la giurisprudenza ha avuto modo di escludere che l'argomento religioso faccia venire meno la rilevanza penale, facendo leva sul principio di parità tra uomo e donna o sulla garanzia del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo e della dignità umana, quali limiti invalicabili all'introduzione di consuetudini, prassi o costumi con essi del tutto incompatibili[35].

In altri casi, si pensi alla bigamia, dinanzi alle richieste di ottenere il ricongiungimento familiare anche a vantaggio della seconda moglie, la giurisprudenza si è orientata nel senso di escludere tale diritto, per ragioni di ordine pubblico costituzionale, contrastando quella visione dei rapporti con il principio di parità tra i generi[36].

Negli Stati Uniti, è stata, da ultimo, approvata una legge nello Stato dell'Indiana – il *Religious Freedom Restoration Act* –, che consente a società e commercianti di negare i propri servizi agli omosessuali per convinzione religiosa. Ove approvata da noi, una legge del genere, verosimilmente, sarebbe impugnata dai giudici alla prima occasione propizia e verrebbe dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Consulta, giacché andrebbe ad intaccare, nel suo nucleo duro, il principio di non discriminazione sulla base delle condizioni personali.

Si tratta chiaramente di ipotesi estreme. Tuttavia, talvolta, il bilanciamento potrebbe risultare assai più complicato. Un cenno può essere subito rivolto al problema della circoncisione maschile, specialmente ove si paragoni tale pratica con quella, vietata, della "circoncisione" femminile. Diversamente da quanto appena rilevato per le mutilazioni genitali femminili, la prima, segnatamente quella rituale, non solo non è considerata illecita, ma, con particolare riguardo a quella rituale ebraica, se ne può inferire la conformità all'ordinamento giuridico sulla base di una serie di principi contenuti nella legge di esecuzione dell'intesa con l'Unione delle Comunità ebraiche. Sebbe-

[35] Cfr. sent. n. 46300/2008, sez. VI pen.; n. 55/2003, sez. VI pen.
[36] Cfr. Cass., sez. VI civ., n. 4984/2013.

ne l'effetto sia anche qui quello di provocare una trasformazione permanente dell'integrità fisica del minore, la dottrina maggioritaria conviene nel conferirvi un diverso giudizio, sia per quanto riguarda le conseguenze prodotte nei confronti del soggetto passivo – essa non altera la funzione sessuale –, sia per quanto concerne l'impatto assiologico nei confronti dei principi cui è informata la Carta[37].

Con un parere reso il 25 settembre 1998, il Comitato nazionale di bioetica si è espresso favorevolmente al riguardo, giudicando tale pratica non rientrante fra gli atti di disposizione del corpo umano dannosi per la persona. Tale parere ha, verosimilmente, inciso in modo considerevole sulla decisione del legislatore di distinguere tale pratica da quella della circoncisione femminile. In senso completamente divergente, il Comitato stigmatizza severamente l'infibulazione genitale, giacché nessun rispetto sarebbe dovuto a «pratiche, ancorché ancestrali, volte non solo a mutilare irreversibilmente le persone, ma soprattutto ad alterarne violentemente l'identità psico-fisica, quando ciò non trovi una inequivocabile giustificazione nello stretto interesse della salute della persona in questione». Tali pratiche non sarebbero «poste in essere per ovviare a problemi di salute né fisica, né psichica delle donne che le subiscono, anzi esse comportano gravi conseguenze negative sulla salute delle donne che ad esse vengono sottoposte». Da qui l'auspicio del Comitato circa l'introduzione di nuove e specifiche sanzioni di carattere penale.

La questione dei limiti alle pratiche religiose non sembra, a ben vedere, involgere problemi ontologicamente differenti da quelli che interessano tutte le altre questioni di Diritto costituzionale che implicano un potenziale scontro tra principi e diritti di pari rango. Nessun principio e nessun diritto può avanzare pretese tiranniche; né, tanto meno, la libertà religiosa, per quanto la stessa, nel suo nucleo fondante, costituisca un diritto fondamentale e inviolabile della persona umana, anche ai sensi dell'art. 2 della Carta[38]. Le pratiche non possono comprimere, oltre la soglia del contenuto essenziale, principi o diritti a cui la Carta riconosca lo stesso rango di fondamentalità. La soluzione dovrà, pertanto, essere rimessa sempre al caso concreto.

Sul versante dei limiti che scaturiscono dall'esigenza di tutela dei diritti individuali, la libertà religiosa, ove si tratti di utilizzo di simboli, può contrastare con i diritti delle persone che si relazionano con i soggetti che indossano il simbolo[39]. Tale utilizzo, negli istituti scolastici pubblici, potrebbe minare la laicità dello Stato, ovvero il diritto dei genitori ad impartire una libera educazione. Talvolta, nel bilanciamento entrerà in gioco il principio d'egua-

[37] Cfr. A. Randazzo, *op. cit.*, 403 ss.

[38] Cfr., da ultimo, S. Troilo, *Le nuove frontiere della libertà religiosa tra pluralismo sociale e pluralismo istituzionale. Il ruolo delle Regioni*, Roma, Aracne, 2014, 98.

[39] Cfr. E. Rossi, *Laicità e simboli religiosi*, in Id. (a cura di), *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, Pisa, Plus-Pisa University Press, 2009, 141 ss.

glianza formale (con particolare riguardo alla parità di genere), come nel caso dell'uso di simboli che si traducano in una violazione del diritto della donna alla parità di trattamento con persone dell'altro genere[40]. Paradigmatico è il caso del velo islamico. Talaltra, a rilevare potrebbe essere la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica. L'esempio è suggerito dal porto di simboli occultanti, ovvero di armi per motivi religiosi (si pensi all'uso del *kirpan* da parte degli indiani sikh). Altre volte, più in generale, il bilanciamento vede interessati i diritti fondamentali altrui, come la tutela dell'integrità psicofisica e dello svolgimento della funzione sessuale, ovvero il principio della dignità umana, segnatamente ove si tratti di pratiche rivolte ai minori. Infine, a rilevare può essere la salute pubblica, potenzialmente pregiudicata dall'uso, in particolari contesti, di simboli e capi d'abbigliamento non compatibili con l'attività svolta, come nei luoghi di lavoro, o di oggetti che mettano in pericolo criteri di igiene definiti da provvedimenti pubblici, come nel caso di manifestazioni sportive[41].

## 6. Il rispetto delle regole alimentari tra macellazione rituale e pasti *kosher* e *halal*

Com'è stato osservato, mediante il cibo, le religioni danno «il meglio di sé, costruendo un nesso potente tra i gesti quotidiani e la disciplina spirituale»[42]. Il cibo può rappresentare un autentico veicolo identitario, prestandosi a rimarcare le differenze con gli altri gruppi e a implementare un patrimonio di usi e abitudini[43]. Nella molteplicità delle regole alimentari proposte da ciascun credo, un posto di rilievo è di certo occupato da quelle imposte dalla religione ebraica e da quella musulmana, che possono essere classificate in tre grandi categorie: *a*) divieto, o obbligo, di consumare determinati alimenti (sempre o solo in alcuni periodi); *b*) condizioni per il consumo; *c*) purezza degli alimenti[44].

Non è affatto escluso che l'osservanza di tali ultimi precetti religiosi possa creare qualche problema di compatibilità, soprattutto nelle strutture di lavoro, con l'adempimento della prestazione lavorativa, che potrebbe essere fonte di numerose vertenze contrattuali. Tuttavia, sempre più frequenti sono

[40] Cfr. E. Rossi, *op. cit.*, 149 s.

[41] Cfr. E. Rossi, *op. cit.*, 149.

[42] N. Fiorita, *Scuola pubblica e religioni*, Tricase (Le), Libellula Edizioni, 2012, 145; E. Pace, *Sfere religiose del gusto*, in F. Neresini-V. Rettore (a cura di), *Cibo, cultura, identità*, Roma, Carocci, 2008, 15.

[43] Cfr. N. Fiorita, *op. cit*., 146.

[44] Cfr. L. Ascanio, *Le regole alimentari nel diritto musulmano*, in A.G. Chizzoniti-M. Tallacchini (a cura di), *Cibo e religione: diritto e diritti*, Tricase (Le), Libellula Edizioni, 2010, 63 ss.

gli esempi di contrattazione collettiva, in cui si consente ai lavoratori, principalmente a quelli di fede musulmana, di pregare e cibarsi secondo i ritmi della propria religione, verso l'impegno di questi ultimi ad assicurare la continuità del servizio mediante la gestione dei turni.

Delicati sembrano, per il diritto, i problemi posti dall'esigenza di consumare cibi «puri». La religione ebraica e quella musulmana prescrivono che il cibo sia *kosher*, per la prima («adatto»), e *halal*, per la seconda («permesso»). Tale questione appare interessante per almeno due ragioni: in primo luogo, per i profili che riguardano la liceità della macellazione rituale, contestata da numerose associazioni animaliste, e, secondariamente, per quanto concerne le richieste, destinate a moltiplicarsi, di ricevere pasti *kosher* o *halal* nelle mense pubbliche o nelle altre strutture chiuse.

L'art. 6, comma 2, della legge n. 101 del 1989, di esecuzione dell'intesa sottoscritta con l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane, prescrive che «la macellazione eseguita secondo il rito ebraico continua ad essere regolata dal decreto ministeriale 11 giugno 1980, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 168 del 20 giugno 1980, in conformità alla legge e alla tradizione ebraiche». Tale decreto autorizza espressamente questo genere di macellazione, eseguita «senza previo stordimento secondo i riti ebraico ed islamico da parte delle rispettive comunità»[45].

La circostanza che il contenuto del decreto ministeriale sia stato recepito dall'intesa sottoscritta con la Comunità Ebraica ha conseguenze significative anche da un punto di vista della gerarchia delle fonti, giacché la particolare collocazione nel sistema delle intese inibisce un intervento contrario unilaterale, con legge ordinaria, teso a limitarne o a vietarne la pratica[46]. Diversamente, deve osservarsi con riguardo alla macellazione islamica, poiché, stante l'assenza di un'intesa con la confessione di riferimento, il legislatore potrebbe abrogare il decreto ministeriale nella parte in cui disciplina la macellazione islamica, con l'effetto di renderla vietata. Sennonché, qualche dubbio di costituzionalità ne discenderebbe in relazione al *tertium comparationis*. Né un sicuro baluardo contro un'eventuale introduzione di un divieto è rappresentato dal decreto legislativo n. 333 del 1998, limitandosi questo, in attuazione della direttiva 93/119/CE, a prescrivere una serie di criteri da rispettare[47].

Pare sopravvalutato l'argomento del difficile bilanciamento tra la tutela del diritto fondamentale di libertà religiosa e il principio del benessere degli animali, comportante il divieto di infliggere a questi ultimi sofferenze inutili[48]. Più di un dubbio si riscontra nell'idea che esista un principio costi-

[45] Art. 1.

[46] Cfr. A.G. Chizzoniti, *La tutela della diversità: cibo, diritto e religione*, in A.G. Chizzoniti-M. Tallacchini (a cura di), *Cibo e religione*, *cit.*, 37.

[47] *Ibidem*.

[48] Cfr. N. Fiorita, *op. cit.*, 153.

tuzionale che riconosca il benessere degli animali. E, comunque, il decreto ministeriale del 1988 si premura di predisporre una serie di accorgimenti, volti ad evitare il più possibile sofferenze e ogni stato di eccitazione non necessari. Proprio a tale scopo, la direttiva europea n. 119 del 1993 autorizza gli Stati membri a derogare alle regole sulla macellazione, purché l'abbattimento avvenga «sotto il controllo del veterinario ufficiale». In attuazione di tale direttiva, come già detto, il legislatore, con il decreto legislativo n. 333 del 1998, ha regolato questa pratica.

Più problematica sembra la questione dei menu *kosher* o *halal* nelle mense pubbliche e nelle strutture chiuse. D'altra parte, s'intuisce quanto possa rivelarsi arduo assecondare ogni domanda di tutela differenziata, soprattutto alla luce della sostenibilità economica delle richieste da parte delle strutture pubbliche. Per chi scrive, sarebbe opportuno concedere, a richiesta, menu *kosher* e *halal* nelle strutture pubbliche e in quelle chiuse. Del resto, se, ormai da tempo, sono previsti, giustamente, menu vegetariani o vegani (pratiche espressive di una certa filosofia di vita), non si vede perché non si debbano prevedere menu differenziati per motivi religiosi. L'obiezione della sostenibilità economica, per quanto seria, dovrebbe essere affrontata dati alla mano, e, in ogni caso, potrebbe essere neutralizzata facendo gravare sulle confessioni interessate i costi necessari.

Esemplare sembra, in termini di bilanciamento tra libertà religiosa e sostenibilità economica, la disposizione contenuta nell'art. 7, comma 2, della legge n. 101 del 1989, in cui si legge che, posto che l'appartenenza alle forze armate, alla polizia o ad altri servizi assimilati, la degenza in ospedali, case di cura o di assistenza pubbliche, la permanenza negli istituti di prevenzione e pena, non possono dare luogo ad alcun impedimento nell'esercizio della libertà religiosa e nell'adempimento delle pratiche di culto, la legge riconosce agli ebrei che si trovino in quelle condizioni il diritto di osservare, a loro richiesta e con l'assistenza della Comunità competente, le prescrizioni ebraiche in materia alimentare senza oneri per le istituzioni nelle quali essi si trovano.

## 7. Velo e codice di abbigliamento islamico

Quella dell'ostensione di un certo codice di abbigliamento da parte delle donne islamiche costituisce una delle questioni oggi più problematiche nelle moderne società multiculturali, che interessa argomenti diversi a seconda del contesto in cui la libertà di abbigliamento viene rivendicata.

La rivendicazione all'uso dell'*hijab*, del *chador*, del *niqab* e del *burqa* si presenta problematica, innanzitutto, con riguardo agli aspetti assiologici che la connotano, sin dal momento in cui si cerca di decodificare il messaggio sotteso all'esibizione di un determinato codice di abbigliamento. Per alcuni, rappresenta l'espressione simbolica dell'appartenenza all'Islam, simulacro

dell'identità personale, affermazione del sé; per altri, non sarebbe altro che il vessillo della subordinazione della donna nei confronti dell'uomo[49].

Uno degli argomenti privilegiati dagli "anti-velo" fa leva sulla condizione subordinata della donna nel diritto islamico: le regole che impongono l'uso del velo mirerebbero a garantire la castità della donna e, quindi, indirettamente il controllo sulla stessa. Al di là di tali considerazioni, sembra che, per alcune donne, l'ostensione di quel particolare codice di abbigliamento costituisca un veicolo di emancipazione proprio dalla condizione di subordinazione femminile domestica[50].

Il problema potrebbe essere forse affrontato più correttamente da una prospettiva giuridica, contemperando i vari interessi in gioco, e facendo prevalere, caso per caso, la soluzione che meglio assicuri il massimo sviluppo della dignità umana. Il che, peraltro, non sembra per nulla facile, stante la difficoltà di interpretare il messaggio che le donne islamiche intendono veicolare. Altra è la questione, da più parti invocata, del rispetto della laicità dello Stato, nel caso di porto del velo nei luoghi pubblici (si pensi alle insegnanti islamiche), o della sicurezza (nel caso di porto del *burqa*).

Laddove si tratti di velo parziale, non incidendo questo sull'identificabilità del volto, non dovrebbero sussistere problemi di sorta con riguardo al principio della sicurezza dello Stato; il suo utilizzo ha semmai indotto la dottrina ad interrogarsi sul rischio di una compressione di altre libertà costituzionali, come quella di impartire una certa educazione religiosa da parte dei genitori, che potrebbe essere messa in pericolo per il fatto di vedere indossati simboli di appartenenza religiosa da parte di insegnanti nelle scuole statali. Per lungo tempo, ad esempio, proprio in virtù di tale ragione, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco ha considerato legittimo il divieto di indossare il velo islamico in classe per le insegnanti, salvo cambiare da ultimo orientamento, pur conservando alcuni limiti che potrebbero giustificare il divieto, come il rischio «concreto» che il copricapo «comprometta la tranquillità scolastica o la neutralità statale»[51].

Guardando al contesto della società italiana, l'argomento dell'educazione religiosa pare eccessivamente sopravvalutato: difficilmente, l'esibizione di tale simbolo di appartenenza sembra limitare in modo serio la libertà di impartire una determinata educazione religiosa, quanto meno da parte delle famiglie cattoliche. Solo apparentemente più complicato è l'argomento della

[49] Così N. Fiorita, *op. cit.* 127.

[50] Cfr. S. Benhabib, *La rivendicazione dell'identità culturale*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2005, 149; S. Mancini, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, Cedam, 2008, 148.

[51] BVerfG, 1 BvR 471/10 del 27 gennaio 2015. Per un commento alla sentenza cfr. A. Di Martino, *L'ultima decisione sul velo del Bundesverfassungsgericht tra continuità e discontinuità giurisprudenziale*, in *www.diritticomparati.it* (18.05.2015).

laicità dello Stato. Questa è un dovere che grava sulle istituzioni, non certo sui singoli. Peraltro, è un principio che deve essere bilanciato e che non può violare la libertà, individuale, di professare una fede religiosa in qualsiasi forma. Nel nostro Paese, «la scuola è aperta a tutti» (art. 34, comma 1, Cost.): la presenza di scolare "velate" all'interno di classi che, in alcuni casi, sono composte per il 25% da ragazzi immigrati, altro non fa se non confermare quel principio costituzionale, che impone alla scuola pubblica di essere lo "specchio" della società civile nella sua eterogenea composizione, e lo stesso potrebbe dirsi con riguardo alla presenza di insegnanti che indossino il velo.

La sentenza del Tribunale federale tedesco del 2015 fa leva proprio sul carattere interconfessionale del contesto in cui la scuola pubblica si inserisce. Indossare abiti con una connotazione religiosa non rappresenta di per sé un'interferenza con la libertà negativa di religione degli alunni, né con quella di professare una fede, stante anche la circostanza che l'adesione manifesta di un'insegnante può essere compensata dalla condotta del resto del personale scolastico, il quale potrebbe manifestare con altri simboli l'appartenenza ad una diversa fede o ideologia.

Altro è il problema di distinguere i comportamenti espressione della libertà religiosa da quelli rientranti in altre libertà, come quella di abbigliamento. Al mutare della valenza che viene conferita da ciascuno, infatti, può cambiare anche il bene giuridico da tutelare e il suo fondamento costituzionale. Per assumere una connotazione religiosa, il simbolo deve avere non solo una natura *oggettivamente* religiosa, ma anche una valenza *soggettiva*, conferitale da chi lo indossa, giacché il suo porto può significare contemporaneamente adesione ad una regola di tipo religioso, obbedienza alla volontà dei genitori o alla comunità di appartenenza, rivendicazione di un'identità culturale, sfida al potere costituito, ma anche affermazione della propria identità religiosa attraverso il porto di un segno distintivo[52].

In una recente sentenza[53], la Corte EDU, nel ritornare sul problema della conformità convenzionale della legge francese sull'esposizione nei luoghi pubblici dei simboli religiosi, ha abbandonato l'argomento della sicurezza e della dignità della persona, giungendo a ribadire il limite del margine dell'apprezzamento statale, sulla base dell'argomento del «vivere insieme». L'esposizione del viso giocherebbe un ruolo essenziale nell'interazione sociale. Tuttavia, una simile soluzione, nella sua nettezza, rischia di realizzare un bilanciamento sproporzionato tra principi (nella specie, il dovere di solidarietà) e regole (il divieto di indossare il *burqa*)[54]. Peraltro, la Corte trascura tutte le nuove forme di integrazione che si realizzano su spazi virtuali, in cui

[52] Cfr. E. Rossi, *op. cit.*, 149.

[53] Grande Chambre, sentenza 1 luglio 2014, S.A.S. c. Francia, ric. n. 43835/11.

[54] I. Ruggiu, *S.A.S.* vs France*: si conferma il divieto francese al* burqa *con l'argomento del «vivere insieme»*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 957 ss.

non solo è occulto il volto, ma talvolta è celato persino il nome o la vera identità[55]. Ma il principale interrogativo riguarda la possibilità di realizzare l'integrazione rinunciando alla propria identità religiosa. L'argomento del *vivre ensemble* crea più di un problema, non affrontando a dovere la circostanza che proprio la solidarietà impone il rispetto dell'identità altrui.

Giova ricordare, a dimostrazione del differente impatto che esso può assumere in ciascun contesto, come le soluzioni dei legislatori, in Europa, siano state piuttosto eterogenee. A quella della Francia, che, nel 2004, ha vietato l'utilizzo del velo e di ogni altro simbolo religioso negli edifici scolastici, in nome del principio di laicità e neutralità degli spazi pubblici, si affiancano le politiche offerte dalla maggioranza dei Paesi europei, così come da noi, le quali sono per lo più mosse dalla logica del *case by case*.

In Italia non esiste un'esplicita regolamentazione, fatta eccezione per la carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione, il cui art. 26 prevede che «non si pongono restrizioni all'abbigliamento della persona, purché liberamente scelto, e non lesivo della sua dignità. Non sono accettabili forme di vestiario che coprono il volto perché ciò impedisce il riconoscimento della persona e la ostacola nell'entrare in rapporto con gli altri». L'art. 10, comma 4-*bis*, della legge n. 155 del 2005, presentato da una fazione politica come la soluzione al problema del velo integrale in Italia, introduce un'aggravante al reato di cui all'art. 5 della legge n. 152 del 1975, per chiunque faccia uso di caschi protettivi o di qualunque altro mezzo idoneo a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona in luogo pubblico o aperto al pubblico «senza giustificato motivo».

Al di là della portata ben più generale insita in una disposizione di tal fatta, un'interpretazione *pro reo* della clausola del giustificato motivo ha consentito ad alcuni Tribunali di escludere la rilevanza penale, laddove l'imputato avesse agito nell'osservanza di una pratica religiosa. In una sentenza del 27 ottobre 2008, il Tribunale di Cremona ha assolto una donna musulmana che era entrata indossando il *burqa* nell'aula in cui era in corso il processo del marito, benché la stessa fosse irriconoscibile e non identificabile, in quanto la rimozione del *burqa* per il tempo strettamente necessario alla sua identificazione avrebbe eliminato ogni traccia di pericolo alla cui tutela la legge del 1975 era preordinata[56]. Più di recente, anche il Consiglio Superiore della Magistratura – con una delibera del 22 febbraio 2012 –, nel giudicare il caso di un'interprete rimossa dal servizio perché si era rifiutata di togliere il velo, ha potuto osservare che «deve essere garantito il pieno rispetto di quelle condotte che – senza recare turbamento al regolare e corretto svolgimento dell'udienza – costituiscono legittimo esercizio del diritto di professare la propria religione, anche uniformandosi ai precetti che riguardano l'abbigliamento ed altri segni esteriori».

[55] Cfr. B. Barbisan, *«Vivere insieme» all'ombra del velo*, in, *Riv. dir. pubbl.*, 3/2014, 1062.
[56] Cfr. N. Fiorita, *op. cit.*, 133.

Da ultimo, è emblematica la vicenda sorta a seguito di un ricorso proposto dal Comune di Azzano Decimo avverso un decreto prefettizio di annullamento di un'ordinanza del sindaco (n. 24 del 2004), che, nell'interpretare il divieto di cui all'art. 5 della legge n. 152 del 1975, chiariva che lo stesso doveva estendersi anche al velo che copre il volto. La sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3076/2008, che tocca solo incidentalmente il problema, valorizza la peculiarità del *burqa*, quale simbolo espressivo di una tradizione, con la conseguenza che «le esigenze di pubblica sicurezza sono soddisfatte dal divieto di utilizzo in occasione di manifestazioni e dall'obbligo di tali persone di sottoporsi all'identificazione e alla rimozione del velo, ove necessario a tal fine».

Le esigenze securitarie collegate all'uso del *burqa* o del *niqab* non possono essere sottovalutate, proprio in nome della sicurezza. Forse, la questione dovrebbe, tuttavia, essere più proficuamente impostata, introducendo per legge la previsione di un obbligo di identificazione a richiesta delle competenti autorità. Il che consentirebbe di bilanciare in modo equilibrato, i principi costituzionali in gioco. Il problema rimane aperto sotto il profilo del rispetto della dignità femminile. A quest'ultimo riguardo, sembra implicito che l'unica forma di espressione della libertà di abbigliamento compatibile con un sistema costituzionale sia, per l'appunto, quella libera, essendo auspicabile che si reprima e si sanzioni adeguatamente ogni condotta impositiva.

## 8. Con quali strumenti introdurre le deroghe per motivi religiosi?

Affrontato il problema dei limiti alle pratiche religiose, rimane aperto quello, strettamente connesso, della trasponibilità, da noi, di un modello, qual è quello dell'*accomodation*, pensato e congegnato per un ordinamento di *common law*.

Tale tecnica pare adattabile, anche sotto questo punto di vista, allo statuto costituzionale della libertà religiosa, a patto che si sia disposti a prendere sul serio le disposizioni costituzionali che ne perimetrano la disciplina. A tale scopo, è auspicabile che, da un lato, si approvi, una volta e per tutte, una legge generale sulla libertà religiosa, che, in attuazione dell'art. 19 Cost., disciplini gli aspetti comuni di tale libertà e che, contestualmente, abroghi la legge sui culti ammessi. Dall'altro, occorre ridefinire il ruolo delle intese, dando lustro alla funzione che sembra a queste più congeniale, ossia quella della disciplina della dis-eguaglianza, riservando al metodo bilaterale i soli aspetti speciali e restituendo, contestualmente, alla normativa ordinaria la disciplina di quelli generali.

Com'è noto, il sistema delle intese rappresenta un autentico "oggetto misterioso" per la dottrina. Con lo strumento pattizio, si è praticamente finito

per realizzare una sorta di standardizzazione «per trascinamento»[57] rispetto al Concordato lateranense. Da strumenti di garanzia, le intese si sono trasformate in veicoli di concessioni particolaristiche[58]. Salve alcune circoscritte eccezioni, quelle stipulate con le confessioni acattoliche si sono limitate a estendere anche a queste privilegi già propri della Chiesa cattolica. Si è prodotto, per tale via, un «effetto moltiplicatore delle discriminazioni», giacché si sono estesi «ad una pluralità di destinatari benefici non sempre giustificati e talvolta persino rientranti nella sfera della discrezionalità dello Stato»[59]. Senza considerare che per le confessioni con le quali lo Stato non ha firmato l'intesa continua ad applicarsi la legge sui culti ammessi del 1929.

Proprio per cercare di governare tali effetti distorti, la migliore dottrina ha da tempo suggerito di valorizzare il "diritto comune", approvando una legge unilaterale che garantisca alle confessioni prive di intesa una serie di prerogative comparabili a quelle spettanti alle altre[60]. Questa sembra una soluzione condivisibile, pur con alcuni paletti, e del tutto funzionale alla tesi qui sostenuta. Legittima appare l'esigenza di approvare una legge generale sulla libertà religiosa, direttamente attuativa dell'art. 19 Cost. Non si comprende la ragione per cui tale libertà non debba ricevere una disciplina uniforme, predisposta unilateralmente dal legislatore statale, essendosi preferito "delegare" la regolamentazione di aspetti delicati – che hanno un diretto impatto costituzionale – al metodo bilaterale. Peraltro, il sistema delle intese sembra generare diverse "esternalità" negative da un punto di vista costituzionale. La maggior parte delle disposizioni regola aspetti "generali" della libertà religiosa, che meriterebbero una disciplina organica e in regime di parità di trattamento tra tutte le confessioni.

Pur condividendosi l'idea di valorizzare la disciplina comune, occorre evitare di svuotare l'impatto normativo di una disposizione, qual è l'art. 8, comma 3, Cost., che introduce un principio fondamentale nei rapporti tra lo Stato e le confessioni diverse da quella cattolica. A tale scopo, giova ragionare sulle possibilità di rivitalizzare il senso della contrattazione bilaterale, pur in presenza di una legge generale sui culti[61].

[57] Così B. Randazzo, *Art. 8*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, *cit.*, 210.

[58] Cfr. G. Zagrebelsky, *Principi costituzionali e sistema delle fonti di disciplina del fenomeno religioso*, in V. Tozzi (a cura di), *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, Salerno, Edisud, 1993, 111 s.; B. Randazzo, *op. cit.*, 210.

[59] B. Randazzo, *op. cit.*, 210; ma gia V. Onida, *A vent'anni dal Concordato. «Quale separatismo, oggi?»* in *Quad. eccl.*, 1/2004, 57 ss.

[60] Cfr., fra gli altri, almeno M. Croce, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Firenze, Edizioni ETS, 2012, 117 ss.; R. Bin, *op. cit.*, 45 ss.; F. Onida, *L'alternativa del diritto comune*, in V. Parlato-G.B. Varnier (a cura di), *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Torino, Giappichelli, 1995, 61 ss.; S. Ferrari, *Libertà religiosa e nuove presenze confessionali (ortodossi e islamici): tra cieca deregulation e super-specialità, ovvero del difficile spazio per la differenza religiosa*, in *www.statoechiese.it* (luglio 2011).

[61] Autorevole dottrina (V. Onida, *Profili costituzionali delle intese*, in C. Mirabelli (a

Proprio nella logica di un riequilibrio dei rapporti tra la disciplina unilaterale e quella pattizia, si può convenire con la tesi di valorizzare l'espansione del diritto comune, mediante un'interpretazione restrittiva del contenuto costituzionalmente legittimo del Concordato e delle intese[62]. Il meccanismo dell'intesa dovrebbe essere impiegato solo per disciplinare gli aspetti «sociali» del culto[63]. È auspicabile, dunque, l'approvazione di una disciplina unilaterale delle questioni generali sulla libertà religiosa, con contestuale abrogazione della legge sui culti ammessi del 1929 – peraltro, denunziata in tutti i preamboli delle intese –, che regoli in modo uniforme, e aggiornato al contesto religioso attuale, i principali aspetti controversi, con, al contempo, un *parziale* abbandono del metodo delle intese[64]. Il che non significa *completo* abbandono di tale metodo, in quanto l'art. 8, comma 3, Cost., norma per lungo tempo disattesa, potrebbe costituire, nella sua lettura combinata con le altre disposizioni costituzionali, proprio un solido baluardo per valorizzare al meglio la funzione delle intese. Queste ultime dovrebbero limitarsi a disciplinare le (sole) questioni legate alla disciplina degli aspetti che si legano alle specificità dei gruppi religiosi, regolando gli aspetti "peculiari", attinenti ai bisogni della confessione[65]. Pertanto, il metodo bilaterale dovrebbe valere solo per dettare norme derogatorie rispetto al diritto comune[66].

Più difficoltosa potrebbe risultare la delimitazione dell'ambito negoziale, stante l'assenza di una definizione di "materia mista". Si dovrebbe certamente escludere la possibilità di deroghe nelle materie, come quella penale o fiscale, di esclusiva competenza statale[67]. Per quanto una buona fetta di tali scelte incroci valutazione politiche, si può ben pensare che la legge generale sui culti potrebbe riappropriarsi degli spazi riservati alle intese con riguardo ad aspetti comuni, come quelli della disciplina del matrimonio, del riconoscimento giuridico degli enti ecclesiastici, degli aspetti tributari e finanziari, dell'istruzione religiosa e simili. In una legge di tal fatta, il legislatore potrebbe anche pensare di dettare dei principi guida per il Governo, relativamente

cura di), *Le intese tra Stato e confessioni religiose. Problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1978, 45 ss.) ha proposto, in passato, di procedere mediante una legge delega contenente criteri e principi generali, applicabili a ciascun culto, in vista del superamento della legge sui culti ammessi, e l'adozione, con legge delegata, delle norme pattizie a garanzia delle peculiarità di ciascuna confessione.

[62] Cfr. R. Bin, *op. cit.*, 45; M. Croce, *op. cit.*, 117.

[63] Cfr. R. Bin, *op. cit.*, 45.

[64] Così M. Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 2004, 90 s.; G. Peyrot, *Condizione giuridica delle confessioni religiose prive di intesa*, in AA.VV., *Nuovi accordi fra Stato e Confessioni religiose. Studi e testi*, Milano, Giuffrè, 1985, 383 ss.; G. Sacerdoti, *Il regime delle confessioni prive di intesa tra normativa generale e modello concordatario*, in *La Rass. mensile di Israel. Scritti in memoria di Sergio Piperno Beer,* 3, 1985, 707 ss.

[65] Cfr. M. Croce, *op. cit.*, 117; R. Bin, *op. cit.*, 45.

[66] Cfr. V. Onida, *op. ult. cit.*, 36 s.

[67] Cfr. B. Randazzo, *op. cit.*, 209.

ai criteri con cui comportarsi in seno al procedimento di conclusione dell'intesa, segnatamente per ciò che concerne la decisione di attivare, e con chi, la procedura. Tutto ciò che riguarda la disciplina della "diversità" dovrebbe, invece, confluire nelle intese.

Oltre che garantire un'espansione del diritto comune, senza però obliterare gli artt. 7 e 8 Cost., tale metodo potrebbe agevolare considerevolmente anche il ruolo del Governo in seno al procedimento di conclusione dell'intesa. La confessione religiosa con la quale è in corso la trattativa potrebbe farsi portatrice delle istanze di tutela della propria specificità, agevolando il compito del Governo nel "riconoscere" tali diversità e, segnatamente, quali sono le pratiche tradizionali di quella religione; cosicché, in una sorta di bilanciamento tra il diritto di libertà religiosa e gli altri diritti e principi costituzionali del caso, sarebbe più facile addivenire ad una decisione intorno alle pratiche costituzionalmente compatibili. Il legislatore, nel dare esecuzione all'intesa, potrebbe ripercorrere il bilanciamento, decidendo se portare o meno ad esecuzione il contenuto della stessa – e se integralmente o parzialmente –.

## 9. L'accomodamento ragionevole in mancanza di una disposizione di deroga

L'idea di trasferire nelle intese la tecnica dell'*accomodation* sconta il peso di un problema classico e ancora irresoluto: vale a dire, quello di chiarire se esista o meno un obbligo per il Governo di intavolare una trattiva con la confessione acattolica che lo richieda e, correlativamente, quello, ancora più complesso, di distinguere le confessioni religiose dai movimenti che non hanno il crisma della religiosità.

Tale problema è, di recente, tornato in auge, alla luce della tortuosa vicenda, ancora *sub iudice*, che ha visto protagonista l'Unione degli atei e degli agnostici razionalisti italiani (UAAR), avendo questa chiesto al Governo di avviare le trattative di un'intesa, negata, giacché l'UAAR non avrebbe la natura di confessione religiosa.

Limitatamente al problema della giurisdizione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel rigettare il ricorso dell'Avvocatura di Stato, hanno chiarito che «l'atto con cui il governo si rifiuta di avviare le trattative per l'intesa prevista dall'art. 8, comma 3, Cost. con una confessione religiosa diversa dalla cattolica non ha natura politica ed è pertanto sindacabile dal giudice amministrativo».

Da quanto sopra, emerge come il Governo abbia un vero e proprio obbligo, sindacabile dinanzi alla giurisdizione amministrativa, di attivare la procedura che porta alla conclusione di un'intesa, allorché quest'ultimo abbia di fronte una confessione religiosa. E, allora, il problema si converte in quello, di merito, dell'identificazione dei tratti idealtipici della religione.

Con particolare riguardo alla vicenda dell'UAAR, questa ha avuto una prima forma di risposta da parte della Sezione prima del TAR Lazio, con la sentenza n. 7068 del 3 luglio 2014. Una decisione, invero, assai discutibile, con riguardo al percorso argomentativo scelto. Il giudice amministrativo ritiene che l'UAAR non abbia carattere confessionale, giacché il concetto di religione ha un contenuto positivo, il cui presupposto è costituito da «un fatto di fede rivolto al divino». Si deve escludere, per converso, da tale nozione, «un contenuto negativo rivolto a negare l'esistenza del trascendente e del divino». Nell'accezione comune, la religione indica un «insieme delle credenze e degli atti di culto che legano la vita di un individuo o di una comunità con ciò che ritiene un ordine superiore e divino»[68].

La soluzione non convince affatto con riguardo al percorso argomentativo scelto. E, infatti, al di là delle grandi religioni monoteiste, esistono confessioni che, pur non credendo in un vero e proprio «ordine superiore e divino», hanno ottenuto la stipula di un'intesa, *ex* art. 8, comma 3, Cost. Si pensi solo all'Unione dei Buddhisti. La circostanza di non doversi stigmatizzare le condotte solo perché "strane" ai più, non implica, di per sé, che si debba tributare a tutte le condotte della minoranza la dignità di pratica religiosa. Tra i possibili criteri utilizzabili per delimitare l'ambito religioso, è possibile scegliere quello che si concentra sulle «questioni oggetto di una religione», ossia «le questioni ultime della vita».

La questione assume toni particolarmente accentuati, segnatamente alla luce del moltiplicarsi e del diffondersi di nuovi culti, pur apparendo imprescindibile una delimitazione del significato di religione, proprio al fine di evitarne degli abusi. Qualche problema di costituzionalità potrebbe scaturire dalla decisione di privare di tutela un singolo individuo solo perché non esiste un'intesa con la confessione alla quale appartiene. In tali casi, sembra inevitabile, allora, affrontare il problema secondo la logica del caso concreto.

La questione presenta profili di problematicità, primariamente, con riguardo alla materia penale. Nel caso in cui l'esercizio di una pratica religiosa possa integrare gli estremi di una fattispecie delittuosa, la giurisprudenza può fare ricorso alla scriminante dell'esercizio di un diritto, *ex* art. 51 c.p., purché ciò inveri una corretta estrinsecazione delle facoltà inerenti al diritto in questione. Al di là di tali limiti, si versa in un'ipotesi di abuso del diritto[69].

Si prenda a modello il caso dei rastafariani e dell'uso della marijuana. Un rastafariano, sorpreso con un quantitativo di marijuana superiore all'uso personale, viene condannato per il reato di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990. Il condannato si era dichiarato praticante della religione rastafariana, e, giacché gli *adepti* fanno uso di tale sostanza come erba sacra

[68] Sulla decisione del TAR Lazio cfr., da ultimo, G. Piacente, *Atti politici e tutela giurisdizionale. L'ultimo diritto*, in *www.federalismi.it*, 7/2015.

[69] Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. VI pen., 5889/1996.

per scopi meditativi, invocava l'assoluzione. La Cassazione ritiene insufficiente la valutazione esclusivamente ponderale della sostanza detenuta, in mancanza della valutazione delle modalità comportamentali dell'imputato, che ne giustifichino la destinazione ad uso esclusivamente personale[70]. Infatti, il concetto di «modica quantità» nella valutazione della rilevanza penale del possesso di droghe leggere deve tener conto del particolare credo religioso del possessore, con la conseguenza che, siccome, secondo le notizie concernenti le caratteristiche comportamentali degli *adepti* di tale religione di origine ebraica, la marijuana non è utilizzata solo come erba medicinale, ma anche come erba meditativa, si giustifica il quantitativo di droga detenuto dall'imputato[71].

Analogamente, un indiano sikh ottiene l'assoluzione dal reato di porto ingiustificato d'armi per l'uso del *kirpan*. Il Tribunale di Cremona, con la sentenza n. 15 del 19/02/2009, ha deciso di assolvere un indiano sikh, imputato del reato di porto ingiustificato di armi, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 110 del 1975, che portava con sé fuori dalla propria abitazione, in un supermercato, un pugnale *kirpan*. Portare a tracolla un coltello rituale, quale il *kirpan*, costituisce un «simbolo di appartenenza alla religione sikh, ha una valenza intrinsecamente comunicativa dell'identità religiosa, atteso che la condotta non è solamente facoltizzata, bensì imposta dal Sikhismo e non può avere esclusivamente una finalità di ornamento dell'abbigliamento». Ove si accerti la sussistenza di tali caratteristiche, «anche motivazionali», della condotta dell'agente, «si deve riconoscere come esse siano considerabili un giustificato motivo, fondato su un valido supporto normativo, siccome collocabili all'interno della tutela della libertà di fede religiosa, diritto estrinsecabile nel professare liberamente la propria fede in qualsiasi forma, individuale o associata e di farne propaganda». Alla luce di ciò, «vietare l'ostentazione da parte del seguace della religione sikh del suddetto coltellino violerebbe il diritto costituzionale del soggetto a professare la propria fede anche fuori dalla sua dimora».

In un'altra fattispecie, una donna nigeriana era stata imputata per il delitto di cui all'art. 348 c.p. (esercizio abusivo della professione), per avere praticato la circoncisione nei confronti di un infante. La Cassazione assolve la donna, dichiarando l'errore scusabile. Il collegio di legittimità tiene a distinguere dal caso in esame quello della circoncisione rituale ebraica, osservando che, sebbene la circoncisione sia «solitamente percepita da un medico occidentale come una mutilazione genitale per il bambino e una palese violazione del fondamentale comandamento che deve ispirare l'attività del sanitario: primum non nocere […]», tale percezione «non tiene conto della complessa problematica connessa alle ragioni e al forte carico simbolico che

[70] Cfr. Cass., sez. VI pen., n. 923/2008.
[71] Cass., sez. VI pen., n. 28720/2008.

connotano la pratica della circoncisione rituale in determinati contesti. Non può essere sottaciuto, infatti, il significato che tale pratica assume da parte di aderenti ad una determinata fede religiosa, che è propria di due tra le religioni monoteiste, l'ebraismo e l'islamismo»[72].

Da quanto sopra, è possibile osservare come la pratica religiosa e quella culturale abbiano un diverso impatto per l'ordinamento giuridico: ad avviso della giurisprudenza, mentre la prima è espressione di un diritto costituzionalmente garantito, la seconda non lo è[73]. Quest'ultima può rilevare come "prassi" o "consuetudine"[74].

La scriminante dell'esercizio di un diritto può consentire di soddisfare la richiesta di deroga, avanzata da chi alleghi di avere agito conformandosi a una pratica religiosa. Si tratta di un rimedio esperibile anche oltre i limiti della materia penale, potendo valere, in analogia, per l'ipotesi di illecito amministrativo e potendosi invocare, per l'ipotesi di illecito civile extracontrattuale, la clausola dell'ingiustizia del danno, di cui all'art. 2043 c.c.

Una simile ricostruzione sembra adattabile a ogni ipotesi di richiesta di tutela differenziata, anche laddove il richiedente avanzi pretese di tipo "positivo". Occorre, però, qualche ulteriore chiarimento. L'ipotesi riguarda casi in cui vi sia una "lacuna" ordinamentale, magari perché la rivendicazione proviene da un individuo appartenente a una confessione priva di un'intesa. Il problema consiste primariamente nel capire se l'argomento della pratica religiosa sia accettabile e, in caso affermativo, se l'assenza della deroga sia il frutto di una lacuna apparente o reale. Meno difficile sarà il ruolo del giudice, allorché l'istante appartenga ad una religione "tradizionale", specialmente se esiste un testo sacro di riferimento. In un'ipotesi di tal fatta, il giudice dovrà farsi "teologo" e verificare se, effettivamente, la condotta in questione sia espressione di una pratica religiosa e se essa sia, o meno, ammissibile in un ordinamento giuridico fondato sulla primazia della dignità umana.

Più complessa appare la questione qualora si tratti di movimenti emergenti e, ciò nonostante, l'agente dichiari di avere agito assecondando una pratica religiosa. In altri termini, occorrerà giudicare se la pratica sia realmente tale, o se si tratti di un espediente volto ad abusare del diritto fondamentale di libertà religiosa. L'"onere probatorio" graverà sul soggetto che avanza la richiesta di tutela. Il criterio delle questioni ultime della vita potrebbe orientare il giudice nella decisione. Se il richiedente tutela dimostra che la pratica

[72] Cass., sez. VI pen., sent. n. 43646/2011. Sulla pronuncia cfr. V. Pusateri, *Escluso il reato di esercizio abusivo della professione medica se la circoncisione maschile cd. rituale è stata eseguita per motivi culturali,* in *Dir. imm. citt.*, 1/2012, 94 ss.

[73] *Contra* I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, FrancoAngeli, 2012.

[74] Sull'utilizzo dell'argomento culturale da parte della giurisprudenza, cfr., da ultimo, I. Ruggiu, *op. ult. cit.*

attiene a questioni ultime della vita, e appare essenziale per la formazione della sua coscienza individuale, allora sarà necessario predisporre un'*accomodation*.

Compiuto il procedimento logico, volto a "riconoscere" la pratica religiosa – e a giudicarne la sua compatibilità con l'ordinamento –, si passa al secondo *step*, che è quello della tecnica esperibile per dare giustizia alla domanda. Occorre distinguere se la lacuna ordinamentale sia apparente o reale. Nel primo caso, trattandosi di disposizioni a maglie larghe, il giudice potrà rimediare al vuoto normativo, ricostruendo il sistema in maniera costituzionalmente conforme, al fine di concedere la tutela richiesta, mediante una diretta applicazione del diritto alla dis-eguaglianza. In questa luce, una forza dirompente potrà assumere, nei limiti della sua applicabilità, l'art. 43 del Testo Unico sull'immigrazione, recante l'azione civile contro la discriminazione. Ogni volta (e qui si rievoca l'*endorsement test*) che, ponendo come punto di vista quello di un osservatore ragionevole, la negazione di un diritto faccia apparire un individuo come un cittadino di serie *b*), allora, il giudice dovrà predisporre una deroga (*accomodation*).

Nel caso di lacuna reale, ove la deroga sia inibita dall'esistenza di regole dal carattere chiaramente escludente, non resterà al giudice altro rimedio che quello della questione di costituzionalità. La Corte, ove all'esito del percorso suggerito dovesse accertare la natura discriminatoria del diniego, dovrà accogliere la questione, introiettando una deroga, verosimilmente con la tecnica dell'additiva di principio (o di regola, a seconda dei casi).

## 10. Conclusioni

Dinanzi ad un'ipotetica giuria italiana il sig. Moyez sarebbe stato probabilmente condannato per avere ucciso una capra. Ma non perché la tecnica dell'*accomodation* sia incompatibile con il nostro sistema costituzionale. E, anzi, il pluralismo religioso implica delle deroghe, rischiando, altrimenti, di tradursi la generalità della legge in una discriminazione indiretta nei confronti dei gruppi di minoranza.

Il sig. Moyez era un *santerian*, la sua era una pratica di stregoneria, che, nella maggior parte dei casi, può provocare danni, gravi e irreversibili, sulle persone che la subiscono. Per questo, con tutta probabilità, un giudice italiano avrebbe colto nella strategia difensiva dell'"Avvocato del diavolo" un espediente per abusare della libertà religiosa. Fuori da tale ipotesi, la dis-eguaglianza implica e impone accomodamenti. Ma cosa sarebbe accaduto se la pratica del sig. Moyez fosse stata riconducibile a una religione, piuttosto che a un rito di stregoneria? In quel caso, probabilmente, si sarebbe dovuto concludere: «Philippe Moyez ha agito in osservanza dei suoi principi religiosi costituzionalmente garantiti. Merita, pertanto, l'assoluzione».

# INTERVENTI
# E COMUNICAZIONI

# CORTE COSTITUZIONALE E MONTAGNA: UNA PROSPETTIVA DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA

Matteo Carrer

Sommario: 1. Premessa. Quali margini per indagare il rapporto tra uguaglianza e territorio? – 2. Uguaglianza e montagna. – 3. Una ricognizione della giurisprudenza costituzionale. – 4. Conclusioni.

## 1. Premessa. Quali margini per indagare il rapporto tra uguaglianza e territorio?

Le pagine che seguono hanno l'ambizione di indagare il principio di uguaglianza sotto un profilo peculiare, ovvero le condizioni di disuguaglianza legate al territorio, attraverso una ricognizione della giurisprudenza costituzionale sul tema.

La questione del rapporto tra uguaglianza e territorio, analizzata in generale, potrebbe condurre lontano e coinvolgere diversi piani di analisi, che non possono essere qui compiutamente affrontati ma che meritano attenzione almeno in via introduttiva.

Innanzitutto, mettere al centro il territorio potrebbe aprire tanti diversi argomenti di trattazione quante sono le diversità del territorio, con il non trascurabile problema di darne una definizione giuridicamente rilevante. Porre come soggetto il territorio, e non la persona, apre a una casistica potenzialmente indeterminata e dalla difficile qualificazione.

In secondo luogo, si potrebbe discutere l'argomento da un punto di vista prettamente teorico. L'ipotesi di lavoro interroga il principio di uguaglianza sotto un profilo diverso da quello abituale, che fa riferimento alle condizioni personali. Introdurre nel discorso giuridico e filosofico relativo all'uguaglianza[1] la variabile della "posizione fisica" del singolo o dei beni giuridici introduce indubbiamente una sfida per la ricostruzione teorica.

In terzo luogo, come spesso accade nella riflessione attorno all'uguaglianza, vi è la necessità – ma anche il rischio – di porre un *tertium comparationis*, un modello standard alla luce del quale valutare le differenze, un punto di riferimento generalmente delicato che, in questo caso, se esteso al territorio complica le categorie giuridiche, poco abituate – rispetto ad altre discipline – a differenziare in simili contesti.

[1] Si rimanda per una ricostruzione del principio in oggetto e per una ricognizione della dottrina integralmente ai contributi degli atti del convegno di cui al presente volume.

Dunque, è bene premettere che i vari profili citati possono offrire una base di analisi alternativa a quella classica relativa al principio di uguaglianza come fondato sulla condizione personale solo se adeguatamente valutati nella loro base giuridica.

## 2. Uguaglianza e montagna

Nella convinzione che quanto sopra esposto rappresenti un terreno d'analisi valido, per quanto complesso, qui si porrà all'attenzione un solo profilo e una precisa guida per una ricognizione.

La guida è la Corte costituzionale con la sua giurisprudenza, il profilo è quello della montagna.

La montagna è una componente importante del complessivo territorio della Repubblica, nella cui sovranità ricade l'intero versante meridionale della catena alpina e tutta la catena appenninica.

L'Italia è una penisola, dunque è ha un rapporto particolare e molto stretto con il mare, ma è una penisola con vette e grandi altezze, il cui territorio è circa per un terzo[2] occupato dalle montagne, dove vive una quota considerevole della popolazione del Paese[3].

È possibile, ulteriormente, fornire una definizione giuridica di montagna[4]: secondo l'art. 1 della l. 991/1952 la montagna legale è formata dai «comuni censuari situati per almeno l'80 per cento della loro superficie al di sopra dei 600 metri di altitudine sul livello del mare e quelli nei quali il dislivello tra la quota altimetrica inferiore e la superiore del territorio comunale

[2] Secondo l'Atlante statistico della montagna italiana dell'Istat «i comuni classificati nella zona altimetrica di montagna ammontano a 2.605 (2.488 appartengono alla montagna interna mentre 117 appartengono alla montagna litoranea). Nel complesso questi rappresentano il 32,2 per cento dei comuni italiani» mentre il territorio montano è pari a «10.611.010 ettari, pari al 35,2 per cento della superficie nazionale. La quota più elevata va comunque attribuita alla montagna interna che pesa sul territorio nazionale per il 33,7 per cento». Dati del 31 dicembre 2005 in http://www3.istat.it/salastampa/comunicati/non_calendario/20071219_00/

[3] Di nuovo secondo l'Atlante Istat «la popolazione che risiede nei comuni appartenenti alla montagna interna e litoranea ammonta 7.522.964, pari al 12,8 per cento della popolazione nazionale. Anche in questo caso la quota maggiore va attribuita alla montagna interna che pesa per il 10,3 per cento della popolazione italiana».

[4] In tema di montagna si richiamano, per tutti, i seguenti contributi: F. Caralo, *Provvedimenti in favore dei territori montani,* Bologna, 1952; S. Cassese, *Aspetti giudici della legislazione sulla montagna*, in AA. VV. *L'esodo rurale e lo spopolamento della montagna*, Milano, 1966; C. Desideri , *I territori montani tra Stato e regione*, in *Economia pubblica*, 1975, 10 ss. Id., *Montagna (legislazione e amministrazione)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1976, vol. XXVI, 878 ss.; F. Merloni, *Montagna*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990; si veda anche S. Rodotà, commento all'*Art. 44 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1982, 298 ss.; F. Angelini, *Art. 44*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Torino, 2006, 902 ss..

non è minore di 600 metri, sempre che il reddito imponibile medio per ettaro censito, risultante dalla somma del reddito dominicale e del redito agrario, non superi le lire 2400».

Con tali basi, come concepire l'uguaglianza con riferimento al territorio senza perderne o stravolgerne il significato? In generale, il luogo fisico dove si trovi il cittadino è irrilevante e la relazione astratta tra spazio e uguaglianza non sembra presentare profili di interesse, in quanto le condizioni che il testo della Costituzione preserva da discriminazioni non mutano se la persona si sposta fisicamente e nemmeno se stabilmente risiede in luoghi differenti.

Eppure, secondo un diverso profilo, le opportunità di cui godono i cittadini residenti in diverse parti del territorio nazionale e le attività che svolgono non sono le medesime. Il riferimento non è soltanto al buon senso, tale per cui è evidente a tutti che esiste un centro e una periferia, luoghi frequentati e luoghi isolati, che vivere in città è indubbiamente diverso che vivere in isolati comuni di montagna. È diverso vivere, è diverso accedere ai servizi, è diverso lavorare. Il punto, si diceva, non è solo di buon senso, ma misurabile attraverso studi che, partendo da dati statistici, mettono in chiara luce le differenze che si presentano in termini di infrastrutture, accessibilità, economia e ambiente rispetto alle aree non montane[5].

In terzo luogo, semplificando i termini di un ragionamento che indubbiamente merita più spazio, è la stessa Costituzione a stabilire che «la legge dispone provvedimenti a favore delle zone montane» (art. 44, co. 2° Cost.) e che, di conseguenza, la condizione naturale della montagna merita il *favor* del legislatore.

### 3. Una ricognizione della giurisprudenza costituzionale

Tra le decisioni della Corte costituzionale che si ritengono significative si annovera la sentenza 11/2007.

Oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, sollevato in via incidentale, è la norma (d.l. 97/2004)[6] che prevede il raddoppio del punteggio valido ai fini della graduatoria per gli insegnanti che prestano servizio in scuole di ogni ordine e grado nei comuni di montagna. Il parametro invocato

[5] Oltre al già citato Atlante Istat si veda, ad esempio, il Rapporto Montagne Italia stilato dalla FMI Fondazione Montagne Italia (ente fondato da Uncem e Federbim) del 2015.

[6] Nello specifico il paragrafo B.3), lettera *h*), della tabella, prevista dall'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97 e allegata al medesimo decreto (Disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2004-2005, nonché in materia di esami di Stato e di Università), convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143, nonché dell'articolo 8-*nonies*, commi 1 e 2, del decreto-legge 28 maggio 2004, n. 136 (Disposizioni urgenti per garantire la funzionalità di taluni settori della pubblica amministrazione), convertito con modificazioni, dalla legge 27 luglio 2004, n. 186, in relazione

sono gli artt. 3, 24, 28, 97 e 113 della Costituzione, ma, come si vedrà, è proprio l'art. 3 ad essere decisivo.

I punti dibattuti sono molteplici. La norma impugnata introduceva tale meccanismo premiale in favore dell'insegnamento prestato in tutte le scuole di ogni ordine e grado «situate nei comuni di montagna […] di cui almeno una sede è collocata in località situata sopra i 600 metri dal livello del mare». La disciplina previgente, invece, prevedeva che la «speciale valutazione del servizio prestato in scuole di montagna» fosse attribuita, ai sensi dell'art. 3, co. 2, l. 90/1957, in ragione del particolare servizio reso dai docenti negli istituti situati nelle zone di montagna (nonché nelle piccole isole e negli istituti penitenziari) in quanto impegnati nel contemporaneo insegnamento ad alunni della scuola primaria appartenenti a classi diverse (cosiddetto insegnamento pluriclasse), in comuni individuati dalla legge secondo criteri combinati di ordine altimetrico, territoriale e reddituale.

Il successivo d.l. 136/2004 aveva fornito l'interpretazione autentica della norma del 2004, secondo cui il raddoppio del punteggio veniva attribuito al servizio prestato esclusivamente nella sede scolastica ubicata in Comune classificato come di montagna situata al di sopra dei seicento metri (e non anche a quello prestato in altre sedi diverse della stessa scuola)[7].

Dunque, il raddoppio del punteggio era stato attribuito agli insegnanti dopo la scelta delle sedi, e il giudice rimettente non aveva tardato a censurare la norma in merito alla rilevanza della questione, dato che i singoli insegnanti avevano visto modificare la propria posizione in graduatoria senza aver compiuto la scelta consapevole di accettare o non accettare l'incarico in un tale Comune o in una tale sede della medesima scuola.

Prima di seguire le argomentazioni che conducono alla decisione del caso è necessario ribadire che il legislatore aveva scelto di premiare in modo significativo (con il raddoppio dei punti accumulati per l'anno di insegnamento) coloro che accettavano di svolgere l'attività di insegnante nelle scuole di montagna, nella convinzione di incentivare un comportamento altrimenti evitato. Un premio che nel 1957 era collegato alla difficoltà aggiuntiva di insegnare a classi composte da pochi alunni di età diverse e che nel 2004 diventa legato all'altitudine, a quei 600 metri di quota stabiliti dalla legge.

La Corte, nella decisione in esame, ritiene[8] che «il riconoscimento del meccanismo premiale sulla base del solo criterio altimetrico contrasta con gli artt. 3 e 97 Cost.» perché, ricorda la Corte, già in altri casi è stato ritenuto «inidoneo il solo criterio altimetrico, definito come "casuale", per l'attribu-

[7] E, ulteriormente, con effetto retroattivo dall'anno scolastico 2003-2004 (art. 8-*nonies*).

[8] Il profilo (pur importante nella decisione) della retroattività citato alla nota che precede viene risolto con un riferimento alla giurisprudenza della Corte e con il ribadire che il collocamento in graduatoria è "mera aspettativa".

zione di benefici»[9]. Anche nel caso del raddoppio del punteggio ai fini della graduatoria, il criterio altimetrico «non basta per differenziare la posizione di chi insegna in scuole di montagna rispetto alla generalità degli insegnanti: il mero dato orografico non è in grado, se non ancorato alle condizioni dell'insegnamento, di fondare un diverso criterio di valutazione dei titoli di servizio». Per conseguenza, la Corte dichiara l'incostituzionalità della norma impugnata della «nella parte in cui, con riferimento ai comuni di montagna, non limita l'attribuzione del doppio punteggio alle scuole pluriclasse».

Non l'altitudine, ma il diverso impegno richiesto all'insegnante è la condizione di disuguaglianza che giustifica l'attribuzione del meccanismo premiale.

Un caso diverso è quello del pagamento dei contributi unificati in agricoltura: in particolare, la legge esentava dal contributo i terreni posti ad un altitudine superiore ai 700 metri sul livello del mare.

Con la sentenza 370/85 la Corte valuta la legittimità costituzionale della l. 991/1952[10] avendo a parametro proprio gli artt. 3 e 44, co. 2°, Cost. Il punto fondamentale era proprio la quota altimetrica citata quale criterio oggettivo di differenziazione per la concessione dei benefici.

La Corte osserva con lucidità quanto segue: «non può infatti negarsi che sia intimamente contraddittorio, da un lato tener conto del "reddito imponibile... che non superi le lire 2400" (art. 1, legge n. 657 del 1957), della "povertà dei territori", del loro "degradamento fisico" e "grave dissesto economico" (artt. 4 e 14, legge n. 991 del 1952), delle "condizioni di disagio derivanti dall'ambiente montano", del "grado di dissesto idrogeologico", delle "condizioni economico-sociali", delle "aree depresse" (artt. 2 e 5, legge n. 1102 del 1971) ai fini del riconoscimento di tutte le numerose provvidenze ed agevolazioni previste dalla legislazione in materia di territori montani (artt. da 2 a 8 della l. n. 991 del 1952 e l. n. 1102 del 1971) e, dall'altro, negare a quegli elementi ogni rilevanza, allorché un territorio, pur montano, sia sito ad un'altitudine inferiore ai 700 metri».

Le espressioni che utilizza la decisione sono formulazioni diverse, tratte dalla legge, della "diversità" della montagna. In questo caso, è una differenza per sottrazione, che mette in luce i limiti naturali di un territorio che non si presenta facile alle coltivazioni. Come rileva il giudice delle leggi, a fronte di tali problemi la fissazione di un criterio univoco non può essere significativo ed eventuali differenziazioni possono essere stabilite «a patto di non fare applicazione del solo criterio altimetrico». Ne consegue che la sentenza è di accoglimento e «le disposizioni denunciate vanno dunque dichiarate costitu-

[9] Sono citate le sentt. 370/1985 e 254/1989 ed è quest'ultima a riferirsi al criterio altimetrico come "casuale" nel richiamare la decisione del 1985.

[10] Secondo la dizione della sentenza: artt. 8, seconda parte, della legge 25 luglio 1952, n. 991, e 7 della legge 28 febbraio 1978, n. 41 (*rectius*: art. 7 del d.l. 23 dicembre 1977, n. 942, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. n. 41 del 1978).

zionalmente illegittime per violazione dell'art. 3 Cost., rimanendo assorbite le censure mosse in riferimento all'art. 44, secondo comma, Cost.». Tra la norma a tutela della montagna e il principio di uguaglianza è quest'ultimo ad assorbire l'altro. Come si vede, il principio di uguaglianza ha avuto modo di operare senza che venissero all'attenzione i singoli. È ovvio che ad ogni attività economica corrisponde l'impegno lavorativo di persone fisiche, ma il legislatore aveva posto una differenziazione altimetrica relativa ai terreni e la Corte ha fatto applicazione dell'art. 3 Cost. in relazione a tale criterio del tutto impersonale.

Il giudice delle leggi ha occasione di ritornare sul punto con la sent. 354/92[11], che decide una questione sollevata in via incidentale su una norma[12] nella parte in cui non prevedeva che i terreni agricoli compresi nelle zone considerate svantaggiate fossero sottoposti alla stessa disciplina prevista per i terreni montani, quanto all'esenzione dal pagamento dei contributi agricoli unificati.

Il tribunale rimettente ha sviluppato, in un certo senso, in modo autonomo il ragionamento sopra presentato: se il criterio altimetrico non è decisivo, allora potrebbe non essere decisivo nemmeno la collocazione dei terreni in montagna. «Se difatti l'esenzione dal pagamento dei contributi unificati in agricoltura per i terreni compresi in territori montani non può essere ragionevolmente collegata alla mera ed esclusiva circostanza [di essere collocati a 700 metri d'altitudine], tuttavia la corresponsione e l'ammontare dei contributi possono essere variamente regolati nel contesto di agevolazioni distinte, che tengano conto delle diverse cause e delle caratteristiche specifiche di depressione». In altri termini, l'incostituzionalità del limite dei 700 metri non significa equiparazione di terreni posti in contesti diversi: «il sistema di interventi per le zone agricole svantaggiate riveste aspetti distintivi di originale connotazione, rientrante in un *unicum* normativo sufficientemente razionale per gli effetti che ne derivano, senza che possano su di esso, pertanto, automaticamente incidere differenti principi che propriamente attengono, invece, ai terreni montani». Da ciò discende, ai fini della decisione, l'infondatezza della questione, anche rispetto all'art. 11 Cost. e alla disciplina comunitaria che paragona zone di montagna e zone svantaggiate ma che «ha finalità specifiche, proprie garanzie procedurali, tipiche previsioni di aiuto all'agricoltura in zone, le cui caratteristiche essa stessa definisce e che non sono necessariamente coincidenti con i territori montani».

Seguitando nella casistica, si può trovare un esempio di come il territorio di montagna non offra soltanto svantaggi. Ne sia dimostrazione il caso oggetto di una risalente decisione della Corte costituzionale, la sent. 38/1965.

[11] Nonché, in senso conforme, si veda anche la sent. 254/89.

[12] Art. 13 del decreto-legge 29 luglio 1981, n.402, convertito nella legge 26 settembre 1981, n. 537.

In tale occasione, il giudice *a quo* deduceva la disparità di trattamento tra i concessionari dei bacini di pianura e quelli dei bacini montani in tema di produzione di energia idroelettrica, avendo a parametro l'art. 3 Cost. Nello specifico, era oggetto del giudizio la norma[13] sul sovracanone, in quanto la misura di questo «fissata dalla legge non sarebbe commisurata alla capacità contributiva del concessionario, né all'importanza della concessione, né alle esigenze dei Comuni montani, che ne sono i beneficiari» e la disuguaglianza «sarebbe illegittima perché fondata sul presupposto che essi [i concessionari] si trovino in condizioni obbiettive diverse, mentre la condizione dei due gruppi di concessionari rispetto ai Comuni montani sarebbe identica».

La Corte decise per l'infondatezza della questione, sostenendo che «il legislatore ha ritenuto di dovere approntare un corpo di norme a favore dei territori montani, ispirandosi ad uno scopo di pubblico generale interesse in armonia con una norma della Costituzione, contenuta nell'art. 44, secondo comma». In questo caso, «non sono sindacabili, sotto l'aspetto della violazione del principio di eguaglianza, i criteri in base ai quali la misura del sovracanone è stata stabilita ed i criteri in base ai quali il provento deve essere impiegato, […] non riscontrandosi alcun eccesso nell'esercizio del potere discrezionale del legislatore, il quale ha ragionevolmente posto a carico dei concessionari dei bacini montani un concorso per l'approntamento degli aiuti da portare alle popolazioni di quei territori dalle cui risorse i concessionari traggono beneficio».

È interessante notare come in questo caso la Corte riconosca – ed appoggi – la *ratio* della norma come fondata su un vantaggio del territorio di montagna. Ciò è significativo in quanto sarebbe pregiudiziale pensare alla montagna solo per differenza rispetto alla pianura e in senso univoco di difficoltà, come luogo difficile ed ostile[14]. La montagna è anche territorio di risorse e il caso dei bacini imbriferi montani, della produzione di energia idroelettrica, pulita e rinnovabile, ne è un esempio.

Osserva la sentenza 38/1965 che «la legge ha conferito ai Comuni montani un diritto nei confronti di tutti coloro che, qualunque fosse la loro situazione rispetto allo Stato, ritraevano una utilità dalla montagna, trasformandola in ricchezza nelle zone di pianura, senza che alle popolazioni della montagna ne risultasse un apprezzabile beneficio. Non è, pertanto, illegittimo che il legislatore abbia accordato qualche compenso a favore di quelle popolazioni e che, a tal fine, non abbia fatto discriminazioni fra i concessionari».

È appena il caso di notare che in questo caso è la *non* discriminazione ad essere oggetto di discussione (nell'ottica del giudizio di costituzionalità).

[13] Art. 1 l. 27 dicembre 1953, n. 959 e art. 1 l. 30 dicembre 1959, n. 1254.

[14] Cfr. E. Borghi, *Quali montagne? Dallo stereotipo della montagna alla governance per i sistemi locali montani*, in AA. VV. (a cura di P. Messina e A. Marella), *Eco dai monti. Politiche per le aree montane a confronto*, Quaderni dell'Associazione Master, n. 2/2006, Padova, 2006, 21 ss.

Un ulteriore tema di interesse è quello della concorrenza, che merita alcune specificazioni a livello teorico in quanto relativo alle opportunità per le imprese sul mercato, che è argomento assorbente se analizzato in sé stesso ma che nasconde un profilo sostanziale non distante dall'uguaglianza seppur su un piano diverso, poiché le condizioni personali e sociali delle persone sono influenzate dalle opportunità di lavoro, le quali a loro volta sono influenzate dalla concorrenza e dal mercato. Sviluppare l'argomento porta lontano, ma per rammentare la contiguità dei temi basti ricordare che il secondo comma dell'art. 3 Cost. cita non solo i cittadini ma anche i "lavoratori", anzi nella costruzione della frase la parola cittadini è contenuta in un inciso e il compito della Repubblica è «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che […] impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

Un caso concreto, sia pure di applicazione limitata alla sola Regione Veneto è offerto dalla sent. 274/2012, avente ad oggetto una norma regionale[15] che prevede una deroga «al regime di incompatibilità tra lo svolgimento di attività funebre e la gestione del servizio cimiteriale e del servizio obitoriale» nei comuni ricompresi nei territori classificati montani ai sensi della legge regionale, o per loro associazioni, con popolazione complessiva inferiore a cinquemila abitanti. Dunque non un mero criterio altimetrico, ma una valutazione articolata, che non trova applicazione automatica ma prevede una specifica deliberazione comunale da comunicare alla Regione.

La questione è sollevata in via principale e secondo il governo ricorrente tali disposizioni «esorbiterebbero dalla competenza legislativa regionale, incidendo su quella esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza» nonché «l'abolizione – per una consistente parte dei Comuni della Regione Veneto[16] – delle incompatibilità stabilite dalla precedente legge regionale tra l'esercizio dell'attività funebre, da un lato, e la gestione del servizio obitoriale e cimiteriale, dall'altro, consentirebbe una commistione tra queste attività lesiva della concorrenza».

Da un lato è chiaro che «la presenza di una società di onoranze funebri all'interno di strutture ospedaliere sia suscettibile di determinare, a favore della stessa, una situazione di indebito vantaggio»[17], dall'altro lato la Corte ritiene decisivo che «le norme ritenute dal ricorrente pro-concorrenziali e sulle quali incidono quelle impugnate, sono state emanate dalla stessa Regio-

[15] Art. 5-*bis* (rubricato «Deroghe per i comuni montani») della l.r. 4 marzo 2010, n. 18 (Norme in materia funeraria).

[16] Tale inciso fa notare come il ricorrente sia consapevole – e in questo caso preoccupato – della morfologia del territorio.

[17] Il ricorrente, e la Corte, richiamano la segnalazione AS392 del 23 maggio 2007 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

ne». Dunque la questione è infondata, ma l'osservazione sulla competenza non è decisiva. Argomenta la Corte, anche in relazione al diritto dell'UE, che in tema di concorrenza in «territori svantaggiati come quelli montani» la gestione non può essere sempre concepita «secondo una logica meramente commerciale».

Basti, ai nostri fini, ispirarsi alla Costituzione italiana, al principio lavoristico e a quell'interpretazione del principio di uguaglianza sostanziale accennata sopra che fa perno sui lavoratori e concludere che il modello della concorrenza non è un'astrazione teorica ma un elemento concreto che deve confrontarsi, tra le altre cose, anche con la natura del territorio sul quale operano le imprese.

L'ultimo caso che si prende in considerazione riguarda l'esercizio delle professioni in relazione alla concorrenza e alla libertà di circolazione delle persone e dei servizi, cardini del diritto dell'Unione europea.

La sentenza 311/2013 decide su un ricorso in via principale del governo contro una norma della Provincia autonoma di Bolzano[18] in materia di ordinamento delle professioni turistiche. La competenza in merito è affidata senza dubbio dallo statuto alla Provincia autonoma ma le disposizioni impugnate presenterebbero «profili di impatto anticoncorrenziale» in contrasto con la competenza legislativa statale in materia e porrebbero «ingiustificati ostacoli alla libera circolazione delle persone e dei servizi».

Il punto è l'asserita maggiore difficoltà per persone residenti al di fuori della Provincia autonoma di svolgere la professione di guida «nella misura in cui imporrebbero alle guide turistiche già abilitate in altre Regioni o nella Provincia autonoma di Trento, di superare un altro esame di abilitazione» e nella misura in cui esonerano dall'obbligo dell'abilitazione soggetti presenti e radicati sul territorio.

Il punto è di estremo interesse ma la Corte ritiene decisivo un difetto di argomentazione del ricorso governativo e ritiene la questione inammissibile senza entrare nel merito, lasciando, per quanto qui attiene, la questione sostanziale impregiudicata.

## 4. Conclusioni

La breve rassegna dimostra come l'approccio della Corte costituzionale al tema della disuguaglianza declinato sul territorio sia tecnico ed esente da qualsiasi tentativo di semplificazione.

Il giudice delle leggi chiarisce che un approccio altimetrico alla disuguaglianza non è giustificato (sent. 11/2007, 370/1985, 254/89 e 354/92). Tutta-

[18] Artt. 3, comma 1, lettera b), 7, comma 1, lettere d) ed e), e 13, comma 2, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 5 dicembre 2012, n. 21 (Disciplina di professioni turistiche).

via, se è impossibile stabilire quale sia la quota altimetrica esatta oltre la quale inizia la specificità della montagna, non è nemmeno possibile annullare il criterio d'altitudine ed estendere ad ogni zona svantaggiata un trattamento di favore (sent. 354/92). Ciò ancor più giustificato se si considera che la montagna è anche luogo di opportunità e risorse (sent. 38/1965) e non solo zona svantaggiata. Il punto più critico della ricostruzione si mostra al momento di valutare le condizioni di lavoro. Il caso del raddoppio del punteggio agli insegnanti delle scuole pluriclasse (sent. 11/2007) dei servizi funerari (274/12) e quello – impregiudicato nei contenuti – delle guide (311/2013) dimostrano che un trattamento differenziato è possibile, ma che pare rimesso alla sensibilità del legislatore nonché alla qualità della norma.

È qui che emerge più chiaro il rapporto tra l'art. 3 e l'art. 44, co. 2° Cost.: nei casi commentati, si riscontra una sinergia tra le due norme. Nel caso in cui esse sono state invocate come parametro per il giudizio di costituzionalità (sent. 370/1985), la decisione sul principio di uguaglianza ha assorbito le considerazioni sulla norma a tutela della montagna, ma il parametro invocato non ne esaurisce la dialettica, se non, ovviamente, ai fini interni della decisione. Lo schema fondamentale è quello secondo cui l'art. 44, co. 2° Cost. è la base giuridica su cui si fonda la scelta del legislatore (es. di rigetto sent. 274/12, di accoglimento 11/2007[19]) e l'art. 3 Cost. il parametro con cui la Corte costituzionale giudica la ragionevolezza della scelta operata.

In conclusione, dunque, le commentate decisioni della Corte costituzionale dimostrano che esiste un rapporto tra principio di uguaglianza e territorio che ha una propria autonomia concettuale, la quale attraversa il prisma della ragionevolezza della legge e costituisce una declinazione non trascurabile della fondamentale norma di cui all'art. 3 Cost. La montagna, in particolare, si dimostra un ambito di particolare interesse per tale analisi, aperta ad ulteriori spunti d'approfondimento.

[19] Si noti che in quest'ultima non è invocato come parametro nel giudizio, anche se è facile argomentare che sia parte della base costituzionale della norma impugnata. La motivazione è semplice: non è utile – anzi è controproducente – per il giudice rimettente che dubita del trattamento di favore voluto dal legislatore per gli insegnanti nelle scuole di montagna invocare la norma che giustifica *tout court* un trattamento di favore per le zone di montagna.

# QUALE MERITO?

Lucilla Conte

Le relazioni della I sessione hanno ben evidenziato come il concetto di merito sia centrale ed entrambe, con accenti diversi, sottolineano la pericolosità insita nella valorizzazione di un concetto di merito che potremmo definire oggettivo o assoluto.

Si ritiene, infatti, che un simile approccio potrebbe determinare un decisivo scostamento dal progetto costituzionale di promozione della persona umana e di realizzazione del principio di eguaglianza sul piano sostanziale assicurando, in particolare, gli studi superiori solo ai soggetti migliori, ossia a quelli che si fossero dimostrati tali «all'esito della libera (e darwiniana) competizione con gli altri»[1].

In questa sede ci si chiede se l'interpretazione del concetto di merito di cui all'articolo 34, comma 2 Cost. nel senso del merito assoluto/oggettivo possa davvero ritenersi incompatibile con l'impianto complessivo della Costituzione.

La qualificazione del concetto di merito (nelle sue varie declinazioni) risulta funzionale all'individuazione di un criterio in qualche misura distributivo di un livello tollerabile di dis-eguaglianza nell'accesso al diritto allo studio universitario e si ricollega a quella che è stata definita dal legislatore come la programmazione cultural-professionale dell'attività formativa[2].

Quest'ultima espressione, così poco attraente e involuta dal punto di vista della sua formulazione linguistica, esprime un intento non di secondario rilievo, consistente nella creazione di presupposti volti a garantire una più efficace allocazione delle risorse destinate a garantire un diritto – quale è quello allo studio – che richiede una prestazione positiva da parte dello Stato.

La domanda che ci si pone è dunque se la definizione del concetto di merito possa unicamente ritenersi rivolta a non interferire con l'obiettivo primario della promozione sociale attraverso i due livelli di istruzione primaria e studi superiori, oppure possa essere letta, oltre che attraverso la lente del principio personalista, anche attraverso quella (ci si auspica, non eccessivamente "deformante") delle obiettive esigenze di programmazione cultural-professionale, funzionali a definire un collegamento tra istruzione, studio e formazione da un lato e mercato del lavoro dall'altro.

[1] F. Grandi, *L'accesso ai più alti gradi dell'istruzione (Il diritto allo studio attraverso la lente del principio personalista)*, in questo volume.

[2] L'art. 3, comma 1, lettera a) della l. n. 264/1999 (Norme in materia di accessi ai corsi universitari) si riferisce, in particolare, al «fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo».

Il concetto che qui definiamo di merito "assoluto", oggettivamente valutabile secondo criteri standardizzati viene rifiutato in quanto veicolerebbe, da un lato, un'idea aristocratica di cultura, dall'altro gli orientamenti dei gruppi dominanti, del ceto culturale egemonico.

Alla luce di questa ricostruzione, viene prospettato come maggiormente desiderabile e coerente con il progetto costituzionale un concetto di merito che potremmo definire "relativo", che tenga conto di variabili ulteriori, soggettive, quali attitudine e profitto individuali, esaminate in prospettiva diacronica e non attraverso il filtro di una valutazione unicamente in entrata (come invece accade per i test d'ingresso universitari)[3].

Rispetto alla prospettiva ora delineata, ci si domanda se sia possibile proporre una definizione del concetto di merito oggettivo "temperato", che non risponda ad una selezione secondo criteri naturalistici e "darwinani" nella loro brutale applicazione, ma che neppure risulti influenzato da un eccessivo relativismo che – allo stesso modo- metterebbe in pericolo quello che è la funzione sottesa al merito: il suo essere strumento al servizio di una effettiva promozione sociale.

Come è noto, la Costituzione ha previsto due livelli di intervento, riconoscendo due distinti diritti: il diritto ad un'istruzione di base (obbligatoria, gratuita, aperta a tutti) e il diritto allo studio con accesso ai più alti gradi dell'istruzione (facoltativo e garantito ai capaci e meritevoli anche se privi di mezzi).

Il criterio che orienta la predisposizione di garanzie a queste due tipologie di diritti è diverso: nel primo caso è la somministrazione universale e obbli-

[3] Cfr., sul punto, le considerazioni espresse da Togliatti con riferimento «agli esami di Stato per l'ammissione e per la conclusione di qualsiasi ordine e grado di scuole» e al rischio che «mancando quell'indirizzo complessivo di modernità che deve venire dai programmi, lo stesso studente cada nel cosiddetto nozionismo, cioè nell'appiccicatura mnemonica di notizie particolari, le più diverse». La domanda (cruciale) che viene posta è la seguente: «Come fa un esaminatore che non ha mai visto quel giovane e non sa nulla delle sue capacità e possibilità, a farsene un giudizio esatto (…)? Mi sembra che anche chi non è approfondito negli studi di pedagogia debba concludere, alla fine, che se qualcuno è in grado di dare un giudizio complessivo sulla preparazione e maturità di un giovane, questi è prima di tutto il professore che lo ha coscienziosamente seguito nel corso di alcuni anni e guidato nel suo sviluppo», P. Togliatti, *Gli esami di Stato*, in *Rinascita*, a. XIX, n. 14, 4 agosto 1962, ora in L. Gruppi (a cura di), *La politica culturale*, Editori Riuniti, Roma, 1974, 295. In senso contrario, cfr. i risultati di uno studio americano sulla scuola primaria condotto negli stessi anni, che rilevano (in modo a dire il vero piuttosto radicale) come la riforma della scuola non possa avere alcuna influenza significativa sul grado di dis-eguaglianza fra gli adulti. E questo sulla base della considerazione per cui: «È vero che le scuole hanno un *input* e un *output* e che uno dei loro obiettivi è prendere della "materia prima" umana (cioè i bambini) e di trasformarla in qualcosa di più "utile" (cioè adulti da impiegare). Tuttavia la nostra ricerca indica che la natura di ciò che una scuola produce dipende largamente da un solo "fattore produttivo": le caratteristiche dei bambini che vi entrano», M. J. Bane, C. Jencks, *La scuola e l'eguaglianza delle opportunità*, in M. Barbagli (a cura di), *Istruzione, legittimazione e conflitto*, Il Mulino, Bologna, 1972, 343.

gatoria del sapere; nel secondo caso è la selezione dei soggetti capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, ai fini dell'accesso ai più alti gradi degli studi.

L'obiettivo è, d'altro canto, comune e consiste nell'attuazione del principio di eguaglianza formale e sostanziale. Le condizioni personali e sociali rilevano sempre e non risultano mai messe in discussione: se tuttavia, nel caso del diritto all'istruzione, risultano "indifferenti" (esso deve essere comunque garantito, data la sua obbligatorietà), nel caso del diritto allo studio costituiscono gli elementi per l'attivazione di un meccanismo selettivo dei soggetti capaci e meritevoli.

È stato sottolineato come «l'applicazione del principio di eguaglianza sostanziale non potrebbe condurre altrove: la preoccupazione è quella di garantire le condizioni di esercizio del diritto di istruzione, malgrado gli ostacoli di carattere economico. L'indicazione che ne consegue è per un'interpretazione né paternalistica, né ideologica della norma. I *poveri capaci e meritevoli* vanno, perciò, trattati diversamente dai *ricchi capaci e meritevoli* mentre i poveri *non* capaci e meritevoli vanno trattati come i ricchi *non* capaci e meritevoli»[4].

Sulla base di questa lettura, non pare che l'interpretazione dell'espressione "capaci e meritevoli" (anche se privi di mezzi) nel senso del merito assoluto/oggettivo possa mettere in ombra il principio personalista e l'effettiva realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale.

Tali principi, infatti, più che nelle prospettiva del riconoscimento del merito unicamente in senso relativo/soggettivo, trovano la loro compiuta realizzazione nella varietà di opzioni prospettate dal Costituente per concorrere, con attività e funzioni, al progresso materiale e spirituale della società.

Esiste infatti un *continuum* tra istruzione e formazione professionale, coerente con lo sviluppo dell'integrazione europea e la circolazione dei lavoratori che non può non incidere anche «sul versante interno dei rapporti tra istituzioni deputate alla formazione richiedendo e implicando sinergie e volontà di cooperazione»[5].

[4] A. Poggi, *Il diritto allo studio fra Stato, Regioni e autonomie nel dettato costituzionale e nell'evoluzione normativa*, in E. Genta (a cura di), *Il diritto allo studio universitario. Radici e prospettive*, L'Artistica Editrice, Cuneo, 2003, 32-33 (corsivo testuale). L'A. rinvia inoltre, con riferimento all'identificazione dei requisiti di capacità e meritevolezza, al dibattito e alle riflessioni maturate in sede di Assemblea costituente e all'esigenza che l'attitudine e predisposizione intellettuale (capacità) debba essere necessariamente accompagnata dal profitto, dal lavoro, attraverso un costante impegno.

[5] A. Poggi, *Il diritto allo studio*, *cit.*, 42-43. Cfr., in senso critico, G. Coinu, *Per un diritto costituzionale all'istruzione adeguata*, Jovene, Napoli, 2012, 236, che censura la crescente affermazione di «politiche scolastiche caratterizzate dall'ossessione del perseguimento di una maggiore efficienza, intesa nel significato globale di capacità di produrre competenze giudicate necessarie sia per migliorare la competitività in campo internazionale che per rispondere alle esigenze del mercato del lavoro».

Questa esigenza era peraltro avvertita anche in tempi più risalenti, con l'individuazione, quale obiettivo prioritario, di un raccordo stretto tra l'istruzione secondaria superiore e il sistema di istruzione professionale. Quest'ultimo avrebbe dovuto coprire esclusivamente la formazione professionale fornendo gli elementi per acquisire la specializzazione richiesta e integrandosi con i vari livelli della scuola superiore (garantendo il recupero della scolarità e l'educazione permanente)[6].

La Costituzione, come è noto, collega l'obiettivo del concorso al progresso materiale e spirituale della società al lavoro (articolo 4, comma 2, Cost.). Quest'ultimo non è soltanto il diritto riconosciuto a tutti i cittadini dalla Repubblica (articolo 4, comma 1, Cost.): ad esso si associa il dovere di implementare (attraverso il lavoro, inteso come attività o funzione) lo sviluppo della società.

Se accogliamo una definizione di lavoro in senso ampio, inteso come "lavoro politico", vale a dire come partecipazione consapevole alla edificazione e trasformazione delle basi sociali dello Stato[7], siamo per ciò stesso chiamati a rifiutare un'idea – questa sì - riduttiva e aristocratica di cultura, che si esprima unicamente attraverso la selezione (sia attraverso il filtro del merito assoluto/oggettivo, sia attraverso quello del merito relativo/soggettivo) dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, nell'accesso ai più alti gradi degli studi.

Delimitato questo insieme (quello dei capaci e meritevoli che, anche se privi di mezzi, hanno il diritto di accedere ai più alti gradi degli studi), coloro che non vi rientrano non sono messi ai margini del progetto costituente di concorso al progresso della società.

Esso, come precisato in Costituzione, è sia spirituale che materiale: si esprime non soltanto nello studio ma anche attraverso il lavoro e i percorsi di formazione professionale ad esso collegati.

Questi ultimi sono valorizzati, nel progetto costituente, al pari del diritto all'istruzione e allo studio: l'articolo 35, comma 2, Cost. fonda l'impegno della Repubblica nel curare la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori.

Esiste dunque un progetto unitario, individuabile nelle sue premesse direttamente nella trama del testo costituzionale, dal quale nessuno dovrebbe sentirsi escluso e a cui, al contrario, ciascuno è chiamato a contribuire secondo le proprie attitudini e capacità.

L'universalismo del diritto all'istruzione e la selettività del diritto allo studio (anche quando operata secondo il criterio del merito assoluto/oggettivo) sono principi che governano un sistema di integrazione tra istruzione,

[6] G. Franchi, *Scuola, formazione e crisi economica*, Feltrinelli, Milano, 1976, 91.

[7] Così M. Cavino, *Il lavoro politico come fondamento della Repubblica*, in M. Cavino, I. Massa Pinto, *Costituzione e lavoro oggi*, Il Mulino, Bologna, 2013, 23 ss.

formazione professionale e lavoro che non dovrebbe prevedere, nelle sue premesse, né marginalizzazioni né darwiniane e brutali competizioni.

Sulla base di questa impostazione, risultano tollerabili sia il concetto di merito oggettivo/assoluto, sia l'obiettivo della realizzazione di una programmazione cultural-professionale dell'attività formativa.

È proprio la tematica dei profili qualitativi dell'offerta formativa in tutta la sua complessità, a prescindere da logiche competitive e di selezione "in entrata", che dovrebbe acquisire un rilievo crescente all'interno del più generale dibattito sullo sviluppo economico.

Già oltre trent'anni fa si sottolineava l'opportunità di un sistema di formazione «non più limitato alla sola scuola (più in particolare alla sola formazione per i giovani), ma come risultato – somma e insieme sintesi – di tutte le funzioni formative: la scuola per i giovani; la formazione professionale, come momento "a ponte" tra le esigenze di prima qualificazione dei giovani e di riqualificazione e aggiornamento dei lavoratori già occupati; l'educazione permanente e il recupero della scolarità per gli "adulti"»[8].

La proposta dell'utilizzo del criterio del merito assoluto/oggettivo lascia intatto quello che è stato definito come il «limite dell'istruzione adeguata»[9] che deve orientare il legislatore nell'adozione di politiche scolastiche rispettose dei principi di universalismo ed eguaglianza che caratterizzano il diritto all'istruzione come elemento di promozione sociale e discontinuità rispetto alla provenienza sociale e culturale[10]. Essa non può prescindere da un percorso scolastico comune, intrapreso in «sedi comuni di coesistenza, di "confronto comunicativo", di trasmissioni di valori e confronto tra di essi in un contesto di libertà per docenti e discenti»[11].

Il criterio del merito, interpretato in senso oggettivo e nella pienezza dei suoi effetti selettivi, permette di superare la logica binaria che presiede l'articolo 34 della Costituzione (che si snoda tra universalismo del diritto all'istruzione e selettività del diritto allo studio), valorizzando il richiamo, anch'esso presente nella Carta fondamentale (art. 35, comma 2), alla formazione professionale come elemento di promozione sociale: non secondario rispetto all'accesso ai più alti gradi degli studi, non residuale né recessivo, ma da interpretarsi anch'esso alla luce del principio personalista e con effettiva applicazione del principio di eguaglianza.

[8] A. Margheri, *Prefazione* a G. Franchi, *Scuola, formazione e crisi economica*, *cit.*, 9.

[9] G. Coinu, *Per un diritto costituzionale all'istruzione adeguata*, *cit.*, 238.

[10] Risulta evidente, inoltre, come il criterio che qui si definisce del merito oggettivo e assoluto debba risultare temperato con riferimento a casi in cui la condizione soggettiva richieda interventi di sostegno mirati, come precisato dalla Corte costituzionale con riferimento agli studenti diversamente abili (Corte cost., sentenza n. 80/2010).

[11] Così S. Sicardi, *La scuola pubblica nel contesto costituzionale*, in *Notiziario Giuridico Regionale*, n. 1, 1996, 31-32.

# DIS-UGUAGLIANZA E CONCORRENZA: LA PROSPETTIVA DELLA SUSSIDIARIETÀ *ECONOMICA*

Bruno Di Giacomo Russo

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il principio di concorrenza ed il mercato. – 3. La Costituzione economica e la sussidiarietà. – 4. Il principio di concorrenza tra Stato e Regioni. – 5. La sussidiarietà orizzontale e la Pubblica Amministrazione. – 6. La concorrenza *pubblica*. – 7. Concorrenza e uguaglianza. – 8. La sussidiarietà *economica*. – 9. In prospettiva.

## 1. Premessa

In questo contributo, partendo dalla relazione di base, dalla discussione, e dall'approfondimento, si intende mettere in rilievo il rapporto tra i principi costituzionali che disciplinano il funzionamento del mercato contemperando adeguatamente le libertà individuali l'equità sociale.

Il conflitto tra efficienza ed equità nell'ambito dell'economia di mercato, che assume sempre più rilievo al progressivo sviluppo della società, o meglio di una sola parte di essa[1], viene contestualizzato nell'ambito dello Stato costituzionale, quale forma giuridica della democrazia pluralista[2].

Nelle attuali e generali riflessioni, il tema di grande attualità è il rapporto tra lo Stato e il mercato, così come nell'esperienza dei sistemi giuridici ed economici contemporanei soprattutto, per quanto riguarda il sistema italiano, anche rispetto a quello europeo.

## 2. Il principio di concorrenza ed il mercato

La Comunità economica europea nasce nel 1957 con il compito di promuovere, istituendo il mercato comune, il graduale riavvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, lo sviluppo armonioso delle attività economiche, l'espansione continua ed equilibrata, la stabilità accresciu-

[1] Tale considerazione viene ben sviluppata in J. E. Stiglizt, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino, 2013, diffusamente e in particolare nella Prefazione, nel Capitolo V e VII.

[2] Nel senso che è "quel tipo di democrazia che, nell'età contemporanea, si è andata affermando come espressione di una «società aperta», caratterizzata dalla coesistenza di valori diversi, talvolta contrapposti, ma destinati a convivere nel rispetto di un principio di reciproca tolleranza, ispirato alla ragionevolezza delle regole che devono guidare le azioni umane"; tale definizione riprende le linee di pensiero sviluppate da Peter Häberle, in E. Cheli, *Nati per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012, 49 e in particolare la nota n. 1.

ta, il miglioramento del tenore di vita, e la più stretta e pacifica relazione tra gli Stati.

All'interno del mercato comune, l'azione della Comunità mira alla creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata. Il Trattato istitutivo fissa la disciplina per la tutela della concorrenza, rimasta sostanzialmente invariata anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht.

Il controllo comunitario ha il compito di prevenire, controllare, vigilare e sanzionare le figure di illecito concorrenziale, e, in tal ambito, la Corte di Giustizia svolge un ruolo significativo nella qualificazione delle figure di illecito concorrenziale, contribuendo a delineare gli aspetti sostanziali del diritto *antitrust* comunitario.

Con il Trattato di Roma la concorrenza è oggetto di una politica comunitaria, e con il Trattato di Maastricht del 1992 la concorrenza viene assunta a principio informatore dell'ordinamento comunitario.

Con il Trattato di Amsterdam del 1996 sull'Unione Europea, si conferma il panorama di obiettivi e valori che costituiscono il sistema di coesione sociale comunitario: lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche; la crescita sostenibile e non inflazionistica; l'elevato grado di convergenti risultati economici; l'elevato livello di protezione ambientale, di occupazione, e di protezione sociale; la qualità di vita; la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri.

In questo contesto il mercato risulta ancora lo strumento privilegiato attraverso cui perseguire tali obiettivi. Rispetto alla versione originale del Trattato assumono rilevanza nuove azioni comuni: il coordinamento delle politiche degli Stati membri in materia di occupazione, l'istruzione e la formazione di qualità, un elevato livello di protezione della salute, il rafforzamento della protezione dei consumatori.

In termini di analisi strutturale, la disciplina comunitaria della concorrenza privilegia i controlli sul mercato rispetto ai controlli sulla singola impresa. La prospettiva della tutela del mercato non è, infatti, la medesima di quella della tutela dell'iniziativa privata, in quanto più ampia.

Nella concezione comunitaria, però, la tutela del mercato non implica, affatto, un liberismo privo di freni perché la disciplina della concorrenza è strumentale e non assoluta[3].

La visione comunitaria dell'intervento pubblico nell'economia si fonda sul concetto di *economia sociale di mercato* costituendo un'alternativa tanto al tradizionale liberismo quanto al dirigismo centralista[4].

[3] Cfr., G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, 1998, Bologna, 44; G. Amorelli, *L'amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 944-947, e S. Mezzacapo, *La concorrenza tra regolazione e mercato. Ordine giuridico e processo economico*, Bari, 2004, 30 ss.

[4] Cfr., G. Amorelli, *La privatizzazione nella prospettiva del Trattato istitutivo della*

L'ordinamento comunitario non rinnega una disciplina della concorrenza orientata alla tutela di altri valori fondamentali[5]. A tale scopo, la Corte di giustizia ridimensiona l'assolutezza del valore della concorrenza, compiendo un bilanciamento anche con altri valori, tra cui la politica sociale, lo sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche, l'elevato livello di occupazione/protezione sociale.

Nell'ordinamento comunitario la concorrenza è tutelata in quanto tale, e nell'ordinamento italiano la tutela della libertà di concorrenza incontra maggiori limiti, corrispondenti a interessi costituzionalmente garantiti[6].

### 3. La Costituzione economica e la sussidiarietà

La Costituzione economica è l'insieme delle norme contenute nella Costituzione che disciplina i diritti nella sfera economica e le regole dell'intervento pubblico nell'economia.

Tra i principali diritti, la Costituzione economica disciplina il diritto di proprietà, ossia il diritto di godere in modo esclusivo di un determinato bene, di cederlo o di ricavarne tutte le possibili utilità, e la libertà di iniziativa economica, ossia la libertà di organizzare i mezzi con cui produrre beni o servizi da vendere sul mercato.

La Costituzione economia, oltre a garantire ai singoli la tutela di una determinata sfera di autonomia, punta allo sviluppo di un sistema misto nel quale l'iniziativa economica privata e l'intervento economico pubblico concorrono rispettosamente al perseguimento delle proprie finalità.

La Costituzione prevede e disciplina tutta una serie di istituti, attraverso i quali prende corpo, in questo settore, l'impegno dei pubblici poteri a ridurre le disuguaglianze, di ordine economico e sociale, esistenti di fatto tra i cittadini. Il riparto dei poteri decisionali per realizzare questo disegno di economia mista ruota intorno all'istituto della riserva di legge, perché spetta al Legislatore le scelte di carattere generale nell'economia al fine di evitare possibili abusi dello Stato.

Con la riforma del Titolo V Cost., il principio di sussidiarietà orizzontale, all'art. 118, co. 4, Cost., inteso come criterio per un'attività statale cede-

*Comunità economica europea*, 1992, Padova, 7; D. Besomi – G. Rampa, *Dal liberismo al liberismo. Stato e mercato nella storia delle idee e nell'analisi degli economisti*, Torino, 2000, 135 ss., e in particolare e diffusamente, F. Forte e F. Felice, *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2010.

[5] D. Sorace, *Il governo dell'economia*, in G. Amato – A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, 121.

[6] A. Guarino, *Sul rapporto tra la nuova legge antitrust e la disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1991, 653.

vole rispetto alla libertà di iniziativa economica privata[7], diviene un principio caratterizzante la Costituzione economica[8].

La nozione di sussidiarietà[9] riguardo alle libertà economiche si riferisce ad un'articolazione della forma di Stato, caratterizzata dalla recessività dell'intervento pubblico in economia, a fronte del riconoscimento di una competenza generale e, in qualche modo, prioritaria, del privato[10].

Tracce di sussidiarietà sono invero già rinvenibili nella Costituzione economica del 1948.

Infatti, è utile prendere le mosse dall'art. 39 Cost., che affida all'autonomia dei privati funzioni di regolazione dei rapporti di lavoro. Ancora più

[7] Cfr., G. Di Gaspare, *Teoria istituzionale e diritto dell'economia. Appunti per una riflessione su oggetto e metodo*, in F. Gabriele, G. Bucci, C.P. Guarini (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, 2002, 117 ss. Sui recenti d.d.l. riguardanti gli artt. 41 e 118, co. 4, Cost., si legga F. Zatti, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.:la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012.

[8] Il principio di sussidiarietà si pone come l'autentico cardine della Costituzione economica delineata nella Carta fondamentale del 1948, in A. Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in AA. VV., *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, *"Vincoli" alla funzione legislativa*, Milano, 1999, 245 ss.; diffusamente, L. Franzese, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova 2006; e in L. D'Andrea, *I principi costituzionali in materia economica*, in *Giurcost.it*, 2015, 4 ss.

[9] "La sussidiarietà si fonda su un'antropologia specifica, nel senso che si radica in una filosofia dell'uomo e della società, e scaturisce dall'incontro di una filosofia dell'azione umana con l'intento dell'individuazione e del raggiungimento del bene comune. In questo quadro, la persona si definisce più per quello che fa che per quello che riceve o possiede, e perciò all'interno della società è indispensabile far di tutto per non privare nessuno dell'azione che può o vuole compiere. Tale filosofia si sviluppa con il pensiero cristiano, con cui si consacra l'idea di persona come soggetto autonomo, che nessun potere può usare come mezzo. Il bene comune esprime l'esigenza di una certa redistribuzione dei beni, affinché coloro che sono meno favoriti conservino la loro dignità esistenziale a dispetto della loro incapacità, temporanea o meno, di occuparsi di se stessi. È evidente che la filosofia dell'azione umana e il perseguimento del bene comune si contraddicono. Infatti, da un lato, la libertà, lasciata a se stessa, genera disuguaglianze, e, dall'altro lato, l'esigenza di solidarietà impone necessariamente la restrizione di determinate libertà, in generale attraverso forme di livellamento delle situazioni. Il principio di sussidiarietà si compone di un duplice aspetto che riflette le due fondamentali esigenze, ossia il riconoscimento del diritto all'azione del singolo e dei gruppi sociali, e l'obiettivo del conseguimento dell'*interesse generale*, concetto moderno del bene comune. Il primo – di accezione negativa – comporta che lo Stato non debba impedire agli individui o alle formazioni sociali di compiere le proprie attività sia quando rispondano all'interesse particolare sia quando realizzino l'*interesse generale*. Il secondo – di accezione positiva – comporta che ogni autorità ha il compito di incentivare, di sostenere e, da ultimo, se necessario, di supplire ai bisogni dei soggetti incapaci. Lo Stato è responsabile e garante della concretizzazione dell'*interesse generale*. Ma non ne è il solo attore. La società civile concorre, in una misura che varia a seconda del tempo e del luogo, alla realizzazione dei compiti d'*interesse generale* attraverso le proprie azioni.", in B. Di Giacomo Russo, *Il valore della sussidiarietà. Origine e attualità,* Roma, 2015, 120-121 ss.

[10] A. Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. Vincoli alla funzione legislativa*, Milano, 1999, 245 ss.

significativo appare l'art. 43 Cost., del quale è possibile avanzare una lettura in chiave di sussidiarietà, in quanto si prevede che le imprese o categorie di imprese produttrici di servizi pubblici essenziali possano essere nazionalizzate per motivi di interesse generale.

Il presupposto è che i servizi pubblici siano prodotti dalle imprese nell'ambito di un mercato, mentre l'intervento pubblico è da considerarsi ammesso solo nell'ipotesi in cui il mercato stesso si riveli inadeguato[11]. In questo senso, nell'art. 41 Cost. è stato letto – soprattutto per effetto del diritto comunitario – "che lo Stato e gli enti pubblici possono bensì intervenire nel mercato, ma solo se manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata ovvero sussistano validi motivi d'utilità sociale."[12]

La libertà costituzionale di iniziativa economica privata è determinata dalla confluenza, negli obiettivi e nei risultati dell'azione economica dei privati, di due situazioni di interesse, quello individuale del privato e quello generale della comunità. L'iniziativa economica del privato può venire perseguita in vista di un fine, che trascende la sfera di interessi del soggetto, che agisce, e sia indirizzato alla realizzazione di interessi che coinvolgono la generalità.

Non si tratta dunque di un fatto nuovo. La circostanza che la Costituzione menzioni, tra questi settori suscettibili di riserva statale facoltativa, quello dei servizi pubblici essenziali, riprova la vastità dell'apertura all'iniziativa economica privata a settori anche primari dell'interesse generale, fino a coinvolgere i servizi pubblici essenziali.

L'art. 41, co. 1, Cost., in cui si afferma che *"l'iniziativa economica privata è libera"* viene interpretato, da talune impostazioni liberiste, quale garanzia costituzionale alla libera iniziativa economica a favore dei privati, alla libera concorrenza ed alla sussidiarietà economica, quale atteggiamento recessivo dello Stato dall'economia, salva la necessità di un intervento sussidiario. Questo in nome della teoria del *lassez faire*, che nutre fiducia nella capacità, endogena al sistema di mercato, di un'equilibrata allocazione dei fattori della produzione. Si ricorda però che già da tempo la teoria del liberalismo classico non fu accolta, oltre che dai fatti, sia da Keynes che da Croce, il quale ha sostenuto che, nonostante le contingenze, le ragioni della libertà non coincidono con il liberismo economico.

Tali teorie liberiste danno un'interpretazione restrittiva della nozione di utilità sociale, di cui all'art. 41, co. 2, Cost., a vantaggio della libertà del singolo. Questa libertà viene addirittura considerata una libertà della persona, un diritto dell'uomo *ex* art. 2 Cost., presentando, dunque, una "incompatibilità logica nel riconoscimento di un diritto come libertà e la sua funzionalizzazione".

[11] G. Corso, *Le privatizzazioni e i servizi pubblici*, in F. Roversi Monaco (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, Rimini, 1995, 184 ss.

[12] A. Pace, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. dir*., 1993, 2, 331 ss.

Se da una parte vi è chi riconosce la "contraddittorietà" della norma derivante dalla necessità di contemperare una libertà con l'apposizione alla stessa dei limiti di cui al co. 2 e 3[13], dall'altra vi è chi ritiene che l'art. 41 Cost. sia fornito di intrinseca identità sulla base del rispetto della "triade libertà, sicurezza e dignità umana, in una visione che pone al centro del sistema giuridico i valori della persona umana in quanto tale."[14] Al di là delle pregnanti questioni sul riconoscimento diretto o indiretto all'art. 41 Cost. della libertà di iniziativa economica, della libertà di concorrenza, dell'autonomia contrattuale, della tenuta della Costituzione economica di fronte all'ordinamento comunitario[15], tematiche di grande interesse, non si può certo arrivare al punto di interpretare tale dettato costituzionale quale mezzo per aggredire il mercato (senza tutela per i consumatori e per i lavoratori), in nome di una sussidiarietà, che nel caso nell'articolo in questione non si rinviene.

Di conseguenza, l'art. 41, co. 3, si porrebbe ora in netto contrasto con il principio di concorrenza: perché l'attività economica pubblica e privata possa, infatti, essere coordinata ed indirizzata a fini sociali attraverso programmi e controlli pubblici determinati dalla legge occorrere derogare alla concorrenza, anzi, sostanzialmente prescinderne. L'art. 41, comma 3 non sarebbe, quindi, più utilizzabile[16].

Altri hanno ritenuto, tuttavia, che la disciplina *antitrust*, lungi dall'essere posta a tutela dell'iniziativa economica privata – dunque attuazione dell'art. 41, co. 1 – si ponga come limite alla stessa iniziativa, ricollegandosi piuttosto all'art. 41, co. 3, vale a dire al valore dell'utilità sociale, in quanto "limiti, oneri, condizioni, divieti che incidono sull'esercizio di una libertà preesistente […] non possono considerarsi posti 'a garanzia' della libertà medesima ma solo 'a garanzia' di valori che la sovrastano", ed anzitutto la "utilità sociale, alla quale può ricondursi anche la tutela del mercato"[17].

Il Costituente, nel sancire la libertà di iniziativa economica, decide di arricchirla di un contenuto sociale, richiamando *"l'utilità sociale"*, quale limite dell'attività di iniziativa economica, salvaguardando la libertà e la dignità umana.

[13] G. Bognetti, *La costituzione economica italiana*, Milano, 1995, 3 ss., 21 ss. e 183 ss.

[14] Cfr., P. Perlingeri – M. Marinaro, *Commento all'art. 41 cost*., in *Commento alla Costituzione italiana*, P. Perlingeri (a cura di), Napoli, 2001, 290; P. Cavaleri, *Iniziativa economica privata e Costituzione "vivente". Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost.*, Padova, 1978, 18 ss., 27 ss. e 61 ss.

[15] Cfr., L. Cassetti, *La cultura del mercato fra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 45 ss.; A. Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, F. Modugno (a cura di), 1999, 289 ss.; G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003, 123 ss.

[16] G. Corso, *Attività economiche private e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 640, e Id., *Attività amministrativa e mercato*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, 16.

[17] G. Oppo, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 543.

Pertanto, alla base della Costituzione non può certo riscontrarsi una rigida tutela della libertà di mercato, ma piuttosto un principio tendenzialmente solidaristico. In tal senso, l'esito di tale ambivalente interpretazione porta all'affermazione di un modello di "economia mista", considerato espressivo del "modello economico della democrazia sociale"[18].

Nelle previsioni dei commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost. i pubblici poteri rinvengono "l'armamentario" del governo dell'economia, i valori e gli strumenti da raccordare con il progetto costituzionale di trasformazione sociale espresso nell'art. 3, dove vi trova un esplicito riferimento alla nozione di dignità sociale[19].

## 4. Il principio di concorrenza tra Stato e Regioni

Con la legge cost. n. 3/2001, il principio di concorrenza trova formale ed esplicito recepimento all'art. 117 Cost., co. 2, lett. *e),* determinando un nuovo quadro e nuovo assetto ripartito delle competenze tra Stato e Regioni in materia di intervento nell'economia.

La nuova formulazione dell'art. 117 Cost. ha per oggetto l'individuazione delle competenze legislative, quale criterio di ridefinizione del riparto funzionale tra Stato e Regioni: il principio della tutela della concorrenza è così annoverato tra le materie di esclusiva competenza statale.

La nozione di tutela della concorrenza ricomprende i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude interventi promozionali dello Stato. Solo in tale quadro è mantenuta allo Stato la facoltà di adottare sia specifiche misure di rilevante entità, sia regimi di aiuto ammessi dall'ordinamento comunitario – fra i quali gli aiuti *de minimis* –, purché siano in ogni caso idonei, quanto ad accessibilità a tutti gli operatori ed impatto complessivo, ad incidere sull'equilibrio economico generale.

Le competenze legislative regionali, concorrenti o residuali, che a vario titolo possono incidere direttamente o indirettamente sulla concorrenza, devono, invece, limitarsi a regolare gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale, tali comunque da non creare ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle cose fra le Regioni e da non limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale, in ossequio dell'art. 120, co. 1, Cost.

Le Regioni, dopo il 2001, possono prevedere, anche, regimi più garantistici di tutela della concorrenza, rimanendo saldi i compiti dello Stato.

[18] G. Bognetti, *Il modello economico della democrazia sociale e la Costituzione della Repubblica*, in *Verso una nuova Costituzione (a cura del gruppo di Milano)*, Milano, 1983, I, 162 ss.

[19] M. Luciani, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, 382.

L'estensibile competenza regionale nelle materie economiche prefigura l'intreccio delle competenze ai vari livelli di governo, comportando la correlata esigenza di elaborare efficaci strumenti di integrazione. In questa fase di transizione, la Corte costituzionale contribuisce a ridimensionare l'esclusività delle materie, ed utilizza strumentalmente le materie trasversali per mantenere unitarietà al sistema.

Il principio di concorrenza si è dimostrato in questa chiave particolarmente efficace, in quanto potenzialmente in grado di fungere da principio unificante dell'intera disciplina dell'intervento pubblico nell'economia[20].

Oltre la ripartizione delle competenze legislative, nella prospettiva dello Stato *verticale*[21], il principio di sussidiarietà verticale trova la massima espansione possibile nel rapporto tra di diversi livelli di governo della Repubblica, in quanto le esigenze dei cittadini devono essere soddisfatte, in via prioritaria, dal Comune, quale più vicine ad essi, e, solo in via sussidiaria, da quelle più lontane, nel caso in cui le prime non siano in grado di provvedere.

## 5. La sussidiarietà orizzontale e la Pubblica Amministrazione

Il principio della sussidiarietà orizzontale ha due accezioni.

La prima, negativa, comporta che lo Stato non debba impedire agli individui e alle formazioni sociali di compiere attività, sia quando rispondano all'interesse particolare, che quando realizzino l'interesse generale. La seconda, positiva, comporta che l'autorità pubblica ha il compito di incentivare, di sostenere e, da ultimo, se necessario, di supplire i soggetti, privati o pubblici, incapaci.

Secondo il paradigma costituzionale della sussidiarietà orizzontale, l'Amministrazione è legittimata ad occupare spazi di mercato, che altrimenti rimarrebbero aperti all'iniziativa privata, solo se si dimostra che l'intervento pubblico sia più efficiente o efficace a realizzare obiettivi di interesse generale, ovvero, in caso di assenza di imprese private disponibili ad assumersi l'obbligo di svolgere determinate attività di interesse generale[22], o nell'ipotesi che nessun terzo possa raggiungere lo scopo pubblico, assicurando la qualità e la continuità dei servizi offerti.

Il ragionamento è che la sussidiarietà orizzontale va utilizzata per segnare il limite dell'autorità[23], limite derivante dal riconoscimento dell'autonoma

[20] In merito a quanto e a come incida la competenza esclusiva statale, in materia di concorrenza, sulle materie di competenza regionale si rinvia a G. Guzzetta, F. S. Marini, D. Morana *(a cura di)*, *Le materie di competenza regionale. Commentario*, Napoli, 2015.

[21] Mi sia consentito il rinvio, diffusamente, a B. Di Giacomo Russo, *Lo Stato verticale. Percorsi di sussidiarietà verticale,* Lecce, 2013.

[22] D. Sorace, *Diritto delle Amministrazioni pubbliche,* Bologna, 2005, 128.

[23] F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1994, 36 ss.

iniziativa del privato[24]. Nel senso che non deve semplicemente distribuire potestà al livello inferiore (funzione tipica di una sorta di sussidiarietà *ottriata*, simile allo schema del decentramento amministrativo), ma deve riconoscere e favorire quanto il livello privato è in grado di garantire, gestire e realizzare da sé.

La sussidiarietà orizzontale non può rappresentare la mera applicazione di logiche di privatizzazione. Lo Stato è responsabile e garante della concretizzazione dell'interesse generale. Ma non ne è il solo attore. La società civile concorre alla realizzazione dei compiti d'interesse generale attraverso le proprie azioni.

La Corte costituzionale, con l'ord. n. 157/2001, afferma che *"rientra in una scelta discrezionale del Legislatore consentire che talune funzioni, obiettivamente pubbliche, possano essere svolte anche da soggetti privati che abbiano una particolare investitura da parte della pubblica Amministrazione, in relazione al servizio svolto"*.

La concreta novità apportata dal principio di sussidiarietà orizzontale attiene proprio all'aver introdotto la possibilità di prevedere, tramite legge[25], nuovi strumenti giuridici per una diversa modalità di svolgimento di *"attività di interesse generale"*. Sicché, essendo questo il contenuto essenziale del principio, esso dovrà trovare una positivizzazione concreta tanto a livello nazionale, quanto a livello regionale e locale, al fine di consentirne l'esplicarsi dell' "*autonoma iniziativa*" svolgente "*attività di interesse generale*".

Pare scontato, infatti, che tale obbligo debba essere assolto non solo attraverso atti amministrativi, ma principalmente attraverso leggi, in virtù del principio di legalità.

Alla luce di tali considerazioni sembra opportuno chiedersi quali conseguenze possano farsi derivare dalla previsione dell'art. 118, co. 4, Cost., e come possa il Legislatore favorire secondo la sussidiarietà orizzontale l' "*autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati*".

Il principio di sussidiarietà orizzontale è un segno intangibile del profondo cambiamento in atto, conducendo al superamento dell'endiadi fra Amministrazione e interesse generale, da una parte, e società civile e interessi privati, dall'altra.

La sussidiarietà orizzontale costruisce un sistema di alleanze per l'interesse generale fra i cittadini e l'Amministrazione, perché non comporta per i soggetti pubblici né la possibilità di sottrarsi ai loro compiti istituzionali, né la prerogativa di sottrarre *a priori* spazzi all'azione del privato. Il principio di sussidiarietà orizzontale tende a realizzare la libertà dei cittadini di agire, in

[24] L. Antonini, *Sussidiarietà e modelli di* Welfare *tra crisi dello Stato nazione e* federalizing process, in *Il Nuovo Areopago*, 2002, 59, che osserva come dal presupposto riconoscimento di autonomia della persona deriva il solo ruolo sussidiario dello Stato.

[25] G. Arena, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Roma–Bari, 2006, 62.

modo condiviso con l'Amministrazione pubblica, per il miglioramento della comunità, nel rispetto del principio di legalità.

Il partenariato istituzionale ed economico-sociale va considerato come un modello operativo di sussidiarietà orizzontale.

Il partenariato considera l'esigenza evolutiva di lasciare ai privati la libertà di auto-organizzarsi in maniera competitiva e, dunque, supera la contrapposizione tra approccio statalista e liberista, in cui l'intervento statale e il meccanismo del mercato sono considerati come alternative antitetiche, nel perseguire lo svolgimento di *attività di interesse generale*. Il principale scopo di tale modello è quello di rendere finalmente sinergiche la dimensione privata (l'"*autonoma iniziativa*") e la dimensione pubblica (il "*favoriscono*"), raggiungendo il traguardo di una concezione moderna e competitiva del mercato degli interventi pubblici.

In tal senso di particolare interesse è l'intervento pubblico nella sfera sociale, tra cui l'istruzione, la sanità, l'assistenza e previdenza sociale. Anche in questo ambito, beninteso, i soggetti privati, soprattutto il c.d. privato sociale, svolgono un ruolo utile nell'interesse della comunità, ma in un rapporto di *co*Amministrazione rispetto alle azioni di interesse generale[26]. Trattandosi di valori, espressioni di diritti fondamentali, quali l'istruzione, la salute, l'assistenza e la sicurezza sociale, non riducibili a beni meramente materiali, l'Amministrazione pubblica deve, comunque, indirizzare, programmare e gestire, nelle forme più efficienti ed efficaci, le funzioni ed i servizi del *Welfare State*.

### 6. La concorrenza *pubblica*

Il cammino parallelo che hanno a lungo percorso la disciplina della libertà di iniziativa economica, nell'ordinamento interno, e quella della tutela del mercato, nell'ordinamento comunitario, si è, ad un certo punto, venuto ad incrociare[27], soprattutto, nel settore della concorrenza *pubblica*.

La libertà d'iniziativa economica non contiene, in sé, il principio di concorrenza, essendo una figura, per così dire, *verticale* che "indica sfere di azione, protette *contro* lo Stato"[28]. La concorrenza è, invece, una figura *orizzontale* che indica rapporti tra imprenditori, cioè tra i soggetti che esercitano la libertà d'iniziativa economica.

Nell'ordinamento, pertanto, si realizza una sintesi originale di libera iniziativa economica e progresso sociale. Lo Stato, in questo nuovo quadro di

[26] Mi sia consentito il rinvio, diffusamente, a B. Di Giacomo Russo, *La coAmministrazione della cultura. Uno modello si sussidiarietà,* Roma, 2014, 135 ss.

[27] S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2004, 59 ss.

[28] N. Irti, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova Costituzione economica),* in *Giur. it.*, IV, 1997, col. 226.

relazioni, è forte ma neutrale ed è chiamato a svolgere un ruolo di garante dei meccanismi di mercato. Appare evidente che nella concezione comunitaria il mercato non è un valore in sé ma è uno strumento per pervenire ad una integrazione che obliteri i confini nazionali.

In particolare, l'affidamento *in house providing* ricomprende il caso in cui la Pubblica Amministrazione, derogando al principio generale dell'evidenza pubblica, in luogo di procedere all'affidamento all'esterno di determinate prestazioni, provvede in proprio, e cioè all'interno, all'esecuzione delle stesse attribuendo il servizio ad altra società partecipata mediante l'affidamento diretto senza gara[29].

Negli affidamenti *in house* non vi è il coinvolgimento degli operatori economici nell'esercizio dell'attività amministrativa, per cui le regole sulla concorrenza, applicabili agli appalti pubblici e agli affidamenti dei pubblici servizi a terzi, non vengono in rilievo. È un modello organizzativo in cui l'Amministrazione provvede da sé al perseguimento degli interessi pubblici, in virtù del potere di auto-organizzazione e del più generale principio comunitario di autonomia istituzionale.

La decisione tra gara pubblica e affidamento *in house* è preceduto da una valutazione degli scopi pubblici da perseguire e delle modalità organizzative, tenuto conto dei tempi necessari, delle risorse umane e finanziarie da impiegare e del livello qualitativo delle prestazioni in base ai principi di economicità e di ottimizzazione dell'azione amministrativa (c.d. "*Best Value*").

Il sistema degli affidamenti *in house* si pone in contrasto con i principi comunitari a tutela della concorrenza e del mercato e a presidio della garanzia di massima trasparenza in materia di affidamento e stipulazione di contratti pubblici, nonché con i principi e le norme dell'ordinamento nazionale in tema di imparzialità, trasparenza, efficienza, e di efficacia dell'azione amministrativa.

Il criterio della prevalenza dell'attività, svolta con l'ente che detiene la società, non ha destato particolari problemi né in giurisprudenza, né tantomeno in dottrina[30].

L'Amministrazione pubblica condiziona la concorrenza, in quanto soggetto che, per mezzo di proprie imprese, presta servizi e produce beni in un regime particolare, e in quanto operatore che detiene una quota di domanda di beni e servizi assai rilevanti. L'Amministrazione costituisce un soggetto economico potenzialmente assai pericoloso nei confronti di una corretta concorrenza e del rispetto della parità degli operatori interessati.

[29] Cfr., C. De Vincenti – A. Vigneri, *Il punto sui servizi pubblici a rilevanza economica,* in *Astrid*, 2012; B. Harald – M. Cassano, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: percorsi e disciplina generale*, Torino, 2011.

[30] Cfr., E. Michetti, In house providing*. Modalità, requisiti, limiti,* Milano, 2011, 93 ss., A. Gargani – L. Sciandra, *I Comuni e le "Public Utilities": dati e prospettive dopo vent'anni di riforme*, in W. Tortorella (a cura), *Lo stato dei comuni*, Venezia, 2012, 281

La *ratio* si coglie agevolmente se si considera come le regole della concorrenza risulterebbero violate nel caso di affidamento diretto di un pubblico servizio ad un'impresa, che opera a tutti gli effetti sul mercato, posto che tale impresa verrebbe favorita rispetto alle altre imprese che vi operano senza godere di affidamenti diretti, alterando la par condicio tra imprese concorrenti. Non è, invece, così quando si tratta di organismi che non stanno sul mercato o che vi stanno in posizione del tutto trascurabile, quali, appunto, sono quelli che operano esclusivamente o quasi esclusivamente a favore degli Enti pubblici che li controllano.

Tali premesse suggeriscono che il requisito della prevalenza dell'attività deve essere valutato sotto il profilo quantitativo piuttosto che qualitativo e quindi deve essere parametrato al fatturato realizzato. La prevalenza dell'attività deve essere significativa, in quanto non è una minima prevalenza che può indurre a far ritenere che la società opera quasi esclusivamente con l'ente (o gli enti) che la controlla. La legge, inoltre, non indica la misura della prevalenza dell'attività per cui spetta all'interprete individuarla tenendo presente la *ratio* della norma e facendo riferimento, ove possibile, a disposizioni che regolano casi analoghi.

La concorrenza *pubblica*, quale disciplina della concorrenza tra il pubblico e il privato, che non può prescindere dalla sussidiarietà orizzontale, perciò ai fini dell'interesse generale, in definitiva, è un valore costituzionale di tipo non solo quantitativo ma anche qualitativo, indispensabile per ogni Stato membro dell'Unione europea.

## 7. Concorrenza e uguaglianza

Rispetto ai principi sottesi il nostro ordinamento costituzionale, è agevole cogliere la rilevanza dei temi trattati e la necessità di un loro ulteriore approfondimento in termini più generali.

Il punto di partenza è l'introduzione nell'ordinamento nazionale di una disciplina per la tutela della concorrenza di matrice comunitaria, che inserisce la disciplina dell'impresa in un contesto di mercato[31].

L'ordinamento italiano, il cui percorso è assai simile a quello dell'ordinamento francese, abbandona la tradizione del dirigismo economico, sull'onda del diritto comunitario. A supporto di ciò, la formulazione dell'art. 41 Cost. è in grado di ospitare anche questa aggiornata interpretazione della Costituzione economica, tanto che formule migliori e più precise del testo dell'art. 41 Cost., pur auspicabili, non sono indispensabili.

Il mercato, infatti, per quanto originariamente considerato come un *di-*svalore, grazie all'introduzione dei principi comunitari di competizione e di

[31] G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 12.

concorrenza viene assorbito anche all'interno della Costituzione scritta nella sua valenza positiva di promotore dell'efficienza economica ed organizzativa.

Pur in un mutato contesto di riferimenti economico-istituzionali, mantiene la sua validità la lettura della struttura dell'art. 41 Cost. che attribuisce pari dignità all'iniziativa economica privata, da una parte, ed alla vigilanza pubblica dall'altra; una vigilanza ora rinnovata nei soggetti, incisiva e capace di orientare a fini di utilità sociale, rimanendo all'esterno dei meccanismi di funzionamento del mercato.

L'*antitrust* rappresenta l'incrocio obbligato per il diritto e l'economia, nell'ambito dell'implementazione di un sistema di valori.

L'ordinamento giuridico si fonda sul principio di concorrenza come moderna versione dell'uguaglianza di opportunità, mantenendo un equilibrio, nelle sue applicazioni economiche, tra le istanze libertarie ed egualitarie. In tal senso, la pregiuridicità del mercato e la sua razionalità allocativa non devono, infatti, offuscarne i limiti ed i fallimenti.

L'intervento regolatorio correttivo che si persegue con la tutela della concorrenza impone un profondo innovamento, ma allo stesso tempo rischia – se non orientato da un sistema coeso di principi e valori – di definire un effettivo sistema discriminatorio. Il principio di concorrenza è, infatti, essenzialmente neutro e consente di costruire modelli di economia e società fortemente differenziati[32]. La fondamentale *imparzialità*, principio corollario dell'uguaglianza, della concorrenza, quale strumento, comporta una qualificazione e specificazione che emerge, sempre più, dal conflitto con altri valori e principi e dall'andamento delle composizioni, che di tale conflitto verranno date in sede politica e giurisdizionale.

Lo Stato, dunque, ha il compito di determinare un nuovo e stabile equilibrio delle ragioni della libera iniziativa economica e di quelle della coesione sociale, secondo modelli *corretti*, allo scopo di creare un sistema amministrativo *imparziale*.

## 8. La sussidiarietà *economica*

La sussidiarietà riguarda le istituzioni, la società e il mercato. La sussidiarietà ricomprende lo sviluppo, nel senso dell'innovazione e dell'economia. Perciò, la sussidiarietà e lo sviluppo sono da coniugare al fine di avere più innovazione in economia.

In sintesi, la sussidiarietà nella sua valenza orizzontale equivale al *liberalismo sociale* che a sua volta implica delle comunità coese, dove la libertà dei singoli operatori si coniuga con la responsabilità economico-sociale.

[32] Ad esempio gli Stati Uniti e l'Unione europea, per cui sul punto si legga, a partire da, G. Amato, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*, Roma-Bari, 2000.

La sussidiarietà *economica* appartiene all'ordinamento comunitario ed in particolare al livello più elevato, quello del Trattato istitutivo. Vengono in rilievo le norme sulla libertà di concorrenza tra operatori economici, quelle che sanciscono la piena equiparazione, in nome della concorrenza, tra imprese pubbliche e private. Dalla *ratio* di queste disposizioni si può desumere il principio di sussidiarietà *economica*, che trova applicazione, anche, in caso di privatizzazioni, come di divieto di aiuti di Stato e come *deregulation* dei servizi pubblici.

Anche se, comunque, con la sussidiarietà *economia*, quale combinazione dell'art. 41 e 118 Cost.[33], non si può certo arrivare al punto di aggredire il mercato, senza tutela per i consumatori e i lavoratori, poiché la Costituzione, nel sancire la libertà di iniziativa economica e la sussidiarietà orizzontale, decide di introdurre un contenuto sociale, richiamando *"l'utilità sociale"*, quale limite per la salvaguardia della libertà e della dignità umana, e l'*"attività di interesse generale"* quale circoscrizione dell'applicazione del principio di preferenza del privato.

La sussidiarietà in economia è un modello di organizzazione economica e sociale, che tiene conto del ruolo della società civile e delle istituzioni, quali *co*amministratori nell'economia del nostro tempo, nell'ambito del processo di costruzione dell'Europa e nell'ambito delle trasformazioni dell'economia internazionale.

## 9. In prospettiva

Il fondamento concettuale, sotteso al principio di sussidiarietà, è il riferimento al singolo, alla persona, al cittadino, quale membro della società civile, come destinatario finale dei benefici derivanti dalla convivenza e dall'organizzazione sociale, volta al perseguimento dell'interesse generale.

Il sistema costituzionale, in quanto incardinato sul principio di sussidiarietà, si oppone tanto di fronte a tendenze unilaterali ed assolutistiche, che assecondino vocazioni disparitarie di singole istanze, quanto di fronte a scelte autoritative rigide ed astratte, incapaci di relazionarsi costantemente alle molteplici variabili presenti nella sfera economica e sociale.

È proprio in riferimento all'attuale gravissima crisi economico-sociale, ma anche politica e finanziaria, che si intende partire dal carattere "strutturale" della democrazia pluralista che rappresenta una poderosa spinta affinché tutti i soggetti del sistema sappiano con creatività e coraggio generare nuove forme di positiva implementazione sul terreno socio-economico[34].

[33] Cfr., L. Cassetti, *La cultura del mercato fra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 45 ss.; A. Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, F. Modugno (a cura di), 1999, 289; G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003, 123 ss.

[34] Della globalizzazione, senza regole e senza etica, che ha in sé temi come la tutela e la

Il modello economico delineato in Costituzione ben può implementarsi ed inverarsi in una molteplicità di assetti, senza trascurare di osservare come, accanto all'evoluzione del sistema sul piano diacronico, ben si possa determinare una diversità di assetto tra i differenti settori e comparti entro i quali si articola il sistema.

Nella teoria come nella pratica economica odierna, si assiste alla rinascita di un fecondo rapporto tra economia ed etica, elemento caratteristico della tradizione italiana dell'*economia civile*[35]; nel senso che si delinea un sistema economico non più schiacciato tra una visione, quella oggi più diffusa, dell'agire egoistico, da una parte, e quella dello Stato pianificatore totalitario, dall'altra parte.

La sintesi dell'economia civile, intesa come forma economica di giustizia sociale, sta nell'attivismo creativo dei soggetti in termini di sussidiarietà, in rapporto a cui lo *Stato* ha un ruolo *sussidiario*, nel senso negativo, prima, perché solo propositivo rispetto ai soggetti, in difesa – perciò – della concorrenza, e nel senso positivo, poi, perché suppletivo ai bisogni dei soggetti incapaci, a tutela – pertanto - dell'uguaglianza.

Infine, risulta improcrastinabile la prospettiva sussidiaria del ordinamento giuridico per l'economia che muova dal basso verso l'alto (*bottom up*) in grado di raccogliere i bisogni e le istanze delle persone, destinatari del bene comune, ovvero l'interesse generale, ponendosi a garanzia dell'organizzazione pluralistica e solidaristica della convivenza sociale ed economica nell'ambito dello Stato costituzionale.

promozione dei diritti umani, la governabilità del mondo, il rapporto tra globale e locale e, in prospettiva, il bene comune universale, la sfida della democrazia *poliedrica* ha in sé tutto. Papa Francesco sostiene la proposizione di una democrazia *economica* che è essenziale per quella politica, nel senso che l'economia sia funzionale alla politica e non viceversa, in, J. M. Bergoglio, *Noi come cittadini Noi come popolo*, Milano, 2013, 31 ss. e 67 ss.

[35] Sul punto si veda L. Becchetti, L. Bruni e S. Zamagni, *Microeconomia*, Bologna, 2015, 49 ss. e direttamente, per un approfondimento, l'opera di A. Genovesi, *Lezioni di economia civile*, Milano, 2013.

# TUTELA DEL MULTICULTURALISMO SÍ, MA SOLO SE RISPETTOSO DEI DIRITTI UMANI

Gladio Gemma

Sommario: 1. Enunciazione della tesi di fondo. – 2. Portata dei diritti costituzionali: due modelli storici. – 3. Affermazione e validità universale del principio di eguaglianza. – 4. Supremazia del principio di eguaglianza e dei diritti umani nei confronti del multiculturalismo. – 5. Due notazioni conclusive.

## 1. Enunciazione della tesi di fondo

Il presente scritto conterrà alcune sintetiche e sommarie considerazioni sui rapporti fra diritto costituzionale e multiculturalismo (assumendo le differenze fra quest'ultimo, che è un fenomeno di pensiero e di azione politica, e società multiculturale[1]). Più esattamente, intendendo la costituzione come un complesso di principî (pur contenendo essa qualche norma-regola) relativi (all'organizzazione dello Stato e) alla prefigurazione dei rapporti fra individui, singoli od associati, e pubblici poteri, cercherò di motivare la tesi, secondo cui il multiculturalismo, se può avere un rilievo nella legislazione e nella giurisprudenza sub-costituzionale[2], deve avere una rilevanza quanto mai limitata nella sfera del diritto costituzionale (e quindi dei diritti da questo tutelati).

Enunciata la tesi di fondo, prima di passare alla dimostrazione sembra necessaria una precisazione preliminare. Chi scrive è convinto che i principî vadano definiti e rimarcati con rigore e privi di esitazione ed incertezza. Un'affermazione radicale, drastica, dei principî non esclude poi una flessibilità nella prassi, allorché un'applicazione troppo rigorosa, in determinate circostanze, potrebbe contrastare con la *ratio* dei principî e comportare, in qualche modo, una menomazione degli stessi. Per addurre un esempio relativo ad un altro ambito, i principî impongono un'attività drastica ed intransigente di repressione della criminalità organizzata con severa punizione dei membri di quest'ultima. Nondimeno, non per deteriore buonismo, ma per ragioni di efficienza, può ben essere opportuno irrogare pene ridotte (od addirittura assicurare l'impunità) nei confronti di delinquenti che, collaborando con la giustizia, favoriscano l'azione di contrasto del fenomeno criminale. Intesi quindi in un'ottica non deontologica incondizionata, secondo cui "*fiat justitia, pereat*

[1] Su tale distinzione si rinvia a A. Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Bari, 2001, 3.

[2] A riprova di quanto detto nel testo, si rinvia, a titolo indicativo, a L. Melica, *Lo straniero extracomunitario*, Torino, 1996, soprattutto 123 ss., ed a A. Facchi, *I diritti*, *cit.*, 51 ss..

*mundus*" (secondo un detto famoso), bensì pragmatica[3], i principî, definiti con rigore, costituiscono imprescindibili direttive di governo (in senso lato del termine) nonché fattori di delimitazione della flessibilità, affinché quest'ultima non divenga, oltre le intenzioni dei suoi fautori, quasi la regola della disciplina di un insieme di rapporti sociali, ivi compreso il multiculturalismo[4].

## 2. Portata dei diritti costituzionali: due modelli storici

Non sembra superfluo un cenno storico per cogliere la presenza di una duplice, alternativa, prefigurazione dei diritti costituzionali (per usare il termine un po' genericamente) in rapporto ai loro titolari.

Da un lato esiste, chiamiamolo così, il modello inglese, con riferimento alla prima grande esperienza storica dei diritti costituzionali (*in primis*, le libertà). Secondo tale modello i diritti sono rivendicati da cittadini e sono riconosciuti dal potere politico solo a favore di questi. La proclamazione dei diritti delle varie carte inglesi ha avuto come destinatarî e beneficiarî cittadini inglesi, senza alcun riferimento, nemmeno vagamente ideale, ad individui di altre comunità politiche[5].

Dall'altro lato, sussiste il modello francese, con riferimento all'esperienza storica, nella quale fu prefigurata più estensivamente ed intensamente l'area della titolarità dei diritti costituzionali[6]. Nell'ottica francese i diritti di natura costituzionale (sempre *in primis* le libertà classiche della persona, di manifestazione del pensiero, ecc., ma anche l'eguaglianza) debbono essere riconosciuti in capo ad ogni individuo all'interno ed all'esterno dello stato. Non a caso lo storico documento, che segnava l'avvio ideale della Rivoluzione francese, si intitolava "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino", vale a dire proclamava la titolarità dei diritti in via fondamentale in capo all'uomo e come corollario in capo ai cittadini (francesi). Come si vede c'è una ben diversa prospettiva, cioè si configura un "*mondialisme*", cioè i principî enunciati nel testo menzionato "pretendono avere un valore generale che va oltre i cittadini del paese nel quale" è stato emanato detto testo, cioè "un valore universale"[7].

[3] Sull'importanza dei principî, intesi in termini non deontologici incondizionati, è sempre attuale lo scritto di B. Constant, *I principî*, in A. Zanfarino (a cura di), *Antologia degli scritti politici di Benjamin Constant*, Bologna, 1962, 185 ss..

[4] Se è consentito, ho questa impressione, e questo timore, leggendo sia opere, come ad esempio, il volumetto della A. Facchi, *I diritti*, *cit.*, sia la relazione, pur ricca di materiale e di riflessioni, di J. Ruggiu, riportata nel presente volume.

[5] Anche in questo caso, ci limitiamo al rinvio, a mero titolo indicativo, ad un'opera sintetica, ma puntuale: v. A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007, 21 ss..

[6] Anche su questa vicenda, si rinvia a A. Facchi, *Breve storia*, *cit.*, 52 ss.. Nel testo si richiama la proclamazione francese, non ignorando affermazioni significative che già si riscontravano nei documenti americani (*in primis*, la Dichiarazione di indipendenza del 1776), ma in quanto la dichiarazione del 1789 esprime in termini più netti ed articolati la concezione dei diritti di cui nel testo.

[7] Si riprendono, con traduzione, le parole di un autorevole costituzionalista francese: cfr.

Schematizzando, si sono delineati due modelli: in virtù del primo, diritti per una sola parte degli individui ed eguaglianza circoscritta, mentre in virtù del secondo diritti di tutti gli esseri umani ed eguaglianza quanto mai estesa (ovviamente in teoria). Se consideriamo poi i testi normativi che hanno codificato i diritti di natura costituzionale – sia le costituzioni degli stati sia i documenti internazionali – possiamo rilevare che, a livello di proclamazione di principî, pur con un netto *hiatus* in rapporto alla realtà effettiva ed al diritto vivente, si è affermato il modello della massima eguaglianza e del riconoscimento universale dei diritti. La famosa formula dell'art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino: "Gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti. Le distinzioni non possono essere fondate che sull'utilità comune" (il che significa liceità della diseguaglianza solo quando sia funzionale all'interesse di tutti e quindi anche di chi sia diseguale) almeno teoricamente ed in via di principio ha varcato nettamente i confini non solo della Francia, ma anche dell'Europa e dell'Occidente.

### 3. Affermazione e validità universale del principio di eguaglianza

Come si è affermata – nei limiti in cui è stata vincente – tale concezione estensiva e contro chi o che cosa?

Detto in termini concisi, il modello della titolarità universale dei diritti si è affermato in seguito alla graduale (e travagliata) affermazione di un principio: "l'eguaglianza naturale di tutti gli uomini". Trattasi di un principio che ha radici lontane nel tempo, in quanto, come rilevato, "quest'idea, rivoluzionaria per le società antiche, è stata sostenuta" di già "alle origini della cultura occidentale dai filosofi stoici nel III secolo a.C."[8]. Molteplici concezioni di natura religiosa oppure filosofico-politica hanno poi rilanciato detto principio nei secoli seguenti e con crescente successo. Sicché, in concomitanza ed in un rapporto causale, l'affermazione dell'eguaglianza naturale degli esseri umani ha accompagnato, in sede giuridica, la prefigurazione dei diritti umani ed in diversi ambiti l'istituzione di garanzie per la loro realizzazione.

Vista la ragione del favore è però necessario ricordare e rimarcare i fattori del disfavore nei confronti della "eguaglianza naturale di tutti gli uomini". Questi fattori sono costituiti sia da soggetti collettivi sia da atteggiamenti mentali. Vero è, infatti, che nella storia europea (ma non solo europea) la diseguaglianza degli esseri umani ed il dominio di una parte su un'altra degli stessi sono stati propugnati da soggetti collettivi dotati di potere istituzionale come stati (più esattamente, governanti degli stessi) o chiese (e non solo quella cattolica).

J. Robert, *Libertés publiques*, Paris, 1977, 48.

[8] Cfr. A. Facchi, *Breve storia*, *cit.*, 25, cui si rinvia anche per una lucida e sintetica esposizione delle correnti di pensiero che hanno propugnato l'eguaglianza naturale degli uomini.

Ma, intrecciati con l'operato di tali soggetti, hanno giocato un ruolo fondamentale dei fattori culturali, a volte perfino in contrasto con gli intendimenti di detti soggetti. Se pensiamo alle diseguaglianze attinenti al sesso, alla condizione socio-economica, all'orientamento religioso, ecc. constatiamo che l'eguaglianza degli esseri umani è stata ostacolata da opinioni radicate, da tradizioni, da abitudini, vale a dire o da culture o da subculture oppure da elementi costitutivi di culture[9]. A ciò va aggiunto che, proprio in presenza di pregiudizi radicati nell'opinione comune e nel vissuto nonché convenienti a soggetti collettivi o parti delle società, la realizzazione dell'eguaglianza e dei diritti di natura costituzionale, ove e quando si è verificata, è stata molte volte dolorosa e traumatica, poiché il superamento di radicati pregiudizi e di consolidati rapporti sociali (e connessi regimi giuridici) genera sempre sofferenza anche quando non avvenga in termini cruenti, cioè con violenza e spargimento di sangue.

I fattori ostativi nei confronti dei principî di eguaglianza e di libertà, cioè il razzismo, il sessismo, ecc. possono ancora operare, ed operano anche oggidì, per convenienza di parti della società, per la passività delle altre parti che ne sono vittime, per vischiosità culturale. Si può però affermare che, sul piano culturale e razionale, sono fattori recessivi, delegittimati: basti operare un raffronto fra le prese di posizione circa la superiorità di certe razze su altre o dei maschi sulle femmine riscontrabili in secoli (non lontani, peraltro) passati e l'assenza di giustificazione di tali diseguaglianze oggidì (pur sussistendo ancora fautori non confessi delle stesse).

Esiste però una motivazione, che viene avanzata per contestare l'universalità dei principî di eguaglianza e di libertà e che, pur priva di fondamento razionale, può far presa, perché – apparentemente – progressista e non conservatrice. Più esattamente, si è sostenuta la relatività storica e culturale dei diritti umani, negandosi con ciò l'inerenza degli stessi ad ogni essere umano. I principî di eguaglianza e di libertà sono nati e si sono affermati in Occidente, cioè in un certo contesto politico e culturale, e non avrebbero valore al di fuori di tale contesto. La estensione e l'applicazione dei principî di eguaglianza e libertà ad individui e popolazioni non appartenenti alla cultura occidentale costituirebbe una forzatura, una forma di imperialismo con tutti i connotati negativi del termine. I diritti umani si convertirebbero in fattori di oppressione.

In polemica contro tale motivazione, si possono richiamare le parole di uno studioso spagnolo, secondo il quale "l'argomento dell'origine occidentale dei diritti umani sembra attribuire nazionalità o etnicità alle norme morali in modo tale che chi appartenga ad una nazione determinata deve necessariamente guardare con sospetto e perfino respingere quelle che provengono da altre nazioni", ma, soggiunge l'Autore in oggetto, "il criterio

[9] Non mi inoltrerò, sia per incompetenza personale, sia per l'irrilevanza della problematica ai fini dello scritto, sul tema dei significati e dei connotati di concetti come cultura, sub-cultura, pregiudizio, posto che qualsiasi soluzione si accolga non mutano i fenomeni richiamati nel testo.

della nazionalità come modello di correttezza etica…sembra, per esprimermi con un eufemismo, grottesco se non addirittura indecente"[10]. Volendosi motivare la "indecenza" di tale argomento può rilevarsi, in primo luogo, che la dinamica storica ed il progresso registrano una continua osmosi di idee e di modi di vita ad esse conformi fra individui e popolazioni assolutamente diverse fra loro. La tecnologia si trasferisce da un paese ad altri, o a tutto il mondo, l'abolizione della schiavitù si è diffusa nel mondo ecc., e continuamente orientamenti culturali e stili di vita da un paese si diffondono ovunque. La diffusione dei farmaci o delle tecniche mediche europee ed americane in Africa, oppure del regime democratico in diversi continenti, sono il frutto dell'imperialismo occidentale? In secondo luogo è aberrante l'impiego del concetto di imperialismo, che designa un fenomeno di dominio politico-militare ed anche economico (in certi casi), alla promozione di trasformazioni culturali nell'interesse non dei promotori, ma di altri beneficiari.

Concludendo su questo tema, il principio dell'eguaglianza naturale degli esseri umani è un portato di civiltà etica, politica e giuridica e può essere osteggiato, con coerenza, solo dai fautori di ideologie anacronistiche ed oppressive, come il razzismo, il fascismo, l'antifemminismo[11], ecc.. La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino è ancora un faro nel rifiuto del dominio dell'uomo sull'uomo.

## 4. Supremazia del principio di eguaglianza e dei diritti umani nei confronti del multiculturalismo

Sulla base di quanto detto si può dimostrare che il multiculturalismo deve avere una scarsa rilevanza sul diritto costituzionale (anche) nella parte dei rapporti fra poteri pubblici ed individui. La tesi di fondo, che si vuol sostenere, è che il multiculturalismo può incidere solo come fattore di specificazione dei diritti costituzionali riconosciuti, quindi solo come ulteriore puntualizzazione, ma non compressione, dei medesimi.

Con una lucida osservazione autorevole dottrina ha rilevato un processo di "moltiplicazione" dei diritti, che si è sostanziato in un aumento della "quantità dei beni considerati meritevoli di essere considerati" e nella visione dell'uomo "nella specificità o nella concretezza delle sue diverse maniere di essere nella società"[12]. Le vicende della dottrina e della giurisprudenza sui

[10] Cfr. E. Garzón Valdés, *Diritti umani e minoranze*, in *Ragion pratica*, 1994, n. 2, 75.

[11] Sull'incompatibilità fra ideologie egualitarie nell'ambito di genere ed il rifiuto dell'universalità dei diritti umani, v., a titolo meramente indicativo, S. Castignone, *Il multiculturalismo è un male per le donne? Note a margine di un saggio di Susan Moller Okin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2010, 553 ss..

[12] Cfr. N. Bobbio, *Diritti dell'uomo e società*, in Id., *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 68

diritti costituzionali comprovano incontestabilmente questa affermazione. Così pure è incontestabile che i diritti delle diverse generazioni – civili, politici, sociali, ecc. – possono essere in conflitto e che necessita un bilanciamento onde realizzare un'armonia fra gli stessi[13]. Ciò premesso, l'ampliamento del novero dei diritti (ed il conseguente bilanciamento) deve incontrare dei limiti ed è ciò che si impone dinanzi al multiculturalismo.

Il limite alla moltiplicazione dei diritti è costituito dalla radice dei diritti proclamati, cioè dalla cultura politico-giuridica che ne è all'origine e che li fonda. Più concretamente, i diritti che la nostra costituzione, come le altre costituzioni liberaldemocratiche, sancisce sono l'espressione, per riprendere autorevoli parole, di una "concezione individualistica" e non "organicistica" della società[14], di un "*individualismo deontologico*", in virtù del quale "con sintesi brutale ma efficace, i singoli valgono più dei gruppi cui appartengono"[15]. Questa filosofia dell'"individualismo deontologico" non solo non significa una visione egoistica del singolo – poiché l'individuo bisognoso ha pretese di assistenza e tutela dei proprî interessi da parte della società e dei poteri pubblici – ma nemmeno implica un disconoscimento anche a livello costituzionale di soggetti collettivi, di comunità di varia natura. La concezione in esame implica solamente il rifiuto dell'organicismo, in quanto "attraverso l'antindividualismo sono passate più o meno tutte le dottrine reazionarie"[16] e la valorizzazione dei gruppi "solo per, e in virtù de, gli individui che li compongono"[17]. Con un riferimento alle entità collettive in generale, anche "le culture…valgono in quanto hanno valore per gli individui che le condividono, e non hanno alcun valore intrinseco"[18].

Giunti a questo punto, si può mostrare la ben scarsa rilevanza del multiculturalismo nell'ambito costituzionale.

In una direzione, si deve configurare una "supremazia dei diritti umani"[19], integrando la formula, con il riferimento al principio di eguaglianza, con una recessione dei "diritti culturali…ascritti a gruppi, o talvolta direttamente alla cultura della minoranza, quale oggetto che si ritiene olisticamente

(l'A. include nel processo di moltiplicazione anche l'estensione della titolarità di diritti a "soggetti diversi dall'uomo").

[13] V., per una trattazione articolata, G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, soprattutto 173 ss.; per una sintesi manualistica, v. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2013, 524 ss..

[14] Le parole sono di Bobbio, *La Rivoluzione francese e i Diritti dell'uomo*, in Id., *L'età*, *cit.*, 117 (ma si rinvengono anche in altri scritti dell'A.).

[15] Cfr. P. Comanducci, *Diritti umani e minoranze: un approccio analitico e neo-illuminista*, in *Ragion pratica*, n. 2, 1994, 53.

[16] Cfr. N. Bobbio, *La Rivoluzione*, *cit.*, 117.

[17] Cfr. P. Comanducci, *Diritti umani*, *cit.*, 53.

[18] *Ibidem*, 53. Si rinvia allo scritto di Comanducci nonché allo scritto di E. Garzón Valdés, *Diritti umani*, *cit.*, per le riflessioni critiche sulla vaghezza e sulla pretesa oggettività della nozione di cultura.

[19] La formula è di P. Comanducci, *Diritti umani*, *cit.*, 46.

dotato di valore intrinseco"[20]. Il che significa che diritti culturali, se si assuma tale categoria, possono valere solo se pienamente compatibili con i diritti costituzionali fondati sull'"individualismo deontologico"[21].

In altra direzione, si può assumere che la configurazione estensiva della sfera dei diritti costituzionali, mediante il processo di moltiplicazione e specificazione dei medesimi, consente di includere in detta sfera anche pretese culturali lecite (in quanto compatibili con l'"individualismo deontologico"). Per esemplificare, l'uso di indumenti, come un certo tipo di velo, che non precludano la riconoscibilità di donne, può ben essere ricondotto all'esercizio di una libertà personale estensivamente intesa[22].

Con una battuta, contenente una similitudine, come la presenza della religione musulmana con la richiesta di apertura di moschee non muta il senso fondamentale della libertà religiosa riconosciuta dall'art. 19 cost., così la presenza del multiculturalismo non deve alterare l'assetto dei diritti costituzionali, ma solo essere inquadrato e disciplinato in tale assetto.

## 5. Due notazioni conclusive

Il discorso condotto in precedenza investe, come s'è anticipato all'inizio, la sfera dei principî e comporta una portata dei diritti costituzionali restrittiva verso il multiculturalismo. Come pure anticipato, ci possono essere circostanze in cui non per rispetto delle culture, bensì per non danneggiare persone appartenenti a queste ultime, si possono operare deroghe circoscritte (compromessi imposti dalla realtà, non bilanciamento di diritti). Ad esempio, il riconoscimento di qualche diritto di una (seconda, terza o quarta) moglie, che abbia contratto un matrimonio poligamico (da non riconoscere), oppure l'adozione di un rito meramente simbolico, e senza sofferenze né danni alle bambine, di mutilazioni genitali femminili, con la prospettiva di sradicarne la pratica[23], possono essere compromessi costituzionalmente accettabili, perché non incompatibili con la *ratio* dell'"individualismo deontologico". Ma su ciò non ci soffermiamo ulteriormente.

Un cenno, sia pur veloce, voglio fare a possibili cause culturali e politiche che possono indurre alcuni settori della dottrina a configurare una recessione

[20] Cfr. P. Comanducci, *Diritti umani*, *cit.*, 53.

[21] Riprendendo quanto enunciato di sfuggita in precedenza, ribadisco che i diritti culturali non vanno bilanciati con i diritti sanciti, ma sono sottordinati a questi e configurabili solo nel pieno rispetto di questi. Se ad esempio una cultura ammette una (quasi) schiavitù, il diritto a tener persone in (quasi) schiavitù non va bilanciato con il diritto alla libertà, ma va negato "senza se e senza ma".

[22] Su questo tema specifico, nonché su altri attinenti a fattispecie di multiculturalismo compatibili con i diritti costituzionali, si rinvia al bel saggio di P. Veronesi, *Diritti costituzionali e multiculturalismo*, in *Diritto e società*, 2012, soprattutto 39 ss..

[23] Sul punto, v. ancora P. Veronesi, *Diritti*, *cit.*, 36 ss..

dei diritti costituzionali dinanzi al multiculturalismo, cioè ad affermare la supremazia di quest'ultimo sui primi.

Una prima causa può essere costituita da un atteggiamento non infrequente in studiosi di scienze umane, che definirei, con termine improprio ed estensivamente inteso, sociologismo. Si tratta di una tendenza di studiosi di fenomeni sociali. Più esattamente, questi studiosi, correttamente, debbono assumere un atteggiamento di comprensione dei comportamenti umani e sociali studiati ed a tal fine debbono prescindere il più possibile da valutazioni di ordine morale o politico. Il criminologo deve studiare le condotte costituenti reati senza condannarle in quanto studioso, così come l'antropologo può analizzare riti barbarici e riprovevoli senza esprimere alcuna riprovazione. Nella descrizione dei fenomeni ciò è pienamente lecito, anzi direi doveroso. L'illecito, in termini razionali, sorge allorché, in piena violazione della legge di Hume, lo studioso giustifica e legittima i fenomeni studiati. Recentemente, si può citare quest'esempio, un antropologo inglese (se non m'inganno) ha dichiarato che per lui non esiste il familismo amorale, né la figura del delitto e ciò senza ben precisare che, sul piano del giudizio di valore, tali concetti sono invece imprescindibili. Ebbene, anche nell'analisi del multiculturalismo può ben accadere che questo fenomeno da oggetto e fonte di giudizi di fatto possa divenire fonte di giudizio di valore (positivo), a detrimento dei valori che fondano i diritti costituzionali.

La seconda causa è costituita da una motivazione politica, cioè da una concezione scorretta ed irrazionale del liberalismo e della tolleranza.

Che l'affermazione del liberalismo sia strettamente associata alla tolleranza, cioè al riconoscimento della legittimità ed all'accettazione di opinioni e condotte umane in precedenza non tollerate e represse dal potere politico o da soggetti collettivi di grande influenza (come le chiese), è un dato incontestabile. Il costituzionalismo liberaldemocratico ha comportato, e deve comportare, la tolleranza di opinioni e comportamenti, pur se non graditi a tanti individui, perfino se quest'ultimi costituissero una larga maggioranza della società. Attenzione, però! Un regime liberaldemocratico deve garantire l'espressione di opinioni o libero svolgimento di azioni che non ledano i diritti altrui contro manifestazioni repressive del potere, del dominio di uni su altri. La stessa logica di rifiuto degli arbitrî di potere deve comportare tolleranza solo di opinioni e comportamenti che non ledano diritti altrui, e, di converso, intolleranza di opinioni e comportamenti lesivi dei legittimi interessi degli altri consociati. Ad es., va riconosciuta la libertà sessuale, purché esercitata fra persone consenzienti, non può essere tollerata la pedofilia.

La tolleranza di aspetti illiberali delle culture costituisce una traduzione perversa del liberalismo in una ideologia del dominio dell'uomo sull'uomo, cioè è una versione di tolleranza, al di fuori e contro la *ratio* della medesima, che deve operare a favore solo di opinioni e condotte non lesive della dignità umana, senza alcun rispetto verso pretese prevaricatorie che si fondino su valori opposti a quelli proprî di regimi liberaldemocratici.

# I SEGNI DI UN'INVOLUZIONE: L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE D'EGUAGLIANZA. NOTE PRELIMINARI

Giovanni Luchena

Sommario: Premessa. – 1. La teologia del mercato e il depotenziamento delle politiche per la riduzione delle disuguaglianze: la socialità "isolata". – 2. La parabola discendente della normatività della Costituzione ovvero della rinuncia al potenziale risolutivo dei conflitti. – 3. L'eguaglianza come *Grundnorm* quale affermazione della cultura dei diritti e dell'eguale dignità della persona. Oltre l'*homo oeconomicus* e il *foedus* economico-finanziario.

## Premessa

«Nulla è senza un segno» scrive Paracelso nel IX libro (intitolato *De signatura rerum naturalium*) contenuto nel trattato *De natura rerum* chiarendo la sua idea in base alla quale «tutte le cose portano un segno» e che, in qualche misura, questi segni sono in grado di rivelare «le loro qualità invisibili»[1], cioè la loro essenza. Così, anche nella società attuale, liquida, globalizzata, de-democratizzata vi sono alcuni "segni" della *trasformazione* in corso che rivelano le qualità di un percorso, forse di un progetto, volto ad invertire taluni ordini di priorità stabiliti dalla Costituzione.

Con le presenti note, preliminari ad ulteriori approfondimenti, s'intende illustrare taluni *segni* rivelatori della parabola discendente del progetto costituzionale di lotta alle disuguaglianze quale esito dell'orientamento riduttivo della forza normativa della Costituzione e (conseguentemente) instaurativo di un modello economico sostanzialmente ad essa estraneo.

Contro tale processo di trasformazione, se non di stravolgimento della stessa funzione del diritto, si avverte la necessità di rivalutare i fondamenti del patto sociale come stabiliti dalla Costituzione, non soltanto rispetto a ciò che vi si scorge *dentro* (il suo contenuto) ma anche a ciò che c'è *dietro* (la sua storia) e a ciò che non si manifesta espressamente, cioè quello che *non si vede* eppure traspare o che da essa si deduce.

Insomma, per rimanere nel campo filosofico, prendendo in prestito questa volta un asserto di Jacob Boheme, la *segnatura* è «simile ad un liuto che rimane silenzioso ed è muto e incompreso, ma se qualcuno lo suona, allora s'intende»[2]: oggi sembra, infatti, che la musica suonata dal liuto/Costituzio-

[1] G. Agamben, Signatura rerum. *Sul metodo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, 34.

[2] «For the signature stands in the essence, and is as a lute that lies still, and is indeed a dumb thing that is neither heard or understood, but if it be played upon, then its form is

ne sia stata spenta o vada sfumandosi perché il suo "suono" è sovrastato da un'altra musica che ne impedisce di ascoltare le sue note.

## 1. La teologia del mercato e il depotenziamento delle politiche per la riduzione delle disuguaglianze: la socialità "isolata"

Ai giorni nostri, l'intervento pubblico per rimuovere le disuguaglianze segna una fase recessiva perché il carattere (apparentemente) "neutrale" dell'agire economico lascia spazi residui alla scelta politica. Quello che la Costituzione stabilisce come suo orientamento di base – cioè, fondamentalmente, la previsione del ruolo dello Stato non quale mero osservatore delle dinamiche economiche ma attore e attuatore delle proprie politiche a finalità sociale – è oggetto di una rivisitazione in senso regressivo e, pertanto, di un suo pericoloso depotenziamento.

La Costituzione, però, si pone contro «una teologia economica che rende succube dei mercati e della finanza le scelte politiche e quelle sociali»: essa compie una scelta di campo ben precisa e cioè quella di stare dalla parte dei più deboli[3]. Il *progetto costituzionale dell'uguaglianza* risponde, allora, in «modo organico e funzionale, a determinati obiettivi di politica economico-sociale»[4] orientati alla tutela del lavoratore e della dignità della persona attraverso l'implementazione di pratiche di solidarietà e di *compiti* di uguaglianza sostanziale, una *Staatsziebelstimmung* «in contrapposizione da una parte ai semplici "indirizzi programmatici" e dall'altra agli "incarichi di legiferare"»[5].

Tra i *segni* della richiamata regressione/decostruzione, può richiamarsi l'interruzione del circuito "naturale" uguaglianza/diritti sociali quale apposizione del "marchio di fabbrica" del *moral divide* generato, fra l'altro, dal monetarismo e dalle politiche di *austerity* che prendono il loro inesorabile cammino dalla strategia intrapresa a Maastricht e, su un piano più ampio, dalla finanziarizzazione globale dell'economia[6], oltre che, in tempi più recenti, dall'esplosione della crisi economica mondiale.

understood in what form and tune it stands, and according to what note it is set»: così J. Boehme, Signatura rerum, cap. I, punto 4, London, J.M. Dent & Sons Ltd., New York, E.P. Dutton, 1912, reperibile anche nel sito: *www.jacobboehmeonline.com.*

[3] G. Azzariti, *Portata rivoluzionaria dell'uguaglianza: tra diritto e storia*, in C. Giorgi (a cura di), *Il progetto costituzionale dell'uguaglianza*, Roma, Ediesse, 2014, 34.

[4] F. Gabriele, *Premessa introduttiva*, in Id. (a cura di), *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e "crisi del mercato"*, Bari, Cacucci, 2005, IX.

[5] E. Denninger, *Portata rivoluzionaria del principio dello "Stato sociale" nella Legge fondamentale tedesca?*, in C. Giorgi (a cura di), *op. cit*., 43.

[6] M. Villone, *L'Europa: terra di diritti, crisi, disuguaglianze*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna* online, giugno 2015, *www.edizioniesi.it.*

Tale percorso, sul versante "interno", ha "legittimato", per così dire, anche politiche legislative volte a dar corpo ai noti «tagli agli investimenti nei diversi settori dello Stato sociale»[7] (scuola, università, pensioni, assistenza, lavoro), registrandosi, oltre tutto, un controverso orientamento della giurisprudenza costituzionale (che, in questa sede, può solo essere segnalato) consistente nel privilegiare le esigenze finanziarie rispetto a quelle dei diritti costituzionali[8].

La direzione verso la finanza stabile, la riduzione del debito e la sostenibilità del *deficit*, benché intrapresi con l'obiettivo dichiarato di non «compromettere il livello indeclinabile del progetto costituzionale di eguaglianza sostanziale»[9], hanno condotto, fatalmente, a risultati non soddisfacenti, se non proprio deludenti, sul versante della tutela dei diritti sociali. Allo stesso modo, il modello eurotedesco dell'economia sociale di mercato – i cui presupposti concettuali non escludono l'intervento pubblico nell'economia in funzione della socialità, ma lo contemplano e lo reclamano – sembra abbia davvero accantonato o comunque rinviato la lotta alle disuguaglianze solo se si considera il timido approccio europeo ai diritti sociali considerati da sempre come *domestic affairs*.

Perseguire l'obiettivo della riduzione delle disuguaglianze significa attuare, rendere attive, cioè *in atto*, politiche redistributive per il conseguimento del pur complicato obiettivo della giustizia sociale, oggi, invece, rese disarmoniche, se non antitetiche, rispetto alla dottrina mercatista prevalente, la quale ha isolato le «spinte sociali non omologabili alla logica» di quest'ultima[10], di fatto rendendole inefficaci e ininfluenti: il principio di neutralità, neutralizzando le politiche di giustizia sociale/redistributiva, le quali, come insegna Norberto Bobbio[11], coincidono con il perseguimento dell'uguaglianza materiale, ha così contribuito al rovesciamento dello statuto costituzionale dell'uguaglianza.

La Costituzione, ad esempio, con riferimento all'art. 4, *segno* dell'instaurazione positiva dello Stato sociale, «pone il lavoro a fondamento, come

[7] G. Zagrebelsky, *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2014, 12.

[8] F. Gabriele, A.M. Nico, *Osservazioni "a prima lettura" sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: dalla illegittimità del "togliere ai ricchi per dare ai poveri" alla legittimità del "chi ha avuto, ha avuto…scordiamoci il passato"*, in *Rivista Aic*, n. 2/2015; A.M. Nico, *Una diversa configurazione della natura e del ruolo della rilevanza nel giudizio incidentale,* in M. Siclari (a cura di), *L'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale nei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, Atti del seminario svoltosi a Roma il 22 maggio 2015, Università degli Studi di Roma Tre, Roma, Aracne, in corso di stampa.

[9] A. D'Aloia, *I diritti sociali nell'attuale momento costituzionale*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 564.

[10] G. Zagrebelsky, *Contro la dittatura del presente*, *cit.*, 12.

[11] N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 2009, 6-8.

principio di ciò che segue e ne dipende: dal lavoro, le politiche economiche; dalle politiche economiche, l'economia»; oggi, al contrario, «dall'economia dipendono le politiche economiche; da queste i diritti e i doveri del lavoro»[12] essendo ormai divenuto prevalente il diritto della libera concorrenza rispetto a quello del lavoro[13]. «[L]a prevalenza del diritto della concorrenza, condizionando pesantemente l'autonomia degli Stati membri nelle scelte di politica economica, cioè nella materia più significativa per la realizzazione "materiale" del diritto al lavoro, frena pesantemente l'autonomia degli Stati e si riflette in un severo ridimensionamento dell'armamentario utilizzabile in vista di un progetto di piena e dignitosa occupazione»[14].

Lo iato esistente tra la società reale, concreta, e la "sovranità" economica transnazionale sta a poco a poco demolendo il «valore-base»[15] dell'eguaglianza, che invece dovrebbe essere difeso e valorizzato dallo Stato quale presupposto della convivenza civile. Nell'era del dominio del *chao* si coglie una pericolosa adesione alla magnificazione e alla deificazione del mercato quale «orologio naturale» al cui cospetto lo Stato è chiamato soltanto a «mettere olio negli ingranaggi»[16]. La teologia del mercato[17], in tal modo, ha prodotto il consolidamento delle posizioni di privilegio e di potere delle forze – estranee al circuito democratico – che "governano" le dinamiche economico-finanziarie a tutto svantaggio delle politiche per la riduzione delle disuguaglianze, in una spirale che intacca la dignità della persona umana e infligge colpi mortali alla sfera della socialità.

## 2. La parabola discendente della normatività della Costituzione ovvero della rinuncia al potenziale risolutivo dei conflitti

È noto come le costituzioni risentano delle «peculiarità della storia, delle tradizioni e (…) del complesso delle caratteristiche proprie delle società e

[12] G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1,* Torino, Einaudi, 2013, 4. V., inoltre, R. Pini, *Il lavoro tra utopia e pregiudizio*, in AA.VV., *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Vol. II, Milano, Giuffré, 2002, 931 ss.

[13] G. Azzariti, *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione europea,* Intervento alla tavola rotonda su "Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali", Perugia, 25 e 26 marzo 2011, in *www.europeanrights.eu.*

[14] G. Loy, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in E. Ghera, A. Pace (a cura di*), L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, Jovene, 2009, 29.

[15] L'espressione è da attribuire a F. Gabriele, *Conclusioni*, in AA.VV., *Governo dell'economia e diritti fondamentali nell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2010, 307.

[16] T. Todorov, *I nemici intimi della democrazia*, Milano, Garzanti, 2012, 121.

[17] Secondo A. Morrone, *Teologia economica v. Teologia politica?*, in *Quad. Cost*., 2012, 832, è ancora, sostanzialmente, il mercato a dettare l'agenda politica portando fuori dalla Costituzione il conflitto sociale.

degli ordinamenti che sono chiamati a disciplinare, e da cui ricevono una specifica vitalità operativa e sono, comunque, condizionate»[18]. Al tempo stesso, la Costituzione può essere «adattabile a situazioni nuove, lasciando aperto l'adito all'accoglimento di significati non previsti né prevedibili al momento della sua emanazione» ma ben diverso appare il rilievo da attribuire alla storia quando lo si utilizzi «per individuare l'insieme della situazione politico-sociale dalla quale la Costituzione è emersa, ponendosi quale espressione e garanzia degli interessi fondamentali in essa radicati, e, come tali, destinati ad alimentare in ogni sua fase la vita della medesima, fissandone la linea direttiva e nello stesso tempo il limite del suo svolgimento nel tempo»[19]. In sostanza, la Costituzione è, al tempo stesso, prodotto della cultura in termini di positivismo giuridico, che assegna al testo scritto un «grande significato» non tanto, o non solo, nella sua qualità di fonte gerarchicamente superiore, ma anche in quanto «document[o] ufficial[e] dello spirito umano», frutto delle elaborazioni di una filosofia costituzionale che riepiloga e riassume i «grandi eventi storico-spirituali che hanno fatto la storia dell'umanità» e "seleziona" le «esperienze» migliori «dell'umanità»[20].

Nella Carta fondamentale è radicata e persiste una parte velata, eppure rintracciabile, «che è l'insieme di tutto ciò che la Costituzione ha recepito nel tempo attraverso i conflitti che hanno segnato la sua storia e la storia della sua recezione»[21].

Se è vero che *visibilia ex invisibilibus*, allora, privarsi delle radici culturali e politiche della Costituzione può rappresentare un pericoloso punto di non ritorno rispetto alle conquiste di civiltà giuridica raggiunte in secoli di storia. Essa, dunque, è forse *qualcosa di più di un testo scritto*, è patrimonio della società politica che, per "custodirla", chiama in causa gli organi costituzionali: la *dottrina costituzionalistica dei valori* tiene insieme le diverse sfere sociali (politica, economia, religione) e presuppone che tali valori siano imbevuti della storia comune, del vissuto in concreto, che si autoalimentano in una continua opera di sistemazione, anche, e forse a maggior ragione, a seguito della continua emersione dei conflitti sociali perché «la questione della disuguaglianza e della redistribuzione sta al cuore del conflitto politico»[22].

La prevalenza della «interpretazione svalutativ[a] del ruolo e della forza della Costituzione»[23] ha reso quasi inoffensive le stesse ragioni del conflitto

[18] F. Gabriele, *Europa: la "Costituzione"* abbandonata, Bari, Cacucci, 2008, 83.

[19] C. Mortati, voce *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. Dir*., Vol. XI, Milano, Giuffré, 1962, 180-181.

[20] Cfr. G. Zagrebelsky, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, 16-17.

[21] A. Carrino, *Prefazione. A chi appartiene la Costituzione?*, in Id., *La giustizia come conflitto. Crisi della politica e stato dei giudici,* Milano-Udine, Mimesis, 2011, 18.

[22] T. Piketty, *Disuguaglianze*, Milano, UBE, 2014, 3.

[23] G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?,* Roma-Bari, Editori La-

per la rimozione delle disuguaglianze, «annullando la forza etica della dignità della persona e la partecipazione ragionata alla vita politica per difendersi dalle tentazioni comunitarie e intolleranti»[24], con la conseguenza che viene svalutato il valore dell'eguaglianza «perché il declino delle politiche di redistribuzione e di giustizia sociale facilita il declino dell'eguale rispetto e il senso di irrilevanza della partecipazione»[25].

Al contrario, la costituzione normativa, pacificatrice potenziale dei conflitti sociali, come costruita attorno alla formula dello Stato sociale di diritto[26], è, almeno nella parte relativa ai principi, inflessibile e intoccabile[27], protegge il passato e non rimuove il futuro, anzi proprio con riferimento a taluni principi fondativi (ad esempio il lavoro) guarda molto lontano a dispetto della tesi della «inadeguatezza» di taluni «contenuti costituzionali» rispetto ai fenomeni del tempo presente[28].

La Costituzione porta con sé un progetto nei confronti del quale il legislatore è obbligato in virtù della sua normatività[29]. Al contrario, «la politica di questi anni ha finito col mettere a rischio anche il passato, le sue conquiste, la grande eredità del costituzionalismo sociale e democratico del secondo novecento»[30] anche a causa di «prove non eccelse date dal sistema di *welfare state*»[31]. Quest'ultimo, oltre a garantire i diritti sociali e ad abbattere talune forme di ingiustizia sociale, è stato capace di proteggere anche certi privilegi in danno di altri soggetti ed è per tale ragione che, probabilmente, è stato intrapreso il cammino di una sorta di «*devolution* verso la libertà»[32] e, in particolare, della massimizzazione di quella economica quale parte di quel processo radicalmente decostruttivo di cui si diceva, proprio perché, appunto, mina *in radice* i fondamenti storico-costituzionali, «in sintonia con

terza, 2013, 9. Sul tema v. A. Ruggeri, *La "forza" della Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it,* 9 ottobre 2008.

[24] N. Urbinati, *Liberi e uguali. Contro l'ideologia individualista*, Roma.Bari, Editori Laterza, 2011, 14.

[25] N. Urbinati, *op. cit*., 15.

[26] F. Balaguer Calleòn, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *www.koreuropa.eu.*

[27] F. Gabriele, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della prima parte (quella "intoccabile"!) della Costituzione*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2013.

[28] M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista Aic*, n. 1, 2013, 17.

[29] P.A. Capotosti, *Intervento* svolto al Convegno su *Giurisprudenza costituzionale ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, Roma, Palazzo della Consulta, 24 maggio 2006, reperibile in *www.cortecostituzionale.it.*

[30] A. D'Aloia, *op. cit.*, 572.

[31] M.R. Ferrarese, *L'uguaglianza e la conversazione democratica. Tra politica ed economia*, in C. Giorgi (a cura di), *op. cit*., 144.

[32] *Ibidem*.

l'affermarsi sempre più marcato di tendenze di stampo neo-liberistico, con le quali pare essere più in accordo una visione della Costituzione come equilibrio regolato di forze piuttosto che come indicatore prescrittivo di finalità di ordine collettivo»[33].

### 3. L'eguaglianza come *Grundnorm* quale affermazione della cultura dei diritti e dell'eguale dignità della persona. Oltre l'*homo oeconomicus* e il *foedus* economico-finanziario

Da quanto in precedenza rilevato consegue che l'art. 3, c. 2, Cost. dovrebbe essere inteso come paradigma *à la* Thomas Khun, cioè considerando quella disposizione (*testo*) sia come adesione, più o meno consapevole, della collettività scientifica (e non solo) a taluni modelli e valori di riferimento sia come estrapolazione da quel portato, da quell'insieme, di singoli elementi del tutto[34].

Così la *Grundnorm* dell'art. 3 Cost.[35] – qui intesa in una delle molteplici caratterizzazioni kelseniane, fra cui quella tratteggiata, in particolare, nella *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cioè in termini di *appartenenza* e di *forza vincolante*[36] – «delinea il contesto genetico-funzionale nel quale dovrebbe sempre collocarsi l'azione dei pubblici poteri»[37], laddove l'avverbio *sempre* indica un percorso politico-giuridico in continua trasformazione ed evoluzione, non già il conseguimento di obiettivi astrattamente egualitari e ormai conseguiti ma concretamente e costantemente emancipatori dell'uomo in funzione del bene comune e collettivo. In questa prospettiva, il principio d'eguaglianza non può essere separato da quello della libertà, pena il suo «isolamento»[38], bensì coniugato insieme a quest'ultima, cui è legato da un nesso inscindibile fino a fondersi in quella che Étienne Balibar ha definito l'«*égaliberté*»[39], efficace sintesi linguistica del legame sussistente tra i due richiamati principi.

L'eguaglianza come *Grundnorm* presuppone, allora, la più ampia affermazione della «cultura civile dei diritti e [del]la cultura morale dell'eguale

[33] M. Fioravanti, *La trasformazione costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it,* fasc. 1/2013, 3.

[34] G. Agamben, *op. cit.*, 13 ss.

[35] A. D'Aloia, *op. cit.,* 570.

[36] S.L. Paulson, *Il problema della giustificazione nella filosofia del diritto di Hans Kelsen*, trad it. di G. Luchena, Torino, Giappichelli, 2014, 47 ss., 53.

[37] F. Gabriele, *Conclusioni*, *cit.*, 208.

[38] S. Rodotà, *Prefazione*, in C. Giorgi (a cura di), *op. cit*., 10.

[39] É. Balibar, *La proposition de l'égalibertè. Essais politiques*, 1989-2009, Paris, PUF, 2010; Id., *Cittadinanza*, Torino, Bollati Boringhieri, 2012, 64 ss., *passim*.

dignità delle persone»[40], conchiusa nella Costituzione come frutto dell'esperienza liberale dell'eguaglianza come libertà e del fondamento democratico-sociale della partecipazione politica e della lotta alle disuguaglianze. Insomma, la parte più rilevante del nucleo fondativo della Costituzione si rinviene nella sua "impronta" sociale (il suo *segno autentico*) in virtù della quale la *Repubblica* è in funzione della persona (socialmente qualificata) e della sua emancipazione economico-sociale e politica[41]: una *norma fondamentale* che caratterizza «[l']eguaglianza non solo formale, ma anche e soprattutto sostanziale» di cui, senza indecisioni, e, anzi, «a gran voce, ne reclama il perseguimento e l'attuazione»[42].

Restare agganciati ai valori della Costituzione significa, in definitiva, prendere le distanze dalla logica sia dell'*homo oeconomicus*, mero «selezionatore di preferenze»[43], sia del *foedus* di tipo finanziario-economico, un modello avulso «dalla coscienza sociale collettiva»[44]: non è il mercato o la sua assolutizzazione[45] il valore basilare di una società democratica e pluralista «ma invece l'effettiva capacità degli individui concreti di operare con autonoma responsabilità nella società nella quale vivono, una premessa che può richiedere interventi politici nella sfera economica con finalità redistributive e nella sfera finanziaria con finalità di controllo e trasparenza»[46].

Sta di fatto che i sostenitori della teologia del mercato e i suoi alleati hanno contribuito a determinare la «mercificazione del mondo»[47] dando l'impulso alla elaborazione di una sorta di teoria capovolta della *Grundnorm* dove è il mercato che produce le regole «semplicemente perché esso *presuppone* e si fonda su un ordine sociale *preesistente* al mercato stesso»[48] (corsivo aggiunto), e per ciò stesso incapace di produrre, schmittianamente parlando, decisioni politiche fondamentali. Così entra in crisi anche la «dimensione sostanziale della democrazia: alla rigidità delle Costituzioni si sono sovrapposte la rigidità delle leggi del mercato»[49] e al principio dinamico dell'eguaglianza sostanziale si è sostituito il principio della neutralità o regolativo[50].

[40] N. Urbinati, *op. cit*., 3.

[41] Infatti, forti disparità, ad esempio di reddito, «hanno buone probabilità di generare altre disuguaglianze» e tali «disuguaglianze economiche contribuiscono a produrre disuguaglianze politiche»: cfr. R.A. Dahl, *Sull'uguaglianza politica*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, 80.

[42] F. Gabriele, *Premessa introduttiva*, *cit.*, X.

[43] N. Urbinati, *op. cit*., 24.

[44] F. Petrillo, *L'Europa senza statualità. L'essere umano dei diritti nell'integrazione tra i popoli globalizzati*, Chieti, Zolfanelli, 2013, 103.

[45] G. Zagrebelsky, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, *cit.*, 21.

[46] N. Urbinati, *op. cit*., 35-36.

[47] A. Carrino, *La crisi dello Stato tra liberalismo e democrazia*, in Id,, *op. cit*., 167.

[48] A. Carrino, *La crisi dello Stato tra liberalismo e democrazia*, *cit.*, 169.

[49] L. Ferrajoli, *Il nesso, oggi in crisi, tra uguaglianza, sviluppo economico e democrazia*, in C. Giorgi (a cura di), *op. cit*., 161.

[50] L. Ferrajoli, *op. cit.,* 166.

*Segni*, come si diceva, di un *declino* al quale occorrerebbe contrapporre la forza autorevole della Costituzione e delle sue direttive inducendo e stimolando il legislatore a rimuovere per tempo lo scudo dell'assolutezza della legge del mercato dietro il quale ora si nasconde utilizzando l'alibi o l'argomento della «incontrollabilità» della finanziarizzazione dell'economia e della «inevitabilità» delle scelte che è "costretto" a compiere a causa «della necessità o del destino»[51].

[51] Cfr. G. Zagrebelsky, *Fondata sulla cultura*, Torino, Einaudi, 2014, 104.

# LA MOGLIE DI CESARE E L'UOMO RAGNO. BREVI NOTE SULLA PARTECIPAZIONE DEI MAGISTRATI ALLA COMPETIZIONE POLITICA

Raffaele Manfrellotti

Sommario: 1. Inquadramento del problema: la magistratura come bacino di reclutamento di personale politico "moralmente ineccepibile". – 2. Sui limiti dell'impegno politico attivo dei magistrati: la possibilità di limitare per legge l'iscrizione a partiti politici. – 3 (segue). Il dovere di "disciplina e onore" ai sensi dell'art. 54 Cost. – 4. La prassi costituzionale: disamina dei casi più significativi. – 5. Conclusioni.

## 1. Inquadramento del problema: la magistratura come bacino di reclutamento di personale politico "moralmente ineccepibile"

La fine della Guerra Fredda ha segnato lo spartiacque tra due diversi periodi della storia costituzionale repubblicana. Sebbene le espressioni "prima" e "seconda" Repubblica siano scientificamente discutibili (essendo rimasto immutato l'ordine positivo costituzionale), certamente l'esperienza del concreto atteggiarsi dei rapporti tra i pubblici poteri registra una crisi della legittimazione delle istituzioni democratico-rappresentative e la valorizzazione degli organi tecnocratici (meno compromessi, nella percezione generale, con il malcostume politico che sarebbe emerso nel corso dell'inchiesta giudiziaria "Mani pulite"). Di ciò è espressione, ad esempio, la sottrazione di larghi e rilevanti settori della pubblica amministrazione ad organismi indipendenti caratterizzati da modelli operativi in parte ispirati al processo (e in effetti talvolta definiti, sia pure impropriamente, "paragiurisdizionali"): lo studio delle autorità amministrative indipendenti ha rappresentato uno dei filoni di ricerca degli studiosi di diritto costituzionale più fecondi. Vi è, tuttavia, un'altra realtà riconducibile alla crisi dei partiti come fattori di legittimazione democratica, non meno rilevante dal punto di vista dei problemi di tenuta del sistema costituzionale che essa solleva: l'erompere della partecipazione diretta dei magistrati alla competizione politica.

Si tratta di un fenomeno che merita un'attenta considerazione nell'ambito di una ricerca sul ruolo del giudice nell'esperienza costituzionale attuale. La sua peculiarità è in questo, che in tali casi l'attività dei magistrati non interseca l'esercizio delle funzioni degli organi politici nel corso del controllo giurisdizionale (particolarmente in materia penale) che la Costituzione ad essi affida. Il momento della "discesa in campo" dei giudici si svolge infatti secondo le regole della legittimazione democratica, e dunque mediante la ricerca del consenso del corpo elettorale: ma l'attività di canalizzazione del consenso è

esercitata facendo leva sul proprio *status* di magistrato, affermando qualità di onestà e integrità morale che sarebbero certificate dall'appartenenza del candidato ad un potere, quale quello giudiziario, indipendente dal sistema dei partiti e dunque dalle deviazioni dall'ordine costituito che nella prassi tale sistema ha talvolta dimostrato. La magistratura, in tali casi, sembra agire in supplenza al sistema politico quanto alla selezione dei funzionari da insediare nelle cariche elettive, in ragione della più o meno palese convinzione che il sistema stesso non è in grado di presentare candidati in possesso delle qualità morali necessarie per l'assunzione della carica oggetto della competizione. Ciò è confermato dalla circostanza che talvolta la presentazione del magistrato agli elettori ha seguito la conduzione di inchieste penali su personaggi di spicco della politica (si pensi al caso degli *ex* p.m. Antonio Di Pietro e Luigi De Magistris), inchieste che peraltro, in alcuni casi (quale, appunto, quello di De Magistris), erano fondate su un impianto probatorio assai fragile. Tutto questo, unito alla constatazione che la strategia elettorale del candidato magistrato è stata spesso incentrata anche sulla delegittimazione politica dei propri avversari, solleva rilevanti problemi di diritto costituzionale e spinge ad interrogarsi sui limiti che il fenomeno deve incontrare nell'ambito di un rapporto tra i pubblici poteri conforme ai principi della Carta fondamentale, e sulle deroghe che il principio di eguaglianza deve sopportare in riferimento ai magistrati affinché l'equiparazione agli altri cittadini sotto il profilo del godimento dei diritti politici non vada a comprometterne la funzione svolta.

## 2. Sui limiti dell'impegno politico attivo dei magistrati: la possibilità di limitare per legge l'iscrizione a partiti politici

Tradizionalmente, dei magistrati si dice che essi debbono essere come la moglie di Cesare: la quale non soltanto deve essere onesta, ma deve anche apparire tale. Tale regola di opportunità riposa su un'evidente esigenza di certezza del diritto. Se fosse minata la percezione *super partes* del magistrato, resterebbe altresì compromessa la sua funzione, non più percepita come imparziale. E venuta meno la fiducia dei cittadini nell'imparzialità della giustizia, lo stesso ordinamento ne risulterebbe pesantemente indebolito, perché messo in discussione nel momento più tangibile della sua traduzione dal piano dell'astrazione a quello della concreta effettività: quello della pronunzia del giudice, che trasforma le prescrizioni generali e astratte in regole di vita concreta per i singoli coinvolti dal processo.

Espressione di tale principio sono gli istituti dell'astensione e della ricusazione del giudice: che disciplinano, al di là di ogni valutazione sul concreto esercizio della funzione giurisdizionale (il giudice potrebbe astrattamente mantenere indipendenza di giudizio anche nei riguardi delle persone a lui più prossime), l'apparenza del magistrato, il divieto di prender parte a pro-

cessi nei quali potrebbe configurarsi, sia pure in via meramente eventuale, un proprio interesse, anche indiretto, alla definizione della controversia. Tale apparenza, come accennato, rappresenta un bene giuridico di rilevanza fondamentale perché legato al principio di certezza del diritto: se venisse posta in discussione l'indipendenza e la serenità di giudizio dei giudici, sarebbe altresì revocata in dubbio la stessa sottoposizione dei singoli all'ordinamento. La percezione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura si lega infatti al grado di consenso sociale dell'attività di questo potere, alla pacifica sottoposizione dei singoli al loro giudizio e, dunque, alle norme dell'ordinamento che, loro tramite, si inverano nella realtà.

La consapevolezza dell'importanza della trasparenza della funzione giurisdizionale e della percezione di essa, da parte della società, come indipendente e imparziale, ha ispirato numerose norme della Costituzione in materia di organizzazione della giustizia (di cui non si può dar conto dettagliatamente in questa sede) ma, nella prospettiva che più interessa il presente lavoro, altresì l'art. 98, u.c. Cost., nella parte in cui consente al legislatore di limitare l'iscrizione a partiti politici di alcune categorie di funzionari tra cui, primi tra gli altri, i magistrati. Viva fu, in Assemblea Costituente, la memoria dell'esperienza fascista e dell'utilizzo politico della giustizia nel perseguire gli interessi del partito, che portò alla genesi dell'attuale art. 98 e al tentativo di salvaguardare l'indipendenza della magistratura da qualsivoglia interesse politico. La norma esprime un evidente diffidenza per qualsivoglia coinvolgimento politico attivo dei magistrati nella politica, che potrebbe comprometterne l'indipendenza nell'esercizio delle funzioni o, quanto meno, ingenerare perniciosi dubbi in ordine a tale indipendenza. Il terzo comma dell'art. 98 ha tuttavia avuto un modesto seguito legislativo. L'unico limite attualmente vigente è posto dalla legge n. 276 del 1997, che prevede quale causa di incompatibilità per l'ufficio di magistrato onorario aggregato l'aver ricoperto per il triennio precedente alla nomina incarichi di vertice in un determinato partito. In verità, il divieto di iscrizione a partiti politici per taluni pubblici funzionari, tra cui i magistrati, era stabilito dall'art. 1 del d. l. n. 141 del 1991, che tuttavia non fu mai convertito.

Nel vigente ordinamento, dunque, non esiste alcun divieto di iscrizione a partiti politici per i magistrati. Anzi, nell'esperienza della storia costituzionale della Repubblica, a seguito della promulgazione della legge per il funzionamento del CSM (l. n. 195 del 1958) i dissensi interni al potere giudiziario ne determinarono la scissione in tre "correnti" (*Magistratura indipendente, Terzo potere* e *Magistratura democratica*), che pur non configurandosi come partiti in senso tecnico, avevano tuttavia la vocazione politica e settoriale propria delle associazioni *ex* art. 49 Cost.

L'assenza di un divieto normativo ai sensi dell'art. 98, co. III Cost. potrebbe spingere a relegare il fenomeno della partecipazione politica dei magistrati nell'area del costituzionalmente permesso, equiparando in tutto e per

tutto la posizione di questi ultimi a quella degli altri cittadini. Una tale conclusione sarebbe, tuttavia, ad avviso di chi scrive, estremamente superficiale.

### 3 (segue). Il dovere di "disciplina e onore" ai sensi dell'art. 54 Cost.

Oltre al citato art. 98, co. III, sussiste un'ulteriore disposizione costituzionale da cui sembra possibile trarre alcuni principi applicabili alla fattispecie oggetto della presente analisi: l'art. 54 Cost. La disposizione enuncia taluni principi suscettibili di essere applicati al caso di specie sotto più profili.

In primo luogo, la norma rileva nella parte in cui esprime il principio di fedeltà alla Repubblica. Si è osservato[1] che si tratta di una prescrizione residuale, lì dove essa fissa un comportamento cui i cittadini sono tenuti in relazione a tutto ciò che non è disciplinato espressamente, che li obbliga ad agire conformemente ad interessi costituzionalmente rilevanti anche in assenza di norme che impongano comportamenti specifici. L'obbligo di fedeltà alla Repubblica già costituirebbe un parametro normativo sufficiente per interrogarsi sulla coerenza con lo spirito della Carta costituzionale del comportamento di un magistrato che discenda nell'agone elettorale sfruttando la pubblicità derivatagli da un processo particolarmente significativo agli occhi dell'opinione pubblica, specie nell'ipotesi in cui il processo medesimo si risolvesse in una bolla di sapone. Forte sarebbe il rischio che l'elettore si lasci coinvolgere da impulsi emotivi o da moti di protesta avverso il sistema partitico, esprimendo il proprio consenso elettorale più sulla base di spinte irrazionali che di un consapevole esercizio del proprio diritto di voto. Sebbene ciò non costituisca un comportamento espressamente vietato dall'ordinamento, un'attenta considerazione del valore della libertà del voto alla luce del citato principio di fedeltà alla Repubblica dovrebbe spingere a qualche valutazione quanto meno di opportunità in ordine all'ammissibilità di un tale comportamento da parte di esponenti della magistratura.

In realtà, come è noto, accanto al dovere di fedeltà alla Repubblica che l'art. 54 prescrive a tutti i cittadini, esso impone altresì a coloro che siano affidate pubbliche funzioni di esercitarle con "disciplina e onore". Si tratta di un dovere di fedeltà alla Repubblica qualificato, il quale impone un vincolo più forte in riferimento ai pubblici funzionari. Questi ultimi debbono rispettare l'apparato al quale appartengono evitando di lederne il prestigio, in particolare evitando comportamenti che, quando anche non espressamente vietati, possano danneggiarne l'immagine (tale è il significato che deve attribuirsi all'obbligo di "disciplina"), e debbono orientare la loro attività al servizio dei supremi principi dell'ordinamento costituzionale, primo tra tutti il principio

[1] G. M. Salerno, *Art. 54*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, I, Torino, 2006, 1080.

democratico nelle declinazioni che esso riceve nel sistema della Carta (questo è il senso dell'obbligo di "onore").

Appare evidente che lo sfruttamento dell'eco mediatica derivante da un processo penale o da un'indagine "eccellente", particolarmente quando l'impianto accusatorio non sia confermato dalla decisione del collegio giudicante, al fine di presentarsi agli elettori come una sorta di paladino della legalità e della giustizia in opposizione ad esponenti di un sistema politico corrotto, costituisce un comportamento senz'altro poco coerente con l'obbligo di disciplina perché espone l'istituzione giudiziaria, caratterizzata dall'imparzialità più che qualsiasi altro potere dello Stato, a sospetti di parziarietà o di improprio utilizzo per finalità politiche delle funzioni ad essa attribuite dalla Carta costituzionale. Poco rileva, al fine del contenuto dell'obbligo di disciplina *ex* art. 54, co. II Cost., che tali sospetti siano fondati o meno: è sufficiente insinuare in una parte degli elettori il dubbio che l'esercizio dell'azione penale nei confronti di alcuni esponenti di spicco del sistema dei partiti sia stata utilizzata come una sorta di "primo stadio" per preparare un impegno politico attivo del magistrato inquirente per minare la fiducia dei cittadini nell'imparzialità delle attribuzioni della magistratura. Il problema acquista dimensioni ancora più significative nell'ipotesi, tutt'altro che rara, in cui il magistrato, conclusa la propria militanza attiva in un determinato partito, riprenda l'esercizio delle proprie funzioni, poiché ad avviso di chi scrive il dubbio sulla terzietà di un soggetto con un orientamento politico nettamente definito e palesato attraverso la competizione elettorale appare quanto meno legittimo.

Sotto altro profilo, tale comportamento appare non in linea, altresì, con il vincolo dell'onore, perché la partecipazione alla competizione elettorale crea un'impropria commistione tra organi di legittimazione democratica e organi di legittimazione tecnocratica, poco coerente con il principio della separazione delle funzioni accolto dalla Carta quale supremo criterio di organizzazione dei pubblici poteri e di manifestazione delle funzioni in cui si articola la sovranità dello Stato.

Ne consegue che, nella prospettiva dell'art. 54 Cost., deve essere guardato con preoccupazione l'esercizio da parte dei magistrati in servizio dei diritti di elettorato passivo, formalmente ad essi riconosciuti, quanto meno nell'ipotesi in cui il magistrato abbia preso parte in qualità di pubblico ministero o di organo giudicante ad indagini o processi che coinvolgano, a vario titolo, personalità del mondo politico e istituzionale: l'obbligo di fedeltà alla Repubblica determina una restrizione delle posizioni soggettive legate all'elettorato passivo dei magistrati, al fine di mantenerne il ruolo svincolato da ingerenze politiche o dal sospetto di esse[2].

[2] Si confrontino le considerazioni di A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013.

## 4. La prassi costituzionale: disamina dei casi più significativi

I casi di partecipazione dei magistrati alla politica sono assai numerosi nella storia costituzionale della Repubblica. Alcuni di essi hanno anche ricoperto ruoli particolarmente significativi, quali quello di sindaco in grandi città[3], di ministro o sottosegretario[4], di Presidente della Camera[5], e persino di Presidente della Repubblica[6]. Come accennato, conclusa la propria esperienza politica, il magistrato ha talvolta continuato ad esercitare le proprie funzioni[7].

Nella passata legislatura, i parlamentari provenienti dalla magistratura erano quindici[8]; nell'attuale, diciannove[9].

Le ipotesi che suscitano maggiori perplessità sono i casi dei magistrati discesi nell'agone politico in seguito alla notorietà acquisita attraverso la partecipazione a taluni procedimenti avverso esponenti del sistema dei partiti. Gli esempi più rilevanti, nella prospettiva del presente lavoro, coinvolgono tutti pubblici ministeri.

Di essi, quello forse più noto è dato da uno dei protagonisti della citata inchiesta "Mani pulite", Antonio Di Pietro, il quale a seguito dello sfaldamento dei partiti che fino ad allora avevano dominato la scena politica, travolti dall'inchiesta stessa, fu progressivamente coinvolto nella competizione elettorale giungendo al punto di fondare un partito attorno alla sua persona. L'impegno politico di Di Pietro solleva perplessità alla luce delle considerazioni che precedono. In primo luogo, occorre ricordare il disinvolto utilizzo dell'istituto della carcerazione preventiva nei riguardi di esponenti della vecchia classe dirigente nel corso dell'inchiesta (che instaurò un clima intimidatorio da "tintinnar di manette", secondo la celebre espressione dell'allora Capo dello Stato, *ex* magistrato)[10], fortemente evocativa di pregresse esperienze sovversive nell'esperienza costituzionale repubblicana[11]. Tale prassi rileva, in questa sede, perché ebbe un ruolo centrale nell'inchiesta che tra-

[3] Casson, Emiliano, De Magistris.

[4] Ferri, Nitto, Mantovano, Frattini, Caliendo.

[5] Scalfaro, Violante, nonché, attualmente, Grasso.

[6] Scalfaro.

[7] Ayala, Onorato, Ingroia.

[8] Caliendo, Carofiglio, Centaro, D'Ambrosio, Della Monica, Di Pietro, Ferranti, Finocchiaro, Giuliano, Lo Moro, Maritati, Nitto Palma, Palomba, Papa (arrestato nell'inchiesta sulla P4), Tenaglia.

[9] Caliendo, Carofiglio, Casson, Centaro, D'Ambrosio, Della Monica, Di Pietro, Ferranti, Finocchiaro, Frattini, Giuliano, Grasso, Lo Moro, Mantovano, Maritati, Nitto Palma, Palomba, Papa, Tenaglia.

[10] Si veda il messaggio di fine anno alla nazione del Presidente Oscar Luigi Scalfaro del 31 dicembre 1997.

[11] L'espressione riecheggia il "tintinnar di sciabole" che Pietro Nenni dichiarava di udire nel 1964, nella stagione del temuto colpo di Stato da parte di alcuni reparti dei Carabinieri.

volse i partiti repubblicani storici, e che consentì l'affermarsi di nuove forze politiche tra cui, come accennato, quella dello stesso *ex* magistrato Di Pietro. In verità, tuttavia, le perplessità in ordine alla compatibilità con l'art. 54 Cost. nella lettura che si è offerta derivano dalla circostanza che il principale antagonista politico di quest'ultimo (Silvio Berlusconi, discusso *leader* della coalizione di centrodestra a partire dal 1994) era, altresì, uno dei soggetti sui quali Di Pietro aveva indagato nell'esercizio delle sue funzioni di pubblico ministero. Se si pone mente alla circostanza che uno dei *Leitmotiv* della comunicazione politica di Berlusconi è sempre stato il presunto "complotto" (in verità, mai dimostrato) ai suoi danni da parte di settori della magistratura politicamente orientati, si comprende come la discesa in campo di uno dei pubblici ministeri coinvolti in processi a suo carico appaia, quanto meno, di dubbia opportunità sul piano nell'ordinato rapporto tra le pubbliche istituzioni, e alimenta il dubbio che essa costituisca un modello di "disciplina e onore" a cui deve ispirarsi l'azione dei pubblici funzionari ai sensi dell'art. 54 della Carta.

Il caso dell'on. Di Pietro non è, tuttavia, il più dubbio. Si segnala, nella prospettiva del presente lavoro, altresì la posizione dell'*ex* p.m. Luigi De Magistris, il quale, prima di iniziare la propria carriera politica (nel partito fondato da Di Pietro) culminata nell'elezione a sindaco della città di Napoli, è stato responsabile di numerose inchieste che hanno coinvolto esponenti di spicco del panorama politico nazionale. La peculiarità del caso è in ciò, che nessuna di queste inchieste si è conclusa con un'incriminazione. Anzi, la più celebre di esse, denominata *Why not*, ha portato al trasferimento da parte del CSM dello stesso De Magistris dalla Procura di Catanzaro, e ne ha determinato, nel 2014, la condanna per abuso di ufficio non patrimoniale. Gli eventi appena riassunti sollevano perplessità ancora maggiori di compatibilità con l'art. 54 proprio alla luce della circostanza che l'inchiesta che ha dato notorietà all'*ex* p.m. è stata condotta ai limiti della legalità. I dubbi sull'opportunità di un impegno politico per le ragioni analizzate sono, dunque, in questo caso, ancora più forti.

Recentemente, si segnala, altresì, il caso di Antonio Ingroia, *ex* magistrato della procura di Palermo coinvolto in inchieste a carico di esponenti della coalizione di centro destra ma che hanno riguardato anche il Presidente della Repubblica in ordine all'utilizzo di intercettazioni telefoniche (caso che suscitò il ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato dallo stesso Capo dello Stato deciso dalla Corte costituzionale nel senso dell'inutilizzabilità delle intercettazioni[12]). Successivamente a tali eventi, Ingroia si è presentato quale *leader* di una coalizione politica nel corso delle elezioni politiche del 2013, avendo tuttavia un successo assai limitato.

[12] C. cost., sent. n. 1 del 2013.

## 5. Conclusioni

Non vi è dubbio che un esplicito divieto costituzionale relativo alla partecipazione politica dei magistrati è, al momento, insussistente. E tuttavia, la prassi cui si è fatto cenno nel paragrafo che precede solleva più di un dubbio di compatibilità con la *ratio* dell'art. 54, co. II Cost. Alcuni magistrati si propongono come modelli politici di virtù in lotta con un malcostume politico purtroppo dilagante, da essi avversato prima nell'esercizio delle proprie funzioni e poi attraverso l'impegno politico attivo. Ma il rimedio appare, francamente, peggiore del male, perché toglie molto alla percezione dell'attività dei magistrati stessi, e in particolare dei pubblici ministeri, come imparziale. Il modello, in altri termini, non è più la citata moglie di Cesare, ma piuttosto – sia ammessa la celia – l'Uomo Ragno, il "supereroe" che constata l'insufficienza dell'ordine costituito e interviene direttamente a tutela di un ordine politico e morale di cui egli si pone come massimo interprete. Ma coloro che guardano con diffidenza ai "supereroi" che si muovono ai limiti della normalità costituzionale, e che preferiscono ai vari *deus ex machina* l'ordinato svolgersi dei rapporti tra i pubblici poteri, non possono dimenticare che sotto la maschera dell'Uomo Ragno vi è pur sempre un uomo, con le sue virtù e le sue nobili pulsioni ma anche con le sue ambizioni e le sue miserie. Ciò deve essere considerato attentamente quando, come nel caso dell'impegno politico dei magistrati, le azioni di questi uomini possono compromettere la fiducia dei cittadini in un potere la cui forza si risolve nella sua indipendenza e nel suo essere *super partes*.

Nell'ordinamento vigente, si è proposta una soluzione che faccia leva sul dovere di fedeltà alla Repubblica al fine di costruire uno statuto costituzionale delle libertà politiche dei magistrati che, derogando alla disciplina generale, ne consentano l'esercizio in maniera effettivamente imparziale delle relative attribuzioni. Tuttavia non si nega che il problema richiederebbe una più opportuna soluzione sul piano del diritto positivo.

La questione si intreccia, allora, con il più generale problema della riforma della magistratura, sola tra le istituzioni repubblicane a non essere stata significativamente toccata da nessuno dei progetti di riforma costituzionale che si sono avvicendati dal 2001 ad oggi[13]. In realtà, per il profilo oggetto della presente indagine una possibile soluzione non richiede necessariamente una riforma della Carta. Potrebbe infatti rivelarsi sufficiente un intervento legislativo ai sensi dell'art. 98, co. III Cost. che limitasse la partecipazione dei magistrati ai partiti politici. Ma sarebbe anche necessaria, ad avviso di chi scrive, una regolamentazione della rilevanza mediatica dei processi, così

[13] La questione della riforma della magistratura è stata affrontata soltanto dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali del 1997, e successivamente al fallimento di questa non si è più tradotta in alcuna proposta concreta.

perniciosa per la serena amministrazione della giustizia, la quale aiuterebbe alcuni magistrati a non cedere alle facili sirene della notorietà politica acquisita in ragione dei procedimenti originati dal malcostume politico. Un intervento legislativo in questo senso rafforzerebbe la posizione della magistratura, sottraendola alle strumentalizzazioni politiche di cui troppo spesso è oggetto, e aiuterebbe altresì l'instaurarsi di un rapporto sereno tra gli organi di garanzia e gli organi politici, evitando le commistioni, alcune delle quali si è cercato di esemplificare in queste pagine, che non possono trovare spazio in una democrazia matura.

# DIS-EGUAGLIANZA E OBBLIGHI CONTRIBUTIVI: IL CASO DEL CONTRIBUTO UNIFICATO NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Roberta Lugarà

Sommario: 1. Il quadro normativo. – 2. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 3. Profili di illegittimità costituzionale. – 4. Brevi notazioni in punto di rilevanza di un'eventuale questione di legittimità costituzionale.

## 1. Il quadro normativo

L'art. 13 del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia[1] disciplina i criteri di determinazione del contributo unificato dovuto per l'accesso alla tutela giurisdizionale. La norma, nella sua versione originaria, dettava criteri di determinazione comuni per i giudizi civili ed amministrativi, individuandoli sostanzialmente nel valore della causa, nella materia oggetto del contenzioso e nella tipologia di processo azionato. Successivi emendamenti hanno introdotto un regime differenziato per i giudizi amministrativi, svincolando il c.u. dal valore della controversia[2]; estendendo l'obbligo del pagamento anche ai ricorsi incidentali, ai motivi aggiunti e ai ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica[3]; introducendo una serie di sanzioni commisurate all'importo del tributo[4]. Tutto ciò si è accompagnato a un progressivo, notevole aumento del c.u.[5], ulteriormente elevato della metà per i giudizi di impugnazione[6].

[1] D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

[2] Art. 21, comma 4, d.l. n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, in l. n. 248 del 2006.

[3] Art. 37, comma 6, lett. *s)*, d.l. n. 98 del 2011, convertito, con modificazioni, in l. n. 111 del 2011. Tale disposizione ha altresì reintrodotto per i giudizi relativi alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture e ai provvedimenti delle Autorità indipendenti (con esclusione di quelli relativi ai rapporti di servizio con i propri dipendenti) una differenziazione dell'importo del c.u. in ragione del valore della controversia.

[4] Art. 2, comma 35-*bis*, d.l. n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, in l. n. 148 del 2011. Limitatamente ai ricorsi in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, già l'art. 15, comma 3, d. lgs. n. 53 del 2010. Art. 26, comma 2, cod. proc. amm., come modificato dall'art.1, comma 1, lett. *f)*, d. lgs. n. 195 del 2011.

[5] Da ultimo, art. 1, comma 25, lett. *a)*, l. n. 228 del 2012. Ad oggi, la misura ordinaria del c.u. è di 650 euro, ridotto della metà per i rapporti di pubblico impiego; nella materia degli appalti pubblici e dei provvedimenti delle Autorità indipendenti il c.u. è di 2.000, 4.000 e 6.000 euro a seconda che la causa abbia un valore fino a 200.000 euro, da 200.000 a un milione di euro o superiore al milione di euro; l'importo di 1.800 euro è dovuto nelle ulteriori controversie previste dall'art. 119 cod. proc. amm.; nei ricorsi in materia di silenzio della P.A., di accesso agli atti (con esclusione di quelli in materia ambientale), di ottemperanza al giudicato, nonché in quelli in materia di cittadinanza, residenza, soggiorno e ingresso nel territorio dello Stato il c.u. è di 300 euro.

[6] Art. 1, comma 27, l. n. 228 del 2012.

La circolare 18 ottobre 2011 del Segretario generale della Giustizia amministrativa chiarisce che l'obbligo di versare nuovamente il c.u. scatta ogni qual volta si depositino atti ampliativi del *thema decidendum*. L'individuazione in concreto degli atti il cui deposito fa sorgere l'obbligo contributivo prescinde da qualsiasi indagine circa l'effettiva lesività dell'atto, sicché l'obbligo sussiste anche a fronte di motivi aggiunti o di ricorsi incidentali meramente tuzioristici.

Ai sensi dell'art. 14 T.U., è la parte che deposita il ricorso introduttivo ad essere tenuta al pagamento "*contestuale*" del c.u. Ciononostante, l'omesso o insufficiente versamento non determina l'inammissibilità del ricorso, ma solo l'obbligo per l'ufficio giudiziario di procedere all'esazione del tributo e all'eventuale irrogazione delle sanzioni connesse all'inadempimento. Tale circostanza, letta in connessione con la norma secondo cui l'onere del pagamento del c.u. segue in ogni caso la soccombenza[7], parrebbe consentire al ricorrente vittorioso di ometterne del tutto il versamento. Non è però così. Anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio, infatti, soggetto passivo resta sempre e soltanto colui che deposita l'atto introduttivo o ampliativo del *thema decidendum*, sicché spetta a lui regolarizzare il pagamento del c.u., salvo poi esercitare il diritto di rivalsa nei confronti del soccombente.

La disciplina sopra descritta impone alla parte che intenda tutelarsi in giudizio il pagamento di un tributo assai elevato, la cui particolare onerosità emerge vistosamente nel confronto con i valori – di gran lunga inferiori – richiesti nei procedimenti innanzi il giudice ordinario[8] e nei sistemi di giustizia amministrativa degli altri Paesi europei[9]. La misura del tributo astrattamente prevista dalla legge, poi, è destinata in concreto a moltiplicarsi in ragione di circostanze non prevedibili dalla parte e, comunque, ad essa non imputabili, come la sopravvenuta necessità di proporre motivi aggiunti. Ancora, il richiamato regime sanzionatorio addossa al privato le conseguenze pregiudizievoli di scelte difensive (o di imprecisioni formali nella stesura dell'atto) che gli sono soltanto indirettamente imputabili, stante il carattere tecnico-giuridico delle valutazioni che le sorreggono.

[7] Art. 13, comma 6-*bis*, T.U.

[8] Art. 13, commi da 1 a 6, T.U.

[9] In Francia, la *contribution pour l'aide juridique*, un *droit de timbre* di appena 35 euro istituito nel 2011, è stata soppressa dall'art. 128 della l. 29 dicembre 2013, n. 1278 e dal *Décret* 29 dicembre 2013, n. 1280. In Spagna, il *Real Decreto-ley* 27 febbraio 2015, n. 1, ha esentato le persone fisiche dal pagamento della *tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social* in ogni ordine e grado (le persone giuridiche, invece, sono esenti dal pagamento del tributo solo quando sia stato loro riconosciuto il diritto all'assistenza giuridica gratuita). In Germania, i costi di accesso al processo amministrativo sono disciplinati dal combinato disposto dell'art. 34 e dell'allegato 1, parte 5, del *Gerichtskostengesetz*, secondo un sistema che vede aumentare l'importo del tributo al crescere del valore della controversia.

## 2. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

Con due recenti ordinanze[10] il TAR Trento ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione della normativa europea che regola le procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici[11], ritenendo l'imposizione di tributi particolarmente elevati nelle controversie di cui all'art. 119, comma 1, lett. *a)*, cod. proc. amm. in insanabile contrasto con l'obbligo di garantire un ricorso efficace, rapido ed accessibile.

Rileva il remittente che l'obbligo di versare il c.u. disincentiva l'accesso alla giustizia amministrativa; discrimina gli operatori del mercato delle commesse pubbliche con minori capacità finanziarie; induce i difensori a utilizzare con parsimonia lo strumento dei motivi aggiunti, pur quando le esigenze di una migliore difesa ne consiglierebbero la proposizione; mina la pienezza e l'effettività del controllo giurisdizionale sugli atti delle stazioni appaltanti.

Subordinare l'accesso alla tutela giurisdizionale al versamento di una cospicua somma di denaro, inoltre, presenta inevitabili ricadute sul principio di eguaglianza. Lo rileva anche l'Avvocato generale, che esordisce nelle sue conclusioni[12] paragonando il sistema italiano di accesso alla giustizia amministrativa a quello dell'Inghilterra tardo-vittoriana, in cui la giustizia era sì aperta a tutti, ma "come l'hotel Ritz"[13]. Ciononostante, l'Avvocato generale sottolinea come la questione pregiudiziale verta esclusivamente sull'accesso alla tutela giurisdizionale in materia di appalti sopra-soglia, un ambito estraneo a problemi di "politica sociale"[14], in cui l'elevato importo del contributo non pare ostacolare l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento europeo.

Nella prospettiva del diritto dell'Unione, dunque, occorrerebbe chiedersi non tanto se l'importo del tributo sia talmente elevato da precludere l'attivazione del sindacato giurisdizionale, ma piuttosto se la limitazione al diritto di accesso al giudice costituisca o meno una misura proporzionata allo scopo di coprire i costi dell'amministrazione della giustizia e di scoraggiare azioni temerarie. La risposta dell'Avvocato generale, che si auspica sarà fatta propria dalla Corte di giustizia, è di segno negativo. La normativa italiana *non* pone una limitazione proporzionata al diritto di accesso alla giustizia, in quanto, a fronte di una procedura aggiudicativa intrinsecamente unitaria, l'importo del tributo è suscettibile di moltiplicarsi un numero indefinito di volte per effetto della proposizione di motivi aggiunti.

[10] Ordd. 29 gennaio 2014, n. 23, e 23 ottobre 2014, n. 366, rispettivamente C-61/14 e C-495/14.

[11] Direttive nn. 89/665/CEE e 92/13/CEE, modificate dalle direttive nn. 92/50/CEE e 2007/66/CE.

[12] Conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen presentate il 7 maggio 2015 nell'ambito della causa C-61/14.

[13] La citazione è attribuita al giudice irlandese Sir James Matthew. Lo riporta, fra gli altri, anche M. Hayes, *Access to Justice*, in *Studies: An Irish Quarterly Review*, 2010, 29.

[14] Par. 41 delle conclusioni citate.

### 3. Profili di illegittimità costituzionale

Le questioni pregiudiziali sottoposte al sindacato della Corte di giustizia riguardano soltanto le norme che impongono il versamento del c.u. nei giudizi sugli appalti di cui alla direttiva 2004/18/CE. È dunque auspicabile che, anche dopo l'attesa pronuncia dei giudici di Lussemburgo, intervenga sul punto la Corte costituzionale, non solo per uniformare, ove ve ne fosse bisogno, la disciplina "puramente interna" a quella di origine europea, ma altresì per valutare se ricorrano, rispetto ad entrambe, vizi di illegittimità costituzionale più radicali dei profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione eventualmente rilevati dalla Corte di giustizia.

L'imposizione di un tributo per l'accesso alla tutela giurisdizionale pone un limite al diritto di difesa tanto più stringente quanto maggiore è la sua entità e quanto minori sono le capacità economiche di chi intenderebbe esercitarlo. L'organizzazione e il mantenimento in attività della macchina giudiziaria, inoltre, costituiscono un servizio che non può essere subordinato al reperimento nel mercato dei fondi necessari, in ragione del suo carattere infungibile e dell'interesse pubblicistico che lo anima, quello alla pace sociale.

Se il diritto di difesa non è garantito dall'art. 24 Cost. in modo assoluto[15], è pur vero che la discriminazione dei soggetti privi di adeguati mezzi economici, in ragione del cospicuo ammontare di cui è imposto il pagamento, si pone in evidente tensione con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. La soglia di tollerabilità degli incombenti di natura economica posti quale limite al diritto alla tutela giurisdizionale è stata quindi tracciata dalla giurisprudenza costituzionale con particolare rigore, ammettendo che obblighi di tal sorta possano essere previsti solo ove "*razionalmente collegati alla pretesa dedotta in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione*", restando fuori dal perimetro costituzionale quelli che invece tendano "*alla soddisfazione di interessi del tutto estranei alle finalità predette*"[16].

La normativa in esame si colloca, almeno in parte, palesemente al di fuori di questi confini. Ciò sembra potersi affermare anzitutto per la norma che impone il pagamento di un nuovo c.u. in occasione della proposizione di motivi aggiunti. La corresponsione all'erario di un tributo in occasione della proposizione di una domanda giurisdizionale, infatti, può contribuire al miglior funzionamento degli uffici giudiziari, consentendo di destinare loro maggiori risorse economiche e disincentivando un utilizzo dilatorio o temerario della giustizia.

Come si è visto, però, le caratteristiche del servizio giustizia ne rendono inaccettabile una considerazione in termini meramente economicistici, sì che, perché il tributo sia costituzionale, è necessario qualcosa in più, ovvero che esso trovi un

[15] Cfr., *ex multis*, sentt. Corte cost. nn. 126 del 1971 e 5 del 1965.

[16] Sent. n. 114 del 2004; nello stesso senso, già sentt. nn. 522 del 2002; 333 del 2001; 80 del 1966.

ragionevole collegamento con lo *specifico* processo nell'ambito del quale è versato. Se un siffatto collegamento è individuabile nel momento in cui la parte adisce l'organo giudiziario, depositando l'atto introduttivo, lo stesso non può dirsi quando il pagamento le venga di bel nuovo imposto nell'ambito del medesimo giudizio.

La necessità di proporre motivi aggiunti ampliativi del *thema decidendum*, infatti, trova origine di regola nell'emissione da parte della p.A. di un nuovo atto connesso o consequenziale rispetto a quello impugnato nel ricorso introduttivo. Quando ciò avviene, la parte può "scegliere" tra impugnare l'atto con motivi aggiunti, vincolandosi al pagamento di un nuovo c.u., oppure non impugnarlo, esponendosi a una possibile (talvolta certa) pronuncia di improcedibilità del ricorso originario per sopravvenuta carenza di interesse. Capita così che la parte sia costretta a rincorrere l'amministrazione resistente nel suo emettere, in pendenza del giudizio, una pletora di atti connessi, al solo ed esclusivo fine di non veder rigettata la pretesa fatta valere nel ricorso introduttivo. In altri casi, l'esigenza di proporre motivi aggiunti nasce dal fatto che la parte, senza sua colpa, viene a conoscenza dell'esistenza o del contenuto di un atto connesso solo in un momento successivo al deposito del ricorso introduttivo. Ciò avviene, ad esempio, quando la p.A. ne produce copia per la prima volta in giudizio o, addirittura, quando la conoscenza dell'atto sia stata fino a quel momento impedita da un illecito diniego di accesso, superato con un'(ulteriore) domanda al giudice amministrativo.

La circostanza che l'obbligo di versare nuovamente il c.u. in concomitanza della proposizione di motivi aggiunti non trovi fondamento nello scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione è altresì dimostrata dal fatto che a una molteplicità di domande non corrisponde il versamento di più contributi se esse sono contenute nel medesimo atto introduttivo. Ne deriva che, in palese violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza, per sottoporre al sindacato giurisdizionale le stesse identiche domande un ricorrente può essere chiamato al pagamento di un tributo pari a $x$ ovvero pari a $n(x)$[17], a seconda di come l'amministrazione abbia ritenuto di scandire la propria attività.

L'imposizione di una pluralità di tributi nell'arco del medesimo procedimento giurisdizionale non trova, dunque, razionale giustificazione nell'esigenza di perseguire un migliore funzionamento del processo, ma risulta tesa alla soddisfazione di interessi del tutto estranei (e anch'essi di dubbia costituzionalità), quale quello a una indiscriminata riduzione del contenzioso. Per tali ragioni, non sembra potersi dubitare dell'illegittimità costituzionale della norma con riferimento agli artt. 3, 24 e 113 Cost.

Tale conclusione non trova smentita nella circostanza che il mancato o insufficiente versamento del c.u. non impedisce l'istruzione della causa. Anche dopo il deposito della sentenza che definisce il giudizio, infatti, l'invito

[17] Dove $x$ è la base legale del c.u. stabilita dall'art. 13, comma 6-*bis*, T.U. e $n$ è il numero delle volte che il ricorrente ha utilizzato lo strumento dei motivi aggiunti.

alla regolarizzazione del tributo è indirizzato alla parte che ha introdotto la domanda, che dovrà quindi prima pagare e solo successivamente agire in regresso sul soccombente per il recupero dell'importo versato. Il pagamento del c.u. da parte del ricorrente vittorioso innesca, dunque, una forma particolare del meccanismo del *solve et repete*.

È noto che fin dai suoi primissimi anni di funzionamento la Corte ha censurato tale meccanismo in relazione agli artt. 3, 24 e 113 Cost.[18]. Ne deriva che l'illegittimità della disciplina che impone il versamento di una somma irragionevolmente elevata per l'accesso alla giustizia risulta aggravata (e non certo esclusa) dalla previsione di un procedimento di riscossione anch'esso incostituzionale.

Il meccanismo del cumulo del c.u. per effetto della proposizione di motivi aggiunti appare altresì in contrasto con ulteriori parametri costituzionali, quale il principio della parità delle armi. Esso, infatti, avvantaggia la p.A., controparte naturale nel giudizio amministrativo, per almeno tre profili. In primo luogo, scoraggia *ab initio* l'azione giurisdizionale; in secondo luogo, l'anticipazione del pagamento del c.u. pone a carico del ricorrente l'alea insita nel giudizio e, in caso di vittoria, quella relativa all'esercizio del diritto di rivalsa. La circostanza, poi, che la necessità di avvalersi dei motivi aggiunti sia, come si è visto, spesso determinata proprio dal contegno dell'amministrazione, finisce col mettere la parte resistente in una posizione di vantaggio, perché può rendere più gravoso l'esercizio del diritto di tutela giurisdizionale dell'avversario processuale, favorendo così il diffondersi di atteggiamenti dilatori se non apertamente ostruzionistici.

Quanto precede consente di rilevare altresì il contrasto tra la norma in esame e il principio del buon andamento della p.A. Rendere difficoltoso l'accesso alla giustizia amministrativa, infatti, significa collocare crescenti spazi dell'attività dell'amministrazione al riparo dal sindacato del giudice amministrativo. Tanto è particolarmente evidente nella materia degli appalti pubblici, dove maggiore è l'esigenza di combattere fenomeni di corruzione e di criminalità organizzata, oltre che di garantire l'esatta applicazione delle norme pro-concorrenziali dell'Unione europea[19].

La declaratoria di incostituzionalità della norma in esame, inoltre, non incontrerebbe il limite dell'inammissibilità della questione per discrezionalità del legislatore, perchè lascerebbe intatti gli importi previsti dalla legge in relazione all'instaurazione di ciascun tipo di giudizio, colpendo soltanto il meccanismo del cumulo dei tributi. Essa, inoltre, supererebbe l'obiezione (peraltro criticabile, come si ve-

[18] Corte cost. nn. 21 e 79 del 1961.

[19] M.A. Sandulli, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in *federalismi.it*, 24 ottobre 2012, e in *Osservatorio della giurisprudenza sulla giustizia amministrativa* (a cura di M.A. Sandulli e M. Lipari) del *Foro amm.* - TAR, fasc. 9/2012.

drà *infra*) che la richiesta di caducazione delle norme che impongono un c.u. eccessivamente elevato finirebbe contraddittoriamente per invocare l'annullamento *tout court* del tributo e non solo della parte in cui esso risulti eccessivamente elevato[20]. Nel caso dell'annullamento della norma che impone il versamento del c.u. in occasione della proposizione di motivi aggiunti, invece, non vi sarebbe alcuna contraddizione, in quanto la sua caducazione non farebbe venir meno l'obbligo del pagamento del tributo in relazione al deposito dell'atto introduttivo.

Resta da comprendere se e in che misura i parametri costituzionali fin qui invocati possano indurre la Corte a sanzionare in maniera ancor più radicale la disciplina in esame. A tal scopo, parte della dottrina ha valorizzato il terzo comma dell'art. 24 Cost., rilevando che il "il binomio abbienza/non abbienza in materia giudiziaria" non avrebbe alcuna relazione "né con la tipologia di giudizio da instaurare, né tanto meno con il valore della controversia", essendo quest'ultimo, in particolare, inidoneo a dar conto dell'effettiva utilità che la parte trae dalla conclusione del giudizio. Secondo questa tesi, la disciplina in esame sarebbe in contrasto con la norma che assicura ai non abbienti i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione "nella parte in cui determina la misura correlandola a parametri del tutto «astratti» e non relativizzati (quali quello del valore di causa)". Essa, in definitiva, per mostrarsi conforme al dettato costituzionale dovrebbe "postporne il pagamento alla conclusione del giudizio, magari rapportandone l'importo (in modo percentuale) al valore effettivo della utilità realmente conseguita dalla sentenza"[21].

Questa impostazione appare condivisibile nella misura in cui rileva l'esigenza di una graduazione dell'importo del c.u. che vada oltre la verifica della ricorrenza dei limiti di reddito previsti per l'accesso al gratuito patrocinio. Tuttavia, la misura effettiva dell'utilità realmente conseguita per mezzo della sentenza appare di difficile determinazione, in particolar modo nel processo amministrativo, in cui la pretesa dedotta in giudizio solo raramente ha ad oggetto la liquidazione di una somma di denaro. Ciò induce a preferire l'ancoraggio del c.u. a parametri oggettivi e previamente determinabili, potendosi condividere l'opinione di chi sostiene che "la graduazione del contributo in funzione del valore della causa merita indubbio apprezzamento"[22].

Ciò premesso, resta da verificare quali ulteriori norme potrebbero essere sottoposte al giudizio della Corte costituzionale. Come si è visto nella parte ricostruttiva, il d.l. n. 98 del 2011 ha introdotto per i giudizi in materia di appalti e di provvedimenti delle Autorità indipendenti tre classi di valore della causa cui corrisponde il pagamento di un c.u. di importo diverso. Una simile graduazione,

[20] Entrambi i profili di inammissibilità sono stati ritenuti sussistenti dall'ord. n. 164 del 2010.

[21] R.G. Rodio, *Alcuni rilievi costituzionali sul contributo unificato nel processo amministrativo*, in *Osservatorio AIC*, novembre 2014, 6 sg.

[22] M.A. Sandulli, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo*, *cit.*, 8.

invece, non è prevista per le altre materie e, in particolare, per i giudizi introdotti con il ricorso ordinario. La previsione di una misura fissa per qualsiasi valore della causa appare in contrasto con tutti i parametri precedentemente invocati.

Essa si pone in contrasto con l'art. 3, primo comma, Cost., in quanto tratta in maniera uguale situazioni oggettivamente diverse, quali sono le controversie del valore di centinaia, migliaia, decine o centinaia di migliaia di euro. La circostanza, poi, che la misura del contributo, in ragione dell'assenza di graduazione, sia in concreto suscettibile di raggiungere un importo addirittura superiore al valore della causa mette in evidenza il contrasto tra la norma in esame e l'art. 3 Cost., per ulteriori profili. Pretendere il (previo) versamento di un importo superiore al valore dell'utilità che il ricorrente si aspetta dalla definizione del giudizio, infatti, significa da una parte pregiudicare il diritto di difesa in maniera irragionevole, in quanto si impone al contribuente un sacrificio economico addirittura superiore al vantaggio ch'egli si aspetta di trarre dal ricorso alla tutela giuridizionale. Dall'altra, viola il principio dell'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost., giacché la norma colpisce in misura maggiore le fasce più basse della popolazione. Per le medesime ragioni, la disciplina in esame si pone in contrasto con i princìpi della parità delle armi e del buon andamento della p.A.

Deve qui osservarsi che un'applicazione delle argomentazioni utilizzate nella già richiamata ord. n. 164 del 2010 porterebbe con tutta probabilità ad una declaratoria di inammissibilità di un'eventuale questione di legittimità costituzionale. Nondimeno, quanto al rispetto della discrezionalità del legislatore, si rileva che la caducazione della norma che stabilisce un importo fisso per il c.u. nei ricorsi ordinari non imporrebbe al legislatore "una" soluzione al problema in esame, lasciandolo al contrario libero di decidere su come dare attuazione al principio di gradualità, nei limiti del rispetto del principio di ragionevolezza. Né varrebbe sostenere che il giudice remittente, lamentando non l'astratta configurabilità del tributo ma soltanto le sue modalità di calcolo, finirebbe col richiedere contraddittoriamente la caducazione *tout court* del tributo, nel suo intero ammontare. Vero è, invece, che, se le modalità di deteminazione di un tributo si pongono in contrasto con la Costituzione, la Consulta ha l'obbligo di caducarne il fondamento normativo. Spetterà poi al legislatore, se e come lo riterrà opportuno, approvare una nuova disciplina del tributo, questa volta rispettando il dettato costituzionale.

Più difficile appare invece censurare le norme che stabiliscono gli importi dei tributi sulla base della loro ritenuta eccessività. Qui, invero, i limiti al sindacato giurisdizionale derivanti dalla necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore sembrano particolarmente saldi nell'impedire sia l'utilizzo quale *tertium comparationis* di procedimenti oggettivamente diversi, sia censure che attengano all'importo del tributo in sé considerato.

Un tentativo in tal senso potrebbe trovare sostegno nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo secondo cui "*the requirement to pay substantial*

*fees to civil courts in connection with claims can be regarded as a restriction on the right of access to a court*"[23]. In particolare, la Corte EDU ha stabilito che "*the imposition of a considerable financial burden due after the conclusion of the proceedings may well act as a restriction on the right to a court*" [24], ritenendo violato l'art. 6, par. 1, CEDU nel caso in cui all'attore vittorioso sia imposto il pagamento di un tributo di importo superiore[25] a (ma anche pari approssimatamente al novanta[26] o al settantadue per cento[27]) di quello del risarcimento del danno accordatogli dalla sentenza che ha definito il giudizio.

Siffatti princìpi, però, non sembrano *de plano* trasponibili nel sistema italiano, sì da fondare una vera e propria illegittimità costituzionale della normativa in esame per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 6, par. 1, della CEDU, perché enunciati con riferimento a discipline nazionali che ponevano l'onere del pagamento dei tributi a carico delle parti vittoriose in giudizio. La disciplina italiana, invece, prevede che il pagamento del contributo segua comunque la soccombenza.

Nondimeno, non può escludersi che, seguendo l'esempio della Corte di Strasburgo[28], anche la Corte costituzionale decida di fare un ulteriore passo in avanti, censurando almeno, in relazione ai parametri già menzionati, l'imposizione di un tributo di importo pari o superiore al valore della causa dedotta in giudizio. Un simile risultato, si ritiene, non si collocherebbe al di fuori dell'ambito dell'intervento permesso alla Corte, ma costituirebbe soltanto il dovuto complemento, in termini di ragionevolezza, del succitato principio di gradualità nell'imposizione del c.u.

## 4. Brevi notazioni in punto di rilevanza di un'eventuale questione di legittimità costituzionale

L'analisi che precede sarebbe incompleta se si omettesse di considerare che i tentativi di portare al vaglio della Corte costituzionale la disciplina in materia di c.u. (non solo quella relativa al processo amministrativo) si sono finora arenati nelle secche della declaratoria di manifesta inammissibilità[29]. Interessa qui soffermarsi solo sulle motivazioni che hanno portato a pronun-

[23] Caso *Kijewska c. Polonia*, n. 73002/01, 6 settembre 2007, def. 6 dicembre 2007, parr. 38 sg.

[24] Caso *Stankov c. Bulgaria*, n. 68490/01, 12 luglio 2007, def. 12 ottobre 2007, par. 54.

[25] Caso *Mihalkov c. Bulgaria*, n. 67719/01, 10 aprile 2008.

[26] Caso *Stankov c. Bulgaria*, *cit.*

[27] Caso *Tzvyatkov c. Bulgaria*, n. 20594/02, 12 giugno 2008.

[28] Che si appella, in definitiva, al principio di proporzionalità per valutare se l'imposizione del tributo integra o meno una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU.

[29] Per difetto di rilevanza (ordd. nn. 143, 195, 284 del 2011; 69 del 2012); per *ius superveniens* (ord. n. 316 del 2012); per contraddittorietà del *petitum* e discrezionalità del legislatore (ord. n. 164 del 2010, *cit.*).

ciare la carenza di rilevanza della questione, per dimostrare come esse siano facilmente superabili.

Posto che la disciplina in esame non prevede l'inammissibilità o l'improcedibilità del giudizio quale conseguenza del mancato o inesatto pagamento del c.u., i giudizi nei quali sollevare la prospettata questione di legittimità costituzionale dovranno avere ad oggetto proprio la verifica dell'obbligazione tributaria[30]. Poco importa se tali giudizi saranno incardinati innanzi le commissioni tributarie[31] ovvero innanzi il medesimo giudice amministrativo, come da ultimo avvenuto nei procedimenti nell'ambito dei quali il TAR Trento ha sollevato le questioni pregiudiziali di cui si è dato conto al par. 2. In entrambi i casi, infatti, una volta dato conto delle ragioni di diritto per le quali i remittenti ritengono sussistente la propria giurisdizione, la rilevanza della questione per la soluzione dei giudizi *a quibus* non pare più poter essere messa in discussione dalla Corte costituzionale.

Tanto sembra trovare una (pur timida) conferma nell'ord. n. 164 del 2010, rispetto alla quale la questione di legittimità costituzionale era stata promossa proprio nell'ambito di un giudizio sull'illegittimità del provvedimento con cui Segretario generale del TAR aveva invitato l'allora ricorrente a regolarizzare il c.u. Ebbene: ivi la Corte nulla eccepisce in punto di rilevanza della questione, passando direttamente a occuparsi delle (logicamente successive) carenze dell'ordinanza di rimessione in punto di motivazione sulla non manifesta infondatezza.

Sembra quindi potersi concludere nel senso che un intervento demolitorio della Corte costituzionale che riporti nell'alveo della legalità costituzionale la disciplina del contributo unificato nel processo amministrativo sia non solo auspicabile, ma anche processualmente attingibile.

[30] Questa soluzione sembra suggerita dalla stessa Corte cost.; cfr., *ex multis*, ord. n. 143 del 2011.

[31] Come avvenuto nel giudizio che ha dato origine alla citata ord. n. 164 del 2010.

# IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE "CREATIVO" È UGUALE PER TUTTI? BREVI OSSERVAZIONI SUI CONFINI DELLA FUNZIONE GIURISDIZIONALE

Anna Maria Nico

Sommario: 1. L'esercizio della funzione giurisdizionale quale potenziale causa di diseguaglianze. – 2. Il difficile bilanciamento tra forma e sostanza nell'esercizio della funzione giurisdizionale. – 3. I sempre più incerti confini tra giurisdizione e legislazione.

## 1. L'esercizio della funzione giurisdizionale quale potenziale causa di diseguaglianze

Le ragioni che nel nostro ordinamento stanno provocando un crescente protagonismo del diritto giurisprudenziale rispetto a quello politico[1] non hanno un'unica origine. Il fenomeno sempre più dilagante di una "espansione" del ruolo del giudice può essere spiegato guardandolo, infatti, da almeno due angolazioni. Può derivare innanzitutto dalla incapacità del legislatore di porre in essere adeguate regole di fronte alle continue sollecitazioni sociali, che può tradursi in omissione legislativa o, comunque, in adozione di fonti il cui contenuto, spesso a maglie larghe, lascia ampi margini di discrezionalità nella fase applicativa della legge, che, una volta nelle "mani del giudice", può subire interpretazioni, per così dire, "creative"[2]. La difficile "perimetrazione" del ruolo del giudice può, poi, discendere anche dalla circostanza per cui su una stessa fattispecie giuridica si intersecano spesso fonti normative differenti, nazionali ed europee, la cui applicazione apre gli argini all'ampia interpretazione del giudice interno e, ove necessario, anche dei giudici europei[3]. E se già è estremamente difficile per qualunque giudice coniugare le differenti fonti interne ed europee, ancora più complesso, per non dire arduo, è applicare il diritto

[1] Cfr. R. Romboli, *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, 2012, 1069 ss.

[2] Nel presente scritto si fa riferimento all'attività creativa dei giudici e non anche della Corte costituzionale o delle Corti europee che, per la loro peculiarità, meritano uno specifico e distinto esame.

[3] Si dà luogo in questo caso a quella che è stata definita "mondializzazione giurisdizionale" intesa come rete giudiziaria globale caratterizzata "da richiami alle sentenze straniere, scambio di argomentazioni, formazione comune, dialogo tra giurisdizioni, creazione di associazioni transnazionali e di circoli giudiziari" (cfr. V. Tondi della Mura, *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, in *www.archiviorivistaaic.it*, 2012, 4).

europeo convenzionale che si sviluppa per il tramite della giurisprudenza della Corte edu. La Convenzione, infatti, essendo un articolato di principi, vive per il tramite della giurisprudenza, con la conseguenza che l'attività interpretativa dei giudici nazionali deve tener conto necessariamente di *quei* canoni ermeneutici nell'interpretazione e, quindi, applicazione interna del diritto[4].

In un sistema così caratterizzato è quasi naturale imbattersi nella problematica individuazione di un equilibrio tra legislazione e giurisdizione[5] e nella ricerca di una corretta e bilanciata (o poco sbilanciata) composizione delle medesime[6]. Come evidenziato in precedenza, la molteplicità di fonti e di Corti, interne e sovranazionali, ha portato ad un graduale spostamento dell'attività giudiziale da una funzione "applicativa" della legge ad una funzione "creatrice" di norme. Con ciò non si vuol sostenere che il giudice quando *applica* la legge debba essere un mero esecutore tecnico della stessa, ma soltanto porre in rilievo che il giudice dovrebbe essere tenuto a rifarsi alla propria *funzione* di compositore delle controversie per la quale è preposto dall'ordinamento giuridico, cioè a garantire che la legge (uguale per tutti) venga applicata a tutti nello stesso modo lì dove le situazioni giuridiche portate *sub iudice* siano le medesime[7]. E tanto al fine di rispettare l'esigenza di non trasformare la *iurisdictio* in *legislatio*.

Infatti, se, in base al principio democratico e rappresentativo, la funzione legislativa è preordinata all'emanazione di norme generali ed astratte a tutela dell'uguaglianza applicativa e, dunque, a garanzia dell'uguaglianza di trattamento di situazioni giuridiche soggettive che necessitano di "oggettivazione"

[4] Come osservato da V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *www.osservatorioaic.it*, maggio 2015, 2, "le sentenze e decisioni della Corte europea ricorrono necessariamente a terminologia che rinvia a concetti giuridici. Tuttavia, salvo che i termini usati richiamino espressamente il significato che essi assumono nel diritto nazionale, occorre tener presente che la Corte opera ricorrendo a "nozioni autonome". Esse sono adottate ai soli fini dell'interpretazione e applicazione della Convenzione, perché ritenute idonee ad assicurarne l'applicazione, conforme al suo oggetto e scopo, in tutti gli Stati europei che sono parte del sistema. Note e largamente richiamate sono le nozioni autonome di "legge", "legalità", "diritto", "giudice", "accusa penale", "pena", ecc. Ma non si tratta di un elenco chiuso. Sempre la Corte europea ragiona in "modo autonomo" rispetto ai diritti nazionali nell'ambito dei quali si è svolta la vicenda sottoposta al suo giudizio. Il lettore delle sentenze della Corte europea, per comprenderne il significato e prima di esprimersi sulle conseguenze nel diritto interno, deve adottare l'ottica della Convenzione e delle modalità interpretative proprie della Corte europea nell'esercizio della competenza assegnatale dall'art. 32 Conv. Se la lettura delle sentenze della Corte europea è invece fatta ricorrendo all'apparato concettuale e linguistico proprio del diritto nazionale si resta vittime di un'incomprensione e distorsione che può avere gravi conseguenze".

[5] In proposito ampiamente A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Milano, 2015, 264.

[6] Su tale specifico profilo R. Romboli, *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, *cit.*, 1069 ss.

[7] Cfr. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost*., 2006, 1664 ss.

nell'ordinamento giuridico formale, le norme "create" dal giudice, essendo orientate al caso concreto e non avendo effetti se non tra le parti, sono prive dei requisiti che, invece, caratterizzano gli atti propri del legislatore.

Nel momento in cui, dunque, l'ordinamento consente la creazione giurisprudenziale del diritto in assenza di quelle *formule* di garanzia tipiche dei sistemi strutturati sul diritto giudiziale, la funzione e, dunque, lo stesso potere giudiziario non concorrerebbe più, assieme agli altri poteri dello Stato, all'attuazione del fondamentale principio di eguaglianza, che imporrebbe la rimozione o la riduzione dei fattori produttivi di disuguaglianze materiali, ma potrebbe finire col divenire esso stesso, attraverso le proprie pronunce creative, potenziale fonte di intollerabili diseguaglianze.

E tutto ciò senza considerare che nell'ammettere vere e proprie innovazioni normative da parte della giurisdizione in assenza della legge o, comunque, ben oltre le interpretazioni che essa consente, si va ad intaccare la funzione politica[8] che i padri Costituenti hanno affidato al Parlamento, snaturando quel principio che vede il giudice *soggetto* alla legge.

Peraltro la funzione nomofilattica delle supreme magistrature non può essere confusa con la funzione politico-legislativa di normazione. Nessun precedente, neppure il più autorevole, ha infatti capacità di "eguagliare" situazioni giuridiche "diseguali", come invece può (o, anzi, dovrebbe) la legge nel rispetto dell'art. 3 della Costituzione.

A differenza dei sistemi di *common law*, nei quali la produzione normativa è affidata (principalmente) al giudice e il garante dell'eguaglianza è il principio dello *stare decisis*, nell'Europa continentale la produzione normativa è, invece, affidata al legislatore e l'eguaglianza è garantita dalla legge. La formula aritmetica secondo la quale invertendo gli addendi (legislatore e giudice) il risultato non cambia non può trovare applicazione in ambito giuridico in quanto invertendo le funzioni (giudice e legislatore) il risultato cambia e non poco.

## 2. Il difficile bilanciamento tra forma e sostanza nell'esercizio della funzione giurisdizionale

A ben vedere, il nucleo del rapporto tra legislazione e giurisdizione sembra focalizzarsi sulla dicotomia tra "forma" e "sostanza".

[8] Sul punto ampiamente M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, *cit.*, 1663, il quale mette in luce proprio al riguardo come "in ordinamenti come quello italiano, la decisione sui diritti e sui doveri è concepita come una decisione *politica* che non può essere affidata ai giudici" (…) "Una comunità politica ha la responsabilità di *decidere* sulle questioni che la agitano attraverso i propri organi politicamente responsabili, non può scaricare sul circuito della giurisdizione il fardello della soluzione di problemi. Si riprenda la politica quel che le è proprio, senza pretendere – è ovvio – di ridurre la giurisdizione a semplice *téchne* e il giudice ad *automate*, ma senza abdicare alla propria funzione sistemica".

Al di là delle odierne cause della sempre più crescente produzione normativa ad opera della giurisdizione – registrata in termini di inevitabile e fisiologica *co-produzione* tra legislatore e giudice nella realtà della dimensione giuridica[9] – la quale, come già detto, può ascriversi agli effetti della tutela multilivello e, come si vedrà, del costituzionalismo, alla incapacità del legislatore di tenere il passo delle sempre più rapide e mutevoli esigenze del corpo sociale o anche, in taluni casi, al protagonismo del "potere" giurisdizionale, è da rilevare che l'allontanamento dal costante riferimento alla legalità (legale o costituzionale[10]) comporta che il processo decisionale assuma, ai vari livelli, sempre più un carattere sostanziale.

Tale sostanzialità, se rispettosa dell'equilibrio dei poteri, può costituire un utile strumento per evitare il permanere di diseguaglianze eventualmente poste in essere dal legislatore e, in casi estremi, in una visione antigoniana[11], rendere giusta la legge ingiusta[12].

Ove, invece, la sostanza disdegni totalmente la forma (legale e costituzionale) per assumere dimensioni che travalicano la *ratio legis*, si corre il rischio di allargare la forbice della discrezionalità con risultati imprevedibili se non addirittura, a volte, discutibili.

È noto, infatti, come il sostanzialismo *tout court*, inteso quale "rifiuto della razionalità formale in nome di un concetto sostanziale della giustizia e della legge"[13] e quindi come superamento del principio di legalità, consentirebbe al giudice modalità di interpretazione molto più "libere"[14], i cui princi-

[9] L'espressione è di A. Gusmai, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, 2015, 25, ma *passim*, il quale ritiene che solo grazie all'attività co-produttiva dei giudici (comuni e costituzionali) si possono garantire effettivamente i principi di democrazia sociale sanciti nella Costituzione repubblicana (che è di tutti, non solo di una maggioranza politica di governo) e, in ogni caso, compensare gli inevitabili limiti di un legislatore/produttore impossibilitato a risolvere "le sempre nuove esigenze avvertite dal corpo sociale che (…) non trovano ancora espressione in una precisa disposizione legislativa".

[10] Cfr. M. Luciani, *Sulla legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, 508 ss.

[11] Si pensi, in merito, al noto passo sofocleo in cui si legge "*…Io non pensai che tanta forza avessero gli ordini tuoi, da rendere un mortale capace di varcare i sacri limiti delle leggi non scritte e non mutabili: non son d'ieri né d'oggi, ma da sempre vivono: e quando diedero di sé rivelazione, è ignoto*" (cfr. Sofocle, *Antigone*, vv. 563-569).

[12] Stando alle riflessioni di M. Ainis, *Le parole nella Costituzione*, Napoli, 2014, 56, la giurisprudenza deve comunque muoversi "attraverso aggiustamenti minimi, senza salti mortali. A volte questi salti si verificano, ma il salto sconcerta, disorienta, mette a rischio la certezza del diritto, o quantomeno il principio dell'affidamento nella conoscibilità delle prescrizioni giuridiche. *Jurisprudence* fa rima con *prudence*".

[13] Per un breve richiamo storico sui pericoli di una concezione sostanziale della giustizia e della legge cfr., ancora, M. Ainis, *Le parole nella Costituzione*, *cit.*, 14.

[14] E. Cheli, *Diritto, processo e giustizia nel pensiero di Pietro Calamandrei*, in *www.rivistaaic.it*, 2015, 4, operando un richiamo all'opera di P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, IV, 1989, evidenzia come il principio di legalità nello Stato costituzio-

pi e valori ispiratori potrebbero essere non più quelli legali o costituzionali, ma quelli meramente soggettivi del giudice procedente. Questi, quindi, eserciterebbe la funzione a cui è preposto ispirandosi alla *propria* etica e non a quella del corpo sociale, così comportando il declino definitivo della visione settecentesca del giudice *bouche de la loi* e l'affermazione di una nuova figura di "*giudice etico*".

Senonchè, "stabilire la liceità di determinati comportamenti o individuare l'opportunità di riconoscere determinati diritti" (…) non è funzione attribuita al potere giudiziario, ma "è compito primario degli organi rappresentativi sulla base di valutazioni politiche e/o etiche"[15].

Il ricorso a criteri di giudizio metapositivi (la giustizia, l'equità ecc.) di cui il giudice può avvalersi, deve trovare, pertanto, un limite in una superiore legalità di tipo costituzionale[16] affinchè i confini tra giurisdizione e legislazione non si confondano o si sovrappongano.

Nel pensiero di Calamandrei gli strumenti di risoluzione delle controversie, quali *l'interpretazione, l'analogia, i principi generali* rappresentano "finestre aperte sul mondo", utili alla *ricerca* dell'equità del giudizio. Difatti, "se il giudice sa affacciarsi a tempo, può entrare l'aria ossigenata della società che si rinnova", ovverosia i valori che caratterizzano la società in un certo momento storico. Per questo "vi sono tempi di stasi sociale in cui il giudice può limitarsi ad essere il fedele secondo del legislatore, il seguace che l'accompagna passo per passo; ma vi sono tempi di rapida trasformazione in cui il giudice deve avere il coraggio di esserne il precursore, l'antesignano, l'incitatore"[17].

nale abbia assunto una differente connotazione nel pensiero del Giurista. "Siamo agli ultimi anni dell'esperienza fascista e in questi anni il tema che più attrae la riflessione di Calamandrei giurista si individua nel "principio di legalità" inteso come fondamento dello "Stato di diritto" e strumento per garantire la certezza del diritto. Ma mentre in questi anni la legalità viene da lui intesa, secondo la visione liberale, in senso rigorosamente formale – e questo anche al fine di rifiutare con forza la prospettiva del "diritto libero" gradita all'ideologia nazista – negli anni del secondo dopoguerra la nozione di legalità viene nel suo pensiero ad acquistare connotati sempre più sostanziali che lo inducono a riflettere sulla "legge giusta" come espressione non tanto di uno Stato sovrano, quanto di una partecipazione attiva dei cittadini in grado di far maturare la volontà della maggioranza.

Da qui l'evoluzione successiva del suo pensiero che lo porta progressivamente a sostituire alla legalità formale propria dello "Stato di diritto" la "legittimità costituzionale" propria dello "Stato sociale" attraverso cui si impone al legislatore, in conseguenza dell'adozione dello strumento della rigidità costituzionale, di rispettare non solo le norme ma anche i valori espressi da una costituzione scaturita dalla volontà popolare".

[15] Secondo A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, *cit*., 337, esistono tematiche (eutanasia, matrimoni e adozioni omosessuali, prostituzione, ecc.) che, per la loro delicatezza, è bene che vengano discusse e poi decise in sede legislativa, non già lasciate alla casistica produzione giurisprudenziale.

[16] M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, *cit.*, 1665.

[17] Il riferimento è alle acute riflessioni di P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, vol. I, 610-611.

Come è agevole notare, l'Autore – evidenziando il ruolo (anche) propulsivo e quindi positivo che la magistratura può svolgere – non ne snatura beninteso la funzione che, in ogni caso, non può essere quella di un "supplente" del legislatore e, quindi, di un "creatore" del diritto.

Oggi, la situazione si presenta in modo molto diverso. Le ipotesi di *supplenza* del legislatore da parte dei giudici nazionali (ed europei), divengono infatti sempre più frequenti.

Ed il problema della incidenza delle decisioni "creative" sulla separazione dei poteri viene alla luce in tutta la sua evidenza non solo con riguardo ai giudici nazionali, ma anche con riferimento al giudice europeo, in particolare di Strasburgo. La recentissima decisione del caso Oliari c/ Italia del 21.7.2015, è infatti di particolare interesse oltre che per il *petitum*[18] anche per il tema affrontato, seppur incidentalmente, del rapporto tra i diversi poteri.

Nella decisione in questione, invero, la Corte, da un lato, ha dovuto riconoscere che spetta al legislatore e non al giudice il compito di innovare l'ordinamento, confermando la "attualità" e "vigenza" del principio della separazione dei poteri; dall'altro, per legittimare se stessa a superare il limite del richiamato principio, ha attribuito la responsabilità del proprio intervento alla *intenzionale o alla mancata necessaria determinazione* del legislatore italiano (par. 184) a promulgare una legge in tale materia (par. 183). Conseguentemente, sempre secondo la Corte, essa sarebbe legittimata ad intervenire ogni qual volta vengano ravvisate nuove e pressanti istanze sociali rimaste inascoltate dal legislatore al fine di garantire all'individuo un livello essenziale o, meglio, minimo, dei diritti fondamentali.

Paradossalmente, però, nel definire *il* rapporto tra i poteri, ciò di cui essa si preoccupa non è tanto la circostanza che la supplenza della funzione legislativa possa minare il potere legislativo, quanto che i moniti del giudice, inascoltati dal legislatore (premessa necessaria all'esercizio della supplenza da parte dell'organo giudiziario), costituiscano un rischio per la funzione svolta dalla Corte, atteso che l'inerzia del legislatore potrebbe "minare la credibilità e l'autorità dell'organo giudiziario e mettere a rischio la sua efficacia, fattori che sono della massima importanza dal punto di vista dei principi fondamentali della Convenzione" [19].

[18] Il recentissimo caso Oliari c/ Italia del 21.7.2015 deciso dai giudici di Strasburgo e che ha ad oggetto la questione della assenza di disciplina giuridica delle coppie omosessuali nell'ordinamento italiano, ha portato la Corte edu a dover affrontare anche il tema, risolto con argomentazioni alquanto opinabili e peraltro contraddittorie, del rapporto tra i poteri.

[19] In tale decisione emerge con chiarezza come, nella concezione europea, non sia il giudice ad essere soggetto alla legge, ma il contrario. E ciò si evince laddove la Corte afferma che "la mancanza del legislatore nel farsi carico dei pronunciamenti della Corte costituzionale o delle sue raccomandazioni in coerenza con la Costituzione, reiterata per un periodo significativo di tempo, mina potenzialmente la responsabilità del potere giudiziario" (par. 184).

### 3. I sempre più incerti confini tra giurisdizione e legislazione

La "pressione" sociale "sentita" dal giudice, ma rimasta inascoltata dal legislatore, a lungo andare può provocare una confusione dei ruoli sui già incerti confini esistenti tra la funzione legislativa e quella giurisdizionale, il cui effetto principale si materializza in uno squilibrio dell'"eterno gioco tra componente formale e componente sostanziale dell'esperienza giuridica" a discapito della effettività e della garanzia dei diritti[20].

Come già accennato, una perdita di "equilibrio", ossia uno sbilanciamento a favore del giudice nella produzione normativa, ha già mostrato in diverse occasioni i suoi limiti.

Il problema di fondo resta quello dell'assenza di legittimazione democratica dell'organo giurisdizionale, aggravato da una eventuale mancanza di forme di responsabilità utili a limitare l'arbitrio piuttosto che la discrezionalità del giudice[21].

In assenza di tali presupposti i principi dello Stato costituzionale di diritto potrebbero subire un *vulnus* in quanto il giudice non sarebbe più soggetto *soltanto alla legge* ma eserciterebbe funzioni ben al di là del suo "mandato costituzionale" determinando incertezza del diritto e ingenerando insostenibili diseguaglianze dinanzi a situazioni astrattamente dello stesso tipo.

Si pensi a coloro i quali, nello stesso momento storico, pur rivendicando gli stessi diritti in assenza di un dettato legislativo, possano ottenere, secondo la discrezionalità del giudice, "giudizi" creativi differenti[22]. Oppure, si con-

[20] Cfr. M. Ainis, *Le parole nella Costituzione*, *cit.*, 12-13.

[21] Si pensi alla recente modifica del regime di responsabilità dei giudici per la quale si veda, da ultimo, R.G. Rodio, *Notazioni preliminari sui profili costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati (Parte I)*, in *Logos*, 2015, II.

[22] Un esempio di una possibile "diseguaglianza" è quello verificatosi in sede di risoluzione del caso concreto, quale seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 170 dell'11.6.2014, in cui la Cassazione (I sez. civ., n. 8097/2015) ha ritenuto di far salvi gli effetti del matrimonio contratto prima del cambio di sesso di uno dei coniugi, in attesa di una disciplina legislativa della materia. Così facendo, infatti, come rilevato di recente da R. Cataldo, *La prospettiva de iure condito e de iure condendo della sentenza n. 8097/2015 della Corte di Cassazione sul matrimonio omosessuale sottoposto a condizione temporale risolutiva*, in *www.osservatorioaic.it*, 2015, 14 "la rilevanza e la tutela accordata alla socialità del matrimonio potrebbe trascinare con sé il rischio di far assumere al rapporto di coppia divenuto omosessuale lo stesso valore che nell'ordinamento assume il rapporto coniugale fondato sul matrimonio. In altri termini, tale rilevanza potrebbe fare i conti con il possibile "effetto eco" di essere fonte di discriminazione tra le coppie unite in matrimonio poi divenuto omosessuale a causa del sopraggiunto mutamento genotipico e le coppie omosessuali non ancora, e giammai, coniugali. La discriminazione potrebbe poggiare sul fatto che le "altre" coppie omosessuali, ossia le coppie omosessuali tali sin dall'origine non potrebbero mai giungere a beneficiare delle stesse tutele e garanzie accordate, con la sentenza in commento, alle coppie divenute omosessuali, con la conseguenza che le prime potrebbero godere di una tutela limitata, nelle rispettive posizioni di diritti e obblighi".

sideri l'ipotesi in cui si concretizzi una antinomia tra diritto giurisprudenziale e legislazione successiva a questo. Il diritto giurisprudenziale "creativo" è potenzialmente fonte di diseguaglianze laddove, ad esempio, riconosca un diritto in assenza di disciplina legislativa a cui faccia seguito un *non* riconoscimento espresso da parte del legislatore. In altre parole, è come se l'ordinamento consentisse la coesistenza di diritti riconosciuti in seguito a sentenze definitive (quindi intangibili avendo forza e valore di giudicato) e di diritti del medesimo tipo non riconosciuti dalla legge. Si realizzerebbe, così, una evidente disparità di trattamento nell'ordinamento giuridico (diritto giurisprudenziale *vs* diritto legislativo) di difficile soluzione tenuto conto, altresì, che mentre la legge in contrasto con il principio di eguaglianza, o con altri principi costituzionali, potrebbe essere caducata in qualsiasi momento dalla Corte costituzionale qualora portata al suo esame, la sentenza "normativa" definitiva, frutto di creazione giurisprudenziale e quindi fuori dai limiti della legalità legale e costituzionale, rimarrebbe intangibile nell'ordinamento giuridico.

È per tale ragione che la corretta delimitazione dei poteri diviene una questione dirimente[23]. Se, da una parte, non sembra più possibile ritenere il giudice quale *bocca della legge*, dall'altra la fisiologica produzione normativa del giudice deve trovare una sua delimitazione, eventualmente, in una diversa disciplina delle sue responsabilità[24]. Diversamente si corre il rischio che a scandire tempi, modi e contenuti della programmazione politica non sia più l'organo espressione della sovranità popolare, bensì un ordine che da indipendente ed autonomo dalla politica, come la Costituzione vuole che sia, divenga protagonista principale dell'azione politica, sociale ed economica del Paese.

[23] Una recente ricostruzione sui confini della giurisdizione nell'esercizio della funzione interpretativa del giudice è offerta da M. Nisticò, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, Torino, 2015, il quale, inoltre, individia quale possibile strumento di delimitazione dell'attività interpretativa c.d. "forte" del giudice, quello della responsabilità disciplinare. Il tema è ripreso da A. Ruggeri, *A margine di M. Nisticò, L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, in *www.diritticomparati.it*, 28.10.2015, 8, che lo amplia con interessanti considerazioni sulla responsabilità del legislatore derivanti da comportamenti omissivi o da "complessive carenze della legislazione, nelle quali poi (…) sta una delle cause, e di certo tra le non secondarie, di alcune tra le più vistose deviazioni istituzionali dei giudici".

[24] Cfr. N. Zanon, *La responsabilità dei giudici*, in Aa. Vv., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Annuario 2004, Padova, 2008, 217 ss.; *contra* A. Anzon, *La responsabilità del giudice come rimedio contro interpretazioni «troppo creative»: osservazioni critiche,* in id., 256. Sul punto, in una prospettiva europea, cfr. A. D'Aloia, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *www.archiviorivistaaic.it*, 2008; M.P. Iadicicdo, *La responsabilità civile dei giudici alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Aa. Vv., *Dalla Facoltà al Dipartimento*, 2012, Napoli, 265 ss.

La "eccessiva irresponsabilità di cui i giudici godono nel nostro paese"[25] deve essere intesa qui in almeno due sensi. Il primo è correlato all'assenza di regole che disciplinino la partecipazione del giudice alla vita politica in varie forme (fra le quali l'assunzione di incarichi governativi, i condizionamenti indotti dall'associazionismo di categoria); il secondo attiene più specificamente alla sua funzione allorchè, nell'attività interpretativo-applicativa, non si attenga alla legalità, legale e costituzionale, violando il principio della separazione dei poteri[26].

Si tratta, in definitiva, di riportare nell'alveo costituzionale l'effettivo esercizio delle funzioni e dei poteri per non vulnerare le regole del gioco democratico[27] e, in definitiva, la stessa garanzia dell'eguaglianza quale valore fondamentale del patto costituzionale e quale *compito* a cui nessun soggetto dell'ordinamento è sottratto, neppure il giudice[28].

[25] Il riferimento di L. Sciascia, *A futura memoria*, Bologna, 1989, 7, nello scritto è al caso Tortora ed in particolare all'abuso della custodia cautelare.

[26] Tutto ciò se si esclude che l'attività interpretativa "creativa" del giudice non rientri tra le ipotesi sindacabili dalla Corte costituzionale attraverso i conflitti di attribuzione. Sul punto confrontare le interessanti osservazioni di M. Nisticò, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, *cit.*, 272, che in chiave critica vede il rifiuto della Corte di esercitare il "controllo dell'atto giurisdizionale" in quanto "senza questo controllo è davvero complesso isolare (e, in ipotesi, sanzionare) l'interpretazione del tutto eterodossa e non ammessa dalla lettera della legge".

Non va trascurata, in proposito, la legge n. 18 del 27.2.2015, di modifica della legge Vassalli del 1988, sulla quale, tuttavia, sarebbe necessaria una più ampia riflessione, atteso che la stessa non dirime alcuni profili problematici correlati alla responsabilità "interpretativa" del giudice.

[27] M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana e non solo*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, 12.

[28] Sul punto cfr. il recente lavoro di V. Tondi della Mura, *Il patto costituzionale fra teologia politica e teologia* della *politica*, in *Quad. cost.*, 2015, 481 e spec. 504-505.

# DIS-EGUAGLIANZE E FUNZIONE SOLIDARISTICA DELLA SUSSIDIARIETÀ: UNO STUDIO DI CASO SUL TRASPORTO DEI DISABILI

Filomena Manganiello e Stefania Parisi*

Sommario: 1. Introduzione. La tutela dalle dis-eguaglianze e la matrice solidaristica della sussidiarietà (verticale). – 2. La funzione solidaristica della sussidiarietà nella vicenda del trasporto dei disabili: la scissione tra la gestione della funzione e il suo profilo economico. – 3. Prove tecniche di dialogo inter-istituzionale e quattro domande "a futura memoria".

## 1. Introduzione. La tutela dalle dis-eguaglianze e la matrice solidaristica della sussidiarietà (verticale)

Questo breve saggio si prefigge uno scopo specifico: dimostrare che è possibile rivitalizzare il ruolo del principio di sussidiarietà (verticale) al fine di implementare il valore della solidarietà sociale, che si situa in prossimità di ogni tentativo di rimozione delle diseguaglianze[1]. Sarebbe stato interessante valutare, preliminarmente, in che misura il concetto di *dis*-eguaglianza assuma una connotazione negativa e rappresenti un *dis*-valore da cui sia necessario "difendersi", per garantire la tenuta dello Stato sociale: tuttavia, il tema è formidabile e merita ben altra sede. Purtroppo, dati i limiti di battute, il saggio impiegherà un tono assertivo, sincopato talora; sarà, inoltre, necessario postulare numerosi assunti, col rischio di frustrare il perseguimento dello scopo testé enunciato: tuttavia, si proverà comunque a dare il senso di quanto si va sostenendo.

Per dimostrare quanto in premessa, si è analizzato un caso, piuttosto isolato invero, relativo l'allocazione della funzione amministrativa concernente il trasporto scolastico dei disabili: esso rappresenta un avvio di riflessione su alcuni concetti pivotali (sussidiarietà, solidarietà, eguaglianza) per i quali si è assistito, nel tempo, a un irreversibile svuotamento di senso.

I postulati da cui si parte possono elencarsi nelle seguenti proposizioni.

Il concetto di *diseguaglianza* deve fare necessariamente i conti con il concetto di *diversità* di condizioni di partenza, esemplificato dalle parole di Amartya K. Sen[2], secondo cui «la valutazione delle esigenze poste dall'e-

* Il lavoro è il frutto della riflessione congiunta delle due autrici. Tuttavia, è possibile ascrivere a Stefania Parisi i paragrafi 1 e 3 e a Filomena Manganiello il paragrafo 2.

[1] Su questo rapporto, cfr. E. Somaini, *Paradigmi dell'uguaglianza*, Roma-Bari 2005 che rileva: «il tema dell'uguaglianza riguarda essenzialmente la sfera delle politiche sociali».

[2] Nel suo celebre *La diseguaglianza. Un esame critico* [1992], Bologna 1994.

guaglianza deve scendere a patti con l'esistenza di una diffusa diversità umana». L'affermazione, di per sé non particolarmente innovativa, serve però a ricordare come «la potente retorica dell' "eguaglianza" degli uomini spesso tend[a] a deviare l'attenzione da queste differenze»[3]. Nel caso della disabilità, la diversità è *in re ipsa*: è evidente che quella del disabile sia una delle condizioni personali di cui parla l'art. 3 Cost. e rispetto alla quale si dovrebbe attivare l'opera di rimozione delle discriminazioni irragionevoli da parte della *Repubblica*[4]. In particolare, qui, si sceglie una precisa «variabile focale»[5] alla stregua della quale misurare il trattamento diseguale di persone svantaggiate a causa di questa condizione di disabilità: la fruizione dei diritti, in particolare quelli sociali.

Ora, in uno Stato composito è naturale che questi diritti possano ricevere attuazione differenziata[6]: proprio per ridurre al minimo le disparità irragionevoli di trattamento da Regione a Regione, nasce la norma di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*) riguardante la necessità di accentrare in capo allo Stato la competenza in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Tuttavia, da un lato, questa norma contiene in sé una competenza "trasversale"[7], per cui l'intreccio con le competenze regionali (ad esempio, quelle residuali in materia di politiche sociali[8]) è fatalmente

[3] Questo virgolettato, come il precedente, si trova in A. Sen, *La diseguaglianza*, *cit.*, spec. 15.

[4] Ad esempio questo legame tra diseguaglianza "di partenza" e compiti dello Stato sociale è chiaro e ampiamente esplorato in R. Dworkin, *What is Equality? Part 1: Equality of Welfare*, in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, No. 3. (Summer, 1981), 185 ss., in cui si fa riferimento al concetto di "distributional equality".

Parla di un doppio riconoscimento, in Costituzione, della disabilità come forma di diseguaglianza (*esplicito* nell'art. 38, comma 3 e *implicito* nell'art. 3, comma 2, Cost.) A. Lorenzetti, *Dis-eguaglianza e disabilità*, in questo volume, spec. par. 2 del saggio.

[5] Per questa nozione, cfr. A. Sen, *op. ult. cit.*, spec. 16: «il giudizio e la misurazione della diseguaglianza dipendono in tutto e per tutto dalla scelta della variabile (reddito, ricchezza, felicità, ecc.) sulla base della quale si effettuano i confronti. Chiamerò questa la "variabile focale" – la variabile su cui l'analisi si focalizza nel confrontare persone diverse».

[6] Specie se si accetta l'idea della non-neutralità e non-oggettività del concetto di eguaglianza, che comporta la conseguenza per cui maneggiare le diseguaglianze è questione di scelta rimessa alla discrezione del "politico", del legislatore anche regionale. Sul punto, estesamente, M. Massa, *Diseguaglianza e condizioni personali. Una polemica sull'eguaglianza*, in questo volume, spec. parr. 19 ss.

[7] Sul punto, si vedano almeno G. Falcon, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1247-1271; A. D'Atena, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 1/2003, 15 ss.; G. Di Cosimo, voce *Materia (riparto di competenze),* in *Dig. disc. pubbl., Aggiornamento*, III, Torino 2008, 481.

[8] Sulla materia delle politiche sociali come ambito di competenza residuale, si vedano, ad esempio, sentt. nn. 166/2008 e 274/2010. Nella prima decisione, peraltro, una delle questioni si imbatte proprio nell'intreccio tra competenza statale in tema di livelli essenziali e competenza residuale in tema di edilizia residenziale pubblica e politiche sociali, ricordando una precedente decisione secondo cui anche dopo la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, continua a spettare allo Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*), «la determina-

impossibile da scongiurare; dall'altro, atteso il collegamento tra l'art. 3 Cost. e l'art. 114 Cost., se la Repubblica rimuove gli ostacoli per l'attuazione dell'eguaglianza, e la Repubblica include Regioni ed enti subregionali, è anche compito di questi enti intervenire per consentire la massima espansione possibile dell'art. 3. E gli enti substatali agiscono nei confronti del cittadino ispirando il proprio intervento al principio di sussidiarietà che, dunque, si salda inevitabilmente all'art. 114. È vero che questo principio, costruito come «decisione di preferenza»[9], ossia come canone che orienta l'allocazione da parte della legge della funzione amministrativa in capo all'ente più vicino al destinatario della stessa, ha subito uno slittamento di significati nella giurisprudenza costituzionale[10] tanto che alcuni ne hanno auspicato finanche la rimozione testuale[11]. Ma è importante dimostrare che la sussidiarietà, se maneggiata adeguatamente, possa recuperare l'antica idea di *subsidium*, esibendo appieno la matrice solidaristica di cui si sostanzia, grazie al sostegno di una adeguata attività interpretativa. Proprio l'interpretazione di alcuni giudici comuni viene in rilievo, in queste brevi note: nel caso che si esamina, a fronte di un dettato normativo affatto chiaro, il Tar Lombardia, sez. Brescia, è giunto a interpretare in senso *rights oriented* la funzione amministrativa del trasporto scolastico dei disabili, addivenendo a una singolare scissione tra il profilo *economico* e quello *gestionale* della funzione medesima.

Si legge, sullo sfondo, l'idea per cui non c'è un solo *ente* istituzionalmente deputato a rimuovere le diseguaglianze. Non c'è, d'altronde, nemmeno un *organo* incaricato in via esclusiva di assolvere a questo compito che, dunque, va realizzato da parte di ciascun attore istituzionale, con i mezzi di cui dispone: nella fattispecie esaminata, il giudice supera un dettato normativo lacunoso e adopera la sussidiarietà come strumento attraverso cui realizza il fine della rimozione (o almeno riduzione) della diseguaglianza nella fruizione di un diritto sociale da parte di soggetti disabili.

Ma si ascolti il caso, affinché appaia comprensibile quanto appena detto.

zione dell'offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti» (sent. n. 94 del 2007).

[9] Si dà per nota la letteratura in merito al principio di sussidiarietà, ma non si può non ricordare che l'espressione, in origine di J. Isensee, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft,* Berlin 1968 (e 2001), è stata mutuata da A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1/2001, secondo cui il principio in esame si sostanzia nella «*decisione di preferenza* – la *Vorrangentscheidung* – che ne è alla base: una decisione in favore dell'ambito più vicino agli interessati».

[10] Su cui, in particolare, G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli 2009 e C. Mainardis, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo*, in *Le Regioni*, 2-3/2011, 455 ss.

[11] Si tratta della proposta suggerita da M. Carrer – S. Rossi, *La sussidiarietà: metamorfosi e trasfigurazione*, in *Quad. cost.* 2/2012, 259 ss. Per una critica a questa visione, si veda, volendo, S. Parisi, *La gerarchia delle fonti. Ascesa declino mutazioni*, Napoli 2012, spec. 328, nota 99.

## 2. La funzione solidaristica della sussidiarietà nella vicenda del trasporto dei disabili: la scissione tra la gestione della funzione e il suo profilo economico

Il caso di cui si tratta è stato deciso dal Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 13/07/2011, n. 1046[12], che ha accolto il ricorso promosso da alcune famiglie di alunni con disabilità frequentanti le scuole superiori volto ad accertare l'ente competente (Comune o Provincia) a garantire l'erogazione dei servizi di trasporto e assistenza *ad personam*.

La vicenda ha inizio a seguito della comunicazione da parte del Comune che non avrebbe più garantito tali servizi, assicurati fino a quel momento, ai ragazzi disabili che frequentavano un istituto superiore perché ritenuti di competenza della Provincia[13].

Per vero, gli enti territoriali coinvolti non hanno messo in discussione la sussistenza del diritto al trasporto e all'assistenza *ad personam* in capo ai disabili: la *res* controversa si è incentrata, infatti, sull'identificazione dell'amministrazione chiamata ad assumere i relativi oneri *economici* e *gestionali*[14].

La questione sorge perché il quadro normativo è alquanto complesso e si presta a letture ambivalenti[15].

In particolare, alcune disposizioni sembrano incardinare in capo ai Comuni medesimi l'obbligo di erogare i servizi di trasporto e assistenza *ad personam*, a prescindere dall'ordine di scuola frequentato dai disabili: si pensi agli artt. 42 e 45, d.P.R. n. 616/1977 e agli artt. 12, 13, 26 l. n. 104/1992, oltre

[12] Cfr. anche Tar Lombardia, sez. II, Brescia, 24/09/2012, nn. 1538, 1540; Tar Lombardia, sez. II, Brescia, 13/07/2011, n. 1044.

[13] La Corte dei conti, sez. controllo Lombardia, con il parere del 18 febbraio 2008, n. 5, ribadisce che gli oneri economici sono a carico della Provincia ai sensi dell'art. 139 d. lgs. n. 112/1998, ma se è il Comune a rendere il servizio, quest'ultimo non potrà essere interrotto. La giurisprudenza contabile richiama il principio di sussidiarietà per escludere la possibilità di interrompere il servizio che si sta erogando solo sulla base dell'asserita incompetenza. Similmente si esprime Corte dei conti, sez. controllo Lombardia, con il parere del 22 luglio 2008, n. 55; Corte dei conti, sez. Marche, delibera 598/2010/PAR.

[14] Cfr. M. Della Morte, *Profili costituzionali della tutela del diritto allo studio tra Stato e Regioni*, in L. Chieffi (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova 1999, 481 ss. E. Cavasino - G. Scala - G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza.* Atti del Convegno di Trapani 8-9 giugno 2012, Napoli 2013.

[15] Prima che le Regioni legiferassero, al trasporto scolastico dei disabili frequentanti la scuola dell'obbligo, avevano provveduto i Comuni. Nonostante la chiara formulazione dell'art. 139 d.lgs. n. 112/98, talvolta, le Province non hanno, invece, espletato le funzioni di trasporto dei disabili per le scuole superiori ritenendo anche tale funzione, come il trasporto scolastico ordinario, attribuita dalla legge ai Comuni. A sostegno di tale posizione è stato anche sostenuto che il trasporto scolastico dei disabili rientrerebbe nell'ambito dei servizi sociali attribuiti dalla legge ai Comuni. Cfr. C. Sciancalepore, *Il trasporto scolastico*, Santarcangelo di Romagna 2012, 123 ss.

che alla generale competenza dei Comuni in materia di assistenza, di cui agli artt. 1, 6, e 14, l. n. 328/2000.

Ma altre disposizioni autorizzano una diversa allocazione della funzione *de qua*. Difatti, l'art. 139, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 112/1998[16], adottato in attuazione della l. n. 59/97[17], ha distribuito la funzione dei «servizi di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio» in base al grado scolastico frequentato: le Province si occupano di garantire tali servizi in relazione all'istruzione secondaria superiore, laddove i Comuni assolvono alla medesima funzione per gli altri gradi inferiori di scuola. In questi «servizi di supporto» la giurisprudenza, ormai consolidata, include tanto l'*organizzazione* del servizio di trasporti speciali che la relativa *assistenza ad personam*: difatti, il trasporto dei disabili deve avvenire utilizzando veicoli idonei al servizio da espletare e garantendo necessariamente la presenza di un accompagnatore competente[18].

La soluzione del g.a. nella fattispecie in esame è alquanto singolare. Innanzitutto, il Tar con questa decisione ribadisce quanto già sostenuto dalla giurisprudenza[19], secondo cui le funzioni *gestorie* e gli *oneri economici* relativi ai servizi di trasporto scolastico e di assistenza *ad personam* dei disabili sono ripartiti tra Comune e Provincia in base alla scuola frequentata dallo

[16] Disposizione ribadita dall'art. 6, comma 1, lett. *b)*, della legge regionale lombarda n. 19/2007.

[17] Le disposizioni concernenti le funzioni relative all'ordinamento e all'istruzione scolastica, adottate a seguito della l. n. 59/97, continuano a trovare attuazione nonostante la revisione del titolo V, parte II, Cost. Nella formulazione dell'art. 117 Cost. precedente il 2001, la materia «istruzione artigiana e professionale e assistenza scolastica» rientrava tra quelle di legislazione concorrente dello Stato e delle Regioni e il legislatore statale ha disciplinato la materia con la legge quadro n. 104/1992. Dopo la riforma, lo Stato ha la potestà legislativa esclusiva in materia di «norme generali sull'istruzione» *ex* art. 117, comma 2, lett. *n*), mentre resta nell'elenco delle materie di potestà concorrente la materia «istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale» *ex* art. 117, comma 3. Sul riparto di competenze legislative in materia di istruzione cfr. ad es. Corte costituzionale nn. 13/2004, 200/2009.

Esclusa dagli elenchi dei commi secondo e terzo dell'art. 117 Cost. novellato, la materia «politiche sociali», infine, spetta alle Regioni in via residuale *ex* art. 117, comma quarto. Anche se, trattandosi di competenza residuale, bisogna capire in che modo la giurisprudenza costituzionale (sentenze nn. 370/2003, 380 e 428/2004) ha fraseggiato il relativo ambito materiale: sul punto vedi estesamente S. Parisi, *La competenza residuale*, in *Le Regioni* n. 2-3/2011, 341 ss. e Id., *Potestà residuale e «neutralizzazione» della riforma del Titolo V*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli 2008, 1597 ss.

[18] Cfr. Tar Veneto, sez. III, 21/4/2009, n. 1224; Tar Lombardia, sez. II, Brescia, 13/07/2011, n. 1046.

[19] Cfr. Tar Lombardia, sez. II, Brescia, 13 luglio 2011, n. 1044; Tar Marche, sez. I, 1 agosto 2011, n. 685; Consiglio di Stato, sez. V, 05 maggio 2009, n. 2802; Tar Campania, sez. I, Salerno, 22 febbraio 2006, n. 167; Tar Campania, sez. I, Napoli, 4 maggio 2007, n. 4737; Consiglio di Stato, sez. V, 20 maggio 2008, n. 2361.

stesso *ex* art. 139 d. lgs. n. 112/98. In assenza, quindi, di un'apposita disciplina regionale che disponga altrimenti, individuando l'ente competente, che può essere anche diverso dal Comune o dalla Provincia[20], ai Comuni spetta solo il compito di assicurare il trasporto e l'assistenza degli alunni con disabilità frequentanti le scuole nei gradi inferiori[21].

Il collegio così conclude valorizzando il fatto che nessun esplicito riferimento in favore della competenza di Enti diversi è rinvenibile nella legislazione regionale lombarda e che, anzi, la Regione Lombardia, con decreto n. 13512 del 9 dicembre 2009, ha attribuito, specificamente, alle Province i finanziamenti necessari a far fronte ai servizi in esame[22].

Tuttavia, dopo aver ricostruito il quadro normativo, statale e regionale, i giudici dichiarano la competenza dei Comuni, sia sotto il profilo della *gestione* del servizio di trasporto scolastico che della correlata assistenza *ad personam* anche per i ragazzi che frequentano la scuola diversa da quella dell'obbligo, mentre la Provincia è tenuta ad assumere per intero il relativo *onere economico*, discostandosi dalla lettera dell'art. 139 d.lgs. n. 112/98: questa sembra essere per il Tar «la sola interpretazione coerente con il dettato normativo e con il principio di sussidiarietà».

Secondo il collegio, infatti, «l'assetto delle competenze tra i diversi livelli istituzionali è definito nel senso di affidare ai Comuni la gestione dell'intera platea degli interventi in campo socio-assistenziale», invece per le Province «sono prefigurati essenzialmente compiti di indirizzo, programmazione e raccordo».

Si tratta, per il Tar, di una ripartizione delle reciproche attribuzioni coerente con il principio di *sussidiarietà verticale*, in base al quale l'esercizio delle funzioni pubblicistiche, nel loro momento decisionale ed attuativo, deve essere riservato al livello istituzionale che presenta la maggiore prossimità e vicinanza con i cittadini, salve le ipotesi che richiedono necessariamente la competenza del livello più ampio. Secondo il principio di sussidiarietà, appunto, «il potere centrale non deve intervenire quando l'autorità periferica è in grado di curare efficacemente i propri interessi. Il fondamento sostanziale della sussidiarietà risiede nell'esigenza di assicurare la massima contiguità tra il cittadino ed i pubblici poteri, affidando l'esercizio dell'attività ammini-

[20] Ad es. il Consiglio di Stato, sez. V, 5 maggio 2009, n. 2802, ha riconosciuto la competenza della A.S.L. in materia di trasporto scolastico dei disabili. Nel caso di specie, infatti, il legislatore regionale ha disciplinato la materia, così superando il riparto di competenza tra Comune e Provincia sancito dall'art. 139 d. lgs. n. 112/1998. Sul punto cfr. anche Tar Puglia, sez. II, Lecce, 4 ottobre 2007, n. 3436; Tar Lombardia, sez. II, Brescia, 13 luglio 2011, n. 1044; Tar Marche, sez. I, 1 agosto 2011, n. 685.

[21] Cfr. parere Consiglio di Stato, sez. I, 20/02/2008, n. 213; Tar Sicilia, sez. III, Catania, ord. 6 novembre 2002, n. 2212; Tar Veneto, sez. III, 21 aprile 2009, n. 1224. In senso contrario cfr. Tar Liguria, sez. II, 1 febbraio 2005, n. 133.

[22] Cfr. Tar Lombardia, sez. III, Milano, 23/3/2010, n. 703.

strativa alle istituzioni più vicine alle realtà su cui esse incidono, considerate maggiormente in grado di rappresentare i bisogni e le aspettative locali».

In tale prospettiva, il principio secondo cui spetta ai Comuni ogni scelta sull'organizzazione e sull'erogazione dei servizi sociali dislocati sul territorio, mentre le Province sono chiamate a svolgere attività di pianificazione e raccordo di ampio respiro ha valenza generale, quindi, deve essere applicato anche per i servizi espletati a favore dei soggetti diversamente abili, e comprende il trasporto scolastico e l'assistenza *ad personam*.

La *ratio* che spinge il collegio a tali conclusioni è esplicitamente enunciata nella decisione: «sarebbe irrazionale isolare un singolo servizio riservato ad una precisa fascia d'età dei soggetti diversamente abili e sottrarlo al Comune che lo ha gestito fino a quel momento: la scelta contrasterebbe (…) con i *principi di continuità delle relazioni educative*, poiché gli assistiti resterebbero esposti ai *mutamenti delle figure di riferimento*». Infatti, nella decisione si precisa che «le attività di valenza socio-educativa (…) devono essere prestate con modalità idonee a realizzare lo sviluppo della personalità dell'alunno e a garantire la presenza *stabile* di un operatore che lo segua *costantemente* nel processo di integrazione»[23].

La necessità che le figure professionali preposte alla cd. assistenza *ad personam* non cambino è evidente se si pensa al decisivo ruolo che le stesse svolgono: sono chiamate ad affrontare i problemi di autonomia e di comunicazione degli utenti con adeguati stimoli all'apprendimento delle abilità; aiutano l'alunno a partecipare alle attività proposte dall'insegnante; favoriscono il rapporto con il resto del gruppo di classe; collaborano con le insegnanti assistendo alla programmazione delle attività didattiche e cooperano con la famiglia per attivare un proficuo reciproco scambio a vantaggio del minore in difficoltà[24].

Per vero, contro la decisione del Tar, ha proposto appello la Provincia di Brescia, contestando, nello specifico, che nel servizio di «supporto organizzativo», richiamato dall'art. 139, d.lgs. n. 112/1998, possano ricomprendersi anche i servizi di diretto e personale sostegno del soggetto disabile, trattandosi di servizi alla persona rientranti negli ordinari compiti dei Comuni nell'ambito della gestione dei servizi sociali resi in favore della comunità e dei singoli.

Il Consiglio di Stato, sez. V, 23 luglio 2013, n. 3953, invece, condivide quanto affermato dai giudici di primo grado, secondo cui l'assistenza personale in favore di uno studente disabile frequentante un istituto di istruzione secondaria superiore è da ricondursi ragionevolmente alla fattispecie «di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio», di cui al comma 1, lett. *c*), art. 139 del d.lgs. n.

[23] Enfasi aggiunta. Cfr. anche Consiglio di Stato, sez. IV, 20/5/2009, n. 3104.
[24] Cfr. anche Tar Lombardia, sez. I, Brescia, 20/5/2008, n. 520.

112/98 e dell'art. 6 della legge regionale lombarda n. 19/2007, dal momento che costituisce un'adeguata misura per dare effettività al suo diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica[25].

Va svolta una notazione a margine della vicenda. È vero che la Provincia appellante non contesta *in toto* la ricostruzione teorica del Tar Brescia sulla distribuzione della funzione, concentrandosi, piuttosto, sulla sola nozione di «supporto organizzativo» di cui all'art. 139, d.lgs. n. 112/1998. Tuttavia, il Consiglio di Stato non richiama affatto il principio di sussidiarietà verticale nell'argomentare la propria decisione, a sostegno di quanto deciso dal Tar in prime cure: segno, forse, che sia il Consiglio di Stato che la Provincia implicitamente concordano con la costruzione teorica del Tar sul ruolo svolto dal principio di sussidiarietà nella distribuzione della funzione (gestione e oneri economici) tra i diversi livelli di governo.

Resta da chiedersi, allora, se il quadro normativo ricostruito dal Tar autorizzi l'interpretazione dallo stesso proposta. In altri termini, il riferimento al principio di sussidiarietà è superfluo? Le conclusioni cui giunge il collegio sarebbero state le medesime sulla base dell'applicazione del solo dato normativo?

A entrambe le domande deve darsi risposta negativa, almeno stando alla "dottrina" del Tar Brescia.

Difatti, se il g.a. avesse applicato alla lettera l'art. 139 d.lgs. n. 112/1998 avrebbe dovuto incardinare in capo alla Provincia gli oneri *economici* e *gestionali* dei servizi in contestazione per gli studenti disabili frequentanti le scuole superiori.

Invece, anche se l'art. 139, d.lgs. n. 112/98, stabilisce che i servizi in contestazione debbano essere assicurati dalle Province, il Tar in esame afferma che solo l'intero *onere economico* sarebbe di competenza della stessa; la *gestione* spetterebbe, invece, al Comune, sulla base di un articolato ragionamento basato sul principio di sussidiarietà, che rivela in questo modo la sua valenza *solidaristica*. Inoltre, sembra superata anche l'apparente dicotomia tra il significato della sussidiarietà verticale – come principio in base al quale sono distribuite le competenze amministrative tra i diversi livelli di governo territoriali – e orizzontale – quale criterio di ripartizione delle competenze tra enti locali e soggetti privati – e l'idea che l'implementazione del valore della

[25] Cfr. Corte costituzionale 3 giugno 1987, n. 215. In merito alla obbligatorietà del trasporto scolastico dei disabili, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con l'ordinanza 9 febbraio 2009, n. 3058, ha precisato che il disabile è titolare solo di un interesse legittimo e non di un diritto soggettivo al trasporto, trattandosi di servizio che viene erogato sulla base della compatibilità con le risorse di bilancio da valutarsi discrezionalmente da parte della pubblica amministrazione competente. Cfr. anche TAR Piemonte, sez. II, Torino, 29/08/2014, n. 1456; Tar Puglia, sez. II, Bari, 1 marzo 2012, n. 464. Sui servizi pubblici locali cfr. V. Cocozza, *Una nozione oggettiva di 'rilevanza economica' per i servizi pubblici locali*, in *Munus* n. 1/2011, 237 ss.

solidarietà sia connessa alla sola sussidiarietà orizzontale: la sussidiarietà viene concepita come un *unicum*, passibile, tuttavia, di declinazioni variegate[26].

La peculiarità del caso in esame è proprio questa: il profilo socio-assistenziale della sussidiarietà è idoneo a scindere il profilo *economico* da quello *stricto sensu gestorio* della funzione per garantire che gli assistiti non subiscano un pregiudizio dallo spostamento in capo alla Provincia della gestione del servizio derivante dal cambiamento delle loro figure di riferimento.

## 3. Prove tecniche di dialogo inter-istituzionale e quattro domande "a futura memoria"

La vicenda qui riportata offre una duplice chiave di lettura, assecondando il classico andamento "descrittivo-prescrittivo". La decisione descrive un sentire importante dei giudici comuni: l'idea, cioè, che il principio di sussidiarietà non abiti un empireo distante di astratti sofismi giuridici ma sia, piuttosto, un canone di decisione in grado di spiegare uno strumentario argomentativo di peso decisivo nella soluzione dei casi. Sul versante prescrittivo (didattico, si direbbe), la vicenda del trasporto degli alunni disabili potrebbe avere una valenza di indubbio peso. La sussidiarietà è, sì, principio politico[27] e va, dunque, implementato *in primis* dal legislatore: è il legislatore, infatti, che decide di allocare la funzione amministrativa in capo all'ente più prossimo al destinatario della funzione medesima, tenendo conto dei principi ancillari che completano la sussidiarietà, ossia differenziazione e adeguatezza. Tuttavia, il legislatore non può essere il *dominus* incontrastato nell'implementazione dei principi, dovendosi ammettere la necessità di un'azione sinergica di tutti gli attori istituzionali, nessuno escluso. Da qui, il ruolo fondamentale dei giudici, non solo del giudice costituzionale[28]. Ben venga, dunque, l'intervento dei giudici che attingono al proprio bagaglio di principi

[26] A voler ancora utilizzare la dicotomia che si ritiene, invece, superata, si dovrebbe concludere che si tratta di un nuovo profilo della sussidiarietà verticale *verso il basso* in forza del quale la giurisprudenza *supera* e *amplia* il dato normativo e incardina, per ragioni socio-assistenziali, in capo all'ente più vicino al cittadino una funzione che la legge attribuisce all'ente più comprensivo.

[27] Cfr. U. Villani, *Portata politica e valenza giuridica del principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 453 ss. Ma più icasticamente R. Bin, *I decreti di attuazione della legge "Bassanini" e la sussidiarietà verticale*, in A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova 1999, spec. 183, laddove afferma « (…) la sussidiarietà è un criterio di politica legislativa: ossia è un termine del linguaggio politico che serve a definire ciò che il legislatore – cioè il politico – intende o è (politicamente) tenuto a fare. Vale nelle assemblee legislative, non in quelle giudiziarie».

[28] Che pure ha avuto un ruolo fondamentale nel disegnare lo statuto teorico e il canone operazionale del principio di sussidiarietà nella sent. n. 303/2003.

come possono, e non solo adoperando il canone di ragionevolezza[29] per la rimozione delle diseguaglianze.

Resta da chiedersi, a futura memoria, se una pronuncia del genere potrebbe mai esserci in un contesto come quello tracciato dalla riforma costituzionale in corso[30].

I problemi posti dalla riforma non riguardano solo l'eliminazione della potestà concorrente ma anche l'introduzione della clausola di supremazia e la soppressione delle Province, da cui discende la necessità di redistribuire numerose funzioni amministrative. Pertanto:

1. a quale titolo potrebbe essere ascritta la competenza in materia di trasporto e assistenza scolastica agli alunni con disabilità?
2. la soppressione delle Province comporterebbe l'automatico spostamento delle funzioni in capo alle città metropolitane in quanto enti di "area vasta"?
3. come si trasforma il principio di sussidiarietà e la sua valenza simbolico-prescrittiva in un sistema che prevede la proposizione della clausola di supremazia e il *restyling* dell'interesse nazionale?
4. che senso avrebbe ancora il pluralismo istituzionale paritario?

Le questioni oltrepassano di gran lunga la sede in cui vengono proposte, ma su di esse è indispensabile cominciare a misurarsi, attesa l'elevata probabilità che la riforma costituzionale approdi (almeno) alla fase referendaria.

[29] Questa idea fa il paio con il concetto di «diffusione della prescrittività costituzionale» e con l'affermazione per cui «la ragionevolezza è di tutti. Ne consegue che la Corte costituzionale non è l'unico soggetto del quale si deve presumere l'agire discorsivo orientato ai principi»; entrambe le affermazioni appartengono a O. Chessa, *La teoria costituzionale dopo lo "Stato dei partiti"*, in Aa. Vv., *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino 2005, 32 ss. È utile, ai nostri fini, il parallelismo istituito dall'A. a proposito di sussidiarietà e ragionevolezza: «così come la ragionevolezza è il tratto che accomuna le pratiche giuridiche che si parametrano ai principi costituzionali di giustizia espressi in forma di diritti, analogamente la sussidiarietà è la cifra espressiva delle dinamiche interne agli assetti costituzionali di potere. La sussidiarietà è per la "costituzione dei poteri" quello che la ragionevolezza è per la "costituzione dei diritti"» (46).

[30] Il riferimento è al DDL costituzionale 1429 B. Sul profilo che qui interessa (rapporti Stato-Regioni) si vedano i contributi presenti nel numero monografico della rivista *Le Regioni* 1/2015.

# ONERI CONTRIBUTIVI E PAREGGIO DI BILANCIO (OVVERO, DELLA DIS-EGUAGLIANZA TOLLERABILE)

Simone Scagliarini

Sommario: 1. Oneri contributivi, pareggio di bilancio e dis-eguaglianza nelle più recenti vicende giurisprudenziali – 2. La "dis-eguaglianza tollerabile" come punto di incontro tra esigenze di bilancio e garanzia dei diritti – 3. Il contemperamento tra ragioni dei diritti e vincoli finanziari: *quis custodiet custodes*?

## 1. Oneri contributivi, pareggio di bilancio e dis-eguaglianza nelle più recenti vicende giurisprudenziali

Il presente contributo trae spunto da un passaggio della pregevole Relazione di Matteo Losana, laddove Egli afferma che il costante collegamento, nella giurisprudenza costituzionale, tra l'art. 53 e l'art. 3, c. 1, Cost. fa scolorire la funzione redistributiva che il legislatore fiscale intende perseguire, laddove invece – suggerisce il Relatore – sarebbe opportuno che la Corte privilegiasse il valore sostanziale del principio di capacità contributiva, il quale «non può […] determinare l'illegittimità di imposizioni che – magari proprio al fine di preservare l'"equilibrio di bilancio" – colpiscano soggetti comunque in grado di sopportare il sacrificio economico»[1]. Vi sarebbe, insomma, se bene interpretiamo il pensiero dell'Autore, una dis-eguaglianza (formale), di fronte agli oneri contributivi, non solo accettabile ma anche auspicabile, finalizzata ad un riequilibrio nella distribuzione del reddito e quindi, in buona sostanza, ad un obiettivo di eguaglianza sostanziale nonché all'osservanza dei vincoli finanziari.

Rispetto a tale considerazione, vorremmo portare un modesto contributo partendo da quella recente giurisprudenza del giudice delle leggi – ricordata anche da Losana – che già ha chiamato in causa, nel giudicare di trattamenti fiscali o di misure di riduzione della spesa pubblica, l'art. 81 Cost. e l'obbligo di pareggio di bilancio che esso, dopo la riforma del 2012, enuncia.

Il riferimento è, in primo luogo, alla sent. n. 10/2015[2], che ha dichiarato l'illegittimità della *Robin Tax* per violazione, appunto, del principio di eguaglianza, salvo posticipare gli effetti caducatori della pronuncia al giorno succes-

[1] M. Losana, *Diseguaglianze e oneri contributivi*, in *Gruppo di Pisa-Rivista telematica*, spec. 19 ss. del *paper.*

[2] Consultabile, come tutte le pronunce citate in seguito, in *Consulta OnLine*. La sentenza peraltro, come, in misura minore, anche le altre due di cui si dirà, è stata oggetto di innumerevoli commenti critici, per i quali si rinvia, quanto meno, per limitarci alle pubblicazioni in rete, alle riviste *Federalismi.it*, *Consulta OnLine*, *Forum Quad. cost.* e *Rivista AIC*.

sivo alla sua pubblicazione, in ragione delle pesanti conseguenze finanziarie che l'accoglimento puro e semplice della questione avrebbe determinato. Con il che è stata ritenuta tollerabile, in nome della salvaguardia degli equilibri finanziari, una situazione di palese diseguaglianza che, pur essendo ritenuta non conforme a Costituzione, è stata fatta prevalere *in toto* sul diritto di azione in giudizio.

Sennonché, come noto, poco dopo – ed è la seconda vicenda che prendiamo in esame – la Consulta ha accolto *tout court*, con la decisione n. 70/2015, le questioni sollevate in relazione al blocco della rivalutazione delle pensioni, determinando una spesa (almeno potenzialmente) ben più elevata. Di modo che essa sembrava essere ritornata ad un uso "forte" del principio di eguaglianza ed al modello delle sentenze additive di spesa ormai da tempo divenute alquanto rare.

Infine, con la pronuncia n. 178/2015, in tema di sospensione della ordinaria dinamica negoziale e stipendiale nel pubblico impiego, il giudice delle leggi, facendo nuovamente riemergere le preoccupazioni per la spesa conseguente all'accoglimento, non solo configura l'illegittimità come sopravvenuta, cioè solo a far data da quando il sacrificio imposto alla libertà sindacale in nome di esigenze di contenimento della spesa (assunte come termine di comparazione) si fa intollerabile per la sua eccessiva durata, ma al contempo differisce nuovamente gli effetti della pronuncia al giorno successivo alla pubblicazione.

Le tre vicende giurisprudenziali, così sinteticamente ricordate, suscitano almeno due interrogativi e cioè: 1) l'equilibrio di bilancio può entrare in un giudizio comparativo con le ragioni dei diritti, e, se sì, con quale forza? In particolare, può esso configurarsi come un super-principio costituzionale[3] in grado di derogare a quello di eguaglianza?; 2) fino a che punto la Corte può ingerirsi in questo bilanciamento senza finire per adottare decisioni il cui alto tasso di discrezionalità comporta uno sconfinamento nelle valutazioni politiche riservate al legislatore?

Di seguito proviamo brevemente a fornire una risposta ad entrambi i quesiti.

## 2. La "dis-eguaglianza tollerabile" come punto di incontro tra esigenze di bilancio e garanzia dei diritti

Nella sent. n. 155/1963 si legge che «i bisogni finanziari dello Stato possono legittimare l'aumento delle aliquote o del numero dei tributi, ma non

[3] Secondo la definizione di I. Ciolli, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum Quad. cost. – Rassegna*, n. 5/2015, 3. Per una lettura del nuovo art. 81 Cost. in termini di vincolo contenutistico in grado di riflettersi sulla tutela dei diritti, condizionandola alle risorse disponibili, e di assegnare alla Corte costituzionale il ruolo di custode «dell'ortodossia finanziaria» v., in senso critico, G. Rivosecchi, *Diritti e debiti. Uguaglianza e sostenibilità dello stato costituzionale contemporaneo*, in A. Pin (a cura di), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza*, Napoli, 2015, spec. 95 ss.

l'imposizione d'un obbligo tributario diverso fra l'uno e l'altro contribuente ai quali sia riconosciuta la stessa capacità contributiva»[4]: insomma, nella legislazione tributaria, le esigenze finanziarie dell'Erario non consentono deroghe al principio di eguaglianza.

Questo rigore della Consulta, temperato solo dalle pronunce in cui si è affermata l'ammissibilità di una discriminazione impositiva transitoria[5], era stato ancora recentemente – e già in piena crisi economica – confermato nelle pronunce n. 223/2012 e 116/2013, rispettivamente sul contributo di solidarietà e sui tagli in materia pensionistica, ove il principio di eguaglianza fondava una decisione di accoglimento pieno proprio in ragione della (peraltro discutibile) qualificazione delle misure come tributarie, in linea con l'orientamento criticato da Losana. Appare perciò davvero considerevole il *revirement* attuato con la sent. n. 10/2015, dove questa impostazione è sovvertita, in quanto, come già ricordavamo, il giudice delle leggi dichiara, sì, l'incostituzionalità *ex* art. 3, c. 1, Cost. di una normativa che fa gravare un onere su soggetti privi di maggiore capacità contributiva, e tuttavia ne fa salvi, per non compromettere l'equilibrio finanziario, gli effetti *pro praeterito*. Giungendo, così, ad una soluzione che, giustificando una palese compressione del principio di eguaglianza, ha posto in seria discussione l'orientamento precedente ed ha attirato, al contempo, diverse critiche sia per la palese contraddizione che vi è nel rilevare l'illegittimità originaria di una norma ed al contempo limitare al futuro gli effetti della sentenza, a totale detrimento delle situazioni soggettive coinvolte[6], sia per il fatto che, attraverso questa tecnica decisoria si finisce per obliterare la stessa natura incidentale del giudizio[7].

[4] Sulla sentenza, in relazione al profilo che qui interessa, si vedano le considerazioni di R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 113.

[5] Una sintetica ricostruzione di questo filone giurisprudenziale è svolta nella Relazione di Losana, 17 del dattiloscritto.

[6] L'osservazione è comune a molti commentatori: per tutti, v. A. Lanzafame, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 11; I. Ciolli, *L'art. 81*, loc. *cit.*; nonché, volendo, S. Scagliarini, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, in *Consulta OnLine*, 2015, 233 ss. In tema anche A. Marcheselli - S.M. Ronco, *L'"incostituzionalità differita" della c.d.* Robin Tax*, tra diritti fondamentali, analisi economica del diritto e diritto dell'Unione europea: il futuro della fiscalità tra nuove categorie concettuali e rischi di "teratogenesi" giuridica*, in *Consulta OnLine*, 2015, 652 ss., i quali leggono nella sentenza un approccio *law and economics* da parte della Consulta, che avrebbe optato, nel decidere se far prevalere il rispetto del pareggio di bilancio o del principio di eguaglianza, per la soluzione in grado di offrire i maggiori benefici in termini macroeconomici.

[7] Per l'analisi di questi profili, *ex plurimis*, cfr. R. Romboli, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo* a quo *la norma dichiarata incostituzionale* ab origine: *natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum Quad. cost. – Rassegna*, n. 4/2015; nonché R. Pinardi, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta OnLine*, 2015, 220 ss.

È invece curioso osservare che, laddove non si controverte in ambito tributario, la giurisprudenza della Corte ha seguito un "percorso evolutivo" differente.

Infatti, già da tempo in queste ipotesi trova applicazione il principio di gradualità[8], in forza del quale un diritto a prestazione (ivi compreso perciò il diritto alla retribuzione o le prestazioni previdenziali, per stare all'oggetto delle ultime pronunce) può essere limitato anche per tenere conto di esigenze finanziarie, in special modo dopo la novella che ha interessato l'art. 81 Cost.[9]. E se, in passato, si parlava di un bilanciamento ineguale tra diritti e risorse finanziarie[10], di modo che pur ammettendosi un'attuazione graduale di una situazione soggettiva se ne assicurava in ogni caso la garanzia del nucleo essenziale, nella sent. n. 178/2015 la Corte è andata invece ragionando in termini di tollerabilità del sacrificio imposto (a chi subisce il taglio della prestazione) come criterio di misura della ragionevolezza (e quindi della legittimità costituzionale) della legge. Il che, comunque, a ben vedere, non è molto diverso, perché il sacrificio di una situazione soggettiva costituzionalmente tutelata è tollerabile proprio perché è ammissibile un'attuazione graduale delle libertà, che tenga conto anche delle risorse disponibili, laddove una normativa che intaccasse il nucleo essenziale dei diritti si tradurrebbe invece in una limitazione non più sopportabile e, pertanto, irragionevole[11].

Del resto, se è vero che così si può creare una qualche diseguaglianza, non va però dimenticato che l'equilibrio finanziario deve correttamente leggersi come una forma di garanzia dei (e non in antinomia con i) diritti[12], giacché solo uno Stato con un bilancio sostenibile e in grado di reggere sotto il profilo finanziario può dare concreta garanzia di realizzazione dei diritti (di *tutti* i

[8] Su cui, *ex multis*, cfr. R. Bin, *Diritti*, *cit.*, 107 ss.; e G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 353 ss.

[9] Come si legge infatti nella sent. n. 178/2015, la riforma costituzionale del 2012 ha reso più stringenti misure di «contemperamento dei diritti […] con "l'interesse collettivo al contenimento della spesa pubblica", che deve essere adeguatamente ponderato "in un contesto di progressivo deterioramento degli equilibri della finanza pubblica"».

[10] D'obbligo il rinvio a M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, 126.

[11] Come scriveva già R. Bin, *Diritti*, *cit.*, 103, per il quale la soglia di tolleranza è data appunto dal contenuto essenziale del diritto.

[12] Sotto questo profilo aderiamo alla lettura "irenica" dell'art. 81 di A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, spec. 12, ove l'A., ricordando come «i vincoli di bilancio non sono contro la democrazia politica, ma proprio in funzione della conservazione della democrazia», conclude giustamente che «in un contesto sociale di crescenti diseguaglianze […] l'effettività del discorso intorno ai diritti si gioca proprio e ancora di più […] sulle risorse finanziarie disponibili», così che il pareggio di bilancio può rappresentare l'occasione per ridurre le diseguaglianze, anziché accentuarle con misure di riduzione che incidono maggiormente sulle fasce più deboli.

diritti, in modo bilanciato tra essi[13]) né è (più) possibile pensare ad uno Stato sociale se non in termini di un ordinamento che si basi su un *welfare* sostenibile[14]. Laddove, invece, una politica di spesa indiscriminata che non tenesse conto degli equilibri finanziari rischierebbe seriamente di compromettere in futuro la protezione dei diritti[15].

Se è così, allora, non ha forse molto senso mantenere un doppio regime[16], che privilegia (o almeno privilegiava fino alla sent. n. 10) l'eguaglianza formale allorché la misura è qualificata come tributaria ed ammette invece un bilanciamento nell'ipotesi in cui essa abbia altra natura, dato che, da un punto di vista sostanziale, gli effetti per il soggetto passivo sono i medesimi sia che si tratti di un tributo (e quindi di una maggior spesa) sia che si profili una riduzione stipendiale o pensionistica (e dunque una minore entrata). Del resto, se i diritti sociali, che caratterizzano la stessa forma di Stato, possono essere bilanciati con le esigenze finanziarie, perché non potrebbe esserlo il principio di capacità contributiva?

Insomma, se, allorché si tratta di dare attuazione ad un diritto a prestazione, può dirsi accettabile alla luce della Costituzione che, in special modo nell'odierna contingenza, si realizzi un'eguaglianza sostenibile[17], così, quando si tratta di ridurre prestazioni già erogate (indifferentemente che ciò avvenga attraverso un prelievo fiscale od una misura di contenimento della spesa) potrà dirsi ragionevole anche un certo livello di diseguaglianza (formale).

In questa prospettiva, allora, può esser condiviso il suggerimento di Matteo Losana, alla (imprescindibile) condizione, però, che ciò avvenga entro il limite che, saggiamente, ha da ultimo ricordato la Consulta nella sent. n. 178/2015, rettificando il *decisum* della sent. n. 10/2015. Ovvero, che si tratti

[13] Dell'art. 81 come mezzo per porre in equilibrio i vari diritti parla A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC,* n. 2/2015, 3.

[14] Cfr. A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 90 ss., il quale ricorda come «l'equilibrio di bilancio […] è il presupposto per l'attuazione del *welfare state* e […] per la sopravvivenza dello stesso Stato costituzionale».

[15] *Contra*, I. Ciolli, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012, *passim* ma spec. 146, la quale ritiene che non si possano limitare oggi i diritti al fine di salvaguardare risorse per le generazioni future.

[16] Si osservi, infatti, che ancora nella più volte citata sent. n. 178 (*Considerato in diritto*, punto 9) la Corte ribadisce la distinzione tra le misure «che si traducono in un mero risparmio di spesa» e quelle di carattere tributario, le quali «si atteggiano come decurtazione definitiva del patrimonio del soggetto passivo e come atto autoritativo di carattere ablatorio».

[17] L'espressione è di A. D'Aloia, *I diritti sociali nell'attuale momento costituzionale*, in E. Cavasino – G. Scala – G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, 570, secondo cui «una gestione economicamente irresponsabile, un debito pubblico eccessivo, rischiano di determinare una rottura di quegli stessi principi di solidarietà sociale che apparentemente puntano a realizzare».

di un sacrificio che, per quantità (e cioè la durata limitata) e qualità (e cioè la sua entità), appaia tollerabile (e perciò ragionevole), dovendosi sempre fare salvo almeno il nucleo essenziale delle situazioni soggettive coinvolte, attraverso un bilanciamento che, anche se configurato come paritario, non privilegia però mai per intero i vincoli finanziari, i quali non possono perciò affatto assurgere a super-principio costituzionale.

### 3. Il contemperamento tra ragioni dei diritti e vincoli finanziari: *quis custodiet custodes*?

Se, sotto il profilo sostanziale, può condividersi il punto di approdo della Consulta ed auspicarne l'estensione anche all'ambito dell'imposizione tributaria, è però d'obbligo porsi l'ulteriore interrogativo di quale sia il ruolo che il giudice delle leggi può giocare nel bilanciamento tra ragioni dei diritti ed equilibrio finanziario e, quindi, fino a che punto esso può spingersi nel sindacare le decisioni del legislatore in tema di allocazione e redistribuzione delle risorse.

La risposta, in astratto, può sembrare semplice, se non scontata: le scelte di politica economica sono appannaggio del legislatore, spettando alla Corte solo ricondurle entro i limiti costituzionalmente ammissibili della "dis-eguaglianza tollerabile". In concreto, però, il modo in cui questo sindacato, nelle ultime vicende giurisprudenziali, è stato esercitato, solleva l'interrogativo che ci siamo posti.

Si pensi, in primo luogo, alla sent. n. 10/2015. Qui, la Corte stabilisce l'irretroattività della pronuncia sulla base della *presunzione* che una manovra correttiva sarebbe gravata sui cittadini che già si erano visti riversare l'onere della *Robin Tax*. Ma tale assunto non era affatto scontato né automatico, potendo, invece, il legislatore intervenire facendo gravare, in modo conforme a Costituzione, l'onere su soggetti dotati di ampia capacità retributiva, valorizzando così la funzione redistributiva in modo non censurabile[18].

Ma si consideri anche la pur opposta (nelle conclusioni) sent. n. 70/2015, ove la Consulta, decidendo, come ormai noto[19], in assenza di un giudice e grazie al voto prevalente del Presidente, stabilisce che nel caso dei pensionati il sacrificio economico richiesto è irragionevole, senza in alcun modo argomentare circa la prevalenza, nel caso di specie, dei diritti sulle ragioni di bilancio[20] per la sproporzione del disagio imposto. Di modo che sembra

[18] Per questa osservazione v., *ex multis*, R. Bin, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum Quad. cost. – Rassegna*, n. 4/2015, 3; P. Veronesi, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, *ibidem*, 1 ss.; nonché, volendo, S. Scagliarini, *La Corte*, *cit.*, 234.

[19] Cfr. l'articolo apparso su *Repubblica* l'8 maggio 2015.

[20] Anzi, come ricordano molti annotatori, è persino pretermesso ogni riferimento all'art.

essere il Collegio stesso ad introdurre un regime diverso per una particolare categoria, sostituendosi così al legislatore nella scelta di come distribuire i sacrifici tra i vari soggetti potenzialmente interessati[21].

Oppure, da ultimo, si guardi alla sent. n. 178/2015, in cui il giudice delle leggi, pur imponendo al legislatore la riapertura della contrattazione collettiva a seguito dell'accoglimento della questione, gli fornisce però, al contempo, onde escludere in radice qualunque conseguenza economica, alcune indicazioni vincolanti, in base alle quali esso dovrà sia tenere conto dei persistenti vincoli di bilancio sia lasciare impregiudicati gli effetti economici finora prodotti dalla normativa scrutinata. Senza chiarire, però, per quale ragione esso non potrebbe prevedere una qualche forma di recupero degli scatti stipendiali precedentemente bloccati, ove ritenesse di compensarla con adeguate entrate, né come la riapertura della contrattazione collettiva entro siffatti limiti possa evitare di rivelarsi più formale che sostanziale, potendo incidere assai poco sulla retribuzione del pubblico dipendente[22].

Si tratta, in tutti e tre i casi, di ipotesi in cui la Corte sembra essere andata oltre quanto le sarebbe consentito, con il rischio d'imporre una sua linea economica agli organi d'indirizzo politico, anziché limitarsi a ricondurne gli eccessi entro i binari costituzionalmente tracciati.

Beninteso, pensiamo ci siano buone ragioni che hanno indotto il Collegio ad assumere questo ruolo in parte, almeno inizialmente, più subìto che cercato, come testimonia, a tacer d'altro, il lungo tempo atteso prima d'intervenire sulla *Robin Tax*, nella (vana) speranza di un provvedimento legislativo.

Da un lato, infatti, sono evidenti le gravose responsabilità sul piano internazionale cui il Paese rischierebbe di essere esposto a fronte di decisioni comportanti oneri assai elevati, e la preoccupazione in tal senso della Corte è non solo pienamente giustificabile, ma certamente anche doverosa.

Così come, d'altro lato, è innegabile che la Consulta si trova spesso innanzi ad un legislatore tanto sciatto (nella elaborazione della normativa per fronteggiare la crisi economica[23]) quanto inerte nel porre rimedio ai propri

81 Cost. In tal senso cfr. almeno, *ex plurimis*, A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 4; e S. Lieto, *Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in *Forum Quad. cost. – Rassegna*, n. 5/2015, 5 ss.

[21] Secondo quanto rilevano, ad esempio, A. Barbera, *La sentenza*, cit, 2 ss.; e S. Lieto, *Trattare*, *cit.*, 4.

[22] Così anche A. Ruggeri, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi*, in *Questione giustizia*, 27 luglio 2015, che segnala la difficoltà di «assicurare la quadratura del cerchio».

[23] In tale prospettiva G. Rivosecchi, *Diritti e debiti, cit.*, 112, attribuisce proprio alla crisi della rappresentanza, ed all'incapacità dei partiti di esprimere istanze che nella legislazione assegnino priorità alla tutela dei diritti, la deriva che ha portato al sorgere delle vicende giurisprudenziali degli ultimi anni.

errori e dare seguito alla giurisprudenza costituzionale. Di modo che la "intromissione" del giudice delle leggi può spiegarsi anche in termini di sfiducia nei confronti delle reali capacità di risposta degli organi politici.

Né, da ultimo, possono essere ignorate le forti pressioni esercitate sulla Corte. Ne sono esempio lampante le reazioni polemiche indotte dalla sent. n. 70/2015 e la insistenza degli organi di stampa sul possibile costo delle sentenze[24]. Così che non solo il clima in cui la Consulta si trova a decidere appare tutt'altro che sereno, ma soprattutto un'inadeguata considerazione del problema relativo al costo delle sentenze rischierebbe di esporre il giudice delle leggi a critiche che, per quanto strumentali, potrebbero ciò nonostante finire per indebolirne in qualche modo la legittimazione.

Ciò nonostante, senza voler ridurre, né tanto meno negare, il peso di questi argomenti, è comunque nostra opinione che meglio sarebbe per il giudice delle leggi adottare un maggiore *self restraint* nelle sue decisioni[25], limitandosi a motivare adeguatamente le ragioni della pronuncia, senza manipolare in modo forzato gli effetti temporali delle sentenze e senza assumere essa stessa decisioni di spettanza del legislatore. Si tratta, infatti, di un *modus operandi* che, pur animato dalle migliori intenzioni, desta una certa preoccupazione per gli effetti deleteri sul funzionamento generale e la legittimazione stessa del Collegio, tanto più quando le sue divisioni interne vengono pure rese pubblicamente note[26]. Senza contare, poi, l'incertezza che esso provoca per il fatto che il *decisum* della Corte finisce per essere imprevedibile e, non di rado, a non giovare proprio alle parti del processo principale che hanno promosso l'intervento della Consulta.

Ma quel che è peggio è che la supplenza svolta dalla Corte determina una deresponsabilizzazione del legislatore[27], che, anziché cercare di ridurre al minimo i sacrifici derivanti dalla scarsità di risorse facendo attenzione a non determinare la compressione di interessi e diritti di rango costituzionale o almeno a farlo entro una soglia di tollerabilità, ben potrebbe disinteressarsi della conformità sostanziale alla Carta fondamentale della normativa

[24] Come, infatti, ha scritto E. Balboni, *Il Caso Pensioni tra Corte e Governo: da valanga a palombella*, in *Forum Quad. cost. – Rassegna*, n. 5/2015, 4, «lo zelo protettivo dell'art. 81 raggiunge parossismi retorici nei titoli dei giornaloni».

[25] L'elevato pericolo di una politicizzazione allorché le giurisdizioni costituzionali sono chiamate a decidere sulla crisi è segnalato da B. Brancati, *Decidere sulla crisi: le Corti e l'allocazione delle risorse in tempi di "austerità"*, in *Federalismi.it*, spec. 35.

[26] Tanto che, rispetto alla sent. n. 70/2015 è praticamente ormai possibile individuare cosa ha votato ciascun singolo giudice. Di un Collegio spaccato a metà da decisioni laceranti in cui i giudici «finiscono a più riprese per dividersi come in qualunque collegio politico» parla A. Morrone, *Ragionevolezza*, *cit.*, 16.

[27] Cfr. C. Mainardis, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenza costituzionali e principio di proporzionalità (un'osservazione a C. cost. n. 10/2015)*, in *Forum Quad. cost. – Rassegna*, n. 4/2015, 9, il quale legge nella sent. n. 10/2015 una soluzione che va incontro al legislatore, che viene invitato ad assumersi le proprie responsabilità solo per il futuro.

approvata, lasciando eventualmente alla Consulta il compito di apportare le correzioni necessarie, addossandole poi così anche la responsabilità politica diffusa per le conseguenti manovre finanziarie correttive. Non solo, ma, in un contesto simile, il maggior pericolo è che tanto più la dichiarazione di illegittimità comporta oneri elevati, tanto meno il Collegio sarà in condizione di pronunciarsi per l'accoglimento, di modo che le violazioni più gravi della Costituzione saranno proprio quelle esposte al maggior rischio di rimanere, almeno per il passato, impunite[28].

In questo senso, può facilmente osservarsi come un atteggiamento di questo tipo da parte del legislatore, volto a fare affidamento sulla copertura da parte della Corte alle scelte di contenimento della spesa e la sua supplenza *pro futuro*, si è già manifestato all'indomani dell'annuncio della decisione sul blocco della rivalutazione delle pensioni, allorché il Viceministro dell'Economia, quando ancora la pronuncia non era stata depositata, si dichiarava stupito che la Corte non avesse effettuato un bilanciamento con l'art. 81[29], quasi meravigliandosi che essa non avesse seguito la strada già percorsa nella sent. n.10 di tre mesi prima.

Insomma, se, come efficacemente è stato scritto, è «attraverso il sindacato intorno al ragionevole bilanciamento» che «il giudice delle leggi realizza propriamente la sua funzione: quella di assicurare tutela […] al contenuto essenziale di un diritto, insuscettibile di qualsiasi forma di compressione»[30], è bene che esso continui a svolgerla tenendo, sì, conto nel bilanciamento dei vincoli finanziari, ma lasciando che il legislatore si assuma le proprie responsabilità al riguardo, anziché farne inopportunamente da supplente.

[28] Analogamente, G.M. Salerno, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *Federalismi.it*, 4, rileva come «l'esito paradossale» della tesi che la Corte debba applicare l'art. 81 come una sorta di supervalore costituzionale, «è che quanto più la lesione costituzionale risulti grave, e dunque l'onere finanziario consistente e […] incisivo sugli obiettivi di bilancio, tanto più la Corte dovrebbe dimostrare prudenza, astenendosi dall'annullare le norme illegittime».

[29] Riportata dal *Corriere della Sera* del 30 aprile 2015.

[30] A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 372.

# (DIS-)EGUAGLIANZA E IDENTITÀ CULTURALE E RELIGIOSA: I LIMITI COSTITUZIONALI AL MULTICULTURALISMO

Silvio Troilo*

Sommario: 1. L'Italia di fronte al multiculturalismo e alla proliferazione di gruppi identitari. – 2. Il multiculturalismo di fronte alla Costituzione italiana.

## 1. L'Italia di fronte al multiculturalismo e alla proliferazione di gruppi identitari

La storia umana è una storia di popoli: tra gli elementi distintivi di un popolo (in senso sociologico), com'è noto, vi sono principalmente l'origine etnica, la lingua, la "cultura" (in termini antropologici)[1] e la religione.

Dopo che la mentalità occidentale moderna ha esaltato la centralità della persona, tendendo a far rientrare tra le scelte individuali il sentimento religioso e l'adesione a modelli di condotta culturalmente orientati, ultimamente si è fatta strada l'idea che i comportamenti umani debbano essere considerati anche alla luce della cultura e della religione di chi li tiene. In particolare, le norme giuridiche statali, in una comunità caratterizzata dalla presenza, stabile e percepibile, di gruppi sociali differenti, dovrebbero consentire alle persone condizionate da una certa cultura (in senso ampio) condotte anche diverse od eccentriche rispetto a quelle prescritte in via generale a tutti gli altri consociati, o almeno dette norme, nel valutare l'inosservanza o la trasgressione delle regole comuni a tutti, dovrebbero lasciare spazio all'"argomento culturale" (*cultural defence*).

Si tratta di un'idea che «mette sotto stress i sistemi costituzionali contemporanei»[2], per un verso assecondando il riconoscimento della rilevanza e

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bergamo.

[1] In sé considerato, il termine "cultura" è polisenso, evocando oggetti diversi, non necessariamente assimilabili. Secondo Zygmunt Bauman, *L'etica in un mondo di consumatori*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 162, «il termine "cultura" fu coniato dopo il 1750 per esprimere sinteticamente i concetti di pensiero e comportamento umani» e fu poi usato «per indicare le regolarità esistenti, osservate e documentate nel comportamento di una popolazione». Per altri, vale invece come sinonimo di nazione, designando «una comunità intergenerazionale, più o meno compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio e condivide una lingua e una storia distinte» (W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 1999, 35; analogamente A. Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, 7 ss.).

[2] A. Morrone, *Multiculturalismo e Stato costituzionale*, in A. Vignudelli (a cura di),

delle esigenze di gruppi sociali minoritari (etnici, linguistici, religiosi, culturali) sulla base di una concezione identitaria e, quindi, "oggettiva" e assoluta, ma, per altro verso, esaltando il soggettivismo, in linea con una sempre più diffusa concezione individualistica e relativistica del soggetto di diritto e dei diritti soggettivi.

Infatti, i criteri identificativi dei gruppi anzidetti sono divenuti sempre più labili ed incerti, trasformandosi spesso in mera auto-qualificazione.

Ciò appare evidente nell'ambito religioso, dove si moltiplicano le – vere o presunte – confessioni, il cui elemento caratterizzante non è più univocamente costituito da una determinata visione del rapporto tra gli esseri umani ed una realtà superiore o trascendente, adeguatamente strutturato ed "oggettivamente" rilevabile.

Di fronte a ciò, e in assenza di una definizione di confessione religiosa sia costituzionale che legislativa, l'interprete deve fare riferimento all'elaborazione prospettata dalla dottrina e dalla giurisprudenza[3], che oscillano tra due estremi: richiedere una chiara strutturazione normativa e organizzativa (analoga a quella della Chiesa cattolica o di altre chiese tradizionali)[4] o rimettersi all'autonoma decisione di un gruppo di qualificarsi come confessione religiosa[5]. La Corte costituzionale ha assunto una posizione sostanzialmente intermedia, escludendo «gli esiti irragionevoli di una incontrollabile auto-qualificazione»[6] e ritenendo, invece, che la natura di confessione[7] possa

*Istituzioni e dinamiche del diritto*, Torino, Giappichelli, 2005, 16. Infatti, nell'ottica di un certo tipo di multiculturalismo, i diritti umani e il principio di laicità dello Stato sono la manifestazione di una particolare cultura, quella occidentale, mentre «la giustizia fra i gruppi richiede la concessione di diritti diversi a membri di gruppi diversi» (W. Kymlicka, *op. cit.*, 87). Si tende, in tal caso, a passare dall'idea secondo cui "tutti sono uguali" a quella per cui "tutte le culture sono eguali" (come avverte G. Sartori, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, Milano, Rizzoli, 2000). Sul fenomeno e sulle varie accezioni del multiculturalismo v., *ex plurimis*, J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 2003; S. Benhabib, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, Il Mulino, 2005; C. Galli (a cura di), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Bologna, Il Mulino, 2006; nonché, sul piano propriamente costituzionalistico, V. Baldini (a cura di), *Multiculturalismo*, Padova, Cedam, 2012.

[3] In proposito sia consentito rinviare a S. Troilo, *Le nuove frontiere della libertà religiosa tra pluralismo sociale e pluralismo istituzionale. Il ruolo delle Regioni*, Roma, Aracne, 2013, 131 ss.

[4] Così P. Gismondi, *Lezioni di diritto ecclesiastico. Stato e confessioni religiose*, Milano, Giuffrè, 1975, 98; P.A. d'Avack, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, Parte gen., Milano, Giuffrè, 1978, 335.

[5] In tal senso, tra gli altri, B. Randazzo, *Art. 8*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Torino, Utet, 199-200.

[6] Sentenza n. 467 del 1992.

[7] Pur se la Corte parla di «associazioni religiose» (sent. n. 467 del 1992) o di «associazioni a carattere religioso» (sent. n. 195 del 1993), sembra chiaramente riferirsi alle confessioni, e non a loro organizzazioni strumentali o derivate, ovvero a gruppi privi di effettiva indipendenza dottrinale e organizzativa.

desumersi da molteplici dati: l'eventuale presenza di un'intesa stipulata ai sensi dell'art. 8 Cost. con lo Stato; oppure precedenti riconoscimenti pubblici, quale l'attribuzione della personalità giuridica ad un suo ente rappresentativo (in base all'art. 2 della legge sui "culti ammessi" del 1929); o uno statuto che ne esprima chiaramente i caratteri; o ancora la comune considerazione[8].

Per la dottrina più autorevole l'auto-definizione del gruppo deve trovare riscontro, oltre che in elementi esteriori, nell'*animus* degli appartenenti, ovvero nella «consapevolezza e ... volontà dei consociati di agire come formazione autonoma nel perseguimento di uno scopo religioso»[9]. Infatti, «i soggetti che si organizzano in una confessione lo fanno perché essa ha un credo diverso da qualunque altra e si organizzano in una struttura distinta dalle altre»[10]: occorre, dunque, che essi abbiano una propria originale concezione del mondo e del rapporto con una realtà superiore o trascendente, supportata da un autonomo patrimonio dottrinale e dogmatico e da una peculiare organizzazione (anche minimale, purché dotata di un'autonoma consistenza e capace di mantenere la propria identità nel tempo)[11].

Ma ciò rende assai difficile la pur imprescindibile valutazione dello Stato: esso non può limitarsi ad una "presa d'atto", né può d'altronde sindacare quel patrimonio dottrinale[12], ma deve verificare l'*animus* della comunità attraverso l'esame delle finalità perseguite e della struttura organizzativa approntata[13].

D'altra parte, la Corte di Cassazione ha ritenuto che la mancanza di una definizione di confessione indichi la volontà del Costituente di non precludere l'esercizio della libertà religiosa ad alcuno «per diverse e strane che siano le sue credenze religiose e le loro ascendenze culturali» (anche differenti, quindi, da dottrine incentrate sull'esistenza di un essere supremo trascendente e sulla salvezza dell'anima) o per diverse che siano le strutture normative e organizzative prescelte, dalle più complesse alle più semplici, essendo costituzionalmente tutelate anche le confessioni che non intendano organizzarsi in base ad uno statuto[14].

[8] Sentenza n. 195 del 1993.

[9] N. Colaianni, *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Bari, Cacucci, 1990, 81.

[10] G. Long, *Le confessioni religiose "diverse dalla cattolica". Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, Bologna, Zanichelli, 1991, 67.

[11] F. Finocchiaro, *Art. 8*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, I, 1975, 388-389; C. Cardia, *Pluralismo (diritto ecclesiastico)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, 995; C. Mirabelli, *Confessioni religiose*, in *Dizion. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, IV, Milano, Giuffrè, 2006, 1244.

[12] Come ha evidenziato il Consiglio di Stato, nei pareri n. 1390 del 1986 (in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1986, 503 ss.) e n. 2158 del 1989 (*ivi*, 1991, 531 ss.), relativi al riconoscimento della personalità giuridica, rispettivamente, della Congregazione italiana dei Testimoni di Geova e dell'Unione Buddista Italiana.

[13] R. Botta, *Confessioni religiose: I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, Treccani, 1994, 3.

[14] Cass, sez. VI pen., 22 ottobre 1997, n. 1329, in *www.olir.it/ricerca*. A conclusioni non

Oltre alla labilità dei criteri identificativi dei gruppi religioso-culturali, si deve constatare che le "credenze" tendono a sostituire le religioni, in quanto i singoli sono ormai portati, «pur nell'adesione ad un determinato gruppo religioso, a costruirsi liberamente da sol[i] … il proprio sistema di significanza 'ultima'»[15], in un contesto tendente verso il «modello individualistico della comunità concepita alla stregua di una libera assemblea in cui è possibile entrare ed uscire e nessuno può pretendere di plasmare, né può plasmare, veramente la vita dei partecipanti»[16]. Così la libertà di coscienza è spesso collocata al posto di quella religiosa[17].

In ogni caso, l'ordinamento italiano – pur tutelando il diritto di credere e quello di non credere in qualunque convinzione filosofica o religiosa, ed anche quello di non compiere alcuna scelta, senza che ciò sminuisca la dignità della persona – «non può trasfigurare» il singolo fenomeno «in ciò che non è»[18].

dissimili è pervenuta anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Scientology Mosca c. Russia* del 5 aprile 2007 (relativa al ricorso n. 18147/02), in *www.olir.it/ricerca*, che ha censurato il reiterato rifiuto delle autorità russe di registrare come associazione religiosa la chiesa moscovita di Scientology, in alcuni casi senza fornire alcuna motivazione, in altri casi sulla base di una valutazione discrezionale dell'attività dell'organizzazione o della asserita mancanza di requisiti non previsti dalla legge.

[15] In tal modo si realizza il paradosso, per cui nella "società della tecnica" aumenta la libertà di scelta tra varie opzioni, al prezzo, però, dell'impossibilità di uscire dall'orizzonte del proprio io nella ricerca di un senso complessivo (senso inesistente nell'ambito della tecnica, per il carattere a-finalistico di quest'ultima, per la quale l'unica finalità è produrre altri mezzi): cfr. N. Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, Bologna, Il Mulino, 2006, 124 ss.; v. *amplius* E. Severino, *Il destino della tecnica*, Milano, Rizzoli, 1998 e U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, Feltrinelli, 1999.

[16] M. Walzer, *Sulla tolleranza*, Roma-Bari, Laterza, 1998, 97.

[17] Invero i due concetti sono considerati in modo distinto, ma strettamente connesso, sia dai principali documenti internazionali (l'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, l'art. 18 del Patto internazionale sulla tutela dei diritti civili e politici del 1966, l'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, l'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000), sia dai disegni di legge recanti «Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi», presentati dal Governo al Parlamento nel 1997 e nel 2002 ma non approvati. Tuttavia, la libertà di coscienza – che si riferisce non ad una mera, pur se radicata, opinione, ma a «visioni che abbiano un certo grado di forza, di serietà, di coerenza e di importanza» (per usare le parole della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Campbell e Cosans c. Regno Unito* del 25 febbraio 1982, in *Racc.*, Serie A, n. 48, 293 ss.) – rappresenta una sorta di momento genetico, di «*caput et fundamentum*» di tutti i diritti connessi con la libertà religiosa ed è tutelata, comunque in modo non illimitato e incondizionato, da un insieme di elementi normativi (ricavati da una lettura sistematica degli artt. 2, 3, 19 e 21 Cost.), «convergenti nella configurazione unitaria di un principio di protezione dei cosiddetti diritti della coscienza» (Corte cost., sent. n. 43 del 1997).

[18] C. Cardia, *Religione (libertà di)*, in *Enc. dir.*, *Aggiorn*., II, Milano, Giuffrè, 1998, 921 (che riferisce l'osservazione, in particolare, al fenomeno ateistico, in cui manca quella adesione primaria ad una dimensione trascendente che costituisce il presupposto del fenomeno religioso). Nello stesso senso si è pronunciato il TAR Lazio, sez. I, 3 luglio 2014, n. 7068, in *Foro amm*., 2014, I, 2149 ss., che ha avallato il rifiuto del Governo di assimilare l'Unione degli Atei,

Non è, quindi, possibile estendere all'ateismo o alle credenze filosofiche quelle garanzie che, costituendo elementi strutturali del diritto di libertà religiosa, sono previste specificamente per le confessioni (sotto il profilo collettivo e istituzionale), come la particolare autonomia organizzativa o la tutela di cui all'art. 20 Cost. per gli enti da esse creati[19].

Lo stesso deve dirsi quanto alla possibilità di concludere intese con lo Stato, anche se l'Unione degli Atei, Agnostici e Razionalisti (UAAR) ha ripetutamente chiesto al Governo l'apertura delle trattative al fine della stipula di un'intesa ai sensi dell'art. 8 Cost. Ma, dopo la reiezione della richiesta e il ricorso di tale gruppo alla giustizia amministrativa – pur essendosi escluso dal Consiglio di Stato e poi dalla Corte di Cassazione il carattere di atto politico (come tale, non sindacabile dall'autorità giudiziaria) del provvedimento governativo di rigetto dell'istanza di stipula[20] – anche il TAR del Lazio ha ritenuto che l'UAAR non sia assimilabile ad una confessione religiosa e che, pertanto, il diniego dell'Esecutivo sia legittimo[21].

## 2. Il multiculturalismo di fronte alla Costituzione italiana

Ancor più che nell'ambito religioso, l'incertezza e la labilità dei criteri identificativi dominano l'ambito delle culture, ben più fluido di quello delle religioni[22].

Senonché, per aversi una comunità che si senta unita (e possa quindi rivendicare ed esercitare la sovranità su se stessa e sul territorio in cui vive, richiedendo ed erogando le prestazioni collettive solidaristiche) occorre un "*idem sentire de re publica*" e, quindi, una cultura comune di fondo, os-

Agnostici e Razionalisti ad una confessione religiosa, in quanto, nell'accezione comune, la religione indica un «insieme delle credenze e degli atti di culto che legano la vita di un individuo o di una comunità con ciò che ritiene un ordine superiore o divino».

[19] Cfr., *ex plurimis*, A.C. Jemolo, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1962, 123-124; L. Musselli, *Libertà religiosa e di coscienza*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, 226-227; C. Mirabelli, *op. cit.*, 1244-1245 (che evidenzia come nelle «organizzazioni basate su convinzioni non religiose, ideologiche, filosofiche o ateistiche» manchino non solo la finalità religiosa, ma anche gli altri elementi che caratterizzano le confessioni).

[20] Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083, in *www.dir.it/ricerca,* e Cass., sez. un., 28 giugno 2013, n. 16305, in *Federalismi.it*, n.14, 2013, (in sede di ricorso per difetto assoluto di giurisdizione). Contro la pronuncia della Corte di Cassazione, il Governo ha sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale, con ordinanza n. 40 del 2015.

[21] TAR Lazio, sez. I, 3 luglio 2014, n. 7068, *cit.* Già il Consiglio di Stato, nella sent. n. 6083 del 2011, *cit.*, aveva precisato che l'avvio delle trattative può considerarsi obbligatorio solo ove «si possa pervenire a un giudizio di qualificabilità del soggetto istante come confessione religiosa».

[22] Tanto che un attento studioso del fenomeno qualifica il multiculturalismo come un «enigma» (G. Baumann, *L'enigma multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 2003).

sia una comunanza di valori, nonché della concezione dell'uomo, del senso dell'esistenza, dei rapporti reciproci: così nel nostro ordinamento la dignità della persona, intesa come essere non isolato ed autosufficiente ma necessariamente "relazionato", e la sua uguaglianza con gli altri sono capisaldi della cultura costituzionale e, a monte, nazionale italiana, come rifondate dalla Costituzione repubblicana. Analogamente, in Europa – alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – il pluralismo "culturale" è riconosciuto (ma circondato da limiti) come scambio rispettoso di opinioni tra gruppi diversi nell'ambito di una società democratica[23].

Se è vero che in una società pluralista come la nostra sono valorizzate le differenze, tramite il principio di ragionevolezza come canone della dialettica tra eguaglianza e differenziazione, è altrettanto vero che dall'"*idem sentire de re publica*" e dalla comune cultura valoriale di fondo derivano gli inderogabili doveri di solidarietà e di fedeltà alla comunità ed ai suoi valori fondanti[24]: valori che magari potrebbero essere messi in discussione a livello di manifestazione del pensiero – non essendo quella italiana una democrazia protetta, come quella tedesca – ma certo non sul piano dei concreti comportamenti. Tra quei doveri può annoverarsi quello di consentire ed agevolare l'integrazione (cosa diversa dall'assimilazione) sociale[25] e, quindi, anche culturale (in senso ampio).

Perciò vi sono limiti al riconoscimento delle libere scelte culturali e religiose rispetto, ad esempio, all'ostensione plateale di simboli religiosi o identitari in ambienti pubblici neutrali (scuole, aule di giustizia, ecc.), al rifiuto aprioristico dei simboli assunti dalla comunità (la bandiera, il crocifisso ove inteso come simbolo anche culturale[26]), a comportamenti che possono creare

[23] V., ad esempio, le pronunce nei casi *Chiesa metropolitana di Bessarabia e altri c. Moldavia* del 2001, *Leyla Sahin c. Turchia* del 2005, *S.A.S. c. Francia* del 2014, in *www.echr.coe.int*

[24] In questo ambito si inserisce il bilanciamento dei diversi interessi costituzionali come modalità di soluzione dei conflitti tra diritti, individuali e collettivi, e tra questi e le esigenze pubbliche. Tale metodo, peraltro, non deve portare alla svalutazione della Costituzione e del principio di unificazione che essa esprime e deve realizzare (cfr. A. Morrone, *op. cit.*, 19).

[25] Infatti l'integrazione implica un processo di osmosi, e quindi un qualche mutamento, sia del soggetto predominante che di quello minoritario. Occorre, dunque, una disponibilità o, più semplicemente, un interesse tanto dell'uno quanto dell'altro a cercare un comune terreno di incontro. Anche se, storicamente, non si può negare come sia stato spesso il soggetto predominante ad assorbire quello più debole e come altrettanto spesso, in passato, l'integrazione abbia avuto come obiettivo, esplicito o implicito, la realizzazione di una società (sufficientemente) omogenea (G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 120; F. Alicino, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Padova, Cedam, 2011, 7-8).

[26] Infatti il crocifisso, «a parte il significato per i credenti, rappresenta il simbolo della civiltà e della cultura cristiana, nella sua radice storica, come valore universale, indipendente da una specifica confessione religiosa» e richiama valori che «soggiacciono ed emergono dalle norme fondamentali della nostra Carta e, specificamente, da quelle richiamate dalla Corte costituzionale, delineanti la laicità propria dello Stato italiano»: v. Cons. Stato, sez. II, parere n. 63 del 1988, in *www.dsg.unife.it/attach/docs/parereconsstato.pdf*; Cons. Stato, sez. VI, sent. 13 febbraio 2006, n. 556 e Cons. Stato, sez. II, parere 15 febbraio 2006 (in sede di ricorso stra-

turbamento o vero e proprio allarme sociale (portare con sé armi rituali, consumare droghe, mutilare il corpo proprio e altrui), fino al caso più delicato, ossia al rifiuto di integrarsi nella società italiana e nei suoi valori.

Nessuno di tali atteggiamenti può ritenersi, in linea di principio, ammissibile, salvo deroghe di fatto nei casi "*de minimis*", in cui l'impatto concreto dei comportamenti tenuti sia ridottissimo e manchi una negazione consapevole dei contrapposti interessi costituzionalmente tutelati[27]. Pure nell'ultima ipotesi, quand'anche il rifiuto di integrarsi non comportasse alcuna violazione delle norme poste a tutela della convivenza sociale, la Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione[28] – che riassume i principi fondamentali del nostro ordinamento che regolano la vita collettiva, ai quali anche gli immigrati devono aderire – è esplicita nel considerare tale atteggiamento inammissibile, tanto da comportare penalizzazioni per gli immigrati stessi; ma, alla luce dell'uguaglianza di trattamento con gli stranieri e della sottoposizione all'inderogabile dovere di solidarietà, anche i cittadini sono tenuti a non isolarsi e a non "dis-integrarsi" dalla comunità e dai suoi valori di fondo.

Infatti, in base alla Costituzione, la Repubblica non può limitarsi ad una asettica neutralità, ma deve creare e garantire le condizioni più opportune affinché si realizzi uno spazio giuridico "laico"[29] nel quale ciascuno possa perseguire il pieno sviluppo della propria personalità e, nel contempo, possa contribuire a quel «progresso materiale e spirituale della società» intera che è indicato quale obiettivo dall'art. 4, secondo comma, della Carta costituzionale.

Perciò, se si consentisse di applicare, caso per caso, differenti regole di convivenza sociale, la Costituzione perderebbe il suo significato di decisione sull'unità politica del popolo italiano e verrebbe ridotta a mera garanzia di una serie di accordi multiculturali valevoli *rebus sic stantibus*[30]. In un simi-

ordinario al Capo dello Stato), in *www.olir.it/ricerca*.

[27] Come per i sikh che portano con sé il *kirpan* (coltello rituale), percependolo non come un'arma ma come un simbolo di fede e di appartenenza religiosa.

[28] Adottata con D.M. 21 aprile 2007.

[29] Pur se la laicità può assumere e comprendere vari significati e contenuti, nell'ordinamento italiano essa, declinata in senso "positivo" (ai sensi della giurisprudenza costituzionale), rappresenta un indubbio "metodo" o "bussola" nella concreta opera di garanzia delle libertà individuali e collettive e in quella di bilanciamento con gli altri interessi costituzionali, «in regime di pluralismo confessionale e culturale» (per riprendere la notissima sentenza n. 203 del 1989 della Corte costituzionale). Cfr., *ex plurimis*, N. Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, *cit.*, in particolare 44 ss.

[30] Come auspicato, tra gli altri, da J. Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 12, e da F. Belvisi, *Società multiculturale, diritti, costituzione. Una prospettiva realista*, Bologna, Clueb, 2000, 170, per i quali la Costituzione di uno Stato dovrebbe limitarsi a una «forma di attività, come un dialogo interculturale in cui i cittadini delle società contemporanee, sovrani e diversi per cultura, negoziano degli accordi sulle forme di associazione che li riguardano in conformità alle tre regole consuetudinarie del mutuo riconoscimento, del consenso e della continuità culturale».

le contesto, diventerebbe assolutamente prioritario – e non semplicemente rilevante come oggi – il ruolo del giudice, al quale verrebbe richiesto di allontanarsi dal modello dell'applicazione autoritativa della legge, sia pure con deroghe e accomodamenti ragionevoli[31], per adottare il metodo della «trattativa giudiziale condivisa dalle parti». In tal caso, «nelle dispute in cui siano in gioco diritti e pretese confliggenti la prassi negoziale che si svolgerà davanti al giudice non sarà orientata unicamente ad una decisione a somma zero, ma sarà piuttosto improntata ad un atteggiamento pragmatico, di mediazione, attento alla specificità del caso concreto e a salvaguardare diritti e pretese – se possibile – di tutte e due le parti in gioco»[32].

Senonché, la nostra Costituzione, «mentre è compatibile con il modello dialettico della "diversità nell'unità" o dell'"unità attraverso la diversità", non tollera fuoriuscite dall'unità, ovvero rotture del patto costitutivo dell'unità politica»[33]. Perciò il riconoscimento delle diversità culturali e religiose può avvenire soltanto nel rispetto del patto costituzionale e dei suoi valori fondativi, attraverso un processo di integrazione – e non di separazione, né di continua negoziazione – con i principi del nostro ordinamento[34].

[31] Deroghe e accomodamenti auspicati sia da Ilenia RUGGIU che da Andrea LOLLO, nelle loro relazioni raccolte in questo volume, sia pure temperati da limiti, e previo esperimento in giudizio di test di tipo "antropologico-culturale". Se ciò è ampiamente condivisibile a livello di principio, in concreto occorre definire con estrema accortezza l'ampiezza di tali limiti e di tali test, per evitare svalutazioni del patrimonio costituzionale e non incorrere in decisioni puramente casistiche, negatrici, di fatto, dell'eguale sottoposizione di tutti alla legge (trasformando, oltre tutto, il giudice in un antropologo, il cui approccio è conoscitivo e non prescrittivo). Perciò non solo bisogna tenere esaurientemente conto dei beni giuridici implicati e degli effetti del riconoscimento di diritti o esenzioni sulle altrui facoltà, ma occorre anche valutare con attenzione la norma culturale seguita dal soggetto (verificando il suo reale grado di diffusione e di accettazione nel gruppo d'origine, la sua eventuale coincidenza con norme statali straniere o con regole religiose, ecc.) e l'ampiezza della sua divaricazione rispetto ai valori del nostro ordinamento. E se non c'è dubbio che vada eretto uno "sbarramento invalicabile" ad ogni deroga all'applicazione della legge comune quando un comportamento incida negativamente su diritti fondamentali (come già oggi afferma la Corte di Cassazione: v., ad esempio, Cass. pen., 17 settembre 2007, n. 34909, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 407 ss.), non vanno sottovalutati altri casi di contrasto con i nostri valori, pur se non producono una diretta lesione di tali diritti.

[32] F. BELVISI, *op. cit.*, 167.

[33] A. MORRONE, *op. cit.*, 31.

[34] Analogamente, in dottrina, si pronunciano illustri Autori: ad esempio, J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2008, 98-99, richiede «disponibilità a conformarsi alla cultura politica della … nuova patria», senza dover rinunciare «alla forma di vita culturale delle … origini».

# RELAZIONI DI SINTESI

RELAZIONE DI SINTESI DELLA I SESSIONE

# DALLE DIS-EGUAGLIANZE ALLE DIFFERENZE. SPUNTI PER UNA REVISIONE DEL CONCETTO DI "MERITO" NELLO STATO COSTITUZIONALE

Andrea Simoncini

Sommario: Premessa: esiste un tasso di dis-eguaglianza compatibile con lo Stato Costituzionale? – 1. La diseguaglianza *accettabile*. – 2. Diseguaglianza *auspicabile*? – 3. La liberazione dal bisogno. – 4. La definizione del merito nel sistema costituzionale: da *meritocrazia* a merito *migliorativo*. – 5. Una proposta interpretativa: la circolarità funzionale tra eguaglianza sostanziale e merito.

## Premessa: esiste un tasso di dis-eguaglianza compatibile con lo Stato Costituzionale?

Chiedo scusa in anticipo al lettore se in questa relazione di sintesi non riuscirò a dar conto in maniera piena ed esauriente della vivacità e dell'articolazione del dibattito svoltosi durante il Convegno. Le relazioni scritte, d'altra parte, contengono una ricchezza ed una profondità emerse solo in parte durante le pur efficaci presentazioni orali, ricchezza che, invece, la discussione seguente ha consentito di apprezzare in maniera più dettagliata ed analitica.

Per provare a sintetizzare attorno ad un'idea centrale la discussione dell'atelier, partirei dalla domanda con la quale Gaetano Azzariti ha esordito nella sua introduzione riformulando, per cosí dire, il titolo del convegno: "Esiste un tasso di dis-eguaglianza compatibile con lo stato costituzionale"?

Detto altrimenti, esiste un tasso di diseguaglianza compatibile con uno Stato che non solo si ispiri al principio liberale della eguaglianza dinanzi alla legge, ma che si fondi su una previsione complessa come quella dell'art.3 della nostra Costituzione? Una previsione in cui la Repubblica s'impegna a trattare in maniera eguale tutte le persone e – contemporaneamente – a rimuovere le diseguaglianze (eguaglianza *formale* e *sostanziale*), assumendo cosí come suo obiettivo fondamentale la "liberazione dal bisogno" – impiegando la nota formula di F. D. Roosevelt più volte ripresa da Fontana nella sua relazione –.

Dirò, anticipando cosí la conclusione finale, che la risposta emersa nell'atelier è stata *positiva*; ma si è manifestata in una sorta di articolazione progressiva di significato.

Il primo passo di questa progressione sta nella consapevolezza che "nello Stato costituzionale esiste un tasso di diseguaglianza *accettabile*" e successivamente, che "nello Stato Costituzionale esiste un tasso di diseguaglianza *auspicabile*".

Le due formulazioni appaiono simili, ma in realtà non lo sono.

Partiamo dalla prima.

## 1. La diseguaglianza *accettabile*

*Nello Stato Costituzionale esiste un tasso di diseguaglianza accettabile*

Quest'affermazione non è di per sé particolarmente rivoluzionaria o sconvolgente; essa non fa altro che ribadire la definizione più consolidata del principio di eguaglianza e dei suoi limiti. Il principio di eguaglianza, infatti, applicato in maniera assoluta, ovverosia prescindendo da qualsivoglia requisito, presupposto ovvero delimitazione giuridica, non esiste – è un principio "vuoto", come provocatoriamente ha ricordato Michele Massa. Esistono, viceversa, molte condizioni personali o fattuali che, pur essendo diseguali, non contraddicono il principio di eguaglianza.

Lo stesso principio di eguaglianza, com'è noto, nella sua concreta dimensione dinamica, vive non come negazione di ogni differenza, bensì come necessità di differenziazioni ragionevoli e proporzionali.

D'altra parte, vi sono differenze di fronte alle quali se applicassimo il principio di eguaglianza *tout court*, finiremmo per ottenere risultati contraddittori, riducendo, cosí, l'eguaglianza ad "egualitarismo". Molti sono i casi che si potrebbero citare di questa distorsione egualitari sta dell'eguaglianza; l'esempio forse più recente ed eclatante, richiamato da Azzariti, ma citato anche da molti altri, è la sentenza n. 70 del 2015 della Corte costituzionale nella parte in cui, applicando gli articoli 3, secondo comma, 36 e 38, ha ripristinato l'adeguamento automatico sia per pensioni appena sopra il minimo vitale, sia, *egualmente*, e per le cosiddette "pensioni d'oro".

Dunque, l'eguaglianza – se intesa in maniera ragionevole e non velleitaria – convive fisiologicamente con un certo tasso di diseguaglianza.

## 2. Diseguaglianza *auspicabile*?

È sull'altro versante, certamente più delicato e problematico, ma altrettanto fondamentale, che si è incentrata una parte sostanziale della discussione

Possiamo sintetizzare questo secondo passaggio nella maniera seguente: nel nostro stato costituzionale, non solo esiste un tasso di diseguaglianza sopportabile, ma in certi casi ed a certe condizioni, le diseguaglianze non rappresentano più un fattore *negativo*, ma addirittura divengono un fattore *positivo*, dunque, da premiare; la diversità diviene una ricchezza, le *diseguaglianze* diventano *differenze* – per riprendere l'introduzione di Michele Della Morte –.

In questo secondo versante della discussione sul tema della dis-eguaglianza, il tema che è emerso ed ha attirato la gran parte delle osservazioni, è stato quello del concetto di *merito* nel nostro sistema costituzionale.

Il tema dell'eguaglianza come liberazione dal bisogno, da un lato, e quello del merito, dall'altro, hanno rappresentato, per cosi dire, i due poli tra i quali si è svolta la discussione nell'atelier.

### 3. La liberazione dal bisogno

Sul tema della liberazione dal bisogno sono intervenuti Michele Barone ed Andrea Longo; quest'ultimo, in particolare, si è chiesto se, proseguendo nella linea argomentativa sin qui tracciata, non si possa giungere a ritenere esistente un vero e proprio "diritto alla diseguaglianza".

Marco Ruotolo, in direzione parzialmente opposta, si è chiesto se, però, non debba identificarsi comunque un limite tra diseguaglianza accettabile e non accettabile; a tal fine ha citato il caso delle politiche di contrasto della povertà, proponendo la necessità – all'interno della cornice degli obiettivi costituzionali della promozione sociale e della realizzazione dell'eguaglianza sostanziale – di riprendere seriamente in considerazione proposte teoriche e pratiche come il reddito minimo di cittadinanza ovvero altri istituti che provvedano al caso della privazione dei mezzi minimi di sussistenza.

Ruotolo ha ribadito questa necessità, ricordando che obiezioni come quella che tali misure incentiverebbero l'ozio o la disoccupazione volontaria, presuppongono una antropologia negativa, estranea alla nostra cultura costituzionale che invece propone non solo una idea innata di dignità originaria, ma anche una concezione progressiva di tale dignità; a fianco della imprescindibile dimensione originaria ed intrinseca della dignità umana, esiste una dimensione acquisita o, meglio, è possibile e doveroso immaginare una crescita del potenziale dignitario presente in ciascun essere umano, crescita che si realizza proprio attraverso la possibilità di svolgere una attività che concorra al progresso spirituale e materiale del paese.

Fontana su questo punto, ribadendo le sue critiche, ha replicato agli argomenti offerti da Marco Ruotolo, osservando che proposte come il reddito di cittadinanza o istituti analoghi, in realtà, contrastano con l'art. 4 Cost., poiché, di fatto, disincentivano la persona a ricercare lo sviluppo della propria dignità attraverso il concorso al progresso materiale e spirituale della società e, distorcendo il mercato del lavoro, finiscono per scoraggiare i lavori umili a favore dell'inattività. Senza tener conto che l'esperienza mostra che in molti paesi l'introduzione di misure di contrasto della povertà di questo genere ha comportato il progressivo smantellamento delle prestazioni sociali su basi universalistiche.

### 4. La definizione del merito nel sistema costituzionale: da *meritocrazia* a merito *migliorativo*

Passando ora al tema del merito, il primo e principale problema è quello della chiarificazione terminologica.

Frequentemente, infatti, la parola *merito* è oggetto di profondi fraintendimenti.

Indubbiamente, su questo punto le due relazioni principali di Fontana e Grandi hanno offerto un contributo sicuramente rilevante e quasi tutti i partecipanti hanno discusso questo argomento.

Così come l'eguaglianza può decadere in *egualitarismo*, il concetto di merito può decadere in una concezione elitaria e discorsiva di *meritocrazia* (nell'accezione negativa con cui il sociologo inglese Young nel 1958 ha per la prima volta introdotto il termine).

Su questo punto si è incentrata una parte rilevante della discussione che può essere sintetizzata nel modo seguente.

Occorre distinguere all'interno della nozione di merito.

Marco Benvenuti proponeva la distinzione tra *meritevolezza* da *merito,* mentre Lucilla Conte, muovendo dalla definizione proposta da Federica Grandi, ha proposto di distinguere una nozione *assoluta* di merito, da una nozione *relativa* (o, direi, *migliorativa)* di merito.

Secondo la prima nozione (*merito assoluto*), il merito consiste nella capacità del soggetto di raggiungere un certo livello prefissato di performance che viene stabilito come ottimale.

Nella seconda (*merito relativo o migliorativo*), il merito consiste nella capacità del soggetto di migliorare la propria posizione di partenza riguardo allo stesso livello ottimale di performance.

Un esempio - emerso nella discussione - può aiutare a comprendere questa distinzione.

Ipotizziamo una scala di performance educativa che vada da un livello 1 a 10. Ipotizziamo poi due scuole - A e B -. La scuola A svolge la sua azione educativa portando i suoi studenti da un livello medio 3 a un livello medio 6; la scuola B porta i suoi studenti da un livello medio 9 ad un livello 10.

In termini di merito *assoluto* la scuola B ha una performance educativa migliore della scuola A; in termini di merito *relativo* o *migliorativo*, viceversa la scuola A è più meritevole.

L'orientamento prevalente emerso nella discussione è che l'idea più conforme con il nostro sistema costituzionale sia la seconda, in cui il merito si sostanzia essenzialmente nella capacità dinamica di migliorarsi, esprimendo cosí una delle dimensioni dell'obiettivo costituzionale della promozione sociale.

In questa prospettiva il merito (*relativo o migliorativo*) in senso costituzionale è una dimensione del valore della promozione sociale, mostrando la volontà del soggetto di contribuire con la sua attività al progresso materiale e spirituale della società.

L'idea, invece, di un merito *assoluto*, fissato in maniera aprioristica ed eguale per tutti, finisce per indurre forme di standardizzazione ed omologazione culturale, nonché induce risultati molto spesso contraddittori.

Un esempio emerso nel dibattito di questa possibile ambiguità sulla nozione costituzionale di merito è rappresentato dalle politiche di restrizione

all'accesso e sul numero chiuso nei corsi universitari sulle quali si è sviluppata una vivace discussione.

A stretto rigore di logica, il caso del numero chiuso, é una patente violazione del diritto dei capaci e meritevoli anche se privi di mezzi, a raggiungere i più altri livelli degli studi contenuto nell'art. 34 Cost., perché, se uno studente, capace e meritevole, ha il diritto di raggiungere i livelli più alti degli studi, definendo a priori il numero di chi può accedere agli studi universitari, ben possono rimanere esclusi soggetti che, di per sé, rientrerebbero nella fattispecie costituzionale. Quello del numero chiuso, dunque, è un caso di merito assoluto del tutto sganciato dalle attitudini e dal profitto in concreto dei soggetti, ma determinato sulla base del numero di posti ritenuti assorbibili dal mercato del lavoro, dunque legato ad una valutazione del tutto impersonale, estranea a concetti di reale meritevolezza culturale e sganciata da qualsiasi considerazione di tipo migliorativo.

È altrettanto noto, però, che tali limitazioni sono state sempre ritenute pacificamente ammissibili sia a livello della Corte costituzionale italiana che a livello di Corte EDU.

Qui, tra gli altri, in particolare Marco Benvenuti ha inteso discutere le tesi sostenute da Federica Grandi. La relatrice, proponendo una soluzione che persegua una nozione di merito relativo e non assoluto, ha suggerito di sostituire il test di accesso al primo anno con la previsione di un primo anno di formazione universitaria dedicato a verificare, negli iscritti ai corsi universitari, l'attitudine e il profitto necessari per la prosecuzione negli studi, stabilendo un numero massimo di iscrizioni a partire dal secondo anno.

Sempre Benvenuti ha fatto notare come nella Costituzione i riferimenti al merito oltre a quelli sui quali si sono soffermate le relazioni (l'art. 34, il 36, il 97) ve ne sono almeno altri due (l'art. 59 - sul potere di nomina dei senatori a vita del Presidente della Repubblica – e il 106 – sulla copertura da parte del CSM dei consiglieri onorari della Corte di Cassazione –) in cui si fa riferimento a "meriti" speciali, circostanza questa che conferma la relatività (e non assolutezza) di questo termine nel contesto costituzionale.

## 5. Una proposta interpretativa: la circolarità funzionale tra eguaglianza sostanziale e merito

Muovendo da questa duplice accezione di merito, la discussione sulle relazioni Fontana e Grandi si è indirizzata verso una conclusione comune: quella per cui tra merito ed eguaglianza sostanziale non vi è necessariamente un'opposizione, come sovente si ritiene; la valorizzazione delle differenze (o perlomeno di alcune differenze) non si pone necessariamente in contraddizione con l'esigenza di liberazione dal bisogno di cui è espressione il principio di eguaglianza sostanziale.

Per usare le parole della relazione di Fontana, "non si ravvede nessuna relazione oppositiva o alternativa tra tutela dei bisogni e valorizzazione del merito, posto che entrambe assolvono una funzione di perseguimento dell'interesse generale oltreché di realizzazione di inclusione sociale. A ben vedere, solo la liberazione del bisogno può consentire la successiva promozione sociale di quanti hanno le capacità ed i meriti".

Fontana, dunque, immagina un rapporto di *complementarietà sequenziale* tra liberazione dal bisogno e merito, in cui la prima ha una sorta di priorità logico-valoriale sul secondo poiché dalla Costituzione emergerebbe la prevalenza delle esigenze di eguaglianza sostanziale fondate sulla rimozione del bisogno e non già sul merito

"Se ciò è vero, è ancor più vero in momenti di emergenza sociale nei quali la scarsità delle risorse deve essere destinata prioritariamente alla liberazione dal bisogno rispetto al merito"

Rispetto a tale ricostruzione, la discussione ha prefigurato la possibilità di un approdo ulteriore, per cui, nel nostro sistema costituzionale, piuttosto che una complementarietà sequenziale, si potrebbe parlare di una *circolarità funzionale* tra eguaglianza sostanziale e merito, in cui la rimozione delle diseguaglianze è, indubbiamente, condizione perchè si possa valorizzare il merito, ma, al tempo stesso, la valorizzazione del merito contribuisce alla rimozione delle diseguaglianze basate sulle condizioni sociali o economiche o personali, consentendo a chi è meritevole di realizzare quella mobilità sulla scala sociale che la nostra costituzione intende promuovere.

Inteso in questo senso il merito non si oppone alla liberazione dal bisogno, ma contribuisce a tale liberazione.

Proprio in questa direzione, Bonetti ha richiamato come, sulla base al primo comma dell'art 34, la gratuità dell'istruzione obbligatoria abbia una priorità logico-giuridica sulle politiche di accesso ai livelli più alti degli studi previsti nei commi successivi ed ha invitato tutti a considerare come oggi molti elementi di questa gratuità siano nei fatti estremamente a rischio (si penso al costo dei libri, ai trasporti, alle mense, ai contributi chiesti ai genitori anche nella suola dell'obbligo sotto varia forma) compromettendo la circolarità di cui sopra.

Sempre sul punto Giorgio Grasso ha sottolineato come a questa nozione costituzionale di merito, si oppongano molte ideologie contemporanee, soprattutto di tipo economico, che enfatizzano il tema del merito nelle società diseguali. Secondo tale impostazione sarebbero le diseguaglianze a creare gli incentivi e dunque a porre le basi perchè possa emergere il merito. La spinta al profitto sarebbe data proprio dal volersi differenziare e dunque da una spinta inevitabile verso la dis-eguaglianza.

Le politiche volte a realizzare l'eguaglianza sociale ed il conseguente apparato di welfare sarebbero dunque strutturalmente inconciliabili con il merito.

Un altro fraintendimento sempre più frequente del concetto di merito è stato posto in evidenza da Erik Longo che ha osservato come l'integrazione del nostro sistema giuridico con quelli sovranazionali – in particolare con quello europeo – spinga nella direzione di una equiparazione del merito all'idea di *valutazione*.

Nel sistema universitario, ad esempio, questo dato è del tutto evidente: per misurare il merito delle performance del sistema – sia come singoli ricercatori che come istituzioni – si utilizzano in maniera sempre crescente strumenti di valutazione derivati da una chiara matrice aziendalistica, in cui il valore fondamentale perseguito è l'efficienza nella allocazione delle risorse, senza tener conto della specificità dell'attività universitaria.

Dunque, in conclusione, la discussione sulle relazioni ha fatto emergere una prospettiva non oppositiva tra eguaglianza e merito, purché si consideri *una interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di "merito"* e non si faccia mero riferimento a ricostruzioni di natura ideologica ovvero derivate da altri contesti disciplinari - quale quello economico - che prefigurano un merito in termini astratti e non concreti, individualizzati.

Tanto l'eguaglianza sostanziale che il merito, se intesi nella prospettiva costituzionale, presuppongono una valutazione in concreto, tanto del grado di diseguaglianza ammissibile, quanto del valore della capacita ed attitudine.

Già nel 1968 Costantino Mortati nel suo volume "*Le leggi provvedimento*", sottolineava che la nuova costituzione repubblicana avrebbe implicato necessariamente questo tipo di valutazioni. Il compito di realizzare la "rivoluzione promessa", per usare l'immagine di un altro grande costituente (Piero Calamandrei), obbliga la Repubblica ad "individualizzare" i suoi interventi, a scendere nel concreto, anche rinunciando alla "generalità ed astrattezza" della legge di matrice liberale, ritenendo dunque ammissibili leggi che avessero come contenuto il concreto *provvedere* e non l'astratto *disporre (*per riecheggiare la distinzione Crisafulliana*)*.

Il compito costituzionale di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono l'eguaglianza sostanziale, di cui al secondo comma dell'art.3, infatti, richiede di dare a chi non ha o di togliere a chi ha e queste azioni pubbliche, di fatto, realizzano una diseguaglianza che ha per scopo consentire una eguaglianza più profonda e diffusa.

Ebbene, Costantino Mortati, dinanzi a questa necessita del nuovo Stato costituzionale, si poneva una domanda che diventa cruciale rispetto alla discussione che abbiamo riferito.

La stessa nozione di eguaglianza sostanziale implica un certo tasso di diseguaglianza – per cosi dire – "strumentale" o "funzionale" rispetto allo scopo dell'art. 3, secondo coma; questo però non sta a dire che la Costituzione non ponga un limite a tali interventi correttivi, effettuati della Repubblica. Esiste, cioè, come abbiamo detto, un limite *costituzionale* alla diseguaglianza *accettabile* e, dunque, alla valorizzazione del merito, circolarmente intesi.

Il punto evidenziato da Mortati è: abbiamo un sistema di tutela giurisdizionale della Costituzione tale da riuscire efficacemente a far valere questi limiti?

Abbiamo, cioè, un sistema di giustizia costituzionale che sia davvero in grado di valutare *in concreto* le diseguaglianze ammissibili o le differenziazioni ragionevoli?

Com'è noto, Mortati in quel libro proponeva di estendere alcuni dei caratteri del processo amministrativo anche alla giurisdizione costituzionale – in particolare l'esistenza di una fase istruttoria nel procedimento – proprio per consentirle un giudizio di fatto piu adeguato.

In altre parole, il giudizio sulla diseguaglianza accettabile (come quello sulle leggi provvedimento) è un giudizio concreto, che implica poteri istruttori e capacità di conoscenza tecnica che l'attuale assetto del processo costituzionale non consente. Se, da un lato, la natura stessa della nostra Costituzione "progressiva" richiede al legislatore questi interventi, dall'altro, occorrerà riaprire il tema dell'adeguatezza degli strumenti di giustizia costituzionale.

Alcune pronunce recenti della Corte costituzionale sembrano confermare in pieno l'attualità, se non della proposta di Mortati, quantomeno del problema posto.

RELAZIONE DI SINTESI DELLA II SESSIONE

# DISEGUAGLIANZA E MERCATO

Paolo Bianchi

«La cittadinanza politica progredisce mentre regredisce la cittadinanza sociale. Questa lacerazione della democrazia è il fenomeno principale del nostro tempo, portatore delle più terribili minacce. Infatti, se dovesse persistere tale situazione, il regime democratico stesso potrebbe infine vacillare.

La crescita delle disuguaglianze è al contempo l'indizio e il motore di questa lacerazione. È il tarlo latente che produce una decomposizione silenziosa del legame sociale e, simultaneamente, della solidarietà»[1].

Le parole che precedono sono uno dei possibili punti di partenza per la riflessione sul rapporto tra mercato e (dis-)eguaglianza condotta nel Convegno di Campobasso. Gli imponenti fenomeni di ristrutturazione della produzione e distribuzione delle merci e dei servizi cui abbiamo assistito negli ultimi decenni sono stati accompagnati dalla diffusione e dal consolidamento di una vera e propria ideologia del mercato[2], impiegata sia come chiave interpretativa delle dinamiche economiche e sociali, sia come indirizzo programmatico per le riforme giuridiche. Il processo ha assunto una velocità impressionante negli anni '80 del secolo scorso quando simultaneamente si è compiuto il superamento del modello fordista di produzione industriale, si è generalizzato il sistema di circolazione globale delle merci e si è affermato sul piano politico un progetto di minimizzazione del ruolo dello stato nella gestione dei servizi di interesse pubblico. Gli anni '90 sono stati caratterizzati dall'avvio di un processo di finanziarizzazione dell'economia che ha rafforzato le tendenza del decennio precedente, innescando la crisi irreversibile del modello sociale e giuridico su cui erano fondati gli stati industrializzati, oltre a porre le premesse per la crisi che stiamo vivendo negli ultimi anni[3].

[1] P. Rosanvallon, *La Société des égaux*, Paris, 2011, trad. it. *La società dell'uguaglianza*, Roma, 2013, 14.

[2] Possiamo assumere, per brevità, come manifesto del neoliberismo il classico di F. von Hayek, *The Road to Serfdom*, London, 1944.

[3] Per una acuta analisi sull'argomento, con riferimenti alle vicende italiane, si v. L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011, soprattutto 107 ss. Sulle cause e gli sviluppi della crisi v. P. Krugman, *The Return of Depression Economics and the Crisis of* 2008, New York, 2009, trad. It. Il *ritorno dell'economia della depressione e la crisi del 2008*, Milano, 2009, 37ss.; J.E. Stiglitz, *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*, New York, 2012, trad it. *Il prezzo della disuguaglianza*, Torino, 2013.

L'idea di stato quale strumento di realizzazione dei diritti dei cittadini attraverso interventi che rimuovano le condizioni oggettive di diseguaglianza, promuovendo – se non l'eguale accesso di tutti alle risorse, quanto meno – eguali opportunità di realizzazione individuale, ha dovuto confrontarsi con una realtà sociale sempre più aperta ad influenze di ogni tipo (economiche, giuridiche, culturali) rispetto alle quali gli strumenti normativi disponibili si sono rivelati inefficaci.

Il moderno stato sociale è stato costruito quale comunità di soggetti liberi e in condizione di eguaglianza giuridica, che contribuiscono su un piano di parità alla realizzazione degli obiettivi di progresso sociale dettati dalla costituzione, ma oggi ciascuno di questi elementi è revocato in dubbio. Quale può essere la funzione autonoma dello stato in un contesto in cui esso non ha il controllo sui confini, sulla moneta, non è più neppure pensabile un ruolo autonomo nella politica estera? Come realizzare un sistema che tuteli i diritti sociali soltanto dei cittadini, quando movimenti migratori globali spingono milioni di persone sul nostro territorio, senza porre in dubbio i presupposti stessi della democrazia[4]?

Partendo dall'assunto che lo stato debba recedere da qualunque ruolo attivo in economia, si è ormai sfaldato il confine sfera pubblica e sfera privata, giungendo a teorizzare e praticare la privatizzazione (della gestione, se non della titolarità) delle funzioni pubbliche "classiche" (giustizia e difesa *in primis*)[5]. L'interesse pubblico in questa prospettiva si dissolve nella dialettica tra gli interessi collettivi. Lo stato (o, per meglio dire, il potere pubblico legittimato democraticamente, a qualunque livello) non avrebbe dunque alcun titolo ad operare per la tutela di un interesse – quello identificato riassuntivamente come pubblico – semplicemente perché tale interesse sarebbe mera finzione, risultante dall'imposizione di obiettivi determinati in una sfera, quella politica appunto, autonoma e indifferente dalla realtà dei dati sociali ed economici.

Partendo dall'assunto della materiale – e indefettibile – operatività delle leggi del mercato si è giunti ad elaborare alcuni principi, quali la libera concorrenza (che *naturalmente* sarebbe il sistema più efficace ed efficiente di allocazione delle risorse) collocati a livello supercostituzionale e pertanto insuscettibili di condizionamento da parte della sfera della politica. L'ordine economico si giustificherebbe autonomamente, lasciando a quello giuridico la regolazione del mercato, unico luogo nel quale i conflitti sociali possono trovare risoluzione.

In questa prospettiva perde ogni senso la dimensione statale del diritto, nella quale storicamente affondano le proprie radici i diritti sociali[6]. La pul-

[4] Si occupano di questo argomento le recenti riflessioni di S. Cassese, *I diritti sociali degli "altri"*, in corso di pubblicazione in Rivista del diritto della sicurezza sociale, 2015, consultabile in http://www.irpa.eu/area-bibliografica/articoli/i-diritti-sociali-degli-altri/.

[5] Si v., oltre che per una ricostruzione generale del fenomeno, anche per diversi esempi concreti in vari ordinamenti, J. Resnik, *Globalization(s), privatization(s), constitutionalization, and statization: Icons and experiences of sovereignty in the 21st century*, in *I•CON* (2013), Vol. 11 No. 1, 162ss.

[6] P. Picone, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento interna-*

sione verso la realizzazione dell'eguaglianza sostanziale sarebbe d'altronde in conflitto con una società *naturalmente* improntata alla diseguaglianza, che tollera soltanto interventi correttivi limitati alla soppressione delle ingiustizie macroscopiche. La diseguaglianza, assistita dall'ideologia del merito come unico mezzo di ascensione sociale, è d'altronde il presupposto del mercato globale[7].

Sul piano operativo, un ruolo centrale nell'imposizione del superprincipio di tutela della libertà del mercato è stato assunto in primo luogo dai trattati istitutivi delle Comunità Europee, nei quali – com'è noto – gli unici principi fondamentali sono quelli (strumentali alla realizzazione di un'economia di mercato all'epoca pesantemente limitata dalle costituzioni vigenti) di libertà di circolazione dei lavoratori, delle merci e dei capitali, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi[8]. La tutela della concorrenza (valore per così dire implicitamente riconosciuto) è poi oggetto di politiche specifiche in capo alla Commissione sin dall'art. 89 del trattato CEE. La Corte di Giustizia vigila sul rispetto dei trattati e dunque, specificamente dei principi fondamentali sopra indicati, riconducendo le disposizioni statali in tema di diritti sociali alle logiche mercantili prevalenti in ambito continentale.

A questo proposito assumono valore emblematico tre decisioni pronunciate dalla CGUE nell'arco di quattro mesi, a cavallo tra il 2007 e il 2008, dunque un anno prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del controverso recepimento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione nel *corpus* dei trattati[9]: con le sentenze *Laval*[10], *Viking*[11] e *Rüffert*[12] si

*zionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, 2014, n. 1, 5ss. L'A. sviluppa le sue considerazione anche lungo un'altra direttrice, lontana dal tema del presente scritto, quella del progressivo scollamento tra la dimensione statale e quella globale della tutela dei diritti fondamentali di prima generazione. Anche per essi la crisi dello stato novecentesco reca implicazioni preoccupanti.

[7] Per approfondite considerazioni sulla naturale diseguaglianza delle economie di mercato, sui presupposti indefettibili di tale disuguaglianza, sull'ideologia meritocratica e sulla povertà bollata come frutto del fallimento individuale si rinvia a U. Beck, *Die Neuvermessung der Ungleichheit unter den Menschen*, Frankfurt am Main, 2008, trad. It. *Disuguaglianza senza confini*, Bari-Roma, 2011, 15 ss.; P. Rosanvallon, *La Société des égaux*, *cit.*, 245ss.

[8] Le disposizioni rilevanti sono contenute nel Titolo III, artt. 48-73, del Trttato CEE.

[9] Sul tema v. almeno G. Tiberi, *L'effettività dei diritti fondamentali nell'Unione europea: verso una politica dei diritti fondamentali decisa a Bruxelles*, in *Astrid Rassegna*, n. 62, 2007, in www.astrid.it.; L.S. Rossi, *How Fundamental is a Fundamental Principle? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon*, in *Yearbook of European Law*, 2008, 65ss.; F. Fontanelli, G. Martinico, eds., *The ECJ under Siege – New Constitutional Challenges*, Hyderabad, The Icfai University Press, 2009; A. D'Atena, *Una Costituzione senza Costituzione per l'Europa*, in *Diritto e Società*, 2009, pp.191ss.

[10] *Laval* CGUE (Grande sezione), 18 settembre 2007, C-341/05.

[11] *Viking*, CGUE (Grande sezione), 11 dicembre 2007, C-438/05.

[12] *Rüffert* CGUE (Seconda sezione), 3 aprile 2008, C-346/06.

Sulle decisioni richiamate si v., anche per ulteriori approfondimenti, M. V. Ballestrero,

stabilisce, in modo netto, che le garanzie dei diritti sociali contenute in atti normativi statali, perfino di rango costituzionale[13], non possono impedire il pieno dispiegarsi dei principi dell'Unione in tema di libertà imprenditoriale e commerciale.

Il quadro non è affatto mutato dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, poiché l'inserimento della Carta dei diritti fondamentali tra le fonti dell'Unione non ha – coerentemente con gli orientamenti emersi già all'epoca della sua elaborazione – alcun effetto sul quadro dei diritti *sociali* dei cittadini europei.

Il quadro costituzionale europeo contrappone il permanere dei principi fondamentali sopra richiamati, ai quali si affiancano, dal 2009, principi propri del costituzionalismo liberale, senza però alcuna concessione alle acquisizioni del '900. Il giurista italiano noterà che, ad es., il principio di uguaglianza formale, sancito dall'art. 20 della Carta, è completato dal divieto di discriminazione (art. 21), mentre l'uguaglianza sostanziale è completamente ignorata. La Carta stessa, pur ricca di richiami ad un quadro aggiornato di diritti sociali, lascia impregiudicato qualunque orientamento che in concreto, in relazione alla loro garanzia, i poteri pubblici vogliano assumere. Così, l'art. 34, accanto al riconoscimento del «diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali», disegna la cornice entro la quale il diritto è tutelato: «secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali». Parimenti, il diritto alla salute è garantito «alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali» (art. 35), la contrattazione collettiva e lo sciopero sono riconosciuti «conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali» (art. 28); il diritto dei lavoratori e dei

*Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in Lavoro e diritto, 2008, 371ss.; F. Vecchio, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?*, in www.europeanrights.eu, 2010.

[13] L'art. 17 dello Strumento di governo (*Regeringsformen*) svedese riconosce alle associazioni di lavoratori, ai datori di lavoro e alle loro associazioni il diritto di intraprendere azioni collettive, salvo che a ciò si oppongano disposizioni legislative o contenute in un contratto collettivo, ma la CGUE ha ritenuto che tale disposizione fosse in contrasto con gli artt. 49 e 50 TCE nella parte in cui offriva "copertura costituzionale" alle azioni volte a garantire da parte di un'impresa straniera il rispetto dei contratti collettivi vigenti in Svezia (sentenza *Laval*).

Nel caso *Rüffert* la Germania, convenuta in giudizio a seguito di procedura per infrazione, richiama l'autonomia contrattuale delle parti sociali, garantita dall'art. 9, c. 3, GG, ma la Corte usa spregiudicatamente l'art. 28 della Carta dei diritti, per ricordare come tale diritto debba essere esercitato in conformità alle norme dell'Unione, che nella fattispecie naturalmente impongono il pieno rispetto della disciplina in materia di appalti. È superfluo osservare che, come spesso accade in tema di diritti sociali in ambito europeo, il «pieno rispetto» delle norme europee si traduce nel sostanziale svuotamento del diritto riconosciuto dalle norme statali. Molto critico nei confronti della decisione, in questo senso, è S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, il Mulino, 2012, 65.

sindacati all'informazione si esercita « nei casi e alle condizioni previsti dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali» (art. 27); il divieto di licenziamento ingiustificato è subordinato «al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali» (art. 30).

In materia di ambiente e tutela del consumatore (artt. 37 e 38) il livello della enunciazione scende ancora, perché il linguaggio non è più quello dei diritti, bensì quello delle politiche dell'Unione.

Il testo della Carta riflette in definitiva il compromesso al ribasso tra i sostenitori della necessità di configurare quelli all'assistenza, all'istruzione, alla salute, come diritti in senso pieno e i fautori della loro ricostruzione come settori di intervento discrezionale dell'Unione, in un contesto che peraltro nell'ultimo decennio ha conosciuto l'espansione delle sue competenze in materia di politiche sociali.

La formulazione delle disposizioni non soltanto lascia del tutto impregiudicato sia il livello di tutela che il contenuto del diritto enunciato, ma il rinvio che essa fa al diritto europeo e alle legislazioni e prassi nazionali, senza l'indicazione di obiettivi o vincoli, cela in sé il rischio concreto di decostituzionalizzazione del diritto stesso. Infatti, rinviare la definizione di un diritto alle fonti europee e nazionali significa inserirlo in un circuito segnato dalla prevalenza delle prime sulle seconde (fossero pure di rango costituzionale), dunque rimettere le scelte al legislatore dell'Unione, senza che questi, come si è detto, incontri né nel Trattato, né nella Carta alcun indirizzo.

Da questa operazione traspare una linea di intervento costante, che ha accompagnato l'ampliamento dei settori di intervento europei: l'attrazione dei diritti sociali dalla concezione propria delle carte costituzionali del secondo dopoguerra a quella di ispirazione britannica e scandinava, secondo la quale non di "veri" diritti si tratterebbe, ma di *policies* sulle quali si esercita la discrezionalità dei legislatori.

Consequenziale a tale impostazione è anche la celebre lettera[14], sottoscritta da Jean Claude Trichet e Mario Draghi, inviata il 5 agosto 2011 al Presidente del Consiglio *pro tempore*, Silvio Berlusconi, in cui – di fronte alla grave crisi finanziaria in atto, e soprattutto ai dubbi sulla sostenibilità del debito pubblico italiano sollevati dalle agenzie di *rating* – si richiamava l'Italia al rispetto dei vincoli assunti, sia nel vertice dei Capi di Stato e di Governo, sia con la Banca Centrale Europea, sollecitando «un'azione pressante da parte delle autorità italiane per ristabilire la fiducia degli investitori».

La lettera indica con precisione le misure da assumere, collegandole sia al raggiungimento del pareggio di bilancio sia ad auspicabili «riforme strutturali».

[14] Le citazioni che seguono nel testo tra virgolette sono prese dal testo integrale della lettera del 5 agosto 2011, nella traduzione fornita dal Corriere della Sera del 29 settembre dello stesso anno.

Tra di esse, nella prospettiva di «accrescere il potenziale di crescita» (*sic*) si propongono come obiettivi principali «l'aumento della concorrenza, particolarmente nei servizi, il miglioramento della qualità dei servizi pubblici e il ridisegno di sistemi regolatori e fiscali che siano più adatti a sostenere la competitività delle imprese e l'efficienza del mercato del lavoro»; strumentali ad essi sono tra l'altro «la piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali e dei servizi professionali» da ottenersi «attraverso privatizzazioni su larga scala». Sul piano del lavoro si raccomanda di riformare la contrattazione aziendale «in modo da ritagliare i salari e le condizioni di lavoro alle esigenze specifiche delle aziende», mentre le norme sull'assunzione e il licenziamento, anziché essere orientate alle garanzie dei dipendenti dovrebbero supportare le politiche di settore «che siano in grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi».

Sul piano delle misure da adottare per la riduzione del *deficit*, la lettera – oltre a sollecitare la revisione del sistema previdenziale con misure recentemente scrutinate dalla Corte costituzionale, sulle quali torneremo più avanti – raccomanda l'adozione di meccanismi per cui ogni scostamento dagli obiettivi sia «compensato automaticamente con tagli orizzontali sulle spese discrezionali»[15].

È evidente, dal testo citato – vero e proprio programma di governo degli esecutivi che si sono succeduti fino ad oggi in Italia – che l'interesse perseguito coincide con quello dei gruppi finanziari detentori del debito pubblico italiano, mentre in nessun conto sono tenuti né l'interesse nazionale né i diritti sociali, sui quali anzi è scaricato il costo delle operazioni prospettate. Una simile linea d'azione può essere proposta e realizzata solo in un contesto normativo nel quale il *welfare* poggi le sue fondamenta su una base politica di consenso comune, venuta meno la quale ogni scelta sia praticabile.

Qualunque riferimento a interventi pubblici intesi alla promozione di categorie svantaggiante, o anche più generalmente ad alterare il "normale" andamento dei mercati sarebbe ritenuto in contrasto con i principi generali che regolano l'ordinamento europeo (e, si potrebbe estendere, la comunità

[15] È appena il caso di accennare, trattandosi di argomento che esula dalla presente relazione, al pressante invito che gli autori della lettera rivolgono al Governo affinché «tutte» le misure richieste «siano prese il prima possibile per decreto legge, seguito da ratifica parlamentare entro la fine di Settembre 2011», spingendosi a suggerire (oppure imporre?) «una riforma costituzionale che renda più stringenti le regole di bilancio».

Così come si deve ricordare che tutte le misure richieste sono state prontamente adottate, travolgendo il dibattito politico interno (e, a dire il vero, almeno tre Governi) senza che ad oggi i cittadini intravedano alcuno dei miglioramenti promessi.

Sulle vicende cui si è accennato v. P. De Ioanna, *Categorie economiche e vincoli giuridici: un medium cognitivo di difficile composizione tra l'ordinamento italiano e quello dell'Unione europea*, in *Il Filangieri*, quad. 2014, 125ss. spec. 131ss.; L. Landi, *«Pareggio di bilancio» oppure «equilibrio di bilancio» nella Costituzione italiana? Il riferimento all'ordinamento europeo*, ivi, 151ss., spec. 165ss.

internazionale, intesa come mercato globale): nessuno spazio rimane per un ragionamento intorno all'eguaglianza sostanziale[16].

Nel dibattito che si è svolto nell'*atelier*, sul tema della concorrenza è intervenuto Mario Gorlani, che ha sottolineato come, nelle occasioni in cui il principio è emerso nella giurisprudenza costituzionale, abbia rivelato una natura ambigua. Richiamando infatti la sent. n. 14/04 della Corte costituzionale[17], ricorda Gorlani che in ambito nazionale, pur evocato come strumento di garanzia dei soggetti deboli, il principio di libertà della concorrenza si è concretizzato quale grimaldello attraverso il quale lo Stato ha realizzato interventi di politica economica in ambiti nei quali le Regioni rivendicavano attribuzioni costituzionalmente garantite.

Si torna inoltre sulla lettera di Draghi e Trichet del 2011 per sottolineare che ormai è inadeguato un dibattito dottrinale che pretenda di concentrarsi esclusivamente sul quadro costituzionale italiano, in particolare ove si vogliano affrontare temi quali quelli in discussione: nessuna soluzione può essere proposta prescindendo dal livello della normativa europea.

Tatiana Guarnier[18] ha sollevato due questioni. In primo luogo, in riferimento alle garanzie della libera concorrenza, si nota come le tutele per il soggetto debole siano soltanto riflesse rispetto ai fini perseguiti dalla materia. Inoltre, la disciplina in vigore si pone esclusivamente il problema delle garanzie dei soggetti che operano sul mercato, lasciando sullo sfondo il tema, altrettanto importante, dei soggetti che intendano entrare su un mercato già affollato. Anche qui si osserva che la posizione del soggetto debole – il *newcomer* – ottiene garanzie solo marginali. Eppure, proprio le teorie del mercato come sede della *fair competition* dovrebbero trovare nella certezza dell'accesso alla competizione un punto di forza.

Guarnier segnala un ulteriore elemento degno di nota: la normativa dell'Unione Europea ha costruito non solo uno spazio di mercato tra impre-

[16] Per una riflessione sulla dimensione europea del fenomeno, partendo dalla lettura di P. Rosanvallon, *La società degli eguali cit.*, v. E. Zaniboni, *Verso «il grande rovesciamento»? Una riflessione sulla parabola del principio di eguaglianza in Italia e in Europa*, in http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini21-Zaniboni.pdf.

[17] Sulla quale si v. L. Cassetti, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it; R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it; F. Pizzetti, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, ibidem; M. Barbero, *Materie trasversali e federalismo fiscale: il caso della tutela della concorrenza - Brevi considerazioni critiche a margine di Corte Cost. 14/2004*, in www.amministrazioneincammino.it.

Per una ricostruzione più ampia sul tema v. C. Pinelli, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in RivistaAIC, 1/2014.

[18] Alcune delle riflessioni svolte dall'A. nel dibattito sono contenute in T. Guarnier, *Libertà di iniziativa economica privata e libera concorrenza*, in corso di pubblicazione negli *Studi in memoria di Paolo Cavaleri*, spec. nel §3, pp. 5ss. del *paper*.

se private, ma ha anche posto gli stessi stati in competizione tra loro, stimolando una corsa al ribasso delle prestazioni sociali che sfocia, nonostante le dichiarazioni in senso opposto, in una sorta di *social dumping*. Ne consegue la difficoltà che gli stati incontrano qualora intendano uscire dal ristretto paradigma regolatorio delle politiche anticoncorrenziali. In altri termini, attraverso la normativa posta a difesa della libertà di concorrenza si è ottenuto il risultato di disabilitare, in sostanza, gli strumenti statali che consentono la realizzazione sia dei diritti sociali che delle politiche di *welfare*.

Di fronte a tali modifiche del quadro normativo di riferimento il legislatore statale e il giudice delle leggi sono in condizioni di estrema debolezza.

La legge istitutiva dell'autorità garante della concorrenza e del mercato è un esempio illuminante in tal senso. Essa infatti rinvia all'ordinamento europeo, senza preoccuparsi né di armonizzarne le disposizioni con i principi costituzionali, né di porre paletti al pieno espandersi delle competenze europee. Parimenti, la legge recepisce la delimitazione delle competenze alla funzione di garanzia esercitata dall'autorità esclusivamente con riferimento all'ambito nazionale, lasciando le funzioni di garanzia più rilevanti alle istanze continentali. Poiché il controllo giurisdizionale si modella sulle scelte legislative, da queste deriva la marginalizzazione del controllo giudiziario a livello statale.

Marco Giampieretti[19] è intervenuto sul punto affermando che la concorrenza dovrebbe essere non tanto libera, quanto orientata costituzionalmente, dunque ammessa e regolata in funzione della tutela di altri valori. A suo avviso la concorrenza non può essere intesa come un valore autonomo, ma solo come principio strumentale alla tutela della libertà d'impresa e – contestualmente anziché in funzione subordinata e riflessa – dei diritti del consumatore.

Un altro aspetto sul quale il dibattito si è concentrato è quello della connessione tra costo dei diritti, equilibri di bilancio e "costo" delle sentenze, tema sul quale ormai da decenni si confrontano i costituzionalisti[20]. Non è il caso di riprendere qui temi ampiamente esplorati, quali la funzione dell'art. 81, Cost., che, nel testo attualmente vigente, è ben più restrittivo, riguardo alle possibilità di aggravi di spesa pubblica, di quanto non fosse il dettato originario[21]. D'altronde già la riflessione dottrinale e la giurisprudenza costitu-

[19] Si rinvia, per una riflessione più compiuta, alle considerazioni svolte dall'A. nella relazione introduttiva: M. Giampieretti, *Dis-eguaglianza e mercato*, in questo volume.

[20] Si segnala almeno, come momento significativo del confronto tra le posizioni dottrinali, il seminario organizzato dalla Corte costituzionale l'8 e il 9 novembre 1991, i cui atti possono leggersi in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993.

[21] Si ricorda che il procedimento di revisione costituzionale sul punto si è avviato prontamente dopo la citata lettera del 5 agosto 2011, seguita per quanto riguarda l'intera Unione, dall'emanazione di un atto normativo, la direttiva 2011/85/UE del Consiglio dell'8 novembre

zionale formatesi sul testo originario erano giunte a circoscrivere le occasioni nelle quali l'eguaglianza potesse essere realizzata (o ripristinata) attraverso operazioni che implicassero incrementi della spesa pubblica.

Né si può ripercorrere la discussione, connessa per molti versi a quella appena richiamata, sul contenuto e i limiti della discrezionalità legislativa, e sulle sue interrelazioni con il tema della discrezionalità del giudice (di legittimità costituzionale).

Eppure, il tema confina con quello del quale ci occupiamo, poiché implica e richiede una riflessione sul ruolo del giudice delle leggi nel sindacare (non tanto i livelli in assoluto, quanto) le modalità di intervento del legislatore a garanzia dei diritti "che costano". Così, nel dibattito dell'*atelier*, vi è stato chi (Scagliarini[22]) ha segnalato la recente tendenza della Corte, evidente nella sent. n. 10 e ancora nella sent. n. 70 di quest'anno, a inserire nel bilanciamento le preoccupazioni per le possibili ripercussioni delle proprie decisioni sull'equilibrio finanziario complessivo. Anche il tema della delimitazione temporale delle decisioni di accoglimento è oggetto di riflessione dottrinale da decenni[23]; rispetto ad essa, e limitandoci agli aspetti che qui interessano, possiamo solo osservare che l'ultima innovazione della giurisprudenza costituzionale, piuttosto che risolvere il problema del bilanciamento degli interessi inserendo la necessaria considerazione delle implicazioni finanziarie, segnala l'inadeguatezza – o almeno l'adeguatezza solo parziale – degli strumenti a disposizione degli organi giurisdizionali allorché questi rilevino una scelta scorretta in ordine alla allocazione delle risorse. È il caso della sent. n. 10/15 ove, una volta accertato che «[i]l divieto di traslazione degli oneri sui prezzi al consumo risulta difficilmente assoggettabile a controlli efficaci, atti a garantire che non sia eluso»[24], la Corte costruisce un "proprio" bilanciamento degli interessi, nel quale sono salvaguardati il principio di proporzionalità di

2011. Mentre la direttiva impone genericamente l'adeguamento del quadro normativo statale agli obiettivi in essa fissati, la lettera fa espresso riferimento a modifiche costituzionali.

Sono significativi i tempi di approvazione: l'esame della proposta di revisione inizia in commissione alla Camera il 5 ottobre 2011 e si conclude con l'approvazione definitiva il 17 aprile 2012, con il voto favorevole di 235 senatori su 280 votanti (alla Camera erano stati 489 su 492).

Con le leggi n. 114, n. 115 e n. 116 del 23 luglio 2012 si è infine ratificato il trattato c.d. "*fiscal compact*", al cui art. 3, § 2, si prevede l'adozione da parte degli stati contraenti di «disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio» al fine di garantire il raggiungimento degli obiettivi di stabilità.

[22] S. Scagliarini, *Oneri contributivi e pareggio di bilancio (ovvero, della dis-eguaglianza tollerabile)*, in questo volume.

[23] Per un inquadramento generale si v. *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento ad esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto a Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989.

[24] Corte cost., sent. n. 10/15, *Considerato in diritto*, § 6.5.3.

cui all'art. 53 Cost., «sia pure solo *pro futuro*»[25], e l'interesse pubblico all'equilibrio dei conti dello Stato, tutelato nella fattispecie dalla limitazione degli effetti temporali della declaratoria di illegittimità costituzionale.

L'innovazione è giustificata dalla Corte con l'affermazione della necessità di una tutela sistemica e non frazionata dei valori costituzionali. Sarebbe dunque la pretesa di una garanzia complessiva, in grado di rifuggire dalle angustie dell'incidentalità (ma forse, ancor più, dalla natura stessa di una tutela che si realizza nelle forme del giudizio), a giustificare l'espansione dei parametri e dei poteri decisionali. È però in questa circostanza che si misura l'inadeguatezza dei poteri del giudice delle leggi, persino nel momento in cui, forzando il testo della Costituzione stessa, si appropria di prerogative che non gli sono state mai espressamente conferite. Il primo – e più evidente – elemento è la riconferma della piena discrezionalità del legislatore, confermata anche in una circostanza, come la presente, in cui si annulla la legge: alla *pars destruens* non si affianca, né potrebbe essere altrimenti, alcun limite né orientamento alla futura potestà impositiva[26]. Rimane dunque impregiudicata tutta la problematica relativa alla sostanziale impossibilità per la Corte di sanzionare, nell'ambito della tutela dei diritti sociali, le omissioni legislative, in particolare le omissioni di imposizione tributaria.

Resta inoltre fuori dal bilanciamento, nel caso in esame, l'interesse del consumatore, poiché si è osservato che su di esso, in modo incontrollabile e incontrollato, si possono scaricare – e si sono scaricati – gli oneri tributari di cui si è dichiarata l'illegittimità costituzionale. In sintesi: il legislatore detta una disposizione irragionevole, che produce effetti lesivi sul destinatario; la Corte rileva che la denunciata irragionevolezza consiste – almeno in parte – nella possibilità per il destinatario di sottrarsi all'imposizione riversandone gli effetti sui consumatori e annulla (*pro futuro*) la disposizione. L'illegittima imposizione è rimossa, gli effetti lesivi sul consumatore, se ci sono stati, non sono oggetto nemmeno di ulteriori riflessioni: il contraente debole si rivela una "vittima collaterale" della legge impugnata, non meritevole di garanzie perché i suoi diritti giacciono oltre l'orizzonte che delimita il giudizio sulla legge.

Il passaggio successivo consiste per la Corte nello svincolarsi dai limiti del processo per giudicare componendo direttamente i valori in gioco: ciò che sembra essere accaduto prima timidamente con la sent. n. 70/15 e poi, in modo dichiarato, nella n. 178/15. Qui infatti la Corte opera una dupli-

[25] Ivi, § 7.

[26] Si potrebbe anzi osservare che, anche nelle ipotesi in cui la motivazione pretende di delimitare le future scelte legislative, è frequente che il seguito legislativo si discosti dagli indirizzi formulati dalla Corte. Pare essere questo il caso della sent. n. 70/15, sulla quale v. le acute osservazioni di M. Esposito, *Il decreto-legge in-attuativo della sent. n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in Osservatorio AIC, maggio 2015, http://www.osservatorioaic.it/download/9cfitRDz0GuxcVG2kl5i0xEzd-_Os79lJR4-KtqbsoM/esposito-22015-.pdf.

ce scissione del giudizio. In primo luogo rigetta le censure fondate sull'art. 36 Cost., accogliendo però alcuni rilievi incentrati sull'art. 39 Cost. Come è stato puntualmente osservato[27], la libertà sindacale di cui si è accertata la lesione ha carattere strumentale rispetto alla tutela dei livelli retributivi, che nel giudizio è stata espressamente subordinata alla garanzia degli equilibri finanziari. Perché, dunque, dovrebbe essere prevalente la tutela della libertà strumentale rispetto a quella del diritto sostanziale? Si potrebbe maliziosamente osservare che la prima garantisce solo la contrattazione, lasciandone impregiudicati gli esiti, mentre una pronuncia di accoglimento ancorata alla effettiva garanzia della adeguatezza retributiva avrebbe avuto un diverso impatto, ponendo vincoli ben più stringenti alle future iniziative legislative.

La seconda scissione incide ancora una volta sugli effetti temporali, poiché la sentenza ritiene che l'incostituzionalità non fosse originaria, ma al contrario sopravvenuta al mutare degli elementi di contorno. Senonché è stato già osservato che, essendo rimasti immutati i parametri costituzionali di riferimento, né potendo certamente dirsi superata la crisi economica posta a fondamento dell'atto impugnato, l'unico elemento intercorso è il mero scorrere del tempo, che in sé non è sufficiente a trasformare una norma non illegittima (posto che tale sia) in una incostituzionale. Ma qui sembra essere il risultato perseguito (la delimitazione degli effetti nel tempo) a condizionare l'argomentazione, e non – come sarebbe auspicabile – il contrario.

È in ogni caso difficile negare che, pur nel contesto attuale che vede dispiegarsi l'inedito attivismo della Corte, la struttura stessa del controllo di costituzionalità, più che le modalità della sua attuazione, rende possibile annullare le scelte legislative allorché se ne ravvisi l'irragionevolezza, ma lascia pienamente indeterminato il seguito delle sentenze di accoglimento, mentre la tutela dei soggetti lesi dalle disposizioni illegittime è del tutto eventuale.

Più in generale, dal complesso delle decisioni ricordate pare stagliarsi una nuova lettura del principio dell'equilibrio finanziario quale "superprincipio" in grado di condizionare, da solo, sia la produzione legislativa che l'interpretazione costituzionale[28]. Del resto già all'indomani della sent. n. 10/15 au-

[27] Così A. Ruggeri, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi*, in http://www.questionegiustizia.it.; M. Mocchegiani, *La tecnica decisoria della sentenza 178 del 2015: dubbi e perplessità*, in www.forumcostituzionale.it.

[28] Così I. Ciolli, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in www.forumcostituzionale.it, secondo la quale «[l]a Corte […] propone una rivoluzione copernicana che la vede protagonista di un bilanciamento […]che oscilla tra quello eguale (nel quale l'equilibrio di bilancio e le esigenze finanziarie non rappresentano più un mero limite esterno al bilanciamento, ma si misurano alla pari con gli altri principi e diritti costituzionali ) e quello diseguale ma "inverso", in cui a prevalere è proprio l'art. 81 Cost.

S. Scagliarini, *Oneri contributivi cit.*, legge diversamente la sent. n. 178/15, affermando che la Corte in qualche misura "corregga il tiro" rispetto all'immediato precedente della sent. n., limitando la portata del vincolo del pareggio di bilancio alla sua capacità di imporre «un

torevole dottrina ha sottolineato che «[i]l principio di equilibrio di bilancio è estratto dunque dalle norme che presidiano il processo legislativo e elevato ad un principio fondamentale che s'impone sempre e comunque come limite dei diritti fondamentali, anche senza l'interposizione del legislatore»[29].

Si tratta però di un superprincipio in cui l'apparenza prevale nettamente sulla sostanza, ove si consideri che non è ancorato ad alcun dato predefinito, trattandosi della risultante di poste di bilancio mutevoli nel tempo e soggette a loro volta a variazioni prevedibili solo in termini generali. A sua volta l'equilibrio di cui si postula l'inviolabilità è frutto di scelte politiche (quanto e chi tassare? A quali settori destinare i frutti dell'imposizione? Dove e come allocare i "tagli"?) la cui completa sottrazione al controllo di legittimità costituzionale non può – appunto in linea di *principio* – essere postulata, pena l'irrilevanza del controllo stesso.

Nel dibattito dell'*atelier* si sono confrontati punti di vista almeno in parte divergenti, non tanto sulla giurisprudenza, quanto sulla funzione dell'art. 81 Cost.

Giampieretti ha preferito ricordare il suo carattere strumentale, dovendosi leggere alla luce dei fini che il disegno costituzionale impone di perseguire. Barbara Pezzini, nello stesso senso, lo considera strumento di indirizzo delle politiche pubbliche, destinato a riflettersi in ogni ambito di intervento, purché sia assunto quale criterio di azione, anziché valore meritevole di entrare nel bilanciamento e suscettibile di contrapposizione ad altri principi costituzionali, di cui sia invocata la tutela davanti alla Corte.

Losana ha invece segnalato che almeno una tra le possibili interpretazioni di tale disposizione si presta ad una sua assunzione nel novero – non degli strumenti – ma dei fini costituzionalmente imposti: il principio dell'equilibrio finanziario è anche garanzia di equità intergenerazionale, come tale dotato di portata limitatrice dei diritti riconosciuti, in nome della loro salvaguardia futura. Il rispetto attuale dei vincoli di bilancio sarebbe pertanto elemento indefettibile della garanzia di esistenza futura dei diritti costituzionalmente garantiti.

Mario Gorlani riconduce però la discussione intorno ad una delle questioni dalle quali era partita questa relazione: la connessione tra la dimensione europea e quella statale delle politiche sociali. L'unica prospettiva praticabile di garanzia dei diritti sociali sarebbe infatti quella continentale. Ne conseguirebbe la crescente irrilevanza dell'ancoraggio di questi alle carte co-

sacrificio che, per quantità (e cioè la durata limitata) e qualità (e cioè la sua entità), appaia tollerabile (e perciò ragionevole), dovendosi sempre fare salvo almeno il nucleo essenziale delle situazioni soggettive coinvolte, attraverso un bilanciamento che, anche se configurato come paritario, non privilegia però mai per intero i vincoli finanziari».

[29] R. Bin, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in www.forumcostituzionale.it.

stituzionali degli stati membri. L'osservazione rinvia però, in primo luogo, all'incerta collocazione di tali diritti nel dibattito dottrinale e nell'evoluzione giurisprudenziale dell'Unione. È infatti prevalente, ad oggi, sulla base delle stesse disposizioni della Carta dei diritti, il loro declassamento ad oggetti di politiche specifiche (nonché determinate dalle contingenze, prima fra tutte quella finanziaria) sia dell'Unione, sia degli stati membri. Alcuni degli interventi hanno seguito l'indicazione di Gorlani prospettando, come conseguenza dello spostamento del baricentro degli interventi sociali presso l'Unione, il trasferimento – e l'unificazione – in tale sede anche delle politiche di imposizione tributaria. Non sembra però che – al momento – tale cambiamento di prospettiva possa configurarsi come una soluzione del problema. Provando a immaginare che la garanzia dei diritti sociali sia destinata a trasferirsi in capo all'Unione Europea, e che per il finanziamento delle politiche sociali anche l'imposizione fiscale segua lo stesso itinerario, dovremmo anche immaginare la riscrittura (in termini si spera meno vaghi degli attuali) della Carta e dei Trattati per quanto riguarda i diritti in questione, alla quale dovrebbe far seguito la riscrittura delle costituzioni degli stati membri, anche, se non soprattutto, per la parte che fonda ciascun sistema tributario. Il tema sottinteso è in realtà quello sul quale si è già infranto il primo tentativo di approvare un Costituzione per l'Europa, quello della sovranità popolare. Non è infatti possibile ignorare che la correlazione fra prelievo fiscale e destinazione dei tributi è uno degli snodi principali nella costruzione dello stato democratico.

Barbara Pezzini ha segnalato l'assenza di ogni riferimento alla tematica di genere dalle relazioni. Eppure, a suo avviso, la matrice classica della disuguaglianza risiede nel rapporto uomo-donna. La costruzione di un sistema di prelievo fiscale dovrebbe partire dalla considerazione delle posizioni di disparità di potere, approdando a una ridefinizione delle categorie della diseguaglianza. Un'operazione che volesse affrontare i nodi della diseguale distribuzione delle risorse, proponendosi la loro riallocazione, necessiterebbe di una riflessione trasversale rispetto agli ambiti disciplinari, coinvolgendo ad esempio anche il pensiero economico e filosofico; rispetto ad essi, al giurista resterebbe il compito importante di riconsiderare i concetti di capacità contributiva e di progressività al fine di proporre strumenti più convincenti di quelli attualmente in uso.

La prospettiva dell'analisi della diseguaglianza in campo economico rende inoltre necessario ripensare la ragionevolezza, che si è allontanata dalla matrice dell'egualitarismo per divenire uno strumento di controllo troppo spesso autoreferenziale in occasione del sindacato sulle scelte legislative.

Marco Giampieretti è intervenuto ricordando l'esempio della sent. n. 109/93[30] e indicando come l'intervento legislativo a sostegno delle categorie

[30] Sulla quale v. A. Anzon, *L'additività di principio nei giudizi in principale*, in *Giur. Cost*., 1993, 890 ss.; M. Ainis, *L'eccezione e la sua regola*, ivi, 891 ss.

storicamente svantaggiate ponga la Corte costituzionale, nell'esercizio del suo sindacato, di fronte al rischio di apparire schierata a favore di una lettura partigiana della Costituzione. Da una simile modalità di esercizio del controllo di costituzionalità uscirebbe rafforzata solo la discrezionalità legislativa. Una possibile alternativa potrebbe trovarsi nella indicazione di autorevole dottrina secondo cui la Corte dovrebbe procedere ad un controllo che si estenda ai costi della diseguaglianza[31], recuperando il senso di una interpretazione costituzionale sistematica. Su un piano più ampio possono essere richiamate le riflessioni di Krugman e Stieglitz sulla necessità di inserire anche il mercato, con i suoi elementi critici, nel bilanciamento.

Riprendendo il tema della legislazione di settore, Paolo Bonetti è intervenuto per proporre una riflessione sul ruolo negativo svolto dal giudice delle leggi in relazione al trattamento fiscale della famiglia. A suo avviso, la comparazione con la giurisprudenza costituzionale tedesca è impietoso: se dal nostro versante si assiste a sentenze-monito puntualmente disattese, dall'altro il BVerfG ha adottato una tecnica – consistente nello stabilire precisi fattori da tenere in considerazione e parametri di valutazione del "seguito" – ben più efficace. Altri esempi si potrebbero fare, come nel caso della prescrizione costituzionale relativa alla gratuità dell'istruzione obbligatoria, rimasta sostanzialmente inattuata. Gli inadempimenti del legislatore hanno dato luogo ad una violazione del dettato costituzionale di fronte alla quale, non solo la giurisprudenza sarebbe debole, ma la stessa dottrina manifesterebbe la propria acquiescenza.

Matteo Losana[32] ha ripreso alcuni punti della sua relazione, concentrandosi sul tema della definizione della capacità contributiva, a partire dalla necessaria connessione non (sol)tanto con il reddito o il patrimonio, ma prima di tutto con la definizione costituzionale delle finalità pubbliche, dalle quali discendono le funzioni pubbliche al cui assolvimento è destinato il prelievo fiscale. Nel giudizio di costituzionalità si rivelano però, spesso, insufficienti le informazioni disponibili per determinare l'esatta dimensione delle risorse

[31] Oltre a richiamare J.E. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza, cit.*, si possono ricordare qui le parole di L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2013, 10: «L'altra faccia di una supposta libertà di allocazione - la libertà di sottrarre i fondi a settori della vita sociale cui la Costituzione ha dato rilievo primario e attribuito ai cittadini diritti fondamentali definiti 'inviolabili' (art. 2) - ne rende evidente l'insostenibilità. Che senso avrebbe la Costituzione con i suoi principi se fossero lasciati al pieno arbitrio del legislatore, libero di seguire i dettami della Costituzione o di discostarsene? Il sistema intero ne risulterebbe travolto: innegabile è la circolarità dei diritti, la loro connessione strettissima, la reciproca dipendenza sempre sottolineate da dottrina e giurisprudenza. Non si può pensare ad una libertà 'non controllabile'»

[32] Si rinvia per l'inquadramento generale a M. Losana, *Diseguaglianze e obblighi contributivi*, in questo volume.

intorno alla cui allocazione si controverte. L'ampliamento dei poteri istruttori della Corte, più volte auspicato, presenterebbe anche rischi oltre agli intuibili vantaggi. La ricostruzione in sede giudiziaria delle scelte di bilancio potrebbe infatti diventare l'anticamera della sostituzione della Corte al legislatore nella elaborazione di tali scelte.

Roberta Lugarà[33] ha collegato il tema della diseguaglianza ad un classico diritto di prima generazione, quello alla tutela giurisdizionale dei diritti, concentrandosi in particolare sulla connessione tra obblighi contributivi e processo amministrativo. Il suo intervento, partendo dalla constatazione degli elevati oneri connessi alla proposizione di un ricorso innanzi al giudice amministrativo in seguito all'introduzione del contributo unificato e osservando la moltiplicazione dei contributi in presenza di atti ulteriori rispetto a quello introduttivo, si interroga sull'influenza di tale meccanismo sull'effettività del diritto ad agire in giudizio. L'elevata onerosità del contributo e la sua moltiplicazione nel corso dello stesso procedimento, in relazione agli atti depositati, sono suscettibili secondo Lugarà di violare sia le disposizioni dell'Unione in materia di ricorsi contro le decisioni sull'aggiudicazione degli appalti (direttiva 2004/18/CE), sia gli artt. 3, 24 e 111 Cost., trattandosi di un ostacolo alla tutela giurisdizionale dei diritti non ragionevolmente connesso con esigenze di corretto funzionamento della macchina giudiziaria.

[33] Le osservazioni svolte nel dibattito sono sviluppate in R. Lugarà, *Dis-eguaglianza e obblighi contributivi: il caso del contributo unificato nel processo amministrativo*, in questo volume.

RELAZIONE DI SINTESI DELLA III SESSIONE

# DIS-EGUAGLIANZA E ART. 3 DELLA COSTITUZIONE. SINTESI DI UN DIBATTITO

Giuseppe Verde

**1.** Le considerazioni che seguono cercano di rappresentare i contenuti salienti del dibattito sollecitato dalle relazioni svolte nella terza sessione del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" dedicato al tema de "La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale" (Università degli Studi del Molise – giugno 2015).

Nel corso della terza sessione – presieduta da Lorenza Violini – sono state presentate due relazioni: Michele Massa ha affrontato il tema della *Dis-eguaglianza e condizioni personali*, Anna Lorenzetti quello della *Dis-egualgianza e disabilità*. Muovendo da questi due contributi si è svolto un dibattito che ha ripreso parte delle considerazioni ascoltate in sede di introduzione dei lavori congressuali, e ha poi ulteriormente sviluppato alcune delle matrici delle due relazioni della terza sessione

Le finalità scientifiche del convegno sono ben rappresentate dal termine "dis-eguaglianza" che ha consentito di ritornare a ragionare sull'art. 3 della Costituzione, non per evidenziare le tensioni che scaturiscono dal rapporto fra i due commi della disposizione costituzionale, ma per cogliere nel principio costituzionale di uguaglianza la strada attraverso la quale si costruisce un ordinamento costituzionale che vede proprio nell'art. 3 della Costituzione un principio costituzionale la cui attuazione non può esaurirsi né in una logica egalitaria, che alla fine produrrebbe nuove e più gravi sacche di ingiustizia, né in una prospettiva che affida al mercato e alle sue dinamiche la composizione delle aspirazioni di giustizia sociale e redistribuzione delle ricchezze avvertite nella società.

In questa prospettiva tanto le parole di Gaetano Azzariti che di Lorenza Violini hanno spinto noi tutti a considerare quale sia il tasso di differenziazione ammissibile nel nostro ordinamento costituzionale, e a considerare che alcune sacche di diseguaglianza sono tollerate almeno fino a quando l'ordinamento non reagisce prospettando una nuova e diversa composizione degli interessi, nella quale il principio di uguaglianza riafferma pienamente la sua valenza normativa.

L'approccio metodologico che predilige lo studio della giurisprudenza costituzionale applicato al tema delle dis-eguaglianze ammesse o tollerate, consente di ricostruire le modalità attraverso le quali l'ordinamento e la società italiana si sono evolute; parimenti è utile prendere consapevolezza che fino al momento nel quale non avviene la reazione giurisprudenziale alla dis-eguaglianza, il principio di cui all'art. 3 della Costituzione è leso dalla decisione dei pubblici poteri che ha prodotto dis-eguaglianza. Ancora una volta, è l'oriz-

zonte della giustizia e della giustizia costituzionale l'ambito nel quale si realizza la composizione di quelle istanze di cambiamento e innovazione veicolate attraverso l'art. 3 della Costituzione. In questo senso merita di essere subito ricordato l'intervento – nel gruppo di lavoro dedicato alla terza sessione – di Michele Della Morte; si tratta, infatti, di un contributo grazie al quale è stato possibile cogliere i nessi tra le relazioni della sessione e i lavori congressuali, e ciò perché ha richiamato l'attenzione sulla necessità che le differenze/diseguaglianza trovino un ordine o una composizione attraverso l'art. 3, ancora una volta richiamato come principio cardine dell'ordinamento costituzionale.

**2.** Nella relazione di Michele Massa su *Dis-eguaglianza e condizioni personali*, l'autore è concentrato sulla giurisprudenza costituzionale che muovendo da singole domande di giustizia elabora le sue risposte riconducendole alla clausola delle "condizioni personali e sociali" di cui all'art 3 della Costituzione. Ciò consente di definire un "campionario" o un "taccuino" di fattispecie nelle quali il legislatore ha dato (o meglio non ha dato) rilievo alle condizioni personali. Sebbene il contributo sia costruito intorno alla giurisprudenza costituzionale, si segnala e si apprezza anche per le aperture che la relazione qui in discussione offre al dibattito scientifico. Il richiamo alle tesi di Westen, è accompagnato da un riferimento opportuno alle prospettive di studi suggerite da Bobbio, Scarpelli, Sunstein, Gianformaggio.

Prospettive culturali e ricostruzione giurisprudenziale hanno uno sbocco concreto nella terza parte della relazione nella quale l'Autore "appunta" alcune "impressioni" o forse meglio dire formula alcune indirizzi ricostruttivi.

Così si afferma che l'uguaglianza "non è un principio neutrale", non è "un principio oggettivo", non è "un principio generale", non è "un principio astratto" e non può considerarsi "un principio egalitario". Emerge così una ricostruzione nella quale residuano dei problemi la cui soluzione non passa attraverso l'applicazione giudiziaria della Costituzione. La definizione dei problemi connessi con l'uguaglianza e la ricerca delle possibili soluzioni "è una sfida perenne, che richiede un processo di intelligenza collettiva organico, corale, aperto".

3. La relazione di Anna Lorenzetti su *Dis-egualgianza e disabilità* richiama l'attenzione su un tema molto delicato perché connesso con una particolare condizione personale riconducibile all'art. 3 della Costituzione. Il primo problema che il contributo affronta è quello di rintracciare una definizione giuridica della disabilità. L'ordinamento costituzionale – diversamente da quanto previsto a livello sovrannazionale – prende atto della disabilità attraverso la previsione dell'art. 38 Cost.; poi esistono leggi che immaginano "strumenti rimediali finalizzati a rispristinare una parità di chance o di opportunità, anche per le persone disabili", quindi esistono leggi che in qualche

modo si occupano della disabilità nel momento nel quale definiscono i diritti delle persone portatrici di un handicap o disabili. Il problema è qui capire quali finalità si prefiggano tali strumenti rimediali cui si è fatto cenno. Si aprono due prospettive: la prima assume la disabilità da un punto di vista medico come situazione oggetto di cura o assistenza; la seconda offre della disabilità una lettura di "matrice sociale" così i rimedi ipotizzabili dovranno consistere in iniziative che "promuovano l'inclusione e l'integrazione della persona disabile e della sua disabilità nell'ambito del contesto sociale e della collettività che la accoglie". È chiaro che la *prospettiva medica* e la *prospettiva sociale* individuano soggetti diversi con cui confrontarsi: gli operatori sanitari e i pubblici poteri (*prospettiva medica*), anche la collettività e terzi che avranno un rapporto con la persona disabile (*prospettiva sociale*). Nella relazione della Lorenzetti non mancano i riferimenti giurisprudenziali grazie ai quali è possibile comprendere concretamente quale sia l'impegno quotidiano per rimuovere le diseguaglianze, e si propone una lettura del "principio di uguaglianza in chiave antisubordinazione", lettura grazie alla quale la disabilità verrebbe vista in una prospettiva nuova.

**4.** Nel *gruppo di lavoro* tutti gli intervenuti hanno manifestato un approccio adesivo alle relazioni di Massa e Lorenzetti, apprezzandone il metodo e le conclusioni avanzate. Pertanto il dibattito ha offerto spunti riconducibili alla valenza da attribuire al principio di uguaglianza.

Vi è stato chi ha richiamato l'art. 3 della Costituzione per sottolineare che il discutere oggi di uguaglianza/diseguaglianza/differenze/discriminazioni, rinvia al Titolo III della Carta costituzionale e ci ricorda che la costruzione di una società più giusta passa anche attraverso le scelte di politica economica le quali imporrebbero una riflessione pure sul tema del controllo sociale della produzione industriale. Ecco allora che emerge un collegamento con il secondo comma dell'art. 3 che postula un cambiamento della nostra società e immagina che l'ordinamento costituzionale superi le diseguaglianze, attraverso un impegno costante dei pubblici poteri. Su questa linea le relazioni hanno avuto il merito di evidenziare il contributo giurisprudenziale ai temi trattati, anche se, per quel che riguarda soprattutto la giurisprudenza costituzionale, appare preponderante il riferimento alla tecnica decisoria del bilanciamento che – come è noto – costituisce una delle possibili chiavi di lettura dell'art. 3 della Costituzione. L'ansia per il superamento delle diseguaglianze e per una società più giusta, sollecita una certa insoddisfazione per la giurisprudenza costituzionale nella misura nella quale in essa il principio di uguaglianza appare destinato a operare sul piano del bilanciamento dei diritti e degli interessi. È questa la prospettiva che spinge per una riflessione sull'attuazione dell'art. 3 che passi soprattutto dall'azione di tutti i pubblici poteri.

Il richiamo all'azione dei pubblici poteri muove dal convincimento che la giurisprudenza costituzionale abbia un ruolo decisivo: essa esprime la reazione

dell'ordinamento a quelle sacche di diseguaglianza che ancora oggi impediscono al principio di uguaglianza di manifestare tutta la sua *vis* normativa. Se quindi il dibattito registra un richiamo a considerare la Corte costituzionale come uno dei soggetti da cui dipende l'attuazione costituzionale, tale prospettiva è stata da me colta non in termini dispregiativi rispetto a una costante evoluzione giurisprudenziale che ha segnato il destino delle libertà fondamentali nel nostro paese.

Sostanzialmente diversa appare la finalità di un altro contributo al dibattito a detta del quale le relazioni di Massa e Lorenzetti ci consegnano una serie di fattispecie caratterizzate dal tema della risarcibilità di diritti e interessi. Così la giurisprudenza costituzionale è vista come "paradigma" di tali situazioni soggettive, determinando nei fatti un ordine costituzionale "a trazione giurisprudenziale". La conclusione è che se l'attuazione costituzionale è affidata solo al contributo del giudice delle leggi, si svilisce il carattere normativo della Carta fondamentale. Quest'ultimo passaggio forse merita una più attenta valutazione del contributo della giustizia costituzionale allo sviluppo della società italiana, che io ritengo sia stato (e continua a essere) fondamentale e profetico. Fondamentale perché la giurisprudenza costituzionale ha definito lo *status* costituzionale delle libertà fondamentali, fugando dubbi e riserve che approcci interpretativi più timidi e conservatori avevano sostenuto. Ancora il Giudice delle leggi ha anche colto le linee di evoluzione complessiva del nostro ordinamento in sintonia con i principi e i valori del costituzionalismo del secondo dopoguerra. Il che certo non significa che l'unica interpretazione/attuazione del principio di uguaglianza sia oggi quella che proviene dalla giurisprudenza costituzionale. Gli esiti del controllo di costituzionalità dovrebbero essere studiati come il parametro alla stregua del quale gli altri pubblici poteri dovrebbero valutare gli effetti delle proprie decisioni attuative dell'art. 3 della Costituzione.

Proprio quest'ultima indicazione è presente in altri interventi che hanno colto nei contributi in discussione la definizione di un modello sociale della disabilità che passa attraverso la previsione legislativa statale di molte "categorie" di cittadini che usufruiscono di prestazioni differenziate, alle quali dobbiamo ancora aggiungere le differenziazioni presenti nella legislazione regionale. Questa eccessiva attenzione al particolare alimenta il dubbio di come si possa affidare al secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, il compito di eliminare le diseguaglianze.

5. La rappresentazione del dibattito promosso dalle relazioni di Massa e Lorenzetti non contempla l'eventualità di considerazioni conclusive.

Va ricordato che il gruppo di lavoro che ha approfondito i sopracitati contributi ha in più passaggi apprezzato le due relazioni: i due giovani e valenti studiosi hanno informato, hanno sollecitato la riflessione, hanno con chiarez-

za esposto il loro punto di vista, hanno risposto alle considerazioni critiche dei partecipanti impegnandosi a recepire le osservazioni nei propri studi.

In generale ritengo che il Convegno del 2015 del "Gruppo di Pisa" abbia consentito un avanzamento complessivo della riflessione costituzionalistica su un tema importante e delicato. L'approccio metodologico che privilegia lo studio della giurisprudenza costituzionale, si conferma ancora una volta utile. Si registra un superamento di temi ai quali la scienza costituzionalistica ha giustamente dedicato pagine importati: né le relazioni, né gli interventi hanno avvertito il bisogno di ritornare sul rapporto dialettico fra i due commi dell'art. 3 della Costituzione; preponderante è stato l'interesse a valutare l'effettiva valenza costituzionale del principio di uguaglianza.

Il dibattito ha poi richiamato il tema dell'attuazione e interpretazione del testo costituzionale. Questo è a mio modo di vedere l'ambito per il quale si avverte il bisogno che la riflessione sul tema delle diseguaglianze si riannodi con gli studi sui modelli interpretativi della Costituzione. Quest'ultima visuale credo emerga dalla riflessione svolta dal gruppo di lavoro a partire proprio dalle relazioni di Massa e Lorenzetti.

RELAZIONE DI SINTESI DELLA IV SESSIONE

# DISEGUAGLIANZA, IDENTITÀ CULTTURALE, PRATICHE RELIGIOSE

Quirino Camerlengo

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Uno sguardo al multiculturalismo. – 3. Il test culturale e la sua "costituzionalizzazione". – 4. La dimensione giuridica del problema della diseguaglianza per ragioni culturali e religiose. – 5. Alla ricerca delle coordinate costituzionali. – 6. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Osserva Charles Taylor che le società contemporanee stanno diventando sempre più multiculturali, «e nello stesso tempo più porose»: esse «sono più aperte alle migrazioni mutlinazionali, [giacché] sono più numerosi i loro membri che vivono la vita della diaspora e hanno il proprio centro altrove»[1]. Al multiculturalismo sono ascrivibili i tentativi di costruire una teoria in grado di fornire una risposta di ordine ai tanti e variegati problemi posti non solo dalla globalizzazione, ma anche dal rinnovato vigore sprigionato dalle ideologie nazionaliste e identitarie. Il multiculturalismo discende dalla coesistenza, all'interno della stessa società, di un numero di consistenti gruppi culturali che desiderano e che, in linea di principio, sono in grado di conservare la loro identità. Si suppone che ogni individuo sia «culturally embedded» nel senso che nasce e vive in un contesto culturalmente orientato e organizza la propria esistenza conformandosi a determinati ideali culturali.

Il fattore culturale, in una società pluralista, può divenire la causa di deroghe al principio di eguaglianza formale. La relazione di Ilenia Ruggiu, così ricca di casi che riguardano aspetti essenziali della vita delle persone, ha bene messo in evidenza l'estrema varietà di occasioni concrete di diseguaglianze dettate dall'adesione ad una determinata "cultura".

La stessa Ruggiu ha correttamente osservato che questa tipologia di diseguaglianza è entrata di recente nel panorama giurisprudenziale italiano. Piccole, ma rumorose deflagrazioni dell'elemento culturale hanno provocato nella nostra struttura ordinamentale inedite crepe che hanno sollecitato sforzi di manutenzione di una certa consistenza da parte soprattutto delle autorità giurisdizionali.

[1] C. Taylor, *Multiculturalism and the "The Politics of Recognition"*, Pricenton, 1992, trad. it., *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano, 1993, 89 s.

Non così, invece, per il fattore religioso, che con la cultura condivide la comune attitudine a suggerire o imporre modelli di comportamento sulla base di credenze, di valori, di orientamenti radicati nelle tradizioni, talvolta millenarie, di gruppi più o meno numerosi. Come ha opportunamente dimostrato Andrea Lollo, le disparità di trattamento accettate in nome del credo religioso hanno avuto più tempo per sedimentare. Il consolidamento di prassi legislative e giurisprudenziali è stato del resto favorito dalla puntuale previsione in Costituzione del fattore religioso.

L'evocazione della "cultura", quale ragione giustificativa di deroghe al canone generale dell'eguaglianza formale, cela in sé non poche insidie ed incognite. Quando un insieme di convincimenti ideali e di princìpi radicati nella tradizione di un gruppo può considerarsi "cultura" a fini giuridicamente rilevanti ? Quando un insieme di persone può considerarsi esso stesso un gruppo "culturalmente orientato" ? Ilenia Ruggiu ci ha ricordato che l'antropologia offre oltre seicento definizioni di "cultura". Nel contempo, diverse sono le stesse accezioni di "cultura" recepite nei testi costituzionali. In campo religioso affiorano non dissimili problematiche, a cominciare – come ha rammentato Andrea Lollo – dalla stessa identificazione di un insieme di precetti, di credenze, di riti quali "religioni". Il caso di *Scientology*, qualche annofa, e, oggi, il *Flying Spaghetti Monsterism* o *Pastafarianism* sono paradigmatici.

Dal punto di vista sociologico, il tasso di diseguaglianza accettabile dipende da quanto una società voglia essere multiculturale. Dal punto di vista giuridico, l'interrogativo da porsi è il seguente, anche alla luce dell'intervento di Silvio Troilo in atelier: qual è il *tasso di diseguaglianza costituzionalmente sostenibile in relazione al fattore culturale e a quello religioso ?*

## 2. Uno sguardo al multiculturalismo

Intervenendo in atelier, Gladio Gemma ha sostenuto che non sussista, sul piano giuridico, alcun problema di multiculturalismo. Ciò che, al contrario, rileva è il riconoscimento di un diritto generale di libertà, religiosa e culturale, come tale suscettibile di essere circoscritto dai tradizionali limiti già individuati in occasione della stesura della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: specifici interessi pubblici e le altrui libertà.

Un approccio più problematico, però, sollecita una qualche attenzione, sia pure solo sfiorando il dibattito in corso, sulle plurime versioni del multiculturalismo[2].

[2] Nella trattazione di questi profili sono ampiamente in debito con C. Nardocci, *Le discriminazioni etnico-razziali nel sistema multilivello di tutela dei diritti*, tesi di dottorato di ricerca in Diritto costituzionale, XXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Milano (coordinatrice Prof.ssa L. Violini, tutor Prof.ssa M.E. D'Amico).

Le posizioni favorevoli ovvero ostili al multiculturalismo rispecchiano grosso modo il confronto dialettico tra comunitarismo e, rispettivamente, liberalismo.

Grazie a Ermanno Vitale è possibile identificare i tre elementi che definiscono l'edificio liberale: il fondamento filosofico dell'individualismo, alimentato dalla prospettiva del *self-interest*; la separazione delle sfere economica e politica; la residualità della politica stessa, nel senso dapprima evocato di assegnazione alle istituzioni di un ruolo minimo di presidio dell'integrità dei consociati[3].

Il comunitarismo (Taylor, Sandel e MacIntyre) abbraccia l'idea della comunità come aggregato che non è la mera somma degli individui che lo compongono. Attraverso le tradizioni consolidate nel tempo, i valori, gli ideali, i momenti culturali di condivisione di un comune destino, la comunità riesce in qualche modo a condizionare le aspirazioni e gli interessi individuali. Mentre il liberalismo confida sulle capacità di autodeterminazione dei singoli, il comunitarismo revoca in dubbio tale fiducia rimarcando l'incidenza del contesto sociale in cui ogni individuo vive ed opera.

Al liberalismo i comunitaristi contestano l'esasperazione dell'individualismo, visto che i fattori sociali ambientali possono ostacolare l'azione del singolo come artefice e *dominus* del proprio destino. I comunitaristi denunciano, altresì, l'enfasi riposta sulla ragione strumentale e il rischio del sopraggiungere di una sorta di dispotismo mite ad opera dei gruppi egemoni.

Il più autorevole esponente del comunitarismo, Charles Taylor, ha tracciato un percorso teorico del multiculturalismo dal quale non si può prescindere ove si decida di avvicinarsi a questo tema.

L'approccio tayloriano al multiculturalismo prende le mosse dalla considerazione della domanda di riconoscimento espressa dai gruppi minoritari. Egli sottolinea il nesso inscindibile tra riconoscimento e identità individuale, come somma delle caratteristiche che rendono un soggetto irripetibile e unico. L'identità è spesso plasmata dal mancato riconoscimento o da una percezione distorta che gli altri hanno di un determinato individuo: «il non riconoscimento o misconoscimento può danneggiare, può essere una forma di oppressione che imprigiona una persona in un modo di vivere falso, distorto e impoverito»[4]. E questa forma di oppressione si accompagna ad un processo di interiorizzazione del misconoscimento che conduce alla emersione di gruppi minoritari: basti pensare ai neri, alle donne, alle popolazioni indigene.

Il confronto tra la politica della dignità e la politica della differenza è il perno intorno al quale ruota la costruzione teorica di Taylor. L'elemento di discrimine tra queste due politiche rispecchia due diversi modi di intendere l'eguaglianza. Secondo la politica della dignità è necessario trattare tutti allo

[3] E. Vitale, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Roma-Bari, 2000, 9.

[4] C. Taylor, *op. cit.*, 42.

stesso modo. Secondo la politica della differenza, occorre trattare in modo diverso (dunque, non eguale), situazioni che si rivelano in realtà differenti. La politica della dignità universale lotta per forme di non discriminazione del tutto "cieche" ai modi in cui i consociati si distinguono tra di loro. Dal canto suo, la politica della differenza ridefinisce spesso la non discriminazione come un qualcosa che impone di fare di queste distinzioni la base di un trattamento differenziato. In breve, la politica della dignità reclama la parità di trattamento, laddove la politica della differenza dimostra che il principio di eguaglianza è violato ove casi diversi siano trattati allo stesso modo.

Ancora. La politica della dignità riposa sull'idea che tutti gli esseri umani siano ugualmente degni di rispetto. Il valore su cui poggia tale politica è quello della «potenzialità umana universale», grazie alla quale ogni persona può contare sull'altrui rispetto. Anche la politica della differenza ha alla sua base una potenzialità universale, ossia quella di formare e definire la propria identità, non solo come individuo ma anche come cultura. Tuttavia, in un contesto multiculturale è emersa la domanda di eguale rispetto per tutte le culture che si sono formate. La politica della differenza, dunque, richiede che non ci si fermi a constatare la potenzialità universale, ma che ci si spinga a riconoscere ciò che da questa potenzialità è di fatto scaturito, in termini appunto di una pluralità di culture.

Will Kymlicka, dal canto suo, ha tentato di smussare le rigidità delle costruzioni più radicali del comunitarismo, senza però abbandonare l'idea di una speciale attenzione da prestare alle istanze collettive espresse dai gruppi minoritari[5]. Kymlicka sostiene che, in realtà, il contrasto tra liberalismo e comunitarismo sia soltanto semantico. Le distanze tra i due approcci sono meno profonde di quanto propugnano i relativi sostenitori. Il liberalismo erra quando esalta l'individualismo astratto. Il comunitarismo sbaglia, dal canto suo, quando finisce coll'alludere ad un paternalismo di Stato proteso ad imporre determinati stili di vita. Egli propugna la "cittadinanza multiculturale" quale risposta in grado di contemperare l'anelito liberale alla preservazione delle sfere individuali di libertà e la necessità di proteggere i gruppi minoritari dal rischio di assimilazione all'interno del gruppo egemone. L'autodeterminazione individuale è l'esito di un percorso che si rivela fortemente influenzato dal contesto sociale di appartenenza. La cittadinanza multiculturale sollecita una profonda revisione della rappresentanza attraverso l'introduzione di inediti meccanismi: in questo senso sono destinate a svilupparsi forme di rappresentanza speculare o di gruppo o di autogoverno. L'arricchimento delle forme di rappresentanza è la premessa per l'elaborazione di politiche di sostegno a favore dei gruppi minoritari.

La postmodernità, più che la globalizzazione, ha immesso nelle società occidentali elementi di disorientamento. Tali società sono sempre più fre-

[5] W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1995, trad. it., *Cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999.

quentate e vissute da quelli che Michael Walzer definisce «stranieri culturali», ossia persone che rivendicano il riconoscimento della propria alterità rispetto agli altri. In un contesto attraversato dalla perdita di identità culturali definite, la soluzione più congeniale è la pratica della tolleranza, quale antidoto alla forza centrifuga esercitata dal multiculturalismo e quale condizione per garantire un modello più efficiente di democrazia[6].

Il consenso procedurale di Habermas è una strategia che, alimentata dall'agire comunicativo, mira a neutralizzare le culture dal punto di vista politico e a ricondurre pienamente sotto il dominio del diritto le relazioni intersoggettive. Habermas sollecita un ritorno convinto alla Costituzione, ossia a quel patriottismo costituzionale destinato ad assurgere a collante dell'intera comunità, quale fattore di aggregazione intorno a princìpi fondamentali condivisi, e non a orientamenti etici espressivi di una particolare forma di vita culturale dominante all'interno della società. Invero, «nelle società multiculturali, la Costituzione di uno stato di diritto può tollerare soltanto forme di vita che si articolano nel *medium* di queste tradizioni non fondamentalistiche, giacché la convivenza giuridicamente equiparata di queste forme di vita presuppone che le diverse appartenenze culturali si riconoscano reciprocamente»[7].

La critica liberale al multiculturalismo è racchiusa nelle parole di Giovanni Sartori[8].

Il ragionamento critico edificato da Sartori prende avvio dal confronto tra due concetti – pluralismo e multiculturalismo – che sovente sono accostati. Limitandosi a descrivere una situazione di fatto che connota le società più sviluppate, il multiculturalismo non entra in rotta di collisione con il pluralismo. Ove invece il multiculturalismo venga assunto quale valore, allora il rapporto tra i due concetti diviene conflittuale. Se una società è multiculturale, il pluralismo recepisce tale struttura. Ma se non lo è, al pluralismo non si può chiedere di contribuire a rendere la società eterogenea dal punto di vista culturale. Secondo Sartori, «il pluralismo difende ma anche frena la diversità»[9]. Il pluralismo, infatti, raccomanda quel tanto di assimilazione che consente l'integrazione. In questo modo, il pluralismo non si riconosce in una diversificazione crescente. La società pluralistica deve «equilibrare molteplicità con coesione, spinte laceranti con tenuta d'insieme»[10].

Per Sartori, il multiculturalismo assunto come valore, riposa su basi marxiste. I suoi sostenitori hanno abbandonato la lotta di classe per sostituirla

[6] M. Walzer, *On Toleration*, New Haven-London, 1997, trad. it., *Sulla tolleranza*, Roma-Bari, 1998.

[7] J. Habermas, *Lotta di riconoscimento nello Stato democratico di diritto*, in J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 2008, 93.

[8] G. Sartori, *Pluralismo multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multietnica*, nuova ed., Milano, 2002.

[9] Id., 56.

[10] Id., 57.

con una nuova teoria contro il gruppo sociale dominante. Questa teoria, negando il pluralismo, finisce col produrre frammentazione, disaggregazione e non unione. Se gli Stati Uniti avessero solcato il percorso tracciato dal multiculturalismo, oggi non sarebbero una unione, bensì uno Stato assimilabile ai paesi balcanici[11]. Dunque, «il pluralismo si dispiega come una società aperta variegata da appartenenze multiple, mentre il multiculturalismo configura lo spezzettamento della comunità pluralistica in sottoinsiemi di comunità chiuse e omogenee»[12].

Sartori si sofferma, poi, sul rapporto tra il multiculturalismo e le azioni positive. Le *affirmative actions* servono a eguagliare i punti di partenza per poi ripristinare la cecità alle differenze (*difference blindness*). Quindi, l'obiettivo è ripristinare in pieno l'eguaglianza formale dei cittadini indifferenziati. Il multiculturalismo va oltre, cioè verso il cittadino differenziato e, dunque, verso uno Stato sensibile alle differenze (*difference sensitive*). In estrema sintesi: nel primo caso, discriminare per controdiscriminare, nel secondo caso discriminare per differenziare. Il vero problema è, quindi, l'individuazione delle differenze rilevanti, ossia di quelle differenze che giustificano l'adozione di misure di sostegno quali appunto le azioni positive. Secondo Sartori, non esiste un criterio oggettivo. Sono rilevanti le differenze fatte valere da chi esercita una forte pressione sull'opinione pubblica. Le differenze rilevanti dipendono, quindi, dai concreti rapporti di forza in seno alla società e da come questi sono recepiti ad assecondati dagli attori politici, veri protagonisti, nei processi decisionali, delle determinazioni volte a discriminare per rimuovere condizioni di svantaggio.

In atelier, Laura Ronchetti ha invitato ad affrancarsi dal multiculturalismo, accedendo ad una rielaborazione del concetto di pluralismo considerato in chiave partecipativa. Nella sua accezione dinamica, il pluralismo – insiste Ronchetti – non può non tener conto del fatto che ogni singolo individuo manifesta le proprie specificità culturali e religiose in maniera diversificata a seconda del contesto in cui, di volta in volta, egli opera.

### 3. Il test culturale e la sua "costituzionalizzazione"

La relazione di Ilenia Ruggiu culmina nella presentazione di un "test culturale", ossia «un modo per procedimentalizzare l'iter argomentativo del giudice, una sorta di guida, per tappe obbligate verso la decisione, che incorpora alcuni standard antropologici dentro il processo mettendoli in dialogo con le caratteristiche proprie del ragionamento *more juridico* e che, più in generale, aspira a rendere certi i passaggi argomentativi da affrontare».

[11] Id., 58.
[12] Id., 111.

In atelier Elisa Olivito ha enumerato i rischi associati alla traslazione di un meccanismo giudiziale, quale il test, che è attecchito in sistemi processuali alquanto differenti dal nostro. Nondimeno, vale la pena assecondare la proposta di Ilenia Ruggiu.

Questo test è intriso di ragionevolezza. È la trasposizione intelligente e razionale di elementi ricavati da una attenta osservazione della prassi giurisprudenziale. Come ogni test giudiziale, esso aspira ad evitare divergenti giudizi in ordine ad analoghe o sovrapponibili fattispecie. È una forma di autolimitazione del potere giurisdizionale preordinata a garantire un attendibile livello di certezza del diritto, in termini di ragionevole prevedibilità delle pronunce.

Questo suggerimento, però, deve essere "costituzionalizzato". Mi spiego meglio. Il test culturale proposto da Ilenia Ruggiu deve essere calato nel quadro costituzionale, affinché la sua credibilità, intesa come ragionevole conformazione della funzione giurisdizionale, sia completata da una puntuale collocazione nel sistema costituzionale.

La ragione è semplice. Il test mira a definire una linea di confine tra ciò che è lecito, in nome del fattore culturale, e ciò che non lo è. O meglio. Tra ciò che, in virtù del principio di eguaglianza formale, *sarebbe illecito*, dal momento che la norma che si assume violata è indirizzata alla generalità dei consociati, e ciò che *diviene lecito* ammettendo una eccezione al suddetto principio, in forza appunto del fattore culturale o religioso.

L'eguaglianza formale, che entra in tensione a causa del fattore culturale, è attecchita da tempo nel terreno costituzionale. La sua puntuale configurazione non può, quindi, sottrarsi alla forza attrattiva esercitata dagli elementi che compongono, nel loro complesso, il sistema costituzionale. Si pensi, ad esempio, alle azioni positive. Esse introducono deroghe all'eguaglianza formale, giustificate però dal chiaro vincolo di risultato enunciato nel secondo comma dell'art. 3 della Costituzione. In breve. Il tasso di diseguaglianza sostenibile, in nome del fattore culturale, non può che essere ricercato all'interno del sistema costituzionale. Ed in effetti, appare corretto parlare di diseguaglianza costituzionalmente sostenibile. Il test proposto da Ilenia Ruggiu diventa così un meccanismo giurisprudenziale di inveramento di tale diseguaglianza.

Ora, nel caso delle disparità di trattamento ascrivibili al fattore religioso, la ricognizione del dettato costituzionale può contare, come bene ha illustrato Andrea Lollo, in decenni di legislazione e di giurisprudenza, innanzitutto costituzionale. Ancor prima, la determinazione del tasso di diseguaglianza costituzionalmente sostenibile può giovarsi della presenza di espliciti e pertinenti enunciati che nella Carta fondamentale definiscono, in maniera sufficientemente precisa, il regime basilare della libertà religiosa, sia individuale che collettiva, e dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose.

Quanto al fattore culturale, la ricognizione di tale tasso è resa complicata dalla assenza di disposizioni che espressamente vi facciano riferimento. In ef-

fetti, l'art. 6 della Costituzione contempla un segmento circoscritto della nozione generale di "cultura" riferendosi alle minoranze linguistiche. Dal canto suo, il successivo art. 9 eleva a bene costituzionalmente protetto la cultura, intesa però come insieme di conoscenze scientifiche e artistiche che costituiscono per l'appunto il patrimonio culturale dell'intera nazione. Semmai, da queste due previsioni si può ricavare un certo *favor* verso beni immateriali (la lingua, la cultura come prima intesa) che rappresentano un elemento centrale nell'identità dello Stato italiano.

Occorre, quindi, compiere uno sforzo ulteriore, interrogando i princìpi fondamentali, anche inespressi, per identificare le coordinate costituzionali entro le quali collocare la ricerca del tasso di diseguaglianza costituzionalmente sostenibile.

## 4. La dimensione giuridica del problema della diseguaglianza per ragioni culturali e religiose

La *plural composition* degli Stati pone un problema di diseguaglianza.

In una società caratterizzata dalla convivenza di una moltitudine variegata di gruppi culturalmente orientati, l'eguale trattamento di tutti davanti alla legge smarrisce la propria base empirica.

Per affrontare questi problemi, e dunque per tentare di verificare i margini di costituzionale sostenibilità di diseguaglianze basate sul fattore culturale e religioso occorre:

1) soffermarsi sulla nozione di gruppo minoritario;
2) individuare le diverse modalità di interazione tra il gruppo dominante e i gruppi di minoranza;
3) riflettere sulla nozione di discriminazione;
4) indugiare sul tema dell'intricato rapporto tra diritti collettivi e diritti individuali.

Preliminare a questa disamina è un problema di delimitazione alquanto dibattuto in atelier, vale a dire la ricerca del confine (se c'è) tra "cultura" e "religione".

In effetti, dal raffronto tra le due relazioni di Ilenia Ruggiu e di Andrea Lollo emerge chiaramente la disparità di trattamento tra i comportamenti "devianti" posti in essere in nome dell'appartenenza ad un "credo culturale" ovvero, rispettivamente, ad un "credo religioso". Nel secondo caso si riscontra una più diffusa inclinazione delle autorità giurisdizionali a riconoscere le specificità del vincolo confessionale: si pensi, in particolare, ai processi penali e al riconoscimento, a favore dell'imputato, di attenuanti se non addirittura di vere e proprie scriminanti. Più in generale, Nicola Grasso, citando il noto caso del crocefisso, ha evidenziato i rischi associati ad una difficile e sfuggente comprensione del divario che intercorre tra fenomeno culturale e fenomento religioso.

Al riguardo Claudio Panzera (e in parte anche Paolo Bonetti), ha osservato come, innanzitutto, il fattore religioso, diversamente dalla afferenza culturale, sia in grado di condizionare in maniera più incisiva le determinazioni volitive degli individui. In effetto, coinvolgendo il rapporto con la Divinità, la religione penetra nella più profonda sfera intima delle persone, la coscienza. Nel caso della cultura, invece, appare più spiccato il legame con il gruppo di appartenenza. A questo ordine di riflessioni, Ilenia Ruggiu ha replicato osservando che anche nel caso delle confessioni religiose maggiormente e più stabilmente organizzate la relazione con il gruppo assume un peso considerevole, se non addirittura decisivo.

Quanto, poi, alla identificazione dei gruppi religiosi, nell'atelier è emersa una contrapposizione tra chi, come Daniela Bifulco, ha sostenuto che uno Stato autenticamente laico deve riconoscere l'autoqualificazione posta in essere dai diversi gruppi e chi, come Silvio Troilo, mosso dalla preoccupazione di derive iperpersonalistiche, ha affermato che lo Stato, attraverso le proprie istituzioni politiche e giudiziarie, non può esimersi dal compito di fissare requisiti minimi affinché una compagine sociale possa qualificarsi "religiosa", con tutte le conseguenze – collettive e individuali – a ciò associate.

Premesso ciò, una relazione di sintesi non è certo la sede più appropriata per scandagliare in profondità gli aspetti preliminari cui alludevo. Mi limiterò, quindi, ad alcune considerazioni.

1) *Sulla nozione di minoranza e di gruppo minoritario*. – Secondo Wirth, per minoranza s'intende un aggregato di persone che, in ragione di caratteristiche fisiche o culturali, è separato dagli altri nella società in cui esse vivono per un differente e ineguale trattamento, e che pertanto si considerano oggetto di discriminazione collettiva[13]. Secondo Capotorti, la minoranza è un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di un dato Stato, i cui membri – cittadini dello stesso Stato – sono in possesso di caratteristiche etniche, religiose o linguistiche diverse da quelle del resto della popolazione. I membri del gruppo minoritario palesano, anche solo per comportamenti concludenti, un senso di solidarietà diretto alla conservazione della loro cultura, tradizioni, religione o lingua[14]. Dal canto suo, Pizzorusso individua, quali fattori di identificazione di una minoranza, lo stato permanente delle discriminazioni a danno del gruppo e dei suoi componenti e la capacità del gruppo stesso di influenzare i comportamenti dei propri membri in maniera apprezzabile. Altri fattori rilevanti sono quelli etnici, linguistici, religiosi[15].

[13] L. Wirth, *The Problem of Minority Groups*, in R. Linton (ed.), *The Science of Man in the World Crisis*, New York, 1945, 347.

[14] F. Capotorti, *Minorities*, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, VIII, Amsterdam, 1985, 385 ss.

[15] A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, 47 ss.

2) *Sui diversi modelli di interazione tra gruppo egemone e minoranze*. – La grande dicotomia è quella che intercorre tra l'*assimilazionismo*, ossia il graduale avvicinamento tra gruppi sociali che sfocia nella loro omogeneizzazione, ed il *pluralismo*, che invece preserva le differenze e incoraggia le specificità.

Più precisamente, con l'assimilazionismo si assiste alla progressiva erosione delle frontiere che delimitano gli spazi vitali dei diversi gruppi. L'obiettivo finale è l'edificazione di una società monolitica dal punto di vista culturale attraverso la negazione radicale della differenza.

Quanto al modello pluralista, che favorisce ed incentiva la preservazione dei codici identitari e la costruzione di società culturalmente poliedriche, si suole distinguere tra pluralismo culturale, inteso come la convivenza pacifica di una molteplicità di sistemi culturali, e pluralismo strutturale, che ricorre allorquando la diversità culturale conduce alla creazione di più comunità che riflettono, al loro interno, la struttura istituzionale del gruppo dominante.

Nella oscillazione tra un modello e l'altro gioca un ruolo non marginale l'atteggiamento assunto dal gruppo minoritario. Ebbene, ancora Wirth ha identificato quattro tipologie di minoranze: innanzitutto, la minoranza *pluralistic*, che aspira al mantenimento delle proprie specificità culturali e che invoca la tolleranza delle medesime da parte del gruppo egemone; in secondo luogo, la minoranza *assimilationist*, che invece confida nell'essere assorbita nel gruppo dominante; ancora, la minoranza *secessionist*, che persegue l'obiettivo della propria indipendenza politica e culturale; infine, la minoranza *militant*, che ricorre quando il gruppo minoritario brama la conquista della supremazia in seno alla società.

Altra importante distinzione è quella teorizzata da Laponce tra *minorities by force* e *minorities by will*. Nel primo caso, i gruppi minoritari reagiscono alle discriminazioni esplorando la possibilità di una assimilazione con il gruppo dominante, nonostante l'opposizione di quest'ultimo. Questa minoranza, dunque, rivendica il diritto alla omologazione. Nel secondo caso, invece, i gruppi minoritari (si pensi soprattutto alle minoranze nazionali o autoctone) serbano la loro identità e osteggiano il gruppo dominante. Minoranza significa, quindi, diritto alla diversità[16].

Se dal rapporto tra formazioni sociali si passa alla considerazione dell'atteggiamento assunto dallo Stato nei confronti delle minoranze, si possono, grazie a Toniatti, individuare quattro modelli[17]:

- lo Stato nazionalista repressivo è pervaso da una spiccata ideologia nazionalista protesa verso la omogeneità identitaria della nazione, alimentata a sua volta dalla percezione della superiorità della razza;

[16] J.A. Laponce, *The Protection of Minorities*, Berkeley, 1960, 6 ss.

[17] R. Toniatti, *Minoranze e minoranza protette: modelli costituzionali comparati*, in T. Bonazzi, M. Dunne (a cura di), *La cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, 292 ss.

- lo Stato liberale agnostico, manifestando indifferenza rispetto alle minoranze, non si pone il problema della loro autonomia né di un loro peculiare trattamento giuridico. Dunque, asettica eguaglianza di tutti davanti alla legge;
- lo Stato nazionale a vocazione multinazionale e promozionale è proclive a riconoscere alcuni diritti ai gruppi minoritari;
- nello Stato multinazionale paritario il pluralismo delle formazioni sociali trova riscontro nel sistema istituzionale e normativo, contraddistinto anche dalla configurazione di misure di tutela paritarie.

Anche lo "Stato laico" è inquadrabile in questa tassonomia classificatoria. Sul punto, Elisa Olivito ha manifestato dubbi sulla presunta proiezione positiva, o interventista, dello Stato laico, nel senso di Stato che si ingerisce direttamente nelle relazioni tra sodalizi religiosi attraverso misure promozionali o incentivi. In effetti, così facendo si corre il rischio di espandere a dismisura il ruolo promozionale dello Stato includendo, tra i destinatari di tali misure, una pluralità eterogenea di istanze e di situazioni pur se di minima o dubbia consistenza.

Nel corso del dibattito in atelier, è emersa comunque la sensazione (Andrea Lollo, Nicola Grasso), che sia l'elemento della paura a condizionare sempre di più il rapporto tra il gruppo dominante e le diverse formazioni minoritarie.

3) *In tema di discriminazioni*. – Quando si ragiona di discriminazioni, è importante pensare a Norberto Bobbio quando scrive che il pregiudizio non è che una «opinione erronea creduta fortemente per vera»[18]. E il pregiudizio è l'ingrediente di base delle pietanze discriminatorie che hanno imbandito le tavole di tanti Stati e compagini sociali sin dagli albori dell'umanità. Come non citare Albert Einstein, al quale viene associato l'aforisma secondo cui «è più difficile disintegrare un pregiudizio che un atomo».

Si è in presenza di una discriminazione diretta quando un individuo è posto in una condizione differenziata in virtù della propria appartenenza ad un determinato gruppo etnico. È indiretta la discriminazione quando norme giuridiche, espresse in termini neutri, sortiscono uno svantaggio proporzionalmente maggiore in danno degli appartenenti ad un dato gruppo sociale. Nel caso della discriminazione multipla, una persona subisce un trattamento deteriore per più fattori o elementi soggettivi che concorrono a definirne l'identità (*intersectionality*). Il caso paradigmatico è quello della donna afro-americana. Se è incorporata nell'ordinamento giuridico, allora, come nel caso del Sudafrica dell'apartheid, si ha una discriminazione istituzionale. Quando si prescinde dalla volontà del legislatore la discriminazione è definita strutturale, riposando su fattori sociali[19].

[18] N. Bobbio, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano, 1994, 107.
[19] Cfr. S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford, 2002, 175 ss.

4) *Diritti collettivi e diritti individuali*. – Una deroga al principio di eguaglianza formale, giustificata per ragioni culturali e religiosi, non può essere un fatto esclusivamente individuale. Nel momento in cui il legislatore ordinario o il giudice configura un trattamento differenziato in virtù di tali fattori, i destinatari di tale previsione non possono che essere più individui. Il singolo non potrebbe mai evocare una propria, asserita specificità culturale per invocare condizioni di vantaggio o per esimersi da obblighi giuridici gravanti sulla generalità delle persone. Dunque, chi si avvale del trattamento differenziato lo è in quanto membro di una comunità culturalmente o religiosamente orientata.

Per preservare la propria sopravvivenza una data comunità potrebbe essere indotta a porre cogenti regole di comportamento in capo ai suoi membri o a vietare o limitare determinate condotte, tutto ciò in contrasto con l'ordinario regime valevole per la generalità dei consociati.

Affinché un gruppo possa relazionarsi giuridicamente con la comunità intera (dimensione esterna) e con i suoi membri (dimensione interna), è necessario che i suoi interessi siano riconosciuti e protetti dal diritto oggettivo. È necessario, cioè, che il gruppo sia titolare di posizioni giuridiche soggettive, diverse da quelle ordinariamente riconosciute ai suoi membri in quanto soggetti di diritto, in ipotesi opponibili allo Stato e ai componenti il gruppo stesso: i diritti collettivi.

I diritti possono essere "collettivi" in ragione del soggetto titolare (che è un ente) o dell'interesse da proteggere (*Collective Goods*). Parekh ha individuato due distinte modalità di acquisizione dei diritti collettivi: i *derivative collective rights*, vale a dire i diritti che gli individui mettono insieme o trasferiscono in capo all'ente, e i *primary collective rights*, nel caso in cui la stessa collettività sia intesa sin dall'inizio come titolare di propri diritti collettivi. Riguardo a questi ultimi l'esercizio può essere individuale o collettivo[20].

Per smussare la conflittualità tra diritti collettivi e diritti individuali, giova anche ricordare che ci sono "diritti culturali" qualificabili come diritti individuali anche se la loro ragion d'essere riposa sull'appartenenza del loro titolare ad un determinato gruppo, culturalmente orientato: si pensi, ad esempio, al diritto di indossare il chador, come bene ha sottolineato Andrea Lollo. Più in generale, la contrapposizione tra diritti collettivi e diritti individuali trascura la circostanza, oggettivamente verificabile, che la volontà di preservare le ragioni della singola comunità è in realtà preordinata a realizzare il benessere degli individui.

Dal punto di vista squisitamente giuridico, la configurazione di diritti collettivi quali situazioni giuridiche soggettive comparabili ai diritti individuali richiede di soffermarsi sulle caratteristiche, riconoscibili dal diritto og-

[20] B.C. Parekh, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Cambridge (Mass.), 2000, 213.

gettivo, dei gruppi in questione. E qui si ritorna al tema della identificazione dei gruppi di minoranza.

In atelier non è mancato chi (Daniela Bifulco) ha spostato l'attenzione sul versante dei doveri inderogabili, il cui adempimento resta la precondizione necessaria affinché possa funzionare un assetto sensibile alle differenze culturali e religiose. A Paolo Bonetti che, in particolare, ha richiamato l'attenzione sulla necessità di ribadire con forza l'eguale soggezione di tutti davanti alla legge, specie in materia penale, Ilenia Ruggiu ha replicato osservando come sia lo stesso codice penale, là dove contempla le cause di giustificazione, ad ammettere deroghe alla parità di trattamento.

## 5. Alla ricerca delle coordinate costituzionali

Ora, la cornice teorica appena abbozzata supporta, in maniera decisiva, l'opera di ricognizione dei princìpi costituzionali destinati ad operare quali coordinate entro cui collocare la ricerca del tasso di diseguaglianza costituzionalmente sostenibile per ragioni culturali e religiose.

1) Senza ombra di dubbio, il principio fondamentale che meglio interpreta le ragioni del multiculturalismo, e le traduce in elementi idonei a trovare ingresso nel sistema costituzionale, è il principio *pluralista*. Per la Corte costituzionale il pluralismo «costituisce uno dei requisiti essenziali della vita democratica» (sentenza n. 187 del 1990). Le società pluraliste sono «le società segnate dalla presenza di una varietà di gruppi sociali, portatori di interessi, ideologie e progetti differenziati ma in nessun caso così forti da porsi come esclusivi o dominanti e quindi da fornire la base materiale della sovranità statale»[21]. Quelle pluraliste sono società aperte, inclini a riconoscere le differenze e a valorizzarle, quali punti di forza e qualità da sfruttare ai fini del progresso della comunità stessa. Il modello pluralista allude ad «una società composta da più gruppi o centri di potere, anche in conflitto fra loro, ai quali è assegnata la funzione di limitare, controllare, contrastare, al limite di eliminare, il centro di potere dominante identificato storicamente con lo Stato»[22]. Secondo Pinelli, il pluralismo «non solo ammette in linea di principio i conflitti che fondano e alimentano una società aperta, ma dispone di una varietà di istituzioni e circuiti decisionali utili a canalizzarli, a contemperarli reciprocamente, a trasformarne la natura o ad assorbirli nel tempo, senza scaricarne l'impatto su un solo punto del sistema»[23]. In una società pluralista

[21] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 9.

[22] N. Bobbio, voce *Pluralismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1990, 815.

[23] C. Pinelli, *Forme di Stato e forme di governo*, Napoli, 2006, 309.

non v'è spazio per l'assimilazionismo delle culture minori all'interno della cultura espressa dal gruppo dominante. Al contrario, la pari dignità di tutte le componenti culturali e religiose presenti in seno alla società impone processi di reciproco riconoscimento e accettazione.

2) Coltivando i valori culturali del gruppo di appartenenza, il singolo consociato esprime appieno la propria personalità. In effetti, l'autorealizzazione passa anche attraverso l'assunzione di comportamenti e di scelte conformi al retaggio culturale nel quale ogni persona si riconosce. Una omogeneizzazione drastica, che rinnega ogni forma di differenziazione rispetto alla generalità delle persone, confligge con la ricerca della propria identità, quale premessa indefettibile per l'affermazione individuale. Pertanto, anche il principio *personalista*, consacrato nell'art. 2 della Costituzione, concorre a legittimare eccezioni all'eguaglianza formale per ragioni di ordine culturale. Come ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale, il principio personalista «pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana» (sentenza n. 167 del 1999). Del resto, l'intuizione kantiana – la persona non come mezzo al servizio del potere, ma come fine in sé dell'azione delle istituzioni – è ormai condivisa pressoché unanimemente dalla dottrina costituzionalistica: per tutti, valgono le parole di Onida secondo cui «non la persona è per lo Stato (…), ma lo Stato è per la persona»[24].

3) La sensibilità delle istituzioni rispetto al fattore culturale può essere interpretata come una delle strategie da mettere in campo per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono al pieno sviluppo della personalità e alla effettiva partecipazione alla vita comunitaria. Il divario che impedisce o riduce le pari opportunità dei singoli non dipende solo da una iniqua distribuzione della ricchezza. L'eguaglianza nei punti di partenza è compromessa anche da "riserve" culturali o religiose che finiscono coll'emarginare coloro che non si riconoscono nel "pensiero" dominante. La messa in opera di azioni positive volte a salvaguardare le differenze culturali, nei termini di misure anche finanziarie di sostegno o di dergohe al regime generale, va esattamente in questa direzione. Dunque, anche il principio di *eguaglianza sostanziale*, come inteso dalla unanime dottrina e dal giudice delle leggi e come ha in questa occasione intuito anche Nicola Grasso, illumina il percorso costituzionale della dis-eguaglianza per ragioni culturali e religiose.

4) Il principio di *solidarietà* è stato evocato dalla Corte costituzionale «come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dalla Co-

[24] V. Onida, *Le Costituzioni. I princìpi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. I) Diritto pubblico generale*, V ed., Bologna, 1997, 100.

stituzione» (sentenza n. 75 del 1992). Il riconoscimento giuridico della diversità, che si traduce in diseguaglianze a favore della persona appartenente ad un gruppo minoritario, contribuisce a rafforzare la coesione sociale. Il giudice delle leggi ha statuito che il principio di solidarietà impone «la collaborazione per conseguire essenziali beni comuni» (sentenza n. 500 del 1993). In questo senso appare condivisibile l'osservazione di Emanuele Rossi secondo cui il principio di solidarietà svolge «una funzione di integrazione sociale e contribuisce perciò a garantire un minimo livello di omogeneità nella compagine sociale, ancorché pluralista e frammentata»[25]. La coesione attraverso una ragionevole ed equilibrata combinazione di regimi generali di applicazione uniforme del diritto e di diseguaglianze costituzionalmente sostenibili, diviene un elemento di stabilità dell'ordinamento avverso gli antagonismi sociali determinati da divari non tollerati: da quei divari, cioè, che conducono dritto all'esclusione e all'emarginazione. Così inteso, il principio solidaristico contiene la forza espansiva della diseguaglianza culturale, nella misura strettamente necessaria a favorire un processo di aggregazione intorno a generali princìpi comuni, senza con ciò alimentare fenomeni di assimilazionismo. Invero, come ha ricordato Luciani, la coesione sociale «non è mai un dato acquisito, ma una difficile e delicata conquista»[26]. Riconoscere le diseguaglianza motivate dal fattore culturale, in chiave solidaristica, significa riconoscere dignità alla differenza, pur nella consapevolezza che una disinvolta azione di deroga all'eguaglianza formale può condurre alla lacerazione del tessuto sociale.

## 6. Conclusioni

Se abbiniamo cultura e religione, quali essenziali fattori identificativi di compagini sociali, allora un approccio giuridico al multiculturalismo, quale metodologia corretta per l'analisi delle diseguaglianze qui considerate, può fondarsi sullo stretto rapporto che lega diritto e cultura. Come costituzionalisti (e lo ha espresso bene Nicola Grasso nel nostro atelier), il pensiero va immediatamente a Häberle secondo cui la Costituzione appartiene al genere della cultura, essendo essa stessa un processo culturale. La legge fondamentale è «condizione di sviluppo culturale di un popolo». Ogni cultura si atteggia a confronto e scambio fra tradizione, innovazione e pluralismo. Anche la

[25] E. Rossi, *Commento all'art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 55.

[26] M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al Convegno annuale AIC su *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, tenutosi a Torino il 28 ottobre 2011, nel sito dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, 73.

Costituzione riflette un processo dinamico che aggrega elementi tratti dalla tradizione ed elementi ricavati dal confronto tra culture diversificate nel tempo e nello spazio. La Costituzione è specchio dell'innovazione, in quanto esprime il livello di avanzamento e di progresso di una data società. Essa non è solo il prodotto dell'opera posta in essere da tecnici e politici, essendo plasmata e alimentata dai processi culturali in atto in seno alla comunità[27].

Il diritto all'identità culturale ha attecchito nel terreno fecondato dal pluralismo. Esso evoca l'idea della persona come destinataria di tutela giuridica non solo come singolo individuo, ma anche e soprattutto come parte di un gruppo che si pone quale formazione sociale intermedia tra lo Stato e i singoli consociati. Gli stessi ordinamenti giuridici acquisiscono una forma (sempre in divenire, nonostante una tendenziale stabilità intorno a princìpi fondamentali) che riflette l'intreccio di culture differenti. Abbandonate le originarie conflittualità, queste differenze si ricompongono dando vita ad un equilibrio da cui dipende la vitalità e la permanenza nel tempo dell'ordinamento .

L'interazione reciproca tra culture è una costante nella storia dell'umanità. È impossibile individuare un patrimonio culturale insensibile ai condizionamenti prodotti da altre culture, così forte da rimanere immutato nel tempo, privo di contaminazioni. La cultura non è una entità statica, come tale destinata a cristallizzarsi senza subire alterazioni più o meno profonde per effetto di elementi esogeni. La cultura è, piuttosto, un processo che parte da alcuni elementi identitari, per poi acquisire dinamicamente configurazioni e contenuti nuovi. La cultura è rappresentabile come una struttura poliedrica che si sviluppa a partire da un nocciolo duro, e che si arricchisce progressivamente attraverso il contatto con altre strutture culturali. Lo scambio di esperienze e di valori esistenziali è nella natura dell'uomo, sempre che se ne riconosca la sua attitudine a operare quale individuo sociale, quale consociato appunto. E le culture sono il prodotto delle azioni umane, come tali sensibili e aperte al confronto con altre culture. Solo una malintesa interpretazione dei processi legati alla globalizzazione radicalizza le identità degli individui, dei gruppi, e, dunque, delle etnie, delle formazioni religiose, delle compagini nazionali. La diluizione dei confini dovrebbe, piuttosto, accentuare la fluidità delle identità, incentivando lo scambio e la negoziazione e promuovendo, così, un autentico pluralismo culturale.

[27] P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, 1982, trad. it., *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001, 33. Sulla Costituzione come componente della cultura v. anche S. Choudhry, *Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies*, in Ead. (ed.), *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accomodation ?*, Oxford-New York, 2008, 3 ss.

# CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

# PER UN NUOVO PARADIGMA GIURIDICO DELL'EGUAGLIANZA

Sandro Staiano

Sommario: 1. Eguaglianza, diseguaglianza, dis-eguaglianza. – 2. Il dato costituzionale e i suoi paradigmi interpretativi. – 3. La «grande dicotomia». – 4. Il ritorno della diseguaglianza come ideologia o come problema. – 5. Eguaglianza e diritti, eguaglianza e doveri – 6. Quale diseguaglianza, quali politiche. – 7. Un nuovo paradigma dell'eguaglianza: il compito della comunità dei giuristi.

## 1. Eguaglianza, diseguaglianza, dis-eguaglianza

Si è scelto di incentrare la nostra discussione sulla «dis-eguaglianza» e sulla «diseguaglianza», piuttosto che sull'«eguaglianza», plausibilmente volendo condurre un discorso sulla possibilità (e, ideologicamente, sulla desiderabilità) dell'eguaglianza come fine dell'azione dei pubblici poteri e come valore costituzionalmente protetto da affermare e conseguire, dunque di trattare la diseguaglianza come un disvalore da correggere e, programmaticamente, da sopprimere.

Il nostro incontro è dedicato alla «dis-eguaglianza», ma non tutti i contributi hanno adoperato il lemma in tale composizione, con il trattino di unione-separazione. Dalle relazioni in cui la distinzione lessicale è stata considerata espressamente (Ilaria Ruggiu e Michele Massa[1]) si può ricavare che la dizione «dis-eguaglianza» si debba riferire ai trattamenti giuridici differenziati, mentre la dizione «diseguaglianza» abbia riguardo alle differenze di fatto non contrastate (o prima che vengano contrastate) dal diritto. Mentre del lemma «diseguaglianza» si possa compiere – e invero anche qui è stato compiuto – un uso generico e promiscuo, riferito sia alle differenze di trattamento giuridico sia alle differenze di fatto.

La distinzione lessicale – «diseguaglianza»/«dis-eguaglianza» – è conforme allo schema concettuale dell'art. 3 Cost., che è regola, più che sull'identità, sulla diversità: poiché l'eguaglianza è davanti alla legge, la legge è doverosamente dis-eguale per poter affermare la «pari dignità sociale» con riferimento alle condizioni elencate. Conforme allo schema costituzionale è anche l'articolazione del discorso con riferimento a ciascuna di tali condizioni.

[1] Rispettivamente: *Dis-eguaglianza e identità culturale* e *Diseguaglianza e condizioni personali. Una polemica sull'eguaglianza*.

## 2. Il dato costituzionale e i suoi paradigmi interpretativi

È conforme allo schema costituzionale, nella sua originaria configurazione letterale, ma lo deve trascendere secondo due linee di distacco.

La prima: l'art. 3 è nel contesto sistematico della Costituzione ed è assoggettato a relazioni di integrazione e bilanciamento in cui può risultare cedente, su un terreno assai accidentato, ove incontra la garanzia di diritti e l'imposizione di doveri, specie con riferimento non a singole leggi, ma a corpi di legislazione (si pensi alle conclusioni radicalmente diverse cui può condurre la considerazione dell'art. 53, c. 1, Cost., come fonte di un principio «autonomo» di capacità contributiva o invece come specificazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza). L'opera di integrazione-bilanciamento è compiuta dalla Corte costituzionale: il parametro stesso è a formazione largamente giurisprudenziale.

La seconda, che corrisponde a dinamiche ancora più intense e a mutamenti più radicali: il processo storico – in cui il tema dell'eguaglianza ha assunto, per diversi motivi, spazio crescente – sottopone a tensione i paradigmi interpretativi di eguaglianza, diseguaglianza, dis-eguaglianza, costringendo a costruirne di nuovi, ma diversificati e controversi.

Queste due linee di ripensamento delle categorie sono state presenti nella discussione di questi giorni: la seconda specialmente nelle relazioni che si occupano di diseguaglianza nei sistemi contributivi e di diseguaglianza e mercato, rispettivamente Matteo Losana[2] e Marco Giampieretti[3]; la prima in tutte le altre senza eccezioni.

Tuttavia il lavoro di costruzione di tali nuovi paradigmi interpretativi, dal punto di vista giuridico e specificamente dal punto di vista giuridico-costituzionale (ma vi sono questioni di metodo quanto al rapporto con altre scienze che converrà affrontare), è ancora largamente incompiuto, e i primi risultati sono provvisori.

## 3. La «grande dicotomia»

Eguaglianza/diseguaglianza, oltre che una coppia concettualmente oppositiva, può anche essere configurata come una di quelle grandi dicotomie delle quali Norberto Bobbio ha disegnato i caratteri: dicotomie sostanziate dal conflitto (nel caso di specie dalla lotta per la Costituzione e per il costituzionalismo), nelle quali «ciascuno dei due termini è suscettibile, per influenza del suo significato storiografico e assiologico, di essere esteso sino a connotare non più una sola delle due parti ma tutto l'universo, cioè di di-

[2] *Diseguaglianze e obblighi contributivi.*
[3] *Dis-eguaglianza e Stato costituzionale.*

ventare il termine di una classe universale, respingendo l'altro termine fuori dell'universo ovvero degradandolo a termine di un classe vuota»[4].

Quanto all'eguaglianza – all'assioma della necessità della tutela e del perseguimento di essa – ricorre nell'esperienza storica il tentativo di fare della diseguaglianza la classe universale, quando essa viene concepita come il motore dello sviluppo economico e, per estensione o assimilazione, dello sviluppo umano.

Il conflitto non è nuovo: esso è presente in tutto l'arco dello sviluppo delle istituzioni economiche e politiche della prima e della seconda modernità. Oggi però l'affermazione della diseguaglianza come valore ritorna particolarmente aspro in corrispondenza con i fattori di crisi economica e con il rallentamento delle «economie avanzate».

Riassuntivamente i termini della nuova affermazione della diseguaglianza come valore sono i seguenti: un certo livello di diseguaglianza è inevitabile (le retribuzioni dei lavoratori anziani sono maggiori di quelle dei lavoratori giovani, ed è impossibile stabilire a partire da quale soglia tale diseguaglianza sia eccessiva); le politiche «egualitarie», attingendo risorse dalle imposte, deprimono la crescita. Dunque, dal punto di vista politico il tema della diseguaglianza è irrilevante, purché sia assicurata la mobilità sociale: quando è garantita l'ascesa dei «meritevoli»[5], la diseguaglianza è l'incentivo necessario allo sviluppo[6].

In questa versione – cioè fatta la tara del rapporto con uno dei filoni della grande tradizione liberale – il tema della diseguaglianza è trattato secondo una linea di deformazione ideologica, in contrasto con le risultanze della ricerca empirica, poiché, come risulta anche dagli studi del FMI[7], l'eccessiva diseguaglianza, lungi dal promuoverla, frena la crescita; la mobilità sociale ristagna e recede (in Italia la mobilità intergenerazionale è decisamente verso il basso) e dunque non può essere il motore di alcunché: la diseguaglianza genera solo altra diseguaglianza.

[4] N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977, 147. Bobbio applica l'«espressione» - com'egli la qualifica - «grande dicotomia» alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e, come «dicotomia derivata» alla distinzione tra diritto naturale e diritto positivo (ivi, *passim*). Ma il modo di classificazione che egli propone ha elevato pregio di ipotesi euristica con riferimento all'opposizione eguaglianza-diseguaglianza, poiché si presta a un uso sia storiografico sia assiologico (ivi, 151 ss.) conforme ai connotati oggi assunti dalla questione dell'eguaglianza.

[5] Quanto l'idea di «merito» in senso naturalistico e di competizione «darwiniana» sia estranea all'ispirazione della Costituzione italiana, che impone di ponderare le posizioni originarie di vantaggio alla luce dei principî personalista e di eguaglianza sostanziale, è rilevato nella relazione di F. Grandi, *L'accesso ai più alti gradi dell'istruzione*.

[6] Da ultimo, in termini particolarmente espliciti, T. Cowen, *It's Not the Inequality; It's the Immobility*, in *The New York Times*, 3 aprile 2015.

[7] Cfr. *Causes and Consequences of Income Inequality: A Global Perspective*, International Monetary Fund, Staff Discussion Note, n. 15/13, June 2015.

In pari misura è molto connotato ideologicamente il tentativo di far prevalere il termine diseguaglianza nella dicotomia con l'eguaglianza, negando che essa sia crescente, per concludere che le politiche egualitarie non sarebbero più attuali. Ora, sulla base dei dati disponibili, può certo dirsi che, se si considera la diseguaglianza «mondiale», cioè si prendono in esame i dati riferiti al mondo come un'unica economia, la diseguaglianza appare in calo[8]. Ma ciò è dovuto al rallentamento delle economie avanzate e alla forte espansione dell'economia cinese. Se si guarda, invece, all'economia «internazionale» e soprattutto a quella interna a singoli Paesi, la diseguaglianza è, in alcuni casi, drammaticamente aumentata.

Nel caso italiano, la diseguaglianza strutturale Nord-Sud permane e si accentua[9] e si registra un assai elevato rischio di povertà o esclusione sociale[10].

## 4. Il ritorno della diseguaglianza come ideologia o come problema

Occorre dunque guardare dentro la diseguaglianza e dentro le diseguaglianze e lungo questo sguardo porre anche il dato costituzionale.

In presenza di un blocco della mobilità sociale – e anzi di una mobilità verso il basso – v'è anzitutto una diseguaglianza di *status* legata alla nascita, quasi un ritorno al «buon tempo antico», del quale nella seconda modernità sembrava fosse stata fatta giustizia. E, invero, la mobilità intergenerazionale è frenata dall'effetto che la concentrazione dei redditi ha sulla concentrazione della ricchezza: più i redditi sono elevati più rapidamente si moltiplica la ricchezza[11].

L'immobilità sociale diventa un dato strutturale poiché, all'avvio del XXI secolo, il tasso di rendimento del capitale resta stabilmente molto più elevato del tasso di crescita dell'economia, e ciò rende inevitabile il dominio dell'eredità sul risparmio[12], cioè la prevalenza della rendita sul merito e la pietrifi-

[8] Cfr. la ricerca della Fondazione Hume per *Il Sole 24 Ore*, *Diseguaglianza economica in Italia e nel mondo*, Dossier I/2015, a cura di L. Ricolfi e R. Cima.

[9] Ibidem.

[10] Cfr. Istat, Report *Reddito e condizioni di vita. Anno 2014*, 23 novembre 2015: la stima delle persone residenti in Italia in condizioni di rischio di povertà o di esclusione sociale, per l'anno 2014, è attestata al 28,3%, indicatore stabile rispetto all'anno precedente, ma inferiore solo a quella di Romania (40,2%), Bulgaria (40,1%), Grecia (36,0%), Lettonia (32,7%), Ungheria (31,1%). In Italia è impressionante l'asimmetria lungo la linea Nord-Sud: la metà dei residenti nel Sud e nelle Isole (45,6%) è a rischio di povertà o esclusione sociale, contro il 22,1% del Centro e il 17,9% di chi vive al Nord.

[11] M. Franzini, E. Granaglia, M. Raitano, *Dobbiamo preoccuparci dei ricchi?*, Bologna 2014.

[12] T. Piketty, *Le capital au XXI^e siècle,* Paris 2013, 600.

cazione delle diseguaglianze[13]: sotto questo profilo una sorta di ritorno alla società ottocentesca dominata dai *rentiers*[14].

Che la diseguaglianza (e il suo incremento) sia un dato strutturale da correggere con le politiche fiscali, o più in generale con le politiche economiche, degli Stati è conclusione cui si perviene anche se, in dissenso dall'analisi di Piketty, si identifica la radice della crescita, della composizione e della concentrazione della ricchezza nella crescita del valore della terra, intendendosi per terra i suoli urbani e altro connesso capitale fisso (edifici, altri beni immobili) e non della quantità dei beni capitali: i regimi permissivi che hanno condotto le banche ad aumentare i prestiti non hanno creato nuove attività imprenditoriali e neppure hanno indotto ad acquisire beni di investimento, ma hanno aumentato il valore della terra (producendo talvolta disastrose «bolle» speculative)[15]. L'effetto in termini di diseguaglianza è duplice.

In termini macroeconomici, se una maggiore quota dei risparmi comporta l'incremento del valore dei terreni anziché l'incremento dei beni capitali, allora la produttività dei lavoratori non potrà aumentare e i salari non potranno crescere.

In termini di politica economica, se si permette di prestare di più a parità di garanzie, i proprietari dei beni da usare come garanzia (terreni urbani, edifici, altri beni immobili) ne vedono aumentare il valore, divenendo sempre più ricchi, in quantità sproporzionata nel raffronto con i produttori di reddito da lavoro, i quali non trarranno alcun beneficio da tale aumento[16]. Ovviamente ricchezze e redditi molto concentrati[17] rendono più agevole la

[13] *Ibidem*: «… il est presque inévitable que l'héritage c'est-à-dire les patrimoines issus du passé, domine l'épargne, c'est-à-dire les patrimoines issus du présent … L'inégalité r > g signifie en quelque sorte que le passé tend à dévorer l'avenir: les richesses venant du passé progressent mécaniquement plus vite, sans travailler, que le richesses produites par le travail, et à partir desquelles il est possible d'épargner. Presque inévitablement, cela tend à donner une importance démesurée et durable aux inégalités formées dans le passé, et donc à l'heritage».

[14] Anche se con una diversa struttura della diseguaglianza: «… cela n'implique pas que la structure des inégalités au XXI$^{e}$ siècle sera la même qu'au XIX$^{e}$, d'une part parce que la concentration patrimoniale est moins extrême …, d'autre part parce que la hiérarchie des revenus du travail tend à s'élargir (la montée des super-cadres), et enfin parce que les deux dimension son plus fortement corrélées qu'autrefois …»: ivi, 601.

[15] J. Stiglitz, *New Theoretical Perspectives on the Distribution of Income and Wealth Among Individuals*, paper presentato per l'Institute for New Economic Thinking Seminar Series della Columbia University, 4 dicembre 2015.

[16] *Ibidem*.

[17] La concentrazione del reddito, applicando il coefficiente di Gini, si mostra crescente negli Stati Uniti e nel Regno Unito, ma le diseguaglianze in Paesi in forte crescita, come la Cina e l'India, sono ancora maggiori; nell'Europa continentale, e soprattutto nei Paesi nordici è più bassa, ma, all'interno di quest'area, la diseguaglianza in Italia, pressoché alla pari con Grecia e Spagna, è la più elevata. Cfr. A.B. Atkinson, *Inequality. What Can Be Done?*, Cambridge 2015, trad. it. *Disuguaglianza. Che si può fare?*, Milano 2015, 21 ss.: «… Oggi la quota del primo 1% è tornata al valore di cento anni fa. Il primo 1% negli Stati Uniti ora riceve poco meno di un quinto del reddito lordo totale; ciò significa che, in media, ha venti volte la sua quota proporzionale. Anche all'in-

trasmissione dei vantaggi, a meno che non si pongano in essere misure giuridiche di contrasto, oggi pressoché assenti.

Comunque si voglia interpretare questi fenomeni, essi fanno definitivamente giustizia della credenza secondo la quale la struttura della crescita nell'attuale modernità o le leggi dell'economia di mercato possano condurre «naturalmente» alla riduzione della diseguaglianza e all'equilibrio armonico del sistema (la letteratura critica su questo approccio è ampiamente trattata da Paolo Bianchi nella sua relazione di sintesi[18]). Per conseguire questi obiettivi – se li si ritiene desiderabili – occorrono invece politiche, siano esse il ripensamento dell'imposta progressiva sul reddito o l'istituzione di un'imposta mondiale e progressiva sui capitali («une utopie utile»[19]) come ritiene Piketty[20]; siano invece una più efficace imposizione sulle plusvalenze combinata con l'aumento dei salari minimi, il rafforzamento dei sindacati, una più restrittiva legislazione antitrust e di regolamentazione delle aziende, e l'intervento diretto dello Stato nell'investimento in capitale di parte del gettito fiscale, come sostiene Stiglitz[21]; siano, ancora, un aumento delle imposte più elevate anche al prezzo di diminuire l'*output* economico e di rallentare la crescita, per realizzare «un compromesso accettabile tra efficienza ed equità», come propone Atkinson[22].

terno del primo 1%, poi, si dà una notevole disuguaglianza: la quota del primo 1% entro il primo 1% (cioè il primo 0,01%) è a sua volta circa un quinto del reddito totale di questo gruppo. Questo vuol dire che un decimillesimo della popolazione riceve un venticinquesimo del reddito totale» (ivi, 23 s.). Inoltre, la società risulta fortemente polarizzata, con il severo ridimensionamento della classe media: cfr. Pew Research Center, *The American Middle Class is Losing Ground. No longer the majority and falling behind financially*, Washington D.C., December 2015 (ove la classe media è identificata con riferimento ai redditi familiari: «"Middle-income" households are defined as those with an income that is two-thirds to double that of the U.S. median household income, after incomes have been adjusted for household size. For a three-persons household, the middle-income range was about $42,000 to $126,000 annually in 2014 (in 2014 dollars). Lower-income households have incomes less than two-thirds of the median, and upper-income households have incomes that are more than double the median»). L'Italia si colloca al diciassettesimo posto nel mondo tra i Paesi con maggiore diseguaglianza (ivi, 26). Sul caso italiano, sulle sue peculiarità nel raffronto con altri Paesi, per la trasmissione marcatamente familiare dei fattori di diseguaglianza, non spiegabile con riferimento al solo capitale umano, ma avendo riguardo anche alle relazioni sociali e alla «forte parzialità dei meccanismi di assegnazione delle retribuzioni: i circuiti politici, in particolare, ma anche i mercati», v. M. Franzini, *Disuguaglianze inaccettabili. L'immobilità economica in Italia*, Roma-Bari 2013. Ivi, 122 ss., la proposta di istituire «un reddito di cittadinanza graduato in funzione del reddito della famiglia di origine», come strumento per compensare *ex post* «i vantaggi inaccettabili permessi dalle origini familiari».

[18] P. Bianchi, *Diseguaglianza e mercato*.

[19] T. Piketty, *Le capital au XXI^e siècle, cit.*, 863.

[20] Ivi, 835 ss.

[21] J. Stiglitz, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, New York 2012, trad. it. *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino 2013, 424 ss.

[22] A.B. Atkinson, *op. cit.*, 247 ss.

E le politiche si fondano su sistemi di norme, costituzionali e ordinarie; norme di buona qualità, univoche negli obiettivi, prodotte nella consapevolezza dei problemi, sufficientemente non permeabili alla minoranza interessata alla conservazione della diseguaglianza e al suo incremento.

## 5. Eguaglianza e diritti, eguaglianza e doveri

A partire dal dato costituzionale: alla luce dell'art. 3 Cost., in ragione del raccordo tra eguaglianza e pari dignità sociale, l'eguaglianza è anzitutto attribuzione di pari valore alle differenze che sostanziano la persona nel contesto sociale. Ed è in questo che si realizza la connessione tra eguaglianza e diritti: i diritti costituzionalmente protetti sono diritti alla propria differenza. La lotta per l'affermazione dell'eguaglianza (di lotta si tratta, se si vuole dare senso al secondo comma dell'art. 3) è lotta per i diritti e per la loro conservazione.

Il rapporto tra diritti ed eguaglianza va tenuto fermo, poiché non si può concepire di affidare la riduzione delle diseguaglianze alle sorti della crescita economica e alla competizione, sulla base delle capacità, nel mercato concorrenziale: gli studi empirici degli economisti dimostrano che la crescita dei redditi individuali (e la formazione di super-redditi) non avvengono in mercati concorrenziali, poiché le «barriere all'entrata» sono troppo alte[23]. E, dal punto di vista del costituzionalismo, può dirsi che la permanenza della diseguaglianza, e la sua crescita, si producono in ragione della compressione dei diritti nelle condizioni di partenza.

Anche da questo versante trova perciò conferma il convincimento che la partita si giochi con le politiche, con le politiche fiscali in ispecie, e nella costruzione di un sistema tributario efficiente e realmente progressivo.

In proposito, Matteo Losana, nella sua relazione, pone a base del «dissolvimento dei principi di giustizia materiale contenuti nell'art. 53 Cost.» l'orientamento della Corte costituzionale ad applicare nello scrutinio di legittimità delle leggi tributarie il modulo del giudizio trilatero e a valutare la congruità mezzi-fini alla luce dell'art. 3 Cost., in tal modo omettendo «ogni valutazione in merito al rapporto tra l'entità del tributo e la forza economica del soggetto» contribuente. Dal che Losana inferisce la deprivazione della forza precettiva nell'art. 3 Cost.: in alternativa, la Corte dovrebbe sottrarre la questione della capacità contributiva al campo di incidenza del «solo» principio di eguaglianza-ragionevolezza, per «impegnarsi sempre ad argomentare» circa la violazione del «contenuto essenziale» dell'art. 53, c. 1, Cost., con riferimento a ciascuna specifica scelta impositiva, ricostruendo e contestualizzando i modi e i versanti nei quali la capacità contributiva si manifesta.

[23] Cfr., su questi studi, D. Benassi, *Il «problema» dei ricchi in una prospettiva sociologica*, in *la Rivista delle Politiche Sociali/Italian Journal of Social Policy*, n. 2-3, 2014, spec. 253 ss.

Sul punto va anzitutto rilevato che le ricostruzioni più innovative (essendo elaborate sotto l'impulso di nuovi problemi), e più promettenti quanto alla definizione di un nuovo paradigma dell'eguaglianza, almeno in questo campo specifico, pervengono, attraverso il raccordo tra art. 53 e art. 3 Cost., ad accettare «una nozione di tributo che presuppone la scissione della persona del contribuente dalla sua proprietà» e a concepire la «capacità contributiva come un mero criterio di riparto, in applicazione del quale la tassazione … può riguardare anche posizioni, situazioni e valori privi di contenuto patrimoniale, solo socialmente rilevanti e oggettivamente rilevabili, purché esprimenti una posizione di vantaggio in termini di potenzialità economica»[24] (si consideri il caso delle cosiddette «tasse ambientali», che non colpiscono il reddito, ma il modo in cui esso è prodotto; o alla prospettiva di un reddito di cittadinanza come misura universalistica, finanziata sulla fiscalità generale, differenziata non solo con riferimento al reddito familiare, ma anche al «capitale sociale» e alle potenzialità economiche derivanti dalle relazioni di rete delle famiglie: prospettiva difficile, ma non del tutto impossibile). V'è in questo approccio il richiamo a un'esigenza perequativa, di correzione *ex post* di situazioni di vantaggio non accettabili alla luce dell'art. 3 Cost., che è disattesa e che è invece condizione di esercizio di diritti fondamentali.

Ma, soprattutto, si deve considerare che la richiesta alla Corte di «impegnarsi» sul terreno della ricostruzione del «contenuto essenziale» dell'art. 53, c. 1, Cost. non risolve – o forse non percepisce nella sua dimensione – il problema dell'eccesso di ruolo della Corte costituzionale nella determinazione delle politiche, anche delle politiche fiscali, per la debolezza, l'irresolutezza, il difetto di analisi del legislatore italiano. Su questo versante già si è dato un carico eccessivo alla Corte introducendo la revisione dell'art. 81 (e, in connessione, degli artt. 97, 117 e 119 Cost.), con ciò, non solo impedendo in linea di principio politiche anticicliche, ma anche affidando al giudice costituzionale una discrezionalità ampia sia nella considerazione «delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico» sia degli «eventi eccezionali» tali da giustificare il ricorso all'indebitamento: terreno, questo, sul quale, dovrebbe manifestarsi nella maniera più ampia la discrezionalità del legislatore, che invece è impedita dall'introduzione del nuovo parametro costituzionale. Non si potrebbe ora perseverare – senza aggravare la lacerazione del sistema derivante dall'attribuzione alla Corte costituzionale di una posizione di politicità sovrapponibile a quella propria, in ragione della legittimazione democratica, degli organi dell'indirizzo politico – avallando o favorendo l'abdicazione del legislatore al compito di determinare, almeno tendenzialmente in ultima istanza, le politiche fiscali.

V'è peraltro da considerare che la Corte costituzionale è particolarmente inadatta a compiere le valutazioni che sono richieste per la determinazione

[24] F. Gallo, *L'uguaglianza tributaria*, Napoli 2012, 60 ss., nota 8.

di politiche orientate a rimuovere le diseguaglianze, poiché esse si fondano necessariamente su giudizi di valore circa le diseguaglianze tollerabili o non rimuovibili (o che non è desiderabile siano rimosse) e le diseguaglianze da eliminare o neutralizzare; circa quanto rientri nel concetto di «eguaglianza delle opportunità» e quanto nel concetto di diseguaglianza legata al merito (non attingibile da interventi di parificazione); circa quanto sia diseguaglianza derivante dalla diversità di capitale relazionale – familiare, di ceto, di appartenenza politica – e dalla non imparzialità dei mercati (da rimuovere o compensare). Un universo di valutazioni tutte spettanti al legislatore, nelle quali la Corte non potrebbe di certo muoversi con l'arma limitata del giudizio di ragionevolezza, sia pure nell'accezione più ampia, esplorando la coerenza interna della legge e la corrispondenza in essa tra mezzi e fini; salvo che la ragionevolezza diventi l'involucro retorico in cui siano mascherati giudizi di valore. Una legislazione «vuota» o «neutra» dal punto di vista valoriale – cioè, come talvolta occorre di constatare, incapace di interpretare, essa anzitutto, il quadro costituzionale, e poi di tradurre coerentemente tale interpretazione in atto – lascerebbe libero campo alla creazione giurisprudenziale delle politiche di rimozione delle diseguaglianze (o di conservazione di esse, se ritenute «tollerabili» o «necessarie»). E invece l'affermazione del principio di eguaglianza richiede politiche «forti».

Ma l'eguaglianza non è solo in connessione coi diritti, costituendo la condizione dominante della loro effettività, ma è in connessione con l'universo dei doveri, se si considera che essa implica, non solo la produzione di un diritto dis-eguale a tutela dei diritti fondamentali, bensì anche la necessità di un «giusto trasferimento» di risorse, per universalizzare i diritti sociali. Su questo secondo versante, l'affermazione dell'eguaglianza è destinata a incontrare le resistenze maggiori, poiché, in un contesto ricostruttivo che metta in relazione di complementarietà diritti e doveri, deve constatarsi l'asimmetria – fonte di perdurante diseguaglianza – tra diritti cui corrispondono *duties of justice* e diritti cui corrispondono *duties of material aid*, asimmetria considerata un resistente prodotto della «tradizione filosofica e politica occidentale»[25].

## 6. Quale diseguaglianza, quali politiche

La questione della costruzione giurisprudenziale delle politiche dell'eguaglianza chiama in causa il tema delle tecniche di «misurazione» di questa: il nostro dibattito ha sottoposto a critica l'assertività «adimensionale» di certe valutazioni della Corte costituzionale circa la ragionevolezza delle

[25] M.C. Nussbaum, *Duties of Justice, Duties of Material Aid. Cicero's Problematic Legacy*, in *Journal of Political Philosophy*, 8, 2000, 176 ss., trad. it. *Giustizia e aiuto materiale*, Bologna 2008.

differenze normative (su pregi e limiti della giurisprudenza costituzionale in tema di eguaglianza, la relazione di Michele Massa[26]); ha fatto emergere la necessità di contestualizzare gli obblighi di prestazione contributiva; si è riferito agli apporti degli economisti avvezzi a misurare la diseguaglianza elaborandone gli indici.

Tuttavia, dal punto di vista giuridico, non sembra sia disponibile una sistemazione concettuale del tema della misurazione della diseguaglianza o almeno di identificazione dei fattori che possano consentirla.

Sotto questo profilo può essere utile il riferimento alla letteratura economica che ha raffinato gli indicatori di benessere e, proprio in riferimento alle asimmetrie che da tali indicatori vengono rivelate, ritiene che il reddito, il risparmio e la disponibilità di beni primari non consentano, in sé considerati, conclusioni adeguate, in quanto le persone e le società sono profondamente diverse nella capacità di convertire tali risorse in acquisizioni effettive e di conseguire «funzionamenti di valore» (un disabile avrà bisogno di maggiori risorse per spostarsi da un luogo a un altro; le risorse necessarie a «presentarsi in pubblico senza vergogna» sono diverse a seconda del contesto sociale; ecc.)[27].

Anche l'utilità è un criterio insoddisfacente per concettualizzare il benessere (propriamente come *well being*): l'individuo può essere orientato da motivazioni diverse dall'interesse personale, e trarre piacere dai risultati di azioni volte a perseguire l'interesse di altri soggetti. Inoltre, l'autorealizzazione ha un carattere contingente e soggettivo: tradizioni sociali di subordinazione o l'intimidazione possono abbassare il livello di aspettative di gruppi o persone, conducendole ad accettare stati di privazione o di discriminazione.

Bisogna dunque distinguere tra risorse, capacità, funzionamenti, utilità.

I «funzionamenti» rappresentano ciò che una persona è in grado di essere, di fare, di perseguire; mentre le «capacità» sono le diverse combinazioni di funzionamenti che essa è libera di conseguire (il concetto stesso di libertà proposto da Sen è sostanziato da questo medesimo approccio: non è tanto libertà «negativa» dalle restrizioni, ma *positive power* di scegliere e perseguire funzionamenti) .

Alla luce di questa teoria, la diseguaglianza non solo va valutata come diversità nella quantità di ricchezza posseduta, ma chiama in causa le condizioni concrete del suo utilizzo (sia macro, come cultura, istituzioni locali, posizione geografica, caratteristiche di contesto; sia micro, come età, stato

[26] M. Massa, *Diseguaglianza e condizioni personali. Una polemica sull'eguaglianza*.

[27] L'approccio delle capacità e dei funzionamenti è dovuto ad Amartya Sen. La sua prima formulazione compiuta è in A.K. Sen, *Equality of What?*, in *The Tanner Lectures on Human Value*, a cura di S.M. McMurrin, Salt Lake City 1980, 195 ss., trad. it. *Uguaglianza di che cosa?*, in *Scelta, benessere, equità*, Bologna 1986, 337 ss.; ma i prolegomeni si leggono già nella critica alla teoria della giustizia di John Rawls, dalla cui ricostruzione pure Sen prende le mosse, avanzata con *Utilitarianism and Welfarism*, in *Journal of Philosophy*, trad. it. *Utilitarismo e welfarismo*, in *Saggi di filosofia della scienza economica*, Firenze 1982, 179 ss.

di salute, genere). Viene in luce, cioè, la diversa capacità di generare «vettori di funzionamento». In particolare, la povertà è «deprivazione di capacità» (*capability deprivation*).

La diseguaglianza va dunque misurata in chiave multidimensionale, cioè con riferimento al concreto processo di conversione delle risorse in funzionamenti. A ciò non sono idonei indicatori economici connessi al reddito, quali il PIL, poiché essi non possono, per propria natura, fornire informazioni sulla dotazione di strumenti assicurata al soggetto per il perseguimento del proprio benessere.

Sen mette in luce i limiti della teoria dei «beni fondamentali» di Rawls, in quanto essa valuta lo stato di benessere individuale in ragione della quantità dei beni disponibili, ma in tal modo non consente di rilevare la condizione reale del soggetto, poiché «considera i beni primari come l'espressione del vantaggio, anziché considerare il vantaggio come una *relazione* tra le persone e i beni»[28]: un rovesciamento di prospettiva che Sen qualifica «feticismo materiale»[29].

Dunque Sen muove dal contesto definito da Rawls, ma se ne distacca radicalmente, giungendo a demolirne i presupposti.

Tuttavia, se la *pars destruens* del suo approccio mostra una forza difficilmente resistibile, la costruzione che ne consegue incontra difficili problemi laddove si propone come teoria normativa, cioè intesa a formulare giudizi di valore ai quali conformare l'azione dei pubblici poteri, delle forze sociali, degli autori delle decisioni economiche. Ma, il fulcro sul quale Sen fa gravare il suo intero apparato concettuale è nella libertà *individuale* di attribuire valore a un determinato insieme di funzionamenti: nessuno, nessun pubblico potere potrebbe stabilire *a priori* una gerarchia dei funzionamenti. Sen coglie l'esigenza di definire alcuni insiemi di «capacità minime», ma poi non li definisce. Propone esempi, ma non pone mai i funzionamenti cui si riferisce in una graduazione di rilevanza.

Ecco perché il modello teorico che egli propone – incentrato su un nuovo modo di misurazione del benessere e della diseguaglianza – non può avere esito con facilità in applicazioni operative.

Ma è proprio in questa difficoltà, e nei punti di aggressione a essa che sono stati individuati nel dibattito sulla costruzione di Sen, che può trovare campo l'interesse dei giuristi, i quali, per proprio specifico statuto teorico, se attratti nell'universo etico che l'approccio delle capacità disvela, non possono non orientarsi a ricercare la sua traduzione in norma, costituzionale e sub-costituzionale, in politiche legislative, in prassi regolativa.

Su questo snodo ha esercitato la sua opera critica Martha Nussbaum (la cui formazione storico-giuridica, oltre che filosofica, non sembra estranea al

[28] A.K. Sen, *Uguaglianza di che cosa?*, *cit.*, 355.

[29] A.K. Sen, *Development as Freedom*, New York 1999, trad. it. *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano 2000.

suo percorso di revisione della teoria di Sen), alla quale pare necessario *mettere in opera* l'approccio delle capacità, anche per risolvere un'aporia strutturale derivante dal fatto che una costruzione dalla quale vuole farsi derivare la massima espansione della libertà del soggetto rischia di vedere disattesa in concreto l'esigenza di misurare la sua capacità di realizzare i funzionamenti cui aspira e dunque di perseguire normativamente tale obiettivo. Ella formula perciò una lista di dieci capacità, presentate come il minimo di garanzia che le costituzioni di ogni Paese dovrebbero prevedere. Ogni voce, ciascuna sviluppata sotto una rubrica, comprende riferimenti a libertà fondamentali proprie della tradizione del costituzionalismo; ma tutte sono sostanziate dall'obbligo di interventi a carico dei pubblici poteri e dalla correzione delle diseguaglianze da tali interventi implicata[30]. E, invero, lo scopo della costru-

[30] Ecco la lista come formulata in M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna 2002, 75 ss.: «1. *Vita*. Avere la possibilità di vivere fino alla fine una vita umana di normale durata; di non morire prematuramente, o prima che la propria vita sia stata limitata in modo tale da essere indegna di essere vissuta; 2. *Salute fisica*. Poter godere di buona salute, compresa una sana riproduzione; poter essere adeguatamente nutriti; avere un'abitazione adeguata; 3. *Integrità fisica*. Essere in grado di muoversi liberamente da un luogo all'altro; di essere protetti contro le aggressioni, compresa l'aggressione sessuale e la violenza domestica; avere la possibilità di godere del piacere sessuale e di scelta in campo riproduttivo; 4. *Sensi, immaginazione e pensiero*. Poter usare i propri sensi per immaginare, pensare e ragionare, avendo la possibilità di farlo in modo «veramente umano», ossia in modo informato e coltivato da un'istruzione adeguata, comprendente alfabetizzazione, matematica elementare e formazione scientifica, ma nient'affatto limitata a questo. Essere in grado di usare l'immaginazione e il pensiero in collegamento con l'esperienza e la produzione di opere autoespressive, di eventi, scelti autonomamente o di natura religiosa, letteraria, musicale e così via. Poter usare la propria mente in modi tutelati dalla garanzia delle libertà di espressione rispetto sia al discorso politico sia artistico, nonché della libertà di pratica religiosa. Poter andare in cerca del significato ultimo dell'esistenza a modo proprio. Poter fare esperienze piacevoli ed evitare dolori inutili; 5. *Sentimenti*. Poter provare affetto per cose e persone oltre che per noi stessi, amare coloro che ci amano e che si curano di noi, soffrire per la loro assenza; in generale, amare, soffrire, provare desiderio, gratitudine e ira giustificata. Non vedere il proprio sviluppo emotivo distrutto da ansie e paure eccessive, o da eventi traumatici di abuso e abbandono. (Sostenere questa capacità significa sostenere forme di associazione umana che si possono rivelare cruciali nel loro sviluppo); 6. *Ragion pratica.* Essere in grado di formarsi una concezione di ciò che è bene e impegnarsi in una riflessione critica su come programmare la propria vita. (Ciò comporta la protezione della libertà di coscienza); 7. *Appartenenza*. a) Poter vivere con gli altri e per gli altri, riconoscere l'umanità altrui e mostrare preoccupazione per il prossimo; impegnarsi in varie forme di interazione sociale; essere in grado di capire la condizione altrui e provarne compassione; esser capace di giustizia e di amicizia. (Tutelare questa capacità significa tutelare istituzioni che fondano e alimentano queste forme di appartenenza e anche tutelare la libertà di parola e di associazione politica). b) Avere le basi sociali per il rispetto di sé e per non essere umiliati; potere essere trattata come persona dignitosa il cui valore eguaglia quello altrui. Questo implica, al livello minimo, protezione contro la discriminazione in base a razza, sesso, tendenza sessuale, religione, casta, etnia, origine nazionale; 8. *Altre specie*. Essere in grado di vivere in relazione con gli animali, le piante e con il mondo della natura provando interesse per esso e avendone cura; 9. *Gioco*. Poter ridere, giocare e godere di attività

zione della Nussbaum è di configurare «capacità combinate»: per garantire una capacità non è sufficiente «produrre stati interni di disponibilità ad agire»; è «altrettanto necessario predisporre l'ambiente materiale e istituzionale in modo che le persone siano effettivamente in grado di funzionare»[31].

Le posizioni comprese nella lista sono perfettamente equiordinate (il contemperamento è già compiuto in sede di specificazione delle voci, dunque, potenzialmente, in sede di decisione politica normativa); tra esse non sono ipotizzabili rapporti di gerarchia, sicché «l'irriducibile pluralità della lista limita i compromessi ragionevolmente fattibili, e quindi limita l'applicabilità dell'analisi quantitativa dei vantaggi e degli svantaggi»[32]. Da ciò derivano vincoli più univocamente stringenti per il legislatore, ma anche una riduzione di campo per i bilanciamenti «creativi» dei giudici secondo ragionevolezza.

È evidente che la traduzione in norme giuridiche di questa lista (o di altre, poiché uno dei criteri costitutivi di essa è che, in società diverse, «i membri di queste … possono specificarla con maggiore concretezza a seconda delle credenze e delle circostanze locali»[33]) è un difficile problema.

Tuttavia, l'approccio delle capacità, nella sua specificazione «operativa», consentirebbe di affrontare in modo innovativo alcuni nodi proposti anche nel nostro dibattito.

Anna Lorenzetti[34] ha prospettato il rischio di una visione paternalistica e stigmatizzante della differenza per disabilità. Ciò la spinge a proporre un approccio secondo cui questa non va ritenuta la condizione di una minoranza identificata, bensì una condizione potenzialmente generale: secondo tale impostazione, la disabilità in atto – originaria o sopravvenuta, provvisoria o permanente – dovrebbe essere concepita come un accidente, e come tale trattata, sia prefigurandone il prodursi sia fronteggiandola una volta che si sia prodotta, ma nell'ambito del riconoscimento dell'eguale dignità di ogni persona. Tuttavia, affinché ciò sia, occorre muovere dalla considerazione che il rapporto tra persone disabili e persone non disabili costituisce un assetto di potere, nel quale la «normodotazione» costituisce lo *standard* di riferimento: lo scostamento da esso è valutato come minorità, in una relazione di tipo

ricreative; 10. *Controllo del proprio ambiente.* a) Politico. Poter partecipare in modo efficace alle scelte politiche che governano la propria vita; godere del diritto di partecipazione politica, delle garanzie di libertà di parola e di associazione. b) Materiale. Avere diritto di possesso (di terra, di beni mobili) non solo formalmente, ma in termini di concrete opportunità; avere il diritto di cercare lavoro sulla stessa base degli altri; essere garantiti da perquisizioni o arresti non autorizzati. Sul lavoro, essere in grado di lavorare in modo degno di un essere umano, esercitando la ragion pratica e stabilendo un rapporto significativo di mutuo riconoscimento con gli altri lavoratori».

[31] Ivi, 82.

[32] Ivi, 77.

[33] Ivi, 75.

[34] Relazione *Dis-eguaglianza e disabilità.*

gerarchico. Tale assetto di potere andrebbe scardinato, attraverso l'affermazione del principio di eguaglianza in chiave «antisubordinazione», con un elevato potenziale di «"sovversione" dell'ordine pre-stabilito».

Di questo approccio «forte» alla questione della diseguaglianza non è data un'immediata restituzione operativa: sul piano pratico, una volta escluso il parametro della «normodotazione» come termine di raffronto, è preclusa anche l'identificazione, per differenza, dei contenuti delle politiche perequative intese all'eguaglianza sostanziale.

L'approccio delle capacità potrebbe soccorrere, poiché esso stabilisce il terreno comune a tutti – la determinazione di un insieme di «funzionamenti» – sul quale si debbono collocare le politiche di superamento delle diseguaglianze nella garanzia dei diritti, senza identificazioni stigmatizzanti.

Considerazioni analoghe potrebbero valere per le diseguaglianze di genere, che in questo nostro dibattito non sono state specificamente considerate: è invero con riferimento a esse che è stata elaborata in primo luogo la concezione del principio di eguaglianza in chiave «antisubordinazione».

Nello stesso contesto teorico può essere collocata anche la questione delle dis-eguaglianze culturali, trattata da Ilenia Ruggiu, la cui tesi è che «la cultura», in carenza di previsioni normative espresse che ne stabiliscano la posizione nell'ordinamento, deve qualificarsi come consuetudine in senso proprio. L'assunto dovrebbe essere suffragato da un adeguato affinamento dommatico, poiché anche dalla giurisprudenza addotta a sostegno si inferisce linearmente che la «cultura» non è mai fonte; sono semmai fonti le consuetudini che si formano in ambienti sociali culturalmente connotati. Quanto al diritto penale, la «cultura» non può che contribuire a definire il profilo soggettivo del reato ed essere assunta quale circostanza fattuale: fonte autonoma non è mai.

Una migliore sistemazione dommatica è la premessa non eludibile per consentire la definizione conforme a sistema di qualsiasi *test* giudiziale quanto alla soluzione di controversie determinate su base culturale (anche a postulare superate le difficoltà di traslazione nel nostro ordinamento di tali modalità di giudizio), come pure propone Ruggiu. E tanto più per la «costituzionalizzazione» di esso, come ritiene necessario Quirino Camerlengo[35].

Se si segue l'approccio proposto da Sen e rivisto da Nussbaum, il dato culturale può ispirare la specificazione «con maggiore concretezza» della lista delle capacità di funzionamento (specificazione, non negazione di alcuna delle voci); ma non potrebbe mai essere contemplato nella lista in posizione di superiorità gerarchica rispetto a nessuna delle altre voci: tanto se si ritiene di ispirare l'ordinamento al proposto principio di giustizia.

Analogamente, l'intangibilità della lista delle capacità di funzionamento dovrebbe essere il limite degli «accomodamenti» (*accomodation*, nella tradi-

[35] Relazione di sintesi *Dis-eguaglianza, identità culturali, pratiche religiose*.

zione degli Stati Uniti: applicazione differenziata di norme in ragione delle esigenze di gruppi religiosi) quanto alla diversità di religione (il tema è trattato da Andrea Lollo[36]).

## 7. Un nuovo paradigma dell'eguaglianza: il compito della comunità dei giuristi

La nostra discussione, il lavoro di elaborazione che l'ha resa possibile e utile, mostra la necessità di costruire un nuovo paradigma giuridico dell'eguaglianza, capace di tenere conto delle grandi trasformazioni in atto.

Alcuni approcci maturati nell'ambito delle teorie economiche hanno mostrato di sapere comprendere tali trasformazioni in costruzioni sufficientemente innovative. I giuristi invece seguono il mutamento rimodellando la categoria della ragionevolezza, nelle sue diverse configurazioni, o elaborando e mettendo in opera *test* giudiziali (in Italia se ne propone l'importazione, con difficili problemi di adattamento). Questo modo di pensare il principio di eguaglianza e di considerare la questione delle diseguaglianze conduce a implicazioni problematiche: affida la messa in opera del principio di eguaglianza e delle sue specificazioni come definiti dalla Costituzione pressoché interamente alle sedi giudiziali, o almeno prende atto della debolezza della legislazione su questo versante come di un tratto strutturale e non scalfibile del sistema; non considera in modo adeguato le nuove forme di diseguaglianza e la difficoltà a prevenirne il prodursi o a riequilibrarne gli esiti (ammesso che la diseguaglianza «non giustificabile» venga considerata un disvalore) con lo strumentario concettuale connesso alla ragionevolezza.

Ne derivano risultati rapsodici in tema di correzione delle diseguaglianze, poiché le decisioni giudiziali sono per propria natura legate alla singola fattispecie, sicché possono comporsi in «orientamenti» più o meno stabili, e mai dar luogo a politiche complesse. Ne deriva però anche – in questo campo come in altri, ma con maggiori inadeguatezze – un eccesso di ruolo della giurisdizione.

Ne deriva, ancora, l'incapacità del sistema di rispondere al modo nuovo di porsi della questione della diseguaglianza, nuovo per la crescita quantitativa degli squilibri, nuovo per la multidimensionalità inedita delle diversità di stato.

Questa condizione non può permanere ancora a lungo senza conseguenze non desiderabili.

Nella fase della seconda modernità in cui stiamo vivendo, è ancora salda l'egemonia culturale della democrazia come assiologia, diffusamente percepita come la forma di Stato in cui trova il suo più alto compimento l'evoluzione della civiltà del diritto.

[36] Relazione *Dis-eguaglianza e pratiche religiose.*

Ma è anche sempre maggiore il discredito intorno alla democrazia come praticata. E la ragione principale alla base di questo diffuso sentimento è nella crescente incapacità dei sistemi democratici ad affrontare efficacemente lo scandalo della diseguaglianza.

Una nuova teoria giuridica dell'eguaglianza, capace di confrontarsi con gli approcci dell'economia e delle scienze politiche, è perciò una necessità sempre più stringente; la quale muove a itinerari di ricerca fortemente connotati in senso interdisciplinare, all'interno dell'universo delle scienze giuridiche e nel rapporto con discipline a tale universo esterne. Itinerari tanto impervi e complessi da non potere essere affrontati da un singolo studioso o da un gruppo ristretto di studiosi, ma che deve coinvolgere più comunità di giuristi, a partire dalla comunità dei costituzionalisti.

Preme in tal senso un'esigenza pratica: offrire soluzioni alle sedi della rappresentanza politica, affinché esse possano riacquistare centralità nella lotta alla diseguaglianza, che è lotta per la conservazione del costituzionalismo, e, con esse, assumano centralità le politiche legislative a questo compito intese.

## Collana del Gruppo di Pisa

1. **E. Cavasino, G. Scala, G. Verde** (a cura di)
   I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia
   Il ruolo della giurisprudenza
   pp. 624, 2013, isbn 978-88-6342-540-6, euro 32,00

2. **E. Catelani, F. Donati, M.C. Grisolia** (a cura di)
   La giustizia elettorale
   pp. xxviii-420, 2013, isbn 978-88-6342-584-0, euro 27,00

3. **M. Cavino, L. Conte** (a cura di)
   La tecnica normativa tra legislatore e giudici
   pp. xvi-350, 2014, isbn 978-88-6342-645-8, euro 25,00

4. **F. Giuffrè, I. Nicotra** (a cura di)
   La famiglia davanti ai suoi giudici
   pp. xxxvi-660, 2014, isbn 978-88-6342-685-4, euro 42,00

5. **B. Pezzini, S. Troilo** (a cura di)
   Il valore delle autonomie
   Territorio, potere e democrazia
   pp. xxx-474, 2015, isbn 978-88-6342-772-1, euro 27,00

6. **Lorenza Violini** (a cura di)
   Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale
   pp. 140, 2015, isbn 978-88-6342-842-1, euro 12,00

Finito di stampare nel mese di Marzo del 2016
dalla Vulcanica Print - Torre del Greco (NA)