Scienze
giuridiche

DIRITTI FONDAMENTALI E CONFLITTO SOCIALE

Un dialogo tra le discipline

A CURA DI

Alessandro Somma

University Press

SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

Collana Scienze Giuridiche 10

Diritti fondamentali e conflitto sociale

Un dialogo tra le discipline

a cura di
Alessandro Somma

SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE
2024

Volume finanziato con i fondi del progetto di Ateneo "50 years of the Italian Workers' Statute: from the fordist culture to gig-economy", responsabile scientifico Prof. Alessandro Somma.

Copyright © 2024

Sapienza Università Editrice
Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it
editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420
Registry of Communication Workers registration n. 11420

ISBN 978-88-9377-334-8

DOI 10.13133/9788893773348

Pubblicato nel mese di giugno 2024 | *Published in June 2024*

Opera distribuita con licenza Creative Commons Attribuzione – Non commerciale – Non opere derivate 3.0 Italia e diffusa in modalità open access (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Work published in open access form and licensed under Creative Commons Attribution – NonCommercial – NoDerivatives 3.0 Italy (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Impaginazione a cura di | *Layout by*: Clarissa Giannaccari

La libertà non è star sopra un albero
non è neanche il volo di un moscone.

La libertà non è uno spazio libero
libertà è partecipazione.

Giorgio Gaber e Sandro Luporini
1972

Indice

Introduzione 17
Alessandro Somma

1. Il conflitto: patologia, minaccia alla pace sociale o veicolo di emancipazione? 17
2. L'Europa unita e la spoliticizzazione del mercato: le strategie per guadagnare tempo 21
3. Alla ricerca dei protagonisti di un rinnovato conflitto sociale: il populismo e l'intersezionalità 24
4. Il ruolo delle corti: tra presidio del costituzionalismo e repressione del conflitto 29
5. Segue: il processo neoliberale 32
6. Lo spazio del conflitto e la lotta contro i poteri globali 35
7. Il conflitto sociale e il ruolo del giurista fra tecnocrazia e recupero della dimensione politica 38

Diritti e conflitto sociale: l'insorgenza dei movimenti 43
Alessandra Algostino

1. Diritti e conflitto: un rapporto costitutivo e permanente 43
2. La spoliticizzazione come mancanza di collettivo e di futuro 45
3. I movimenti sociali, la rivolta e il conflitto sociale 47
4. Faglie sui diritti e movimenti 50
    4.1. Territorio 51
    4.2. Trasversalità 56
    4.3. Convergenza 58

5. Scenari futuri: l'insorgenza sociale come alternativa 60

Per una teoria dei conflitti 65
Gaetano Azzariti

1. La risoluzione giuridica dei conflitti 65
2. La risoluzione autoritativa 66
3. Decisione autoritativa come pratica di governo 68
4. La neutralizzazione del conflitto: la risoluzione procedurale 69
5. Legittimare il conflitto: il paradigma costituzionale 72

Diritti fondamentali e cartografia del conflitto 75
Roberto Bin

1. Il diritto nasce dal conflitto 75
2. Sovranità e conflitto sociale 76
3. L'Unione europea e la neutralizzazione del conflitto 77
4. I diritti fondamentali oltre il conflitto tra capitale e lavoro 80
5. L'immigrazione e il futuro dei diritti fondamentali 82

Nei conflitti sociali i diritti muoiono 85
Marco Bona

1. Il conflitto come fallimento dei diritti 85
2. Sui diritti collettivi 87
3. Conflitti tra perdenti 88
4. L'immigrazione come terreno di conflitti 91

Processo civile e conflitto sociale 97
Remo Caponi

1. Prologo: il «chi» dell'attività di ricerca 97
2. Il punto di vista e il campo visivo 98
3. Apogeo e declino dello Stato sociale 99
4. Età neoliberale 105
5. Il valore del conflitto 108
6. Il pensiero di Hayek e il ruolo delle corti giudiziarie 112
7. *Doing business* 116
8. La grande trasformazione 119
9. Nucleo politico comune all'opera dei giuristi 120

10. Sistemi di composizione delle controversie e ruolo dell'avvocato 125

Diritti fondamentali e conflitto politico nell'Unione europea 131
Marco Dani

1. Introduzione 131
2. *Verso la definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento comunitario*, ovvero della portata prevalentemente costituente dei diritti fondamentali nell'Ue 136
3. Elusioni ed illusioni all'ombra della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue 142
   3.1. L'elusione della sovranità popolare e l'illusione dell'equivalenza funzionale tra costituzionalizzazione e potere costituente 142
   3.2. L'elusione dell'economia politica e l'illusione del costituzionalismo democratico e sociale 147
4. Gli esiti deludenti della Carta dei diritti 152
5. La rivalutazione della Carta come catalogo dei "valori superiori" nella prospettiva di un (futuribile) ordine sovranazionale aperto al conflitto politico 155

Diritti sociali come istituzioni per i bisogni radicali 159
Marco Goldoni

1. Ri-articolare i termini del conflitto sui diritti sociali 159
2. Un (fallimentare) tentativo di sostituire il discorso sui diritti fondamentali con il discorso sui bisogni 161
3. I limiti della concezione politica dei diritti sociali 163
4. La produzione ed i bisogni radicali 168
5. I termini del conflitto attorno ai bisogni: due differenti giustificazioni 176
6. Conclusioni: un costituzionalismo politico dei bisogni 179

Il conflitto sociale tra diritti fondamentali e ri-materializzazione della Costituzione 181
Andrea Guazzarotti

1. Introduzione 181

2. Il ruolo dei diritti giocato a livello sistemico nel cosiddetto cammino comunitario della Corte costituzionale italiana 185
3. L'altro lato dell'integrazione europea attraverso i diritti e le Corti: il popolo sotto tutela 189
4. Segue: I referendum abrogativi come atti resistenziali e il ruolo tutorio della Corte costituzionale 192
5. Segue: I referendum neoliberisti promossi nel 2000 e quello sull'art. 18 Statuto dei lavoratori del 2003 195
6. Segue: I referendum sulle pensioni (2015) e sul Jobs Act (2017): immunizzazione dell'economia e costruzione del soggetto a-conflittuale 197
7. Fluidificare più che resistere 201
8. Diritti sociali e soggetto della Costituzione repubblicana 205

Sempre dalla parte del torto? Rimozione e criminalizzazione del conflitto 215
Giulia Locati

1. Il conflitto come promotore dei diritti: la sua criminalizzazione 215
2. L'azione sindacale: l'organizzazione del conflitto sui luoghi di lavoro può essere associazione a delinquere? 216
3. Il conflitto sociale 223
3.1. La creazione di un *pool* ad hoc 223
3.2. La formulazione dei capi di imputazione: i reati in contestazione 223
3.3. La conduzione delle indagini: i processi ai fenomeni 229
4. Considerazioni conclusive 230

Beni comuni e conflitto sociale 231
Maria Rosaria Marella

1. Introduzione 231
2. I beni comuni v. il Bene comune 231
3. Il Bene comune, i beni comuni e la legalità costituzionale 236

4. Beni comuni & Bene comune reloaded:
suggestioni neoliberali e neopaternaliste 243
5. Per concludere: le sirene della democrazia deliberativa
e la tenuta della contrapposizione beni comuni/Bene comune 246

Trasformare la critica:
diritti fondamentali, potere, conflitti sociali 249
Giovanni Marini

1. Ridefinire il confine fra diritto e politica? 249
2. La composizione dei conflitti
nelle diverse fasi del diritto moderno 251
3. La prospettiva sociale e il conflitto di interessi 252
4. La critica al pensiero giuridico sociale 255
5. Dal sociale alla fase attuale:
l'emergere dei diritti umani 258
6. Per una genealogia dell'attuale fase
del pensiero giuridico 262
7. Bilanciare gli interessi in conflitto:
il principio di proporzionalità 265
8. Il realismo giuridico statunitense
e l'analisi distributiva del diritto privato 269
9. Il pluralismo e la frantumazione del soggetto di diritto.
Le identità 273
10. L'intersezionalità 278
11. La posta in gioco oltre la *politics of recognition* 281

Diritti fondamentali e conflitto sociale:
considerazioni a margine di un rapporto volubile 287
Edmondo Mostacci

1. Una specie di introduzione, tra diritto e conflitto 287
2. Il diritto e conflitto sociale:
rapsodia di un rapporto complesso 289
3. Segue: conflitto sociale e diritti fondamentali 295
4. Un possibile percorso genealogista
sul rapporto tra diritto e conflitto: Thomas Hobbes 298
5. Pràxis e póiēsis nell'edificazione della società
dell'individualismo possessivo 302

6. Alcune osservazioni conclusive 304

Il diritto di agire in giudizio nell'Italia competitiva 307
Pasquale Nappi

1. Premessa. Il diritto d'azione vantato dal singolo nei confronti dell'ordinamento come valore fondamentale del costituzionalismo democratico 307
2. La giusta distanza nello studio del processo: il limbo della sovrastruttura e i tentativi di superamento. Il processo come fenomeno sociale di massa 309
3. Segue: l'irrompere dei fattori economici tra le argomentazioni giuridiche e la tirannia del "Disposition time". Il processo efficiente come fattore di corretto funzionamento dell'economia 313
4. La degiurisdizionalizzazione e la legislazione disincentivante. Gli Adr 317
5. I freddi dati. La drastica riduzione di flussi e pendenze: un risultato dal costo ingente 323
6. Il "razionamento" della domanda di giustizia (tra remore, costi e ostacoli) 327
7. Ancora sul disposition time e sulla idoneità della cura proposta 330
8. Segue: la finora irrisolta questione meridionale e le ricadute sulla giustizia civile 332
9. Il principio processuale del «rispetto della non illimitata risorsa-giustizia» 334
10. Giustizia civile e protezione internazionale: un nuovo fronte di crisi dove i giudici cercano di garantire ciò che la legge nega 336
11. Conclusioni 339

I conflitti sociali nella tradizione giuridica islamica: giustizia sociale e pensiero politico 343
Massimo Papa

1. La tradizione islamica e la pace sociale 343
2. La modernità e la dimensione pubblica dell'Islam 347

3. Evoluzione del modello di giustizia: il modello medievale 348
4. Segue: il modello contemporaneo 352
5. La giustizia come volontà divina 355
6. La giustizia come strumento politico 357
7. L'islamismo come progetto di emancipazione politica e sociale 360

Contraddizione e conflitto nella teoria del diritto cinese. Osservazioni diacroniche 363
Gianmatteo Sabatino

1. Introduzione 363
2. Conflitto e diritto nelle principali scuole di pensiero della Cina tradizionale 366
2.1. Confucianesimo (*rujia*) 368
2.2. Moismo (*mojia*) 371
2.3. Legismo (*fajia*) 373
3. Il conflitto nel diritto del socialismo cinese 375
3.1. La svolta morale sotto la segreteria di Xi Jinping. La sintesi di legge e virtù 380
4. La mutazione nell'approccio alla risoluzione dei conflitti di interesse. L'esempio del diritto economico 383
4.1. Conflitto, Stato ed economia privata. Gli ultimi sviluppi 386
5. Conclusioni 388

La privatizzazione del conflitto politico. Aborto, armi da fuoco e cambiamento climatico nell'esperienza statunitense 391
Lorenzo Serafinelli

1. Considerazioni introduttive 391
2. Aborto 393
2.1. *Dobbs v. Jackson* e le sue implicazioni per il diritto privato 393
2.2. Il *Texas Heartbeat Act* e l'introduzione di un sistema di taglie 395
2.3. Segue: l'attivazione dei privati 399

2.4. Segue: l'assenza di un danno diretto subito dal denunciante e l'ampio novero dei legittimati passivi 401
3. Armi da fuoco 404
3.1. *New York State Rifle & Pistols Assn. v. Bruen* e le sue implicazioni per il diritto privato 404
3.2. *Firearms regulation through civil litigation*: il ruolo della *tort law* 407
4. Cambiamento climatico 410
4.1. *West Virginia v. Epa* e le sue implicazioni per il diritto privato 410
4.2. La prima ondata di contenzioso climatico *tort-based* negli Stati Uniti 413
4.3. La seconda ondata di contenzioso climatico *tort-based* negli Stati Uniti 416
4.4. I possibili futuri sviluppi del contenzioso climatico *tort-based* negli Stati Uniti 419

Polverizzare il potere economico.
Il neoliberalismo e la neutralizzazione del conflitto sociale 423
Alessandro Somma

1. Lavoro e proprietà nella società borghese 423
2. Società industriale e conflitto di classe 425
3. Dall'ordine all'organismo proprietario 427
4. Dal liberalismo al neoliberalismo 429
5. Neoliberalismo e ordoliberalismo 432
6. Democrazia economica vs neoliberalismo 434
7. L'Unione europea come dispositivo neoliberale 437
8. Segue: una storia di successo 439
9. Per la ripoliticizzazione del mercato 442

Conflitto sociale e giurisdizione del lavoro 445
Anna Terzi

1. Premessa 445
2. Le riforme degli anni Sessanta e Settanta: la normativa 446
3. Segue: la magistratura 448
4. Segue: la giurisprudenza 448
5. La svolta neoliberale degli anni Ottanta: la normativa 450

6. Segue: la magistratura 454
7. Segue: la giurisprudenza 456
8. Gli orientamenti della Corte di cassazione 460
9. I segnali di una inversione di tendenza 467

Invadenza dei mercati, sovranità degli algoritmi e nuovi populismi 471
Sirio Zolea

1. Introduzione 471
2. Populismo: una nozione controversa 474
3. Invadenza dei mercati e populismo 477
4. Crisi organica e populismo 480
5. Società liquida e populismo 484
6. Intermediazione algoritmica e populismo 487
7. Conclusione. Pericoli e speranze per una nuova umanità: ispirazioni dal Sud del mondo 490

Gli autori e le autrici di questo volume 497

Introduzione. Diritti fondamentali e conflitto sociale: le ragioni di un binomio, le cause della sua crisi e i tentativi di superarla

Alessandro Somma

1. Il conflitto: patologia, minaccia alla pace sociale o veicolo di emancipazione?

Le reazioni dell'ordinamento al conflitto sociale si possono ricondurre fondamentalmente a tre paradigmi. Il primo lo vede come una patologia che mette a rischio lo stare insieme come società, minacciando a monte il suo costituire un ordine olistico: una sorta di organismo naturalmente votato alla stabilità e dunque intrinsecamente pacificato. Per il secondo paradigma il conflitto non costituisce una patologia, bensì una dinamica propria delle comunità umane e pertanto una vicenda fisiologica. Ciò non toglie che debba essere disinnescato per evitare l'autofagia di quelle comunità, e che in tale prospettiva occorra attribuire al potere politico il fondamentale compito di neutralizzare le minacce alla pace sociale. Anche il terzo paradigma vede nel conflitto un elemento ineliminabile dello stare insieme come società, e tuttavia non lo condanna e anzi lo reputa un catalizzatore di benefiche evoluzioni: almeno nei casi in cui è alimentato da centri di interessi organizzati e disposti a una confrontazione più o meno pacifica attorno ad aspettative non alimentate da pulsioni meramente egoistiche[1].

Il primo e il secondo paradigma hanno una tradizione lunga e prestigiosa, che si estende ben oltre il contesto occidentale e che soprattutto resiste alle contaminazioni con quest'ultimo. Lo riscontriamo con riferimento all'Islam, nel cui ambito si persegue la pacificazione nell'armonia e nella giustizia sociale e in tale prospettiva si reputa la

[1] L. Baccelli, *Il conflitto sociale*, Roma, 2023, sulla scia di M. Geuna, *Il linguaggio del repubblicanesimo di Adam Ferguson*, in E. Pii (a cura di), *I linguaggi politici delle rivoluzioni in Europa*, Firenze, 1992, p. 143 ss.

«soluzione autonoma dei conflitti preferibile ad una composizione eteronoma»: anche con riferimento ai «principi generali con cui regolamentare lo Stato e dunque la politica, l'economia e la finanza» (Papa). Lo vediamo poi nell'esperienza cinese, dove «l'armonia di confuciana memoria» con la relativa predilezione per la risoluzione delle controversie «fuori dai tribunali» convive con il moto verso «la legalità e la giuridicizzazione delle relazioni» (Sabatino).

In Occidente, la considerazione del conflitto sociale alla stregua di una patologia o in alternativa di una minaccia per la pace può essere fatto risalire, rispettivamente, ad Aristotele e a Thomas Hobbes: il primo convinto che «la comunità statale» sia «in rapporto con l'amicizia»[2], e il secondo che il fine ultimo dello Stato sia «trarsi fuori da quella miserabile condizione di guerra che è un effetto necessario delle passioni naturali degli uomini»[3].

Aristotele e Hobbes possono entrambi essere proficuamente utilizzati per interpretare gli avvenimenti che hanno caratterizzato il passaggio dall'Otto al Novecento: quando la necessità di governare i conflitti relativi al consolidamento della transizione dalla società borghese alla società industriale ha imposto di riscoprire i corpi intermedi, e dunque di superare lo schema illuminista per cui l'individuo doveva essere lasciato solo di fronte allo Stato. Quella riscoperta era funzionale a impedire il rovesciamento dell'ordine proprietario, dal momento che la società industriale aveva tradito le promesse di emancipazione della società borghese e alimentato così una notevole conflittualità. Di qui la spinta a recuperare una visione olistica dell'ordine proprietario, ovvero a ripensarlo in termini di organismo. Il tutto per promuovere la cooperazione tra le classi sulla scorta di modelli volti a documentare come la società sia naturalmente refrattaria al conflitto: come all'epoca sostenuto in particolare dai fautori del solidarismo e del funzionalismo (Somma).

Di qui anche l'attribuzione ai pubblici poteri del compito di neutralizzare il conflitto attraverso le strategie più disparate. Ad esempio si è operato per includere nell'ordine proprietario coloro i quali si sarebbero altrimenti attivati per determinare il suo superamento, ovviamente nella misura necessaria e sufficiente a prevenire un simile esito e non certo per promuovere la loro emancipazione. Similmente si è tentato

---

[2] Aristotele, *Politica* (4. secolo a.C.), Roma e Bari, 1993, p. 136 (IV, 11, 1295b).

[3] T. Hobbes, *Leviatano* (1651), Roma e Bari, 2008, p. 139 (Cap. 17).

di spoliticizzare l'ordine economico, ovvero di mettere le scelte relative al funzionamento del mercato al riparo dalle dinamiche attivate dalla partecipazione democratica. È quanto si è perseguito ricorrendo al corporativismo inteso come strumento di irreggimentazione della forza lavoro, secondo lo schema cui ricorse il fascismo[4], o riservando le scelte relative al funzionamento dell'ordine economico a una tecnocrazia, come fu quella alimentata nell'esperienza statunitense durante gli anni del New deal[5].

Possiede padri nobili e una lunga tradizione anche un diverso modo di affrontare il conflitto, ovvero quello che non passa dalla sua negazione o in alternativa dalla sua demonizzazione. È il modo cui prelude il terzo paradigma, che viene fatto risalire a Nicolò Macchiavelli, per il quale il conflitto ben può costituire un motore di avanzamento della società. Questa è almeno la conclusione del celebre fiorentino a partire da una riflessione sulla storia di Roma antica, la cui prosperità sarebbe in ultima analisi derivata dal conflitto redistributivo:

> Io dico che coloro che dannono i tumulti intra i Nobili e la Plebe mi pare che biasimino quelle cose che furono prima causa del tenere libera Roma, e che considerino più a' romori e alle grida che di tali tumulti nascevano, che a' buoni effetti che quelli partorivano; e che e' non considerino come e' sono in ogni republica due umori diversi, quello del popolo, e quello de' grandi; e come tutte le leggi che si fanno in favore della libertà, nascano dalla disunione loro, come facilmente si può vedere essere seguito in Roma… Né si può chiamare in alcun modo con ragione una republica inordinata, dove siano tanti esempli di virtù, perché li buoni esempli nascano dalla buona educazione, la buona educazione dalle buone leggi, e le buone leggi, da quelli tumulti che molti inconsideratamente dannano; perché, chi esaminerà bene il fine d'essi, non troverrà ch'egli abbiano partorito alcuno esilio o violenza in disfavore del commune bene, ma leggi e ordini in beneficio della publica libertà[6].

Il terzo paradigma si è imposto in una fase storica che per molti aspetti costituisce una reazione ai tentativi di sterilizzare il conflitto

---

[4] A. Mazzacane, A. Somma e M. Stolleis (a cura di), *Korporativismus in den südeuropäischen Diktaturen. Il corporativismo nelle dittature sudeuropee*, Frankfurt am Main, 2005.

[5] Citazioni in A. Somma, *Dal laissez faire alla tecnocrazia. Diritto, politica ed economia negli Stati Uniti tra Otto e Novecento*, in *Historia et ius*, 2022, 1, p. 1 ss.

[6] N. Macchiavelli, *Discorsi sopra la Prima Deca di Tito Livio* (1531), Milano, 2016, p. 71 (I, 4).

sociale intrapresi a partire dalla fine dell'Ottocento. Invero non sempre quei tentativi sono riusciti a disinnescare le conseguenze del consolidamento della società industriale, ovvero della incapacità dell'ordine proprietario di assicurare l'emancipazione nonostante la riscoperta dei corpi intermedi. E questo ha indotto la società a richiedere la protezione della Stato dall'invadenza del mercato, il che è sovente avvenuto nel disprezzo delle libertà politiche, come in particolare negli anni in cui si sono delineati i fondamenti del neoliberalismo: quando si è attribuito allo Stato il compito di riformare le libertà economiche per rendere il capitalismo storicamente possibile, se del caso sacrificando la partecipazione democratica (Somma).

Proprio per questo la sconfitta del fascismo è stata accompagnata, oltre che dal recupero della democrazia politica, dall'instaurazione della democrazia economica: meccanismo attraverso il quale lo Stato interviene nell'ordine economico, tuttavia non per imporre il funzionamento del mercato, bensì per proteggere la società dalle sue ricadute. In tale prospettiva i diritti fondamentali «hanno la specifica finalità di far emergere il conflitto sociale e di incanalarlo in modo che esso produca un'evoluzione del corpo sociale conforme alle istanze e alle necessità dei membri della comunità politica» (Mostacci), e di consentire a monte che il conflitto sia equilibrato perché fondato sul riconoscimento del pluralismo (Azzariti). Presidiando così la parità sostanziale del lavoro nella confrontazione con il capitale, piuttosto che la polverizzazione del suo potere in omaggio al dogma neoliberale per cui le concentrazioni impediscono il funzionamento della concorrenza (Somma): il dogma fatto proprio dall'Unione europea, che considera «i conflitti politici come un fattore di potenziale disintegrazione o comunque come ostacoli al perseguimento dei propri obiettivi» (Dani)[7].

Se così stanno le cose, si potrebbe identificare come il fondamento primo del costituzionalismo democratico e sociale[8] proprio l'individuazione di una specifica modalità di risoluzione del conflitto (Locati) e a monte il riconoscimento della sua valenza emancipatoria (Algostino): vicenda di cui il diritto del lavoro offre notevoli riscontri (Terzi). Una modalità che in ultima analisi attiene alla redistribuzione delle

---

[7] Anche M. Dani, *Diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013.

[8] Per tutti A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, in *Dpce online*, 2021, p. 833 ss.

armi utilizzate nella confrontazione: alla possibilità per i portatori di debolezza sociale di sviluppare contropotere economico e contrastare così i portatori di forza sociale[9]. Tutto l'opposto di quanto mira a realizzare il neoliberalismo con la sua pretesa di ridurre la società al mercato concorrenziale, per la quale ai pubblici poteri si attribuisce il fondamentale compito di polverizzare il potere economico.

2. L'Europa unita e la spoliticizzazione del mercato: le strategie per guadagnare tempo

La polverizzazione del potere economico rappresenta una finalità costitutiva del neoliberalismo, che punta a naturalizzare il mercato incentrato sul libero incontro di domanda e offerta per poi elevarlo a punto di riferimento per la redistribuzione delle risorse e dei valori: impedendo così la mediazione tra concorrenza e partecipazione democratica. E proprio questo schema viene criticato in molti tra i contributi raccolti in questo volume, e in particolare da chi stigmatizza il neoliberalismo come teoria e pratica poste a presidio di «una non-società, senza legami sociali, una disaggregazione spoliticizzata di individui autoreferenziali e soli, dove conflitto e pluralismo politico sono rimossi perché la lotta è vinta dall'alto» (Algostino). O similmente lo considera «una miscela di depoliticizzazione, allontanamento degli individui gli uni dagli altri, particolarismo individualistico, competitività a tutti i livelli, atomizzazione sociale, efficientismo produttivistico, sollecitazione del consumismo» (Caponi).

Sono numerosi anche i contributi che identificano nell'Europa unita una sorta di dispositivo che ha prima operato come catalizzatore di riforme dell'ordine economico in senso neoliberale, e si è poi eretto a presidio di una simile deriva. Forse non da subito, se non altro perché inizialmente la costruzione europea si è mossa in un contesto nel quale l'ordine politico non operava ancora per affossare il costituzionalismo democratico e sociale[10]. Al più tardi nel momento in cui si è intrapreso il percorso verso la moneta unica, l'Europa si è però trasformata nel vinco-

---

[9] Ad es. A. Somma, *Sovranità*, in G. Preterossi (a cura di), *Pass costituzionale*, Roma, 2021, p. 11 ss.

[10] Del resto l'Europa unita non ha sviluppato e non sviluppa un progetto autonomo, bensì saldamente radicato nell'ordine economico internazionale: cfr. A. Somma, *Un supermercato non è un'isola. Contro l'apologia del sovranazionalismo*, in *La fionda*, 2021, p. 199 ss.

lo esterno posto a guardia dell'ortodossia neoliberale (Zolea), definitivamente consolidatasi proprio nel momento in cui più forte si avvertiva la necessità di un deciso cambio di rotta: in occasione della crisi del debito sovrano. Le politiche messe in campo per fronteggiarla hanno invero prodotto «un assetto istituzionale di impronta postpolitica», chiamato a operare con «un approccio pragmatico e manageriale» e dunque in forma di «dispositivo diretto a negare il conflitto politico» (Dani).

L'Europa unita ha insomma definitivamente affossato il «disegno istituzionalista di assorbimento graduale delle istanze dei subalterni attraverso un conflitto pacatamente mediato e regolato» (Zolea). E lo ha fatto per realizzare lo schema prefigurato da Guido Carli nella veste di Ministro del tesoro impegnato nei negoziati per la definizione dei contenuti del Trattato di Maastricht. Uno schema che per molti aspetti è passato sotto silenzio e comunque non è stato avvertito in tutta la sua portata, tanto da destare lo stupore dell'ex banchiere centrale per la diffusa incapacità di riconoscere tutte le implicazioni della politica monetaria comune: in particolare l'obbligo di «assumere comportamenti non inflazionistici» e la relativa «esigenza di ripensare in profondità le leggi con le quali si è realizzato in Italia il cosiddetto Stato sociale». A questo si sarebbe invero sostituito lo «Stato minimo», con ripercussioni sul patto di cittadinanza cui rinvia la Costituzione tali da alterarne definitivamente la sostanza. Precisamente:

> È stupefacente constatare l'indifferenza con la quale in Italia è stata accolta la ratifica del Trattato di Maastricht, rispetto al clamore e al fervore interpretativo che si è potuto registrare in Francia, nel Regno Unito, in Germania, in Danimarca, nella stessa Spagna. La cosa è tanto più difficile da comprendere se si considera che per l'Italia, più che per tutti gli altri Paesi membri della Comunità, il Trattato rappresenta un mutamento sostanziale, profondo, direi di carattere costituzionale.
> L'Unione europea implica la concezione dello Stato minimo, l'abbandono della programmazione economica, la ridefinizione delle modalità di ricomposizione della spesa, una redistribuzione delle responsabilità che restringa il potere delle assemblee parlamentari ed aumenti quelle dei governi, l'autonomia impositiva per gli enti locali, il ripudio del principio della gratuità diffusa (con la conseguente riforma della sanità e del sistema previdenziale), l'abolizione della scala mobile (con la sconfessione del principio del recupero automatico dell'inflazione reale passata e l'aggancio della dinamica retributiva all'inflazione programmata), la drastica riduzione delle aree di privilegio, la mobilità dei fattori produttivi, la riduzione della presenza dello Stato nel sistema del

> credito e nell'industria, l'abbandono di comportamenti inflazionistici non soltanto da parte dei lavoratori, ma anche da parte dei produttori di servizi, l'abolizione delle normative che stabiliscono prezzi amministrati e tariffe[11].

Va rimarcato a questo punto che la trasformazione dell'Europa in dispositivo neoliberale, di successo e irriformabile[12], ha imposto di escogitare nuovi stratagemmi volti a neutralizzare i conflitti provocati dallo smantellamento del costituzionalismo democratico e sociale. Quest'ultimo aveva in un certo senso reso il capitalismo storicamente possibile, ovvero aveva realizzato l'equilibrio con la democrazia nella misura necessaria e sufficiente a neutralizzare il moto verso il suo superamento.

Per pacificare la società si è inizialmente ricorsi all'indebitamento pubblico, indispensabile a finanziare il sistema della sicurezza sociale e almeno inizialmente a impedirne lo smantellamento con la medesima velocità con cui si abbatteva la pressione fiscale sui redditi di impresa e sui redditi elevati. E quando anche l'indebitamento è divenuto insostenibile, o meglio è stato reso tale dall'ossequio all'ortodossia neoliberale, si è deciso di spoliticizzare l'ordine economico, ovvero di presidiare la neutralizzazione del conflitto redistributivo attribuendo ai mercati il compito di disciplinare gli Stati[13]. Il tutto secondo uno schema prefigurato fin dal Rapporto Delors[14], e facendo leva sull'architettura europea, e in particolare sulla combinazione di due divieti: quello che colpisce il finanziamento monetario dei bilanci pubblici e in particolare l'acquisto diretto dei titoli del debito da parte delle banche centrali (art. 123 Tfue), e quello che impedisce il salvataggio finanziario da parte dell'Unione (art. 125 Tfue)[15].

Peraltro anche questo stratagemma non ha consentito al capitalismo di guadagnare tempo, almeno non nella misura sperata: gli Stati disciplinati dai mercati possono operare scelte formalmente presentate come imposizioni esterne e dunque presentarsi come politicamente irresponsabili, ma questo non è certo sufficiente a disinnescare il conflitto provo-

---

11 G. Carli, *Cinquant'anni di vita italiana* (1993), Roma e Bari, 1996, p. 432 ss.

12 A. Somma, *L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un dispositivo neoliberale di successo*, in *Ragion pratica*, 2023, p. 161 ss.

13 W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013.

14 Committee for the study of economic and monetary union, *Report on Economic and Monetary Union in the European Community* del 17 aprile 1989, p. 20.

15 Per tutti G. Contaldi, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, 2019, p. 269 ss.

cato dalla rinuncia ad attivare strumenti di redistribuzione delle risorse alternativi al mercato. Di qui le strette sul controllo delle manifestazioni del dissenso, che si sono in vario modo sperimentate nel corso degli ultimi anni. Di qui anche il tentativo di alimentare conflitti attorno a valori premoderni, a «matrici identitarie precostituzionali e prepolitiche» (Guazzarotti) «ma rigorosamente neoliberali» (Algostino), funzionali a generare scontri di civiltà e a disinnescare per tale via il conflitto redistributivo. Per non dire dell'invito a concentrarsi sul conflitto per il riconoscimento[16], peraltro produttivo di esiti significativi solo se determina un avanzamento dei diritti civili in un tutt'uno con i diritti sociali[17], ma non anche se si limita ad alimentare forme di individualismo in ultima analisi congeniali al presidio dell'ortodossia neoliberale[18].

Il tutto mentre si persevera nella promozione della democrazia deliberativa, nella quale «tutti gli interessi in gioco si confrontano apertamente sulla base di argomenti razionali portati da soggetti che si assumono liberi e uguali» (Marella). Occultando in tal modo la «dimensione del potere e dell'antagonismo nel loro carattere ineliminabile»[19] e con ciò la necessità che il diritto operi attivamente per affrontare il problema della «asimmetria del potere»: che si possa dare un «diritto come contropotere»[20].

3. Alla ricerca dei protagonisti di un rinnovato conflitto sociale: il populismo e l'intersezionalità

Da ultimo sembra che le istituzioni europee si preparino a salvare quanto resta del sistema della sicurezza sociale attraverso un massiccio ricorso alla finanza, e quindi drenando a monte il risparmio privato, come si ricava in particolare dal recente Rapporto Letta sul mercato unico[21]. È peraltro plausibile che anche questo stratagemma finirà ine-

---

16 Cfr. M. Cangiano, *Guerre culturali e neoliberismo*, Milano, 2024.

17 D'obbligo il riferimento al classico A. Honneth e N. Fraser, *Redistribuzione o riconoscimento? Una controversia politico filosofica* (2003), Roma, 2007.

18 Citazioni in A. Somma, *Il neoliberalismo progressista e i suoi critici: un dibattito su redistribuzione, riconoscimento e anticapitalismo*, in *Politica & Società*, 2022, p. 163 ss. Anche M. Cangiano, *Guerre culturali e neoliberalismo*, Milano, 2024.

19 C. Mouffe, *Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?*, in 66 *Social Research*, 1999, p. 745 ss.

20 A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2018, p. 205 s.

21 E. Letta, *Much More than a Market – Speed, Security, Solidarity. Empowering the Single Market to Deliver a Sustainable Future and Prosperity for all Eu Citizens* (aprile 2024),

vitabilmente per essere più produttivo di conflitti che non di occasioni per neutralizzarli. Saranno peraltro conflitti ben diversi da quelli che hanno accompagnato l'affermazione del costituzionalismo democratico e sociale: i conflitti come sappiamo celebrati da Macchiavelli per la loro capacità di produrre emancipazione.

È questa la previsione di chi sottolinea come il capitalismo sia in crisi oramai da anni, tanto che essa viene percepita come «qualcosa di natura non più semplicemente economica», nonostante economici siano i riscontri di un drammatico declino: la contrazione del tasso di crescita, l'aumento esponenziale dei debiti sovrani e soprattutto l'incremento delle diseguaglianze. Certo, le crisi sono in qualche modo un elemento consustanziale del capitalismo, e tuttavia quella attuale non può essere derubricata a «movimento ciclico e shock casuale», bensì il punto di arrivo di un «processo continuo di decadenza graduale»[22]. Invero, sebbene la fine del capitalismo sia stata decretata più volte e poi smentita dai fatti[23], questa volta le cose sembrano assumere contorni inediti e le preoccupazioni diffondersi anche tra coloro i quali hanno finora celebrato le sue virtù[24]. Se non altro in quanto «la stabilità del capitalismo come sistema socio economico dipende dal contenimento della sua *Eigendynamik*», ovvero della sua naturale tendenza all'autofagia, e non si vedono all'orizzonte «forze compensative» capaci di prevenire un simile esito[25].

Di qui la previsione per cui il capitalismo appare destinato a finire soffocato dall'imbarbarimento della società, agitata da disordini spontanei e forme di resistenza isolate e incapaci di coordinarsi:

> Mentre non possiamo sapere quando e come esattamente il capitalismo scomparirà e cosa gli succederà, ciò che conta è che non c'è alcuna forza che possa invertire le tre tendenze al ribasso della crescita economica, dell'uguaglianza sociale e della stabilità finanziaria, ponendo fine al loro reciproco rafforzamento. Contrariamente agli anni Trenta, all'orizzonte non c'è oggi nessuna formula politico economica, di sinistra

---

www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf.

22 W. Streeck, *Come finirà il capitalismo? Anatomia di un Sistema in crisi* (2016), Milano, 2021, p. 77 ss.

23 Per una panoramica G. Sivini, *La fine del capitalismo. Dieci scenari*, Trieste, 2016.

24 C. Trigilia, *Capitalismo e democrazia politica. Crescita e uguaglianza si possono conciliare?*, in *Il Mulino*, 2019, 2, p. 177 ss.

25 W. Streeck, *Come finirà il capitalismo*, cit., p. 91.

> o di destra, che possa fornire alle società capitaliste un nuovo regime coerente di regolazione o *régulation*. L'integrazione sociale e l'integrazione di sistema sembrano irreversibilmente compromesse e destinate a deteriorarsi ulteriormente. Ciò che è più probabile che accada col passare del tempo è una continua accumulazione di piccole e non poi così piccole disfunzioni: nessuna necessariamente mortale in quanto tale, ma per la maggior parte irrimediabili, tanto più che diventano troppe da affrontare individualmente. Nel processo, le parti del tutto si incastreranno sempre meno; attriti di ogni tipo si moltiplicheranno; conseguenze imprevedibili dilagheranno, lungo linee di causalità sempre più oscure. L'incertezza proliferà; crisi di ogni genere – di legittimità, di produttività, o di entrambe – si susseguiranno in rapida successione, mentre la prevedibilità e la governabilità subiranno un ulteriore calo (come accade ormai da decenni). Alla fine, la miriade di soluzioni provvisorie escogitate per la gestione di crisi a breve termine crollerà sotto il peso dei disastri quotidiani prodotti da un ordine sociale in profondo, anomico disordine…
>
> È improbabile che il crollo di un siffatto capitalismo segua un qualsiasi schema. Con l'avanzare del decadimento, è destinato a provocare proteste politiche e innumerevoli tentativi di intervento collettivo. Tuttavia, è probabile che questi ultimi rimangano a lungo di tipo luddista: locali, dispersi, non coordinati, primitivi – addizionati al disordine generale e incapaci di creare un nuovo ordine[26].

Detto questo, sebbene l'analisi volta a documentare l'inevitabile fine del capitalismo sia convincente, resta il problema delle tempistiche. Altrimenti detto, è possibile se non probabile che il capitalismo crolli, tuttavia anche che questo avvenga nel lungo periodo: quando, come amava replicare Keynes a chi riteneva l'ordine economico capace prima o poi di ritrovare autonomamente una sua stabilità, «saremo tutti morti»[27]. Di qui l'opportunità di interrogarsi circa il modo di affrontare ora le conseguenze dell'equilibrio oramai perduto tra capitalismo e democrazia. E proprio questo fanno coloro i quali discutono di populismo e di intersezionalità, quindi di modalità di conduzione del conflitto sociale trascurate negli anni in cui quell'equilibrio mostrava le prime crepe, attorno alle quali si riflette però con una radicalità non certo minore di quella tipica di quel periodo.

---

[26] *Ivi*, p. 92.

[27] J.M. Keynes, *A Tract on Monetary Reform*, London, 1923, p. 80.

Più precisamente, come negli anni Settanta del Novecento, il tema torna a essere quello di un superamento del capitalismo, da ottenere con mezzi non cruenti e dunque ricorrendo alla partecipazione democratica[28], sebbene «a volte forzando i confini attraverso rivolte e azioni di disobbedienza» (Algostino): come ai tempi in cui si promuoveva la via costituzionale al socialismo, perseguito cioè in assenza di una rottura rivoluzionaria attraverso «una innovazione nella continuità costituzionale e nella legalità»[29]. Il superamento del capitalismo viene anzi invocato con maggiore determinazione, come a sottolineare che non si tratta di una velleità o di mero massimalismo, bensì di una naturale conseguenza di una crisi che esso «nel migliore dei casi può delocalizzare ma non risolvere» e che pertanto richiede di essere affrontata edificando «una forma di organizzazione sociale completamente nuova»[30]. Il tutto si deve però adattare alla nuova situazione e dunque alla drastica riduzione degli spazi di partecipazione democratica e soprattutto alla atomizzazione delle soggettività bisognose di un cambiamento, primi fra tutti i lavoratori: i protagonisti indiscussi del conflitto redistributivo novecentesco (Bin).

Un contributo in tal senso viene innanzi tutto da chi valorizza il conflitto per il riconoscimento al fine di creare una sinergia capace non di rimpiazzare ma di rivitalizzare il conflitto redistributivo. Il riferimento non è dunque alla intersezionalità ricavata dalla «ossessione identitaria» funzionale ad alimentare il neoliberalismo progressista: il fine ultimo è «la completa trasformazione dell'idea di classe sociale», ma nel contempo la sua «continuazione». Se non altro perché l'identità è emersa nella sua essenza di «luogo cruciale del conflitto», incluso evidentemente quello volto alla «redistribuzione di potere» e dunque a orientare in chiave emancipatoria il meccanismo per cui la disciplina delle relazioni non è mai un «progetto a somma zero: c'è sempre qualcuno che vince e qualcuno che perde» (Marini).

A queste condizioni l'intersezionalità finisce per operare, almeno per i profili qui rilevanti, sul medesimo terreno nel quale si gioca la ri-

---

[28] Citazioni in A. Somma, *Per un costituzionalismo resistente alla normalità capitalistica*, in C. Formenti (a cura di), *Dopo il neoliberalismo. Indagine collettiva sul futuro*, Milano, 2021, p. 207 ss.

[29] C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977, p. 7 ss.

[30] C. Arruzza, T. Bhattacharya e N. Fraser, *Femminismo per il 99%. Un manifesto*, Roma e Bari, 2019, p. 80.

flessione sul populismo «al tempo della società liquida, dell'invadenza dei mercati e dell'intermediazione algoritmica» (Zolea).

Il riferimento non è evidentemente al populismo inteso come ideologia per cui il popolo costituisce una comunità omogenea e armonica fondata sulla condivisione di valori premoderni, che si pretende di difendere contro un nemico esterno cui sono state attribuite le sembianze più disparate, motivo per cui essa si esprime con la voce del leader: così inteso, il populismo rinvia a un ordine di tipo corporativo, ricomposto olisticamente al fine di attuare la collaborazione tra le classi[31]. Qui si intende al contrario la costruzione di un spazio politico capace di comprendere la molteplicità del sociale, votato a operare sintesi ma anche riconoscimento delle identità: tutto il contrario di una società omogenea o di un popolo concepito come realtà precostituita[32].

Insomma, il populismo a cui ci si riferisce è quello teorizzato con riferimento all'America latina, ovvero a un contesto in cui i fronti del conflitto sociale non coincidono con quelli tipici del Novecento europeo[33], dove è pertanto avvertita la necessità di collegare «domande eterogenee e la cui unità è garantita dall'identificazione con una concezione democratica radicale di cittadinanza e dall'opposizione comune all'oligarchia, a quelle forze che impediscono strutturalmente la realizzazione del progetto democratico»[34]. Il tutto combinato con la riflessione gramsciana per cui «le classi subalterne» non sono aggregazioni naturali, bensì entità da costruire attraverso «processi di decomposizione e di rinnovamento o di neoformazione»[35].

Va detto a questo punto che il conflitto agito dalle soggettività cui rinvia il populismo difficilmente può assumere l'aspetto per così dire ordinato del conflitto redistributivo novecentesco: quello cui allude il paradigma descritto a partire dalle elaborazioni di Macchiavelli. Questo è peraltro inevitabile, dal momento che i movimenti diversi da quello operaio non hanno una tradizione di «organizzazione e consa-

---

31 Ad es. L. Zanatta, *Il populismo in America latina. Il volto moderno di un immaginario antico*, in *Filosofia politica*, 2004, p. 377 ss.

32 Obbligato il riferimento a E. Laclau, *La ragione populista* (2005), Roma e Bari, 2008, su cui per tutti M. Baldassari e D. Melegari (a cura di), *Populismo e democrazia radicale. In dialogo con Ernesto Laclau*, Verona, 2012.

33 A. Somma, *Il diritto latinoamericano tra svolta a sinistra e persistenza dei modelli neoliberali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, p. 57 ss.

34 C. Mouffe, *Per un populismo di sinistra*, Roma e Bari, 2018, p. 79 s.

35 A. Gramsci, *Quaderni dal carcere XXV* (1934), Torino, 2014, p. 2288.

pevolezza», ma ciò non toglie che anche dalle «rivolte caotiche e senza direzione» possa derivare una benefica ripoliticizzazione della società. E persino la costituzione di una «classe in senso trasversale», come è quella fondata sulla «contrapposizione fra chi governa e trae benefici dal finanzcapitalismo e chi ne è soggetto e subisce gli effetti di un mondo sempre più diseguale e mercificato» (Algostino).

Non tutti reputano però che sia possibile riattivare un conflitto sociale capace di produrre emancipazione. Non tanto e non solo perché il capitalismo è condannato all'autofagia, ma al contrario in quanto si prevede abbia lunga vita, se non altro perché il conflitto appare oramai ridotto a uno scontro «fra classi sociali già tutte in sofferenza» e mai a danno delle élite: queste ultime «stanno sopra i conflitti e non ne periranno», motivo per cui «i conflitti sociali di oggi sono la morte dei diritti» (Bona).

4. Il ruolo delle corti: tra presidio del costituzionalismo e repressione del conflitto

È probabile che il conflitto sociale nel nuovo millennio si svilupperà su impulso di attori diversi dai protagonisti di quello novecentesco, se non altro per le tematiche ora al centro delle lotte: quelle per il riconoscimento ma anche quelle per la difesa dei beni comuni, i quali rinviano del resto a «pratiche di resistenza alle politiche neoliberali di spossessamento» che «trovano nel conflitto sociale la loro cifra» (Marella). Ciò detto, il tempo presente non risulta certo caratterizzato dal conflitto sociale, se non da quello effimero, incapace di interessare orizzonti temporali significativi.

A questo risultato ha indubbiamente contribuito la neutralizzazione dei lavoratori come protagonisti del conflitto. È certamente opportuno che questi ultimi siano affiancati da altri soggetti depauperati dal neoliberalismo, anche di quelli che alimentano il conflitto per il riconoscimento: l'unico a essere tollerato e al limite alimentato dal neoliberalismo (Bin). E tuttavia, nonostante i reiterati proclami sulla imminente fine del lavoro dovuta fondamentalmente dallo sviluppo tecnologico, il lavora resta una attività umana imprescindibile e i lavoratori un fondamento ineliminabile dell'ordine economico. Se un mutamento radicale vi è stato, esso concerne il loro rapporto con l'ordine politico, dal quale sono stati espulsi per effetto della riduzione della relazione di

lavoro a relazione di mercato qualsiasi[36], così come degli impedimenti posti a «una organizzazione di interessi collettivi riconosciuti come tali dai soggetti che ne sono portatori» (Terzi): le «identità di classe con la relativa conflittualità» sono state «rimpiazzate dalla figura passiva e inoffensiva del consumatore, resiliente invece che resistente» (Zolea).

A queste condizioni non stupisce se si tenta di riempire il vuoto di conflittualità sociale attraverso espedienti, come in particolare il ricorso alle corti al fine di ottenere *regulation through litigation*. Questa partica di lotta politica viene utilizzata soprattutto negli Stati Uniti, ad esempio per promuovere l'affermazione di un diritto delle nuove generazioni a un clima stabile o per contrastare il diritto di detenere e portare armi, ma anche per attaccare il diritto all'aborto. Di qui un primo motivo di critica alla pratica, che può avere una valenza emancipatoria ma anche alimentare «un'ottica conservatrice» e al limite reazionaria, come quella cui rinvia l'uso del contenzioso «quale meccanismo di sorveglianza privata per il rispetto dei dettami legislativi» (Serafinelli).

Un secondo motivo di critica è invece più radicale, dal momento che condanna in quanto tale il mancato coinvolgimento del legislatore: l'emancipazione «non può dipendere da sparute sentenze di condanne che intervengono a distanza di anni, ormai prive di qualsiasi funzione deterrente» (Bona). Inoltre, sebbene le corti abbiano «giocato un ruolo compensativo» rispetto all'affossamento del costituzionalismo democratico e sociale, esse non hanno potuto «garantire tutele equivalenti alle precedenti»: finendo persino per assolvere a una «funzione prettamente legittimante del nuovo corso neoliberale» (Guazzarotti). A riprova che quando la via giudiziaria alla regolamentazione funziona, come nei Trenta gloriosi, si deve innanzi tutto all'operare di meccanismi collocati a monte della dinamica giurisdizionale: «all'impegno e alla determinazione delle soggettività subalterne nel promuovere il conflitto, nell'agire politicamente» (Mostacci).

Da registrare poi che le corti appaiono sempre più attive nel reprimere e anzi nel criminalizzare il conflitto in genere e la lotta sindacale in particolare, esito ottenuto con espedienti particolarmente odiosi: il ricorso al «diritto penale come strumento volto non ad accertare uno o più fatti specifici di reato, ma a colpire un fenomeno sociale». Di qui la deriva per cui la sicurezza sociale viene ridotta a mero problema di

---

[36] A. Somma, *Abolire il lavoro povero. Per la buona e piena occupazione*, Roma e Bari, 2024, p. 68 ss.

ordine pubblico: si è tralasciato di «investire su un lavoro sicuro, stabile, garantito» e di «porre al centro politiche rispettose del territorio e dell'ambiente» e «si è preferito lasciare queste questioni alla repressione giudiziaria, criminalizzando l'azione di coloro che credono che un mondo diverso sia ancora possibile» (Locati). Il tutto realizzato da una «magistratura ben diversa da quella che si era sentita soggetto attivo nella realizzazione di un progetto di attuazione dei valori costituzionali»: una magistratura prona al «pensiero economico dominante», buona solo a emanare «sentenze aggrovigliate su indici e parametri tutti frutto di elaborazioni logico giuridiche che ignorano il contenuto economico del rapporto, il modo in cui si manifesta, gli interessi che va a soddisfare, i valori che entrano in gioco» (Terzi).

A ben vedere una simile critica può essere relativizzata, ove si tenga conto della circostanza per cui la *regulation through litigation*, oltre a corti aperte a progetti emancipatori, presuppone una classe di avvocati pronti alla «lotta per il diritto», e che alcuni istituti del diritto processuale assecondano un simile programma: in particolare l'azione di classe (Caponi). Detto questo, la critica trova riscontro nel favore tipicamente neoliberale per una disciplina dell'ordine economico affidata ai giudici, e più precisamente per la distribuzione del potere legislativo tra parlamento e corti tipica del *common law*: il primo emana soprattutto «regole di organizzazione» per «disciplinare l'apparato del governo», mentre le «regole di mera condotta le quali formano la base dell'ordine spontaneo della società» sono di norma prodotte dalle seconde, quindi «dal basso»[37]. Di qui l'inferiorità dei Paesi di *civil law*, dovuta alla circostanza per cui le regole di condotta sono contenute nei codici e sono dunque il prodotto di un atto di imperio del parlamento, il che le renderebbe meno adatte a fornire una soddisfacente tutela dei diritti soggettivi patrimoniali subordinati al volere dei pubblici poteri. Motivo per cui tra i caratteri identificativi dei sistemi di *common law* occorre annoverare la loro efficienza, in misura decisamente superiore rispetto a quanto si può affermare invece per i sistemi di *civil law*[38].

Questa conclusione stride con quella di una copiosa letteratura propensa a vedere nel codice civile di matrice ottocentesca lo strumento

---

[37] F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata* (1973-1979), Milano, 2000, p. 154 s.

[38] Cfr. R.A. Posner, *Some Uses and Abuses of Economics in Law*, in 46 *University of Chicago Law Review*, 1979, p. 281 ss.

della borghesia[39], e dunque un complesso di regole non certo difettose dal punto di vista della capacità di alimentare l'efficienza. Si tratta del resto di una conclusione tutta ideologica, concepita come abbiamo detto a corredo di un sostegno incondizionato per il modo neoliberale di disciplinare l'ordine economico, in ultima analisi complementare rispetto alla predilezione per un approccio microeconomico e alla correlata avversione verso le visioni macroeconomiche tipicamente keynesiane. Di qui il sospetto nei confronti «della capacità del diritto di formazione legislativa di prevedere e prescrivere in via generale e astratta le azioni utili a incrementare il benessere sociale», ovvero la «fiducia verso una conoscenza frammentata, che viene radicata presso le corti, a preferenza di una conoscenza aggregata da una mente pianificatrice» (Caponi).

5. Segue: il processo neoliberale

Occorre a questo punto riconoscere che, per quanto il processo senza conflitto sociale sia scarsamente produttivo di effetti emancipatori, il ruolo della corti appare comunque non secondario: «il diritto esiste, infatti, nella misura in cui può essere fatto valere in giudizio ove venga leso o ne sia incerta l'esatta portata». Il problema è semmai riconoscere quali sono i presupposti affinché ciò avvenga, e quali le strategie messe in campo per piegare il processo alle finalità allineate all'ortodossia neoliberale: il meccanismo processuale non è neutrale «rispetto ai conflitti interindividuali nonché rispetto ai conflitti di classe» (Nappi).

Da un simile punto di vista occorre sottolineare come il processo sia stato nel tempo trasformato in un meccanismo sempre più inadatto a rispecchiare un approccio keynesiano all'ordine economico e sempre più asservito al modo neoliberale di intenderlo. E come si sia a tal fine utilizzato uno strumento particolarmente affilato quanto a capacità di produrre uno snaturamento dei sistemi di *civil law* a favore di una assunzione da parte di questi ultimi di istituti e approcci tipici del *common law*: i Rapporti *Doing business*, prodotti annualmente in seno alla Banca mondiale per misurare i costi economici della regolamentazione giuridica sopportati dalle imprese nei diversi ordinamenti nazionali, e

[39] Scontato il riferimento ad A.J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973.

individuare così i modelli giuridici virtuosi di cui auspicare la circolazione[40].

Il primo Rapporto è stato pubblicato nel 2004[41]. Considera più di centotrenta Paesi, analizzati con riferimento a cinque aspetti esemplificativi dell'intero arco di vita di una impresa: (i) gli adempimenti richiesti per la sua costituzione, (ii) la disciplina del rapporto di lavoro, (iii) l'implementazione dei contratti, (iv) l'accesso al credito e (v) la gestione della sua crisi. Va da sé che la regolamentazione di questi aspetti è valutata positivamente nella misura in cui soddisfa i requisiti tenuti in considerazione dalla Nuova economia comparata[42]: se cioè testimonia un'ingerenza contenuta dei pubblici poteri, i quali devono impegnarsi soprattutto a tutelare i diritti soggettivi patrimoniali e a promuovere la loro implementazione. Questo intendono affermare i Rapporti *Doing business* nel momento in cui sostengono la superiorità degli ordinamenti nazionali che: (i) richiedono un numero limitato di procedure necessarie alla costituzione di un'impresa, (ii) affidano all'autonomia delle parti la definizione delle principali vicende concernenti il contenuto del rapporto di lavoro, inclusa la sua instaurazione e cessazione, (iii) promuovono l'efficienza del sistema delle corti e dunque costi e tempi contenuti per la risoluzione delle controversie, (iv) facilitano l'accesso al credito e assicurano nel contempo tutela al creditore, e (v) favoriscono i creditori in genere, non i soli lavoratori e l'erario, nel caso di fallimento dell'impresa.

Tutti questi dati conducono gli autori del Rapporto a vedere confermata la superiorità del *common law* sul *civil law* quanto a capacità di creare un ambiente idoneo allo sviluppo delle attività imprenditoriali e dunque di elevati livelli di benessere. La conclusione, infatti, è che i primi costituiscono un punto di riferimento in quanto regolano poco, laddove i secondi, in particolare se modellati sull'esempio francese, non sono da prendere in considerazione giacché regolano troppo[43].

Questo stesso schema viene riprodotto, talvolta con affermazioni perentorie, talaltra in forme più prudenti, in tutti i successivi Rapporti *Doing business*. Si è nel tempo ampliato il numero dei Paesi presi in

---

[40] I Rapporti sono disponibili in rete: https://archive.doingbusiness.org/en/doingbusiness.

[41] The World Bank, *Doing Business in 2004. Understanding Regulation*, Washington, 2004, p. 17 ss.

[42] Approccio notoriamente sviluppato a partire da S. Djankov *et al.*, *The Regulation of Entry*, in 117 *Quarterly Journal of Economics*, 2002, p. 1 ss.

[43] The World Bank, *Doing Business in 2004*, cit., p. xiv.

considerazione, nell'ultima edizione ben centonovanta[44], e si sono nel contempo aumentati gli aspetti utilizzati come punto di riferimento per valutare l'efficienza del loro diritto: si prendono ora in considerazione anche (vi) le procedure per ottenere permessi di costruzione e l'energia elettrica, (vii) le modalità di acquisto della proprietà, (viii) la tutela degli investitori con particolare riferimento agli azionisti di minoranza, (ix) il sistema fiscale, e (x) la disciplina del commercio transfrontaliero. Anche la valutazione di questi aspetti viene condotta seguendo gli insegnamenti della Nuova economia comparata, e dunque valorizzando gli ordinamenti in cui minore è l'ingerenza statale nella vita economica. Sono così premiati quelli che (vi) contengono le procedure richieste per costruire e ottenere energia elettrica, (vii) facilitano e velocizzano l'acquisto della proprietà, (viii) impongono trasparenza nelle operazioni con parti correlate e prevedono un'estesa responsabilità dei consiglieri di amministrazione, (ix) contengono la pressione fiscale e semplificano le procedure di riscossione, e (x) prevedono costi e tempi ridotti per organizzare un trasporto merci oltrefrontiera[45].

Va da sé che la conclusione ricavata da questi dati si pone in continuità con quanto si è voluto dimostrare sin dal Rapporto del 2004, anche se come abbiamo detto il linguaggio è più sfumato. Quanto occorre in questa sede mettere in luce è il ruolo di uno specifico aspetto: l'implementazione dei contratti, relativo in ultima analisi all'impatto sull'ordine economico del funzionamento della giustizia. Un aspetto preso in considerazione ad arte per vincolare l'amministrazione della giustizia «ad una massima strumentalità rispetto ad un diritto sostanziale che pone al centro la libertà contrattuale e la sua idoneità a essere cardine e motore propulsore anche nel settore della risoluzione delle controversie». Il risultato è un processo il cui esito non presuppone più un collegamento tra la singola controversia e il complesso dei valori cui viene informato l'ordine economico in quanto «dimensioni sovraordinate e trascendenti rispetto alla mera gestione efficiente del

---

[44] The World Bank, *Doing Business 2020. Comparing Business Regulation in 190 Economies*, Washington, 2019.

[45] I Rapporti *Doing business* hanno cessato le loro pubblicazioni dopo che in occasione di una verifica interna si è scoperto che gli ultimi contenevano dati alterati per favorire Cina e Arabia saudita: cfr. World Bank Group – Group Internal Audit, *Management Review of Data Irregularities in the Doing Business Reports from 2016 to 2020* (8 dicembre 2020), Report no. FY21-2-4-2104615. Sul punto ad es. D. Clercq, *Why Conflict between International Economic and Rights-Based Governance Is Inevitable*, in 40 *Berkeley Journal of International Law*, 2022, p. 18 ss.

contenzioso» (Caponi). Con il risultato che, in ambiti come il diritto del lavoro, il processo cessa di incidere «sul contenuto dei rapporti economico sociali»: pone loro limiti «esclusivamente in base a criteri di convenienza economica di mercato» (Terzi).

Insomma, i neoliberali pretendono di spoliticizzare il mercato anche attraverso la riduzione della controversia a vicenda che riguarda le singole parti e non anche la collettività, che pure ha un interesse a che «attraverso il processo si arrivi a una tutela giurisdizionale dei diritti in maniera giusta, efficiente ed effettiva». Con la precisazione che qui l'efficienza non coincide, come invece nei Rapporti *Doing business*, con la «performance economica della giustizia civile», esattamente come la «funzione sociale del processo» non può essere ridotta a vicenda relativa al «corretto funzionamento dell'economia» (Nappi).

6. Lo spazio del conflitto e la lotta contro i poteri globali

Il nesso tra diritti fondamentali e conflitto sociale si è storicamente sviluppato entro un «ring delimitato» (Bin): lo Stato nazionale in quanto contesto nel quale l'esito della lotta per l'emancipazione poteva tradursi direttamente in scelta politica. Questo nella misura in cui lo Stato era libero di adottare le misure fiscali e di bilancio indispensabili a implementare politiche redistributive, e a monte perché la sua comunità di riferimento le accettava in virtù di meccanismi solidaristici a cui si sentiva vincolata: è stata questa la ricetta di fondo dei Trenta gloriosi[46].

Tutto ciò è mutato radicalmente nel contesto europeo, dove i meccanismi in discorso sono evidentemente ancora un carattere distintivo delle comunità statuali, e tuttavia sono frustrati da quanto viene riassunto nel concetto di vincolo esterno. Quest'ultimo impedisce di tradurre il conflitto sociale in scelte di politica economica, oramai allocate a livello sovranazionale, ovvero in un contesto nel quale sono sconosciuti i vincoli solidaristici indispensabili a sostenere misure redistributive. La loro espulsione dall'orizzonte della politica economica è anzi il movente primo della costruzione europea, concepita per impedire che il conflitto possa determinare una allocazione delle risorse alternativa a quella risultante dal libero incontro di domanda e offerta (Somma).

---

[46] J. Fourastié, *Les Trente Glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, 1979.

Altrimenti detto, «senza uno spazio definito» la lotta per l'emancipazione viene ridotta a «inseguimento infinito del più debole nei confronti del più forte», il che rende «evanescente il conflitto sociale e la difesa dei diritti fondamentali». E proprio per questo la dimensione sovranazionale ha «delocalizzato il ring ove il capitale è chiamato a confrontarsi con le forze sociali antagoniste»: ha voluto sottrarre «ai suoi competitori lo spazio e gli strumenti con cui lottare, costringendoli ad un inseguimento impossibile» (Bin).

Se così stanno le cose, se cioè il conflitto sociale non è dissociabile dalla sua dimensione nazionale, occorre concludere che nel tempo presente non vi è spazio per il nesso tra esso e i diritti fondamentali. Non è però questa la lettura di coloro i quali reputano che il conflitto sociale abbia oramai una dimensione ultranazionale, esattamente come i poteri che si intendono contrastare: quelli alimentati «dallo sviluppo scientifico e tecnologico» e «dall'espansione del mercato». Questi poteri darebbero «vita ad una nuova sovranità che si snoda su di un piano diverso da quello esclusivamente nazionale» (Marini), lo stesso piano al quale si sviluppano i conflitti tipici del tempo presente, come ad esempio quelli per la «rivendicazione dei *commons*» (Marella).

Che gli impedimenti al riconoscimento dei diritti fondamentali derivino oramai da poteri globali è evidentemente un fatto incontestabile, che tuttavia non deve condurre alla conclusione per cui la lotta per il loro contrasto possa o addirittura debba prescindere dal piano nazionale. Innanzi tutto perché, come abbiamo detto, la redistribuzione come esito del conflitto presuppone un suo sviluppo entro una comunità coesa e questa al momento non può che coincidere con quella statale. E poi perché il successo del conflitto presuppone una redistribuzione delle relative armi secondo le ricette contemplate dal costituzionalismo democratico e sociale, che come sappiamo presuppone a sua volta la dimensione nazionale.

Se così stanno le cose, sono davvero limitate le possibilità di rendere la costruzione europea l'arena di una confrontazione capace di contrastare efficacemente l'ortodossia neoliberale[47]. E ritenere il contrario porta ad assumere una postura sovranazionalista speculare rispetto a quella nazionalista rimproverata ai critici dell'Unione europea: la di-

[47] Come sostenuto per tutti da L. Marsili e Y. Varoufakis, *Il terzo spazio. Oltre establishment e populismo*, Roma e Bari, 2017.

mensione sovranazionale, esattamente come quella nazionale, deve potersi considerare uno strumento attraverso cui perseguire valori e non anche come un valore in sé. Certo, il recupero della seconda dimensione «non è detto che ci restituisca il costituzionalismo democratico» (Guazzarotti), ma ciò non toglie che essa concerne lo «spazio entro cui un *demos* può avere dei punti di riferimento, esprimersi compiutamente, lottare per la realizzazione del progetto costituzionale» (Zolea). E la costruzione di un *demos* europeo è forse una nobile aspirazione, le cui possibilità non appartengono però a un orizzonte temporale di breve o medio termine[48].

Il tutto mentre «un ordine costituzionale sovranazionale allineato alla tradizione del costituzionalismo democratico e sociale» non si può ottenere ricorrendo a espedienti in funzione supplente: come in particolare la considerazione dell'Europa unita come una «comunità di diritto»[49]. Tanto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per la quale «era stato allestito un apparato scenografico», si è poi rivelata buona solo ad «anestetizzare quegli attori (sindacati, partiti politici, corti costituzionali) che ne avrebbero potuto contrastare l'attuazione» (Dani). Parliamo del resto di un articolato che non conosce la parità sostanziale e i diritti sociali, ovvero di un documento in ultima analisi concepito per determinare un arretramento del costituzionalismo[50]. E per assecondare lo «slittamento, perlomeno in ambito di teoria dei diritti fondamentali, del discorso sul fondamento dei diritti sociali dai bisogni verso altri concetti, primariamente gli interessi o in alternativa le capacità», funzionale ad alimentare la «depoliticizzazione» dell'ordine economico e più precisamente a «riformulare i termini del conflitto sociale come questione di organizzazione dei processi produttivi, riproduttivi e distributivi» (Goldoni).

---

[48] Per tutti D. Grimm, *Una Costituzione per l'Europa?*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, p. 356 ss.

[49] Al proposito M. Stolleis, *Europa, comunità di diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012, p. 293 ss.

[50] A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, p. 236 ss.

7. Il conflitto sociale e il ruolo del giurista fra tecnocrazia e recupero della dimensione politica

Se il recupero della dimensione nazionale del diritto attiene alla riaffermazione della sua essenza di strumento di direzione politica della società, il riverbero sulla figura del giurista appare inevitabile. Essa non può più corrispondere a quanto tradizionalmente dettato dal giuspositivismo: il giurista è finalmente visto come un attore politico e non anche come il pallido tecnocrate distante dalle arene delle passioni e delle idealità, ovvero come ingegnere sociale il cui operato non risente del contesto in cui è inevitabilmente immerso[51].

È noto che proprio quest'ultima è l'immagine tradizionalmente veicolata dal cultore del diritto occidentale[52], la cui autorappresentazione fa leva proprio sul suo essere il detentore di un sapere specialistico. Da tempo però si tratta di una immagine decisamente stridente con la realtà: il giurista ha smesso di recitare un copione scritto da lui, come accadeva all'epoca in cui i testi normativi impiegavano il linguaggio dell'economia reale. Le trasformazioni subite dall'ordine economico, e più precisamente l'avanzata della finanza, hanno infatti determinato il diffondersi di un linguaggio governato da espressioni il cui significato è interamente sottratto al controllo del giurista. Di qui la trasformazione radicale del suo ruolo in quanto cultore del positivismo legislativo o scientifico: diviene ora bocca delle leggi economiche, nella prima ipotesi, o fonte di un ordine concettuale ricavato dalla scienza economica, nella seconda ipotesi. In ogni caso non riesce a riempire con un suo progetto lo spazio apertogli dal ripensamento del ruolo attribuito al diritto statuale, che pure avrebbe potuto condurre a rifondare a suo favore l'autonomia del giuridico[53].

In effetti l'autonomia del giuridico risulta cancellata o quantomeno ridimensionata in modo determinante, e con essa la possibilità di rappresentare il giurista come tecnocrate legittimato dal suo essere detentore esclusivo di un patrimonio sapienziale. Se infatti il discorso giuridico diviene la mera parafrasi o riproduzione del discorso economico,

---

[51] M. Brutti, *La solitudine del presente*, in I. Birocchi e M. Brutti (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, p. 295 ss.

[52] Per tutti H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* (1983), Bologna, 1998.

[53] Già P. Grossi, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2000, p. 551 ss.

il diritto perde la sua ragion d'essere: diviene postdiritto, espressione nella quale il prefisso indica la negazione di ciò cui allude la parola a cui viene anteposto, ovvero che il diritto si riduce oramai a mero riflesso di altri fenomeni sociali. E lo stesso accade a coloro i quali pretendono, per il tramite del diritto, di disciplinare lo stare insieme come società: i cultori del postdiritto sono oramai incapaci di svolgere, pur in un contesto nel quale «la scienza del diritto ha un valore puramente pragmatico e strumentale», una «attività perfettamente autonoma» né tanto meno di rivendicare una «specie di fiera indipendenza»[54].

Il tutto è aggravato da un fenomeno per molti aspetti paradossale, sul quale soprattutto i linguisti hanno concentrato le loro riflessioni: quello per cui, mentre il linguaggio economico conosce un momento di capillare diffusione alimentata dalla finanza virtuale, i cultori della scienza economica non si dedicano a chiarirne il significato a beneficio dei non addetti ai lavori. Tanto che si può parlare di una vera e propria «finanziarizzazione della lingua», coincidente oltretutto con un crescente impiego di espressioni anglofone fonte di ulteriori fraintendimenti[55], ovvero della «applicazione di un unico linguaggio, di un'unica retorica con i suoi stilemi, a tutte le situazioni comunicative»[56].

Intendiamoci: l'incrocio tra il linguaggio del diritto e il linguaggio dell'economia e della finanza è fisiologico ove il primo intenda disciplinare le seconde, così come del resto avviene con i fenomeni sociali in genere. Si sfocia peraltro nella patologia se il linguaggio del diritto è determinato dal linguaggio dell'economia e della finanza, ovvero se indica un disciplinamento del primo da parte delle seconde: se produce «verità» capaci di orientare i comportamenti individuali e «piegare la realtà»[57].

A queste condizioni si può contrastare l'immagine del diritto come fenomeno necessariamente ridotto «a una delle forme in cui si manifesta o si cristallizzano le relazioni di potere», e dunque promuovere «discorsi di resistenza che possono realizzarsi attraverso il suo uso» (Marini). Si può cioè ancora rivendicare per i cultori del diritto un ruolo attivo nella direzione dello stare insieme come società, tuttavia solo

---

[54] G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1937, p. 5 s.

[55] R. Gualdo, *L'italiano dell'economia*, Roma, 2023, pp. 21 e 34 ss.

[56] J.-L. Egger, *Dall'anatocismo allo spread: esperienze di linguaggio finanziario*, in C. Marazzini (a cura di), *L'italiano delle banche e della finanza*, Firenze, 2016, p. 46.

[57] J.-P. Fitoussi, *La neolingua dell'economia ovvero come dire a un malato che è in buona salute*, Torino, 2019, p. xii.

se a monte si abbandona l'approccio tecnocratico e si sottolinea la dimensione tutta politica del diritto e della sua interpretazione: il loro essere funzionale a sostenere la lotta per l'emancipazione o al contrario la neutralizzazione in chiave neoliberale del conflitto sociale.

Altrimenti detto, occorre rigettare «una autonomia della sfera giuridica divaricata nelle sue differenze rispetto alla politica» e riconoscere finalmente che «le prerogative della politica nella produzione del diritto sono un tratto di fondo dell'età moderna di cui è bene che i giuristi si facciano scudo, più che vederle come un ostacolo». Promuovendo anzi una alleanza tra la politica e il diritto fondata sul riconoscimento di interessi comuni: entrambi «si ritrovano dalla stessa parte della barricata nel tentativo di arginare il predominio di poteri privati transnazionali che operano nei settori dell'economia-finanza e della scienza-tecnica» (Caponi).

E proprio da una simile alleanza si possono trarre le ragioni per sperare in un futuro disallineato rispetto ai desiderata neoliberali e dunque capace di rilanciare la lotta per l'emancipazione. Questo almeno ricaviamo in modo esemplare dalle decisioni che in materia di diritto del lavoro hanno consentito al «conflitto soffocato» di riemergere «costringendo a uscire dalle vie tradizionali», ad esempio dichiarando illegittimi i contratti collettivi nazionali di lavoro in violazione del precetto costituzionale per cui la retribuzione deve essere sufficiente ad assicurare una vita libera e dignitosa (Terzi). Con ciò riaffermando un principio che la magistratura aveva riconosciuto quasi sessant'anni or sono, in occasione del 12. Congresso dell'Associazione nazionale magistrati[58], quando venne approvata all'unanimità una mozione con cui si rigettava la «concezione che pretende di ridurre l'interpretazione ad una attività puramente formalistica indifferente al contenuto e all'incidenza concreta della norma nella vita del Paese»: il giudice deve essere «consapevole della portata politico costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare, pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge, un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione»[59].

L'alternativa è una deriva decisamente preoccupante, dal momento che ci troviamo in una situazione assimilabile a quella che ha precedu-

---

[58] Su questo evento «iconico», da ultimo R. Ferrante, *Tra Gardone e via Fani. Ideologie della giurisdizione tra associazionismo dei magistrati e storia politica del Paese*, in *Historia et ius*, 2022, 20, p. 1 ss.

[59] Associazione nazionale magistrati, *Atti e commenti XII Congresso nazionale Brescia-Gardone 25-28-IX-1965*, Roma, 1966, p. 307 s.

to l'avvento del fascismo tra i due conflitti mondiali. Ora come allora «una minaccia esistenziale alla democrazia costituzionale sorge dalla pretesa di primato del mercato nella società» (Zolea). Ora come allora le richieste di protezione dallo sconfinamento dell'economia, quando non restano semplicemente inascoltate, si risolvono in massima parte nell'affermazione di identità forti ed escludenti buone solo a disinnescare il conflitto redistributivo. Sono però richieste in linea con le tattiche elaborate per consentire al capitalismo di guadagnare tempo, le cui probabilità di successo sono direttamente proporzionali al livello di compressione della dimensione nazionale: il ring delimitato, l'unico di cui disponiamo, entro cui sviluppare una lotta per l'emancipazione all'altezza dei tempi. E senza questa lotta, come abbiamo detto, la riscoperta della dimensione politica della giurisdizione avrà il respiro corto.

Diritti e conflitto sociale: l'insorgenza dei movimenti

Alessandra Algostino

Vorrei muovere da una breve premessa teorica sul rapporto fra diritti e conflitto, per sottolineare come esso sia costitutivo e permanente e come coinvolga il senso e il concetto di diritto, per provare quindi a riflettere sui conflitti sociali del presente attraverso l'insorgenza dei movimenti sociali che si situano nello spazio dei diritti, ovvero del costituzionalismo. È nelle isole di insorgenza sociale dal basso che oggi risiede la forza alternativa che agisce conflitto sociale dalla parte dell'emancipazione?

1. Diritti e conflitto: un rapporto costitutivo e permanente

I diritti «sono sempre il prodotto di un conflitto sociale», si legge nell'invito alla riflessione del seminario. Aggiungerei che il diritto in sé è esito di conflitti ed è oggetto di conflitto, *permanentemente* – sottolineo – oggetto di conflitto.

Il diritto rappresenta la conclusione di conflitti (l'esito di rapporti di forza)[1], una modalità di risoluzione di conflitti[2] e, data la sua pluralità, nei modi di produzione giuridica come nei contenuti, è oggetto di conflitto. Del resto, la realtà in sé – della quale il diritto è parte in quanto fenomeno sociale – è costituita e attraversata da contraddizioni, emblematicamente rappresentate dal conflitto sociale, dalla lotta tra oppressi e oppressori.

---

[1] Sia consentito rinviare ad A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulle trasformazioni delle fonti del diritto*, Torino, 2018.

[2] G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma e Bari, 2010.

Il terreno dei diritti mostra con particolare evidenza l'esistenza di un conflitto intorno al diritto. Si pensi allo scontro fra il diritto legittimato in base al principio di validità[3] e il diritto che si impone in ragione del principio di effettività, dal punto di vista dei modi di produzione giuridica come del contenuto, laddove, ad esempio, il primo garantisce i diritti dei lavoratori e il secondo flessibilizza e de-regolamenta, degradando le tutele del e sul lavoro a contrattazioni private e diseguali fra le parti.

Il conflitto si pone come elemento fondante rispetto ai diritti in una duplice accezione: da un lato, in quanto è costitutivo rispetto alla loro creazione (i diritti nascono attraverso conflitti); dall'altro, in quanto i diritti vivono inseriti in un contesto storico e sono esposti a tensioni costanti. Il riconoscimento giuridico, detto altrimenti, non esaurisce il conflitto intorno ai diritti.

L'inserimento dei diritti in una Costituzione (rigida) e la sottrazione a revisione costituzionale attraverso l'assunzione fra i principi fondamentali li mettono al riparo da turbolenze ordinarie ma non da tempeste straordinarie o da un'erosione che, lenta nel tempo ma costante, ne mina le fondamenta sociali (una rivoluzione passiva). La tensione che accompagna i diritti, anche una volta che siano giuridicamente riconosciuti, si esprime nell'effettività, nello scostamento tra il dato reale e il dato normativo (scostamento paradigmaticamente riconosciuto nell'art. 3 c. 2 Cost.).

La normatività, la definizione come posizione giuridica soggettiva circondata da determinate garanzie, è l'esito di un conflitto, ma nello stesso tempo, nella complessità dei determinanti sociali e politici, è una delle variabili che riguardano la vita concreta, ovvero l'esercizio, del diritto.

Qual è il peso specifico del riconoscimento normativo di un diritto? È un interrogativo che coinvolge il senso del diritto sospeso fra materialità e mera forma. La sussunzione dell'effettività nello spazio del diritto costituzionale e, in senso lato, il costituzionalismo emancipante possono essere letti come un modo per superare la distinzione, aprendo il diritto alla considerazione del fatto nella direzione di una sua

---

[3] Il riferimento *prima facie* è all'approccio kelseniano (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *La dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 1961), con la precisazione che l'orizzonte della validità non esclude, come mostra la norma fondamentale presupposta (che, se non resta in una dimensione puramente logica, accede al principio di effettività), la considerazione del diritto come fenomeno materiale incardinato nella società.

trasformazione che concretizzi il riconoscimento giuridico: muovere dalla realtà per trasformarla. Non, dunque, una lettura tesa a depotenziare e svuotare il senso della normatività ma a integrarla con una lettura materialistica che la inserisca nella complessità del reale e la poggi con i piedi sulla terra, nella prospettiva che solo in tal modo è possibile guardare alla luna, e raggiungerla.

2. La spoliticizzazione come mancanza di collettivo e di futuro

Muovendo da questa premessa sul rapporto pluridimensionale fra diritti, conflitto e diritto, vorrei riflettere in concreto sui conflitti intorno ai diritti nel XXI secolo, senza ovviamente pretesa di completezza, ma provando ad evidenziare alcune linee di faglia.

Lo stato di cose presente ci consegna l'immagine di un mondo dominato dall'egemonia neoliberista, che ha colonizzato gli spazi economici, sociali, politici; tratteggiato un modello antropologico a sua immagine e somiglianza, l'*homo oeconomicus* o «homme compétitif»[4] imprigionato il tempo in un eterno presente, chiudendo l'orizzonte delle alternative, se non, vista la violenza e la voracità del capitalismo, della sopravvivenza umana. È il capitalismo cannibale descritto da Nancy Fraser[5].

Il neoliberismo persegue la neutralizzazione del conflitto, il suo annichilimento; il suo ideale è una non-società, senza legami sociali, una dis-aggregazione spoliticizzata di individui autoreferenziali e soli, dove conflitto e pluralismo politico sono rimossi perché la lotta è vinta dall'alto[6]. La società è spoliticizzata, dunque, nel senso che nega esistenza al conflitto; non solo: è spoliticizzata, in quanto è priva di visio-

---

[4] P. Dardot e C. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista* (2009), Roma, 2013; di individuo sciolto «nell'ordine proprietario» e di «funzionalizzazione delle sue condotte al mantenimento del principio di concorrenza», ragiona A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018, p. 58.

[5] N. Fraser, *Capitalismo cannibale. Come il capitalismo sta divorando la democrazia, il nostro senso di comunità e il pianeta* (2022), Roma e Bari, 2023.

[6] «Non è affatto venuta meno la lotta di classe. Semmai, la lotta che era stata condotta dal basso per migliorare il proprio destino ha ceduto il posto ad una lotta condotta dall'alto per recuperare i privilegi, i profitti e soprattutto il potere» (L. Gallino, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, intervista a cura di P. Borgna, Roma e Bari, 2012, p. 12); «la lotta di classe c'è», ma «è diventata unipolare»: «i capitalisti fanno lotta di classe a senso unico» (M. Tronti, *Lavoro*, in *Democrazia e diritto*, 2012, 1-2, p. 10 s.).

ne collettiva, di comunità politica, e, dato l'appiattimento sul presente, senza futuro.

Riprendo dalla voce "Politica" di Nicola Matteucci nell'*Enciclopedia delle scienze sociali*: «la politica si riferisce all'azione umana, che si dà in un mondo di azioni: ciò implica una molteplicità di soggetti agenti in una situazione sempre precaria e mutevole. Questa azione vuole mutare l'esistente»[7]. È una politica che richiede, seguendo la distinzione weberiana, il politico (autentico), non il professionista della politica, ovvero colui che ha «passione, senso di responsabilità, lungimiranza»[8].

Spoliticizzare, dunque, implica perdere il senso del collettivo, della comunità, la volontà di proiettarsi nel futuro, *alias* il desiderio di trasformazione e connesso ad esso la speranza; l'assenza della politica richiama il dominio, il potere dispotico, secondo la distinzione presente per secoli tra potere politico e potere dispotico.

Non è un caso che al neoliberismo si accompagnino solitudine e paura, una percezione di ineluttabilità e di mancanza di futuro.

Al freddo siderale e vuoto del neoliberismo – venendo al cuore del mio intervento – si contrappongono i movimenti sociali, che, in quanto si pongono nello spazio di una trasformazione emancipante, con la loro mera esistenza esprimono e concretizzano di per sé l'idea del collettivo, della comunità, e il desiderio di futuro, che è al contempo trasformazione del presente e immaginazione di alternativa.

Invero, il gelo della disgregazione e competitività neoliberale ha anche un correttivo, per così dire, "autoctono", che, tuttavia, non ne smentisce la struttura, ma la occulta e distrae: il populismo identitario, con la sua schmittiana logica dicotomica e di sopraffazione[9], intriso di conservatorismo all'insegna del "Dio, patria, famiglia".

Il nazionalismo populista – identitario ma rigorosamente neoliberista – unifica, semplifica, individua un nemico altrove (rispetto all'egemonia neoliberista): è un surrogato del conflitto sociale, utile a sterilizzarlo.

I movimenti, invece, si può ancora annotare, nel loro agire conflitti, si situano nello spazio della politica, in implicita opposizione, dunque, ad un potere che si pone come "assoluto" e unico, spoliticizzato, come

---

7 N. Matteucci, Voce *Politica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. 6, Roma, 1996.

8 M. Weber, *La politica come professione* (1919), in Id., *La scienza come professione. La politica come professione*, Torino, 2001, p. 94.

9 F. Remotti, *L'ossessione identitaria*, Roma e Bari, 2010, p. 140.

il dominio neoliberista. Esercitano conflitto sociale, se pur in forme diverse rispetto a quelle "classiche", quali le lotte operaie.

3. I movimenti sociali, la rivolta e il conflitto sociale

L'intento dell'intervento è, dunque, riflettere sui conflitti e sui diritti, sul conflitto sociale, attraverso la chiave di lettura dei movimenti sociali, ovvero sulle fratture aperte dal basso, nello spazio politico dell'auto-organizzazione[10], nelle isole di insorgenza sociale.

I movimenti sociali veicolano una conflittualità "nuova", si situano lungo le faglie che in un contesto dinamico si aprono nel terreno del conflitto sociale; in questo senso, i movimenti costituiscono la cartina di tornasole delle trasformazioni e delle tensioni che attraversano la società, molto spesso sono la prima voce a rivendicare diritti *in fieri*, evidenziare contraddizioni, esprimere bisogni, ovvero sollevare un conflitto[11]. Le fratture sociali assumono contorni inediti, nascono nuovi soggetti collettivi, si modificano gli strumenti di azione: i movimenti rivoluzionano i modi e gli obiettivi della protesta[12].

Ora, non ci si nasconde che il disagio sociale può dar luogo a movimenti antidemocratici, razzisti, fascisti, che non agiscono, nemmeno implicitamente, nell'orizzonte dei diritti, ma in questa sede si intende riflettere sulle caratteristiche e sulle potenzialità dei movimenti che agiscono all'interno dello spazio democratico, se pur, a volte, forzando i confini attraverso rivolte e azioni di disobbedienza. Si ragiona, in altri termini, dei movimenti che costituiscono esempio di «effettiva partecipazione» (art. 3, c. 2, Cost.), esercitando diritti costituzionali e agendo, in modo esplicito o implicito, nel segno della Costituzione.

Sono isole frammentate, a volte atolli isolati, altre arcipelaghi; il loro rapporto con il continente delle istituzioni e della politica "ufficia-

---

[10] Sulle mobilitazioni collettive, che, nella loro eterogeneità, «hanno l'obiettivo di cambiare la società nel suo insieme o un suo aspetto specifico attraverso l'azione stessa» (p. 11), cfr. L. Bosi e L. Zamponi, *Resistere alla crisi. I percorsi dell'azione sociale diretta*, Bologna, 2019.

[11] In tema, si vedano, fra gli altri, G. Allegri, Nuovi *movimenti sociali e teorie critiche del costituzionalismo postnovecentesco oltre la new European governance*, in M. Blecher, G. Bronzini, R. Ciccarelli, J. Hendry e C. Joerges (a cura di), *Governance, società civile e movimenti sociali. Rivendicare il comune*, Roma, 2009 e P. Pellizzetti, *Conflitto. L'indignazione può davvero cambiare il mondo?*, Torino, 2013, spec. cap. 3.

[12] Considerazioni in merito, in ordine a movimenti odierni, in C. Raimo, *Fenomenologia dello stare in piazza*, in *il manifesto* dell'8 giugno 2020.

le" è dialogante, rivendicativo, oppositivo, indifferente (indifferenza sia come indipendenza sia come rifiuto). Tuttavia, qui non vorrei riflettere sulla loro interazione con la politica "istituzionale"[13], bensì su *come* essi innervino di "politica" la società, agendo conflitto sociale.

In primo luogo, mi pare utile introdurre una possibile differenziazione fra tipologie di movimenti: quelli che si connotano per il carattere esplosivo, molto intensi ma più effimeri, e spesso frammentati e disarticolati; e quelli caratterizzati da eruzioni effusive, che, pur non escludendo momenti ad alta intensità, si contraddistinguono per un'organizzazione e un'attività che perdurano nel tempo.

La distinzione, peraltro, è fluida, in quanto spesso nelle proteste esplosive un ruolo chiave è comunque giocato da organizzazioni preesistenti, così come, d'altro canto, le esplosioni spesso lasciano sedimenti, reti di collegamento, gruppi strutturati. Esempio del primo tipo sono le proteste scoppiate a Minneapolis e dilagate negli Stati Uniti (e non solo) dopo l'uccisione di George Floyd da parte della polizia durante l'arresto, *Black Lives Matter* (2020)[14]; mentre, a rappresentare il secondo genere, possono essere alcuni movimenti territoriali, fra i quali in Italia emerge, per l'ormai ultratrentennale azione, il movimento no Tav.

La classificazione, tuttavia, come detto, non può che essere indicativa, sia per la contemporanea presenza di proteste organizzate e spontanee sia per il carattere dinamico dei movimenti, per loro stessa natura refrattari all'incasellamento in definizioni rigide e statiche[15].

La commistione di lotte è particolarmente evidente in Francia e registra nel suo percorso un progressivo avvicinamento tra le differenti forme di protesta: la mobilitazione di vari soggetti collettivi organizzati, a partire dai sindacati (la Cgt per tutti), e la presenza di una partecipazione immediata, spontanea, segnata dalla rabbia. Si pensi al movi-

---

[13] Sul punto, sia consentito rinviare ad A. Algostino, *La partecipazione dal basso: movimenti sociali e conflitto*, in *Quaderni di Teoria Sociale*, 2021, 1, p. 61 ss.

[14] A proposito della protesta *Black Lives Matter*, si sottolinea come la stessa abbia una forte connotazione antirazzista, che si intreccia con la presenza di diseguaglianze sempre più laceranti (si vedano E. Grande, *No justice no peace. George Floyd e la rivolta sociale: gli Stati Uniti al Redde Rationem?*, in *MicroMega online*, 4 giugno 2020; L. Celada, *L'America brucia e il tiranno è asserragliato nel palazzo*, in *il manifesto* del 31 maggio 2020 e Id., *Vite nere della lotta collettiva*, in *il manifesto* del 13 luglio 2023).

[15] Similmente, cfr. L. Caruso, *Per una teoria dialettica del rapporto tra movimenti e sistema sociale: communitas, immunitas, individuazione e azione collettiva*, in *Partecipazione e conflitto*, 2010, 3, p. 129.

mento del 2016 contro la *Loi Travail*[16] (sotto la presidenza socialista di François Hollande), seguito dalle proteste dei *gilets jaunes* nel 2018 e, da ultimo (2023), dalle lotte, che si distinguono per costanza e partecipazione, contro la macroniana riforma delle pensioni[17].

La natura esplosiva di un movimento richiama l'immagine del *riot*, della rivolta, e, implicitamente, una qualificazione che ne sminuisce il valore politico. Ora, le rivolte possono essere episodiche, frammentate, per così dire, "scomposte", ma non per questo prive di significato politico[18]. Leggerle come mera irruzione disorganica ed estemporanea di insensatezza ne depotenzia il valore controegemonico e sovversivo.

Un filo rosso, che le lega, è la ribellione al malessere, al disagio economico sociale, alle contraddizioni, percepite, se pur magari senza una (piena) consapevolezza. Le rivolte in tal senso sono uno scatto d'ira dai margini, dal sotterraneo dei subalterni: non è lo scavo organizzato di una talpa ma una eruzione improvvisa dal sottosuolo.

Le rivolte non sono pre-politiche o protopolitiche, ma, come osserva Donatella Di Cesare, piuttosto iper-politiche[19]: esprimono un conflitto che sovverte e rifiuta lo stesso spazio politico, le istituzioni, lo Stato e la sua organizzazione. «In gioco è la ridefinizione stessa dello spazio politico»[20]: non è un caso, allora, che durante la rivolta del 2023 delle *banlieues* in Francia, scoppiata con l'uccisione il 27 giugno da parte della polizia di Nahel Merzouk a Nanterre, siano assaltate e date alle fiamme non solo caserme della polizia ma anche scuole.

Sono gli esclusi, coloro che sono definiti «posterità inopportuna», che si ribellano contro un assetto sociale percepito come «responsabile della propria "inopportunità"», per cui «la distruzione mira non solo alle automobili – simbolo della società in cui i genitori si sono integrati con tanti sacrifici –, ma anche alle scuole, alle palestre, alle aree per i giochi dei figli delle periferie»; è «una reazione spontanea dei giovani delle periferie "maledette" a uno sviluppo economico e politico che oggi non riserva loro alcunché di promettente o di semplicemente

---

16 Legge n. 2016-1088 dell'8 agosto 2016, nota come *Loi Travail* o *Loi El Khomri*.

17 Cfr. F. Ortona, *La Francia in fiamme: tra scioperi e protesta sociale*, in *Volere la luna*, https://volerelaluna.it/, 27 aprile 2023, nonché, in versione più ampia, *La Francia, gli scioperi: fenomenologia dello zbeul*, in *Alternative per il Socialismo*, 2023, 68.

18 In tal senso, cfr. D. Di Cesare, *Il tempo della rivolta*, Torino, 2020, spec. p. 14 ss.

19 *Ivi*, p. 18.

20 *Ivi*, p. 20.

accettabile»[21]. È la voce dei dannati della terra (Fanon), delle «vite di scarto» (Bauman), degli espulsi (Sassen).

La natura politica di rivolte, anche caotiche e senza direzione, è, d'altro canto, comprovata se si guarda l'*humus* dal quale germogliano: la diseguaglianza e l'abbandono delle politiche di emancipazione. Sono moti che nascono come effetto del conflitto sociale agito dall'alto, quando non riconducibili altresì a politiche coloniali, del passato e del presente.

«Il riot può essere compreso soltanto se lo si considera dotato di valenze interne e strutturali» e risulta «inscindibile» e «illuminante» rispetto all'«attuale crisi sistemica del capitalismo»[22].

La rivolta può essere definita come un'espressione del conflitto sociale che manca in organizzazione e consapevolezza, ma dà conto della violenza – fisica e culturale – della lotta di classe giocata dall'alto. Lungi dall'essere impolitica, la rivolta esprime un rifiuto radicale del sistema esistente, se pur insistendo su un ribaltamento dell'orizzonte prima ancora di rivendicarne una trasformazione. Il desiderio di rompere un futuro blindato come primo passo per un *altro* futuro?

4. Faglie sui diritti e movimenti

Il conflitto sociale è il terreno dove, se pur a volte sotto altre spoglie, si radicano molte delle nuove faglie che attraversano la società nella rivendicazione di vecchi e nuovi diritti; come osserva Franco, militante no Tav: fra le ragioni della lotta contro l'alta velocità vi è «il conflitto sociale che è nato e continua a perdurare in questa storia»[23].

Quali sono le nuove faglie? E quali sono le loro caratteristiche?

Vorrei affrontare il discorso concentrandomi su alcuni elementi che emergono per la loro ricorrenza e il loro potenziale trasformativo e veicolano una politicità – con la loro esistenza, con le loro azioni, con la loro visione – che spesso si pone in sé come strutturalmente antitetica

---

[21] S. Palidda, *Mobilità umane. Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Milano, 2008, p. 150 ss.

[22] J. Clover, *Sciopero. Riot. Una nuova epoca di rivolte* (2016), Milano, 2023.

[23] *Strada facendo - Storia di Franco*, in M. Bo e M. Cappellino (a cura di), *Voci narranti. Storie resistenti dalla Val di Susa*, Quaderni del Controsservatorio Val Susa, n. 5, Napoli, 2023, p. 55; sul punto, cfr. anche L. Pepino e M. Revelli, *Non solo un treno… La democrazia alla prova della Val Susa*, Torino, 2012; ci si permette di citare anche A. Algostino, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav*, Napoli, 2011.

rispetto alla spoliticizzazione della società e del mercato. Si tratta di chiavi di lettura e di concetti attraverso i quali è possibile legare insieme la riflessione teorica e l'esperienza concreta.
Il territorio, la trasversalità (la classe in senso trasversale), la convergenza: sono questi i concetti attraverso i quali vorrei riflettere sul conflitto sociale del presente.

4.1. Territorio

Il territorio è elemento chiave in molte proteste: le lotte contro le grandi opere (dal movimento no Tav alla protesta contro l'aeroporto di Notre Dame des Landes o i mega bacini in Francia alle lotte in Cile contro la costruzione di dighe), la resistenza delle comunità native contro l'estrattivismo, le azioni nonviolente degli ambientalisti, le rivolte urbane, le occupazioni abitative, sino alle migrazioni.

Il conflitto *sul* territorio e *per* il territorio, che nasca in relazione alla tutela di un ambiente naturale o al modo di concepire e vivere lo spazio urbano, può essere letto come nuova rappresentazione del conflitto sociale, dello scontro fra visioni del mondo: il territorio mercificato e oggetto di predazione nel contesto di una razionalità di governo neoliberale *versus* il territorio come spazio di una nuova socialità che rivendica la centralità della persona e dei suoi bisogni, nella consapevolezza di essere parte di un ecosistema[24].

Il territorio è il motivo *per il quale* e *nel quale* nasce un movimento: è la ragione scatenante il movimento e, al contempo, lo spazio fisico nel quale il movimento si organizza[25].

Ciò non implica, sia chiaro, né la qualificazione delle mobilitazioni come *Nimby* (*Not In My Back Yard*), attraverso la quale si intende malevolmente che i partecipanti siano «mossi dal cieco egoismo di chi non vuole un certo impianto a casa propria, ma non muoverebbe un dito

---

[24] Cfr. A. Bonomi, *Territorio e politica*, in Id., L. Mazzone e C. Villiot, *Geografia, Territorio, Relazioni*, Pinerolo, 2023, p. 17 ss.

[25] Cfr. L. Pellizzoni, *Territorio e movimenti sociali. Continuità, innovazione o integrazione?*, in *Poliarchie/Polyarchies*, 2014, 2, p. 9; si veda altresì il filone di studi che insiste sulla rilevanza delle città come luoghi di conflitto (per tutti, cfr. D. Harvey, *Città ribelli. I movimenti urbani dalla Comune di Parigi a Occupy Wall Street*, Milano, 2013; M. Bookchin, *Dall'urbanizzazione alle città* (2021), Milano, 2023), così come le riflessioni sulla centralità delle «lotte di confine» (S. Mezzadra, *Metamorfosi di un solco. Terra e confini*, in *Parolechiave*, 2018, 59, p. 41 ss.).

se esso fosse proposto a casa d'altri»[26], né la loro configurazione come esclusivamente locali.

Nelle proteste si manifesta un nuovo modo di intendere il territorio, che scardina forme, decisioni e orizzonti del potere politico ed economico dominante.

In primo luogo, il luogo viene ad essere sede di relazioni, un'opportunità per ricostituire legami sociali[27]: ovvero, il contrario di un «nonluogo»[28]. Si recupera in tal modo una dimensione collettiva e il territorio diviene spazio di vita della comunità, in opposizione al dilagare della visione di una libertà ed autonomia del singolo ripiegata sull'auto imprenditorialità, nella prospettiva di una ricerca individuale del successo nello scenario del mercato globale[29].

Si pensi al ruolo dei presidi, come estrinsecazione concreta della mobilitazione. Il presidio è il luogo catalizzatore della protesta, il simbolo di una ri-appriapriazione in chiave comunitaria e di ri-attribuzione di significato al territorio. Nei presidi si respira il senso di una mobilitazione popolare; ai presidi si incontrano generazioni e appartenenze diverse, restituendo concretamente l'immagine di una lotta popolare. Il presidio è forma di mobilitazione, luogo di aggregazione, di discussione, di decisione, laboratorio politico. È nei presidi che si sperimentano forme spontanee di democrazia e un'autogestione dove ciascuno apporta il suo contributo.

Analogo ragionamento può farsi in relazione all'esperienza delle "zone liberate", quale in Val Susa la Libera Repubblica della Maddalena (2011), dove, lungi da qualsivoglia suggestione di tipo secessionista – se mai ad essere evocate sono le esperienze resistenziali, come quella di Alba, sorte «ad onta delle grigie premesse e delle nere futurità»[30] – ,

---

[26] L. Bobbio, *Un processo equo per una localizzazione equa*, in L. Bobbio e A. Zeppetella (a cura di), *Perché proprio qui? Grandi opere e opposizioni locali*, Milano, 1999, p. 186.

[27] Il recupero della socialità, dell'essere parte di una comunità, è ricorrente nelle storie biografiche di partecipanti al movimento no Tav (ad esempio, si veda *Una vita "movimentata" – Storia di Mira*, in M. Bo e M. Cappellino (a cura di), *Voci narranti*, cit., p. 134: «questa lotta ha contribuito a creare comunità; da questo punto di vista, abbiamo già vinto»); un approfondimento sul punto è in M. Aime, *Fuori dal tunnel. Viaggio antropologico nella val di Susa*, Milano, 2016.

[28] Cfr. M. Augé, *Nonluoghi. Introduzione ad una antropologia della surmodernità* (1992), Milano, 2002.

[29] Considerazioni in merito, e ulteriori rinvii bibliografici, sono in F. Pizzolato, *Mutazioni del potere economico e nuove immagini della libertà*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 3.

[30] B. Fenoglio, *Il partigiano Johnny*, Torino, 1968, p. 178.

si sperimenta democrazia dal basso[31], attraverso forme di autogestione, dove i cittadini – la partecipazione è trasversale e popolare – organizzano seminari, dibattiti, cortei e preghiere. È un luogo effervescente, dalla vita intensa, ricca di analisi e immaginazione, se pur con i suoi conflitti, i suoi contrasti e tensioni e, indubbiamente, facilitata dall'entusiasmo proprio degli esordi.

Si può pensare, ancora, allo spazio anarchico dei rave come sperimentazione politica, che evoca la sospensione e/o rovesciamento delle regole propria di feste come il carnevale, con il loro potenziale trasformativo[32]. Sono occasioni per sovvertire l'ordine costituito, le divisioni sociali, immaginare – e sperimentare – altri rapporti sociali.

In secondo luogo, la difesa del territorio, dell'ambiente, inducono ragionamenti intorno allo sviluppo sostenibile, ai beni comuni, alla decrescita, all'articolazione del sistema economico, alla distribuzione delle risorse, agli stili di vita: il modo di intendere il territorio diviene parte di una visione del mondo, *altra* rispetto a quella riconducibile ai sostenitori della scelta oggetto di contestazione. La singola *issue* locale diviene occasione per lanciare lo sguardo oltre l'orizzonte; in questo senso l'identità dei movimenti territoriali pare caratterizzarsi per una dinamica "espansiva", una progressiva generalizzazione.

Il richiamo al territorio evoca un nuovo modo di intenderlo, ovvero una ecologia politica (si pensi alle cosmovisioni delle popolazioni native, al *buen vivir*), che a sua volta è legata ad un modo diverso di intendere i rapporti sociali e anche a nuove pratiche di mobilitazione.

Come esempio, si può citare il Malón de la Paz (nome che riprende una tattica militare mapuche) che ha portato i rappresentanti di più di trecento comunità native a percorrere in marcia il paese e ad accamparsi a Buenos Aires "in veglia" davanti alla Corte Suprema per protestare contro una riforma che favorisce le attività estrattive di multinazionali minerarie[33].

Non solo: la riappropriazione del territorio e il suo mutamento di significato si accompagnano alla sperimentazione, e all'immaginazio-

---

[31] In argomento, cfr. J. Brecher, T. Costello e B. Smith, *Come farsi un movimento globale. La costruzione della democrazia dal basso* (2000), Roma, 2001; nonché, M. Kaldor, S. Selchow, S. Deel e T. Murray-Leach, *The 'Bubbling Up' of Subterranean Politics in Europe*, London School of Economics Research online, Luglio 2012.

[32] D. Graeber e D. Wengrow, *L'alba di tutto. Una nuova storia dell'umanità* (2021), Milano, 2022.

[33] F. Ciancaglini, *Tutto un mese davanti alla corte suprema, il «malón» non se ne va*, in *il manifesto* del 31 agosto 2023.

ne, di nuovi modi di intendere la democrazia. Nella gestione del movimento si utilizzano per lo più strumenti riconducibili alla democrazia diretta, con decisioni assunte attraverso discussioni assembleari, che privilegiano la ricerca dell'unità rispetto a votazioni nette, in aderenza ad una concezione orizzontale, e non formalizzata e burocratizzata, dei rapporti politici[34].

Quando il movimento si articola sul territorio vengono create strutture di coordinamento dei comitati, le quali, a loro volta, si inseriscono in reti più ampie che collegano movimenti analoghi sorti in altri territori, a livello nazionale e oltre. Non di rado, poi, i movimenti, nel loro sviluppo, creano sinergie con la democrazia rappresentativa a livello locale, sostenendo liste civiche, dando vita ad una rappresentanza che mantiene un rapporto permanente e continuo con i movimenti, con una legittimazione reciproca, bi-direzionale.

Il luogo diventa lo spazio fisico nel quale sperimentare forme nuove di organizzazione sociale e partecipazione, contrapponendo un territorio sentito come *proprio*, dove si vive la democrazia e si ragiona di nuovi modelli di rapporti sociali ed economici, a non-luoghi, da dove "calano" decisioni percepite come eteronome. Non è egoistica difesa del territorio locale, ma una sua re-interpretazione che, in un certo qual modo, lo trascende, con la presa di coscienza che l'espropriazione del proprio territorio è parte di un processo globale di predazione neoliberista.

Il territorio veicola una rivendicazione di partecipazione che spesso insiste sul legame con il luogo (urbanistica partecipata, gestione dei beni comuni, etc.), così come anche le "classiche" lotte operaie – per tutte l'esperienza della Gkn – costruiscono sinergie con il territorio.

Dunque, i movimenti territoriali contrappongono socialità e condivisione all'individualizzazione e alla frammentazione competitiva del mercato, si fanno portavoce di visioni del mondo dove valori universali, come la tutela della persona e dei suoi bisogni, sono centrali versus modelli retti dalle pretese di profitto di pochi, propongono e sperimentano nuovi modi di intendere la democrazia: i movimenti territoriali sono soggetti collettivi che esprimono e veicolano un modello alternativo di società rispetto a quello dominante, rappresentano in

---

[34] In tema, cfr. P. Ceri (a cura di), *La democrazia dei movimenti. Come decidono i no global*, Soveria Mannelli, 2003 e T. Vitale (a cura di), *In nome di chi? Partecipazione e rappresentanza nelle mobilitazioni locali*, Milano, 2007.

modo nuovo rispetto alle contrapposizioni dei partiti novecenteschi il conflitto sociale.

Creare comunità, vivere solidarietà è sovversivo in sé, in quanto si pone contro l'individualismo e la competitività, agendo così di per sé conflitto contro il modello dominante.

Nello stesso tempo, recuperare il territorio, come luogo di svolgimento concreto di un conflitto, presenta una eccedenza di significato se solo si pensa che ciò avviene contro la smaterializzazione della *global economic governance*, con l'evanescenza dei suoi nuovi irraggiungibili sovrani, i suoi processi decisionali senza forma e senza luogo, il suo diritto *soft*, liquido e de-territorializzato, che rendono impossibile l'espressione fisica del conflitto e tendono ad occultarne l'esistenza[35]. Dunque, la lotta *sulla* e *per* la terra come espressione di dissenso che restituisce fisicità e concretezza ad un conflitto che le forze egemoni vorrebbero invisibile, mistificato dietro la retorica di modelli come l'economia sociale di mercato o la falsa eguaglianza della *governance*, o distratto e distorto nella logica della guerra, che sia "tradizionale" come in Ucraina, che sia "invisibile" come quella ai migranti[36].

Ancora: il territorio è elemento centrale nelle lotte urbane, nei movimenti legati all'abitare[37]. Nelle città il territorio con la sua divisione fra centro e periferia raffigura plasticamente il conflitto sociale e lo scatena. Le città sono luoghi di conflitto[38], terreno di scontro fra il diritto alla città, intesa come "spazio di vita per tutti", e la città come "merce", come luogo dal quale estrarre profitto. Attraverso concetti come *smart city* e *global city*[39] le città divengono raffigurazione concreta dell'egemo-

---

35 Sul tema, sia consentito rinviare ad A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto*, cit.

36 Appare una versione crudele della sovranità, che si manifesta come «controllo sulla mortalità» (A. Mbembe, *Necropolitica* (2003), Verona, 2016, p. 8); con taglio giornalistico, si veda M. Pagliassotti, *La guerra invisibile. Un viaggio sul fronte dell'odio contro i migranti*, Torino, 2023.

37 Un abitare inteso come «rapporto politico esistenziale a sé, agli altri, alla terra» (D. Di Cesare, *Il tempo della rivolta*, cit., p. 67).

38 Per tutti, cfr. D. Harvey, *Città ribelli*, cit.; nella dottrina italiana più risalente, si segnala G. Della Pergola, *Diritto alla città e lotte urbane. Saggi di sociologia critica*, Milano, 1974; da ultimo, P. Pellizzetti, *Il conflitto populista. Potere e contropotere alla fine del secolo americano*, Verona, 2019.

39 Cfr. P. Costa, *La sicurezza della global city. Prassi globale e critica costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, 2, p. 101 ss.: la *smart city* sarebbe «la proiezione urbanistica, amministrativa e socioeconomica "interna" della città globale», intesa – quest'ultima

nia neoliberista, oggetto di un processo di *gentrification*[40], realizzato con una pacificazione forzata attraverso l'espulsione del disagio sociale e del dissenso e la declinazione del conflitto sociale come lotta fra metropoli e periferie[41].

Infine attraverso il territorio passa la meta contraddizione, asse imprescindibile delle politiche future, rappresentata dalle migrazioni: il territorio diviene fortezza del privilegio e, di nuovo emblema, di un conflitto sociale agito su scala mondiale. La persona migrante incarna le contraddizioni del capitalismo, dal colonialismo all'estrattivismo; ne è doppiamente vittima per le sue condizioni originarie e in quanto costretta a migrare e respinta. E l'atto di migrare, la volontà di attraversare – e rompere – confini è un atto sovversivo: una denuncia degli effetti del neoliberismo e una rivendicazione di uguaglianza. La migrazione si pone come atto esistenziale e politico di ribellione[42].

Le frontiere sono quelle degli Stati ma anche delle condizioni di vita. È il conflitto sociale, di nuovo.

4.2. Trasversalità

Nei movimenti territoriali, compare una classe *in sé*, che acquisisce sempre più la consapevolezza di essere una classe anche *per sé*[43], raggiunge «la coscienza che i propri interessi corporativi, nel loro sviluppo attuale e avvenire, superano la cerchia corporativa… e possono e debbono divenire gli interessi di altri gruppi subordinati»[44].

Si assiste ad un "salto in generalità", con la maturazione di consapevolezza politica, la capacità di collegare locale e globale, di cogliere

---

– come «irradiazione del potere postnazionale dell'economia globale» (pp. 102-103); sul tema, cfr. S. Sassen, *Le città nell'economia globale*, Bologna, 2003.

40 In argomento, si segnala G. Semi, *Gentrification. Tutte le città come Disneyland?*, Bologna, 2015.

41 «La città capitalistica sarà sempre (come già è oggi) la "città per pochi", di alcuni solo; mentre gli altri (i più) dovranno vivere segregati nei ghetti delle periferie anonime»; «simbolicamente, il luogo dello sviluppo del capitalismo è anche il luogo dove massimamente si concentrano le ingiustizie sociali, e dunque dove poi si annidano i conflitti» (G. Della Pergola, *Diritto alla città e lotte urbane*, cit., p. 18).

42 Cfr. D. Di Cesare, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, 2017.

43 … riprendendo il pensiero marxiano sulla classe "di fatto" senza coscienza di classe.

44 A. Gramsci, *Quaderno 13*, par. 17, in *Quaderni del carcere*, vol. 3, *Quaderni 12-29 (1932-1935)*, a cura di V. Gerratana, Torino, 2014, p. 1584.

le connessioni e le ragioni attraverso una chiave di lettura complessa e complessiva.

Come racconta Celerina (classe 1940), sarta prima dei quattordici anni, operaia alla Fiat, partecipante al movimento no Tav: «io mi scaldo per tutte le cause sulla libertà»[45] o, come osserva un'altra partecipante, Mira: «la nostra lotta… non è solo una lotta contro il treno, ma è una lotta contro l'oppressione di una certa parte del mondo verso un'altra che ha meno voce»[46].

Oggi mi pare che lo stesso salto in generalità lo stiano compiendo i movimenti ambientalisti (Fridays For Future, Extinction Rebellion, Ultima generazione, per citare i più noti): dal riscaldamento climatico al modello di sviluppo in senso complessivo.

Sapranno fare lo stesso i movimenti per i diritti civili? Penso in particolare alle mobilitazioni Lgbtq+ che animano i Pride, coinvolgendo migliaia e migliaia di persone. Oppure essi sono espressione – lo dico provocatoriamente – della libertà senza uguaglianza del neoliberismo? L'alta e vivace partecipazione ai Pride, ma non ad altri cortei, direttamente riconducibili alla materialità delle condizioni di vita (il tema del lavoro per tutti), interroga il tipo di consapevolezza dei partecipanti a tali mobilitazioni.

La trasversalità concerne ad un tempo la composizione dei movimenti, le rivendicazioni (la vicinanza tra rivendicazioni, la convergenza con altre lotte) e le pratiche.

Per tutti, si pensi alla partecipazione plurale al movimento no Tav[47]: gruppi organizzati e singoli; centri sociali e cattolici per la valle; i sindacalisti e gli imprenditori di Etinomia; gli anarchici e gli amministratori locali; giovani e anziani; e poi agricoltori, artigiani, operai, docenti, etc.

È una pluralità che tiene insieme anche le diverse pratiche, che si contaminano, dalle barricate di carta alla disobbedienza civile sino al "disarmo" dei Soulèvements de la Terre[48], e conduce al rifiuto della distinzione fra "buoni" e "cattivi". Emblematico in tal senso è lo slo-

---

[45] *Amo la libertà – Storia di Celerina*, in M. Bo e M. Cappellino (a cura di), *Voci narranti*, cit., p. 37.

[46] *Una vita "movimentata" – Storia di Mira*, *ivi*, p. 132.

[47] Si veda M. Aime, *Fuori dal tunnel*, cit. e A. Algostino, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione*, cit.

[48] Il "disarmo" inteso dal movimento è – riprendendo dalla descrizione del movimento nel rapporto dell'intelligence – un «rendere inutilizzabili le armi» che distruggono

gan del movimento no Tav: «si parte insieme, si torna insieme», che testimonia la volontà di mantenere l'unità e l'autonomia a fronte della repressione come dei tentativi di sterilizzazione.

Emerge la costituzione di una "classe in senso trasversale": non vi è una composizione di classe in senso tradizionale, ma la partecipazione alla classe nasce dal condividere l'essere *da una parte* nel conflitto sociale, nella contrapposizione fra chi governa e trae benefici dal *finanzcapitalismo*[49] e chi ne è soggetto e subisce gli effetti di un mondo sempre più diseguale e mercificato. In questo senso i movimenti citati possono essere definiti come movimenti di classe.

4.3. Convergenza

La trasversalità, il "salto in generalità", hanno uno sbocco quasi naturale nella convergenza; per chiarire cosa si intende, si può muovere da una citazione "di movimento". Gli operai della Gkn in lotta chiedono a chi li incontra «Voi come state?»[50]; è un porsi immediato nella prospettiva di un «"Insorgiamo"» come «messaggio responsabilizzante e collettivo»[51].

È una convergenza che coinvolge sia il territorio: «abbiamo visto la fabbrica fondersi con il territorio… abbiamo visto una comunità insorgere, solidarizzare, autorganizzarsi»[52]; sia altre lotte.

È la consapevolezza dell'interdipendenza espressa, ad esempio, nitidamente nel comunicato di lancio delle mobilitazioni nazionali del 25 marzo 2022 per la giustizia climatica e di "Insorgiamo" del 26 marzo 2022, a firma di Fridays For Future e Collettivo di Fabbrica-Lavoratori Gkn Firenze[53]: «Due giorni che sfidano ogni tentativo di contrapporre questione sociale e questione ambientale, e che si fondono idealmente in un'unica giornata di lotta… E visto che non esiste processo più

---

il pianeta, una "rivisitazione" del sabotaggio (*Perché Soulèvements fa così paura*, in https://comune-info.net/, 29 giugno 2023).

[49] L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011.

[50] Collettivo di fabbrica Gkn, *Insorgiamo. Diario collettivo di una lotta operaia (e non solo)*, Roma, 2022, p. 19 s.

[51] *Ivi*, p. 8.

[52] *Ivi*, p. 116.

[53] Restando alla Gkn, da segnalare è anche il progetto, e processo, di recupero della fabbrica dal basso, con un nuovo piano produttivo e il ricorso a forme di mutualismo (politico).

inquinante della guerra – per il suo impatto ambientale e per come ridefinisce le priorità economiche e sociali dei Paesi – il 25 e 26 marzo non potrà che essere anche una scadenza di lotta contro la guerra»[54]. È l'orizzonte intersezionale delle posizioni di Non Una di Meno, laddove si coniugano emancipazione nel mondo del lavoro, prospettiva femminista e pacifismo[55]. Come afferma un partecipante al movimento no Tav: «Non ha senso partecipare alle manifestazioni qui [n.d.r.: Val Susa; movimento no Tav] ma non riportare poi nel tuo posto il fuocherello che possa far partire una lotta»[56].

La volontà e capacità di convergenza è colta come elemento connotante, ancora, anche nel Rapporto dell'intelligence sul movimento Soulèvements de la Terre, laddove si sottolinea come «questo movimento ha saputo incarnare il concetto di trasversalità delle lotte, riunendo associazioni, sindacati e movimenti ambientalisti attorno a lotte comuni»[57].

È la stessa consapevolezza – si può annotare – che lega nella Costituzione i differenti profili della democrazia, politica, economica e sociale, e che individua nel lavoro come strumento di dignità, emancipazione e partecipazione, un *trait d'union*[58]. Inequivoco, quindi, è il legame fra democrazia – sociale – e pace; basti qui citare le parole di Teresa Mattei: «…accanto alla formula che delinea il volto nuovo, fatto di democrazia, di lavoro, di progresso sociale, della nostra Repubblica, accanto alla solenne affermazione della nostra volontà di pace e di collaborazione internazionale, accanto alla riaffermata dignità della persona umana, trova posto… la non meno solenne e necessaria affermazione della completa eguaglianza di tutti i cittadini»[59].

---

54 Fridays For Future Italia, https://fridaysforfutureitalia.it/.

55 Cfr. Non Una Di Meno, *8 marzo, sciopero contro la guerra, per il disarmo!* (7 marzo 2022), https://nonunadimeno.wordpress.com.

56 *Noi qui viviamo e vogliamo restarci! – Storia di Marisa*, in M. Bo e M. Cappellino (a cura di), *Voci narranti*, cit., p. 124.

57 *Perché Soulèvements fa così paura*, cit.

58 Sul lavoro come asse di una strategia di trasformazione della società, cfr. G. Bucci, *La sovranità popolare nella trappola delle reti multilevel*, in *Costituzionalismo.it*, 2008, 1, p. 5 e S. D'Albergo, *Cultura giuridica, Stato democratico e fascismo*, in Aa.Vv., *Per una analisi del neofascismo*, in *Quaderno di Democrazia e Diritto*, 1975, 1, p. 104.

59 T. Mattei, Assemblea costituente, sed. pom. 18 marzo 1947 (che di seguito esplicita anche il legame con l'antifascismo).

5. Scenari futuri: l'insorgenza sociale come alternativa

Il conflitto evoca strutturalmente scenari futuri differenti.

Il primo scenario, distopico, è quello di un conflitto sociale vinto dall'alto: dominio, diseguaglianze, repressione, paura, guerra e devastazione ambientale.

È l'orizzonte del neoliberismo autoritario, che si innesta in un populismo identitario, passivo e passivizzante, dove – come anticipato – il freddo di un modello economico vorace e competitivo è mistificato dal calore irrazionale della triade "Dio, Patria, famiglia". Verticalizzazione del potere e logica dicotomica "vincente/perdente" accompagnano la repressione del dissenso e la riduzione artificiale del pluralismo. La guerra ai migranti, con la retorica emergenziale e la sindrome della cittadella assediata, chiude il cerchio.

Un inciso sul contesto italiano. Il conflitto sociale in Italia è particolarmente debole? Il primo istinto è rispondere "sì"; una risposta affermativa che invero si smorza se si pensa a Genova 2001, alla stagione dei social forum, ai cortei contro la guerra degli anni Novanta e 2003, ai movimenti studenteschi, alle insorgenze diffuse[60], ma anche all'attivismo climatico[61].

Resta che in Italia il classico conflitto sociale è debole (anche se come l'esperienza della Gkn insegna capace di notevole vivacità) e le rivolte che attraversano la Francia, non vi sono. Perché? Provo a elencare alcune possibili ragioni: debolezza (ritrosia?) delle grandi organizzazioni sociali (*in primis*, i sindacati); sfiducia nelle istituzioni; frattura fra società e politica; estrema frammentazione sociale; «palliativi generati dai legami familiari» (Palidda)[62].

---

[60] Scrivono L. Bosi e L. Zamponi, *Resistere alla crisi*, p. 12: «se le piazze e le strade del nostro Paese sono state, negli ultimi anni, più vuote di quelle greche e spagnole, a essere sempre più pieni sono stati gli spazi dell'aggregazione collettiva, della cooperazione, dell'autogestione e del mutualismo».

[61] «Nel 2019 l'Italia è risultata il Paese con la partecipazione più alta in assoluto agli scioperi climatici» (intervista ad A. Manconi, «Sta emergendo un immaginario ecologista e di classe» (15 settembre 2023), in *Dinamo Press*, https://www.dinamopress.it).

[62] S. Palidda, *Mobilità umane*, cit.; cfr. anche F. Barbera, *Francia e Italia, piazze piene, piazze vuote*, in *il manifesto* del 7 aprile 2023; S. Labate, *L'Italia ripudia il conflitto* (13 aprile 2023), in *Volere la luna*, https://volerelaluna.it.

Il secondo scenario è lo spazio di una società solidale, fiduciosa nel futuro, emancipata ed uguale; capace di ragionare a fronte delle migrazioni – linea di faglia del futuro – in termini di diritti e umanità.

È una via impegnativa: occorrono l'immaginazione e la speranza di pensarla possibile; la capacità di creare convergenza fra le lotte[63]; la costruzione di forze alternative consapevoli e radicate. È necessario, in sintesi, pensare e agire il conflitto sociale, nel segno dell'emancipazione e della classe trasversale; non cadere nella suggestione del male minore ma mantenere radicalità e fantasia.

Qualche domanda. Quali sono le forze sociali in grado di assumere questo – difficile, difficilissimo – compito? Saranno le isole di insorgenza sociali ad espandersi e connettersi, dando vita a nuovi soggetti collettivi organizzati? Sarà la disobbedienza civile dei movimenti ambientalisti a rovesciare il presente? Saranno le rivolte che nascono dal peso insostenibile delle diseguaglianze e della devastazione climatica a imporre una inversione di rotta? Sarà una ribellione dei migranti?

Come? Con quali mezzi e modalità lottare per la trasformazione? Come creare consapevolezza? In società sempre più frammentate, competitive, passive e anestetizzate da cappe omologanti e arruolate in mistificatorie logiche dicotomiche, come recuperare la speranza e l'azione?

Si innesta qui, fra l'altro, la riflessione sulla disobbedienza civile, sui confini e i parametri dell'«illegale legittimo»[64]; un tema che assume connotati nuovi, sia per la diffusione di azioni nonviolente e disobbedienti sia per l'intolleranza crescente verso ogni dissenso.

Resta che è nei movimenti, nel variegato mondo dell'associazionismo, nelle lotte nei luoghi di lavoro, nelle proteste nel mondo della scuola e dell'università, nelle battaglie dei movimenti territoriali, nelle occupazioni per la casa, nelle azioni degli ecologisti, nelle imprese autogestite, nel mutualismo politico[65], che risiede una forza in-

---

[63] Fra i molti, J. Clover, *Riot*, cit., p. 243, che ragiona di «interconnettere, estendere e consolidare trame e infrastrutture di conflitto in piattaforme»; M. Bersani, *La rivoluzione della cura. Uscire dal capitalismo per avere un futuro*, Roma, 2023, spec. p. 110 ss. e P. Imperatore e E. Leornardi, *L'era della giustizia climatica. Prospettive politiche per una transizione ecologica dal basso*, Napoli e Salerno, 2023.

[64] A. Algostino, *Persona, conflitto e limite: tre parole per una lettura costituzionalmente orientata dell'obiezione di coscienza e della disobbedienza civile*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 2, p. 198 ss.

[65] Cfr. S. Cannavò, *Mutualismo. Ritorno al futuro per la sinistra*, Roma, 2018 e L. Mazzone, *Il mutualismo politico come promessa e strategia di emancipazione* (25 novembre 2021), in *Volere la luna*, https://volerelaluna.it.

sorgente, l'immaginazione e la pratica di visioni del mondo inscritte nel conflitto sociale dalla parte dell'eguaglianza, dell'emancipazione e della solidarietà.

Come detto, la loro stessa esistenza, con la partecipazione in prima persona, la ricostruzione di legame sociale contro l'atomizzazione della società, è un atto contro la gabbia del dominio neoliberista, è conflitto sociale agito dal basso.

Non solo: essi restituiscono vitalità alla democrazia nel loro concretizzare partecipazione effettiva; esercitano e rivendicano libertà e diritti riconosciuti dalla Costituzione[66]; fungono da antidoto alla sterilizzazione del pluralismo e del dissenso che della democrazia costituiscono l'essenza e allo scivolamento in una «confortevole, levigata, ragionevole, democratica non-libertà»[67].

Sono spesso i movimenti sociali ad assumere come propri i valori e il progetto della Costituzione, in opposizione a scelte politiche dei governanti inserite nel quadro della governamentalità neoliberale: i movimenti esercitano una "resistenza costituzionale". Non è una resistenza intesa puramente come difesa ma una riattivazione dell'idea della costituzione come fondamento e strumento di trasformazione sociale.

La sinergia dei movimenti, nella pluralità dei loro obiettivi, delle loro azioni, delle persone che li fanno vivere, propone e pratica *alternativa*, collega giustizia sociale e ambientale, rendendo evidente come si tratti di declinazioni diverse dello stesso conflitto (sociale), in coerenza con un costituzionalismo emancipante che tiene insieme i differenti profili della democrazia, politica, economica e sociale.

Certo, non ci si nasconde che la forza dei movimenti è soggetta al rischio di perdersi nell'istituzionalizzazione o nella burocratizzazione, così come nel settarismo, nelle divisioni, per stanchezza, o per la repressione[68] (se pur la storia mostra come al declino di un movimento corrisponde la nascita di nuovi movimenti). Così come insidioso può

---

[66] «Nelle lotte per i diritti dal basso, sui territori» si può vedere «la possibilità di un rilancio politico del "costituzionalismo dei bisogni"» (G. Preterossi, *Residui, persistenze e illusioni: il fallimento politico del globalismo*, in *Scienza&Politica*, 2017, p. 105 ss.; di "costituzionalismo dei bisogni" ragiona S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma e Bari, 2013).

[67] Così l'*incipit* di H. Marcuse, *L'uomo a una dimensione. L'ideologia della società industriale avanzata* (1964), Torino, 1999, p. 15.

[68] Si vedano J. Brecher, T. Costello e B. Smith, *Come farsi un movimento globale*, cit., p. 67 s.; nonché, sui meccanismi di smobilitazione, C. Tilly e S. Tarrow, *La politica del conflitto* (2007), Milano, 2008, spec. pp. 128 ss. e 170 ss.

essere talvolta il rapporto con le istituzioni (che varia, come accennato *ante*, dalla rivendicazione all'opposizione, dall'indifferenza al netto rifiuto) e, in senso ampio, «il problema della mediazione tra autonomia sociale e delega istituzionale»[69].

Ancora, i movimenti sono isole frammentate, devono "uscire nella società", assumere carattere popolare, creare consapevolezza. Devono organizzarsi, collegarsi, trovare le forme per costruire un canale che veicoli e strutturi in visioni del mondo le istanze e rivendicazioni che vivono nel basso.

Invero, una democrazia vitale ed effettiva necessita sia di movimenti, espressione diretta dell'autorganizzazione sociale, sia di strumenti ibridi, di intermediazione fra società e istituzioni, quali sono stati i partiti novecenteschi, in grado di contribuire alla realizzazione di un'osmosi fluida tra i due elementi e di veicolare e rappresentare il conflitto presente nella società all'interno delle istituzioni.

È un «lungo ed assiduo lavoro»[70]; «occorre l'egemonia, e per questo occorre un certo periodo di tempo»[71]; ma, con le parole di una partecipante al movimento no Tav, «questa lotta fa parte dell'aver voglia di migliorare il mondo… Se partecipi è anche perché sei ottimista, ci vuoi credere»[72]; perché immagini e speri – immaginazione e speranza[73] come fondamentale motore della trasformazione – un mondo diverso.

Ottimismo è eccessivo, forse l'epoca attuale induce non tanto a vedere la rivoluzione come locomotiva della storia (Marx) ma a vederla come il freno d'emergenza del treno (Benjamin)[74]: un pessimismo, ma pur sempre rivoluzionario.

---

[69] Questione centrale negli anni Settanta, quando ne scriveva C. Donolo (*Mutamento o transizione? Politica e società nella crisi italiana*, Bologna, 1977, p. 141), a fronte di protagonisti forti della vita politica, ma anche oggi a fronte di soggetti sperduti.

[70] F. Engels, *Prefazione* (1895), in K. Marx, *Le lotte di classe in Francia dal 1848 al 1850*, Milano, 1896, p. 18.

[71] N. Bobbio, *Mutamento politico e rivoluzione, Lezioni di filosofia politica*, a cura di L. Coragliotto, L. Merlo Pich ed E. Bellando, Roma, 2021, p. 409.

[72] *In valle per caso – Storia di Titti*, in M. Bo e M. Cappellino (a cura di), *Voci narranti*, cit., p. 179.

[73] Il principio-speranza di E. Bloch, *Il principio speranza* (1959), vol. 1 (*Sogni a occhi aperti*), Milano, 2019.

[74] M. Löwy, *Ecosocialismo. Una alternativa radicale alla catastrofe capitalista*, Verona, 2021, p. 76.

Per una teoria dei conflitti*

Gaetano Azzariti

1. La risoluzione giuridica dei conflitti

«Il conflitto è componente integrante della vita umana, si trova dentro di noi e intorno a noi»: così scriveva Sun Tzu nel IV secolo avanti Cristo[1]. Vi sono due modi per risolverli: la guerra o il diritto.

Dal punto di vista del diritto le modalità di risoluzione dei conflitti possono essere classificate in base a tre paradigmi che, *grossomodo*, si legano alle forme di Stato che si sono succedute nella storia della modernità. Esse, inoltre, si ricollegano a tre forme del pensiero giuridico: quella decisionista, quella normativista, quella istituzionalista.

La prima modalità è espressione di un paradigma che può definirsi *autoritativo*, propria della forma di Stato assoluta, in cui la risoluzione del conflitto avviene in base ad una *decisione* assunta da un'autorità che dà il torto o la ragione.

Il secondo paradigma è di natura *procedurale*, tipico della forma di Stato ottocentesca e liberale in base al quale la soluzione si trova basandosi su una procedura formale e neutra. In questi casi si tende a neutralizzare il conflitto attraverso una regola di diritto (in primo luogo quella della maggioranza) e confidando sulla sufficienza di una procedura discorsiva (*government by discussion*).

Infine, c'è il terzo paradigma, che potremmo dire propriamente *costituzionale*. Esso si afferma nel corso del Novecento, in particolare con le costituzioni del secondo dopoguerra e la formazione degli Stati pluralistici. Questa particolare modalità di soluzione dei conflitti, in real-

---

* Questo scritto riprende, con alcune omissioni e correzioni formali, quanto già scritto in *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma e Bari, 2016, p. 28 ss.

1 Sun Tzu, *L'arte della guerra*, Milano, 2013.

tà, ne prospetta la loro semplice legittimazione. Il conflitto trova la sua *soluzione* nella convivenza all'interno degli ordinamenti. In questo caso non si tende tanto a un *superamento* del conflitto quanto alla loro coesistenza entro una società plurale. Ciò è reso possibile dall'accettazione da parte di tutti di quelle particolari regole giuridiche (costituzionali) che definiscono i principi in base ai quali le diversità, anche radicali, sono legittimate a operare. Da questo punto di vista le costituzioni rappresentano il momento unificante all'interno del quale opera la divisione del conflitto. Alle costituzioni democratiche contemporanee è affidato questo essenziale compito di tenere unite le diversità.

Non deve credersi però che i tre paradigmi siano tra loro nettamente separati. Essi operano invece contemporaneamente entro i diversi ordinamenti. Caratteristici di ciascuna delle tre diverse forme di Stato sopra indicate, tuttavia non è esclusa la loro applicazione in ognuna di queste. Per dirla in breve: nel nostro ordinamento costituzionale operano contemporaneamente tanto il paradigma autoritativo, quanto quello procedurale, oltre – ovviamente – a quello propriamente costituzionale. S'intende che, a seconda della forma di Stato, il paradigma tipico dovrebbe essere la regola, gli altri due l'eccezione.

Volendo allora ragionare sulla confusa trasformazione dei nostri ordinamenti, si potrebbe adottare questo criterio: valutiamo la solidità del paradigma costituzionale confrontando questo con gli altri due. Se dovessimo alla fine costatare che questi ultimi non sono più l'eccezione, ma sono diventati la regola, o che hanno comunque una forte estensione a discapito del paradigma costituzionale, ciò dovrebbe indurre a ritenere che il nostro Stato costituzionale *non goda di buona salute*.

2. La risoluzione autoritativa

Per esaminare, allora, qual è il ruolo e l'estensione del paradigma autoritativo entro lo Stato costituzionale è anzitutto necessario precisare in cosa esso consista. Prendendo spunto dalla teorizzazione di Carl Schmitt si potrebbe dire che questo si sostanzia in una decisione, una «decisione» assai particolare, in quanto essa è *fondamentale*; e questo carattere di «decisone fondamentale» viene assunto a prescindere dal suo contenuto. Non importa, infatti, cosa si stabilisce, basta che una scelta venga compiuta da un'autorità legittima per ottenere la soluzione del conflitto. A ben vedere scopo essenziale della decisione

non è neppure la risoluzione del (singolo) conflitto, poiché in realtà essa tende a un valore più alto. È l'unità del popolo – ci dirà Schmitt – che deve essere conservata. A questa unità tutto è asservito, persino la Costituzione (che non è null'altro se non una «decisione politica fondamentale»)[2].

Questo paradigma ha una sua naturale torsione autoritaria, almeno se riferito ai sistemi politici, che pone il decisionismo in immediato contrasto con le logiche proprie delle democrazie pluraliste.

Un'altra osservazione deve essere tenuta in considerazione, poiché essa rende evidente come l'uso di tale paradigma entro gli ordinamenti democratici contemporanei sia ancor più forzato. Non solo, come s'è detto, il paradigma autoritativo non si concilia facilmente con la democrazia costituzionale, ma sono gli stessi *presupposti* storici e ideali che ne hanno legittimato in passato l'utilizzazione che sembrano ormai venuti meno.

Anzitutto, la «decisione» presuppone l'*unicità dell'ordine*. L'affermarsi delle nostre società pluraliste ora ha fatto venir meno questo elemento. Non solo frammentando la composizione sociale delle nostre comunità nazionali e rendendo più complessa la risoluzione dei conflitti, ma anche affermando un principio di molteplicità che tende a sostituire quello d'esclusività delle norme e delle istituzioni di governo. Così, all'interno dell'ordinamento costituito, lo Stato costituzionale è ormai caratterizzato da diversi livelli di decisione (basta pensare all'articolazione territoriale e alle garanzie costituzionali riservate alle "decisioni" delle autonomie locali). Principi di molteplicità si affermano anche all'esterno dell'ordinamento statale, ove l'apertura degli spazi giuridici, collegata alle complesse vicende della globalizzazione, hanno esteso e moltiplicato i diversi livelli di governo (basta, in questo caso, pensare all'intreccio tra "decisioni" che vengono assunte nell'ambito eurounitario e ai riflessi che queste esercitano sulle diverse "decisioni" degli Stati membri). Per dirla in breve: la fine del monopolio statale (o meglio *statocentrico*) della produzione normativa e il diffondersi delle sovranità, tanto all'interno quanto all'esterno degli ordinamenti giuridici nazionali, mi sembrano ormai dati storicamente acquisiti. C'è da chiedersi, in questo contesto, come possa operare una "decisione" che non può essere espressione di un'unica autorità *sovrana*, ma, in

[2] C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), Milano, 1984, spec. p. 41 ss.

caso, solo di un'autorità *divisa*. Pertanto, non più in grado di costituire o ricomporre l'unità dell'ordine sociale.

Ciò che viene meno, per usare il lessico schmittiano, sono tutti i presupposti storico spirituali della decisione. Infatti, oltre all'unicità dell'ordine, anche l'*unicità dell'autorità* – il secondo presupposto del paradigma autoritativo – sembra ormai un dato svanito. Si è appena rilevato: dalla sovranità dello Stato si è passati a una costellazione di sovranità divise. La stessa primazia dello Stato, artificialmente determinata entro lo schema schmittiano mediante il conferimento di un plusvalore politico (*politischer Mehrwert*), non trova più, ormai, alcuna giustificazione[3]. Eppure la "decisione" presuppone la supremazia di un soggetto sovrano, deve essere posta in essere da un unico "capo" che impone la decisione (*Führerprinzip*). Solo un soggetto che è in grado di esprimere nella sua totalità l'identità del popolo è legittimato a dare espressione alla decisione. Non sembra proprio che possa ormai più riconoscersi, entro i nostri ordinamenti concreti, un'unica autorità. Se non altro perché essa non c'è più.

La conclusione che possiamo trarre da queste rapide considerazioni è la seguente. Oggi il paradigma autoritativo opera in assenza dei suoi presupposti legittimanti (unicità dell'ordine e unicità dell'autorità). Ciò non toglie però che esso continui a rappresentare un criterio tra i più utilizzati di risoluzione dei conflitti. È vero, infatti, che negli ordinamenti contemporanei può operare solo un decisionismo senza autorità e senza unicità dell'autorità; ciononostante, il "decisionismo" come pratica di governo si va estendendo.

3. Decisione autoritativa come pratica di governo

Per dare conto in breve dell'ultima affermazione ci limiteremo in questa sede a richiamare le due esplicite disposizioni costituzionali che, all'interno del nostro ordinamento, legittimano l'utilizzazione del modello decisionistico. Sono gli artt. 77 e 78 della nostra Costituzione che, per ragioni di straordinaria necessità e urgenza, ovvero in caso di guerra, prevedono la possibilità che vengano assunte decisioni da parte di un'autorità (il governo) *al di là* delle sue ordinarie competenze. Il fatto che sia prevista, *con caratteri d'eccezionalità*, la possibilità di assumere una decisione *extra ordinem*, non contrasta con – anzi a ben

[3] C. Schmitt, *Legalità e legittimità* (1932), in Id., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 239.

vedere conferma – il rifiuto, *in via di principio*, del modello decisionista. Significativo in proposito è l'*incipit* dell'articolo 77, che pure legittima l'adozione «straordinaria» dei decreti legge del governo, ma che stabilisce anzitutto la "regola": «Il Governo *non può*, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria». Divieto che può essere superato solo a seguito di una situazione straordinaria che richiede una decisione di «necessità», perché di fronte alla necessità la decisione è d'obbligo.

D'altronde, tutte le costituzioni pluraliste prevedono la possibilità di soluzioni di carattere decisionista. Il più noto esempio è l'art. 48 della Costituzione di Weimar (la prima e la più sofferta tra le costituzioni di democrazia pluralista), il quale stabiliva che il Presidente della Repubblica poteva emanare decreti sostitutivi delle leggi, che però avrebbe dovuto revocare su richiesta del Reichstag (che mai ebbe la capacità politica di opporsi al "Capo" del Reich!). Una norma d'eccezione che divenne la regola, aggravando, anziché risolvere, i laceranti conflitti che portarono alla disfatta di Weimar. Gli storici ritengono che l'ascesa del nazionalsocialismo in Germania abbia avuto cause diverse e complesse. Tra queste – dal punto di vista istituzionale – viene costantemente indicato proprio l'art. 48, che favorì la degenerazione del sistema. Una degenerazione del complessivo sistema costituzionale (e democratico) che fu provocata non tanto dall'esistenza della norma d'eccezione, quanto dal suo *abuso*.

Non è mia intenzione fare alcun parallelo storico. Però è vero che l'estensione del paradigma autoritativo e l'abuso che di esso si tende a fare finiscono regolarmente per indebolire i sistemi di democrazia costituzionale e pluralista. Nella Germania di ieri l'art. 48, nell'Italia d'oggi la decretazione di urgenza o le altre procedure d'eccezione. È forse necessario riflettere sul fatto che il paradigma autoritativo, che pure ha una sua legittimità, deve tornare a essere eccezione rispetto a una regola.

4. La neutralizzazione del conflitto: la risoluzione procedurale

Passo rapidamente al secondo paradigma, quello procedurale. Esso, che ha dominato per tutto l'Ottocento e opera tutt'ora, si fonda sulla convinzione che sia in ogni caso possibile giungere a dare solu-

zione al conflitto definendo un compromesso sempre realizzabile. Per far ciò, però, è necessario scontare l'astrazione della procedura dalla materialità e politicità del conflitto sottostante. Un'astrazione dai soggetti reali (ovvero *tout court* dalla realtà sociale) resa possibile dalla capacità che ha il diritto di trascendere i rapporti giuridici entro schemi logico-formali validi in sé e per sé. Sul punto Hans Kelsen è molto chiaro: egli nella *Dottrina pura del diritto* non nega l'esistenza del conflitto, non esclude la sua politicità, afferma soltanto che il diritto *deve essere* necessariamente «puro», separato dal *mondo reale*. Il mondo delle norme ha difatti una natura autopoietica che si basa sul principio di validità (*Stufenbautheorie*). Poi, però, quando riflette sulla *Grundnorm*, che l'intero ordinamento giuridico fonda e legittima, riconosce che questa è «posta» da una autorità «superiore» non giuridica, esterna alle norme (e dunque al mondo del diritto). Lì si riaffaccia la realtà della politica, tenuta fuori dalla porta delle norme[4].

Può dirsi allora che il paradigma procedurale è un modo di risoluzione neutra dei conflitti, che si fonda su un principio di separatezza delle norme dalla realtà.

È questa, in verità, un'ambiguità irrisolta della dottrina. Non è facile, infatti, tenere assieme, da un lato, l'astrattezza della norma (la sua "purezza") indotta dalla procedimentalizzazione delle decisioni politiche, dall'altro, la concretezza del conflitto che non viene negato, ma solo reso neutrale. Quest'ambiguità della dottrina – ma anche i presupposti necessari per l'utilizzazione del collegato paradigma procedurale – risulta in modo evidente quando Kelsen applica i canoni della sua costruzione teorica alle istituzioni democratiche. Si pensi solo alla riflessione sul primato del parlamento. Kelsen, in sostanza, teorizza l'esistenza di due diversi parlamenti: il primo espressione di una "divisione del lavoro". Un parlamento tecnico e mero produttore di norme. In questo tipo di parlamento il rispetto del paradigma procedurale è più che sufficiente per assicurare la formazione della norma e dare dunque soluzione al conflitto[5]. Ma c'è poi un secondo parlamento, che si innesta e sostiene il primo: quello politico, dominato dai partiti politici (Kelsen era un fautore dello «Stato dei partiti»)[6]. In questo "secondo" parlamento si defi-

---

[4] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), 2. ed., Torino, 1990, pp. 9 ss. e 217 ss.

[5] H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo* (1925), in Id., *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, p. 176 ss.

[6] H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in Id., *La democrazia*, 4. ed., Bologna,

niscono le condizioni affinché il compromesso parlamentare e la procedura legittimante la produzione di norme possano dare un'effettiva soluzione al conflitto. Non importa neppure – scriverà Kelsen – che il compromesso sia definito all'esterno o all'interno del parlamento, purché tale compromesso sia raggiunto e, poi, assuma le forme procedurali che legittimano – in base ad un principio di divisione del lavoro – le norme legislative. In questo contesto si spiega la necessaria adozione di un sistema elettorale proporzionale e il ruolo essenziale assegnato alle minoranze parlamentari: senza di essi verrebbero meno le stesse precondizioni del compromesso procedurale[7]. Appare insomma evidente che il rispetto della procedura finisce per essere strumentale alla risoluzione del conflitto politico e non viceversa.

Quel che qui importa rilevare è che il paradigma procedurale non esclude la realtà della divisione pluralistica, bensì la incorpora entro le forme del procedimento. Può anzi dirsi che *presupposto* necessario affinché possa operare è che nelle forme del procedimento siano riflessi i conflitti reali sottostanti, che la procedura sublima e neutralizza, ma non per questo vi può prescindere. La realtà del conflitto è dunque un presupposto che la procedura semplicemente traduce rendendo possibile la sua soluzione.

Alla luce delle considerazioni svolte possiamo chiederci quale sia il possibile ruolo e l'utilizzazione che viene fatta del paradigma procedurale nei nostri ordinamenti. In questo caso più dell'abuso si deve costatare una sua perdita di senso, causata (come nel caso precedente) dal venir meno dei presupposti legittimanti il paradigma procedurale come mezzo di risoluzione dei conflitti. Ciò che sembra cadere è infatti il presupposto della realtà, separata *ma non negata*, neppure dalla dottrina "pura" del diritto. Oggi, invece la procedura sembra assurgere a valore in sé, come se fosse librata nel vuoto. Non credo però che in queste condizioni *di fatto* il paradigma procedurale possa continuare a rappresentare una modalità di corretta risoluzione dei conflitti sociali e politici.

Basta, in fondo, osservare i parlamenti d'oggi (il nostro in particolare): sorge immediata la domanda se questi conservino ancora la duplicità di forma e realtà che si è visto costituire l'essenza e il valore della procedura come modalità di risoluzione del conflitto politico. La mia

---

1981, p. 55.

[7] H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 193 ss.

impressione è che il sistema parlamentare e le procedure in esso utilizzate per giungere a definire il compromesso politico stiano subendo una particolare involuzione. È, infatti, ormai legittimo chiedersi se dietro alla procedura parlamentare esista ancora la realtà del conflitto. Ci si può forse anche domandare se il nostro sia ancora un parlamento rappresentativo degli interessi reali.

Se pensiamo, anzitutto, ai nostri sistemi elettorali, sempre più distorsivi della rappresentanza reale e votati ad un unico scopo: assicurare artificialmente una maggioranza parlamentare *ad ogni costo*; se consideriamo, inoltre, l'abbandono di ogni rapporto privilegiato tra elettori ed eletti, privati i primi di ogni effettivo potere di scelta dei secondi, prevalendo ormai le decisioni dei partiti nella composizione delle liste e nella stessa scelta dei futuri eletti (diventati quest'ultimi fiduciari dei *leader* di partito, più che rappresentanti del corpo elettorale); se osserviamo, infine, la centralità del governo in parlamento e la marginalità ormai assunta dal confronto politico nelle Camere, schiacciato dall'abuso della decretazione, dai maxiemendamenti, dall'uso continuo e strumentale della fiducia, dai tempi di discussione contingentati; se valutiamo tutto ciò, possiamo ben dire che anche per quanto riguarda il paradigma procedurale sembrano venuti meno i suoi presupposti storico filosofici.

Eppure, dobbiamo constatare come ormai tutto sembra volersi ridurre a procedura. Non importa più granché il contenuto dei provvedimenti assunti in sede parlamentare, che non vengono discussi, ma solo approvati. La stessa realtà appare sfumata, evaporata assieme alla capacità rappresentativa delle forze parlamentari. Ciò che sembra esclusivamente rilevare è il rispetto di una procedura svuotata di senso, che permette una soluzione tecnica del conflitto. Dunque, anche un parlamento che non discute e in cui i rappresentanti degli interessi in gioco non hanno voce è legittimato a definire il compromesso. Un compromesso però privo di legittimazione. Una soluzione del conflitto solo apparente. Anche questa appare una degenerazione del sistema.

5. Legittimare il conflitto: il paradigma costituzionale

L'estendersi dello spazio occupato dai due paradigmi, autoritativo e procedurale, di soluzione dei conflitti sociali, per come s'è andato qui sinteticamente esponendo, ha ridotto l'ambito di applicazione e vigen-

za della terza modalità. Quella propriamente costituzionale, che si fonda sul riconoscimento e sulle garanzie delle diversità, anche radicali. L'arretramento del modello costituzionale di risoluzione dei conflitti ha, in realtà, cause molteplici. Nell'ordine del discorso che stiamo qui sviluppando possono richiamarsi quelle di natura più strettamente paradigmatica.

Anche in questo caso, come nei due precedenti, lo scopo ultimo è quello di garantire l'*unità* dell'ordinamento, permettendo così al diritto di porsi come *regola di condotta sociale*, in grado di *ordinare* e di *venire ordinata*, costituendo una comunità. In questo caso, per conseguire lo scopo del diritto non si pretende né di "imporre" una decisione, legittima in base al principio d'autorità, né si segue la via della semplice neutralizzazione del conflitto, idonea a definire una procedura legale di validazione delle norme. Riprendendo la visione istituzionalista di Santi Romano, può dirsi che al centro della riflessione giuridica di legittimazione dei conflitti si colloca «ogni forza che sia effettivamente sociale», per chiedersi come essa possa essere «organizzata» al fine di trasformarsi «per ciò stesso in diritto». L'unità dell'ordinamento viene ricercata guardando cosa c'è oltre la pura *norma* (la procedura legale), ma anche oltre il mero *fatto* (la decisione legittima), nel tentativo di fornire una «esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca»[8].

La peculiarità del paradigma costituzionale è che il fine di conservare un "ordine all'ordinamento" si persegue assegnando ai principi costituzionali, che si pongono a fondamento di legittimazione dei poteri e alla base della legalità complessiva dell'operato delle norme, il compito di garantire una *superiore unità*: quella costituzionale, appunto. Le costituzioni del secondo dopoguerra, in particolare, hanno affermato la possibilità di fondare e salvaguardare le nostre società plurali, garantendo le diversità di ciascuno, in nome del rispetto della Costituzione e dei suoi principi non neutrali, bensì assiologicamente orientati. Un'unità del pluralismo che è resa possibile grazie ad alcuni valori storico-politici di civiltà da tutti accolti.

Sono ben noti i caratteri che definiscono la realtà dello Stato costituzionale. Senza bisogno, dunque, di richiamare l'intero *corpus* di principi che innervano il nostro ordinamento sociale, possiamo conclusivamente domandarci solo se questo è ancora determinante per dare soluzione ai conflitti che si moltiplicano nelle nostre società divi-

---

[8] S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, 1977, pp. 5 e 43.

se. Se si pensa alla crescente svalutazione del valore della Costituzione, ovvero al progressivo e parallelo affermarsi di tecniche di soluzione dei conflitti al di fuori dalle logiche proprie della Costituzione (soluzioni di conflitti sempre più spesso definite in sede sovranazionale in base ad una *legittimazione puramente tecnica o economica*, a prescindere da ogni considerazione di compatibilità con i principi costituzionali), credo che la risposta alla domanda appena posta non possa essere del tutto positiva.

L'estendersi del decisionismo e l'affermarsi di una procedimentalizzazione fine a sé stessa, in fondo, si spiegano anche con il regredire della forza delle costituzioni. Trovare una soluzione ai conflitti in nome delle ragioni del costituzionalismo democratico appare oggi più difficile, ma non per questo – io credo – meno necessario.

Diritti fondamentali e cartografia del conflitto

Roberto Bin

1. Il diritto nasce dal conflitto

La premessa è scontata: il diritto nasce dal conflitto, la sua funzione immediata consiste nel regolare il conflitto tra interessi (e tra i loro portatori) fissando un punto di equilibrio – o forse, per dirla in termini meno irenici, una regola di prevalenza. Che si tratti del diritto privato, del diritto penale, del diritto amministrativo, del diritto costituzionale, la prospettiva non cambia di molto: sarà, rispettivamente, il conflitto tra gli interessi dei privati, il conflitto tra gli interessi della collettività e l'autonomia della persona, il conflitto tra interesse pubblico e interesse individuale, o del conflitto tra interessi delle classi che si contendono il dominio sociale e politico: in ogni modo il diritto nasce dall'esigenza di regolare il conflitto, ridurlo nella scacchiera delle mosse consentite, sdrammatizzarlo nelle forme del duello procedurale e processuale.

Il punto di bilanciamento degli interessi che si confrontano è sempre provvisorio, instabile, destinato ad essere superato e sostituito da un nuovo assetto normativo. L'evoluzione del diritto segue l'evoluzione del conflitto e quando smette di evolversi significa che il conflitto si è attenuato, ha perso la sua centralità e forse è stato soppiantato da un nuovo conflitto, sorto nel frattempo in un'area diversa da quella sinora messa a fuoco.

Non diversamente da tutti gli altri diritti, i diritti *fondamentali* sono punti di arrivo della ricerca di un assetto stabile e garantito degli interessi, di interessi che nascono e continuano ad affermarsi "dialetticamente", cioè in conflitto con altri interessi concorrenti. Nella misura in cui essi trovino la loro affermazione in Costituzione, codificano nelle sue disposizioni il punto di equilibrio, inevitabilmente precario,

il bilanciamento tre istanze diverse e spesso opposte. Le norme costituzionali sui diritti sono perciò una sintesi, frutto di una stratificazione complessa di conflitti emersi con forza nella storia europea e delle composizioni che essi hanno ottenuto. In larga parte sono risposte a fasi diverse della lotta di classe che ha per due secoli segnato le vicende europee.

In epoca liberale i diritti costituzionali regolavano le garanzie minime ottenute contro la repressione del pensiero e dell'azione "sovversiva": la riserva di legge fissata nella costituzione "flessibile" – che, come ironizzava Marx[1], negava nel secondo comma quello che era affermato come «diritto assoluto» nel primo – affidava al parlamento censitario il compito di limitare l'ambito di applicazione dei diritti censiti. Nelle costituzioni del Novecento è il suffragio universale a garantire le qualità della legge, cui la costituzione affida il compito di bilanciare gli interessi confliggenti. Per cui il conflitto sociale è regolato e trasferito in parlamento; la rappresentanza politica eletta a suffragio universale è la garanzia che l'assetto si mantenga stabile, affidando al giudice costituzionale il compito di bloccare eventuali sbilanciamenti prodotti dalla legge approvata dai rappresentanti del popolo – ircocervo che riassume in sé tutte le istanze che chiedono di essere riconosciute come "diritti".

2. Sovranità e conflitto sociale

Il problema è che la competizione sociale richiede che sia delimitato lo spazio entro cui essa può prendere forma, l'"arena" in cui si svolge il confronto sociale, la gara elettorale, la rappresentanza e l'applicazione della legge: in una parola, implica la sovranità. Con ciò tiriamo in ballo uno dei concetti più ambigui e controversi della teoria politica: ma non per cercare di metterlo a fuoco (che sarebbe ambizione eccessiva, con tutta evidenza), ma solo per indicare come il fattore spaziale (che è solo un piccolo ingrediente nella costruzione del concetto) sia fondamentale per capire l'elemento critico della costruzione teorica e normativa della nostra visione dei diritti fondamentali, esattamente come per capire che senso abbia parlare di conflitto sociale.

Quando Dieter Grimm, a conclusione del suo noto saggio sulla sovranità, afferma che «sovranità oggi significa anche difesa della

---

1 *Il 18 Brumaio di Luigi Bonaparte* (1852), 2. ed., Roma, 1974, p. 69.

democrazia»[2], è all'indissolubile legame che colloca il conflitto politico nel *ring* che fa riferimento. Senza le corde e i pali nei quattro angoli il *ring* non ci sarebbe: senza uno spazio definito il confronto diventerebbe un inseguimento infinito del più debole nei confronti del più forte. Ed è esattamente quello che sta accadendo nella nostra realtà e che rende perciò evanescente il conflitto sociale e la difesa dei diritti fondamentali.

L'imperialismo – o se vogliamo addolcire e modernizzare i termini, la globalizzazione – è la «fase suprema del capitalismo», come spiegava già Lenin più di un secolo fa: esso ha compiuto un'opera davvero strategica, ha delocalizzato il *ring* ove il capitale è chiamato a confrontarsi con le forze sociali antagoniste; ha cioè sottratto ai suoi competitori lo spazio e gli strumenti con cui lottare, costringendoli ad un inseguimento impossibile.

Non c'è dubbio che, in questo contesto, l'Unione europea abbia preso una posizione netta a favore di una parte contro l'altra: il «lavoro» – alla cui dignità e centralità la nostra Costituzione dedica, oltre a molti altri, il primo suo articolo, che non a caso è anche l'unico in cui si parla di «sovranità» – è degradato a merce e come merce è abilitato a circolare in uno spazio senza frontiere alla ricerca del prezzo più basso. Karl Polanyi ci aveva avvertiti che la trasformazione del lavoro in merce è la grande rivoluzione culturale che avrebbe stravolto il nostro mondo, ed è stato così anche grazie all'Unione europea: *One money, one market* è un raggelante studio preliminare al Trattato di Maastricht che chiarisce sino a che punto la degradazione del lavoro a merce possa segnare la fine dello storico conflitto sociale tra capitale e lavoro[3]. L'ideologia del mercato è l'ideologia del capitale, e in essa il lavoro degrada a costo da abbattere per spingere la competitività delle merci prodotte.

3. L'Unione europea e la neutralizzazione del conflitto

Purtroppo questa ideologia ha preso possesso delle istituzioni europee e, prima fra tutte, della Corte di giustizia. Essa ha fatto dell'integrazione del mercato la sua stella polare, l'interesse a cui è votata: ma

---

[2] D. Grimm, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, Roma e Bari, 2023.

[3] Commission of the European Communities, *European Economy. One Market, One Money. An Evaluation of the Potential Benefits and Costs of Forming an Economic and Monetary Union* (October 1990), https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication7454_en.pdf .

l'integrazione del mercato guarda agli interessi del capitale, e quindi provoca un netto sbilanciamento degli interessi protagonisti del conflitto sociale storico. Il mondo del mercato europeo è un mondo di capitali e di merci, a quest'ultime essendo ridotto il lavoro. Avere come fine fondamentale l'integrazione del mercato europeo, comporta una rigida selezione degli interessi di cui la Corte di giustizia intende prendersi cura. Al punto che si potrebbe persino dubitare che la Corte di giustizia possa essere ancora considerata un giudice: perché ha perso quella caratteristica strutturale che un giudice deve avere in uno Stato di diritto, cioè l'*imparzialità*; il giudice deve perseguire un unico interesse, quello espresso dal mantra sempre ripetuto e ben espresso dall'art. 101 comma 2 Cost., «*il giudice è soggetto solo alla legge*»; se invece il giudice *funzionalizza* la sua attività alla promozione di un interesse particolare – sia pure quello dell'integrazione dell'istituzione di cui fa parte – cessa di essere un giudice e si trasforma in un organo dell'amministrazione di settore, quella preordinata – appunto – alla promozione di uno specifico interesse.

La differenza tra un organo giurisdizionale e un ufficio amministrativo sta appunto in questo. Tanta parte della giurisprudenza delle Corte di giustizia può essere letta in questa chiave, cioè nell'acritico perseguimento dell'integrazione del mercato europeo e della rimozione degli ostacoli alla concorrenza (le «quattro libertà», di cui i lavoratori godono solo in quanto degradati a merce, libera di circolare senza barriere). Ostacoli e barriere sono senza dubbio, da questo punto di vista, tutte quelle norme nazionali che vengono poste a tutela delle dignità del lavoro.

La stessa Corte di giustizia ha elaborato nella sua giurisprudenza due grimaldelli con cui scassinare qualsiasi barriera opposta al mercato in nome di interessi estranei alla sua liberalizzazione: mi riferisco alla giurisprudenza *Centros*[4] (C-212/97), con cui si consente alle società commerciali di stabilire la propria sede fittizia in qualsiasi Paese offra le condizioni più vantaggiose – più vantaggiose per il capitale, è ovvio, e a danno per il lavoro, come poi dimostrano le ben note sentenze *Viking*, *Laval* ecc.[5]; ma mi riferisco anche al grimaldello ancora più antico, la famosa giurisprudenza degli anni Sessanta sulla supremazia del di-

[4] *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97.

[5] Del tutto condivisibili le considerazioni critiche di A. Guazzarotti, *Neoliberismo e difesa dello Stato di diritto in Europa*, Milano, 2023, p. 137 ss.

ritto europeo su quello nazionale che introduce il conseguente obbligo per il giudice nazionale di disapplicazione del secondo se in contrasto con il primo.

Come si concili l'obbligo per il giudice di disapplicare la legge votata dal parlamento dello Stato da cui dipende con i "sacri principi" dello Stato di diritto – principi che giustamente l'Unione europea e la sua Corte vogliono che non subiscano deroghe negli Stati membri – è davvero difficile da spiegare. Nessuna spiegazione potrebbe prescindere dal fatto che la legge nazionale può vantare blasoni di "nobiltà democratica" a cui le norme di origine europea non possono in nessun caso ambire. Perché la legge nazionale ha le radici che affondano nel conflitto sociale "storico" e costruisce le garanzie costituzionali che ne regolano il corretto svolgimento; mentre le istituzioni europee appartengono a un mondo differente, dove quel conflitto si è risolto con la riduzione del lavoro a merce soggetta al mercato e il conflitto si è trasferito su un tavolo del tutto diverso, quello della competizione interna al capitale, tra settori e tra aggregati nazionali.

La stessa configurazione del *rule of law*, ridotta al principio di legalità e all'indipendenza del potere giudiziario dal potere politico, è una sorta di pantomima che riduce la portata storica del *Rechtsstaat* a una filigrana in cui due soli sono i fili intrecciati: i giudici nazionali sono invitati a violare il rispetto del principio di legalità "interno" per assicurare la prevalenza del diritto europeo, e nessun condizionamento possono ricevere dal potere politico nazionale.

Se si legge ciò che scrivevano gli inventori della teoria del *Rechtsstaat* (il principio che secondo la Corte di giustizia traduce adeguatamente il *rule of law*, essendone l'equivalente) si sorprenderà a leggere la domanda teorica con cui Robert von Mohl rispondeva ai suoi critici che sostenevano una visione altrettanto ridotta e formale di quella che piace alla Corte di giustizia: chi vorrebbe e potrebbe vivere in uno Stato che si preoccupasse solo della giustizia e non prevedesse alcuna politica pubblica[6]? Il *rule of law* cui si appella la Corte europea è ridotto al mercato regolato e garantito da giudici indipendenti e nulla più: è una concezione formale che tradisce la stessa tradizione europea.

---

[6] R. von Mohl, *Die Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, vol. 1, Tübingen, 1832, p. 9 (in nota): «Wer möchte und könnte in einem Staate leben, der nur Justiz übte, allein gar keine polizeiliche Hülfe eintreten ließe?».

Ben si comprende allora che la reazione delle istituzioni europee alla soppressione delle garanzie di indipendenza della magistratura in Ungheria e Polonia sia avvenuta attraverso un regolamento che fa scattare sanzioni finanziarie come risposta a comportamenti degli Stati che minaccino gli interessi finanziari dell'Unione europea, in primo luogo quelli che distorcono la concorrenza, come le procedure di appalto. Che in quegli stessi Paesi si fossero introdotte anche norme molto gravi per la tutela del lavoro non viene percepito affatto come un'infrazione a cui si debba reagire[7].

4. I diritti fondamentali oltre il conflitto tra capitale e lavoro

Questo significa che, dissolto il conflitto storico tra capitale e lavoro, sono ormai affievoliti anche i diritti fondamentali, che di quel conflitto segnavano i punti fermi, raggiunti con tanta fatica? Certo che no.

Per decenni il conflitto tra capitale e lavoro ha dominato la scena e si è sovrapposto agli altri conflitti sociali che si erano sviluppati lungo *cleavage* diversi: movimenti sociali reclamavano il riconoscimento di "valori" ormai non più minoritari e ottenevano precisi riconoscimenti legislativi. Si pensi alle lotte contro la discriminazione delle donne e per la riforma dei rapporti di famiglia. Capitava anche che un conflitto si sovrapponesse materialmente all'altro: in Italia, le grandi manifestazioni di massa per il divorzio e per l'aborto, per esempio, sono state "appoggiate" sulle spalle organizzative del sindacato pur non essendo coinvolti direttamente gli interessi dei lavoratori in quanto tali.

Si è verificato un effetto di «surdeterminazione» (per usare il termine freudiano ripreso da Althusser[8]) che sembra nascondere nelle trame del conflitto sociale storico conflitti sociali diversi, che non sempre si offrono senza veli alla vista. Per un verso erano conflitti "storici", tipici delle aspirazioni liberali contro l'apparato autoritario dello Stato; ma poi sono comparse rivendicazioni un tempo non pensabili. Era in uso negli anni passati parlare di «nuovi diritti»[9], collocati sul crinale che separa il diritto dall'etica, sospinti da esigenze generate specie laddove la

---

[7] Cfr. A. Guazzarotti, *Neoliberismo e difesa dello Stato di diritto in Europa*, cit., p. 36.

[8] L. Althusser, *Contraddizione e surdeterminazione*, in Id., *Per Marx*, Roma, 1972, p. 183 ss.

[9] Per una critica alla categoria dei «nuovi diritti» rinvio a R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 55 ss.

scienza offriva nuovi strumenti con cui affrontare i nodi più profondamente connessi alla vita umana. Oggi, quando nel dibattito pubblico si parla di diritti fondamentali, si fa riferimento essenzialmente a queste prospettive: l'orientamento sessuale, la procreazione, la cura, la morte. Il lavoro sembra retrocesso in secondo piano, almeno laddove non sia coniugato alla discriminazione su base dell'identità sessuale o di provenienza etnica. Ma anche questa è una conclusione che va guardata criticamente.

Il sistema del mercato e la ferrea legge della concorrenza riproducono di continuo situazioni di sfruttamento del lavoro e di emarginazione sociale: le *banlieue* non sono un fenomeno solo francese, ma la Francia ha mantenuto una tradizione di rivolta sociale che altrove si è persa. Il fenomeno della concentrazione della ricchezza è un fenomeno mondiale, che ha però in Italia uno dei suoi picchi statistici. A parte le zone di vera e propria emarginazione sociale, prive di una fonte stabile di guadagno, quello che più fa impressione è quel fenomeno che non senza una dose di pietismo si è ormai soliti denominare «lavoro povero»: con riferimento alle persone che, pur avendo un rapporto di lavoro stabile, non ne traggono un vantaggio economico sufficiente ad uscire dalla zona di povertà. Sono anch'esse vittime della concorrenza e dell'*outsourcing* a cui imprese ed altri soggetti ricorrono per assicurarsi servizi indispensabili all'assolvimento dell'attività principale. Non solo le imprese – si badi – che si trovano a cercare soluzioni che abbassino i costi e rendano quindi più competitivi le merci e i servizi prodotti; ne sono protagonisti anche gli enti pubblici, costretti anch'essi ad una politica di contenimento dei costi. È così che università e ospedali, persino gli uffici di polizia, ricorrono a soggetti esterni per assicurarsi i servizi di vigilanza, custodia e pulizia. Questi servizi, pur indispensabili alla produzione dei beni e dei servizi che sono l'oggetto principale della attività istituzionale, sono retribuiti con salari molto inferiori a quelli relativi all'attività principale: ecco da dove nasce la riduzione dei costi, garanzia di competitività.

Non sono – si badi – esempi di lavoro «in nero» o precario, ma di lavoro contrattualizzato, retribuito però con salari che non consentono di superare il livello della «povertà assoluta» (che il Censis fissa a poco più di 839 Euro mensili); i lavoratori sono costretti ad ammazzarsi di straordinari per cercare di raggiungere i fatidici mille Euro

al mese. Sicché è capitato che il giudice del lavoro[10] sia intervenuto per dichiarare l'invalidità dello stesso ccnl che, non rinnovato negli anni, non garantisce livelli di retribuzione corrispondenti a quel livello di retribuzione capace di assicurare al lavoratore e alla sua famiglia «un'esistenza libera e dignitosa», come prescrive l'art. 36 Cost. È difficile ritenere che in un Paese come l'Italia, in cui un quarto della popolazione è «a rischio povertà» (è sempre il 36. *Rapporto Censis* a dircelo), le condizioni del conflitto sociale siano superate. È piuttosto che esse non sono fatte risalire alla controparte, cioè ai datori di lavoro italiani, anch'essi soggetti alle regole della concorrenza e del mercato.

5. L'immigrazione e il futuro dei diritti fondamentali

È dunque l'allargamento della dimensione del *ring* a rendere difficile che capitale e lavoro trovino luoghi di confronto e di scontro, se non episodici e statisticamente poco rilevanti, poco chiari anche nella loro definizione. La libertà di delocalizzazione delle imprese ha reso impossibile che il conflitto sorga in ambito nazionale; ma anche la dimensione europea appare difficilmente delimitabile, oltre a dimostrarsi spezzettata al suo interno proprio a causa dei diversi interessi nazionali.

Rileggere a distanza di un secolo e mezzo il *Manifesto* di Marx e Engels fa impressione perché il loro appello all'unità dei lavoratori presenta la stessa necessità e le medesime implicite difficoltà che si potrebbero rilevare oggi. Il fronte del conflitto sociale non è più tracciabile con un tratto sicuro e quindi si dissolve in episodi locali e saltuari, che fanno da termometro di un malessere che non trova né rimedio né modi di manifestarsi in una dimensione più vasta. Ma, d'altra parte, gli effetti della globalizzazione, sebbene la sua crisi sia ormai conclamata, rendono lo spazio del conflitto sociale incomprensibile se non proiettato su una dimensione mondiale, per il resto non cartografabile.

L'Europa vive in una serra che traccia con severità i confini tra dentro e fuori. Il dentro è troppo vasto e troppo diviso per istituirsi come uno spazio in cui possa svilupparsi il tradizionale conflitto tra capitale e lavoro, che pure le enormi distanze sociali dovrebbero alimentare. Ma il fuori è troppo esteso per non costituire una minaccia per le strut-

[10] Trib. Milano, 22 marzo 2022 n. 673. Il ccnl dichiarato illegittimo è «Istituti di vigilanza privata – Servizi fiduciari».

ture delicate della serra. Dentro la serra sembra che il conflitto sia sporadico e non minacci affatto la tenuta delle strutture portanti: la regolazione (apparentemente) burocratica della temperatura e dell'umidità mantiene in stato di efficienza l'impianto, marginalizzando le zone di crisi che sporadicamente si manifestano e vengono represse dalle forze dell'ordine degli Stati (come è accaduto per le rivolte in Francia). Ma fuori la serra i nodi vengono al pettine.

Come per tutte le serre, anche per l'Unione europea è una questione di squilibrio delle condizioni "fisiche" tra dentro e fuori – tra un dentro che è in lento declino demografico e un fuori che all'opposto è demograficamente in espansione, per dirne una; e poi si dovrebbe aggiungere una riflessione sull'enorme divario di ricchezza e di condizioni di vita. Da sempre le città ricche si sono difese dalla invidia del contado erigendo mura e difendendole con le armi: ma questo modo di proteggersi dal conflitto non può durare a lungo. L'immigrazione finirà con destabilizzare gli equilibri europei, a rendere più profonde e intollerabili le ingiustizie sociali che si manifestano sotto l'apparente assenza di conflitto sociale.

È evidente che già oggi il gran tema dei diritti fondamentali si ripropone in relazione al trattamento degli immigrati. Sono loro quindi i protagonisti del nuovo conflitto sociale. E siamo soltanto all'inizio.

Nei conflitti sociali i diritti muoiono. Riflessioni di un avvocato dalla parte delle vittime

Marco Bona

1. Il conflitto come fallimento dei diritti

I conflitti sociali "occidentali" (quelli extra-occidente non vengono qui trattati) sono sempre di più il banco di prova della effettività (o più precisamente del fallimento) dei diritti fondamentali dei quali la *Western legal tradition* va molto fiera; in tali contesti i diritti vengono vieppiù violati e muoiono.

A testimonianza di ciò si annoverano innumerevoli vittime, anche tra i più piccoli: Alan Kurdi, bimbo siriano di tre anni deceduto nel 2015 in un naufragio con tutto il suo futuro, accovacciato su una spiaggia turca ed immortalato in una fotografia che non lo resusciterà mai; Raed Mohammad, siriano morto a sette anni nel 2014 nel rogo del traghetto Norman Atlantic mentre viaggiava da solo in clandestinità, costretto ad affrontare una terribile fine in piena solitudine dalla disumana lotta all'immigrazione (il padre era stato arrestato nel tentativo di imbarcarsi); i bimbi in cammino verso l'Europa che ogni giorno muoiono di sete e stenti nei deserti o nei campi tunisini, libici, turchi (con il beneplacito anche dei nostri governi di destra, centro e sinistra); i 34 minori deceduti nel febbraio 2023 dinanzi alla spiaggia di Steccato di Cutro, lasciati privi di soccorsi a pochi metri dalla salvezza; i lavoratori bambini morti in fabbriche e campi di lavoro del "terzo mondo", spesso vittime di *outsourced torts* come accaduto nella tragedia occorsa nel 2012 a Baldia in Pakistan (fabbrica tessile andata a fuoco in cui producevano anche imprese occidentali spesso dedite a campagne con forti messaggi sociali, fabbrica certificata come sicura da una nota società italiana con base a Genova); gli infanti che – nel contesto di società dilaniate da conflitti di ogni genere ed in cui tutte le classi scivolano

verso il fondo (ad eccezione delle *élite*) – ogni giorno ed in ogni parte del globo, anche da noi, sono vittime di adulti miserabili senza che nessuno intervenga a proteggerli.

Mi riferisco ai bimbi perché non ha molto senso creare miti intorno all'era dei diritti fondamentali (od umani) se non riusciamo a tutelare su così larga scala i più piccoli ed indifesi.

Eppure, per quanto in alcune occasioni ci siano forti ed altrettanto fugaci sentimenti collettivi di commozione, anche loro sono considerati *just numbers*: vittime di conflitti sociali alle quali se ne aggiungeranno altre ancora in una serie di catene per le quali non si prospetta alcuna fine.

Sono anelli di catene mortali dei quali si perderà o si è già persa memoria, posto che delle tragedie sotto certe latitudini sin da subito ci si cura poco (basti pensare agli striminziti trafiletti usciti sull'affondamento del traghetto Al Salam Boccaccio 98 che nel 2006 annoverò oltre mille morti tra cui moltissimi bambini, una delle più grandi tragedie del mare, ma con vittime "solo" dal mondo arabo; tragedia eppure riconducibile anche a responsabilità italiane).

Già solo dinanzi ai bimbi morti nei disumani percorsi ad ostacoli, che l'Occidente (dall'Europa agli USA) mantengono ed inaspriscono contro l'immigrazione, non può oggi che risultare nettamente in crisi e da rimeditare l'idea che i conflitti sociali siano ancora utili per l'affermazione di già noti o di nuovi diritti.

È un'idea per l'appunto smentita da innumerevoli tragedie quotidiane e da società al collasso sotto ogni profilo.

Del resto, soltanto in relazione ad un novero sempre più ristretto di conflitti può prendere forma una vera e propria fase finale in occasione della quale possono venire sanciti diritti individuali. Purtroppo, tolti questi casi, siamo nell'era di conflitti destinati a perdurare all'infinito: «And the Germans kill the Jews And the Jews kill the Arabs And the Arabs kill the hostages. And that is the news»[1]. I diritti così non solo muoiono, ma le *chance* di loro rivitalizzazioni risultano tanto basse quanto le possibilità che i conflitti abbiano a risolversi.

Peraltro, in questa era nessuna parte di un conflitto sociale parrebbe indirizzata a vincere (tantomeno con affermazione di condivisibili diritti) in un mondo in cui delle *élite* generano, fomentano, lasciano attecchire, persino finanziano conflitti sociali tra "molto poveri" e "meno

[1] Roger Waters, *Perfect Sense*, Part I, 1992.

poveri" (compresi in questa categoria pure i "ceti medi" che non hanno neppure il tempo di concedersi la partecipazione ad una manifestazione di strada, per non parlare di iniziative di lotta sul lungo periodo).

A fine corsa, se tutto va bene, ci sono soltanto i tozzi di pane, i falsi diritti concessi agli indiani di Toro Seduto; nello scenario migliore i "compromessi" ed i "nuovi equilibri", ossia i "diritti collettivi" che non possono bastare agli individui ed in cui questi ultimi vivono diritti compressi e pregiudicati.

2. Sui diritti collettivi

I diritti soltanto "collettivi" non sono altro che diritti individuali "sfigurati", ossia livellati verso il basso, come dimostrato dai diritti dei lavoratori, dei consumatori, dei cittadini bisognosi di cure o di assistenza sociale; i diritti collettivi sono diritti individuali annacquati sotto l'egida della "solidarietà sociale" che si concretizza in farlocchi ed impossibili bilanciamenti tra diritti e interessi economici (da noi è il caso dell'art. 2 della Costituzione, rivisto e corretto pure ad uso e consumo di assicurazioni e mondo imprenditoriale).

Meglio diritti collettivi che nulla? Meglio per chi?

Ad ogni modo, tutte le parti di questi conflitti "senza fine" scivolano inesorabilmente verso il basso.

In questi scenari rischiano di naufragare anche le battaglie sul clima: coloro, che per protesta si sdraiano sulle strade e magari ci si incollano pure o si incatenano fra loro, finiscono per scontrarsi con chi, magari in affanno, deve andare al lavoro, fare delle consegne, portare i figli a scuola o godere di un risicato spazio di libertà (notizia del 9 Novembre 2023: a Panama professore universitario uccide due ambientalisti che stavano bloccando l'autostrada Panamericana per protestare contro la riapertura di una miniera di rame).

In queste situazioni si ritrovano in conflitto persone che in teoria dovrebbero militare sugli stessi fronti ed invece si scontrano.

La vera controparte dei rivoluzionari del clima non sta da nessun lato della strada; sta ai suoi margini, magari con qualche drappello di polizia; assiste a queste proteste ben sapendo che i primi ed i secondi, che si ritrovano su strade e piazze, sono inconsapevoli pedine del "sistema", destinati a soccombere a epidemie, malattie respiratorie e

altri mali (patologie psichiche) con cure sempre più inaccessibili in una sanità sotto il dominio delle assicurazioni private.

I protagonisti dei movimenti per il clima o contro la realizzazione di opere pubbliche o private vengono cristallizzati nei loro ruoli, assurgono a folklore locale (un po' come sta accadendo con il movimento no-Tav), fino in alcuni casi a farsi assorbire dal sistema. L'esistenza dei movimenti di protesta rende democratici contesti che non lo sono affatto.

Per esempio: in una democrazia gli individui di una comunità locale non avrebbero diritto ad esprimersi sul passaggio di un'imponente ferrovia o di un'autostrada, oppure sulla permanenza di un'industria inquinante o la costruzione di un impianto olimpico? Questo diritto viene negato, devitalizzato. Entro limiti ristretti viene concesso il diritto di protesta, il che nel lungo periodo diventa mera parvenza di tolleranza democratica da parte statale.

Possiamo immaginare – è possibile riscontrarlo qui e là – che qualche affermazione di diritti effettivi si possa ancora registrare in un futuro.

Oltre che, per esempio, ai diritti lgbtqia+ mi riferisco a chi magari si oppone ad un'opera pubblica (scarseggiando le risorse non è mai detto che la politica vi rinunci), oppure persegue giudiziariamente – in solitaria, in gruppo od in "classe" – un suo diritto individuale. Giudici sensibili ai diritti del *quisque de populo* ancora esistono, pur ovunque trovandosi desolazione sul fronte giudiziario.

Purtroppo, però, il livello di condizionamento culturale ha ampiamente raggiunto una cospicua parte della magistratura in ogni parte del globo; sempre più numerosi sono i giudici reazionari o conservatori. Peraltro, non può immaginarsi quale unica soluzione per l'affermazione di diritti la concessione, a distanza di tempo, di risarcimenti, spesso comunque accordati in forma di *peanut*. Essi servono ben poco a rendere concretezza ai diritti.

3. Conflitti tra perdenti

In ogni caso, se ci riferiamo ai grandi conflitti sociali, allora non possiamo che essere pessimisti.

Si potrebbe anche ritenere che *Elysium* – blando film di fantascienza del 2013 scritto e diretto da Neill Blomkamp, con protagonisti Matt Damon e Jodie Foster – scatti una fotografia del futuro eccessivamente rosea.

Sono conflitti che, fatta eccezione per situazioni episodiche (per esempio: la repressione di una manifestazione di piazza; il ragazzo dei quartieri agiati malmenato da una *baby gang* proveniente da zone di barriera) non annoverano faccia a faccia o scontri diretti (quelli cruenti) tra ricchi e poveri, *élite* e il resto, multinazionali e cittadini.

Annoverano al contrario contrapposizioni tra persone qualsiasi per il fine ultimo della sopravvivenza: da un lato chi legittimamente cerca di mantenere una "dignità sociale" (o benessere sociale), magari frutto di generazioni e comunque di sacrifici quotidiani, e mira a garantire anche a sé ed alla sua famiglia lavoro, vacanze, qualche pizzico di felicità, consumi vari, talvolta delle proprietà (rigorosamente condivise con le banche), anche educazione e cultura; dall'altro lato chi ha perso tutto od ha poco da perdere.

Le differenze tra i due gruppi potrebbero così riassumersi: semplicemente i primi rischiano di cadere da un precipizio più elevato, ma al fondo c'è sempre miseria e morte. I secondi conoscono meglio il fondo. Già ci vivono.

Tra i primi e pure tra i secondi vi sono anche coloro che si illudono che i diritti debbano essere garantiti dal sistema, dai politici che alcuni, nonostante tutto, continuano a votare; ma per la maggior parte dei secondi questa illusione è morta come lo è l'esercizio del voto.

Lo è per le nuove generazioni che per lo più - tra suicidi, bullismo, bande giovanili, disoccupazione, violenze fuori e dentro le famiglie, distruzione sistematica di qualsiasi sogno, natura alla malora, epidemie - sono all'analfabetismo di qualsiasi forma di diritto ed educazione civica.

Sono spesso indifferenti, freddi dinanzi alle sofferenze che li circondano o che causano (basti leggere le deposizioni dei giovani che a Torino hanno distrutto la vita di un ragazzo dolosamente lanciandogli in testa una bici elettrica dall'alto dei murazzi di Torino: autentica disumanità; malvagità senza senso).

In un mondo, in cui ad ogni secondo che passa aumenta vertiginosamente la popolazione mondiale (siamo ad oltre otto miliardi di persone!) ed altrettanto vorticosamente diminuiscono, per i più, risorse (naturali ed economiche) e posti di lavoro (si consiglia di andare sul sito *worldometer* per avere un'istantanea dei numeri in gioco), i conflitti sociali sono destinati soltanto a esacerbarsi e cronicizzarsi.

Tra due contendenti il terzo gode: le *élite*.

In questa categoria rientra chi non si sporca le mani nel conflitto, ma lo osserva da posizioni privilegiate.

Sono coloro che guidano politica, economia, finanza, sanità; coloro che detengono le risorse essenziali (dall'acqua all'energia); che ci rifilano politici pessimi (spesso solo in grado di condurci a guerre e sciagure); sono coloro che distruggono progetti inizialmente o lungo la strada positivi (l'Unione europea è divenuta inguardabile); coloro che necessitano che i comuni mortali si abbassino continuamente di livello per dare loro modo di costruire le piramidi del terzo millennio.

Sono anche coloro che investono cifre enormi in intelligenza artificiale, spacciando le nuove tecnologie come grondanti di benefici per l'umanità quando è sin troppo evidente come, al di là di applicazioni specifiche in campo medico ed in altri circoscritti ambiti, esse siano ulteriori potenti strumenti di dominio e di controllo (correttamente si parla di «capitalismo della sorveglianza» in ordine a cui non può che rinviarsi a Shoshana Zuboff)[2].

Nell'era della rivoluzione digitale – idrovora di energie – viene meno il lavoro, si spengono le relazioni sociali, si ghettizzano le persone (anche attraverso lo *smart working*), tutti sono sorvegliati e muoiono le rivoluzioni sociali, per l'appunto scrutate sin dalle loro prime pulsazioni in relazione ad ogni soggetto pronto ad attivarsi.

Non è questione di essere luddisti: semplice constatazione della realtà. Le *élite* ammettono tutto ciò spudoratamente. Basti pensare a quanto confermato da Elon Musk – campione del sistema elitario che sta prendendo forma – a colloquio nell'autunno del 2023 con Rishi Sunak: «There will come a point where no job is needed».

Queste *élite* non sono gli imperatori romani, i re del Settecento o gli zar che si contrapponevano al popolo e rischiavano di perdere la testa nella pubblica piazza: stanno sopra i conflitti e non ne periranno. Saranno i loro "diritti" ad uscirne vittoriosi.

Ovviamente tutte queste riflessioni lasciano il tempo che trovano: non sono un fine pensatore, ma un avvocato che, come tutti i legali che assistono vittime e contano ingiustizie, non sa parlare d'altro che dei propri casi ed è influenzato dagli stessi. Scarseggio di citazioni, abbondo però di precedenti e vicende devastanti.

---

[2] S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* (2018), Roma, 2019.

Per me i conflitti sociali di oggi sono e saranno la morte dei diritti perché me lo dicono i casi che seguo.

I diritti sono spesso violentati due volte: nelle tragedie e nelle aule di giustizia, tra prescrizioni e assoluzioni che gridano vendetta, laddove le rare condanne intervengono a babbo morto.

4. L'immigrazione come terreno di conflitti

I miei casi mi hanno portato anche ad osservare da molto vicino il principale tipo di conflitto sociale sotto gli occhi di tutti: quello dell'immigrazione già citato all'inizio, che annovera innanzitutto la pretesa in Occidente che i migranti stiano ai loro Paesi di origine o si fermino altrove (dalla Turchia all'Arabia Saudita all'Egitto). Per "osservare" intendo qualcosa di più che leggere delle tragedie dei migranti sui giornali, guardarli aggirarsi per le nostre città o parlare con l'amico marocchino conosciuto ancora bambino ai tempi dell'università e sovvenzionato con cospicui oboli per oltre trenta anni.

L'immigrazione (o, per chi si sposta, l'emigrazione) di massa verso l'Europa non costituisce affatto un fenomeno nuovo, ma sta esplodendo in dimensioni e conseguenze che vanno ben al di là di ogni precedente storico, perché tutto è diverso, inclusi mezzi di trasporto ed i contesti occidentali (certamente, tanto per fare un esempio, la densità della popolazione in Europa non è in alcun modo paragonabile a quella dei tempi delle invasioni barbariche).

L'immigrazione diviene e diverrà sempre di più terreno di conflitti sociali per il semplice motivo che anche negli Stati occidentali tutto scarseggia e gli stessi servizi essenziali sono progressivamente meno accessibili se non a costi elevati per i più.

Da un lato ci siamo "noi", nel senso di persone qualsiasi, non appartenenti alle *élite*, non ricche, con un qualche livello di benessere o già reietti in un qualche squallido quartiere di periferia od in una cittadina spenta dalla criminalità e dalla povertà; dall'altro lato, troviamo "loro", gli immigranti che arrivano quotidianamente da ogni dove nel globo in situazioni estreme.

Con guerre, calamità naturali, nuove forze coloniali a sfruttare le vittime degli imperialismi occidentali (tanto quelli storici che quelli più recenti) avremo sempre più arrivi. Somali, senegalesi, nigeriani, indiani, sudanesi, siriani, saharawi, afghani, palestinesi di Gaza non

hanno più tempo di attendere camion dell'Onu o svolte democratiche: le iniziative militari degli Usa e dei loro alleati – ma anche di Russia, Cina, Giappone, India, Paesi arabi, ecc. – non solo hanno clamorosamente fallito, ma hanno pure prodotto ulteriori miserie e pericoli negli Stati invasi militarmente e/o economicamente.

Quello dell'immigrazione è un fenomeno inarrestabile. È soltanto ai suoi albori. Ne abbiamo visto solo una piccola parte, e già i morti sono oltre ogni limite immaginabile (basti pensare che, secondo i dati dell'Organizzazione internazionale delle migrazioni, in meno di dieci anni sulle tre rotte del Mediterraneo sono decedute più di 26.000 persone[3]).

Forse solo un'immensa calamità umana (una guerra mondiale) o naturale (un'epidemia non indotta dai cattivi di turno, un meteorite di proporzioni importanti, ecc.) potrebbero arrestare il fenomeno.

Si potrebbe obiettare che non tutti i soggetti – tanto fra "noi" quanto fra "loro" – si sentano in conflitto, ed anzi non lo siano affatto stando alle definizioni più accreditate di "conflitto sociale": chi da "noi" – il numero, però, non risulta particolarmente elevato – accoglie sul serio i migrati per certo non li combatte e non nutre pretese di segno negativo nei loro confronti. Anche fra i migranti vi sono persone che sono lungi dal concepire pretese negative.

Ma in realtà i più di "noi" sono in conflitto con gli immigrati, e lo saranno sempre di più: la coperta è troppo corta per tutti, fuori si muore. L'Europa non è l'America di fine Ottocento.

Dunque, qualcuno di "noi" – magari un po' agiato e senza famigliari da mantenere – potrà anche ritenersi estraneo al conflitto, ma questa non è e non sarà la situazione dei più.

Ovviamente i politici sono bravi ad alimentare la sensazione del conflitto (è generando paure che i politici acquisiscono potere) così come le multinazionali a creare contrapposizioni e diversità (chi può permettersi di pagare polizze sanitarie e chi no; chi beneficerà dell'intelligenza artificiale e chi no; ecc.).

Altro dato è che trattasi di conflitti sociali con sfaccettature diverse fra loro: la contrapposizione tra "noi" e "loro" è in realtà tra diversi "noi" (quanti sono i Paesi in cui i migranti approdano) e diverse classi di "loro": i conflitti avvengono con società/culture differenti, dalla comunità cinese a quella nigeriana a quella afghana.

---

[3] Progetto *Missing migrants*, https://missingmigrants.iom.int.

Venendo ai miei casi, alcuni già li ho menzionati innanzi: il piccolo siriano Raed, vittima dell'incendio del traghetto Norman Atlantic e la tragedia di Steccato di Cutro in occasione della quale ancora una volta la priorità del salvataggio delle vite in mare è rimasta lettera morta tra istituzioni ed autorità preposte.

Proprio il caso di Cutro mi ha portato a seguire le vicissitudini dei sopravvissuti e dei famigliari delle vittime: persone alle quali, nonostante la tragedia che ha accompagnato il loro approdo in Europa e malgrado la fuga da scenari agghiaccianti (la maggior parte erano/sono afghani fuggiti ai talebani dopo la vergognosa fuga delle forze occidentali da Kabul il 15 agosto 2021), stiamo frapponendo ostacoli di ogni genere contro la loro permanenza nell'Unione. Il padre di un ragazzo deceduto nel naufragio, costretto in un centro di accoglienza tedesco, non riesce più a controllare la sua depressione, sta realizzando che "noi" non gli offriamo alcunché, semplicemente non lo vogliamo. Ed i centri di accoglienza in Germania (ne ho visitati cinque) sembrano hotel di lusso al confronto di quelli italiani.

Molti migranti che approdano sulle nostre coste non vogliono proprio saperne di fermarsi in Italia: sono disposti a rischiare la vita in viaggi notturni tra i boschi ed i dirupi alpini fra le montagne delle Olimpiadi di Torino 2006 (per inciso uno dei tanti scempi prodotti dal Cio) e quelle francesi dell'alta Provenza.

Per incontrare una collega tedesca al fine di discutere dell'assistenza in Germania dei naufragi di Cutro mi sono ritrovato inaspettatamente in un rifugio della Val di Susa, che, nel bel mezzo di una cittadina di villeggiatura a pochi passi dalla stazione dei carabinieri locali, ospita giorno e notte ingenti gruppi di migranti in attesa di tentare la traversata. Vengono da ogni dove, sono disperati e provati da viaggi costellati da tragedie, hanno con loro minori. Ogni sera un gruppo viene vestito alla bell'e meglio con vecchi giacconi o piumini, guanti, cappelli, ghette, per essere condotto in una fila mesta e silenziosa al bus locale: destinazione un Paese più vicino al confine dove alcuni volenterosi di centri sociali ed anarchici li indirizzano lungo i sentieri. Ogni tanto i gendarmi francesi li intercettano e li rispediscono in Italia, non sempre con le buone. Queste traversate da autentico medioevo, che cagionano morti e aprono ulteriori ferite nei migranti, avvengono ogni notte mentre dormiamo nelle nostre case e sotto gli occhi delle nostre forze dell'ordine: un "gioco mortale" in cui costringiamo queste

persone a rimettere nuovamente a repentaglio le loro vite dopo essere sopravvissute a perigliose traversate in mare od ai campi tra Turchia e Grecia ed alle interminabili strade che dalla Macedonia attraversano tutta la ex Jugoslavia.

Poi magari ci sorprendiamo se interi quartieri di Parigi si infiammano in proteste quotidiane od inneggiano ai truci ed agghiaccianti massacri ai danni di inermi israeliani, preceduti e seguiti da massacri di altrettanto inermi palestinesi (da ultimo con scenari tipici del genocidio a cui gli alleati occidentali – Italia compresa – non si oppongono strenuamente in un'autentica vicenda di *complicity*).

Obbligare le persone a rischiare tutto ed a subire la morte di congiunti e compagni di viaggio non induce a sentimenti di amore, ma all'odio e, se tutto va bene, alla rivendicazione sociale. Magari il libico arrestato agli inizi di novembre 2023 mentre gettava pietre da un ponte sulle autovetture in transito sull'autostrada dell'Alta Val di Susa non c'entra alcunché con tutto ciò; magari si è trattato di una sua patologia latente: eppure una sua rabbia cieca ci starebbe tutta contro la nostra indifferenza, contro i nostri respingimenti.

Altro caso, nel medesimo segno: Nuomo Sylla, giovane ragazzo senegalese morto nel marzo 2019 nel rogo della tenda in cui dormiva. Lo scenario del decesso era desolante: la "nuova" tendopoli di San Ferdinando, un piccolo comune calabrese a cui Stato e Regione Calabria avevano affidato un compito enorme ed impossibile: gestire, a partire dalla sicurezza, un campo braccianti senza risorse e mezzi adeguati. La tenda, in cui si trovava il ragazzo, non ci sarebbe neppure dovuta essere: una delle tante aggiunte per fare fronte al continuo incremento di nuovi arrivi. Impianto elettrico a norma? Assolutamente no: violate tutte le più basilari precauzioni. Eppure in tutta fretta il procedimento penale, in cui nessuno si è dato la briga di coinvolgere i famigliari, si è concluso rapidamente nel senso della "causa accidentale". La morte di Nuomo non è servita neppure a migliorare le condizioni di sicurezza dei suoi compagni di sventura.

L'Italia del sud – ma anche il Nord non si sottrae a questi scenari (basti pensare al Silos di Trieste) - pullula di baraccopoli e tendopoli in cui releghiamo gli immigrati per consegnarli ai più variegati sfruttamenti da parte delle mafie locali. Questo è autentico razzismo: a "loro" possiamo rifilare impunemente campi fuori legge e lavori da moderna schiavitù, tanto nessuno ne risponde.

Nuomo aveva una giovanissima moglie e tre bimbi piccoli in un angolo sperduto del sud del Senegal tra Gambia e Nuova Guinea. Passando per deserti e transitando per Lampedusa era venuto con una missione semplice, banale: garantire un minimo di sostentamento alla sua famiglia, alle prese con siccità, guerriglie locali, nuovi colonialismi. Un autentico "migrante economico", e maledetto sia chi ha coniato questa vergognosa etichetta.

Per Nuomo e la sua famiglia quali diritti si sono prodotti dal conflitto fra "noi" e "loro"?

Raed, Nuomo, i 94 morti di Cutro sono tutte persone morte. Con loro sono morti i loro diritti assolutamente fondamentali: il diritto a vivere ed il diritto dei loro famigliari ad averli in vita.

Parlare di conflitti sociali richiede innanzitutto che si contino i morti: nessuna di queste persone potrà godersi alcun diritto che abbia a sgorgare dal conflitto di cui sono state vittime (posto che il conflitto abbia mai una fine).

Inoltre: permettendo queste morti abbiamo seminato amore oppure i germi dell'odio e della rivalsa?

Qualcuno crede seriamente che tutte queste tragedie, anche solo a livello di inconscio se non persino di Dna, non abbiamo ad incidere sui conflitti sociali tra "noi" e "loro"? Uno studio condotto negli Stati Uniti, che ha analizzato i profili genetici di trentadue ebrei deportati e dei loro figli, ha rinvenuto in questi ultimi alterazioni collegabili a deficit dell'attenzione, stress e depressione, assenti nelle famiglie di origine ebraica vissute lontano dall'Europa durante la guerra. Paure, avversioni, sofferenze, emozioni negative si trasmettono geneticamente da una generazione all'altra.

Dato che non possiamo risolvere i problemi, che affliggono i migranti nei loro Paesi di origine, né porre validi argini ai nostri problemi (ovunque in Europa tutte le risorse scarseggiano), dobbiamo almeno pensare a scongiurare le tragedie che affliggono i viaggi migratori, perché non fanno altro che incrementare il senso dell'ingiustizia in persone cariche di sofferenze.

Del resto, pensare di lasciarli crepare nei deserti che precedono il Mediterraneo, nelle prigioni di qualche Stato del nord Africa, in mare, o nei campi turchi, greci od italiani, oltre che risultare ripugnante (purtroppo, però, non lo è per la totalità degli occidentali, tantomeno per

diversi soggetti che ci governano), comunque non servirebbe a nulla: come si rilevava innanzi, questo è un fenomeno inarrestabile.

Sanzionare, penalmente e civilisticamente, nelle aule di giustizia i responsabili – sia persone fisiche che enti – è senz'altro importante, e su questo fronte gli avvocati possono svolgere un loro ruolo (magistratura permettendo).

Il problema, però, è e rimane politico: la prevenzione non può dipendere da sparute sentenze di condanne che intervengono a distanza di anni, ormai prive di qualsiasi funzione deterrente.

Iniziare a tutelare realmente gli immigranti tutti – anche quelli "economici" – nei loro tragitti sarebbe un gran passo in avanti: non eliminerebbe i conflitti sociali tra "noi" e "loro", ma potrebbe almeno smussare i sentimenti avversi che le tragedie tendono ad alimentare.

Inoltre, non dobbiamo smettere di credere in un mondo migliore, anche perché non abbiamo alcuna alternativa. Non sono i conflitti che producono i diritti, ma l'amore ed il rispetto per gli altri e per noi stessi, quando questi sentimenti riescono a sopravvivere ai conflitti. Sarò senz'altro un ingenuo, ma fuori dalle aule di Giustizia posso ancora sperare.

Processo civile e conflitto sociale

Remo Caponi

1. Prologo: il «chi» dell'attività di ricerca

Diritti fondamentali e conflitto sociale è il tema generale sul quale Alessandro Somma ha chiamato a discutere in questa seconda sessione un gruppo di giuristi di diverse provenienze, specializzazioni e professionalità. Egli ha invitato a dibattere senza ritrarsi dal mettere sul tappeto tesi decise. Una sollecitazione alla quale è difficile sottrarsi, ma è ancora più difficile corrispondere. Il primo fattore di un tale indirizzamento è dato proprio dalla diversità di esperienze che sono state raccolte intorno al tavolo. Valersi delle differenze apre degli scorci sulla radice dei fenomeni, per la via delle scintille (e anche dei fraintendimenti) generati dallo sfregamento tra personalità e culture dissimili. Un ambiente siffatto esorta chi partecipa ad assumere su di sé il compito di formulare interrogazioni inattese e di praticare aperture di senso inconsuete. Rende più consapevoli che mai vi è una pratica conoscitiva neutrale, ma sempre vi è una conoscenza di parte.

Dell'attività di ricerca è quindi importante il domandarsi «chi» la svolge: donde proviene chi ricerca, quali ambiti di vita lo hanno spinto a sollevare proprio quelle questioni di ricerca, in vista di che cosa egli se le pone. Ed è fondamentale che se lo domandi per primo il ricercatore stesso: che egli rivolga a sé, costantemente, quelle interrogazioni. In gioco è la posta del rendersi consapevoli che gli ambiti di vita attraversati generano privilegiamenti prospettici, ma è la parzialità dello sguardo ad avviare il percorso verso risultati cognitivi critici, poiché provoca gli interlocutori a contraddire. È il pensiero che si confronta

con l'altro da sé e si nutre del confronto il fattore chiave della vitalità di un assetto sociale[1].

2. Il punto di vista e il campo visivo

Nel dare contenuto al mio intervento non mi ha sorretto tanto il proposito di indicare, come studioso e pratico della giustizia civile, la possibilità di avviare i conflitti sociali a forme di definizione attraverso i sistemi istituzionali di composizione delle controversie. Perché allora nel titolo hai convertito «diritti fondamentali» in «processo civile» mi domanderete. Rispondo che è certamente difficile spogliarsi di un punto di vista disciplinare acquisito ormai nell'arco di un quarantennio di studi e di frequentazioni. Tuttavia: una cosa è il punto di vista, altra cosa è il campo visivo. Il punto di vista del processualista è che il significato di «diritti fondamentali» si dà attraverso le pratiche che li incarnano nella vita dei loro titolari e che, in caso di mancata cooperazione spontanea da parte di chi vi è tenuto, tali pratiche coincidono sempre di meno con quelle proprie della tutela giurisdizionale dei diritti dinanzi al giudice statale. Pertanto, è lo stesso punto di vista che sollecita ad allargare il campo visivo. Tale compito se lo è assunto in primo luogo Pasquale Nappi e lo ha svolto felicemente, dal momento che egli ha rivolto principalmente l'attenzione verso il «diritto fondamentale al processo», cioè verso il progressivo innalzarsi delle barriere di accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti, che è il fenomeno saliente degli ultimi decenni, dipendente dal selvaggio aumento delle disuguaglianze sociali nei Paesi occidentali[2].

L'indirizzo determinante alle mie riflessioni lo ha impresso però la riproduzione campeggiante sulla locandina d'invito – il quadro di Renato Guttuso, *Comizio di quartiere* del 1975. È come se un frammento del passato mi avesse di nuovo raggiunto nel nostro presente, di cui Pasquale Nappi ha così bene intarsiato un frammento con la lente d'ingrandimento dello studioso del processo civile, senza omettere di conferire al suo contributo – nell'iniziale richiamarsi alla stagione degli studi degli anni Settanta sull'accesso alla giustizia – una profondità di campo della quale proverò a valermi nel proseguimento.

---

1 Per un più ampio discorso sul punto rinvio a R. Caponi, *Specialismo e politica nella scienza giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2022, p. 351 ss.

2 Cfr. P. Nappi, *Il diritto di agire in giudizio nell'Italia competitiva*, in questa pubblicazione.

3. Apogeo e declino dello Stato sociale

Cominciai a vivere le prime esperienze politiche proprio intorno a quegli anni, sull'onda della battaglia per il referendum sul divorzio, partecipando anche a comizi simili a quello dipinto da Guttuso (nel mio caso erano comizi di Paese). Di lì a qualche anno mi avvicinai agli studi di giurisprudenza animato da concezioni dell'individuo, della società, della politica, del diritto e dello Stato maturate, anche attraverso quelle esperienze politiche, nel clima di una forma di Stato, quello sociale, delle cui politiche molti in quell'epoca si sentivano beneficiari diretti, con la possibilità che fu data di accedere agli studi superiori. Era al tramonto, ma dava ancora segni di vitalità, il compromesso tra cultura liberale (laico risorgimentale), cristiano sociale e socialcomunista che, sulla scia della crescita economica successiva alla Seconda guerra mondiale, aveva composto la tensione tra liberalismo e democrazia entro un disegno di avanzamento della società nel suo complesso. In fondo lo si poteva ricondurre ad un impianto di socialismo liberale in cui obiettivi di libertà e di giustizia sociale si intrecciavano e si sostenevano reciprocamente.

Nel compromesso costituzionale del 1946-1947 tra le forze politiche che esprimevano quegli orientamenti era inscritta la promessa di un modello sociale in cui i valori politici della cultura liberale classica, specialmente la libertà di manifestazione del pensiero, la concorrenza delle idee e delle iniziative economiche, potessero conciliarsi dinamicamente, nei limiti di ciò che era oggetto possibile di conflitto e di conquista da parte delle forze sociali e politiche nella cornice di una forma di Stato democratico costituzionale, con i valori politici della persona, della solidarietà e sussidiarietà, propri soprattutto della cultura politica cristiano sociale, e i valori politici della piena occupazione, della dignità del lavoro e della redistribuzione del reddito, propri soprattutto della cultura politica socialcomunista[3].

Fino alla metà degli anni Cinquanta del secolo XX, l'Italia era ancora in prevalenza un Paese sottosviluppato, nonostante gli stimoli economici ricevuti dal Piano Marshall per la ripresa europea dopo la Seconda guerra mondiale. Nel suo *Discorso sulla Costituzione*, tenuto a Milano nel 1955 agli studenti, Piero Calamandrei, richiamando l'art.

---

[3] Per un più ampio discorso, cfr. R. Caponi, *Forme del diritto e ambiti della vita*, in Id., *Dogmatica giuridica e vita*, Milano, 2022, p. cxviii ss.

3 comma 2 della Costituzione, «il più importante di tutti», aveva ricordato, con parole destinate a lasciare il segno: «Dare lavoro a tutti, dare una giusta retribuzione a tutti, dare una scuola a tutti, dare a tutti gli uomini dignità di uomo. Soltanto quando questo sarà raggiunto, si potrà veramente dire che la formula contenuta nell'articolo 1, "l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro", corrisponderà alla realtà. Perché fino a che non c'è questa possibilità per ogni uomo di lavorare e di studiare e di trarre con sicurezza dal proprio lavoro i mezzi per vivere da uomo, non solo la nostra Repubblica non si potrà chiamare fondata sul lavoro, ma non si potrà chiamare neanche democratica… E allora voi capite da questo che la nostra Costituzione è in parte una realtà, ma soltanto in parte. In parte è ancora un programma, un ideale, una speranza, un impegno di lavoro da compiere».

A partire dalla seconda metà degli anni Cinquanta, l'Italia cominciò ad essere uno dei protagonisti del periodo di espansione economica globale che si era avviato poco dopo la fine della guerra. Le ragioni di ciò sono molteplici e fra gli economisti non vi è accordo sull'ordine di importanza in cui dovrebbero essere indicate (ma in questa sede ci interessa il fatto, non le cause del suo venire alla presenza). La crescita economica che si ebbe dopo la Seconda guerra mondiale in Occidente dischiuse anche in Italia una fase di crescita culturale, di apertura sociale e di svolta politica (con l'avvento dei governi di centro sinistra a partire dal 1962). Gli anni Sessanta e, nonostante la crisi petrolifera del 1973, buona parte degli anni Settanta, segnarono un periodo di emancipazione sociale ed economica in cui le speranze e l'impegno di lavoro per l'attuazione della Costituzione si tradussero in realtà, almeno in una parte significativa. Si trattò di una stagione caratterizzata da grande fiducia nell'espansione del novero di interessi pubblici che le pubbliche amministrazioni erano chiamate a proteggere, da una temperie favorevole a un approccio interventista, redistributivo e democratizzante del settore pubblico[4].

Negli anni di quell'avanzamento sociale, politico e giuridico, si poté ambientare in modo incisivo anche un nuovo modo di concepire l'amministrazione statale della giustizia e il ruolo del giudice, che, nell'ambito della giurisdizione civile, trovò uno dei veicoli principali di espressione nell'applicazione sempre più diffusa del procedimento cautelare

[4] Cfr. R. Caponi, *Intervento*, in Av.Vv., *I conflitti economici e la giurisdizione*, Bologna, 2023, p. 230 ss.

ex art. 700 c.p.c. per soddisfare bisogni di tutela urgente. Uno dei momenti salienti che segnarono la presa di coscienza del proprio nuovo ruolo da parte dei magistrati fu il XII congresso nazionale dell'Associazione nazionale magistrati, che si tenne a Gardone nel settembre del 1965. La mozione finale rifiutò la «concezione che pretende di ridurre l'interpretazione a una attività puramente formalistica indifferente al contenuto e all'incidenza concreta della norma nella vita del Paese» e affermò che «il giudice, all'opposto, deve essere consapevole della portata politico costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare, pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge, un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione»[5]. Evidente è il riconoscimento che, nel nuovo quadro costituzionale, il ruolo del giudice richiede un'applicazione del diritto teleologicamente orientata, intessuta di opzioni di valore, maturate anche in considerazione delle evoluzioni della costituzione materiale, nonché degli orientamenti di fondo della società, e bilanciata dall'assoggettamento a un rigoroso controllo che i suoi risultati siano persuasivamente argomentabili sulla base del sistema giuridico.

A ridosso di quegli anni si svilupparono anche approcci innovativi allo studio del diritto processuale e della giustizia civile. L'accesso alla giustizia e l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti poterono essere considerati come ulteriori tappe dello Stato sociale[6]. In questo clima di apertura ad innovazioni, alcuni studiosi del processo civile di temperamento e formazione culturale assai diversi, nel breve volgere di pochi anni l'uno dall'altro, avevano potuto intraprendere svolte metodologiche di notevole portata e lanciare innovativi progetti di ricerca che, se da un lato riflettevano in modo paradigmatico tali differenze, dall'altro lato traevano alimento in modo identico da questa temperie politico sociale: si segnalano in questo contesto l'abbandono da parte di Vittorio Denti dell'impostazione dogmatica in favore di un approccio comparatistico e multidisciplinare nonché dell'apertura verso la dimensione sociale della giustizia[7]; il progetto mondiale sull'accesso alla

---

[5] Gli atti del congresso sono stati pubblicati a Roma, 1966. Per la citazione nel testo cfr. p. 309 s. Sul punto cfr. E. Bruti Liberati, *Considerazioni su magistratura e società* (10 febbraio 2017), www.questionegiustizia.it/articolo/considerazioni-su-magistratura-e-societa_10-02-2017.php

[6] Su questa stagione, cfr. i cenni di A. Carratta, *La «funzione sociale» del processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 29 ss.

[7] V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971; Id., *Un progetto per la giustizia*

giustizia di Mauro Cappelletti[8]; il ripensamento integrale dei rapporti tra diritto sostanziale e processo di Andrea Proto Pisani[9]; gli studi di Sergio Chiarloni su processo civile e società di classi[10].

Sul piano istituzionale, gli anni Settanta si aprirono con la legge che – insieme con la riforma del 1962 sulla scuola media unica – costituiva forse la maggiore espressione dell'avanzamento politico: quello Statuto dei lavoratori che, grazie ai contributi determinanti del Ministro del lavoro Giacomo Brodolini e di un giurista della tempra di Gino Giugni, aveva fatto letteralmente entrare la Costituzione nelle fabbriche, ove ancora si vedevano reparti confino, squadre di punizione, molestie e violenze sessuali da parte di capi e capetti. La Repubblica democratica fondata sul lavoro (art. 1 Cost.) andava a liberare il proprio fondamento, affinché esso potesse dispiegarsi con pienezza di vita.

Rispetto all'amministrazione della giustizia civile, la riforma del processo del lavoro del 1973 (ricordata in questo seminario dall'intervento di Anna Terzi)[11] si collocò sullo stesso piano d'importanza dello Statuto dei lavoratori e delle riforme in altri settori, politicamente sorrette dal cambiamento dei rapporti di forza nella società che si verificò in Italia negli anni Sessanta e nei primi anni Settanta. Esse sono tra i frutti migliori dello Stato democratico «pluriclasse», affermatosi sulla base della Costituzione del 1948: uno Stato nel quale «tutte le classi sociali concorrono al governo politico, e cercano di introdurre istituzioni a tutela dei propri interessi»[12]. La riforma del processo del lavoro del 1973 differenziò la tutela giurisdizionale, la riforma della scuola nel 1962 unificò la scuola media, ma gli itinerari contrapposti (dall'uno al molteplice; dal molteplice all'uno) erano riuniti entro le forme giuridiche complesse dettate dal principio di uguaglianza sostanziale[13].

---

civile, Bologna, 1982.

8 M. Cappelletti (a cura di), *Access to Justice*, 6 voll., Alphen aan den Rijn, 1978-1979.

9 Cfr. fondamentalmente i saggi raccolti in A. Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, Cacucci, 1982.

10 Cfr. S. Chiarloni, *Processo civile e società di classi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, p. 733 ss.

11 Cfr. il Quaderno 7/2023, a cura di U. Carabelli e D. Dalfino, della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* che ospita gli atti del convegno *Il processo del lavoro compie 50 anni*, organizzato a Bari da D. Dalfino.

12 Cfr. M.S. Giannini, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse* (1979), in Id., *Scritti*, vol. 7 (1977-1983), Milano, 2005, p. 314.

13 Cfr. R. Caponi, *Intervento*, in Aa. Vv., *I conflitti economici e la giurisdizione*, cit., p. 237 ss.

Gli anni Settanta furono anche altro oltre che anni di piombo, come è stato scritto nella pagina introduttiva di un libro recente di Simona Colarizi: «Stragi, terrorismo, criminalità organizzata hanno lasciato un segno indelebile nella storia repubblicana tanto da far dimenticare *gli altri anni Settanta*, un decennio di crescita democratica che ha consentito di sconfiggere i terrorismi. Senza questa Italia, sarebbe stato assai più difficile uscire dalla "notte della Repubblica"; anzi, proprio grazie a questa Italia, di gran lunga maggioritaria rispetto alle minoranze criminali, si sono evitati i pericoli di un'involuzione autoritaria o di un'esplosione rivoluzionaria, che erano poi gli obiettivi rispettivamente degli strateghi del terrore e dei brigatisti. Chi ha vissuto quegli anni ha una memoria altrettanto viva dei fermenti democratici che percorrevano la sua generazione, decisa a liberarsi del passato autoritario e conformista lasciato in eredità dalla dittatura. Al contrario dei loro coetanei che si smarrivano nei miti rivoluzionari o si mettevano al servizio dei golpisti o della mafia, distruggendo la propria e l'altrui esistenza, questi altri giovani e meno giovani saliti prepotentemente alla ribalta della politica sulla scia del boom economico legavano il proprio impegno agli ideali della democrazia e del progresso. Il salto dell'Italia nella modernità e la conquista di libertà e di diritti negati vanno attribuiti alle generazioni maturate negli anni Sessanta e Settanta, al loro entusiasmo politico, alla loro passione civile, che hanno segnato nella storia del Paese una pagina di intensa partecipazione, fino a oggi mai eguagliata»[14].

A quei tempi non pochi giovani si iscrissero all'università pensando di investire le loro energie intellettuali al servizio di un progetto di emancipazione politica, sociale e umana delle «classi subalterne» (per riprendere il lessico gramsciano), sulla falsariga segnata da quella stagione di apertura politica, compatibile con quella forma di Stato ed anche concretamente realizzabile sulla base delle forze politiche e sociali allora in campo. Nello stesso anno in cui Guttuso dipingeva *Comizio di quartiere*, Alberto Asor Rosa chiudeva il volume sulla *Cultura*, scritto per la *Storia d'Italia* di Einaudi, con le seguenti parole: «Oggi il movimento operaio è nella fase ascendente della sua egemonia; mentre il grande capitale ha visto entrare in crisi la sua rappresentanza politica diretta. Nulla però è affidato allo sviluppo meccanico delle cose. Quali

[14] Cfr. S. Colarizi, *Un Paese in movimento. L'Italia negli anni Sessanta e Settanta*, Bari, 2019, *Introduzione*.

che siano gli sviluppi di questa situazione, non par dubbio che essa non possa evolvere utilmente senza il rapido accumulo di una mole immensa di conoscenze e d'iniziative culturali, che accompagnino, agevolino e tutelino l'ascesa al potere della nuova classe insieme con un ulteriore sviluppo della democrazia. La critica dei vecchi strumenti, che è irrinunciabile e perenne, deve fare un corpo solo con la creazione del nuovo»[15]. I propositi giovanili di liberazione e di lotta all'ingiustizia avrebbero potuto trovare negli studi universitari uno strumento per tradursi nella prassi. Impadronirsi di forme di sapere specialistico era il modo di compiere la «lunga marcia nelle istituzioni» (A. Gramsci).

Si era convinti che una sorta di spirito oggettivo si sarebbe alla fine manifestato nella realizzazione di un progetto di graduale trasformazione della società verso un assetto sostenuto da una maggiore giustizia sociale. Entro quel progetto ci si era ripromessi di mettere a frutto il sapere specialistico acquisito con gli studi universitari.

Tuttavia, proprio al tempo in cui si iscrissero all'università e fecero il passo più importante nella logica della precedente epoca di apertura della società, il terreno sotto i piedi di quei giovani cominciò a franare. Sul finire degli anni Settanta, la temperie ideale e politica in Occidente cominciò a cambiare in modo progressivamente radicale, assumendo i tratti di una «rivoluzione passiva»[16]. Si assunse che le politiche del Welfare State erano troppo costose. Protezioni sociali, sanità, istruzione e assistenza giudiziaria alle persone prive di mezzi sufficienti furono le prime vittime dei tagli di spesa. L'inizio dell'età neoliberale si può simbolicamente individuare negli anni 1979-1980 e lo si può collegare al biennio in cui il neoliberalismo, già coltivato dalle cerchie di studiosi che fin dal secondo dopoguerra si raccolsero nella Mont Pelerin Society e sperimentato in Cile dopo il colpo di stato che nel 1973 aveva abbattuto il governo democratico di Salvador Allende, si avviò ad ispirare le politiche governative di Paesi chiave del mondo occidentale. Nel 1979 Margaret Thatcher vinceva le elezioni politiche nel Regno Unito e nel 1980 Ronald Reagan riportava la vittoria nelle elezioni presidenziali degli Stati Uniti. Per via di questi successi elettorali, la dottrina neoliberale divenne rapidamente la corrente di pensiero più influente a livello globale nel mondo contemporaneo. Il mutamento dello spirito del tempo si accelerò prepotentemente un decennio dopo, in seguito

[15] Cfr. A. Asor Rosa, *Storia d'Italia. La cultura*, Torino, 1975, p. 915.

[16] Cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere (1929-1935)*, vol. 1, Torino, 1977, p. 41

alle vicende politiche che determinarono la fine delle esperienze del «socialismo reale». Da quel momento, l'Occidente non visse più «sotto l'occhio dei Russi»[17]: caduto tale spauracchio, non ebbe più argini l'applicazione dell'impianto neoliberale, nelle sue diverse varianti, alle politiche economiche dei Paesi occidentali e su scala planetaria.

4. Età neoliberale

Fra tutte le definizioni del neoliberalismo, quella proposta da David Harvey è una delle più adatte a indicarne scheletricamente alcuni aspetti rilevanti rispetto al diritto e alla giustizia civile: «Il neoliberalismo è in primo luogo una teoria della prassi politico economica che propone che il benessere umano può essere promosso nel modo migliore liberando le energie e i talenti imprenditoriali individuali, all'interno di un quadro istituzionale caratterizzato da una tutela forte dei diritti di proprietà, della libertà dei mercati e del commercio. Il ruolo dello Stato è quello di creare e preservare una cornice istituzionale appropriata a tali pratiche… Inoltre, nei settori in cui condizioni di mercato non esistono (nelle aree come la terra, l'acqua, l'educazione, la sanità, la sicurezza sociale e l'ambiente), tali condizioni devono essere create, se necessario attraverso l'azione dello Stato. Ma quest'ultimo non deve avventurarsi al di là di tali compiti. Interventi statali nei mercati (una volta che questi siano stati creati) devono essere mantenuti al minimo indispensabile, poiché secondo tale teoria lo Stato non possiede verosimilmente informazioni sufficienti ad anticipare i segnali di mercato (prezzi) e potenti gruppi di interessi distorcerebbero e influenzerebbero inevitabilmente gli interventi statali in loro favore (specialmente in regimi democratici)»[18].

L'assunto di base del neoliberalismo è dunque il seguente: se si alleggerisce il quadro istituzionale in cui si esercita la libertà d'impresa, abbassandone la densità della regolazione e invocando una disciplina giuridica protesa ad assecondare il mercato, si sviluppa l'intero sistema economico, cosicché alla fine si incrementa il benessere di ciascuno dei membri della compagine sociale. Insomma, si genera la mitica «crescente marea che solleva tutte le barche», dagli yacht dei miliardari ai

---

[17] L'espressione tra virgolette è di C. Schmitt, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in Id., *Le categorie del «politico»*, Bologna, 1972, p. 167.

[18] Così D. Harvey, *Breve storia del neoliberismo (2005)*, 2007, p. 9 ss.

pescherecci, secondo il proverbiale slogan che fu portato a larga diffusione da Ronald Reagan, che tanto piacque anche a Deng Xiaoping e che non è stato certo ripudiato da Xi Jinping. Accattivanti le parole d'ordine nella loro semplicità: stare meglio nel presente, arricchendosi per quanto è possibile, poiché il denaro è unità di misura universale del valore umano; sprigionare le energie di un individuo tendenzialmente libero da vincoli di solidarietà sociale e da radicamenti territoriali e nazionali. L'individuo è imprenditore di se stesso, si giova della disintermediazione progressivamente generata dalle nuove tecnologie dell'informazione e della globalizzazione dei mercati. Alcuni elementi dell'ideologia neoliberale pescano nel profondo non cristallino della condizione umana (*homo duplex*!). Nuova è la forza di penetrazione capillare nella *forma mentis* e nei sentimenti, specialmente dei giovani cresciuti sotto il suo primato, negli ambiti della vita, nell'assetto della società civile e dei sistemi economici. Tale impianto sollecitò l'impressione che si fosse improvvisamente calati nel migliore dei mondi possibili.

Il rovescio della medaglia è una miscela di depoliticizzazione, allontanamento degli individui gli uni dagli altri, particolarismo individualistico, competitività a tutti i livelli, «atomizzazione sociale», efficientismo produttivistico, sollecitazione del consumismo, e – da ultimo, ma non per ultimo – prosciugamento delle risorse ambientali. Le forme della politica e del diritto sono state confinate entro il ruolo di amministratrici delle contingenze all'interno del campo tracciato dal neoliberalismo, quindi entro margini di variabilità ben più ristretti rispetto all'epoca precedente. Ciò ha disseccato il substrato politico e culturale dei progetti di sviluppo umano e di integrazione politica e sociale che erano maturati nei Paesi occidentali dopo la Seconda guerra mondiale e che avevano radici storiche nella prima metà del secolo XX. È questo l'aspetto in cui il neoliberalismo ha operato un vero e proprio sfondamento, frantumando il delicato compromesso in cui la tensione tra liberalismo e democrazia aveva trovato un equilibrio[19]. In Italia si sono corrispondentemente abbassati gli orizzonti di attesa di attuazione della Costituzione del 1948. O meglio, aderendo all'invito di Alessandro Somma di enunciare tesi «forti», può dirsi che, nella materialità dei rapporti sociali ed economici, sia cambiata la Costituzione almeno in due direzioni: l'Italia è una Repubblica democratica

[19] La «lotta di classe» è stata vinta dai ricchi, si è icasticamente scritto da parte di L. Gallino, *Il denaro, il debito e la doppia crisi spiegati ai nostri nipoti*, Torino, 2015.

fondata non sul lavoro, bensì sul capitale (specialmente finanziario), sulla rendita di posizione familiare e sociale, nonché sull'appartenenza a piccoli o grandi circuiti di potere, che rinvengono la propria struttura portante nel principio del *do ut des*; è stato neutralizzato il principio di eguaglianza sostanziale come fattore d'impulso della legislazione. A ciò può aggiungersi, spostandosi sul piano internazionale, che si è invertito il rapporto tra ordinamenti statali ed autonomia privata *olim* codificato all'art. 1322 comma 2 c.c.: nel senso che è l'autonomia privata (specialmente quella dei grandi colossi globali dell'economia digitale) a selezionare gli ordinamenti statali «meritevoli» di essere assoggettati alle sue determinazioni.

La crisi economico finanziaria del 2008 aveva già offerto una drammatica conferma che la libertà, di per sé sola, non può farsi ordinamento, che il mercato non può regolarsi da solo come pretende il «dogma di fede neoliberale»[20] (e tanto meno può fornire lo spunto per elaborare canoni universalistici), ma richiede l'intervento robustamente regolativo e sanzionatorio dei poteri pubblici, affinché sia assicurata l'eguale libertà delle imprese e la tutela delle persone[21]. Tuttavia, il canovaccio seguito dai grandi attori sul palcoscenico della politica e dell'economia mondiale non era mutato, come ha attestato l'approvazione in Europa nel 2012 del Patto di bilancio europeo[22], con una serie di regole per realizzare il pareggio di bilancio all'interno dei Paesi aderenti. Rispetto a tale quadro, è difficile dire che rappresentino una svolta le misure adottate dall'Unione europea in conseguenza dell'emergenza sanitaria globale scoppiata nel 2020, culminate con l'adozione del Piano di recupero per l'Europa nell'estate del 2020[23]. Nell'ipotizzare conseguenze epocali o comunque di lungo periodo, la cautela è d'obbligo. A differenza di ciò che reputavo da giovane, oggi penso che non vi sia nulla di più irragionevole del pensare che la storia proceda in modo ragio-

---

[20] Così Papa Francesco nella sua terza enciclica *Fratelli tutti* (2020).

[21] Cfr. G. Amato, *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2014, in particolare i saggi raccolti nella parte terza.

[22] Il cosiddetto *Fiscal compact*.

[23] Per la risposta negativa, cfr. A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma e Bari, 2021: «La crisi economica provocata dall'emergenza sanitaria viene affrontata con modalità che inaspriscono il vincolo esterno, combinandolo con un deciso ricorso al metodo intergovernativo al fine di meglio realizzare le finalità contemplate dal federalismo di matrice neoliberale».

nevole[24]. Ho l'impressione che l'Unione europea faticherà non poco a cambiare marcia, né fa ben sperare la sua incapacità di trovare un accordo al suo interno (se non addirittura di esprimere qualcosa di significativo) su altri fenomeni centrali del tempo presente, come quello dei migranti o delle guerre in corso entro i (e a margine dei) suoi confini.

In sintesi, un'accurata miscela di ragioni sta alla base dello straordinario successo del neoliberalismo, a partire dalla esaltazione di una idea forza della modernità, cioè l'immagine di un individuo orgoglioso della propria autonomia e libertà, alla quale si congiunge la riesumazione di miti vetero liberali, come quello di un *homo oeconomicus* in grado di prendere sempre decisioni razionali per il proprio benessere individuale e quindi di realizzare indirettamente anche il benessere sociale. Più in generale, il maggiore elemento di forza è l'assunzione di paradigmi esplicativi brillantemente semplificatori, in grado di intercettare fenomeni ed assetti che hanno radici più o meno risalenti nell'epoca moderna, rimarcandone taluni tratti, mettendone in secondo piano altri e assoggettandoli così a spiegazioni che mettono in ombra la complessità e tortuosità dei fattori storici, nonché l'incertezza degli esiti. In questo modo, il modello esplicativo si colora anche di un'accattivante tonalità normativa che si risolve in un'espropriazione di ciò che è accaduto e in un'ipoteca su ciò che accadrà, in cui entrambe le dimensioni del tempo si ripiegano su un presente totalitario che, assunte le fattezze di un Giano bifronte, dice al passato: «fosti così perché io lo volli» e al futuro: «sarai così perché io lo voglio»[25].

5. Il valore del conflitto

Se quello delineato nel paragrafo precedente è ancora oggi il «mondo cosmo storico»[26] dominante, pur in declino e ormai privato sul piano geopolitico del suo tassello fondamentale (la *pax americana*), può lo studioso della giustizia civile dare un segno specifico della sua

---

[24] Mi sembra che il corso della storia somigli piuttosto «al cammino di una nuvola, a quello di chi va bighellonando per le strade, e qui è sviato da un'ombra, là da un gruppo di persone o da uno strano taglio di facciate, e giunge infine in un luogo che non conosceva e dove non desiderava andare». Così R. Musil, *L'uomo senza qualità* (1930-1942), Torino, 2010.

[25] Per un più ampio discorso sul punto rinvio a R. Caponi, *Forme del diritto e ambiti della vita*, in *Dogmatica giuridica e vita*, cit., p. cxii ss.

[26] Mutuo l'espressione da C. Sini, *Kinesis. Saggio d'interpretazione*, Milano, 1982, p. 168 ss.

partecipazione alla discussione del rapporto tra diritti fondamentali e conflitto sociale, liberandosi dalla coazione a ridurre l'approccio ad una risposta tecnico giurisdizionale (tanto per far proprio lo spunto critico di Gaetano Azzariti)? Molto è stato già detto da Pasquale Nappi al quale rinvio di nuovo[27]. Da parte mia ho accennato ad evadere da tale impostazione nel seguire i lavori di un convegno dedicato nel 2022 dagli studiosi del processo civile ai *Conflitti economici e la giurisdizione*. Mi sono domandato perché non vi abbia trovato lo spazio di una relazione il classico conflitto economico della modernità, quello tra capitale e lavoro, mentre appena tre o quattro decenni fa esso sarebbe stato probabilmente l'unico tema trattato sotto quel titolo[28]. In un intervento a quel convegno, ho provato ad offrire ragioni di quest'assenza, tracciando sinteticamente un mosaico di lungo periodo al quale mi ricollego a questo punto per aggiungere un'ulteriore tessera, che mi è suggerita da una lettura provocatoria dello scarto tra il plurale dei «diritti fondamentali» e il singolare del «conflitto sociale», riuniti nel titolo del seminario.

Mi fingo che sia un'espressione al singolare scivolata giù dalla tastiera di Alessandro Somma, quale evocazione del conflitto sociale tra «oppressori ed oppressi», che fu – pur nell'avvicendarsi delle sue diverse fattezze – di volta in volta costitutivo dell'assetto dei modelli di società che si sono alternati nella storia dell'Occidente europeo. A leggere quel singolare, apparentemente stonato nel riferirsi al contesto così frammentato delle società contemporanee, mi sono ritornate in mente le prime pagine del *Manifesto del partito comunista*: «La storia di ogni società sinora esistita è la storia delle lotte di classe. Libero e schiavo, patrizio e plebeo, barone e servo della gleba, mastro artigiano e garzone, in breve oppressori e oppressi sono sempre stati in contrasto fra di loro, hanno sostenuto una lotta ininterrotta, a volte latente a volte aperta; una lotta che è sempre finita o con una trasformazione rivoluzionaria di tutta la società o con la rovina comune delle classi in lotta… Sorta dal tramonto della società feudale, la società borghese moderna non ha eliminato i conflitti di classe. Alle antiche essa si è limitata a sostituire nuove classi, nuove condizioni di oppressione, nuove forme di lotta. La nostra epoca, l'epoca della borghesia, si distingue però dalle altre per aver semplificato i conflitti di classe. L'intera società si va sempre più scindendo in due

---

[27] Cfr. P. Nappi, *Il diritto di agire in giudizio nell'Italia competitiva*, in questa pubblicazione.

[28] Cfr. Aa. Vv., *Conflitti economici e la giurisdizione*, cit.

grandi campi nemici, in due grandi classi direttamente contrapposte l'una all'altra: borghesia e proletariato»[29].

Animato dalla semplificante opposizione dualistica caratteristica della mente logica occidentale, il richiamo allo schema marxiano non sarebbe parso anacronistico fino a mezzo secolo fa, fin quando il conflitto tra capitale e lavoro si svolgeva prevalentemente entro la fabbrica fordista, un luogo ove la produzione di beni materiali destinati allo scambio sul mercato non era solo fattore d'incremento della ricchezza (in termini di profitti imprenditoriali e di salari operai), ma anche occasione di crescita personale, di costruzione di legami sociali, di irradiamento culturale, di elaborazione di progetti politici. Tale sfondo – congiunto al clima di rinnovamento radicale degli anni Sessanta del secolo scorso – aveva agevolato in Italia la nascita di correnti culturali che assumevano a bersaglio l'impostazione storicistica della cultura egemone, la quale faceva ancora leva sull'idea di tradizione come unità nella diversità.

Protagonisti di tali attacchi furono studiosi con differenti temperamenti e propensioni, attivi in diversi campi del sapere, ma accomunati dalla determinazione ad avviare una stagione di studi che riprendesse e sviluppasse temi di Marx in prospettiva antistoricistica e anti nazional-popolare, pur senza dimenticare un assunto fondamentale appartenente alla tradizione di pensiero italiana. Matrice comune era l'idea che dovesse essere il conflitto (non la mediazione) non solo il momento sorgivo di critica radicale dell'assetto esistente, ma anche il motore propulsore della produzione di nuovi assetti sociali, politici e giuridici. Si fa risalire a Machiavelli l'idea della relazione biunivoca tra istituzioni e conflitti: «in Machiavelli, come le istituzioni non neutralizzano di per sé i conflitti, questi non muovono contro le istituzioni, ma si esercitano tra esse o al loro interno… Sostenere… che istituzioni e conflitti non si escludano, ma anzi si implichino a vicenda, comporta… da un lato che le istituzioni non sono necessariamente statiche e chiuse al cambiamento… dall'altro che i conflitti, tutt'altro che destituenti, sono al contrario istituenti. Non volti a destrutturare l'ordine precedente, ma a strutturarlo in forma differente, in base ai rapporti di forza che di volta in volta si determinano»[30].

---

[29] Cfr. K. Marx e F. Engels, *Manifesto del partito comunista* (1848), Bari, 1999, p. 5 s.

[30] Così R. Esposito, *Vitam instituere. Genealogia dell'istituzione*, Torino, 2023, capitolo 2, sul punto anche con rinvio alle opere di G. Pedullà, *Machiavelli in tumulto. Conquista, cittadinanza e conflitto nei 'Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio'*, Roma, 2012 e F. Raimondi, *L'ordinamento della libertà. Machiavelli a Firenze*, Verona, 2013.

Una concezione del conflitto come condizione essenziale di vitalità della Repubblica non poteva che porre al centro della propria attenzione il conflitto tra capitale e lavoro. Cominciò a fare i primi passi una ricerca teorica che si collocava fuori dalle politiche culturali dei partiti; che indagava in modo diverso gli sviluppi capitalistici in Italia, cogliendo le tracce delle fratture sociali più che i segni di un progresso lineare; che mirava a creare un rapporto diretto tra intellettuali e classe operaia. Sono queste le origini dell'«operaismo», che – dopo la prematura scomparsa di Raniero Panzieri – trovò un veicolo di espressione in particolare nell'opera di Mario Tronti.

In contrasto con la tradizione nazional-popolare, Tronti e altri facevano valere appunto l'importanza del conflitto tra capitale e lavoro come condizione di forza di una Repubblica che tiene aperta la prospettiva di un «oltre». Si trattò infine – ma non è certo la tessera minore in questo mosaico fugacemente tratteggiato – di un punto di vista in grado di raccogliere la sfida del grande pensiero conservatore borghese, collocandosi alla stessa altezza. Non a caso, la valorizzazione del pensiero negativo articolata non in prospettiva decadente e irrazionalistica, bensì come momento di fondazione di nuove razionalità in diversi settori del sapere e dell'esperienza (Massimo Cacciari) fu uno dei tratti fondamentali accomunanti le opere di diversi autori, pur nella diversità di materie trattate (tra cui spiccava la storia della letteratura italiana, attraverso l'opera di A. Asor Rosa), oltre che di raggio di trasformazione politica cui costoro aspiravano.

In questo contesto si fece strada l'idea della classe operaia, da un lato come motore del sistema sociale di produzione capitalistico, dall'altro come fattore di contraddizione del sistema, fomite di nuovi ordinamenti e non come veicolo della tradizione. Si elaborò un punto di vista della classe operaia alternativo alla imprenditorialità come soggetto dell'accumulazione. Era l'idea (e la prassi) di un cervello sociale alternativo rispetto a quello capitalistico, un cervello sociale al quale si riconosceva la capacità di prendere le redini del processo politico, di creare istituzioni e di passare alla guida del Paese. Si dava così origine alla maturazione di contrapposte intelligenze collettive, che – ove il conflitto tra capitale e lavoro si puntualizzasse in una controversia giudiziaria – trovavano modo di dispiegarsi anche in specifiche forme giuridico processuali (cfr. art. 425 c.p.c. italiano).

6. Il pensiero di Hayek e il ruolo delle corti giudiziarie

Gli sviluppi successivi li ho anticipati indietro. A partire dalla fine degli anni Settanta del secolo XX, la disparità di distribuzione di potere nei processi produttivi si è accentuata nel mondo per diverse cause, tra le quali campeggia non solo il già accennato trionfo dell'ideologia neoliberale, ma anche la rapidissima evoluzione della tecnica, che a quel trionfo ha offerto il miglior volano. Non vi è spazio in questa sede se non per ricordare il carattere ambivalente e contraddittorio della diffusione massiccia di automazione, elaboratori elettronici, reti telematiche e intelligenza artificiale. Questa rivoluzione in tutti gli aspetti della vita sociale ed economica (a partire dalla raccolta, scambio e impiego di conoscenze e informazioni) sta plasmando il costante divenire della nostra «natura» umana in direzione di una solitudine dell'«individuo prometeico», congeniale al mondo neoliberale. Entrambi i fattori (tale ideologia, tale tecnica) si sono reciprocamente sostenuti nel comprimere l'importanza (anche cognitiva) del rapporto di lavoro subordinato in fabbrica, a vantaggio di altre forme di lavoro, atomizzato e atomizzante, tanto da far apparire una parentesi storica i trenta anni «gloriosi» successivi alla Seconda guerra mondiale. A tratti, sembra che la diseguale distribuzione di potere nei processi produttivi, parificata solo in modo formalistico dall'impiego dello strumento del contratto, sia diventata invisibile, coperta dalla *communis opinio* neoliberale che si erge ancora spavalda, nonostante le ricorrenti (e sempre più frequenti) smentite.

Nel calare ora sul tavolo – in un ruolo di contrapposizione critica nei confronti di siffatti sviluppi – la carta dei diritti fondamentali e della loro attuazione giurisdizionale (in caso di mancata cooperazione da parte di chi vi sarebbe tenuto), occorre guardarsi dal fare in realtà il gioco di questo spirito del tempo in cui siamo stati pienamente immersi almeno fino alla crisi economico finanziaria scoppiata nel 2008 e dal quale facciamo fatica ad uscire ancora oggi. Saggiato nel suo impatto sul diritto e la giustizia, il neoliberalismo raggiunge uno dei vertici della sua potenza teorica e del suo successo nella prassi, con quella sua capacità di appropriarsi di fenomeni, assoggettandoli a paradigmi interpretativi che elargiscono loro delle ragioni semplificatrici che occultano la complessità e tortuosità delle cause. Sintomatico è il caso di un fenomeno centrale del mondo del diritto negli ultimi decenni, quale

l'avanzata del ruolo delle corti, rispetto ai legislatori, nella formazione e integrazione del diritto[31].

Pur essendo in via di principio semplicemente concomitante con l'affermarsi dell'ideologia neoliberale, l'ascesa del ruolo delle corti giudiziarie nella formazione e sviluppo del diritto viene caricata di un significato strumentale, su un palcoscenico in cui gli attori recitano a soggetto davanti a un fondale sagomato dalle figure dell'ordine spontaneo che la libertà e l'autonomia dei privati sarebbero in grado di generare in condizioni di conoscenza frammentata, attraverso l'intreccio di iniziative nel mercato; mentre in tutto il teatro si respira l'aria di concezioni scettiche nei confronti della capacità del diritto di formazione legislativa di prevedere e prescrivere in via generale le azioni utili a incrementare il benessere individuale e sociale, a prescindere dalla contingente inettitudine del personale politico. In effetti, una concezione della libertà dell'individuo come perno dell'ordine sociale, che ripone fiducia illimitata nella creatività individuale e diffida dello Stato e di altre istituzioni in grado di aggregare conoscenze e saperi per fini di potenza politica, non può che essere scettica nei confronti della capacità del diritto di formazione legislativa di prevedere e prescrivere in via generale e astratta le azioni utili a incrementare il benessere sociale, nonché nei confronti della capacità dell'attività statale di prevenire i pregiudizi al benessere individuale e sociale.

Conviene approfondire la consonanza dell'approccio neoliberale con i sistemi giuridici che attribuiscono un notevole peso alla formazione e integrazione del diritto in via giurisprudenziale (quindi, in primo luogo, con i sistemi di *common law*). Ciò discende da un'applicazione adattativa al campo delle fonti del diritto della fiducia verso una conoscenza frammentata, che viene radicata presso le corti, a preferenza di una conoscenza aggregata da una mente pianificatrice (il legislatore). Il punto è sviluppato da Hayek in una delle opere della fase avanzata dei suoi studi: *Law, Legislation and Liberty* (pubblicata in tre volumi tra

[31] Né la potente semplificazione che ha consentito alle concezioni neoliberali di catalizzare diagnosi altrimenti estranee al loro impianto prescrittivo si riscontra solo nel settore della tutela giurisdizionale dei diritti, ma anche con riferimento alle analisi che hanno tempestivamente segnalato la diminuzione della capacità di regolazione dei poteri pubblici secondo il modello tradizionale, basato sulla imposizione unilaterale della regola di condotta, o la diffusione di strutture di normazione cooperative e consensuali, come tentativo di compensare la perdita di potere autoritativo. Cfr. F. Becker, *Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Tübingen, 2005.

il 1973 e il 1979). L'astrazione generalizzatrice è condotta qui al suo livello massimo. Secondo Hayek, l'ordine può essere di due tipi: costruito come risultato della progettazione umana in vista del conseguimento di fini specifici (*taxis*), ovvero spontaneo, frutto dell'azione umana senza progettazione e senza uno scopo particolare (*kosmos*)[32]. Il secondo tipo di ordine è quello fondamentale affinché una società possa dirsi libera. Omettendo passaggi intermedi del suo pensiero, egli vede una corrispondenza fondamentale tra i due tipi di ordine e due tipi ideali di norme giuridiche: quelle che sono il risultato dell'attività di produzione normativa di un legislatore (*thesis*) e quelle che sono il risultato della spontanea evoluzione culturale, nonché della attività giurisprudenziale (*nomos*).

In relazione all'attività delle corti, il pensiero di Hayek è rivolto alle corti giudiziarie di *common law*, in cui è il rispetto del precedente che consente di qualificare l'attività giurisdizionale, in linea con l'etimologia della parola giurisdizione, come un'operazione che si contrappone sul piano logico a quella di creare il diritto. Questa dimensione dell'attività delle corti è quella che corrisponde all'ordine spontaneo della società, riconosciuto dalle precedenti pronunce giudiziali sulla base delle concezioni diffuse di ciò che è giusto, attraverso un'attività che può qualificarsi di *law finding*[33]. Secondo Hayek, solo tali norme condivise di giusto comportamento possiedono un grado di effettività tale da fondare aspettative legittime di comportamento[34]. Inoltre, esse hanno un contenuto negativo, consistono in doveri di astensione che delimitano dall'esterno una sfera di autonomia in cui gli individui possono liberamente agire per la realizzazione dei propri interessi.

Viceversa, la norma di fonte legislativa (*thesis*) è frutto di un'attività di *law making*, di progettazione in vista del raggiungimento di fini particolari e ha un contenuto positivo, consistendo in obblighi specifici di fare[35]. Mentre le norme di giusto comportamento consentono agli indi-

---

[32] Cfr. la versione italiana: F. A. von Hayek, *Legge, Legislazione e Libertà*, Milano, 1984, ove egli precisò che l'ordine è un fenomeno graduabile ed è determinato dal grado di realizzazione delle aspettative umane: quanto più esse si realizzano, tanto maggiore è il grado di ordine di una società. Cfr. F. Tedesco, *Introduzione a Hayek*, Bari, 2004, p. 71 ss. Suggerisce cautela nella lettura di queste fonti, M. Barberis, *Hayek e il diritto: precauzioni per l'uso*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1987, p. 511 ss.

[33] Cfr. F. A. von Hayek, *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., p. 146. Di invenzione del diritto parla oggi in questo senso P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017.

[34] Cfr. F. Tedesco, *Introduzione a Hayek*, cit., p. 71 ss.

[35] Cfr. F. A. von Hayek, *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., p. 146; F. Tedesco, *Introduzione*

vidui di utilizzare conoscenze proprie e saperi diffusi nel determinare la propria sfera di azione, le norme di fonte legislativa si atteggiano prevalentemente come comandi che non lasciano al destinatario la possibilità di giovarsi delle proprie cognizioni nel determinare il proprio comportamento. Il progressivo aumento dei comandi rispetto alle norme di giusto comportamento segna secondo Hayek il progressivo passaggio di potere decisionale dai cittadini allo Stato, che è a sua volta uno dei sintomi del passaggio da uno Stato liberale a uno Stato totalitario[36].

Sebbene il discorso di Hayek sia sostenuto da una notevole carica affettiva (o forse proprio in virtù di tale carica), esso solleva una questione centrale relativa al modo in cui il diritto e in particolare i sistemi giuridici della tradizione europeo continentale si sono ambientati entro l'impianto neoliberale. Il tema richiederebbe un discorso distinto, sproporzionato in questa sede, ma si può offrire qualche spunto di riflessione con riferimento ai processi giurisdizionali. Nell'epoca moderna, sulle basi ideali del pensiero giusnaturalista, si elaborò un modello di processo che, dalla legittimazione ad agire fino ai limiti soggettivi della cosa giudicata, fu adeguato a proteggere gli interessi dei membri della classe sociale emergente, la borghesia, appoggiandosi a una concezione individualistica e frammentata dei rapporti sociali, che entrano nel processo come uno o più rapporti interindividuali. Le note fisionomiche odierne della giustizia civile negli stati dell'Europa continentale risentono notevolmente di questa fase di fondazione. Nel suo profilo funzionale classico, diretto a proteggere la proprietà privata e la libertà economica individuale, il processo civile statale costituisce un elemento chiave della cornice istituzionale diretta ad assicurare il pieno dispiegamento dei talenti e delle energie individuali, nel contesto di una *rule of law* allineata alle esigenze del mercato.

Restringendo il campo all'epoca contemporanea, possono essere inseriti in questo contesto gli sviluppi del diritto dell'Unione europea, da quando la disciplina del processo civile fu collegata, dapprima dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, all'obiettivo del mercato interno[37]. Tale linea evolutiva si è consolidata con il Trattato di Amsterdam

---

a Hayek, cit., p. 71 ss.

[36] Cfr. F. Tedesco, *Introduzione a Hayek*, cit., p. 71 ss. Non sfuggirà la sintonia di quest'approccio con gli ideali statunitensi, a partire da quella esaltazione degli attributi originari dell'individuo, che rinvenivano il loro fondamento nel diritto naturale e dominarono la *Declaration of Independence* (1776).

[37] Sotto questo profilo, il *leading case* è Corte giust., 10 febbraio 1994, C-398/92, *Mund & Fester*.

del 1997 e la creazione graduale di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia». Sotto un altro profilo, se si focalizza l'attenzione sulla struttura di organizzazione assegnata a un monopolio statale, il processo civile costituisce uno dei settori che, nella prospettiva neoliberale, deve essere arricchito delle logiche e le condizioni del libero mercato. Infatti, le manifestazioni di tale arricchimento non sono certo mancate nel corso degli ultimi decenni. Basti pensare al fatto che, a partire dalla metà del primo decennio del XXI secolo, gli obiettivi politici delle riforme processuali sono stati immancabilmente configurati in termini di incremento della competitività sul piano internazionale dei «sistemi Paese», oltreché, specificamente, dei servizi legali e giudiziari[38].

7. Doing business

Uno strumento centrale è stata, dall'inizio del XXI secolo, la valutazione della prestazione di sistemi giudiziari nazionali attraverso una classifica di posizioni, determinata dalla raccolta, selezione ed elaborazione di dati prevalentemente numerici o quantitativi[39]. Su scala globale, paradigmatico è il rapporto annuale *Doing business*, lanciato nel 2003. Idee semplici intonano l'aspetto descrittivo del rapporto: si richiedono a giuristi di ciascun Paese di descrivere i passi che un'ipotetica impresa deve compiere per avviare attività economiche, assumere e licenziare lavoratori, richiedere permessi di costruire, ottenere allacciamenti alla rete elettrica, acquistare beni, ottenere linee di credito, proteggere investitori di minoranza, pagare imposte, svolgere attività all'estero, ottenere adempimenti contrattuali, risolvere stati di insolvenza. Idee altrettanto semplici ne intonano l'aspetto prescrittivo: l'attività imprenditoriale richiede buone regole, che disciplinino con chiarezza l'acquisto, il godimento e il trasferimento di beni e servizi, e riducano i costi di risoluzione delle controversie.

La giustizia civile perde autonomia ed è vincolata ad una massima strumentalità rispetto ad un diritto sostanziale che pone al centro la

---

[38] Il fenomeno si percepì in Italia già con la legge n. 80 del 2005, che inserì la riforma della giustizia civile in un piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale del Paese. All'epoca il punto fu immediatamente colto da M. De Cristofaro, *Il nuovo processo civile «competitivo» secondo la l. n. 80 del 2005*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 2006, p. 171.

[39] Cfr. R. Caponi, *Doing business come scopo della giustizia civile?* ora in Id., *Dogmatica giuridica e vita*, cit., p. 1312 ss.

libertà contrattuale e la sua idoneità ad essere cardine e motore propulsore anche nel settore della risoluzione delle controversie. Si fomenta il ricorso alla mediazione, all'arbitrato e ad altri modi negoziali di composizione delle controversie, poiché confermano l'impiego dell'autonomia privata anche in funzione di composizione delle controversie. Nella griglia di *Doing business* l'analisi dei sistemi giudiziari non sia autonoma, ma un aspetto (centrale) della disciplina dell'esecuzione dei contratti. Il titolo del relativo studio di settore (ma si tratta di un motivo guida costante) è di una chiarezza sbalorditiva: «eseguire i contratti: come l'efficienza giudiziale sostiene la libertà contrattuale».

Il modello di corte giudiziaria ideale tenuto presente dagli autori dello studio base per *Doing business* dà cornice a una decisione di «un terzo in base a considerazioni di *fairness*, con poca conoscenza o uso di diritto, niente avvocati, niente atti scritti, niente vincoli procedurali su trattazione e deduzioni probatorie, niente impugnazioni»[40]. Anche se quest'ultimo aspetto non raccoglie un consenso maggioritario, è ovvio che l'impianto complessivo orienta lo scopo primario del processo verso la pura e semplice composizione della controversia e lo allontana dall'applicazione del diritto in occasione della controversia.

Sul piano teorico, ci si dovrà domandare, innanzitutto, il senso dell'orientarsi della giustizia verso la nozione di *fairness* o «giustezza». Una ricerca dell'etimologia della parola fair, svolta fino al protogermanico *fagraz* ha restituito appunto i significati di adeguato, calzante, appropriato. Non sarà un ulteriore risvolto di un modello di società aspramente secolarizzata, che relega ai margini qualsiasi dimensione di trascendimento simbolico del piano di immanenza nella composizione degli interessi in conflitto? Ci si dovrà pur chiedere se tale evoluzione – che finisce con l'equiparare i contenuti degli atti di composizione delle controversie (siano essi atti giurisdizionali o consensuali) a segnali del mercato, collocandoli sullo stesso piano dei prezzi delle merci – abbia irrimediabilmente depotenziato il superamento in linea verticale della mera linea di galleggiamento sociale degli interessi in conflitto. Tale superamento è il merito storico dell'amministrazione statale della giustizia e, nella vicenda dell'Unione europea, ha pur prodotto risultati decisivi in termini di costruzione dell'edificio europeo attraverso l'esercizio di azioni giudiziarie dinanzi ai giudici nazionali.

---

[40] Cfr. S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes e A. Schleifer, *Courts*, in 118 *Quarterly Journal of Economics*, 2003, p. 455.

Degno di interrogazione è il se ed in che misura tali sviluppi siano compatibili con il bisogno proprio degli esseri umani di prendere posizione sulla loro condizione e sui loro conflitti in una prospettiva di universalizzazione paradigmatica. In altre parole, si tratta di riflettere se tale evoluzione sia conciliabile con il nostro bisogno di trascendenza, con l'irrefrenabile urgenza di concepire l'infinito entro i limiti delle contingenze quotidiane e della finitezza della condizione umana.

Ove lo studio e la pratica del processo e della tutela giurisdizionale dei diritti siano disancorate dalla relazione con dimensioni sovraordinate e trascendenti rispetto alla mera «gestione efficiente del contenzioso» (per usare la terminologia aziendalistica che ha permeato il pensiero processuale negli ultimi decenni), in particolare, ove siano disancorati dalla dialettica con la forma di Stato in cui il processo giurisdizionale si inserisce e con la mediazione politica che in tale forma dovrebbe attuarsi[41], essi tenderanno inevitabilmente a scivolare verso una considerazione esclusiva degli aspetti tecnico procedurali strumentali alla conservazione attiva dell'attuale sistema economico finanziario. Ciò accadrà indipendentemente dal fatto che, nella ricostruzione dello scopo del processo, si ponga maggiormente l'accento sulla tutela dei diritti o sulla composizione delle controversie. In realtà, reciso il collegamento con la forma politica, entrambe le ricostruzioni, sebbene in grado diverso tra di loro, sono congeniali all'impianto che valorizza la frammentazione individualistica delle conoscenze e delle iniziative di protezione degli interessi e che neutralizza la carica trasformativa dei conflitti umani e sociali, a vantaggio dell'amministrazione dello *status quo*. Ciò vale principalmente ove la funzione preminente dei processi giurisdizionali sia colta nella risoluzione delle controversie, un terreno sul quale essi subiscono la forte concorrenza dei metodi negoziali e dei dispositivi telematici, anche perché questi ultimi sono più adeguati alle caratteristiche odierne delle controversie rispetto alla pesantezza dell'assetto attuale del processo civile statale. Ma la conclusione vale anche ove la funzione preminente dei processi giurisdizionali sia colta nella tutela giurisdizionale dei diritti sulla base di criteri di giudizio predeterminati (nazionali, sovranazionali e internazionali), sebbene il discorso dovrebbe articolarsi maggiormente in altra sede.

---

[41] Per una felice eccezione ormai risalente nel tempo, nonostante i dubbi che si possano nutrire su singoli aspetti, cfr. M. Damaska, *I volti della giustizia e del potere* (1986), Bologna, 1991, p. 75.

8. La grande trasformazione

Quasi per caso lo studioso del processo civile si trova così a passare davanti ad un crocevia storico ideale di notevole spessore. L'accennato fenomeno di strumentalizzazione tecnica, che spicca nel processo civile, è da inserire in un movimento di lungo periodo che ha visto «la grande trasformazione» dell'assoggettamento dell'intera società e dei suoi sottosistemi al primato del sistema economico ispirato dalle logiche del mercato e del profitto[42]. Il predominio dell'economia è incontrastato almeno dalla Grande depressione del 1929. Ciò ha instaurato un forte rapporto dialettico tra sistema economico, con l'alternarsi delle sue fasi di espansione e di recessione, dottrine del pensiero economico politicamente intonate in modo diverso, se non contrastante, e le decisioni adottate dal sistema politico guidate dalle esigenze dell'economia, così come valutate dall'una piuttosto che dall'altra dottrina. Su questo quadro esercitò un notevole condizionamento la comparsa di un sistema politico ed economico radicalmente alternativo, avviatosi in Russia dopo la Rivoluzione d'ottobre. Il significato storico di quest'ultima deve essere colto non solo con riferimento ai tremendi esiti nella sua terra di origine, ma anche alla luce della sua incidenza sulle evoluzioni politiche in Occidente nel periodo successivo al 1917 e sull'adozione degli orientamenti keynesiani in politica economica per reagire alla grande depressione del 1929 e poi, dopo la Seconda guerra mondiale, per sostenere la fase di espansione del ciclo economico e la fase di avanzamento sociale e politico fino all'apogeo dello Stato sociale negli anni Sessanta[43]. Di converso, l'accelerarsi dell'affermazione dell'impianto neoliberale su scala globale rinviene uno dei propri

---

[42] Cfr. K. Polanyi, *La grande trasformazione* (1944), Torino, 1999. Con la citazione del suo titolo evoco il senso fondamentale dell'opera di Polanyi, senza recepirne necessariamente il suo suggestivo impianto. Secondo l'autore, prima della grande trasformazione l'economia era sottoposta alla logica complessiva che presiedeva ai rapporti sociali, ove gli scambi di beni e di servizi erano animati prevalentemente da finalità di sostentamento e non di profitto. Con la rivoluzione industriale e le riflessioni teoriche dell'economia politica classica si è affermata progressivamente un'opposta concezione, in cui è piuttosto la società ad essere integrata nel sistema economico, che assume un predominio incentrato sulle dinamiche di mercati competitivi ipoteticamente autoregolantesi. Secondo Polanyi, l'ascesa del nuovo modello economico ha comportato effetti devastanti e insostenibili sia sul piano interno dei singoli Stati che sul piano internazionale.

[43] Sulla quale mi sono già intrattenuto indietro, par. 3.

fattori più importanti nel crollo dei sistemi politici ed economici del cosiddetto socialismo reale dopo la caduta del Muro di Berlino nel 1989.

Il ruolo strumentale e tecnico assunto volentieri dal nerbo dei giuristi nei confronti delle potenze di volta in volta attive sul piano storico (oggi l'intreccio tra tecnica ed economia, più che la politica) ha cagionato così una autonomia del diritto fragile[44]. Il sapere giuridico è esposto alle mille frammentazioni prodotte al suo interno dall'agenda imposta dalle accelerazioni multiformi degli sviluppi della tecnica. Frammentazioni che i richiami retorici all'unità della scienza giuridica non valgono certo a mitigare.

9. Nucleo politico comune all'opera dei giuristi

Ogni analisi, per quanto aspra, ha bisogno di concludersi con la formulazione di una speranza. In questa disposizione d'animo, una linea di sviluppo dell'indagine (da svolgere in altra sede) è quella di assumere la fragilità dell'autonomia del giuridico (percepibile in modo particolare dallo studioso del processo civile) come opportunità da cogliere per rinvigorire la consapevolezza che i compiti affidati ai giuristi, in veste di liberi professionisti, magistrati, amministratori, consulenti, studiosi accademici, ecc., creano intorno a loro «un orizzonte di aspettative pregne di contenuti politici: non certo nel senso che esse debbano essere soddisfatte con una giustizia politica, che sarebbe non giustizia ma decisione di parte», bensì nel senso che «la decisione deve dare una risposta, in termini comprensibili e razionalmente accettabili dall'ambiente sociale circostante, alle esigenze che hanno determinato quelle aspettative. Deve, insomma, essere una decisione politicamente responsabile»[45].

Si tratterà quindi di approfondire il rapporto tra applicazione del diritto e preferenze dei giuristi concernenti l'ambito del politico. Se è vero che il legislatore non ha un monopolio, bensì solo una prerogativa nella formazione del diritto[46], si apre per i giuristi, entro i limiti segnati dal rispetto di quella prerogativa, un margine di valutazione attinente

---

[44] Per un ampio discorso sul punto, altrimenti piuttosto criptico, rinvio a R. Caponi, *Forme del diritto e ambiti della vita*, in Id., *Dogmatica giuridica e vita*, cit., p. cli ss.

[45] Cfr. L. Mengoni, *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Iustitia*, 1974, p. 337 ss., ora in Id., *Scritti*, vol. 1 (*Metodo e teoria giuridica*), Milano, 2011, p. 157.

[46] Cfr. L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Ius*, 1976, p. 3 ss., p. 25.

alla sfera del politico[47]. In tal senso, è da condividere l'idea che l'argomentazione giuridica abbia una struttura che si avvicina all'argomentazione politica[48], in un'accezione che non è pregiudicata dalle perversioni, dai fondamentalismi e dalle strumentalizzazioni partitiche, bensì rinvia a un percorso della modernità giuridica, cioè al processo di secolarizzazione che ha spostato la base autoritativa del disciplinamento giuridico dei rapporti sociali dalla religione (o dalla natura) alle volontà umane che pongono le norme attraverso la decisione di organi politici e le concretizzano attraverso l'applicazione. È il processo che culmina nella Rivoluzione francese, con la conquista del monopolio delle fonti del diritto ad opera della nuova classe borghese detentrice del potere politico e con la conseguente ascesa del diritto legislativo come potenza trasformatrice dei rapporti sociali. Come uno dei fattori che hanno condizionato le evoluzioni delle società occidentali nell'età moderna, il sistema politico ha assoggettato il diritto alla sua influenza e ha rivolto ai giuristi la pretesa, entro i margini segnati dal rispetto del loro ruolo professionale, di mettersi al servizio della realizzazione di progetti di trasformazione di assetti sociali.

Dall'altro lato, le somiglianze con il diritto si colgono anche sul versante dell'attività politica. Ferme le doverose manifestazioni di sovranità della decisione politica rispetto alle ragioni tecniche, salva cioè la potestà degli organi politici di determinarsi in modo non conforme ai risultati delle analisi tecniche nelle diverse branche del sapere (anche quando i pareri tecnici non contrastino gli uni con gli altri: ciò che in verità accade molto frequentemente), l'argomentazione politica ha una struttura che deve avvicinarsi all'argomentazione giuridica. Weber insegnò che la politica come «vocazione» è partecipe del movimento di razionalizzazione del mondo, che è uno dei tratti cardinali dell'epoca moderna. L'agire politico, colto nel suo dover essere, in ciascuna delle sue varianti, si svolge pur sempre secondo una forma di razionalità, sebbene rispetto ai valori, e si articola in tentativi di combinare possibilmente «etica della convinzione» ed «etica della responsabilità»[49]. Anche la forma dell'agire politico è gravata dell'onere «di persuade-

---

47 Nel senso di P. Rosanvallon, *Il politico. Storia di un concetto*, Soveria Mannelli, 2005, p. 8 ss.

48 Cfr. L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., p. 26: «in una certa misura è vero che l'argomentazione giuridica e l'argomentazione politica hanno una struttura analoga».

49 Cfr. M. Weber, *La politica come professione* (1919), in Id., *Il lavoro intellettuale come professione*, Milano, 2018.

re non con tecniche manipolative del consenso, incuranti della verità, bensì comunicando argomenti criticamente vagliati e non soltanto efficaci per accattivarsi l'uditorio»[50]. In questa configurazione, lavoro giuridico e lavoro politico si inseriscono nel *continuum* di un lavoro intellettuale caratterizzato da una comune tensione verso la razionalizzazione del mondo e da nessi di condizionamento reciproco.

Vi è così da battere in breccia gli itinerari più consueti, più volte percorsi negli ultimi decenni, che aspirano a recuperare l'omogeneità del lavoro dei giuristi puntando su una autonomia della sfera giuridica divaricata nelle sue differenze rispetto alla politica. Pur nella varietà dei percorsi e degli esiti, un'operazione del genere consegna i giuristi alla più fragile fra le autonomie, giacché le prerogative della politica nella produzione del diritto sono un tratto di fondo dell'età moderna, di cui è bene che i giuristi si facciano scudo, più che vederle come un ostacolo. Infatti, il problema del tempo presente è piuttosto che le autorità politiche e i poteri giuridici sono deboli rispetto allo strapotere degli aggregati economico finanziari e scientifico tecnici e alle loro interconnessioni, specialmente nella sfera transnazionale. I poteri politici e le opere dei giuristi che non sono asserviti a quegli aggregati si ritrovano dalla stessa parte della barricata nel tentativo di arginare il predominio di poteri privati transnazionali che operano nei settori dell'economia-finanza e della scienza-tecnica. In tale contesto, conviene valorizzare il nucleo comune all'attività dei giuristi recuperandone piuttosto il carattere politico, specialmente a petto dei già menzionati strapoteri privati. Si tratta di tenere insieme il nucleo politico comune alle opere giuridiche e la molteplicità degli orientamenti politici dei giuristi.

L'ambito del *politico* è distinto, sebbene congiunto da un rapporto di interdipendenza con l'esercizio della *politica*, come lotta di parti per la conquista del potere, azione di governo e vita delle istituzioni. Accolgo così la diade concettuale proposta in termini generali da Pierre Rosanvallon[51]: «Il politico… corrisponde contemporaneamente ad un ambito e ad un processo. In quanto ambito, designa il luogo all'interno del quale si intrecciano i molteplici fili della vita degli uomini e delle donne, fornendo la cornice ai loro discorsi e a loro agire. Quest'idea rimanda all'esistenza di una "società" che appare agli occhi dei propri membri

---

[50] Cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. vii, che si riferisce con queste parole alla rifondazione della retorica da parte di C. Perelman.

[51] Nella sua lezione inaugurale al *Collège de France* nel 2002.

come un "tutto" dotato di senso. In quanto processo il politico rappresenta il percorso attraverso cui un gruppo di uomini, che inizialmente sono definibili come semplici "popolazione", si trasforma in una vera e propria comunità. Esso si costituisce attraverso l'elaborazione sempre conflittuale di regole esplicite o implicite riguardanti il partecipare e il condividere, dando così forma alla vita della *polis*». Parlando in termini sostantivati *del politico* Rosanvallon si riferisce «tanto ad un modo di essere della vita comune quanto ad una forma dell'azione collettiva che si distingue implicitamente dall'esercizio *della politica*. Fare riferimento al politico e non alla politica significa parlare del potere e della legge, dello Stato e della nazione, dell'uguaglianza e della giustizia, dell'identità e delle differenze, della cittadinanza e dell'essere civile, insomma, di tutto ciò che costituisce una *polis* al di là del terreno immediato della competizione partigiana per l'esercizio del potere, dell'azione quotidiana del governo e della vita ordinaria delle istituzioni»[52].

Nel quadro segnato dalla Costituzione italiana, offrire nella sfera pubblica contenuti, concretizzati nell'arco del tempo, all'obiettivo del miglioramento della vita è prerogativa della politica, intesa nell'accezione weberiana come quel sistema della società che nell'età moderna si è assunto il compito di essere attivo nell'adozione di decisioni vincolanti per la collettività[53]. Sostenere che dare contenuti concreti al miglioramento della vita è prerogativa della politica significa escludere in via di principio che ciò spetti alla religione, se non per quel tanto di sacralità che la religione dovrebbe restituire alla politica pur secolarizzata, ovvero spetti alla filosofia, all'etica e tanto meno al diritto. Nel costruire e perseguire nell'arco del tempo l'obiettivo del miglioramento della vita consiste la nobiltà della politica, come la nobiltà della giurisprudenza (al pari di altri saperi) è di apprestarne i mezzi. Il primato della politica va riaffermato al cospetto della debolezza della politica attuale[54].

---

[52] Così, P. Rosanvallon, *Il politico*, cit., p. 8 ss.

[53] Cfr. D. Grimm, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfallen*, München, 2001, p. 14.

[54] Ci si riferisce genericamente ai sistemi politici occidentali, ove il grado di debolezza varia notevolmente da un Paese all'altro. L'odierna crisi della politica è crisi dell'autorità che discende dall'autorevolezza, non è una crisi di rappresentanza, anzi, se mai, è crisi da eccesso di rappresentazione degli umori e degli istinti più bassi della società civile. Sull'endiadi rappresentanza-rappresentazione, cfr. H. Hofmann, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento* (1974), Milano, 2007.

Nella forma (italiana) di Stato democratico, la libera associazione in partiti politici è la forma principale nella quale il popolo esercita la propria sovranità, poiché attraverso i partiti i cittadini concorrono con metodo democratico a determinare la politica nazionale (art. 49 Cost.). Le nozioni di popolo cui all'art. 1 Cost. e quella di cittadini di cui all'art. 49 Cost. si implicano reciprocamente. Ne segue che il popolo a cui pensa l'art. 1 non si risolve in una massa indifferenziata di individui, con la loro infinità varietà atomizzata di bisogni, interessi, pensieri e finalità (tale è purtroppo l'idea di popolo alla ricerca di un capo, che è propria delle formazioni politiche contemporanee, anni luce distanti dai partiti politici novecenteschi), ma è un'entità strutturata attraverso un processo di formazione politica che rende gli individui cittadini e istituisce il rapporto fondamentale tra gli individui e l'ordine politico giuridico nel quale costoro si inseriscono[55]. Questo processo avviene nell'ambito del *politico*, secondo la precisazione concettuale già recepita[56]. Il concetto di popolo appartiene a tale ambito ed esprime l'esito di un processo di formazione all'interno di un aggregato sociale, che si riflette anche in una struttura più o meno articolata di formazioni sociali. È un processo di emancipazione di esseri umani attraverso crescita, socializzazione, scuola, università, incontri, conflitti, scontri, mediazioni, decisioni.

In questo processo, centrale è il ruolo svolto dai giuristi nei loro diversi ruoli professionali. Sia nella loro veste di intellettuali pubblici, sia come professionisti legali (entro i limiti segnati di volta in volta dal loro ruolo professionale), i giuristi hanno il compito di contribuire a dare forma a una vita migliore rispetto allo *status quo* in una determinata comunità. Nell'inevitabile conflitto tra gruppi di interesse tipico delle democrazie pluralistiche, il substrato di valori sostanziali che opera come collante per la tenuta della comunità nel suo insieme deve essere nutrito dalle istituzioni politiche attraverso giganteschi investimenti in processi educativi e formativi di singoli e gruppi sociali[57], diretti ad educare e a rendere praticabili le loro aspirazioni a una vita migliore.

---

[55] Per il concetto di cittadinanza come «il rapporto tra un individuo e l'ordine politico giuridico nel quale egli si inserisce», cfr. P. Costa, *Cittadinanza*, Roma e Bari, 2005, p. 3. Di P. Costa si veda la monumentale *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4 voll., Roma e Bari, 1999-2002.

[56] Cfr. P. Rosanvallon, *Il politico*, cit., p. 8 ss.

[57] Sulla necessità di un grande investimento in cultura, cfr. U. Cerroni, *Il pensiero politico del Novecento*, Roma, 1995, p. 92: «La società evoluta deve affrontare ardui problemi economici, politici, sociali, scientifici e tecnici rispettando la partecipazione, la libertà di adesione, l'indipendenza di pensiero e le speranze di benessere di grandi

I giuristi e le giuriste contribuiscono a tali processi di crescita culturale, senza che ciò cancelli le differenze tra giuristi e politici, differenze che generano confronto, dialogo, dissidio fecondo tra loro. Si tratterà di indagare la relazione tra le opzioni di valore dei giuristi nelle loro opere, da un lato, e, dall'altro lato, i valori costituzionali così come sono storicamente espressi dalle evoluzioni della costituzione materiale e come si ambientano ai cambiamenti degli orientamenti di fondo della società. Inoltre, si dovranno cogliere le relazioni tra le opzioni di valore dei giuristi e le aspirazioni degli esseri umani a una vita migliore, così come possono essere coltivate attraverso i predetti processi educativi che promuovano la cultura e l'autocoscienza di singoli e gruppi che si affacciano alla ribalta della storia.

In altra sede il discorso dovrà avere per oggetto il contributo che i giuristi possano offrire nella loro veste di «intellettuali pubblici», valendosi del loro sapere specialistico in interventi nei mezzi di comunicazione di massa e in altre attività del genere. Successivamente ci si dovrà occupare del ruolo dei giuristi come professionisti legali in generale.

10. Sistemi di composizione delle controversie e ruolo dell'avvocato

In questa sede, vorrei soffermarmi e concludere tracciando le linee di uno studio sul ruolo di giudici e avvocati nel processo civile. Dapprima si dovrà rimuovere la polarizzazione dell'attenzione sul ruolo del giudice e delle sue pronunce, che caratterizza – in opposta direzione, ma in eguale misura – sia chi ne rivendica i notevoli margini di libertà interpretativa, sia chi è nostalgico del giudice come «bocca che pronunzia le parole della legge». In realtà, come ha affermato Eugen Ehrlich: «Il baricentro dello sviluppo del diritto anche nel nostro tempo, come in tutti i tempi, non risiede né nella legislazione, né nella giurisprudenza, bensì nella società stessa»[58], ma si può aggiungere e specificare: il motore propulsore dello sviluppo del diritto risiede negli ambiti della vita sociale e politica. Sono le infinite iniziative di singoli e

masse umane che presentano grandi differenze culturali e grandi dislivelli storici e sociali. Così la democrazia si trova, sul finire del secolo, a dover compiere un grande investimento di cultura per mantenere le sue stesse promesse». Nonostante (o proprio per) le grandi trasformazioni delle tecnologie dell'informazione, le parole di Cerroni conservano intatte la loro attualità.

58 Cfr. E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München e Leipzig, 1913, p. 390.

gruppi che, coltivando aspirazioni a una vita migliore rispetto allo *status quo*, si rendono consapevoli di avere interessi concreti e specifici in tale direzione e si decidono a proteggerli attraverso gli strumenti che l'ordinamento giuridico mette loro a disposizione o, se questi strumenti non esistono, attraverso la partecipazione alla lotta politica con l'obiettivo di modificare corrispondentemente l'ordinamento giuridico.

In un certo senso a metà strada tra l'autonomia privata e l'ambito del politico si trova il processo giurisdizionale civile statale. È interfaccia non solo per il classico argomento che, dal punto di vista strutturale, è gestito e creato dallo Stato, mentre dal punto di vista funzionale è strumentale alla tutela di interessi privati coinvolti nelle controversie. È un'interfaccia tra libertà, autonomia privata e politico per ragioni più pregnanti. Ove la composizione della controversia avvenga attraverso l'applicazione di un comando politico (la legge), le pronunce giurisdizionali hanno un ruolo nella formazione e integrazione del diritto, non solo entro la dimensione interpretativa, ma anche perché l'azione giurisdizionale può mettere capo a sviluppi che modificano l'ordinamento giuridico nazionale attraverso il sindacato di costituzionalità (nei Paesi che hanno questo meccanismo) ovvero l'ordinamento sovranazionale dell'Unione europea (attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia).

Per non essere condannati a svolgere un ruolo residuale al cospetto della maggiore fluidità e dinamismo dell'autonomia privata e del politico, le istituzioni che danno forma alla composizione dei conflitti dovranno assoggettarsi a una radicale trasformazione, con l'aiuto equilibrato delle nuove tecnologie dell'informazione. Un destino di marginalizzazione incombe soprattutto sul processo civile statale, se non riuscirà a liberarsi dal suo carattere normalmente paludato e lento. Storicamente il processo giurisdizionale si è collocato per primo, nella storia delle idee, tra la forza dei privati e la sfera pubblica[59]. È già infatti con le indagini degli esordi del pensiero giusnaturalista nel secolo XVII che la giustificazione del processo civile venne colta nella prospettiva del superamento dello *status naturalis* nello *status civilis*, come lo strumento che prendeva il posto dell'autotutela[60]. Si individuò così uno

---

[59] Per un più ampio discorso su questo punto, rinvio a R. Caponi, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in Id., *Dogmatica giuridica e vita*, cit., p. 371 ss. e Id., *Diritti sociali e giustizia civile*, ivi, p. 563 ss.

[60] Cfr. K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen, 1976, p. 48.

dei pilastri su cui si erge l'attuale esperienza europeo continentale: la giustificazione del processo civile risiede nel divieto di farsi ragione da sé, nel divieto di autotutela privata. Da allora il rapporto tra divieto di autotutela e la predisposizione da parte dello Stato del processo civile ricevette un progressivo affinamento, ma non un radicale mutamento di prospettiva nell'esperienza giuridica continentale.

Le strutture fondamentali della giustizia civile negli stati dell'Europa continentale, dalla legittimazione ad agire in giudizio fino ai limiti del giudicato, recano ancora oggi notevoli tracce della sua fase di fondazione, che non è tanto quella della seconda metà del secolo XIX in Germania, quando il diritto processuale civile conquista la propria autonomia rispetto alle altre branche del diritto, ma è appunto quella che si svolge in precedenza, sulla base del pensiero giusnaturalista, in cui si costruisce un processo civile che sarà idoneo a proteggere il nuovo individuo borghese e la sua libertà economica[61].

Tale forma di processo sarà difficilmente in grado di ambientare al suo interno conflitti che hanno dimensioni collettive, nemmeno quando l'evoluzione della realtà sociale ed economica li presenterà prepotentemente, a partire dalla seconda metà del secolo XIX, alla ribalta della storia, con lo sviluppo del movimento operaio e dei conflitti in materia di lavoro[62]. A ciò si deve aggiungere, in relazione all'azione di classe, la tradizionale ritrosia europea e gli indietreggiamenti statunitensi degli ultimi decenni, anche sotto la pressione della ideologia neoliberale. In un saggio di una decina di anni fa[63], scrivevo che lunga e ancora incompiuta è la marcia che, muovendo da questi dati di fondo, dovrà condurre a migliorare nel processo civile la tutela collettiva. Su quel tronco vorrò proseguire il discorso, con qualche accento radicale (richiesto d'altra parte dall'ideatore di questo seminario) e una premessa che concerne il ruolo e le opzioni dell'avvocato attinenti al politico.

Il contesto attuale ha visto da tempo frammentarsi il tipo classico dell'avvocato come giurista tradizionalmente organico alla borghesia (rurale, urbana e industriale) e agli strati sociali benestanti nonché, almeno nell'Italia degli ultimi anni, ha visto stratificarsi notevolmente i

---

[61] Cfr. indietro, par. 7.

[62] Per un più ampio discorso sul punto, cfr. R. Caponi, *Diritti sociali e giustizia civile*, in Id., *Dogmatica giuridica e vita*, cit., p. 564 ss.

[63] Cfr. R. Caponi, *Azione di classe. Punto, linea e discontinuità*, ora in Id., *Dogmatica giuridica e vita*, cit., p. 562.

guadagni a seconda dell'età e dei collegamenti familiari o sociali pregressi con il mondo della libera professione. Si aprono notevoli spazi agli avvocati che intendano svolgere un'attività professionale socialmente e politicamente intonata. Nell'arco degli ultimi decenni sono maturate esperienze di notevole interesse sotto questo profilo, come quella dell'organizzazione di volontariato «Avvocato di strada»[64], che offre assistenza legale a persone senza fissa dimora o che si trovano in condizioni simili di marginalizzazione o esclusione sociale. Dall'angolo visuale privilegiato dalla presente linea di ricerca, non si tratta di fenomeni secondari ma sono tessere di un mosaico più ampio.

Nelle dinamiche di formazione e integrazione del diritto, si profila il ruolo «istituente»[65] dell'avvocato come uno dei protagonisti della «lotta per il diritto»[66], che è sempre altresì una lotta politica, una lotta per l'allargamento degli spazi politici attraverso il diritto. Ricordo il pensiero di Max Weber, ove egli, discorrendo dei caratteri tipici degli uomini politici di professione e degli strati sociali da cui provenivano, si riferì agli avvocati come a quelli che rivestirono un ruolo cardine nell'intera struttura politica dell'Occidente: «L'importanza degli avvocati nella politica occidentale in seguito al sorgere dei partiti non è affatto casuale. L'esercizio della politica attraverso i partiti significa precisamente questo: esercizio di interessati… E perorare con successo una causa in difesa degli interessati è il mestiere dell'avvocato esperto… E infatti oggi si fa politica in misura crescente di fronte all'opinione pubblica con i mezzi della parola, con scritti e discorsi. Ponderarne l'effetto fa parte in modo specifico dei compiti dell'avvocato»[67].

Come consulente e come costruttore di azioni giudiziarie, l'avvocato può interpretare un ruolo politico che si orienta secondo le sue preferenze in tale campo. Si consideri innanzitutto il fatto che, al cospetto del pluralismo delle società contemporanee, gli organi politici tendono frequentemente a evitare di prendere una posizione netta, anche per incapacità di analisi della realtà sociale, e impiegano quindi formula-

---

64 Cfr. *avvocatodistrada.it*.

65 Nel senso elaborato da R. Esposito, *Istituzione*, Bologna, 2021.

66 Cfr. R. v. Jhering, *La lotta per il diritto* (1872), Bari, 1960.

67 Cfr. Cfr. M. Weber, *La politica come professione*, cit. ove si legge anche: «L'immensa influenza del diritto romano, così come fu rielaborato dallo Stato burocratico tardoromano, si manifesta nel modo più significativo nel fatto che il rivoluzionamento dell'impresa politica nel senso dello sviluppo verso lo Stato di carattere razionale è stato ovunque il prodotto di giuristi dotati di una specifica istruzione».

zioni normative vaghe e compromissorie[68]. In tale quadro, spetta innanzitutto all'avvocato progettare il dispositivo che, con la formulazione di una domanda giudiziaria e l'impostazione di un processo, può sfociare nella concretizzazione e sviluppo dell'ordinamento, attraverso il suggello della pronuncia di un giudice.

A ciò si aggiungono i risvolti istituzionali e ordinamentali delle azioni giudiziarie che scaturiscono dal controllo di costituzionalità delle leggi, affidato a corti costituzionali. Inoltre, l'idoneità dell'azione giudiziaria a farsi ordinamento attraverso la pronuncia del giudice ha segnato taluni tratti salienti del processo di integrazione europea. Infine, riflettendo sul tema della tutela collettiva e dell'azione di classe, l'avvocato può costituire una specie di organo di un cervello collettivo che organizza classi di individui sulla base di interessi di classe omogenei e le trasforma in soggettività di classe entro la dimensione spaziale e temporale del processo giurisdizionale. Si dà corso così a una ricomposizione settoriale di un tessuto sociale frantumato, sulla quale può innestarsi a seconda dei casi un'opera di politicizzazione (o ripoliticizzazione) da incanalare verso forme di organizzazione politica non transeunti, ove gli interessi delle microclassi vengano posti a confronto con un quadro sistemico, sul modello delle forme politiche novecentesche o attraverso la creazione di forme di organizzazione politica innovative.

Ciò può accadere indipendentemente dall'esito dell'azione giudiziaria. Anzi, potrà accadere più frequentemente in caso di esito infausto, ove ciò abbia messo in evidenza bisogni di classe meritevoli di essere tratti ad oggetto di conflitto e di mediazione politica. Lo sguardo si apre verso dimensioni e ambienti in cui l'avvocato sia un lottatore per il diritto *à la Jhering* nell'ambito del politico. Il diritto non si forma per partenogenesi dal dialogo tra le corti, ma dai dialoghi prima e durante il processo, nel crogiolo degli ambiti della vita che generano conflitti, mediazioni, decisioni e trasformazioni. Prima che nel dialogo tra le corti, il diritto comincia a formarsi nel dialogo tra l'avvocato e chi si rivolge a lui per proteggere i suoi diritti o per segnalargli bisogni meritevoli di tutela.

---

[68] Cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 97 e indietro.

Diritti fondamentali e conflitto politico nell'Unione europea

Marco Dani

1. Introduzione

Il rapporto che intercorre tra diritti fondamentali e conflitto politico può essere oggetto di una pluralità di impostazioni teoriche. Interessa qui enuclearne tre[1]. I diritti fondamentali possono anzitutto essere il *prodotto* di un conflitto politico. È questa una impostazione che tende a descrivere la genesi storica dei diritti e la loro inesauribile capacità di ispirare rivendicazioni sociali e lotte politiche[2]. In questa prospettiva, tanto il riconoscimento quanto il livello di tutela dei diritti fondamentali dipendono in tutto e per tutto dagli esiti concreti del conflitto politico[3]. Si può poi guardare ai diritti fondamentali come a *precondizioni* del conflitto politico. Secondo questa impostazione, lo svolgimento democratico del conflitto[4] presuppone il riconoscimento e la garanzia di un certo numero di diritti fondamentali[5]. Si potrà discutere di quanti

---

1 L'impostazione proposta riprende le tre teorie della costituzione (costituzione politica, costituzione dei principi e costituzione dei valori) proposte da G. Pino, *Interpretazione costituzionale e teorie della costituzione*, Modena, 2019.

2 Si pensi alla ricostruzione evolutiva dei diritti per generazioni di T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, 1950.

3 Chiaro è qui il riferimento alla tradizione del costituzionalismo politico, su cui si vedano J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999; R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, Cambridge, 2007 e M. Goldoni, *Che cos'è il costituzionalismo politico*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, p. 337 ss.

4 Si fa qui riferimento ad un conflitto agonistico, ovvero tra avversari che riconoscono reciprocamente come legittime le rispettive istanze, v. C. Mouffe, *On the Political*, Abingdon, 2005, p. 20 s.

5 Mi sembra che, pur nelle rispettive differenze, questa impostazione possa accomunare il costituzionalismo garantista di Ferrajoli (su cui v. L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p.

e quali diritti adempiano effettivamente a questa funzione o chiedersi se l'apporto alla vita democratica debba essere una caratteristica indefettibile per il loro riconoscimento. Qualunque sia la risposta a questi interrogativi, in questa prospettiva i diritti fondamentali sono anteposti al conflitto politico e cessano di esserne l'oggetto; del conflitto essi tracciano il perimetro, distinguendo ambiti in cui il conflitto è legittimo da ambiti in cui esso non è più ammesso[6]. Infine, i diritti fondamentali possono essere concepiti anche come negazione del conflitto politico. In questa prospettiva, i diritti fondamentali assurgono ad espressione tangibile dei valori che uniscono (o dovrebbero unire) una comunità politica[7], non fosse altro che per il fatto di essere il risultato dell'esercizio del potere unificatore per eccellenza: il potere costituente. Se questo aspetto in qualche misura li può accomunare ai diritti come precondizione del conflitto, i diritti come negazione del conflitto esprimono una vocazione più radicale a permeare l'ordinamento nella sua interezza. Così facendo, più che erigere un argine al conflitto politico, essi tendono a sopprimerlo o a relegarlo in angusti interstizi.

Se negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri dell'Unione europea queste tre concezioni competono e coesistono in modalità complesse, non altrettanto accade nell'ordinamento dell'Ue. Due peculiarità di quest'ultimo si frappongono alla riproposizione *sic et simpliciter* delle impostazioni teoriche anzidette. In primo luogo, il diritto europeo non ha mai guardato al conflitto politico come ad una possi-

---

2271 ss.) quanto quello principialista di Pino (G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017).

6 Un celebre esempio al riguardo è costituito dall'opinione del giudice Robert H. Jackson in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943): «The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections». Va altresì ricordato che nelle concezioni principialiste dei diritti fondamentali, l'area completamente sottratta al conflitto politico è solo quella riconducibile al cosiddetto nucleo essenziale dei diritti, cfr. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., p. 91 ss.

7 Si veda al riguardo la concezione di costituzione come unità materiale di R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988 e il costituzionalismo trasformativo proposto da K.E. Klare, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in 14 *South African Journal of Human Rights*, 1998, p. 146 ss. Per un tentativo di concepire l'unità politica in senso materiale senza negare il conflitto politico si v. K. Hesse, *Concetto e caratteristiche della costituzione* (1999), in Id., *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, Napoli, 2014, p. 73 ss.

bile risorsa capace di promuoverne la vitalità e la stabilità[8]. Concepito sin dalle sue origini anzitutto come diritto dell'integrazione[9], il diritto europeo tende invece a considerare i conflitti politici come un fattore di potenziale disintegrazione o, comunque, come ostacoli al perseguimento dei propri obiettivi. Tale inclinazione è venuta nel tempo consolidandosi dapprima con il Trattato di Maastricht (1993), quando l'ordinamento dell'Ue ha irrigidito a livello costituzionale una specifica agenda politica di impronta neoliberale, e poi durante la crisi dell'Eurozona, quando all'assetto istituzionale di Maastricht si è data un'attuazione ancor più radicale. Ne è risultato un ordine costituzionale di impronta post-politica[10], in cui i problemi della società post-industriale sono affrontati in maniera prevalentemente consensuale attraverso un approccio pragmatico e manageriale all'interno del quale gli spazi per il conflitto politico sono drasticamente ridotti[11]. Ad un simile contesto – e veniamo qui alla seconda peculiarità dell'ordinamento dell'Ue – i diritti fondamentali sono stati adattati, da un lato per rafforzare l'autorità del diritto dell'Unione, dall'altro per supplire al suo deficit di legittimazione democratica. Nell'adempiere a queste funzioni, raramente i diritti fondamentali sono riusciti ad ispirare rivendicazioni sociali o lotte politiche minimamente significative, né sono riusciti a porsi come precondizioni per lo svolgimento democratico dei conflitti, visto che programmaticamente questi ultimi venivano espunti dalla vita (post-) politica dell'Unione. Non sorprende pertanto che, ad un certo punto, i diritti fondamentali siano stati impiegati prevalentemente come dispositivo diretto a negare il conflitto politico.

È quest'ultimo uno dei lasciti più tossici della *belle époque* del costituzionalismo europeo, ovvero di quella stagione iniziata all'incirca all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso[12] e conclusasi con i fatali referendum francese e olandese sul Trattato costituzionale del 2005, in

---

8 Sul rapporto tra diritto pubblico e conflitti, si veda M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, p. 68 ss.

9 P. Pescatore, *The Law of Integration: Emergence of a New Phenomenon in International Relations, Based on The Experience of The European Communities*, Leiden, 1974.

10 Impiego il termine nell'accezione data da C. Mouffe, *On the Political*, cit., p. 35 ss.

11 A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014, p. 229 ss.

12 Risalgono infatti a quegli anni le prime pubblicazioni in cui si fa esplicitamente riferimento ad una costituzione europea, cfr. E. Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in 75 *American Journal of International Law*, 1981, p. 1 ss. e G. F. Mancini, *The Making of a Constitution for Europe*, in 26 *Common Market Law Review*, 1989, p. 595 ss.

cui si assiste alla cosiddetta costituzionalizzazione del diritto europeo[13] un processo quest'ultimo che, nelle speranze di molti, avrebbe dovuto contribuire alla trasformazione dell'Unione da un'organizzazione sovranazionale prevalentemente dedita alla regolamentazione del mercato unico ad un ordine giuridico e politico completamente allineato con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. All'interno di una simile strategia, i diritti fondamentali erano chiamati a svolgere una funzione di primissimo piano: stante l'assenza di soggetti politici capaci di promuovere un processo costituente dell'Unione, le istituzioni europee, con il sostegno di una parte consistente della dottrina e della giurisprudenza, hanno immaginato di poter conseguire lo stesso risultato attraverso la codificazione di un catalogo di diritti fondamentali ed un Trattato costituzionale. Nelle attese dei fautori di questa operazione, l'approvazione di questi documenti avrebbe dovuto innescare una serie di processi politici e istituzionali tali da compensare o supplire all'assenza di un impulso costituente iniziale. Così non è stato, non solo per la mancata ratifica del Trattato costituzionale, ma anche perché l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non ha mai suscitato il livello di mobilitazione politica e sociale auspicato. I diritti fondamentali hanno finito così per occupare una posizione scomoda: impossibilitati a svolgere tutte le funzioni ad essi normalmente assegnate a livello nazionale, essi hanno finito per legittimare un assetto istituzionale che, nelle sue strutture, è andato disallineandosi in misura crescente dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Urgente è quindi l'esigenza di rivisitare criticamente quella stagione; non tanto per denunciare i limiti, ormai palesi, del processo di costituzionalizzazione[14], quanto per evidenziarne (e, auspicabilmente, correggerne) alcune storture che ancora oggi inquinano il discorso sui diritti fondamentali nell'Unione europea. Per operare in questa direzione, si muoverà dall'analisi di un prodotto emblematico della *belle époque* del costituzionalismo europeo, ovvero il saggio di Roberto To-

---

[13] Tra le numerosissime pubblicazioni in tema, piace ricordare F. Palermo (a cura di), *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Saggi su valori e prescrittività dell'integrazione costituzionale sovranazionale*, Trento, 2004. Per una discussione critica del concetto di costituzionalizzazione, v. M. Loughlin, *What is Constitutionalisation?*, in P. Dobner e M. Loughlin (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, p. 47 ss.

[14] Cfr. M. Dani e A. J. Menéndez, *Costituzionalismo europeo. Per una ricostruzione demistificatoria del processo di integrazione europea*, Napoli, 2022.

niatti *Verso la definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue*[15], uno scritto in cui si argomenta apertamente la tesi della prevalente portata costituente della Carta di Nizza (sezione 2). Tale tesi sarà sottoposta a due approfondimenti critici impostati secondo la dicotomia elusione-illusione (sezione 3). Nel primo si osserva come la tesi della portata costituente della Carta sia basata sull'elusione della sovranità popolare ed alimenti l'illusione dell'equivalenza funzionale tra la costituzionalizzazione in via giurisdizionale e la costruzione politica di un ordine costituzionale. Nel secondo si rileva invece come la tesi in discussione trascuri completamente l'economia politica del diritto europeo, finendo così per ingenerare una seconda illusione, quella di un ordine costituzionale sovranazionale allineato alla tradizione del costituzionalismo democratico e sociale europeo. In esito a questa analisi, si darà conto succintamente dei risultati in larga misura deludenti della Carta di Nizza nel ventennio successivo alla sua proclamazione (sezione 4). A questo riguardo, si osserverà come non solo la Carta abbia svolto un ruolo marginale sul piano costituente, non riuscendo a conformare l'esercizio delle funzioni di governo all'interno dell'Unione secondo le coordinate del costituzionalismo democratico e sociale, ma come essa abbia paradossalmente contribuito a legittimare strutture giuridiche ed economiche disciplinate dai Trattati che in misura rilevante aspirano alla trasformazione (se non addirittura al sovvertimento) di quella tradizione costituzionale. Se, quindi, l'esperienza costituzionale dell'ultimo ventennio induce a liquidare come illusoria la prospettiva di un apporto costituente dei diritti fondamentali nell'Ue, non altrettanto si deve dire per l'assetto istituzionale prefigurato in *Verso la definizione dei "valori superiori"* (sezione 5). L'idea di un ordine giuridico e politico sovranazionale in cui i diritti fondamentali assurgono a cornice esclusiva per le politiche europee può ancora costituire un punto di riferimento importante per un'Unione europea che intenda riallinearsi con la tradizione del costituzionalismo democratico e sociale dei suoi Stati membri. In questa prospettiva, due sono gli obiettivi verso cui occorrerebbe dirigere gli sforzi: da un lato, la drastica decostituzionalizzazione dei Trattati, ovvero la rimozione di tutte le norme che, irri-

[15] R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Id. (a cura di) *Diritto, diritti e giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova, 2002, p. 7 ss.

gidendo al loro interno i capisaldi di un ordine economico neoliberale, precludono il pieno esplicarsi dei conflitti politici; dall'altro, la piena rivalutazione dell'idea di diritti fondamentali come precondizioni del conflitto politico.

2. *Verso la definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento comunitario*, ovvero della portata prevalentemente costituente dei diritti fondamentali nell'Ue

Pubblicato come saggio di apertura di un volume collettaneo dedicato all'analisi della Carta di Nizza[16], *Verso la definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* può essere considerato a tutti gli effetti un prodotto tipico della *belle époque* del diritto costituzionale europeo. In quel saggio, la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue è presentata come una tessera di un più ampio mosaico che in quegli anni poteva apparire in via di completamento[17]. La codificazione di un catalogo di diritti fondamentali prefigurava infatti «la costruzione di un'Europa autorevole e forte, estesa e coesa, dotata di identità e legittimazione, competitiva sul piano mondiale (non solo ma) anche in ragione dei propri valori»[18]. Insomma, un'Unione europea che razionalizzava e consolidava il proprio impegno nel campo dei diritti fondamentali era un'Unione europea che non esitava ad impegnarsi in un terreno ostico per esprimere la più intensa politicità di una comunità organizzata unitaria[19].

Nello scommettere su un orizzonte così ambizioso, l'Autore rifuggiva da facili entusiasmi per formulare una posizione connotata da un più misurato realismo: in alternativa ai tanti che allora (come ora) vagheggiavano l'edificazione degli Stati Uniti d'Europa[20], egli contrapponeva la prospettiva di un'Unione europea che difficilmente avrebbe acquisito

---

16 R. Toniatti (a cura di), *Diritto, diritti e giurisdizione*, cit.

17 R. Toniatti, *Presentazione*, *ivi*, p. 1.

18 *Ivi*, p. 1

19 *Ibidem*.

20 Pur proponendo qualche spunto comparativo con l'*incorporation doctrine* e la *privilegies and immunities clause* della costituzione americana (cfr. R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 15 ss.), il testo avverte «che la comparabilità con le origini del federalismo statunitense, per quanto suggestiva e comunque inevitabile, è da svolgere con prudenza» (*ivi*, p. 24 s., nota 43).

la forza e la legittimazione necessarie a produrre un *big bang* federale[21]. Ben chiaro era infatti il limite posto al processo di integrazione europea dalla persistente sovranità degli Stati membri; limite quest'ultimo che permetteva di attribuire all'Unione solo alcuni connotati costituzionali, «tanti quanti vengono ritenuti sufficienti a conferire identità e legittimazione senza sottrarre agli Stati la titolarità della sovranità»[22]. Anche nelle previsioni più ottimistiche ne sarebbe perciò risultata un'Unione «potenza impotente» in «un'Europa che, incapace per propria debolezza strutturale di fronte agli Stati membri di risolvere il problema della titolarità della sovranità, sembra dichiararsi ad esso indifferente e procedere comunque, nel rispetto della storia, nel proprio cammino»[23].

Tale cammino prefigurava un itinerario per molti versi originale[24]. Agli occhi dall'Autore, l'Unione europea appariva come la manifestazione più evidente di una nuova fase della statualità europea, nella quale gli Stati membri (assurti nel frattempo al rango di «Stati comunitari»[25]) erano impegnati ad esercitare volontariamente, stabilmente e parzialmente la propria sovranità attraverso la partecipazione all'esercizio delle funzioni attribuite all'Unione, ivi compresa quella costituente[26]. Quella che si intravedeva perciò era tutt'altro che una marcia trionfale verso la creazione di un Megastato europeo; si delineava piuttosto un percorso graduale ispirato da sentimenti più ambigui, quali la «temeraria prudenza» o il «pavido coraggio», ed in cui si procedeva facendo sempre il minimo utile possibile per mantenere vivo un progetto altrimenti destinato allo stallo se non

---

21 Ivi, p. 23. Si intravede qui una prospettiva più affine al pensiero anti-federalista americano. La rilevanza di questo filone di pensiero per gli studi europei è evidenziata da D. Jörke e J. Sonnicksen, *Towards an Antifederalist Theory of the EU: Democratic Federal Lessons for the European Union*, in 58 *Journal of Common Market Studies*, 2020, p. 217 ss. e D. Hong, L. Pecchi e G. Piga, *Are Anti-Federalism and Republicanism the Way Forward for a United States of Europe? Lessons from American History*, in 53 *History of Political Thought*, 2022, p. 55 ss.

22 R. Toniatti, *Presentazione*, cit., p. 2.

23 *Ibidem*.

24 La peculiarità del percorso evolutivo dell'Unione europea è esaminata, tra gli altri, da J.H.H. Weiler, *In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg*, in J.H.H. Weiler e M. Wind (a cura di), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, 2003, p. 7 ss. Per una confutazione di questa tesi e, quindi, per una ricostruzione del federalismo europeo in ossequio ai canoni classici degli ordinamenti federativi v. R. Schütze, *On "Federal" Ground: The European Union as an (Inter)national Phenomenon*, in 46 *Common Market Law Review*, 2009, p. 1069 ss..

25 R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 25.

26 *Ibidem*.

alla regressione[27]. Non vi è dubbio che una simile prospettiva potesse apparire intellettualmente più intrigante delle più scontate traiettorie del federalismo classico: l'evoluzione di una comunità politica funzionale[28] era un fenomeno che induceva ad ipotizzare l'emersione di un *tertium genus* sovrastatale, alternativo tanto allo Stato federale quanto alla confederazione[29].

La tesi centrale sostenuta in *Verso la definizione dei "valori superiori"* è che il significato principale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vada rinvenuto nella sua portata costituente. All'inizio del saggio, infatti, l'Autore contrappone due possibili paradigmi interpretativi della Carta[30]. Si individua anzitutto un paradigma garantista, ovvero un'interpretazione della Carta che ne mette in risalto il contributo al consolidamento e allo sviluppo di un sistema giuridico integrato di tutela dei diritti fondamentali. Il secondo paradigma ha invece natura costituente e, come anticipato, è quello che egli ritiene prevalente[31]. In questa prospettiva, la principale funzione assegnata alla Carta sarebbe quella di promuovere la costruzione di una comunità di valori che si affianchi alla comunità di funzioni già instaurata attraverso i Trattati europei. Non saremmo quindi in presenza di un atto che sostituisce o sovverte il precedente impianto istituzionale dell'ordinamento comunitario: la Carta si presenta come un atto che integra e completa la ragione d'essere costitutiva e funzionale dell'Unione[32].

In che senso quindi la Carta avrebbe portata costituente? È qui che l'Autore ricorre alla metafora del mosaico: in Europa non sarebbe in corso un processo costituente risultante dall'ascesa e dall'affermazione istantanea di una volontà politica costituente; ci troveremmo piuttosto a testimoniare un processo più graduale di perfezionamento di un'architettura istituzionale e di una comunità politica i cui tratti identitari vengono in rilievo mano a mano che le tessere del mosaico si allineano, secondo una traccia in cui è facile riconoscere i caratteri tipici del costituzionalismo europeo di derivazione liberale

---

27 R. Toniatti, *Presentazione*, cit., p. 1.

28 R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., pp. 24 e 26.

29 R. Toniatti, *La via giurisdizionale per la legittimazione dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 186 s.

30 R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 7 ss.

31 *Ivi*, p. 7.

32 *Ibidem*.

e sociale[33]. L'instaurazione di un ordine costituzionale europeo non segue quindi le traiettorie tipiche del potere costituente o, per essere più precisi, del potere costituente esercitato in chiave democratico-rivoluzionaria[34]. Nell'Unione europea si assisterebbe piuttosto ad un processo per certi versi analogo a quello riscontrabile nella transizione costituzionale spagnola, quando alla definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento giuridico (art. 1, Costituzione spagnola del 1978) si giunse attraverso la rielaborazione della cultura costituzionale europea da parte dei giuristi spagnoli e la riappropriazione di questa tradizione da parte dell'intero popolo della Spagna liberaldemocratica[35]. Ecco quindi spiegato il riferimento ai "valori superiori" dell'ordinamento europeo ed al ruolo della Carta, chiamata a definirli e ad adattarli al peculiare contesto ordinamentale dell'Unione[36].

La definizione dei "valori superiori" e la portata costituente della Carta non esauriscono i propri effetti nella configurazione della base assiologica dell'ordinamento costituzionale europeo. L'Autore insiste infatti anche sulla vocazione dei "valori superiori" a connotare le funzioni di governo attribuite dagli Stati membri all'Unione: «la garanzia dei diritti contribuisce a porre contestualmente in evidenza la concreta configurazione di una funzione di governo (in senso lato) dell'Ue e la conseguente opportunità di intervenire sulla determinazione della sua portata attraverso la predisposizione di limiti giuridici, giurisdizionalmente sanzionabili»[37]. Insomma, con la Carta il mosaico europeo si arricchisce di una tessera che permette di intravedere la concreta conformazione del potere europeo e, al contempo, di plasmarlo in direzione del rispetto dei diritti fondamentali. Concepita in base al paradigma costituente, la Carta assume così una portata (ri)fondativa e trasformativa di carattere strutturale: con la

---

33 *Ivi*, p. 8.

34 Le caratteristiche del modello democratico-rivoluzionario sono approfondite in M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, London e New York, 2010, p. 188 ss. e B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge MT, 2019.

35 R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 8, nota 1.

36 *Ivi*, p. 21 ss. I "valori superiori" dell'Unione europea individuati sono la pace europea, il principio di integrazione (intesa come ricerca di equilibrio tra interesse comunitario e interessi nazionali), l'identità costituzionale (risultante dalla prescrizione bidirezionale tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti costituzionali statali) e la coesione sociale.

37 *Ivi*, p. 8.

sua approvazione, l'Unione europea non ambisce solo a rendere più visibili i diritti già protetti dalla Corte di giustizia, ma aspira a rifondare o convertire il proprio sistema operativo[38], passando dalla prosa asettica e tecnocratica del mercato unico al più accattivante e rassicurante linguaggio del costituzionalismo europeo[39].

In una simile operazione non si scorge solo l'intento di promuovere una trasformazione in senso costituzionale dell'Unione. Accanto alla ridefinizione della grammatica e della sintassi del diritto europeo si intravede anche l'urgenza di colmare il deficit di legittimazione democratica dell'Unione europea[40]. L'Autore prende laicamente atto di questo intento sottostante alla Carta, sottolineando come l'accresciuta visibilità dei diritti fondamentali sia funzionale tanto a «suscitare o rafforzare il consenso, ovvero a ridurre il dissenso presso l'opinione pubblica interna all'Ue»[41], quanto a favorire l'accreditamento di quest'ultima presso l'opinione pubblica internazionale[42]. Con una notevole dose di generosità, egli arriva addirittura a riconoscere la legittimazione democratica della Carta, a suo giudizio derivante dalla preferenza accordata dalla Convenzione al metodo politico (*sic*) di produzione delle norme in luogo dell'esclusiva elaborazione giurisprudenziale dei diritti[43].

Nell'evocare questa trasformazione in senso costituzionale dell'ordinamento europeo, l'Autore è comunque attento a non trasmodare nella propaganda ideologica. Egli avverte che nemmeno con l'approvazione di un catalogo di diritti e, successivamente, con l'attribuzione ad esso di valore vincolante la tutela dei diritti diverrà l'*ubi consistam* dell'Unione europea[44]. In continuità con l'esperienza giuridica pre-

---

38 Così J. H. H. Weiler, *The Reformation of European Constitutionalism*, in 35 *Journal of Common Market Studies*, 1997, p. 97.

39 R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 17. La trasformazione da una impostazione mercatista ad una costituzionalistica attraverso la Carta di Nizza è auspicata in A. Manzella, *Dal mercato ai diritti*, in AA. VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p. 29 ss.

40 G. Itzcovich, *Più vicino ai cittadini? Processi costituzionali europei, politica della comunicazione e pubblicità*, in *Filosofia Politica*, 2010, p. 467 ss.

41 R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 17.

42 *Ivi*, p. 18.

43 *Ivi*, p. 20.

44 *Ivi*, p. 19. In senso analogo si veda A. von Bogdandy, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, in 37 *Common Market Law Review*, 2000, p. 1307 ss.

gressa, la tutela dei diritti potrà svolgersi «nell'esercizio delle proprie [dell'Ue] competenze» e, pertanto, «quasi a titolo incidentale»[45]. Coerentemente con il proprio carattere non esclusivo, la Carta non esprime una vocazione egemonica, essendo chiamata ad integrarsi e interagire tanto con la Cedu quanto con le costituzioni nazionali: «la Carta non si afferma pertanto quale fonte positiva originaria, esclusiva ed esaustiva dei diritti fondamentali né della loro protezione ma espressamente riduce la propria portata sia, *in primis*, riconoscendo la pluralità delle fonti normative e giurisprudenziali in materia sia anche dichiarando espressamente il proprio ruolo ricognitivo e complementare in un sistema europeo complesso di riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali»[46]. In un'Unione europea che, come si è visto, non riesce a spingersi oltre sul terreno dell'affermazione di un potere sovrano, la Carta di Nizza può tutt'al più ambire ad individuare il *common core* delle tradizioni costituzionali comuni[47] per garantirne un primato altamente selettivo «rispettoso del pluralismo delle fonti statuali e internazionali e della relativa giurisprudenza e flessibile fino al punto da ridurre sé stesso alla garanzia essenziale dei diritti fondamentali»[48]. Ne discende un sistema di garanzia dei diritti fondamentali imperniato sulla competizione tra fonti interne e internazionali[49], ove il primato della Carta si esplica all'interno del proprio ambito applicativo e, comunque, nel rispetto dei maggiori livelli di tutela eventualmente apprestati dalle costituzioni nazionali[50]. È in esito alla ricostruzione di un simile disegno complessivo che l'Autore conclude affermando che la Carta non costituisce una mera operazione d'immagine, ma che anzi è idonea a radicarsi nel nucleo storico e ideologico della cultura politica e giuscostituzionalistica europea[51].

---

45 R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 12.

46 *Ivi*, p. 11.

47 *Ivi*, p. 18 s.

48 *Ivi*, p. 13.

49 *Ivi*, p. 14.

50 Cfr. artt. 51 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

51 R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 20.

3. Elusioni ed illusioni all'ombra della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue

3.1. L'elusione della sovranità popolare e l'illusione dell'equivalenza funzionale tra costituzionalizzazione e potere costituente

Con la tesi della portata costituente della Carta, *Verso la definizione dei "valori superiori"* indica una prospettiva evolutiva nella quale l'Unione europea procede alla progressiva mutuazione di principi concepiti nelle costituzioni nazionali ed al loro adattamento alle peculiarità del proprio contesto ordinamentale. Attraverso la metafora del mosaico, il testo pone l'accento sulle caratteristiche sostanziali dell'ordine giuridico e politico in via di definizione, suggerendo l'immagine di un ordinamento sovrastatuale che si converte gradualmente al «costituzionalismo europeo, di derivazione liberale e sociale»[52]. La qualificazione in senso esclusivamente liberale e sociale del costituzionalismo europeo può lasciare perplessi, non tanto perché si dubiti delle credenziali liberali e sociali del costituzionalismo europeo[53], quanto per l'evidente omissione della componente democratica che normalmente lo connota. L'omissione non è spiegata e, quindi, non è chiaro se sia il risultato di una svista o di una scelta deliberata, dettata magari dall'implicita adesione a ricostruzioni teoriche del costituzionalismo europeo che effettivamente ne sottovalutano la genesi democratica[54]. Sia come sia, la qualificazione del costituzionalismo europeo che ci viene proposta appare in tutto coerente con la creazione progressiva di un ordine costituzionale che elude la sovranità popolare e, con essa, l'esigenza di assicurare un sufficiente livello di partecipazione democratica fin dalla fondazione di un ordine giuridico e politico[55].

---

[52] *Ivi*, p. 8.

[53] I dubbi sulle credenziali sociali, come si dirà *infra* nelle sezioni 3.2 e 4, sono peraltro fondati.

[54] Si vedano in particolare J. Rubenfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, in 79 *NYU Law Review*, 2004, p. 1971 ss.; J-W. Müller, *Contesting Democracy: Political Ideas in Twentieth-Century Europe*, New Haven, 2013, p. 146 ss.; A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014, p. 1 s. e M. Wilkinson, *The Reconstitution of Post-war Europe: liberal excesses, democratic deficiencies*, in M. Dowdle e M. Wilkinson (a cura di), *Constitutionalism beyond Liberalism*, Cambridge, 2017, p. 38 ss.

[55] Per una critica al costituzionalismo che sostituisce la sovranità popolare con la democrazia deliberativa e la giustizia costituzionale si veda A. Somek e M. Wilkinson, *Unpopular Sovereignty?*, in 83 *Modern Law Review*, 2020, p. 955 ss.

Per prendere sul serio la tesi della portata costituente della Carta è necessario chiedersi anzitutto quali siano i soggetti a cui si affida la realizzazione del mosaico costituzionale[56]. L'Autore non approfondisce questo aspetto, ma nel saggio e in un breve articolo ad esso coevo[57] troviamo comunque una serie di indicazioni che permettono di abbozzare una risposta. Ebbene, i soggetti chiamati a costituire l'ordine costituzionale europeo sono identificati da un lato nella Corte di giustizia[58], affiancata dalle corti nazionali con cui è costantemente in dialogo, e dall'altro negli «Stati comunitari»[59], che, pur trattenendo gelosamente a sé la sovranità, si mostrano disponibili a costituire e sostenere un ordinamento sovrastatale dotato di un proprio diritto costituzionale. Tra le due componenti di questo potere costituente *sui generis* si intravede anche una sorta di gerarchia: la Corte di giustizia è presentata come «un vero catalizzatore dell'inclusione della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nell'ordinamento comunitario»[60], mentre gli Stati membri sembrano relegati ad un ruolo adesivo, ovvero alla notifica dei progressi compiuti dalla Corte attraverso periodiche revisioni di Trattati[61].

La tesi di una via giurisdizionale alla legittimazione dell'Unione europea costituisce uno dei più ricorrenti *Leitmotif* della *Belle époque* del costituzionalismo europeo sul quale si sono formulate ricostruzioni costituzionali di indubbio successo[62]. Non vi è dubbio che essa tragga origine e rispecchi fedelmente sviluppi istituzionali che si sono dimostrati cruciali nella strutturazione del diritto europeo: nessuno può negare il contributo essenziale della Corte di giustizia all'edificazione di un ordine sovranazionale, così come nessuno può sottovalutare l'apporto delle corti nazionali ad un simile processo. Coglie quindi nel

---

56 L'importanza di individuare i «soggetti portatori» (Träger) dell'ordine costituzionale in via di definizione è evidenziata da M. Goldoni, *Il momento ordinante: la costituzione e la genesi dell'ordine*, in C. Mortati, *Teoria del potere costituente*, Macerata, 2020, p. 14.

57 R. Toniatti, *La via giurisdizionale per la legittimazione dell'Unione europea*, cit.

58 *Ivi*, p. 27.

59 *Ivi*, p. 25.

60 *Ivi*, p. 27.

61 *Ibidem*.

62 L'esempio più spettacolare è probabilmente M. Maduro, *We, the Court*, Oxford e Portland, 1999, ma si vedano anche M. Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in 11 *European Law Journal*, 2005, p. 262 ss. e M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 13 ss.

segno l'Autore quando rileva l'esistenza nell'Unione di un «diritto costituzionale senza Costituzione»[63], il cui fondamento sarebbe rinvenibile essenzialmente nelle norme dei Trattati, in una serie di precedenti giurisdizionali e, oggi, anche nella Carta di Nizza.

Ben più difficile è sentirsi appagati da un simile assetto istituzionale, soprattutto se, oltre ad aver a cuore la *rule of law* e il processo di integrazione europea, si continua a credere che l'esercizio del potere costituente non possa prescindere da una qualche forma di autenticazione democratica. Insomma, sarà pur vero, come ipotizza l'Autore, che la Corte di giustizia con la propria giurisprudenza ha realizzato «una misura di integrazione che probabilmente nessuna assemblea costituente europea sarebbe mai riuscita ad ottenere»[64]. Ma invece di compiacersi per un simile risultato, come pur si faceva durante la *belle époque*, sarebbe preferibile interrogarsi con maggiore radicalità sui caratteri e la legittimazione di un ordinamento costituzionale che, per quanto contenutisticamente avanzato, rivendica abbastanza apertamente la propria distanza dalla sovranità popolare e dalla partecipazione democratica.

In realtà, la via giurisdizionale alla legittimazione dell'Unione europea era e rimane una alternativa inferiore alla costruzione democratica di un ordine costituzionale, intrapresa per eludere i conflitti tra forze politiche e sociali che, saldamente ancorate alle proprie comunità nazionali[65], dimostravano e dimostrano scarso interesse per la costruzione di una democrazia costituzionale pan-europea. Solo ai giuristi, e soprattutto a quelli convinti che la giustizia costituzionale possa fare le veci del potere costituente, poteva sembrare plausibile conseguire per questa via la legittimazione necessaria a sostenere un ordine costituzionale davvero fedele ai canoni del costituzionalismo (liberale, sociale e democratico) europeo. La stessa esperienza costituzionale spagnola – così cara all'Autore, tanto da offrire l'abbrivio per il saggio in discussione – poteva suggerire l'inconsistenza di una simile prospettiva: una credibile affermazione dei "valori superiori" non poteva infatti fondarsi solo sulla «profonda conoscenza ed elaborazione della cultura costituzionale europea» da parte dei giuristi[66], ma richiedeva altresì «la

---

[63] R. Toniatti, *La via giurisdizionale per la legittimazione dell'Unione europea*, cit., p. 188.

[64] R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 28.

[65] F. Cheneval e F. Schimmelfennig, *The Case for Democracy in the European Union*, in 51 *Journal of Common Market Studies*, 2012, p. 334 ss.

[66] R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p.8, nota 1.

riappropriazione costituente da parte dell'intero popolo», conseguita, seppur in un contesto di incerta mobilitazione politica, attraverso i due referendum tenutisi nel corso della transizione costituzionale spagnola[67]. Insomma, sarebbe bastato rileggere il Mortati della *Teoria del potere costituente* per rendersi conto della scarsa portata costituente di una Carta e, più in generale, di un diritto costituzionale senza sovrano: «anche se il suo [della costituzione] contenuto può essere desunto dal di fuori, la sua forza imperativa non è derivabile se non dalle stesse forze politiche che fanno sorgere lo Stato, espressione immediata del loro potere sovrano»[68]. Di forze politiche seriamente disposte a sostenere un ordine costituzionale europeo non se ne vedevano (e non se ne vedono) tante in giro, e pensare che, in un contesto contraddistinto dall'esperienza del costituzionalismo democratico, il dialogo tra le Corti potesse costituire un equivalente funzionale di un processo costituente di matrice politica era ed è un'illusione che probabilmente ci si sarebbe potuti risparmiare.

Nonostante ciò, l'illusione dell'equivalenza funzionale tra costituzioni nazionali e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rimane una delle eredità più problematiche della *belle époque*. Lo ha ben spiegato recentemente Roberto Bin, sottolineando come i diritti fondamentali costituiscano una sublimazione ristretta e decontestualizzata dei diritti costituzionali[69]. Ma già durante la *belle époque* del costituzionalismo vi era chi denunciava come mistificatoria l'idea di equivalenza funzionale, giungendo coerentemente a respingere l'adornamento del diritto europeo con orpelli costituzionali. Ulrich Haltern, per esempio, all'indomani della solenne proclamazione della Carta di Nizza pubblicava un articolo in cui riteneva illusoria l'idea di risolvere il *deficit* di legittimazione sociale dell'Unione europea attraverso il processo di costituzionalizzazione e la Carta dei diritti[70]. La critica

---

67 V. Ferreres Comella, *The Constitution of Spain. A Contextual Analysis*, Oxford e Portland, 2013, p. 1 ss.

68 C. Mortati, *Teoria del potere costituente* (1945), Macerata, 2020, p. 33.

69 R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 123, «il diritto fondamentale sarebbe quindi qualcosa di diverso dal diritto costituzionale: ne è la sublimazione. È evidente che questo processo produce una "dematerializzazione" dei diritti, una riduzione di essi ad un'essenza ristretta e decontestualizzata. Rappresenta una sorta di massimo comun divisore, che rende coerenti le diverse scritture di un diritto riducendolo al suo nucleo essenziale e estirpandolo dal suo contesto storico-culturale, ma anche da quello normativo».

70 U. Haltern, *Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in European*

muoveva dall'assunto che il diritto, ed in particolare il diritto costituzionale, costituisce la memoria ed il deposito dell'immaginazione di una comunità politica[71]. La portata costitutiva di un *corpus* di norme e la sua attitudine a suscitare un senso di appartenenza all'interno di una comunità politica non dipende tanto dalla sua intrinseca razionalità, giustizia o efficienza, quanto dalla sua capacità di stimolare la partecipazione emotiva dei cittadini[72]. Per questo i testi costituzionali sono spesso circondati da una retorica pubblica riguardante le origini storiche di quella comunità politica[73]. Perché un simile mito costitutivo sia percepito come autentico e, quindi, credibile è decisiva l'esistenza di un sacrificio idoneo a concretizzare e rendere tangibili quei principi iscritti nel testo che, altrimenti, apparirebbero astratti e scarsamente autorevoli[74]. Ebbene, secondo Haltern, il diritto dell'Unione europea è del tutto sprovvisto di questa dimensione mitica, non potendo invocare sacrifici che ne legittimino l'esistenza[75]. Questa carenza si può riscontrare a più livelli, ad esempio se si considerano l'origine razionalista delle Comunità economiche[76], la prevalenza della componente tecnocratica nella cultura istituzionale dell'Unione e la costante proiezione verso il futuro piuttosto che verso il passato del processo di integrazione europea[77]. Mancando queste precondizioni, rilevava Haltern, i tentativi dell'Unione di creare un'identità politica condivisa e

---

Imagination, in 9 *European Law Journal*, 2003, p. 14 ss.

71 La critica di Haltern è fortemente influenzata dal pensiero di P. Kahn, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, 2000.

72 U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., p. 18.

73 *Ivi*, p. 21 ss.

74 Osserva infatti Haltern che «revolutions are, first of all, ideas. The abstract idea, however, becomes the foundation of a new political order only when individuals are willing to engage in acts of sacrifice and invest their bodies in that new set of ideas» e «sacrifice makes the body a text, a bearer of an authenticated testimony» (*ivi*, p. 23). Sull'importanza politica del sacrificio si veda anche M. Halbertal, *Sul sacrificio*, Firenze, 2014.

75 U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., p. 18 s.

76 *Ivi*, pp. 19 e 25, dove si rileva come la matrice razionale delle Comunità europee fu concepita in reazione alle passioni distruttive che avevano alimentato nel passato recente la politica europea. Una ricostruzione analoga si rinviene in J.H.H. Weiler, *To be a European Citizen – Eros and Civilization*, in 4 *Journal of European Public Policy*, 1997, p. 495 ss.

77 U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., p. 25 ss., dove si afferma come «the Union cannot compete with the law of the Nation States as a source of order or transcendental being in terms of what it is. It can only attempt to do so in terms of what it is not, and in terms of what it will be».

di dotarsi un apparato simbolico analogo a quello degli Stati nazionali appaiono inetti, se non addirittura patetici[78].

Operazioni come l'adozione della Carta di Nizza offrono una dimostrazione spettacolare di questi limiti. La Carta, secondo Haltern, serve ad aggiungere *patos* e *patina* al progetto europeo, a dissimularne la reale identità e a farlo accreditare nei ranghi del costituzionalismo democratico, in modo analogo a quanto accade al *nouveau riche* al momento dell'ammissione in una nuova e prestigiosa cerchia sociale[79]. Nonostante ciò, i testi dell'Unione rimangono gusci vuoti privi di radici, incapaci di evocare un autentico mito originario o dei sacrifici condivisi che possano legittimare gli impegni costituzionali dell'Unione[80]. Si badi, non si tratta di testi inutili o inefficaci se li si valuta nell'ottica dell'effettiva tutela dei diritti fondamentali. Siamo in presenza di testi invece scarsamente efficaci se ci aspettiamo da essi il raggiungimento di traguardi al momento irrealizzabili per l'Unione, quali l'instaurazione di una comunità politica sovranazionale e lo sviluppo di un assetto istituzionale credibilmente indirizzato alla realizzazione delle strutture (e non solo dei principi) del costituzionalismo liberale, sociale e democratico[81].

3.2. L'elusione dell'economia politica e l'illusione del costituzionalismo democratico e sociale

Ulrich Haltern chiudeva provocatoriamente il proprio saggio affermando che l'Unione europea avrebbe dovuto desistere dai propri tentativi di imitare il costituzionalismo nazionale per abbracciare senza infingimenti la cultura del consumismo liberale[82]. Solo in questo modo l'ordinamento europeo sarebbe stato in grado di interagire autenticamente con una società post-tradizionale che nel frattempo andava po-

---

78 *Ivi*, p. 28.

79 *Ivi*, p. 33 s.

80 *Ivi*, p. 32.

81 L'incapacità del costituzionalismo di acquisire questa dimensione fondativa è ben colta da N. Walker, *Reframing EU Constitutionalism*, in J.L. Dunof e J. Trachtman (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, 2009, p. 149 ss. Anche Toniatti pare intuire la diversa pregnanza del costituzionalismo europeo quando, nell'evidenziarne le peculiarità, indica il suo approdo nell'istituzione di un sistema di *governance* piuttosto che di *government*, cfr. R. Toniatti, *La via giurisdizionale*, cit., p. 187 s.

82 U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., p. 39.

polandosi di consumatori dotati della consapevolezza e, si potrebbe aggiungere, del potere di acquisto necessari a generare una pluralità di stili di vita concorrenti con l'ideale di cittadinanza politica promosso dal costituzionalismo moderno[83]. Proprio l'assenza di un pesante bagaglio storico e la disponibilità di un assetto ordinamentale incentrato sul mercato e sull'*expertise* scientifica assicuravano all'Unione un vantaggio competitivo nel tentativo di farsi interprete di questa società[84]. Il futuro immaginato da Haltern per l'Unione, quindi, non era quello di un ordine costituzionale sovrastatale, ma piuttosto quello di un ordinamento orgogliosamente tecnocratico in grado di valorizzare i nuovi stili di vita e l'emergente individualismo dei consumatori europei[85]. In questo, anch'egli si dimostrava figlio del proprio tempo, ovvero di una *belle époque* in cui, oltre a coltivare una concezione sostanzialmente depoliticizzata del costituzionalismo, non si nutrivano certo remore nell'idealizzare il consumatore[86] ed il mercato[87].

Nel richiamare l'attenzione sul contesto della società post-industriale, Haltern coglieva ulteriormente nel segno facendo luce su un altro angolo cieco dell'emergente costituzionalismo europeo: l'economia politica. Comune a gran parte del costituzionalismo della *belle époque* era infatti l'elusione delle questioni economiche, quasi che l'Unione europea non avesse una storia fortemente condizionata dall'esperienza del mercato unico e non si fosse avviata, proprio negli anni in cui la Carta veniva elaborata, all'instaurazione di una controversa e incom-

---

83 *Ivi*, p. 39 s.

84 Osserva infatti Haltern che «Union texts do not constitute a collective self; rather, they constitute a common market» (*ivi*, p. 32).

85 Non è chiaro se nella prospettiva di Haltern la prospettiva di un'Unione europea chiamata principalmente a valorizzare il consumatore acquisti carattere pervasivo o debba convivere piuttosto con il costituzionalismo degli Stati membri, in cui cittadinanza e partecipazione politica continuano a svolgere un ruolo prioritario o, comunque, significativo.

86 U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., p. 43, dove il consumatore europeo è così ritratto: «the postmodern consumer is ironic and knowing, reflexive and aware of the game being played. She has considerable cultural capital and is able both to make sense of wealth of mobile and detached signs and to treat them just as signs. We might imagine her obtaining pleasure not necessarily from the things themselves but from the experience of assembling and deconstructing images».

87 … e così egli esprime fiducia nel mercato: «it seems that to participate in the competition that races along before our eyes is to reconstitute subjectivity. Perhaps the perils of the market are met effectively only by the weapons of the market» (*ivi*, p. 38).

pleta unione economica e monetaria[88]. *Verso la definizione dei "valori superiori"* rispecchia pienamente questo approccio reticente: la lettura del saggio ci restituisce infatti una rappresentazione del contesto ordinamentale in cui la Carta di lì a poco si troverà ad operare contrassegnato essenzialmente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali[89]. L'Unione europea appare perciò come un ordine sovrastatale impegnato in una serie di non meglio specificate politiche nella definizione delle quali i diritti sono incidentalmente tutelati[90] attraverso un sistema giurisdizionale integrato chiamato a dare applicazione alla Cedu e alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri[91]. Il fatto che questa giurisprudenza fosse quantitativamente ridotta e che il grosso dell'attività svolta nei circuiti giudiziari europei riguardasse le libertà economiche o la regolamentazione del mercato è un dettaglio che passa inosservato, così come trascurato è il fatto che, almeno a partire da *Cassis de Dijon*[92], la Corte di giustizia fosse impegnata in un notevole sforzo di deregolamentazione riguardante tutti i fattori di produzione. Solo in un paio di passaggi, entrambi brevi ma estremamente emblematici, l'economia politica fa capolino. Nel primo, la Carta viene accomunata alla moneta unica quale fattore di consolidamento dell'ordine giuridico e politico europeo[93]. Nel secondo, il mercato unico (assieme allo sviluppo sostenibile) è incluso nel "valore superiore" della coesione sociale, salvo poi attribuirsi alla solidarietà la funzione di «fattore compensativo e di riequilibrio dell'origine economica dell'integrazione europea»[94].

Già allora l'idea che la moneta unica costituisse solo una delle tante tessere del mosaico europeo (e non, invece, il suo asse fondamentale) poteva apparire semplicistica, così come piuttosto ingenuo poteva ap-

---

88 P. De Grauwe, *Economics of Monetary Union*, Oxford, 2018, p. 111.

89 R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 11.

90 *Ivi*, p. 19.

91 R. Toniatti, *Presentazione*, cit., p. 1.

92 Causa 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42. L'importanza storica e sistematica di questa pronuncia si deve al passaggio operato dalla Corte di giustizia da una interpretazione delle norme sulla libera circolazione delle merci incentrata sul divieto di discriminazione sulla base della nazionalità al più incisivo criterio del Paese d'origine. Per una ricostruzione approfondita di questa trasformazione e delle sue implicazioni si veda A. Menéndez, *The Existential Crisis of the European Union*, in 14 *German Law Journal*, 2013, p. 471 ss.

93 R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 8.

94 *Ivi*, p. 24.

parire il pensiero che l'elevazione della solidarietà a valore superiore della Carta potesse rafforzare la dimensione sociale dell'Unione europea fino addirittura a riequilibrarne la più risalente e corposa impronta economica. Non vi è dubbio però che, nell'attingere all'iconografia del costituzionalismo europeo dell'immediato secondo dopoguerra, la Carta di Nizza potesse evocare una venerabile tradizione costituzionale intrecciata, almeno alle origini, con una altrettanto venerabile concezione dell'economia politica. Piuttosto evidente era infatti il nesso tra i "valori superiori" della Carta ed il costituzionalismo democratico e sociale degli Stati membri, a sua volta debitore delle esperienze costituzionali democratiche sperimentate in Europa negli anni Venti e Trenta[95], ma soprattutto delle politiche e del più fortunato modello costituzionale introdotti negli Stati Uniti d'America con il *New deal*[96]. Il tratto comune a queste vicende che sarebbe poi stato trasmesso al costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra era il ripudio del mito del *laissez-faire*[97] e l'adesione ad una concezione interventista del governo dell'economia in un contesto costituzionale complessivo in cui tanto il capitalismo quanto la democrazia erano salvaguardati[98]. Oltre a sperimentare sul campo una varietà notevole di politiche pubbliche[99], il *New deal* era riuscito a trasformare la cultura costituzionale e l'economia politica americana, promuovendo il passaggio da una società esposta alla *selfish agitation*[100] di *self-supporting men*[101] ad una società incentrata sull'interdipendenza[102] e aspirante all'emancipazione delle fasce sociali più vulnerabili dai rischi connessi ai mercati non regolati[103].

---

95 M. Goldmann e A. J. Menéndez, *Weimar moments: Transformations of the Democratic, Social, and Open State of Law*, MPIL Research Paper No. 2022-12.

96 In particolare di quello più tardo, dove si tentò la codificazione di una serie di impegni costituzionali dapprima con l'*Atlantic Charter* e di lì a poco con il *Second Bill of Rights*. Per una ricostruzione di queste vicende si rinvia a C. Sunstein, *The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, New York, 2004, cap. 4; E. Borgwardt, *A New Deal for the World. America's Vision for Human Rights*, Cambridge MT, 2005, cap. 1 e S. Moyn, *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*, Cambridge MT, 2018, capp. 2 e 3.

97 C. Sunstein, *The Second Bill of Rights*, cit., p. 19.

98 K.K. Patel, *The New Deal. A Global History*, Princeton, 2016, p. 3.

99 *Ivi*, capp. 2 e 4.

100 C. Sunstein, *The Second Bill of Rights*, cit., p. 11.

101 *Ivi*, p. 25 s.

102 *Ivi*, p. 26.

103 A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, cit., p. 11 s.

Osservata in quest'ottica, la Carta poteva sicuramente suscitare una speranza, destinata però ad infrangersi inesorabilmente in mancanza di forze sociali e politiche disponibili a tradurre i suoi principi in azione politica e strutture giuridiche coerenti[104]. La proclamazione della Carta avveniva infatti in un contesto giuridico ed economico già pesantemente segnato da almeno un decennio di politiche neoliberali, attuate a seguito dello smantellamento di quel sistema di relazioni internazionali instaurato nell'immediato secondo dopoguerra che aveva permesso la creazione ed il consolidamento del costituzionalismo democratico e sociale[105]. Piuttosto che costituire un argine a questi sviluppi, l'Unione europea li aveva abbracciati, promossi e amplificati. Con la liberalizzazione dei movimenti di capitali[106] e l'instaurazione di un'unione economica e monetaria imperniata sull'obiettivo prioritario della stabilità dei prezzi[107], un sistema di banche centrali indipendenti[108] ed il mero coordinamento delle politiche economiche nazionali[109], l'Unione europea aveva già posto le basi di un'economia politica disallineata dall'ordine giuridico e politico evocato dalla Carta[110]. Quest'ultima, lungi dall'operare come una tessera traslucente capace di far emergere la concreta configurazione del *gubernaculum* euro-

---

104 È rimasto largamente inascoltato l'invito formulato da Stefano Rodotà all'indomani dell'approvazione della Carta: «l'integrazione attraverso i diritti non appare soltanto come una sorta di necessità imposta dall'ormai evidente inadeguatezza dell'integrazione attraverso il mercato e la moneta. Non è un rimedio, è una via maestra. Percorrerla non sarà facile. Proprio perché la Carta non è un approdo, ma la visibile apertura d'un processo costituente, molti soggetti dovranno concorrere in questa impresa. Alla quale i giuristi non devono opporre un *non possumus* fondato sulle loro antiche certezze e rassicuranti categorie. Non possono sottrarsi alla sfida dell'inedito, della costruzione progressiva, peraltro affidata soprattutto alle energie politiche e sociali» (S. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in Aa. Vv., *Riscrivere i diritti in Europa*, cit., p. 88 s.).

105 J. G. Ruggie, *Globalization and the Embedded Liberalism Compromise: The End of an Era?*, MPIfG Working Paper 97/1.

106 Direttiva 88/361/Cee del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato.

107 Art. 127 Tfue.

108 Artt. 130-131 Tfue.

109 Art. 121 Tfue.

110 Si è parlato a riguardo di una «torsione neoliberale», cfr. E. Mostacci, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Politica del diritto*, 2013, p. 481. Sul punto cfr. anche M. Dani, A. Menéndez, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale ed integrazione europea?*, in *Dpce online*, 2020, p. 289 ss.

peo[111], stendeva sopra ad esso una patina opaca ed ottundente idonea a celarne la reale struttura e le linee di conflitto. In presenza di Trattati che irrigidivano a livello costituzionale un preciso e discutibile indirizzo di politica economica[112], i principi della Carta rivelavano tutta la loro inidoneità a plasmare o a rifondare su nuove basi il governo europeo dell'economia. In realtà a Nizza era stato allestito un apparato scenografico che, a prescindere dalle intenzioni dei suoi autori, aveva l'effetto di attenuare la radicalità degli obiettivi e dell'architettura istituzionale prevista dai Trattati in modo da anestetizzare quegli attori (sindacati, partiti politici, corti costituzionali) che ne avrebbero potuto contrastare l'attuazione[113]. Ecco quindi che, proprio nel momento in cui si ammetteva l'Unione nel novero delle democrazie costituzionali attraverso l'evocazione delle nobili tradizioni del costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra, si consumava la trasformazione dello Stato interventista in Stato regolatore[114] e si consolidava quella logica del vincolo esterno[115] che, con l'entrata in vigore della moneta unica, avrebbe portato all'indebolimento dei sistemi di *welfare* nazionali e al progressivo ridimensionamento delle istituzioni democratiche e dei sistemi politici degli Stati membri[116].

4. Gli esiti deludenti della Carta dei diritti

L'illusione di instaurare un ordine costituzionale democratico e sociale pan-europeo attraverso la Carta di Nizza poteva essere innocente, ma sicuramente non era innocua. Negli anni successivi alla sua proclamazione la Carta ha acquisito valore giuridico vincolante[117], paradossalmente in esito ad un processo di ratifica dei Trattati reso possibile dalla scelta dei Capi di Stato e di governo di abbandonare

---

111 R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 8.

112 O. Chessa, *Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2021, p. 97 ss.

113 Che i principi costituzionali possano fungere da oppiacei è affermato da A. Guazzarotti, *Sovranità e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, p. 7.

114 A. La Spina e G. Majone, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000, cap. 1.

115 K. Featherstone, *The Political Dynamics of the Vincolo Esterno: The Emergence of the EMU and the Challenge to the European Social Model*, in *Queen's Papers on Europeanization*, Working Paper No. 6/2001, p. 9 ss. e C. J. Bickerton, *European Integration. From Nation States to Member States*, Oxford, 2012, p. 131 ss.

116 A. Supiot, *The Spirit of Philadelphia. Social Justice vs. Total Market*, 2012, London, p. 18 ss.

117 Art. 6 Tue.

l'impiego del lessico costituzionale così abbondantemente profuso nel Trattato costituzionale[118]. In una fase già declinante del processo di costituzionalizzazione, la Carta non è riuscita ad esprimere un'autonoma portata costituente: essa non ha irradiato con i propri principi l'ordinamento dell'Unione per depurarlo dall'impianto neoliberale e non è riuscita nemmeno ad imprimere nel diritto europeo una svolta in senso democratico e sociale. La Carta ha contribuito piuttosto a rendere più sostenibile l'impianto delle politiche europee previsto dai Trattati, finendo quindi per rafforzarlo. Insomma, essa non si è solo rivelata funzionale all'obiettivo di anestetizzare i potenziali oppositori dell'agenda neoliberale dell'Unione, ma ha anche rafforzato razionalità economica ed *expertise* come tratti distintivi del sistema di *governance* sovranazionale[119]. Ciò che è però più sorprendente e paradossale è che, attraverso l'iconografia del costituzionalismo democratico e sociale, la Carta ha agevolato un processo di profonda trasformazione di quel modello sociale europeo che, almeno secondo le attese, essa avrebbe invece dovuto proteggere[120].

Registrate le deludenti prestazioni della Carta sul versante costituente, si può esprimere un giudizio un po' più benevolo in relazione alla sua portata garantista. Non si tratta qui solo di prendere atto del fatto che occasionalmente i diritti fondamentali della Carta riescono a competere con altre narrazioni dell'integrazione europea ed occupare, seppure temporaneamente, la dimensione di un simbolico altrimenti monopolizzato dalle ricorrenti crisi dell'integrazione[121]. Più rilevanti sembrano i sempre più frequenti casi, riscontrabili soprattutto nelle materie meno condizionate dall'impostazione neoliberale dei Trattati,

---

118 Cfr. Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo del 21-22 giugno 2007. Nei fatti l'abbandono è stato solo parziale, visto che non solo il Trattato di Lisbona ha attribuito valore vincolante alla Carta, ma alcune norme del Trattato stesso (si pensi ad esempio a quelle sulle competenze) hanno mantenuto la loro connotazione lessicale costituzionale.

119 U. Haltern, *Pathos e Patina*, cit., p. 37.

120 S. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, cit., p. 79.

121 L'occupazione dello spazio simbolico da parte delle questioni connesse ai diritti è esaminata da A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, cit., p. 241 s. Alcuni esempi a riguardo tratti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia possono riguardare Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, ECLI:EU:C:2008:461; Causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317 e Causa C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650.

dove l'applicazione della Carta di Nizza ha contribuito ad un significativo incremento dei livelli di tutela di alcuni diritti fondamentali[122]. Non è certo un caso, infatti, che, nel momento in cui l'assetto istituzionale dell'Unione si apre al conflitto politico, anche i diritti fondamentali riescano ad acquistare consistenza fino a tracciarne un perimetro condiviso. Negli ambiti in cui invece l'assetto istituzionale dell'Unione appare più teleologicamente connotato e meno propenso a valorizzare i conflitti, il ruolo dei diritti fondamentali appare più marginale. Soprattutto nella materia economica e sociale la Carta non è riuscita a modificare l'*imprinting* economicista del diritto europeo[123]. In questo frangente, i diritti fondamentali sono divenuti parte integrante dell'assetto di governo dell'Unione e degli stili di vita da esso promossi[124]. Pertanto, gli individui hanno potuto trovare nei principi della Carta un sostegno nel loro processo di adattamento alle politiche dell'Unione[125], non solo per quanto concerne i loro rapporti con le autorità pubbliche, ma anche nelle loro relazioni con altri soggetti privati[126]. Molto più difficile si è rivelato per essi far leva sui diritti fondamentali per problematizzare ed eventualmente contestare l'economia politica sottostante alle politiche dell'Unione[127]. Di questo si è avuta plateale conferma durante la crisi economica e finanziaria quando, a fronte di riforme che andavano ulteriormente ad irrigidire il profilo neoliberale dell'Unione, le norme della Carta si sono dimostrate di scarso aiuto nel contrastare l'evacuazione degli spazi sociali nazionali[128]. Non sorprende perciò che la Carta di Nizza abbia potuto contribuire in misura assolutamente marginale ad alleviare le sofferenze

---

122 Si vedano in particolare Cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N. S.*, ECLI:EU:C:2011:865 e Cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, *M c. Ministerstvo vnitra e X. e X. c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, ECLI:EU:C:2019:403.

123 R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, cit., p. 70

124 D. Chalmers e S. Trotter, *Fundamental Rights and Legal Wrongs: The Two Sides of the Same EU Coin*, in 22 *European Law Journal*, 2016, p. 9 ss.

125 *Ivi*, p. 27.

126 *Ivi*, p. 33.

127 *Ivi*, p. 34.

128 F. Costamagna, *National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU: A Critical Legal Appraisal*, in 24 *European Law Journal*, 2018, p. 176, dove si osserva che «national social spaces have been mostly considered either as a cost to be reduced in order to balance the budget or as a factor that, if duly "modernised", could continue to boosting the competitiveness of the state».

dei cittadini colpiti dalle misure di austerità[129], lasciando gran parte dell'incombenza sulle spalle delle costituzioni e delle corti costituzionali nazionali[130].

5. La rivalutazione della Carta come catalogo dei "valori superiori" nella prospettiva di un (futuribile) ordine sovranazionale aperto al conflitto politico

È proprio quando la delusione per la scarsa resa della Carta suggerirebbe di archiviare la stagione della *belle époque* del costituzionalismo europeo che la prospettiva dei "valori superiori" può offrire un insperato punto di riferimento a coloro che ostinatamente aspirano ad un ripensamento complessivo delle strutture dell'Unione europea. Non si intende qui reiterare l'irrealistico auspicio di una tardiva conversione dell'Unione ad una democrazia costituzionale pan-europea; più promettente, ma soprattutto più praticabile, pare invece un ripensamento dell'architettura istituzionale dell'Unione nel senso dell'instaurazione di un ordine giuridico e politico sovranazionale funzionale al mantenimento e allo sviluppo delle tradizioni costituzionali democratico-sociali comuni agli Stati membri. Per le ragioni brillantemente esposte da Haltern, non pare infatti che nella attuale fase storica sia realistica la prospettiva di un'Unione europea che si dota di credenziali politiche e giuridiche sufficienti a porsi come un reale rivale degli Stati membri sul terreno costituente. Pare invece più percorribile l'ipotesi di un ritorno alle origini, da intendersi non tanto come una regressione del processo integrativo alla mera regolamentazione del mercato comune, quanto nel senso di un recupero di quello spirito originario che portò a concepire l'integrazione europea anzitutto come processo chiamato a contribuire al consolidamento dei patti costituzionali nazionali[131] attraverso lo svolgimento di una serie di funzioni ad essi complementari[132].

---

[129] D. Chalmers e S. Trotter, *Fundamental Rights and Legal Wrongs*, cit., p. 36.

[130] M. Dani, *National Constitutional Courts in Supranational Litigation: A Contextual Analysis*, in 23 *European Law Journal*, 2017, p. 207 ss.

[131] La prospettiva indicata si innesta nelle ricostruzioni proposte da A. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, Oxon, 2000. Per una rivalutazione complessiva, cfr. M. Dani e A. Menéndez, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, cit., p. 322 ss.

[132] In senso analogo v. R. Kehoane, S. Macedo e A. Moravcsik, *Democracy-enhancing Multilateralism*, in 63 *International Organization*, 2009, p. 1 ss.

Proprio l'obiettivo di un riallineamento dell'*ethos* e del *telos* dell'Unione con quello degli Stati membri consentirebbe di rivalutare la prospettiva dei "valori superiori". Nelle attuali circostanze storiche, l'Unione europea si presenta come un'organizzazione che solo nelle premesse assiologiche può vantare una effettiva omogeneità con il costituzionalismo democratico e sociale nazionale[133]. Se si fa eccezione per le politiche meno segnate dall'impostazione neoliberale, nelle quali i diritti fondamentali riescono a porsi come precondizioni del conflitto politico, gran parte del diritto dell'Unione continua ad essere fortemente condizionato dalla torsione neoliberale ad esso impressa a partire dalla fine degli anni Settanta e progressivamente consolidata nel diritto primario a partire dall'Atto unico europeo e dal Trattato di Maastricht. Come si è detto, tale sviluppo istituzionale ha avuto l'effetto di irrigidire nei Trattati una precisa agenda di politica economica che è difficile riconciliare con il carattere aperto delle costituzioni nazionali[134]. Questa marcata connotazione teleologica si riscontra nella persistente applicazione di una serie di principi di regolamentazione del mercato dalla penetrante portata deregolativa; nella conformazione dell'ordine delle competenze dell'Unione, caratterizzato non solo da una lista di ambiti materiali, ma anche dalla prescrizione degli obiettivi da perseguirsi al loro interno; e, più in generale, in strutture giuridiche, come quella dell'Unione economica e monetaria, che precludono il perseguimento di indirizzi di politica economica alternativi a quello neoliberale[135].

In virtù di un simile assetto istituzionale, l'Unione si presenta ancora oggi come una *universitas*, ovvero come una organizzazione stabilita per il perseguimento di specifici obiettivi, piuttosto che come una *societas*, ossia una forma associativa diretta a promuovere tra i suoi aderenti una serie di relazioni non strumentali[136]. I limiti costituzionali di un ordine giuridico e politico operante come una *universitas* sono presto intuibili. Non si tratta solo di prendere atto del fatto che, in tempi di cambiamenti economici e sociali assai accelerati, un assetto costitu-

---

133 Art. 2 Tue.

134 Cfr. V. Onida, *La costituzione. La legge fondamentale della Repubblica*, Bologna, 2004, p. 47 ss. e G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 133 ss.

135 Per un approfondimento si veda M. Dani, *Openness, Purposiveness and the Realignment of the EU and the Democratic and Social Constitutional State*, in 24 *German Law Journal*, 2023, p. 1099 ss.

136 M. Oakshott, *On Human Conduct*, Oxford, 1975, p. 88.

zionale chiuso è maggiormente esposto al rischio di obsolescenza[137]. Qualche anno fa Dieter Grimm[138] e Fritz Scharpf[139] hanno avuto il merito di evidenziare le eccessive limitazioni al principio democratico di un'architettura istituzionale nella quale l'unica competizione politica ammessa è quella tra diverse strategie attuative della stessa agenda politica neoliberale. Se invece ci si sposta su un terreno più sostanziale, ci si può facilmente accorgere di quanto, in un'Unione ancora fortemente ancorata ad un particolare tipo di razionalità economica, i diritti fondamentali non possano che svolgere un ruolo ad essa subordinato[140].

È sulla base di una simile diagnosi dello *status quo* e delle preoccupazioni da esso suscitate che pare urgente una trasformazione da un'Unione *universitas* ad un'Unione *societas*. In quest'ultima prospettiva, la partecipazione degli Stati membri al processo di integrazione europea non dovrebbe più comportare la loro cooptazione all'interno di politiche orientate fin dalla loro disciplina nei Trattati al perseguimento di finalità particolari. L'essere membri dell'Unione dovrebbe piuttosto essere interpretato come l'impegno costituzionale a partecipare ad una associazione politica dalle finalità non predefinite, coinvolgente una serie di comunità politiche nazionali accomunate dalla condivisione di una serie di principi comuni e disponibili a perseguire gli obiettivi e le politiche risultanti da una deliberazione democratica aperta.

Per poter procedere in questa direzione, sarebbe anzitutto indispensabile una radicale decostituzionalizzazione dei Trattati, in particolare attraverso l'eliminazione di tutte quelle norme che, nella definizione delle politiche europee, ne predeterminano l'indirizzo[141]. Attraverso una simile apertura dell'assetto istituzionale europeo, gli obiettivi

---

137 Il rischio pare essersi concretizzato in occasione del controllo di legittimità dei programmi di quantitative easing della Banca centrale europea su cui si vedano Causa C-493/17, *Heinrich Weiss e altri*, ECLI:EU:C:2018:1000 e BVerfG, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 - 2 BvR 859/15. Sull'obsolescenza del paradigma monetario codificato nei Trattati si veda A. Tooze, *The Death of the Central Bank Myth*, in 23 *Foreign Policy*, May 2020, https://foreignpolicy.com/2020/05/13/european-central-bank-myth-monetary-policy-german-court-ruling/.

138 D. Grimm, *The Democratic Cost of Constitutionalization: The European Case*, in 21 *European Law Journal*, 2015, p. 460 ss.

139 F. W. Scharpf, *De-constitutionalisation and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe*, in 23 *European Law Journal*, 2017, p. 317 ss.

140 D. Chalmers e S. Trotter, *Fundamental Rights and Legal Wrongs*, cit., p. 34.

141 Per una proposta dettagliata riferita alla struttura dell'Unione economica e monetaria, v. M. M. Dani, *Openness, Purposiveness and the Realignment of the EU and the Democratic and Social Constitutional State*, cit.

dell'Unione non sarebbero più imposti alle istituzioni europee o agli Stati membri, ma diventerebbero contendibili all'interno delle discussioni e delle decisioni del Parlamento europeo e del Consiglio. Alleggerita dal proprio ingombrante bagaglio teleologico, l'Unione potrebbe iniziare ad operare come un'organizzazione regionale aperta ad una pluralità di svolgimenti politici alternativi.

Un'Unione concepita come una *societas* potrebbe più facilmente valorizzare le tradizioni costituzionali comuni ai suoi Stati membri, e i "valori superiori" definiti nella Carta come fondamenti assiologici e come cornice di principi esclusivi per le proprie politiche. Un simile riallineamento con il costituzionalismo degli Stati membri potrebbe aprire la porta ad un altro importante sviluppo. Un po' come già accade nelle materie meno esposte all'influenza dell'agenda politico-costituzionale neoliberale, i diritti fondamentali potrebbero iniziare a porsi indiscriminatamente come precondizioni dei conflitti politici intrinseci alle politiche europee, contribuendo ad assicurarne uno svolgimento più democratico di quanto non accada ora. Non si tratta solo qui di immaginare un'applicazione giurisdizionale più incisiva dei diritti fondamentali nei confronti degli atti legislativi europei, ma anche di concepirli come argini invalicabili rispetto ai sistemi di *governance* attraverso cui si persegue il coordinamento delle politiche economiche e sociali europee.

Non vi è dubbio, è assai difficile prevedere se e quando l'Unione europea sarà capace di affrancarsi dagli attuali condizionamenti in senso neoliberale per assumere una più coerente configurazione democratica e sociale. Nell'attuale fase politica il passaggio da un'Unione *universitas* ad un'Unione *societas* appare un orizzonte solo futuribile, anch'esso privo, come a suo tempo la prospettiva dei "valori superiori", di attori politici e sociali sufficientemente determinati a concretizzarlo. Dovendo proprio azzardare una previsione, si può però affermare che, nel momento in cui le condizioni politiche per una simile svolta dovessero maturare, la prospettiva indicata in *Verso la definizione dei "valori superiori"* potrebbe rivivere una seconda e, auspicabilmente, più fortunata giovinezza.

Diritti sociali come istituzioni per i bisogni radicali

Marco Goldoni

1. Ri-articolare i termini del conflitto sui diritti sociali

L'obbiettivo principale di questo capitolo è di duplice natura. Da un lato, registrare l'avvenuto slittamento, perlomeno in ambito di teoria dei diritti fondamentali, del discorso sul fondamento dei diritti sociali dai bisogni verso altri concetti, primariamente gli interessi o, in alternativa, le capacità. Dall'altro lato, l'intenzione è quella di rendere conto dei limiti di un discorso sui diritti sociali centrato sugli interessi come cornice concettuale per la messa in forma del conflitto sociale. Per tale ragione, una parte consistente del capitolo si propone di ritornare a pensare il fondamento dei diritti sociali nei bisogni. Non si tratta però di una nozione generica di bisogni, ma di quelli che verranno definiti, seguendo il lavoro di Agnes Heller, come «bisogni radicali»[1]. In quanto bisogni generati dalle contraddizioni che innervano l'economia politica e i processi produttivi, i bisogni radicali permettono di formulare le rivendicazioni dei diritti sociali in una forma difficilmente cooptabile e addomesticabile dall'applicazione calcolata degli interessi (spesso secondo una logica puramente monetaria) e, nel caso in cui si vogliano approfondire le opportunità offerte dalla giustiziabilità, del ragionamento giuridico[2].

---

1 A. Heller, *La teoria dei bisogni in Marx* (1977), Milano, 2022.

2 Si fa riferimento qui, senza poterne sviluppare appropriatamente tutte le conseguenze teoriche e normative, agli standard ai quali il ragionamento giuridico applicato ai conflitti sui diritti sociali potrebbe ricorrere: ragionevolezza, contenuto minimo, proporzionalità. Per una panoramica su questo tema si rinvia a K. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, 2014.

Individuare il fondamento normativo dei diritti sociali nei bisogni radicali presenta un duplice vantaggio. In primo luogo, questa mossa permette di mantenere una discontinuità concettuale e normativa fra i diritti fondamentali civili e quelli sociali[3]. In secondo luogo, fondare i diritti sociali sui bisogni radicali offre un linguaggio e quindi una posizione dalla quale articolare un conflitto che può estendersi ad ambiti essenziali dell'economia politica e, pertanto, può presentare un potenziale trasformativo. In altri termini, una concezione di tale genere dei diritti sociali permette di centrare il conflitto sociale su aspetti essenziali dell'organizzazione sociale ma solo a patto che tali diritti non vengano ricondotti (o limitati) a diritti individuali giustiziabili. Si tratta, pertanto, di tematizzare i bisogni radicali come fondamento dei diritti sociali per poter riformulare i termini del conflitto sociale come questione di organizzazione dei processi produttivi, riproduttivi e distributivi. Tale tematizzazione non è possibile se non si riporta nella sfera del visibile il legame fra produzione e diritti sociali. Come si argomenta nelle sezioni seguenti, lungo questa traiettoria argomentativa i diritti sociali vengono infine ad essere definiti come istituzioni, ossia come organizzazioni nel senso generalmente proposto dall'istituzionalismo giuridico[4], attraverso le quali si possono aprire spazi di ridefinizione di rilevanti parti dell'economia politica. In altre parole, i diritti sociali devono essere intesi come istituzioni organizzate per rispondere a bisogni generati dai processi di produzione e riproduzione della società[5].

---

[3] Occorre specificare che la tesi della discontinuità non implica un gioco a somma zero fra diritti civili e sociali. L'analisi delle differenze normative fra diritti civili e sociali è stata preparata in M. Goldoni, *La materialità dei diritti sociali*, in *Diritto Pubblico*, 2022, p. 141 ss.

[4] Anche se l'idea dei diritti fondamentali come istituzioni viene sviluppata in maniera esplicita in N. Luhmann, *Diritti fondamentali come istituzioni*, Bari, 2002 (a cura di G. Palombella), il concetto adottato in questo scritto si riferisce più direttamente al pensiero di Santi Romano, del quale si veda, in particolare, *L'ordinamento giuridico* (1946), Macerata, 2018 (prima edizione: 1917/18). Su alcune linee di continuità fra l'istituzionalismo giuridico e la teoria dei sistemi si rinvia ad A. Golia e G. Teubner, Voce *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento 7, Torino, 2017, p. 217 ss.

[5] Echi di questo approccio si possono ritrovare in un lavoro che appartiene a tutt'altro contesto, ma che definisce appropriatamente i diritti come «ciò che facciamo e ciò che prendiamo»: J. Boggs, *La rivoluzione americana. Pagine dal block-notes di un lavoratore negro* (1963), Milano, 2020, p. 5. Nella lettura che ne viene data in questa sede, Boggs presenta un argomento contro la delega e la rappresentanza politica istituzionale per occuparsi dell'emancipazione delle minoranze razziali e del lavoro. Secondo Boggs, solo la mobilitazione dei movimenti permette di organizzare i diritti in istituzioni. Considerazioni parallele sull'importanza dei movimenti nella determinazione del

Pur non trattandosi di una traiettoria inevitabile né necessaria, formulare i diritti sociali come espressione giuridica di interessi individuabili ed esigibili apre al rischio della loro depoliticizzazione e rende invisibile il legame intimo fra organizzazione dei modi e relazioni di produzione e la visione dei diritti sociali come istituzioni. In quest'ultimo senso, la giuridificazione dei diritti sociali tende a chiudere gli spazi nei quali si potrebbe articolare un conflitto sulla determinazione del loro contenuto. In effetti, come si cercherà di mostrare nelle prossime sezioni, la giuridificazione delle pretese che sottendono a ciascun diritto sociale riduce le possibilità di produrre un conflitto sulle condizioni materiali di produzione (e di generazione dei bisogni) poiché ogni intervento sui diritti sociali dipende dal contenuto e dalla forma dell'ordinamento giuridico.

2. Un (fallimentare) tentativo di sostituire il discorso sui diritti fondamentali con il discorso sui bisogni

Negli studi giuridici la presa della cornice teorica illustrata nella sezione precedente è stata notevole e ha frequentemente dato espressione ai modi con i quali i diritti fondamentali vengono concepiti dalla teoria giuridica e costituzionale. Il declino degli approcci materialisti (e marxisti in particolare) al diritto va riconosciuto senza esitazioni come una delle cause dietro al progressivo abbandono del riferimento ai bisogni nella ricerca di un fondamento per i diritti sociali. In altre parole, negli ultimi decenni la tesi della dissociazione fra bisogni e diritti è diventata egemonica. Il primato della tesi della dissociazione ha portato i teorici del diritto e i giuristi a cercare il fondamento dei diritti in altri concetti. Più marginale, ma chiara spia di una cornice concettuale condivisa, è stato il tentativo fatto in ambito di teoria critica del diritto di rinunciare al discorso sui diritti per abbracciare, invece, la nozione di bisogno. In un articolo molto noto e citato (forse il più rappresentativo di questa posizione, almeno nella letteratura anglofona)[6] negli ultimi anni del secolo scorso, Mark Tushnet, costituzionalista dei *Critical*

contenuto dei diritti si trovano in R. Cover, *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, Torino, 2008, p. 34 ss.

[6] M. Tushnet, *An Essay on Rights*, in 62 *Texas Law Review*, 1984, p. 1363 ss. Va ricordato che l'articolo nasce come risposta a una decisione dell'allora giudice federale Richard Posner, secondo il quale il concetto di libertà contenuto nel 14. emendamento non includeva i diritti sociali come l'educazione, l'alloggio e la sicurezza sociale. Qui

Legal Studies, ha formalizzato un argomento di profondo scetticismo rispetto alla nozione di diritti soggettivi[7], e specialmente a quella di diritti sociali. Con una mossa in parte reminiscente del Marx della *Questione ebraica*, Tushnet ha proposto di abbandonare il linguaggio dei diritti per adottare quello dei bisogni[8]. Nel quadro di quella che l'autore definisce «una critica radicale dei diritti», la sua proposta enfatizza i limiti dei diritti soggettivi come vettori di trasformazione sociale. Allo stesso tempo, Tushnet individua nei bisogni una potenziale leva per costruire una «società che trascenda i fallimenti del capitalismo»[9]. Tushnet propone almeno quattro critiche al modo di intendere i diritti fondamentali nel contesto statunitense; anzitutto, egli ritiene che i diritti siano instabili ed il loro contenuto sia esposto in maniera vulnerabile ai cambiamenti del contesto. In secondo luogo, egli considera il contenuto dei diritti altamente indeterminato e questo comporta che la rivendicazione di un diritto non produca nessuna differenza pratica. L'indeterminazione opera sia a livello tecnico (bilanciamento, conflitto fra i diritti) che a livello fondamentale (astrazione dei diritti soggettivi al punto da lasciare la determinazione del loro contenuto alle preferenze degli attori politici o giuridici, ossia totalmente in balia delle circostanze). Sempre in uno spirito molto vicino alle principali posizioni Cls, Tushnet aggiunge al classico argomento dell'indeterminatezza anche quello della reificazione. Quest'ultima riduce le esperienze di autonomia e di solidarietà alla realizzazione o alla protezione di diritti soggettivi astratti. Nella riformulazione giuridica tramite il linguaggio dei diritti di un'esperienza concreta andrebbero persi gli aspetti più importanti e dotati di valore che la contraddistinguono. Il quarto limite del discorso sui diritti fondamentali è che questi ultimi, invece di costituire un utile strumento per le cause progressiste, rappresentano un impedimento perché tendono a ridursi alla protezione di interessi individuali e a non possedere una dimensione relazionale.

Nel complesso, l'argomento di Tushnet si rivolge soprattutto contro i diritti sociali poiché, per le modalità di socializzazione nel contesto

---

va rinvenuto il punto di partenza della discussione di Tushnet, il quale lo porta a rigettare la «retorica dei diritti».

[7] Cfr. A. Carrino, *Robert Unger e i Critical Legal Studies*, in G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, 2000, cap. 6.

[8] Va ricordato che in anni più recenti Tushnet ha modificato la sua posizione e abbandonato l'enfasi sui bisogni: cfr. *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton, 2008.

[9] M. Tushnet, *An Essay on Rights*, cit., p. 1363.

della modernità che pongono in risalto l'autonomia e l'indipendenza dagli altri, i diritti che proteggono dalle interferenze altrui vengono maggiormente interiorizzati e protetti dall'ordinamento giuridico. Invece, per i diritti sociali la cornice entro la quale operano si fa più fragile e quindi perde la capacità di garantire bisogni fondamentali. Per queste ragioni, Tushnet conclude, con toni pragmatici, che le persone «hanno bisogno di cibo e alloggio ora; chiedere che questi bisogni siano soddisfatti… mi pare che sia una strategia con più possibilità di successo piuttosto che la rivendicazione del diritto al cibo e all'abitazione vengano riconosciute»[10].

Come si vedrà nelle sezioni successive, due problemi affliggono la proposta di Tushnet. Il primo riguarda la concezione dei bisogni che sottintende l'intero articolo: seppur non ridotti al minimo per la sopravvivenza, manca nell'approccio di Tushnet una teoria dei bisogni e una mappa delle loro differenti iterazioni (ad esempio, bisogni naturali, necessari, non necessari). Il secondo problema è di ordine strategico: favorendo la disgiunzione fra diritti sociali e bisogni, la mossa di Tushnet favorisce l'assimilazione degli stessi diritti sociali alle altre forme di diritti individuali, rinunciando alla forza simbolica che il linguaggio dei diritti può ancora veicolare almeno in alcune ordinamenti giuridici[11].

3. I limiti della concezione politica dei diritti sociali

Fra le critiche che hanno trovato poco convincente il rigetto dei diritti a favore dei bisogni proposto da Tushnet spicca quella formulata da un autore influente per un approccio politico al costituzionalismo (condiviso, in questo aspetto, anche da Tushnet)[12] come Jeremy Waldron[13]. La posizione di Waldron viene articolata in dialogo diretto con Tushnet ed è rilevante per questo capitolo per diverse ragioni, ma una

---

[10] *Ivi*, p. 1394.

[11] Per questa ragione, Patricia Williams, partendo anch'ella da una posizione critica, preferisce mantenere vivo il discorso sui diritti, specialmente per i gruppi vulnerabili: cfr. *The Alchemy of Race and Rights*, Boston Mass., 1991. Williams però accetta la cornice teorica offerta dalla tesi della disgiunzione e quindi rinuncia al riferimento ai bisogni.

[12] M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, cit.

[13] J. Waldron, *Rights and Needs: The Myth of Disjuncture*, in A. Sarat e T. Kearns (a cura di), *Legal Rights: Historical and Philosophical Perspectives*, Ann Arbor, 1996, p. 87 ss. e Id., *The Role of Rights in Practical Reasoning*, in *The Journal of Ethics*, 2000, p. 115 ss. Un altro articolo di Waldron, più specifico perché dedicato al diritto all'alloggio, verrà

in particolare emerge sopra le altre. Anche se gli interventi dedicati da Waldron alla funzione costituzionale dei bisogni sono fortemente critici, nel complesso fanno parte di un argomento che non mira ad escluderli totalmente dal fornire un fondamento ai diritti sociali. Pur essendo fortemente influenzato dalla filosofia politica di Hannah Arendt, per la quale la necessità rimane incompatibile con la libertà politica[14], Waldron ritiene che il riferimento ai bisogni possa essere utile in ambito costituzionale e giuridico, ma debba tradursi nel linguaggio dei diritti fondamentali. Pertanto, egli rigetta la tesi della disgiunzione fra diritti e bisogni proposta da Tushnet. Il rigetto della tesi della disgiunzione occupa una posizione centrale nell'economia degli argomenti presentati in questo capitolo, ma come si vedrà sulla base di un fondamento diverso per quanto riguarda la determinazione del contenuto del concetto di bisogno.

Correttamente, Waldron ritiene che rinunciare al linguaggio dei diritti non sia una strategia argomentativa efficace. Innanzitutto, Waldron pensa che l'argomento proposto da Tushnet contro la retorica dei diritti non tenga in conto l'originario legame fra rivoluzioni moderne e rivendicazioni dei diritti[15]. In secondo luogo, egli ritiene che non sia convincente, come fa invece Tushnet, ridurre la questione dei diritti fondamentali a come essi possano essere protetti dalla giurisdizione. Questo perché non è assolutamente detto che i conflitti sui diritti finiscano per essere (esclusivamente) giurisdizionalizzati (in tal senso, Tushnet si concentra esclusivamente sul contesto statunitense) e, come noto, Waldron sostiene una concezione politica dei diritti[16]. Se così fosse, come Waldron insiste, si verrebbero a chiudere gli spazi per politicizzare il conflitto sociale e per democratizzarlo.

In una complessiva valutazione del tema, Waldron ritiene che il problema principale risieda nel fatto che, a differenza del discorso sui diritti, quello dei bisogni contiene sempre un aspetto di passività da parte di coloro che esprimono una carenza o una vulnerabilità. Mentre i diritti fondamentali sarebbero caratterizzati da indipendenza e autosufficienza (il soggetto di diritto viene visto come agente autono-

---

tenuto in considerazione perché si occupa, tangenzialmente, del tema dei bisogni: J. Waldron, *Liberal Rights*, Cambridge, 1993, cap. 13.

[14] H. Arendt, *Vita Activa* (1958), Milano, 1994, cap. 2.

[15] J. Waldron, *The Role of Rights*, cit., p. 117.

[16] Cfr. J. Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, in 13 *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, p. 18 ss.

mo), la rivendicazione dei bisogni equivarrebbe all'ammissione di una mancanza di autonomia e, quindi, di dipendenza nei confronti degli altri. Addirittura, Waldron giunge a sostenere che il discorso dei bisogni sarebbe tipico del «linguaggio dei supplicanti»[17]. Ma non è solo il discorso sui bisogni ad essere caratterizzato dalla passività che affligge i soggetti di diritto. È il concetto stesso di bisogno che risulta problematico. Innanzitutto, Waldron individua due modi nei quali il concetto di bisogno viene impiegato nel discorso politico. Una prima versione implica una concezione strumentale della nozione di bisogno: «P ha bisogno di X per ottenere Y». In questa versione, il peso specifico del bisogno è minimo poiché ciò che realmente conta è quanto Y sia un obbiettivo appropriato da un punto di vista politico. Come sottolineato da Brian Barry, questa accezione di bisogno «è derivativa e le uniche domande interessanti che possono sorgere sono legate agli scopi»[18]. La seconda concezione di bisogno è categorica e più ristretta: notare che «P ha bisogno di X» significa affermare, in altra forma, che «X è necessario come condizione minima per P per avere una vita umana decente»[19]. In questa versione, il concetto di bisogno indica il potenziale danno che una persona potrebbe subire nel caso in cui il bisogno non venisse soddisfatto oppure l'idea che avere accesso ad X sia necessario per sopravvivere o funzionare propriamente[20].

La forza normativa dei bisogni (e Waldron aggiunge: assumendo che il bisogno sia un concetto con un valore normativo) riguarda il portatore del bisogno stesso: «P ha bisogno di X» implica che «P dovrebbe cercare di ottenere X»[21]. Se il concetto di diritto fondamentale indica che esistono dei doveri a capo di altri soggetti rispetto al portatore del diritto stesso, il bisogno esercita solo una pressione normativa secondaria sugli altri soggetti. Ad aggravare il quadro vi sarebbe anche, aggiunge Waldron, l'indeterminatezza del contenuto dei bisogni e la ricaduta che essa produce sulla specificazione dei doveri corrispondenti ai bisogni. Siccome il contenuto dei bisogni sarebbe indeterminato almeno quanto lo è quello

---

17 J. Waldron, *The Role of Rights*, cit., p. 123.

18 B. Barry, *Political Argument*, London, 1965, p. 49 (citato da J. Waldron, *Rights vs Needs*, cit., p. 120).

19 *Ibidem*.

20 Cfr. D. Wiggins, *Claims of Need*, in T. Honderich (a cura di), *Morality and Objectivity*, Abingdon, 1985, p. 153 ss.; J. Griffin, *Well-Being: Its Meaning, Measurement and Moral Importance*, Oxford, 1986.

21 J. Waldron, *The Role of Rights*, cit., p. 121.

dei diritti, l'argomento di Tushnet a favore dell'abbandono del discorso sui diritti perderebbe qualsiasi reale trazione.

La critica di Waldron a Tushnet e alle posizioni scettiche sui diritti è particolarmente rilevante alla luce dell'importanza dei suoi lavori per il costituzionalismo politico[22]. Il problema è che Waldron non solo propone di mantenere l'idea dei diritti fondamentali fondata sul concetto di interesse; è la concezione dei bisogni sulla quale si basa la sua critica a risultare riduttiva e improduttiva per una teoria dei diritti sociali. La definizione di bisogno come assenza di qualcosa presenta tutti i classici limiti delle analisi liberali sul tema: «un bisogno diventa rilevante quando ad una persona manca qualcosa che sia necessario per la vita, la salute, lo sviluppo, ecc. ecc.»[23]. Si tratta di una visione profondamente liberale del soggetto di diritto che squalifica le richieste di soddisfacimento di bisogni come assenza di autonomia: «Il discorso dei diritti e quello dei bisogni possono incarnare una forma di rispetto, ma solamente il linguaggio dei dritti evoca nella sua stessa struttura l'idea di rispetto e di autostima. Sia i diritti che i bisogni sono fatti da una richiesta che certi interessi siano tenuti in considerazione, ma solo il linguaggio dei diritti presenta questi interessi con la voce di qualcuno che vuole essere un membro a tutti gli effetti della società»[24]. Sottinteso a questo approccio si ritrova l'idea di una concezione liberale del soggetto dove un sé bisognoso non trova appunto cittadinanza[25]. Non sorprende che il presupposto liberale della teoria di Waldron sia stato oggetto di una critica perspicace da parte del femminismo attento all'etica della cura: «al livello più generale, richiedere cura significa avere un bisogno; quando concepiamo noi stessi come adulti autonomi e indipendenti, è molto difficile riconoscere che siamo anche bisognosi. Parte della ragione per la quale preferiamo ignorare forme ordinarie di cura come cura consiste nel preservare l'immagine di noi stessi come non bisognosi. Poiché l'essere bisognosi viene concepito come una minaccia all'autonomia, coloro che hanno più bisogni di noi ci appaiono come meno autonomi, e quindi meno potenti e capaci»[26].

---

[22] Si fa riferimento a J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999; Id., *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* (1999), Milano, 2011 e Id., *Political Political Theory*, Boston Mass., 2016.

[23] J. Waldron, *The Role of Rights*, cit., p. 125.

[24] J. Waldron, *Rights vs Needs*, cit., p. 104.

[25] J. White e J. Tronto, *Political Practices of Care: Needs and Rights*, in 17 *Ratio Juris*, 2004, p. 433.

[26] J. Tronto, *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura* (1993), Reggio

Alla luce di queste considerazioni, non stupisce che la responsabilità definita a partire da un approccio dei bisogni diventi un segno della mancanza di auto-sufficienza e persino la richiesta di cura ed empatia di altre persone una debolezza. È implicito, nella critica all'indeterminatezza dei bisogni, che i doveri attivi siano generati solo nei casi di necessità o assistenza in condizioni estreme. La differenza con i diritti soggettivi andrebbe vista, secondo Waldron, nel fatto che i bisogni non siano in grado di generare doveri in maniera chiara e accurata laddove i doveri sono corrispettivi ai diritti. Waldron nota che i doveri generati dai bisogni richiedono un intervento attivo necessario per colmare una lacuna concernente la sopravvivenza, la salute o il benessere. In questa maniera il bisogno viene indicato come bisogno estremo, ossia mancanza che minaccia la sopravvivenza o le condizioni materiali fondamentali. Intesi in questo modo, i bisogni vengono pensati in maniera totalmente compatibile con una economia politica tipicamente capitalistica. In effetti, è proprio di tale regime produttivo l'idea di considerare i bisogni come bisogni di base e quindi qualcosa di necessario solo in funzione della riproduzione dell'essere umano, in una prospettiva economico-politica, ma nulla di più. Al peggio, la soddisfazione dei bisogni essenziali viene derubricata a carità o beneficenza. Il problema è che Waldron si guarda bene dal tematizzare il *background* economico-politico che rende visibile solo questo aspetto basico dei bisogni. L'unico accenno che viene fatto è il riconoscimento che «ovviamente, se P è impegnato in qualche tipo di modo comune di produzione, le azioni cooperative calcolate per soddisfare i suoi bisogni sono pianificate anche per soddisfare quelli degli altri. Anche così, la cooperazione non è la stessa cosa che divenire ricettori passivi di attività di altri»[27]. Tuttavia, il nesso fra genesi e morfologia dei bisogni, da un lato, e organizzazione dei processi produttivi, dall'altro, non viene mai tematizzato da Waldron. Ma in tal modo si rende la politica dei bisogni invisibile e pertanto si declassano i bisogni ad un rango decisamente meno importante (e meno politico) rispetto agli interessi[28]. Inoltre, invece di mantenere aperta la politicizzazione del contenuto dei bisogni, si chiude lo spa-

---

Emilia, 2006, p. 124.

[27] J. Waldron, *The Role of Rights*, cit., p. 123 s.

[28] Si veda, ad esempio, la riflessione sulla dignità condotta in J. Waldron, *Dignity, Rank and Rights*, Oxford, 2012.

zio di un potenziale conflitto sul tema e si tenta di delegarlo ad altri sistemi di conoscenza come la scienza e l'amministrazione.

4. La produzione ed i bisogni radicali

Sebbene sia possibile convenire con Waldron sulla trazione normativa dei diritti sociali e la loro forza simbolica, non si può dire che la sua critica a Tushnet si basi su una concezione ricca della nozione di bisogno. Per Waldron, un bisogno «diventa normativamente rilevante quando a una persona manca il necessario per la sua salute, il suo sviluppo, etc. etc.»[29]. Definendo in questo modo i bisogni, Waldron finisce per accettare un'impostazione rigida della differenza fra necessità e agire politico (e, quindi, della libertà politica) per la quale dove i bisogni primeggiano lo spazio per l'agire politico viene limitato o soffocato. Come si cercherà di mostrare in questa sezione, un simile approccio non porta alla politicizzazione dei diritti sociali. Invece di permettere l'articolazione del conflitto sociale attorno ai bisogni (politicizzandone sia il contenuto sia le modalità di organizzazione sociale della produzione), la critica di Waldron a Tushnet chiude gli spazi di conflitto e la possibilità stessa di rendere visibile lo scarto fra due fondamenti normativi diversi dei bisogni.

Più nello specifico, nella definizione offerta da Waldron emergono due problemi esiziali per una teoria politica dei diritti sociali basata sui bisogni. Il primo è che il discorso dei bisogni rimane impervio alla politicizzazione una volta che i bisogni siano definiti come necessità a contenuto relativamente o assolutamente statico. In maniera coerente, Waldron nota che il punto di accesso epistemico più accurato su certi bisogni siano la scienza e l'amministrazione. Data la dimensione oggettiva di almeno alcuni bisogni, è possibile una loro cognizione scientifica. Non sorprende che una simile posizione conduca ad una visione dello statuto costituzionale dei bisogni molto simile a quella proposto da Arendt. Come noto, per l'autrice di *Le origini del totalitarismo* l'agire politico non può essere incardinato sui bisogni e la necessità in quanto è espressione di libertà di cominciamento. Il soddisfacimento dei bisogni è materia più per la conoscenza tecnica che per le decisioni propriamente politiche (ad esempio, il diritto alla abitazione è più una questione di

[29] J. Waldron, *The Role of Rights*, cit., p. 125.

tecnica urbanistica che di agire politico)[30]. Va riconosciuto che Waldron non segue Arendt fino al punto di dichiarare la questione sociale come impedimento allo sviluppo dell'agire politico[31]. Tuttavia, sia nei lavori di Arendt che in quelli di Waldron, alcuni bisogni vengono rappresentati come minimi ed indispensabili per poter avere accesso alla sfera pubblica e potere agire politicamente. Questo equivale ad affermare che almeno alcuni bisogni siano pre-politici[32]. La soddisfazione dei bisogni come l'abitare, l'alimentazione o l'educazione diventa in tal modo questione di un sapere tecnico perché tali bisogni sono interpretati come universali e caratteristici della specie umana, quindi osservabili come fenomeni oggettivi e quantificabili secondo un metodo scientifico[33].

Il secondo problema fondamentale che affligge la proposta di Waldron (e di altri che intendono i bisogni, infine, come una dimensione pre-politica della condizione umana) concerne la mancanza dell'aspetto più prettamente materiale legato alla genesi degli stessi bisogni, ossia l'idea che essi siano parte integrante di un sistema di organizzazione della produzione e riproduzione di una società. In tal senso, qualsiasi analisi della politica dei bisogni negli ordinamenti contemporanei non può fare a meno di riferirsi alle modalità con le quali tali bisogni vengono generati dall'economia politica contemporanea. La mancanza di un sostrato materiale nell'analisi della rilevanza costituzionale dei bisogni ha permesso, specialmente nella letteratura anglosassone, di fondare tutti i diritti fondamentali sulla nozione di interesse (sia esso individuale o generale) o, in alternativa, su quella di autonomia[34]. Anche se è possibile riconoscere un carattere politico alla

---

30 Cfr. il cap. *Public Rights and Private Interests* (1977) ora raccolto in H. Arendt, *Thinking without a Bannister*, New York NY, 2021.

31 Come noto, questa è la tesi sostenuta nel secondo capitolo di H. Arendt, *Sulla rivoluzione* (1963), Milano, 1996.

32 Questo è un problema che riguarda molte delle opere dedicate alla politica dei bisogni nella filosofia politica contemporanea. Per un'ottima ricognizione e una critica pungente si rinvia a G. Boss, *Political Theory and the Politics of Need*, in *European Journal of Political Theory*, 2023, pre-print, p. 1 ss.

33 Va rilevato che non si può negare che senza accesso ad un minimo vitale i corpi individuali non possano riprodursi. Tuttavia, il rischio nell'enfatizzare questo aspetto oggettivo della condizione umana è quello di costringere nella gabbia di acciaio del minimo vitale la determinazione del contenuto dei diritti sociali.

34 Quest'ultima affermazione meriterebbe un supplemento di analisi poiché la nozione di interesse non è solo stata declinata in senso strettamente individualistico. Nel contesto della filosofia politico giuridica liberale, una nozione perfezionista del concetto di interesse è stata proposta da J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford,

nozione di interesse[35] e a quella di autonomia, l'argomento proposto in questo capitolo mira a fondare i diritti sociali non direttamente su queste basi, bensì sui bisogni poiché in tal modo si rende visibile il legame fra organizzazione della produzione e diritti sociali. I concetti di interesse e soprattutto quello di autonomia mettono l'accento sulla separazione dell'individuo dalla società (per proteggere alcuni beni essenziali, come la libertà di pensiero). Una critica incisiva all'approccio ai diritti fondato sugli interessi si deve ad Agnes Heller (sul lavoro della quale si ritornerà qui sotto), per la quale non è possibile sfidare o contestare la determinazione del contenuto dei bisogni nell'economia politica contemporanea se si accetta la cornice entro la quale essi (ossia, gli interessi) vengono pensati, ossia come espressione di un agire motivato da egoismo e motivazioni personali[36].

A questa altezza del discorso occorre riprendere l'analisi a partire dal fondamento dei bisogni stessi in una prospettiva materialista. Sarà possibile, in tal modo, mostrare che cosa il riferimento ai bisogni permetta di spiegare meglio. Un solido punto di partenza è rappresentato dalle riflessioni di Marx, il quale indica chiaramente quale dovrebbe essere il fuoco dell'analisi: «È sull'opinione o su tutta l'organizzazione della produzione che si basa l'intero sistema dei bisogni? Più spesso i bisogni nascono direttamente dalla *produzione* o da uno *stato di cose* basato sulla produzione»[37]. In Marx, l'analisi dei bisogni deve avere luogo a livello sistemico poiché ogni società genera un suo «sistema di bisogni» intrinseco all'organizzazione della produzione. Nell'*Ideologia tedesca* Marx sembra riconoscere la priorità iniziale del bisogno sul prodotto finale, ma in realtà mette l'accento sul momento produttivo come motore dello sviluppo dei bisogni, sottolineando che esso sia «il primo presupposto di ogni esistenza umana, e dunque di ogni storia, il presupposto cioè che per poter "fare storia" gli uomini devono essere in grado di vivere. Ma il vivere implica prima di tutto il mangiare e bere, l'abitazione, il

---

1986, cap. 7; interessante e non riducibile alla concezione individualista di interesse è la teoria di Neil MacCormick, del quale si veda, almeno, *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, 1984, cap. 8. Per una panoramica sulle teorie dei diritti basate sugli interessi o l'autonomia si veda, *ex multis*, D. Frydrich, *The Theories of Rights Debate*, in 9 *Jurisprudence*, 2018, p. 661 ss.

35 Per una disamina del rapporto fra interesse e bisogno si rinvia all'analisi contenuta in S. Zullo, *La dimensione normativa dei diritti sociali*, Torino, 2013, p. 48 ss. Si vedano, inoltre, le pagine illuminanti di J. Tronto, *Confini morali*, cit., p. 117 ss.

36 A. Heller, *La teoria dei bisogni in Marx*, cit., p. 63 ss.

37 K. Marx, *Miseria della filosofia* (1847), Roma, 2019, p. 38.

vestire e altro ancora. La prima azione storica è dunque la creazione dei mezzi per soddisfare questi bisogni, la produzione della vita materiale stessa»[38]. La logica che viene messa in moto è quella di uno sviluppo verso l'espansione dei bisogni, definita anch'essa (in maniera confusa, visto il precedente riferimento), la prima azione storica: «il primo bisogno soddisfatto, l'azione del soddisfarlo e lo strumento già acquistato di questo soddisfacimento portano a nuovi bisogni: e questa produzione di nuovi bisogni è la prima azione storica»[39].

Lo sviluppo e l'espansione dei bisogni non è tipica solo dell'economia politica capitalistica, ma le modalità con le quali i bisogni vengono generati presenta tratti unici e caratteristici in quest'ultima. Secondo Heller, lo sviluppo dell'economia capitalistica trasforma la struttura dei bisogni, riconducendola al bisogno di *avere* che subordina a sé tutto il sistema[40]. In tale contesto, la dimensione qualitativa dei bisogni viene marginalizzata rispetto all'equivalenza funzionale economica guidata dai valori di scambio.

Per comprendere la ragione della genesi dei bisogni in specifici sistemi di produzione è necessario procedere ad una disamina della materialità di tali dinamiche. Seguendo la recente espansione degli studi eco-socialisti viene assunta come punto di partenza di questa analisi l'idea di metabolismo, ossia il costante ricambio fra essere umano e natura che è comune a tutte le forme di organizzazione sociale[41]. Per mantenere il processo metabolico, l'essere umano ha bisogno di costanti input dall'ambiente, ma da ciò non deriva necessariamente che esistano bisogni naturali statici e primari, e dall'altro lato bisogni sociali indotti che diventano, attraverso una mediazione, desideri. Come nota Kate Soper, i contenuti dei bisogni, anche di quelli naturali, sono

---

38 K. Marx e F. Engels, *Ideologia tedesca* (1846), www.marxists.org/italiano/marx-engels/1846/ideologia/capitolo_II.html

39 *Ibidem*.

40 Per una disamina illuminante delle molteplici sfaccettature (anche positive) della nozione di avere si rinvia a P. Virno, *Avere. Sulla natura dell'animale loquace*, Torino, 2000.

41 La ricostruzione è ispirata dal recente emergere degli studi sull'eco-socialismo. Centrali per l'elaborazione di questa sezione, sono S. Mau, *Mute Compulsion*, London, 2023 e A. Malm, *The Progress of the Storm*, London, 2020. Una ottima ricostruzione del dibattito sull'eco-socialismo si ritrova in J. Bergamo, *Marxismo ed ecologia*, Verona, 2022. Va ricordata inoltre un'altra opera fondamentale nella messa in luce dell'intimo legame che collega bisogni e modi di produzione e consumo, in quanto tale essenziale punto di riferimento per i temi affrontati in questo capitolo, ossia K. Polanyi, *La grande trasformazione* (1944), Torino, 2010.

sempre socialmente mediati e per spiegare tale mediazione occorre fare riferimento, ancora prima che alla fisiologia umana, alle relazioni sociali di produzione, distribuzione, scambio e riproduzione[42]. Non è necessario, come nota Agnes Heller, escludere la nozione di bisogni naturali per evitare forme rigide di essenzialismo: quest'ultima può servire da nozione limite e aiuta a comprendere che vi sono limiti intrinseci alla forma di produzione e di consumo tipica di una economia capitalista[43]. È possibile, invece, mappare bisogni fondamentali, tipici di ciascun sistema produttivo, e quindi comprensibili solo se esaminati ed individuati all'interno di quello stesso sistema[44].

La necessità che guida la riproduzione della forza lavoro impone una serie di costrizioni e di limiti che sono determinati dall'organizzazione corporea dell'essere umano. Non si deve però concludere che esistano bisogni naturali che inevitabilmente si impongono su altri bisogni meno fondamentali o desideri. Porre la questione in tali termini significherebbe definire il problema in termini fuorvianti. Prendere spunto dall'organizzazione corporea dell'essere umano comporta semplicemente distinguere i tratti caratteristici della forma umana del metabolismo dalle altre forme animali, evitando di ridurre il tema dei bisogni ad una questione di specie e di coscienza. Marx e Engels, sempre nell'*Ideologia tedesca*, propongono il seguente criterio distintivo: «Il primo presupposto di tutta la storia umana è naturalmente l'esistenza di individui umani viventi. Il primo dato di fatto da constatare è dunque l'organizzazione fisica (*körperliche Organisation*) di questi individui e il rapporto che ne consegue verso il resto della natura… Si possono distinguere gli uomini dagli animali per la coscienza, per la religione, per tutto ciò che si vuole; ma essi cominciarono a distinguersi dagli animali allorché cominciarono a *produrre* i loro mezzi di sussistenza, un progresso che è condizionato dalla loro organizzazione fisica»[45].

---

42 K. Soper, *On Human Needs*, Sussex, 1981, p. 87.

43 Heller nota che «l'istituire un gruppo separato di "bisogni naturali", a nostro avviso, non si inserisce in modo organico nella teoria filosofica generale dei bisogni di Marx, né oggi manterremo in una teoria marxista dei bisogni un tale "gruppo", che comunque sarebbe in essa pur sempre interpretabile… i "bisogni naturali" non sono un gruppo di bisogni, ma un *concetto limite*, limite – differenziabile a seconda delle società – superato il quale la vita umana non è più riproducibile come tale, in altre parole, il limite della semplice esistenza»: A. Heller, *La teoria dei bisogni in Marx*, cit., p. 39.

44 Sui limiti di un approccio ispirato alla frattura metabolica si veda J. Moore, *Ecologia-mondo e crisi del capitalism*, Verona, 2023.

45 K. Marx e F. Engels, *Ideologia tedesca*, cit., cap. 2, www.marxists.org/italiano/

Il riferimento alla produzione dei mezzi di sussistenza e all'organizzazione corporea ricordano che l'essere umano è legato alla organizzazione del proprio corpo e alle relazioni con altri essere umani. Lo sviluppo di modi e relazioni di produzione non è solamente conveniente: gli esseri umani, nota Mau, dipendono da essi[46]. Gli strumenti e i modi di produzione vengono sviluppati come prolungamenti del corpo e godono di uno statuto ambiguo. Appartengono all'essere umano come uno dei suoi organi ma allo stesso tempo sono parte del suo ambiente. Inoltre, nessun singolo essere umano può regolare il proprio metabolismo e lo scambio con l'ambiente in maniera solitaria. Solo con la cooperazione gli esseri umani possono soddisfare i loro bisogni fondamentali. In tal senso, Andreas Malm scrive, in maniera incisiva, che la relazione con la natura è mediata, inevitabilmente, attraverso relazioni con altri esseri umani[47].

Pertanto, al cuore dello scambio metabolico fra essere umano e natura si trova una mediazione duplice: quella delle relazioni sociali e quella della tecnica e della scienza, entrambi indispensabili per l'organizzazione dei processi produttivi e riproduttivi. Si tratta, in altri termini, di prendere consapevolezza della separazione dell'essere umano dall'ambiente senza però cedere all'idea romantica del rimpianto per la perdita dell'unità originaria fra essere umani e natura[48]. Il tratto che caratterizza l'essere umano è, invece, una condizione biologicamente indeterminata[49]. Il riconoscimento del divario che separa l'essere umano dall'ambiente permette di tematizzare le modalità di organizzazione della produzione per regolare e gestire il metabolismo. Come nota Mau, «gli umani sono destinati a mediare il loro metabolismo attraverso mezzi, ma non c'è nessuna modalità *necessaria* per l'organizzazione di questa mediazione… per questa ragione, ci sono un'infinità di modi nei quali una divisione del lavoro può essere organizzata»[50]. Esistono,

---

marx-engels/1846/ideologia/capitolo_II.html.

46 S. Mau, *Mute Compulsion*, cit., p. 97.

47 A. Malm, *Fossil Capital*, London, 2016, p. 160.

48 Il rimpianto per una presunta perdita dell'unità fra esseri umani e natura è tipico di una certa antropologia filosofica (ad esempio: A. Gehlen, *Man, His Nature and Place in the World*, New York, 1988), ma toni non molto dissimili si possono ritrovare anche in autori di impostazione marxista: si veda, ad esempio, K. Saito, *Karl Marx's Ecosocialism: Capital, Nature, and the Unfinished Critique of Political Economy*, New York, 2017.

49 K. Soper, *What Is Nature?*, Oxford, 1995, p. 126.

50 S. Mau, *Mute Compulsion*, cit., p. 101.

quindi, diversi sistemi di produzione e riproduzione della società a seconda dei modi nei quali la mediazione fra esseri umani e natura viene organizzata. Questo è un altro modo per mettere in luce la centralità dei bisogni come perno dell'organizzazione dei modi e delle relazioni di produzione. Come notato, i bisogni che derivano dalle necessità dalla separazione fra uomo e natura costituiscono il primo motore di sviluppo dell'economia politica. Quest'ultima si pensa come organizzazione delle tecniche di produzione per soddisfare i bisogni che porta alla emersione di un sistema produttivo al quale è intrinseca una determinata divisione del lavoro.

Dal punto di vista degli ordinamenti costituzionali, il linguaggio dei diritti ha svolto la funzione di tradurre le richieste di soddisfazione di bisogni nella forma dei diritti sociali ed economici. Il riferimento ai bisogni illustra, almeno in parte, la forma giuridica dei diritti sociali, ma occorre un supplemento di spiegazione. I diritti sociali possono essere concepiti a seconda di come si pensino i processi produttivi e riproduttivi, e i loro obbiettivi. Nel contesto di una economia politica capitalistica finanziarizzata[51], le macro-alternative nell'organizzazione per la soddisfazione dei bisogni tramite i diritti sociali sono due. La prima, fondata sulla logica del prezzo, viene di frequente lasciata alla gestione e alla guida del mercato anche quando sia chiamato in causa lo Stato nel fornire i servizi necessari per soddisfare tali bisogni. Secondo questa concezione, servizi e beni devono essere prodotti e distribuiti secondo la guida rappresentata dal loro valore di scambio. La razionalità dei mercati suggerisce una direzione ai processi produttivi fornendo preziose informazioni, tramite il meccanismo del prezzo, circa i bisogni che devono essere soddisfatti. La seconda concezione, fondata sulla logica della solidarietà e della cooperazione, non può essere delegata, per definizione, al mercato e alla logica del prezzo[52]. Essa segue il valore d'uso nella produzione e riproduzione di aspetti fondamentali dell'organizzazione sociale[53].

---

[51] Per alcune analisi che ricostruiscono i processi caratteristici di una simile economia politica si rinvia, fra i molti, a C. Lapavitsas, *Profiting without Producing*, London, 2011; W. Streeck, *Tempo guadagnato*, Milano, 2013; J. Vogl, *The Ascendency of Finance*, London, 2017 e M. Konings, *Capital and Time*, Stanford, 2018.

[52] Su questo punto si seguono i lavori di A. Supiot, *Lo spirito di Filadelfia. Giustizia sociale e mercato totale* (2010), Milano, 2012 e E. Christodoulidis, *The Redress of Law*, Cambridge, 2021.

[53] Per una disamina dell'idea di solidarietà simpatetica con quanto riportato in questa

La distinzione fra valore d'uso e di scambio, applicata ai servizi e beni offerti come diritti sociali, non è solo analitica; essa funziona da perno per articolare i termini del conflitto sociale sulla produzione e la redistribuzione degli stessi beni e servizi. Come si argomenterà nella sezione seguente, mettere in luce lo scarto fra le due dimensioni corrisponde al mettere in scena un conflitto politico profondo sull'organizzazione dei processi produttivi. Ma prima di procedere a questa disamina è opportuno, a questa altezza del discorso, ragionare sull'altro aspetto di articolazione del conflitto sociale. È qui preziosa l'intuizione di Agnes Heller, ossia la presa d'atto che una economia politica capitalistica genera bisogni che per definizione non può soddisfare. Identificare tali bisogni radicali rende visibile uno spazio conflittuale di profondo disaccordo[54] che si basa sulla differenza fondamentale fra, da un lato, un ordine sensibile della produzione con i suoi ruoli e le sue funzioni e, dall'altro lato, la crescente consapevolezza da parte di numerosi gruppi sociali della frustrazione di determinati bisogni generati da quell'ordine. L'incapacità sistemica di soddisfare certi bisogni è una delle contraddizioni caratteristiche dell'economia politica capitalistica. Le condizioni di sviluppo dei processi produttivi sono tali da generare bisogni qualitativi che gli stessi processi non possono garantire per definizione. Due esempi chiari di bisogni radicali sono la richiesta di maggior tempo libero e l'accesso universale a determinati servizi o beni. Nel primo esempio, il tempo libero rappresenta un bisogno qualitativo che non può essere pienamente soddisfatto (e di sicuro non come diritto ad accesso universale) in un'economia politica capitalistica[55]. Nel secondo esempio, l'organizzazione dei diritti sociali viene ispirata dal valore d'uso delle prestazioni che vengono erogate. In entrambi i casi, la soddisfazione di questi bisogni rimane in profonda contraddizione con i principi fondamentali dell'organizzazione economico-politica del capitalismo contemporaneo. Pertanto, alla luce della nozione di bisogni radicali, si deve notare che per i diritti sociali

---

parte si rinvia a S. Giubboni, *Solidarietà*, Napoli, 2022. Cfr., inoltre, S. Rodotà. *Solidarietà*, Roma e Bari, 2014.

[54] Il riferimento va alla modalità di pensare il disaccordo come momento di politicizzazione nel conflitto fra un ordine costituito ed una parte esclusa da quell'ordine e priva di voce nella versione proposta da J. Ranciére, *Disaccordo*, Milano, 2006.

[55] Sul tema si rinvia al classico A. Gorz, *Metamorfosi del lavoro. Critica della ragione economica* (1988), Torino, 1992.

la politicizzazione opera su due livelli collegati: (i) la rimozione degli ostacoli che impediscono la soddisfazione dei bisogni radicali e (ii) la presa di consapevolezza che solo una trasformazione sociale del sistema dei bisogni e della relativa organizzazione della produzione sociale possono veramente condurre a tale rimozione[56].

È giunto il momento, sulla base delle precedenti considerazioni, di tirare alcune somme. La mediazione fra natura ed esseri umani messa in atto dall'organizzazione della produzione di tipo capitalistico genera bisogni ai quali, seguendo Heller, non è possibile dare soddisfazione o bisogni che vengono gestiti seguendo la logica del valore di scambio. I due problemi sono fra loro collegati. La duplice mediazione alla quale si faceva riferimento in precedenza è organizzata in maniera tale da soddisfare i bisogni in base alle informazioni date dal valore di scambio e solo marginalmente dal valore d'uso. Una critica delle forme sociali e giuridiche adottate per la soddisfazione dei bisogni che renda visibile tale logica (ossia la logica della soddisfazione basata sul valore di scambio) permette di aprire uno spazio importante per il conflitto politico su alcuni diritti fondamentali. Ma questo può avvenire solo se si riconosce il carattere radicale dei bisogni e si articola una politica che ne rivendichi la loro soddisfazione.

5. I termini del conflitto attorno ai bisogni: due differenti giustificazioni

La identificazione del fondamento dei diritti sociali nei bisogni, e specialmente nei bisogni definiti radicali, permetterebbe di riaprire lo spazio del conflitto sociale sulla determinazione del contenuto degli stessi diritti. Nella versione dominante, se i bisogni entrano nei processi decisionali che determinano il contenuto dei diritti sociali lo fanno solo nei termini di contrasto alla povertà o, come notato con acume da Samuel Moyn, in quelli di una riduzione della sofferenza dei soggetti coinvolti[57]. Si tratta, in altri termini, di concezioni *compassionevoli* dei diritti sociali. In entrambe le versioni i diritti sociali vengono ancorati ad un contenuto minimo, integrato o comunque compatibile con una economia politica della produzione e distribuzione delle risorse guida-

[56] A. Heller, *I bisogni in Marx*, cit., p. 106.

[57] S. Moyn, *The Last Utopia*, Boston Mass, 2012, cap. 4.

ta dal vettore della valorizzazione economico-finanziaria.[58] In quanto meccanismi di contrasto alla povertà o di riduzione della sofferenza, i diritti sociali vengono concepiti come integrativi e complementari ai mercati e, in ultima istanza, ridotti a benefit[59].

Lungo questa direzione si ritrova la teoria dei diritti fondamentali di Robert Alexy, una delle più influenti (almeno in Europa e in America Latina) nel dibattito contemporaneo. Alexy stabilisce che il controllo giurisdizionale sul contenuto dei diritti sociali può essere esercitato solo come garanzia *giuridica* che il contenuto minimo venga rispettato. Tale risultato è il prodotto di un processo di bilanciamento fra le politiche che ispirano i diritti sociali e, dall'altro lato, il principio democratico e i diritti civili fondamentali (come il diritto alla proprietà) i quali devono essere compressi nel minore modo possibile. Ne risulta, nelle parole di Alexy, che le condizioni che realizzano questo bilanciamento «sono quelle di un minimo vitale, una casa semplice, formazione scolare e professionale e uno standard minimo di assistenza sanitaria»[60]. La giuridificazione dei diritti sociali diventa, in questa versione, alquanto insidiosa perché, in base al ragionamento di Alexy, il contenuto dei diritti sociali deve essere protetto giuridicamente (ossia: deve poter essere fatto valere in giudizio da chi sia titolare del diritto) attraverso un processo di bilanciamento con altri diritti[61]; però la giurisdizione non può prendersi in carico la determinazione completa del contenuto dei diritti sociali. Di conseguenza, il contenuto dei diritti sociali garantito non è quello basato su argomenti normativi sostanziali, ma solo quello che può essere protetto in sede giurisdizionale. Un approccio di questo tipo non è ospitale nei confronti di una concezione dei diritti sociali basata sui bisogni radicali.

La giustificazione dei diritti sociali fondata sui bisogni radicali rovescia la logica del minimo garantito e rivaluta l'idea marxiana di un contributo di tutti secondo le loro capacità e di soddisfazione delle esigenze secondo i bisogni di ciascuno. Ad esempio, invece di stabilire un legame fra interesse individuale e diritti sociali, il riferimento ai biso-

---

58 Per una recente panoramica sul tema dei processi di valorizzazione negli studi giuridici si rinvia a I. Feichtner e G. Gordon (a cura di), *The Constitutions of Value: Law, Governance, and Political Ecology*, Abingdon, 2022.

59 F. Atria e C. Salgado, *Social Rights*, in E. Christodoulidis, R. Dukes e M. Goldoni (a cura di), *Research Handbook on Critical Legal Theory*, Chetham, 2019, p. 371 s.

60 R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2012, p. 332.

61 *Ivi*, p. 334.

gni radicali permette di tematizzare la tassazione come direttamente collegata alla de-finanziarizzazione dei diritti sociali medesimi. In tal modo si può concepire una rivendicazione dei diritti sociali che richieda la trasformazione dei processi produttivi e delle modalità di raccogliere la ricchezza collettiva. In tal modo si rende visibile la differenza qualitativa fra i costi sostenuti per proteggere e tutelare certi diritti civili e quelli necessari per rispondere ai bisogni radicali. Nel caso dei diritti civili, se vi sono dei doveri di protezione (si pensi, ad esempio, alla proprietà e alla autonomia contrattuale), la tassazione con la quale si finanziano (almeno in parte) i costi prende la forma di un prezzo da pagare equivalente al beneficio individuale che si riceve dalle istituzioni. Ciò comporta che i costi sostenuti per assicurare la protezione di certi beni vengono spesso formalizzati in maniera compatibile con i mercati finanziari e la logica del prezzo. Invece di una tassazione legata alla produzione e riproduzione della società, vengono introdotti meccanismi per pagare la protezione di un bene simili a quelli di una quota da versare. Inoltre, anche quando sia la fiscalità generale ad occuparsi della protezione di determinati beni protetti come diritti civili (si pensi all'esempio paradigmatico delle forze dell'ordine), la tassazione sarebbe ancora legata alla razionalità dello scambio tipica del mercato perché si registrerebbe un'equivalenza fra pagamento e beneficio ricevuto dallo Stato o da altri attori.

Una diversa giustificazione dei costi per la soddisfazione dei bisogni radicali si impone. In questo caso, la tassazione non viene pensata come legame fra pagamento e beneficio diretto; si tratta, piuttosto, di sciogliere quel legame fra interesse individuale e organizzazione dei servizi sociali e di stabilire che la tassazione corrisponde alle forme di creazione collettiva della ricchezza sociale. Per questa ragione, una concezione di questo tipo dei diritti sociali intima una fiscalità basata sul principio dell'accesso universale. Prendere atto di questo scarto evita di collassare qualsiasi discorso sui costi dei diritti fondamentali nei termini di una ingannevole omogeneità, secondo una logica per la quale ciascun diritto "costerebbe" allo stesso modo[62]. In altri termini, se si basano i diritti sociali sui bisogni radicali, allora si deve identificare in essi un contro-movimento à la Polanyi, inteso come processo che mira a sottrarre l'organizzazione della produzione dalla presa dei meccanismi integrati della mercificazione e finanziarizzazione. È que-

[62] Si pensi alla famigerata tesi di S. Holmes e C. Sunstein, *Il costo dei diritti*, Bologna, 2001.

sta mossa, ossia il riconoscimento del dislivello fra le giustificazioni dei costi sostenuti per proteggere diritti fondamentali diversi, che permette di aprire uno spazio per l'articolazione del conflitto sociale.

6. Conclusioni: un costituzionalismo politico dei bisogni

Le sezioni precedenti si sono concentrate soprattutto sul dibattito anglosassone sulla validità e la determinazione del contenuto dei diritti sociali, specialmente nella formulazione di coloro che propongono una concezione politica del costituzionalismo. L'intento era quello di mettere in luce come approcci che si auto-descrivono come politici finiscano, sorprendentemente, per occultare o rendere invisibili una serie di importanti aspetti dei diritti sociali sui quali si può articolare un conflitto sui termini della politica dei diritti sociali. Si è individuato nell'ancoramento all'economia politica dei processi produttivi e riproduttivi e all'idea di bisogni radicali che essa genera il crinale sul quale diviene possibile articolare il conflitto sui diritti sociali.

Una volta indicata la chiave di volta per il conflitto sui diritti sociali nell'idea di bisogno non si può evitare di fare riferimento, a guisa di conclusione, alle riflessioni di un autore come Stefano Rodotà, le quali hanno riproposto con forza il tema dei bisogni come fondamento dei diritti fondamentali[63]. Egli individua nella lotta per i diritti la cifra del costituzionalismo contemporaneo e identifica nei bisogni il fondamento di tutti i diritti fondamentali. Da qui il passo è breve per la proposta di un «costituzionalismo dei bisogni» attento alla concretezza delle persone. Si tratta di un'intuizione importante, in particolare perché Rodotà collega la nozione di costituzionalismo dei bisogni alla opportunità «di cogliere le dinamiche reali che proprio intorno ai diritti si stanno manifestando, quelle che… fanno scoprire nuovi ruoli alle istituzioni tradizionali, offrono opportunità crescenti per l'azione individuale e collettiva, possono approdare a un universalismo inedito che riscatta la frammentazione individualistica»[64]. Anche se gli sviluppi specifici dell'approccio alla politica dei diritti soffrono a volte di un deficit materiale (si pensi ad esempio alla celebrazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o all'ottimismo verso le potenzialità della giurisdizione), le indicazioni di metodo che si trovano

---

[63] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 94 ss.

[64] *Ivi*, p. 103.

nel lavoro di Rodotà rappresentano un prezioso punto di partenza per pensare il conflitto politico attorno ai diritti sociali nell'epoca contemporanea. Si tratta di approfondirle contaminandole con una concezione radicale dei bisogni.

Il conflitto sociale tra diritti fondamentali e ri-materializzazione della Costituzione

Andrea Guazzarotti

1. Introduzione

I diritti fondamentali rivestono un'importanza fondamentale nelle costituzioni del secondo dopoguerra, così come nel costituzionalismo più in generale, e tuttavia essi hanno giocato un ruolo profondamente diverso prima e dopo la frattura segnata dalla fine dell'equilibrio di Bretton Woods.

Nella ricostruzione di T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*[1], divenuta ormai un classico, è proprio la successione delle conquiste dei diritti a inquadrare l'evoluzione della forma di Stato, che da premoderno diventa liberale grazie ai diritti civili, per poi diventare liberal-democratico grazie ai diritti politici (estensione del suffragio) e, infine – siamo nel 1950 –, democratico-sociale (o social-liberale) grazie alla conquista dei diritti sociali[2]. La domanda sottostante alla ricostruzione marshalliana è quella su «quanta eguaglianza sociale avrebbe potuto sopportare il liberalismo», ossia se l'eguaglianza imposta dalla «piena appartenenza alla comunità» possa avanzare attraverso l'«arricchimento dello *status* della cittadinanza» preservando «la conservazione delle disuguaglianze economiche»[3].

A distanza di qualche decennio la domanda si è fatta più schietta, trasformandosi in «quanta democrazia può tollerare il capitalismo»[4],

---

1 T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale* (1950), Roma e Bari, 2002.

2 Marshall definiva il sistema di allora (del Regno Unito laburista della fine degli anni Quaranta, *in primis*) come «un sistema francamente socialista», in cui «il mercato funziona ancora, entro certi limiti»: *ivi*, p. 12.

3 *Ivi*, p. 80 s.

4 W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013.

per poi ribaltarsi nell'ormai sempre più incalzante interrogativo: «quanto capitalismo può tollerare la democrazia»[5]. Eppure, nonostante questa inversione di rotta subita dalla trasformazione della forma di Stato nelle democrazie occidentali dopo i Trenta gloriosi, il giardino dei diritti non ha fatto altro che riempirsi di nuovi fiori, sempre più colorati ed esotici. Alle Carte internazionali dei diritti si sono affiancate quelle regionali affidate a meccanismi di *enforcement* sempre più efficaci e indipendenti (la Cedu su tutte), la stessa Corte di giustizia dell'allora Cee ha inaugurato una giurisprudenza che, ben prima della proclamazione nel 2000 a Nizza della Carta dei diritti fondamentali, riconosceva i diritti fondamentali entro l'ordinamento funzionalista ed economicista della Comunità economica europea, nonostante il silenzio dei Trattati[6]. La giurisprudenza Cedu si arricchiva, grazie alla creatività della sua Corte, di un catalogo non scritto di diritti sociali, in sinergia con la meno blasonata Carta sociale europea e con la prassi degli organi dell'Oil[7]. Le Corti costituzionali europee, in quello stesso torno di anni, erano pronte ad aprire i propri ordinamenti all'influsso delle Corti europee e internazionali sulla tutela dei diritti, così da introdurre un sindacato costituzionale sulle leggi guidato anche dai vincoli internazionali e dall'evoluzione della giurisprudenza di Corti sovranazionali e internazionali[8]. Infine, nel 2009 entrava in vigore la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, con lo stesso valore dei Trattati (art. 6 Tue), con ciò consegnando anche ai giudici comuni un potente strumento di *enforcement* dei diritti capace di introdurre un sindacato di costituzionalità quasi-diffuso anche nei sistemi accentrati[9].

Come mai, dunque, a fronte di tanto profluvio dei diritti, anche quelli sociali, e alla loro sempre più articolata tutela multilivello, si è contemporaneamente assistito al dilagare di fenomeni chiaramente

---

[5] C. Crouch, *Quanto capitalismo può sopportare la società*, Roma e Bari, 2014; G. Azzariti, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma e Bari, 2021; A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018.

[6] G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, p. 137 ss.

[7] Cfr., volendo, A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte EDU*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, 1, p. 9 ss.

[8] Cfr. le notissime sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale italiana; per una mappatura comparativa in Europa, cfr. G. Martinico e G. Pollicino, *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, 2010.

[9] Cfr., problematicamente, F. Medico, *Il doppio custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, Bologna, 2023.

regressivi rispetto alla marshalliana cittadinanza sociale, quali lo svilimento della condizione di moltissimi lavoratori (costretti alla disoccupazione sempre meno tutelata economicamente o al cosiddetto lavoro povero), il drastico taglio delle prestazioni sociali (previdenziali e assistenziali), nonché l'assalto agli stessi diritti civili e politici di prima e seconda generazione (l'avvento delle cosiddette democrazie illiberali nell'Europa centrorientale, il fenomeno Trump negli Usa e la de-costituzionalizzazione dell'aborto da parte della Corte suprema, ecc.)?

Una prima risposta ce la fornisce lo stesso Marshall, che nel 1950 prevedeva che l'avvento della cosiddetta cittadinanza sociale avrebbe posto la tutela dei diritti sempre più sulle spalle di Parlamento e Consigli locali, anziché su quelle dei tribunali[10], posta l'onerosità fiscale dei diritti sociali e le connesse esigenze pianificatorie. La fine dei Trenta gloriosi è stata segnata dall'avvento di fenomeni, *in primis* economico-finanziari, che hanno fondamentalmente ridotto alla semi-impotenza Parlamenti e altri organi democratico-elettivi di livello sub-statuale, togliendo loro di mano le irrinunciabili leve della manovra economica che la pianificazione intrinseca ai diritti sociali esige. Non si trattò di poteri privati scesi in guerra contro gli Stati democratici e usciti vittoriosi dalla battaglia: più plausibilmente, furono gli stessi governi degli Stati, a partire dagli Usa, a perseguire la propria deresponsabilizzazione dinanzi alle difficoltà economiche e alla conflittualità sociale montanti, appaltando il governo della società al mercato e alle banche centrali indipendenti[11].

Dunque, schematizzando al massimo, può dirsi che l'esuberanza dei diritti e l'attivismo delle Corti degli anni successivi alla fine del compromesso keynesiano hanno giocato un ruolo compensativo, di equivalente funzionale che, però, lungi dal garantire tutele equivalenti alle precedenti, ne offriva di diverse, in funzione prettamente legittimante del nuovo corso neoliberale impresso alle democrazie occidentali dalla svolta Usa negli anni Settanta[12]. Guardando all'Europa, non va dimenticato che la Cedu costituì fondamentalmente un progetto conservatore collocabile nel più ampio alveo di una politica dei dirit-

---

[10] T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, cit., p. 62.

[11] S. Eich, *The Currency of Politics. The Political Theory of Money from Aristotle to Keynes*, Princeton, 2022, p. 184 ss.

[12] Si veda la raffinata ricostruzione di L. Cavallaro, *Giurisprudenza. Politiche del desiderio ed economia del godimento nell'Italia contemporanea*, Macerata, 2015.

ti umani patrocinata per delegittimare il nazionalismo rivoluzionario delle sinistre: l'esaltazione della comune tradizione culturale dell'Europa cristiana alla base della costruzione europea della fine degli anni Quaranta del secolo scorso fu arricchito dalle forze conservatrici di un elemento tipicamente liberale, i diritti umani, così da dare alla sovranazionalità delle istituzioni europee una dimensione sia liberale, sia romantica, come lo era stato in precedenza per il nazionalismo[13].

Si potrebbe instaurare, a tal proposito, un parallelo tra tutela dei diritti, che da "politica" si trasforma in "giurisdizionale", e tutela del reddito, che da pubblica (debito pubblico associato a una tassazione altamente progressiva) si trasmuta in privata (debito privato alimentato grazie a plurimi incentivi offerti dalle banche e trainati, negli Usa inizialmente, da politiche pubbliche di deregolamentazione). È noto, infatti, che negli anni della finanziarizzazione dell'economia che precedettero la crisi economica scoppiata nel 2007, alla contrazione della spesa pubblica (e, solo in parte, del debito pubblico) ha fatto da contrappeso l'incredibile espansione del credito al consumo e poi dei cosiddetti mutui ipotecari, con grande giovamento per il settore bancario e la finanza privata[14]. Un fenomeno che si tende a collocare prevalentemente negli Usa ma che, invece, era già da tempo – prima della crisi economica – transitato in Europa occidentale. Un fenomeno che, fra l'altro, ha influenzato proprio un mutamento di regime (da democratico a semi-autocratico) come quello avvenuto nel 2010 nell'Ungheria di Orbán, il cui successo elettorale nel 2010 fu segnato grandemente non solo dalle responsabilità delle élite politiche precedenti nella crisi economica in generale (nel 2008 l'Ungheria fu la prima a doversi sottomettere al commissariamento di Fmi e Ue), ma più in particolare dalla protezione offerta da Orbán alle migliaia di famiglie vittime di politiche aggressive sui mutui ipotecari praticate dalle banche estere[15].

I diritti «non sono una politica», come lamentava Marcel Gauchet nell'ormai lontano 1980, prefigurando «il rischio che» i diritti «vengano riutilizzati… come strumento di mistificazione per farci ingoiare la pillola di una politica necessariamente minimalista»[16]. E tuttavia pro-

---

[13] M. Duranti, *The Conservative Human Rights Revolution. European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, New York, 2017, p. 350.

[14] C. Crouch, *Quanto capitalismo può sopportare la società*, cit., p. 78 ss.

[15] Cfr., volendo, A. Guazzarotti, *Neoliberismo e difesa dello Stato di diritto in Europa. Riflessioni critiche sulla costituzione materiale dell'UE*, Milano, 2023, p. 104 s.

[16] M. Gauchet, *I diritti dell'uomo non sono una politica* (1980), in Id., *La democrazia contro*

prio per compensare l'incombente svuotamento della politica da parte dell'economia (privata), i diritti sono stati posti al centro dell'agenda politica, non più secondo logiche emancipative, bensì per esigenze di (ri) legittimazione di un nuovo ordine neoliberale: «con la moralizzazione del diritto ci si illude di compensare la spoliticizzazione dell'ordine»[17].

2. Il ruolo dei diritti giocato a livello sistemico nel cosiddetto cammino comunitario della Corte costituzionale italiana

Ovviamente, questo ruolo "legittimante" dei diritti e delle Corti, quali (cattivi) equivalenti funzionali della tutela apprestata dalle istituzioni democratico-rappresentative (senza dimenticare, ovviamente, i sindacati) non è apparso subito in tutta la sua problematicità. Esso si è inizialmente presentato come eccellente strumento di superamento delle aporie e dei conflitti inter-ordinamentali che poneva la progressiva apertura degli ordinamenti nazionali verso l'esterno (specie in connessione con l'avanzamento dell'integrazione europea).

La breve sintesi della storia italiana dell'evoluzione dei rapporti tra ordinamento costituzionale nazionale e quello della Cee (poi trasformatasi in Ue) è istruttiva, in tal senso.

Sin dall'inizio i Trattati europei si posero in tensione con l'ordinamento costituzionale italiano e la fragile base per la loro legittimazione, l'art. 11 Costituzione, concepito come noto ad altri fini che non all'instaurazione di un ordinamento schiettamente sovranazionale come la Ceca e, soprattutto, la Cee. Ciò perché questi Trattati pretendevano (almeno nell'interpretazione della Corte di giustizia) di imporre anche il regime applicabile internamente alle sue norme e, specialmente, a quelle prodotte in un secondo momento da parte dei suoi organi. Con il che si veniva a porre in dubbio la vigenza degli artt. 101 e 134 Costituzione, che conferiscono alla legge ordinaria una certa "primazia" e alla Corte costituzionale un ruolo esclusivo che sarebbero stati inevitabilmente compromessi dalle norme europee contrastanti. A ciò si aggiungevano tutte quelle norme costituzionali che, in ossequio al principio democratico, impongono delle riserve di legge per l'eventuale restrizione dei diritti: come potrebbe la norma europea sostituirsi

---

se stessa (2002), Troina, 2005, p. 33.

[17] G. Preterossi, *Teologia politica e diritto*, Roma e Bari, 2022, p. 281.

alla legge interna nel fornire la base per restrizioni a diritti costituzionalmente garantiti? Si tratterebbe di uno stravolgimento degli assetti costituzionali delle competenze degli organi sovrani il quale, quantomeno, avrebbe bisogno di essere introdotto con legge costituzionale.

L'art. 11 Costituzione, come noto, è stato il "grimaldello" che ha permesso a leggi, addirittura meramente ordinarie, che tutto ciò si producesse nei riguardi dei vincoli europei. Interpretato come norma permissiva, l'art. 11 consentì che un trattato contenente deroghe all'assetto costituzionale delle competenze potesse essere eseguito con legge meramente ordinaria, purché finalizzato al perseguimento di pace e giustizia tra le nazioni (Corte costituzionale n. 14 del 1964). Sulla spinta delle pressioni della Corte di giustizia, l'art. 11 fu poi chiamato a legittimare la deroga ai già citati articoli 101 e 134 Costituzione, sul divieto di disapplicare leggi ordinarie contrastanti con i vincoli europei senza sollecitare l'intervento della Corte costituzionale (Corte costituzionale n. 170 del 1984). Cadeva così non solo il monopolio legislativo del Parlamento, bensì anche quello della Corte costituzionale sul sindacato di legittimità costituzionale delle leggi. La chiave di volta che ha permesso una simile elasticità dell'articolo 11 risiede nel(l'allora inedito) concetto di sovranazionalità dell'Ue.

Nonostante il minaccioso riferimento al trasferimento di poteri sovrani, la sovranazionalità costituisce un'idea rassicurante per la sovranità intesa quale pretesa di auto-fondazione dello Stato. Essa contrappone, infatti, un ente a fini generali che trova in sé stesso le ragioni della propria esistenza (lo Stato) a un ente a fini particolari, fini posti dagli stessi Stati membri in relazione a determinate competenze (cosiddetto funzionalismo). Suggerita dalla Corte di giustizia (sentenza 15 luglio 1964, causa 6/1964, *Costa c. Enel*) e ripresa dalla Corte costituzionale (sentenza n. 183 del 1973), l'idea di sovranazionalità fondata su logiche competenziali ha consentito alla Corte costituzionale di sviluppare una teoria dei rapporti tra ordinamento statale e Ue autonoma rispetto a quella della Corte di giustizia, fondata sul cosiddetto primato e sull'integrazione gerarchica parziale degli ordinamenti. Per la nostra Corte, invece, questi ordinamenti restano «autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal trattato» (sentenza n. 170 del 1984, punto 4; sentenza n. 168 del 1991). Si scoprì fin da subito, tuttavia, la fragilità della finzione giuridica del criterio della competenza, posto che nei Trattati le competenze non sono affatto de-

finite per ambiti materiali confinabili, bensì per obiettivi ampi e vaghi; inoltre, a fare da arbitro sugli eventuali sconfinamenti di competenza dell'Ue i Trattati pongono la stessa Corte di giustizia, la quale finisce così per avere la "competenza sulla competenza", ossia ciò che, in un sistema federale, rappresenta l'essenza della sovranità[18]. Che la scomponibilità della sovranità in competenze separate sia una finzione sempre più debole è stato dimostrato di recente con riguardo agli sconfinamenti della politica monetaria della Bce su quella fiscale degli Stati membri, sconfinamenti fermamente criticati dal Tribunale costituzionale tedesco nei notissimi casi *Gauweiler* e *Weiss*[19].

Ma più che sul riparto di competenze tra ordinamenti, il compromesso tra Corte costituzionale e Corte di giustizia è stato rinvenuto nell'idea del rispetto dei diritti inviolabili della persona e dei principi supremi dell'ordinamento, inteso dalla nostra Corte come limite invalicabile al libero e imprevedibile espandersi delle competenze dell'Ue (cosiddetta dottrina dei *controlimiti*: Corte costituzionale n. 170 del 1984 e n. 232 del 1989).

Il concetto è più duttile di quello del riparto *apriori* di competenze, nella misura in cui si appunta non tanto sul *quanto* o sul *cosa* l'ordinamento dell'Ue può fare senza giungere a svuotare la sovranità statuale, bensì sul *come*[20]. Fintanto che l'Ue e la sua Corte rispetteranno i *diritti inviolabili* della persona, la Corte costituzionale si asterrà dal giudicare (ed eventualmente paralizzare l'efficacia interna de)gli atti dell'Ue, non importa quanto in là si spinga l'assorbimento di competenze sovrane da parte dell'Ue. Il che, fra l'altro, si armonizza significativamente con l'elevato consenso popolare verso un autentico processo di federalizzazione manifestato dall'elettorato italiano nel(l'inedito) referendum consultivo del 1989 e, soprattutto, dallo stesso Parlamento italiano in occasione dell'autorizzazione alla ratifica del Trattato di Maastricht nel 1992[21].

---

[18] F. Sorrentino, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1995, p. 15.

[19] Cfr., per il caso *Gauweiler* sul programma Omt della Bce, BVerfG, 2 BvR 2728/13, ordinanza 14 gennaio 2014; BVerfG, 2 BvR 2728/13, sentenza 21 giugno 2016; per il caso *Weiss* sul *Quantitative easing* lanciato nel 2015 dalla Bce, BVerfG, 2 BvR 859/15, sentenza del 5 maggio 2020. Cfr. O. Chessa, *Il paradosso di Karlsruhe. Primato del diritto costituzionale nazionale e separazione tra politica monetaria e politica economica* (7 luglio 2020), in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta OnLine*.

[20] G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, cit., p. 433 ss.

[21] S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, p. 309 ss.

Seppure il noto episodio della saga *Taricco* abbia dato, in qualche modo, l'impressione di sfatare il mito di una giurisprudenza costituzionale affetta da irenismo e indisponibile ad attivare davvero i controlimiti[22], questi ultimi hanno giocato più come un dispositivo di legittimazione dell'Ue che di difesa dell'ordinamento interno, ossia, di effettivo argine alla presa del diritto europeo sugli ambiti più significativi per l'identità costituzionale repubblicana. Sulla falsariga della nota dottrina giurisprudenziale «solange» del Tribunale costituzionale tedesco, per la nostra dottrina dei controlimiti *fintanto che* (*solange*) il diritto dell'Ue (e la Corte di giustizia) garantirà un livello di tutela dei diritti fondamentali equivalente a quello costituzionale nazionale, la Corte costituzionale accetterà il primato del diritto europeo.

Tale dispositivo appare in grado di suscitare la falsa prospettiva secondo cui il potere normativo che transita dal livello nazionale a quello sovranazionale è sottoposto a garanzie equivalenti a quelle costituzionali interne, appunto, in termini di tutela dei diritti fondamentali, di sindacato di costituzionalità sul riparto delle competenze tra Unione e Stati membri, e simili. Si tratta di un modello che presuppone la ricostruzione di un equilibrio tra la dimensione sovranazionale e quella nazionale, per cui ciò che si perde a livello nazionale (il controllo di costituzionalità, ma più al fondo, la decisione *politica* sulla composizione dei beni costituzionali di volta in volta rilevanti) si ricrea a livello sovranazionale, secondo una visione ormai datata dei rapporti tra livelli di governo. Quell'ipotetica armonia presupposta dal modello *solange*, infatti, si sarebbe potuta instaurare solo se si fosse avverata la previsione per cui, tra poteri di regolazione finalizzati alla tutela della concorrenza e alla costruzione del mercato unico devoluti al livello più elevato e poteri di redistribuzione finalizzati alle politiche del *welfare* trattenuti a livello nazionale, non potessero scatenarsi interferenze destabilizzanti. Il che, tuttavia, non è stato[23].

---

[22] Cfr. l'ordinanza n. 24 del 2017, cui ha fatto seguito la sentenza n. 115 del 2018, rispettivamente in reazione alle sentenze della Cgue 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco* e 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S.* e *M.B.* Cfr., *ex multis*, M. Luciani, *La dura realtà e il "caso Taricco"*, in *Diritto penale e processo*, 2018, p. 1284 ss.; A. Ruggeri, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, n. 3; R. Calvano, *Taricco. Un finale di partita, in attesa della prossima*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 1321 ss.

[23] Cfr. F.W. Scharpf, *The European Social Model: Coping with Challenges of Diversity*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, p. 647ss.; C. Joerges e F. Rödl, *Informal*

Le modalità decisionali dell'Unione rendono impervio se non impossibile il raggiungimento del consenso su materie delicatissime, come la fiscalità o l'assistenza sociale, ad esempio; ne deriva che ciò che si realizza per "demolizione" (la cosiddetta "integrazione negativa", ossia l'abbattimento di ostacoli giuridico-normativi nazionali alla libera circolazione dei fattori di produzione, prevalentemente operata per via giurisprudenziale) non viene poi riequilibrato attraverso la (necessaria) ricomposizione a livello europeo dei beni e interessi costituzionali coinvolti (la cosiddetta "integrazione positiva", da attuarsi per via di legislazione europea)[24]. Si prenda proprio l'istituzione principe dell'Uem, la Bce: cedere al livello superiore la sovranità monetaria ha cambiato la natura di questa, posto che, a livello europeo, non si è ricreato l'omologo della Bundesbank, bensì la costituzione di una Banca centrale assai più indipendente, priva dei contrappesi rappresentati da un adeguato apparato politico-rappresentativo (il Parlamento europeo non ha i poteri che il Bundestag aveva nei confronti della Bundesbank e, soprattutto, la stessa rappresentatività)[25]. Non solo, ma a differenza di altri modelli federali di banche centrali (come in particolare la Federal reserve statunitense), la stabilità dei prezzi è, per la Bce, l'obiettivo prioritario, cui sono subordinati sia l'occupazione che la crescita (artt. 119.2 e 127.1 Tfue).

3. L'altro lato dell'integrazione europea attraverso i diritti e le Corti: il popolo sotto tutela

Che il ruolo dei diritti e delle Corti abbia potuto e possa assumere tinte meno rosee di quelle difensive delle conquiste sociali avvenute specie durante i Trenta gloriosi è testimoniato da un particolare filone della giurisprudenza costituzionale, legato a doppio filo alle esigenze

---

Politics, Formalized Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval, in *European Law Journal*, 2009, 1, p. 1 ss.

[24] F.W. Scharpf, *Community and Autonomy. Institutions, Policies and Legitimacy in Multilevel Europe*, Frankfurt M., 2010, p. 379; A. Menéndez, *The "Terrible" Functional Constitution of the European Union. "Sound" Money, Economic Freedom(s) and "Free" Competition*, in M. Goldoni e M.A. Wilkinson (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Material Constitution*, Cambridge, 2023, p. 364 ss.

[25] Cfr. G. Repetto, *Responsabilità politica e governo della moneta: il caso BCE*, in G. Azzariti (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, 2005, p. 303 ss.

dell'integrazione europea, specie quella economico-monetaria inaugurata a Maastricht.

Durante gli anni della crisi economica e dell'austerity imposta dalle scelte emergenziali dell'Ue (ma meglio sarebbe dire del Consiglio europeo, egemonizzato dal Governo tedesco del duo Merkel-Schäuble), oltre al ricorso al sindacato (diretto o incidentale) sulle leggi[26], i tentativi resistenziali sono passati anche per l'attivazione dello strumento di democrazia diretta del referendum abrogativo (nonché, per certi versi, del referendum costituzionale, avuto riguardo alle vicende della fallita revisione costituzionale del 2015, intimamente imbricata alle riforme patrocinate dall'Ue per rendere maggiormente efficienti e "decidenti" le istituzioni nazionali)[27]. Spiccano le richieste di abrogazione referendaria della riforma delle pensioni (Fornero) e della disciplina sui licenziamenti (Jobs Act), entrambe falcidiate dalle decisioni di inammissibilità pronunciate dalla Corte costituzionale[28]. Ma queste vicende referendarie, così strettamente legate alla governance economica europea, sono imparentate con altre vicende referendarie ben più risalenti, anch'esse innescate da scelte economico-sociali ispirate se non imposte dall'integrazione economico-monetaria europea, in cui la Corte costituzionale ha giocato il ruolo cruciale di autorizzazione preventiva alla politicizzazione del conflitto tra ordinamenti attraverso il richiamo diretto al popolo.

Per avere un'idea di questo fenomeno, si ponga mente alla cruciale decisione assunta dalla Corte suprema irlandese nel caso *Crotty* del 1987 quando, alla vigilia della ratifica del fatidico Atto unico europeo del 1986, impose alle istituzioni rappresentative il diretto coinvolgimento del popolo attraverso il referendum costituzionale preventivo (valutando l'ampiezza dell'impatto costituzionale che le revisioni dei Trattati europei avrebbero recato)[29]. In Italia, come noto, si scelse la strada opposta, con il fatidico riconoscimento che la ratifica dei Trattati europei non necessiti di legge costituzionale (sentenza

---

[26] Cfr. in particolare le sentenze n. 310 del 2013, n. 224 del 2014, nn. 10, 70 e 178 del 2015, n. 275 del 2016, n. 250 del 2017, su cui mi permetto di rinviare ad A. Guazzarotti, *Giustizia costituzionale e regime economico: fluidificare o resistere?*, in *Lavoro e diritto*, 2018, p. 55 ss.

[27] Cfr., volendo, A. Guazzarotti, *La subordinazione degli Stati al potere dei mercati finanziari attraverso la misurazione competitiva del diritto*, in *Politica del diritto*, 2018, p. 388 s.

[28] Sentenze n. 6 del 2015 e n. 26 del 2017.

[29] *Crotty v An Taoiseach* [1987] IR 713 (9 aprile 1987). Cfr. M. Cahill, *Crotty after Pringle: The Revival of the Doctrine of Implied Amendment*, in 17 *Irish Journal of European Law*, 2014, p. 1 ss.

n. 14 del 1964), tagliando così in radice il rischio di un eventuale referendum costituzionale ex art. 138 Costituzione. Una scelta sempre implicitamente riconfermata dalla giurisprudenza costituzionale successiva, la quale, con molto senno di poi, è stata giudicata un contributo alla deresponsabilizzazione della politica[30], ma che può interpretarsi anche come il rifiuto di democratizzare nel senso più ampio possibile determinate scelte economiche cruciali per la tenuta dell'assetto valoriale della Costituzione repubblicana.

Se si vuole, si trattò dell'immunizzazione anticipata (ma non certo inconsapevole) delle future decisioni politiche di ricorrere al "vincolo esterno" per costringere il Paese alle riforme neoliberali che, dall'entrata nello Sme del 1979 in poi, sarebbero state indotte dall'appartenenza alla Cee e poi all'Ue(m)[31]. Non va, del resto, dimenticato che il progetto di revisione costituzionale elaborato dalla Bicamerale Berlusconi-D'Alema del 1997 contemplava, per le ratifiche dei Trattati europei implicanti ulteriori cessioni di sovranità, il coinvolgimento del popolo attraverso un referendum approvativo *eventuale*, la cui richiesta era, tuttavia, sempre possibile, a prescindere dalle maggioranze parlamentari che avessero approvato la legge di autorizzazione alla ratifica[32]. Un aggravamento procedurale che sarebbe giunto, invero, quando i buoi erano già usciti dalla stalla, con la ratifica di Maastricht nel 1993, ma che comunque segnalava la consapevolezza delle forze politiche di allora della necessità di un maggiore coinvolgimento popolare negli ulteriori processi di integrazione europea. Una consapevolezza che non è, tuttavia, emersa nei momenti fatidici della nostra recente storia costituzionale, in particolare nella concitata revisione costituzionale dell'art. 81 Costituzione (legge costituzionale n. 1 del 2012)[33], rispetto

---

30 P. Costanzo, *La Costituzione italiana di fronte al processo costituzionale europeo*, in *Consulta online*, 2007.

31 K. Featherstone, *The Political Dynamics of Vincolo Esterno: the Emergence of EMU and the Challenge to the European Social Model*, in *Queen's Papers on Europeanisation*, n. 6/2001.

32 Cfr. l'art. 114, co. 2, del testo nella versione del 4 novembre 1997: «Si può consentire a limitazioni di sovranità con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera. La legge è sottoposta a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla sua pubblicazione, ne facciano domanda un terzo dei componenti di una Camera o ottocentomila elettori o cinque Assemblee regionali. La legge sottoposta a referendum non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi». Cfr. S. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme. Una discussione sul progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Milano, 1998, p. 315 ss.

33 C. Bergonzini, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Milano, 2014, p. 116 ss.

alla quale le forze politiche erano state (inutilmente) sollecitate a coinvolgere il popolo in funzione resistenziale rispetto ai diktat europei, semplicemente facendo mancare in una delle due Camere la maggioranza dei due terzi e consentendo così la possibilità di richiedere il referendum costituzionale[34].

4. Segue: I referendum abrogativi come atti resistenziali e il ruolo tutorio della Corte costituzionale

Veniamo dunque alla ricostruzione dei precedenti dei (tentati) referendum abrogativi sulla riforma delle pensioni (su proposta della Lega Nord) e su quella dei licenziamenti (su proposta della Cgil) del 2015-2017. Il ricorso al referendum abrogativo in ambito giuslavoristico e previdenziale risale all'inizio degli anni Ottanta e ha una funzione analogamente "resistenziale" a quella dei referendum del 2015-17, nel senso di tentativi di reagire a tendenze politico-legislative tese a perseguire la moderazione salariale, la revisione *in peius* del regime pensionistico, la liberalizzazione del mercato del lavoro, ossia a politiche di sostanziale deflazione salariale e di incentivo alla previdenza privata.

Nel 1982, il piccolo partito d'opposizione della Democrazia proletaria propose l'abrogazione della legge n. 91 del 1977 sulla de-indicizzazione dell'indennità di anzianità dagli scatti di contingenza, di cui si contestava l'iniquità (stante l'inutile sacrificio imposto ai lavoratori al fine di ridurre l'inflazione, che però non diminuiva), nonché il quesito referendario per l'estensione dell'art. 18 Statuto dei lavoratori anche alle piccole imprese. Se, rispetto a questo secondo quesito, la Corte ne dichiarava l'inammissibilità per eterogeneità (sentenza n. 27 del 1982), con riguardo al primo, dichiarato ammissibile (sentenza n. 26 del 1982), il legislatore interveniva con la riforma che introduceva il nuovo istituto del Tfr (legge n. 297 del 1982), riuscendo così ad evitare il referendum[35].

Più note le vicende relative al quesito referendario proposto da Pci e (parte della) Cgil nel 1985 contro la famigerata riforma della scala mobile, anch'essa ispirata all'esigenza di ridurre l'inflazione sacrificando i diritti dei salariati. La Corte ammetteva il referendum (sentenza n. 35 del 1985) e l'esito della consultazione è noto: la personalizzazione del voto

---

[34] Cfr. G. Ferrara, *Regressione costituzionale* (18 aprile 2012), in *Costituzionalismo.it* e S. Rodotà, *Lo scippo della Costituzione*, in *La Repubblica* del 20 giugno 2012.

[35] A. Barbera e A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, p. 87 ss.

da parte del Presidente del Consiglio Craxi trasformò il referendum in un pseudo-plebiscito a favore o contro il governo, i "No" superarono i "Sì" di quasi dieci punti percentuale, con un'affluenza elevata, segnando una chiara sconfitta del Pci e della stessa Cgil[36], nonché una prima affermazione del neoliberismo in Italia, di cui la "marcia dei quarantamila" a Torino nell'ottobre del 1980 era stata una chiara avvisaglia.

Nel 1990 Democrazia proletaria torna alla riscossa con un quesito mirante ad estendere l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori anche alle piccole imprese: ammesso dalla Corte (sentenza n. 65 del 1990), il referendum sarà impedito dal legislatore con la legge n. 108 del 1990, che introduceva un'abrogazione ritenuta "sufficiente" dall'Ufficio centrale per il referendum. Quesito referendario e legge antireferendum avevano chiaramente oggetti diversi (il legislatore estendeva la tutela obbligatoria ai quei rapporti di lavoro ancora sottoposti al licenziamento *ad nutum*, intervenendo sulla legge del 1966, mentre i promotori chiedevano l'estensione della tutela reale anche alle piccole imprese, intervenendo sullo Statuto dei lavoratori, legge n. 300 del 1970); ciononostante, sia l'Ufficio centrale sia la Corte costituzionale congiurarono contro lo svolgimento del referendum, alleandosi con la (stragrande) maggioranza delle forze parlamentari che quel referendum volevano evitare[37].

Ma è nel 1994 la tornata referendaria cruciale, per il fatto di cadere a valle degli impegni al rigore finanziario assunti con il Trattato di Maastricht: un quesito referendario riguardava la rappresentatività sindacale (proposto da Cobas, Rifondazione comunista ed altri), mentre un grappolo di quesiti ruotavano all'abrogazione delle riforme adottate dal Governo Amato, miranti a riequilibrare i conti pubblici attraverso dismissioni del patrimonio immobiliare pubblico, il taglio delle pensioni e la rimodulazione dell'età pensionabile[38]. Gli interventi legislativi oggetto dei quesiti erano accomunati dalla spinta neoliberista delle privatizzazioni (posto che, anche per le pensioni, con la riforma si puntava espressamente a favorire la costituzione della previdenza complementare privata: art. 3, legge n. 421 del 1992). L'iniziativa re-

---

[36] A. Di Giovine, *Democrazia diretta e sistema politico*, Padova, 2001, p. 158, nt. 27.

[37] Cfr. l'ordinanza s.n. del 30 maggio 1990, in cui la Corte ribadiva l'impossibilità di contestare, attraverso il conflitto d'attribuzione tra poteri dello Stato, il merito delle decisioni dell'Ufficio centrale per il referendum sulla mancata prosecuzione delle operazioni referendarie in caso di abrogazione "sufficiente" (ex art. 39, legge n. 352 del 1970, come manipolato dalle sentenze n. 68 del 1978 della Corte costituzionale).

[38] A. Barbera e A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, cit., p. 148 s.

ferendaria parte da Rifondazione comunista, cui si aggregano, oltre a Verdi e Rete, lo stesso Pds (il quale, già agli inizi del 1993, aveva palesato la propria avversione alla politica economica del Governo Amato, giungendo a presentare una mozione di sfiducia[39]).

La Corte dichiarò inammissibili i quesiti con l'identica motivazione per cui il loro oggetto sarebbe stato strettamente collegato alla legge di bilancio (sentenza n. 2 del 1994): nonostante non si trattasse, nel caso delle dismissioni, neppure di provvedimenti collegati alla legge finanziaria, la Corte compì un allargamento di una delle tipologie di legge enumerate dall'art. 75 Costituzione, smentendo i precedenti del 1982 e del 1985 (sui già citati quesiti contro la sterilizzazione della scala mobile: sentenze n. 26 del 1982 e n. 34 del 1985), in cui aveva inteso in senso letterale il rinvio compiuto nell'art. 75 alla legge di bilancio. Ma tali precedenti non vengono neppure citati dalla sentenza n. 2 del 1994. Una sentenza con cui la Corte si assunse la responsabilità di una «estensione indiscriminata della categoria delle leggi» di bilancio[40], in modo da «poter in futuro limitare fortemente il possibile ricorso allo strumento referendario, escludendo un notevolissimo numero di leggi, soprattutto quelle aventi ad oggetto argomenti e materie di carattere sociale che vengono inevitabilmente ad essere collegate ad aspetti economici ed alla legge di bilancio»[41]. Una sentenza controversa non solo in dottrina, ma anche per la stessa Corte, come testimoniato dal rifiuto del giudice relatore (nominato per due dei tre quesiti) di sottoscrivere la motivazione[42].

A incidere sul poco motivato *revirement* della Corte fu sia la situazione delle finanze pubbliche dopo la critica uscita dallo Sme nel 1992, sia lo sforzo già intrapreso dall'Italia per rientrare tra i parametri di convergenza fissati dal Trattato di Maastricht per l'ammissione all'Euro. Finanza pubblica e appartenenza all'Europa erano, già allora, tematiche la cui delicatezza sconsigliava qualsiasi coinvolgimento diretto dell'elettorato, secondo uno schema che avrà modo di ripetersi (cfr. *infra*). Una dimensione, quella economico-europea, che sempre più si intreccia con l'uso resistenziale del referendum in materia di diritti dei

---

39 *Ivi*, p. 167, nt. 111.

40 M. Luciani, *Articolo 75. La formazione delle leggi. Il referendum abrogativo*, in *Commentario Branca e Pizzorusso della Costituzione,* Bologna e Roma, 2005, p. 396 s.

41 R. Romboli, *Annotazione*, in *Foro italiano*, 1994, I, c. 305 s.

42 *Ibidem*.

lavoratori. Non a caso, del resto: se l'Euro è lo strumento di disciplinamento dei lavoratori e dei sindacati, a tutela dell'obiettivo primario della stabilità dei prezzi, tra le conseguenze necessarie non v'è solo la neutralizzazione delle lotte sindacali, bensì anche la neutralizzazione delle "lotte referendarie", onde evitare che ciò che si è messo fuori dalla porta non rientri dalla finestra.

5. Segue: I referendum neoliberisti promossi nel 2000 e quello sull'art. 18 Statuto dei lavoratori del 2003

Il 2000 è l'anno in cui si registra l'ondata dei referendum radicali in materia di lavoro, previdenza e assistenza: a differenza delle iniziative referendarie precedenti e successive in tali ambiti, l'iniziativa dei Radicali punta ad accelerare la rivoluzione neoliberista, non certo a resistervi. Sebbene soltanto alcuni dei molti quesiti riescano a superare il vaglio d'ammissibilità[43], cruciale è la posizione assunta dalla Corte sul referendum mirante ad abrogare l'art. 18 Statuto dei lavoratori. Nel dichiarare ammissibile tale quesito referendario, la Corte affermò che la tutela reale contro i licenziamenti illegittimi non rappresenterebbe la sola garanzia possibile, né quella imposta indefettibilmente dalla Costituzione, al suo art. 4 (sentenza n. 46 del 2000). La normativa di risulta (generalizzazione della tutela obbligatoria) sarebbe stata, infatti, una garanzia sufficiente[44].

La visione della Corte appare difforme da quella che sembra aver ispirato i Padri costituenti e le stesse forze politiche negli anni della costruzione dello Stato sociale: la tutela reale contro i licenziamenti rappresenta una tappa fondamentale nel perseguimento di uno degli obiettivi centrali della Costituzione, quale la progressiva emancipazione del lavoro dal capitale[45]. La Corte non ha l'ardire di smentire frontalmente tale visione: «la disposizione» di cui all'art. 18 Statuto dei lavoratori «è indubbiamente manifestazione di quell'indirizzo

---

[43] Inammissibili vengono dichiarati: il quesito sull'abrogazione del monopolio dell'Insil (sentenza 36 del 2000), sugli istituti di patronato e assistenza sociale (sentenza n. 42 del 2000), sulle tutele del lavoro a domicilio (sentenza n. 49 del 2000), sul lavoro a tempo indeterminato e part-time (sentenze n. 41 e n. 45 del 2000).

[44] Cfr. le critiche di F. Modugno, *Ancora una «rassegna» sull'ammissibilità dei «referendum» abrogativi, dopo venti anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 1819, nt. 72 e C. De Fiores, *L'incoerente decisione della Corte costituzionale sulla libertà di licenziare. Osservazioni sulla sent. cost. n. 46/2000*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 1551.

[45] Cfr. C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Il diritto del lavoro*, 1954, I, p. 149 ss.

di *progressiva garanzia* del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione, che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore». La Corte, tuttavia, ritiene che quella discrezionalità legislativa possa anche retrocedere dalla *più piena attuazione attuale* a una *meno piena*, ossia da una garanzia *progressiva* a una *regressiva* dei diritti fondamentali costituzionali, primo tra tutti il diritto al lavoro[46].

La Costituzione si trasforma, così, da un programma di emancipazione del lavoro a un insieme di garanzie minime dei diritti dei lavoratori, il cui livello è rimesso alla prudente valutazione della stessa Corte. Ma, a seguire la teoria della crisi fiscale dello Stato (ossia la vulgata che ha seguito buona parte della sinistra europea per giustificare la regressione legislativa nella tutela dei diritti sociali), l'atteggiamento della Corte è perfettamente coerente con l'esigenza di piegarsi alla minaccia della «fuga dal conflitto democraticamente regolato» da parte del capitale[47]: la decisione della Corte sull'abrogabilità dell'art. 18 Statuto dei lavoratori certifica la precarietà delle conquiste sociali promesse dalla Costituzione e temporaneamente realizzate dal legislatore.

Al programma di (contro)riforme del diritto del lavoro annunciato dal governo di centro-destra (il Libro bianco dell'allora Ministro del lavoro Maroni, presentato nell'ottobre del 2001) per deregolamentare il mercato del lavoro, nel rifiuto di ogni concertazione col sindacato, provarono ad opporsi Rifondazione comunista e la Fiom con il quesito referendario sull'estensione dell'art. 18 Statuto dei lavoratori a tutte le imprese, comprese quelle "di tendenza" (dunque, anche lo stesso sindacato). Il referendum, dichiarato ammissibile (sentenza n. 41 del 2003) nonostante la sospetta eterogeneità dell'inclusione nel quesito delle imprese di tendenza, non fu affatto ostacolato dal governo di centrodestra: risultava, infatti, evidente l'effetto disgregativo che il quesito aveva all'interno della sinistra e del sindacato stessi. La Fiom (assieme a Rifondazione comunista, Verdi e la sinistra dei Ds) appoggiò il quesito contro il resto della Cgil, mentre Cisl e Uil, nonché ovviamente la Confindustria e la maggioranza delle forze politico-parlamentari boicottarono l'iniziativa invitando all'astensione: l'esito fu, appunto, quel-

---

[46] F. Modugno, *Ancora una «rassegna»*, cit., p. 1823.

[47] R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali,* 2007, 1, p. 27 s.

lo di un'astensione record che invalidò l'esito del voto referendario (di per sé nettamente favorevole alla proposta dei promotori)[48].

6. Segue: I referendum sulle pensioni (2015) e sul Jobs Act (2017): immunizzazione dell'economia e costruzione del soggetto a-conflittuale

Veniamo, infine, ai quesiti referendari che più incarnano la logica dello schema "vincolo esterno – de-politicizzazione della scelta legislativa che attua il vincolo – tentativo di ri-politicizzazione attraverso l'abrogazione referendaria".

Il primo quesito è quello sulla riforma delle pensioni (Fornero), adottata con decretazione d'urgenza[49] dal governo di soli tecnici (Monti) nel 2011, formatosi dopo le note vicende dello spread e la lettera della Bce nell'estate 2011 e la "sfiducia" al Governo Berlusconi decretata dai cosiddetti mercati. Il quesito è posto da uno dei pochi partiti rimasti all'opposizione in quel frangente, la Lega Nord (poi Lega per Salvini premier). L'inammissibilità decisa dalla Corte con la sentenza n. 6 del 2015 ricalca il già illustrato precedente della sentenza n. 2 del 1994: trattandosi di un provvedimento autoqualificato dal Governo come "collegato" alla legge di stabilità, la Corte lo assimilò alla legge di bilancio di cui all'art. 75 Costituzione.

La decisione fu criticata, in quanto si sarebbe dovuto almeno dimostrare che i provvedimenti collegati sono inabrogabili solo nella misura in cui contribuiscono *da subito* a garantire l'equilibrio di bilancio stabilito dalla manovra finanziaria, mentre la "riforma Fornero" delle pensioni prevedeva effetti finanziari solo a partire dal 2026[50]. E tuttavia è chiaro che la manovra era un impegno verso le istituzioni europee – Bce *in primis* – affinché queste ultime non lasciassero che si scatenassero ancora una volta i famigerati mercati sul debito pubblico italiano. L'esito è quello per cui ogni grande riforma pensionistica orientata alla

---

48 G. Ghezzi, *Fatti e misfatti*: *il diritto del lavoro nella «repubblica dei referendum»*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2004, 1, p. 4.

49 Art. 24, decreto legge n. 201 del 2011.

50 G. Salerno, *L'inammissibilità del quesito referendario sui trattamenti pensionistici: un "doppio" approccio dai problematici risvolti*, in *Federalismi.it*, 2015, 2, p. 8. Cfr. anche P. Carnevale, *Sulle sentenze di inammissibilità nn. 5 e 6 del 2015: un doppio "no" che dà da pensare*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 2, p. 397 e A. Giovannini, *Stabilità dei conti pubblici e sovranità popolare (il referendum negato sulla "legge Fornero")*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, 2, p. 629 ss.

riduzione della spesa previdenziale finisce per essere, *per sua stessa natura*, sottratta alle "pulsioni primordiali" che l'abrogazione referendaria può scatenare nell'elettorato. Anche il secondo motivo d'inammissibilità – la presunta disomogeneità della disciplina da abrogare – non sembra reggere alle critiche mosse dalla dottrina, stante la chiara *ratio* unificante della riforma pensionistica in questione[51].

Il quesito referendario sul Jobs Act deciso con la decisione di inammissibilità n. 26 del 2017 riguardava la (contro)riforma della disciplina dei licenziamenti illegittimi dello Statuto dei lavoratori operata dal Governo Renzi: esso era stato presentato (assieme ai quesiti sull'appalto di lavoro e sui cosiddetti voucher per il lavoro accessorio) da una Cgil decisa a mobilitare la propria base attraverso l'iniziativa referendaria (su ogni quesito, in effetti, furono raccolte oltre un milione di firme). Si trattò di un chiaro tentativo di attivare una resistenza popolare nel mondo del lavoro, dinanzi a governi più o meno tecnici palesemente avversi alla concertazione con i sindacati e assai interessati al "riconoscimento dei pari" (nel Consiglio europeo)[52] e dei mercati (agenzie di *rating*, grandi banche globali, ecc.).

Il quesito venne dichiarato inammissibile in quanto manipolativo: in effetti, la Cgil non mirava semplicemente a restaurare il precedente regime di tutela reale contro i licenziamenti illegittimi, bensì a estenderlo a situazioni che anche prima della contro-riforma ne erano prive (imprese con meno di 15 dipendenti), ricorrendo però a un'abrogazione parziale che finiva per estendere a tutte le piccole imprese la regola della sola tutela obbligatoria vigente per le imprese agricole con meno di 5 dipendenti. L'operazione veniva ritenuta manipolativa dalla Corte e la normativa di risulta «estranea al contesto normativo», sulla scorta del precedente sulla pubblicità nelle trasmissioni televisive pubbliche (sentenza n. 36 del 1997). Una decisione discutibile, specie alla luce di precedenti più omogenei "*ratio materiae*", come quello sulla rappresentatività sindacale (sentenza n. 1 del 1994), di segno almeno altrettanto manipolativo, ma, come si disse, figlio dello spirito dei tempi (il referendum aprì le porte alla polverizzazione della rappresentatività sindacale in azienda)[53].

---

[51] G. Salerno, *L'inammissibilità*, cit., p. 5.

[52] Cfr., volendo, A. Guazzarotti, *Riforme del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti* (29 dicembre 2014), in *Costituzionalismo.it*, 2014, 3.

[53] U. Romagnoli, *La deriva del diritto del lavoro (Perché il presente obbliga a fare i conti col*

Se si confronta, poi, il quesito della Cgil del 2017 con quello di Rifondazione del 2003, per l'abrogazione totale della soglia dei 15 dipendenti (dichiarato ammissibile con la sentenza n. 41 del 2003, cit.), si rileva come quest'ultimo comportava la creazione di una regola-principio affatto nuova, contraria alla *ratio* legislativa sull'esigenza di immunizzare dalla regola della reintegra le piccole imprese in cui prevalgono presumibilmente rapporti fiduciari; assai più rispettosa del complessivo tessuto della legge era dunque l'abrogazione "con ritaglio" proposta dalla Cgil nel 2016, che lasciava fuori le piccolissime imprese dalla tutela reale contro i licenziamenti illegittimi[54]. Ma le decisioni sulla manipolatività alla luce del tessuto normativo entro cui va a collocarsi la normativa di risulta, si sa, sono quanto di più discutibile possa esservi: non stravolgeva la *ratio* originaria della legge elettorale per il Senato l'abrogazione referendaria della soglia del 65% necessaria per l'applicazione dell'uninominale (maggioritario "*plurality*") al posto del sistema proporzionale? Non si smentiva frontalmente l'implicito ripudio della regola anglosassone del *first-past-the post* espresso dal legislatore del 1948, assieme con l'esigenza di condizionare a un minimo di rappresentatività l'opzione del collegio uninominale? Ma anche in quel caso, la Corte (sentenza n. 32 del 1993) aveva dalla sua il "vento della storia"[55]!

La Corte, quando stronca le iniziative referendarie attraverso il criterio della manipolatività, tutela la mediazione politico-parlamentare da indebite interferenze di soggetti esterni al canale della rappresentanza politica[56], posto che l'agenda politica si costruisce nelle istituzioni rappresentative e non nelle piazze, attraverso ondate regolari e ben programmate di quesiti referendari valevoli come iniziative legislative "rinforzate". E tuttavia gli sforzi del maggiore sindacato italiano compiuti in quel preciso frangente storico (che in gran parte è ancora il nostro) si prestano a essere interpretati proprio alla luce del loro potenziale di ri-politicizzazione della sfera dell'economico. Se l'assetto neoliberista conduce alle forme più estreme di disintermediazione politica

---

passato), in *Lavoro e Diritto*, 2013, p. 19.

[54] Cfr. G. Orlandini, *I referendum manipolativi e le norme cardine del diritto del lavoro statutario (artt. 18 e 19)*, in A. Zoppoli e S. Staiano (a cura di), *Il diritto del lavoro alla prova dei referendum*, Napoli, 2018, p. 85 ss.; cui *adde*, se si vuole, A. Guazzarotti, *Corte costituzionale e sindacato dinanzi alla costruzione del soggetto (a)conflittuale*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2018, 1, p. 32 s.

[55] Cfr., *ex multis*, A. Mangia, *Referendum*, Padova, 1999, p. 304 s.

[56] G. Barcellona, *Votare contro. Il referendum come opposizione e norma*, Milano, 2016, p. 159.

dei cittadini e, di qui, all'implosione delle istituzioni democratiche, allora lo sforzo compiuto da un soggetto collettivo come un grande sindacato storico potrebbe essere ritenuto sinergico con l'esigenza di preservare quelle istituzioni democratiche.

Più che antagonista delle istituzioni politico-partitiche presupposte dalla democrazia rappresentativa, il sindacato andrebbe a collocarsi tra gli oppositori dell'incipiente crisi del modello politico e sociale intrinseco alla democrazia costituzionale. Ed è alla luce di tale possibile ruolo sistemico che andrebbero giudicati gli orientamenti assunti dalla Corte, nonché dagli altri attori costituzionali (Ufficio centrale, Presidente della Repubblica, Governo e Parlamento) nelle vicende della "fuga" dai referendum sul lavoro. Colto in questa prospettiva, il referendum abrogativo su tematiche teoricamente destinate a essere appaltate al livello tecnocratico europeo e, così, immunizzate da un autentico dibattito popolare, non è solo un potenziale dispositivo per rinazionalizzare il conflitto sociale, bensì anche una via (stretta e perigliosa) per tentare di riattivare il *soggetto del conflitto*, sia esso individuale (il "cittadino repubblicano" da tempo passivizzato) o collettivo (il sindacato, da tempo neutralizzato dall'impalcatura monetarista e ordoliberista di Maastricht). Dinanzi a una politica partitica sempre meno partecipata e a tassi di astensione dal voto preoccupanti, non è detto che il coinvolgimento popolare diretto non possa attingere alle cause di tale fenomeno (l'impossibilità di alternative dettata dalla "naturalità" delle leggi economiche), per via della mobilitazione e del dibattito pubblico di cui può essere capace l'attivazione del referendum.

L'orientamento della Corte costituzionale, specie a partire dalla cruciale estensione della categoria delle leggi di bilancio ai fini dell'inabrogabilità (sentenza n. 2 del 1994), è riconducibile agli schemi di un ruolo protettivo del popolo dalle proprie pulsioni (un popolo sotto tutela[57]) e, al contempo, di immunizzazione della sfera economico-tecnocratica (oggi in gran parte coincidente con il diritto e la *governance* dell'Ue) da ogni contestazione popolare organizzata. In modo non troppo dissimile da quanto avvenuto alla vigilia della formazione del Governo "Conte 1", con il rifiuto da parte del Presidente della Repubblica di nominare a Ministro dell'economia Paolo Savona, per le sue presunte mire di uscita dall'Eurozona, la Corte evita al popolo-bambino di farsi male, attirando su di sé le ire dei mercati e degli in-

[57] Cfr. A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma e Bari, 2003, pp. 105 ss. e 129.

vestitori stranieri (ma meglio sarebbe dire: attirando l'ira delle autorità europee, che, in assenza della sovranità monetaria degli Stati membri, possono con la loro inerzia connivente lasciare che le «squadre paramilitari» dei mercati del debito pubblico scatenino la dovuta dose di panico disciplinante[58]). Il che, come accennato sopra, rappresenta in fondo la coerente evoluzione della scelta primigenia di trattare le leggi di ratifica dei Trattati europei come leggi qualunque, capaci, in virtù del sempre più stiracchiato art. 11 Costituzione, di operare qualsiasi cessione di sovranità popolare in favore dell'ordinamento europeo, senza rischi di coinvolgimento popolare. Ma sarebbe questa una ricostruzione ancora parziale della Corte costituzionale e del suo contributo alla "de-costruzione" e "ricostruzione" del soggetto posto al centro del progetto costituzionale repubblicano del 1948.

7. Fluidificare più che resistere

Nello stesso anno in cui la Corte bocciava il citato referendum abrogativo sulla riforma Amato delle pensioni (sentenza n. 2 del 1994), la Corte si ergeva a paladina delle fasce più deboli di popolazione che norme strettamente connesse a quella riforma stavano colpendo. Con la famosa sentenza sull'integrazione al minimo delle pensioni (sentenza n. 240 del 1994), la Corte ebbe indubbiamente il coraggio di garantire diritti di *welfare* a costo di produrre una significativa alterazione degli equilibri di bilancio, tanto da destare le ire del primo Governo Berlusconi. Significativa è, però, la replica alle critiche governative formulata in conferenza stampa dall'allora Presidente della Corte Casavola, secondo cui la sentenza mirava semplicemente a garantire «il diritto costituzionalmente garantito di non morire di fame»[59]. Per la Corte, i principi costituzionali di solidarietà ed equità imponevano «una disciplina transitoria che assicur(asse) un passaggio graduale al trattamento meno favorevole» (sentenza n. 240 del 1994, cit., punto 6).

Potremmo tradurre questo «doppio movimento» della Corte nell'esigenza di rendere il passaggio all'*austerity* meno drastico e più sostenibile da parte delle fasce più deboli della popolazione, senza però

---

[58] A. Tooze, *Time to Expose the Reality of "Debt Market Discipline"*, in *Social Europe*, 25 maggio 2020.

[59] Cfr. L. Elia, *Coerenza giurisprudenziale della Corte e squilibrio nella finanza pubblica*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1994, 1, p. 343.

mettere in discussione la scelta economica di fondo perseguita dalle istituzioni in quella cruciale congiuntura. Più che a compiere, o meglio, consentire atti di frontale «resistenza costituzionale» al nuovo corso, la Corte sembra disposta a opporsi a mutamenti così rapidi da impedire ai soggetti «spossessati di adattarsi alle mutate condizioni senza danni fatali per la loro sostanza umana»[60].

Stesso copione si è prodotto con la contro-riforma della disciplina dei licenziamenti, in cui la Corte, respinta l'ipotesi di un referendum abrogativo su una disciplina già offerta in pegno dal Governo Renzi alle istituzioni europee (le famigerate "riforme strutturali" in cambio di flessibilità di bilancio), si è però prodigata per limare le punte più aspre di quella riforma, lasciandone intatto l'impianto[61]. La "patina" delle argomentazioni della Corte sulla presunta fondamentalità del diritto alla giustificazione del licenziamento è smentita dalla materialità dei rapporti gerarchici tra valori (libertà d'impresa e conservazione del rapporto di lavoro) come cristallizzati nella regola che ha degradato la tutela reale in mera tutela risarcitoria[62].

Così arricchito, il quadro ci restituisce una Corte costituzionale disposta, più che alla "resistenza costituzionale", alla fluidificazione di un passaggio doloroso verso un nuovo tipo di ordinamento, fortemente imbricato in quello europeo e nelle sue logiche neo-(od ordo-)liberali[63]. La visione mitizzata del giudizio di costituzionalità come «uno spazio difensivo ultimo, di tutela dei principi costituzionali» in ma-

---

60 K. Polanyi, *La grande trasformazione* (1944), Torino, 2010, p. 49 s.

61 Cfr. le sentenze n. 194 del 2018 e n. 150 del 2020, in cui si è resa meno iniqua la conseguenza della monetizzazione del danno causato al lavoratore licenziato, manipolando le modalità di calcolo del risarcimento contro i licenziamenti illegittimi. Più ardimentosa la sentenza n. 59 del 2021, che invece – intervenendo sulla legge Fornero del 2012 – estende la tutela reale in caso di insussistenza del fatto posto a base di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo (già prevista nel caso di giustificato motivo soggettivo): ma si tratta di una disciplina ormai residuale, posto che la successiva legge del 2015 (decreto legislativo n. 23 del 2015) ha eliminato del tutto la reintegra in tali casi di licenziamento (lasciandola sopravvivere solo per i licenziamenti discriminatori). Cfr., sinteticamente, A. Perulli, *Il "trittico" della Corte costituzionale sulla disciplina licenziamento*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1 settembre 2021. Cfr. le più recenti sentt. n. 7, n. 22 e n. 44 del 2024, su cui, volendo, A. Guazzarotti, *La materialità dei diritti sul banco del Jobs Act* (13 febbraio 2024), in *Fuoricollana.it*.

62 V. Bavaro, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2019, 1, p. 195 s.

63 Cfr. A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014 e F. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016.

teria giuslavoristica e previdenziale[64] sembra dettata più dall'inerzia, che dall'effettiva rispondenza al contesto attuale. C'è nella narrazione sulla Costituzione intesa come ultimo baluardo una sorta di ipervalutazione della giuridicità e sterilizzazione della politicità del testo costituzionale, che si offre a insidiose strumentalizzazioni.

Eclatante, in questa prospettiva, l'esempio offerto dalla controriforma del diritto sindacale avutasi con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011 sulla cosiddetta contrattazione di prossimità: proprio quando scardina il modello costituzionale del sindacato e della contrattazione accentrata, quale perno del valore politico-pubblicistico delle relazioni industriali, il legislatore neoliberale attribuisce un'apparente centralità alla diretta applicazione della Costituzione, quale limite ultimo, giurisdizionalmente attivabile, alle deroghe al contratto nazionale e alla stessa legislazione ordinaria. L'art. 8 comma 2bis di quella legge, come noto, prevede infatti la possibilità di stipulare intese capaci di derogare alla legge e ai contratti collettivi nazionali, «fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro».

Il ruolo della Corte costituzionale (non solo italiana) è profondamente diverso dal passato, in quanto calato nella globalizzazione a trazione finanziaria e nella conseguente messa in competizione degli Stati, col suo corollario di *benchmarking* di interi ordinamenti giuridici, *forum shopping*, delocalizzazioni e movimenti di capitali speculativi, condizionamenti delle agenzie di rating, ecc.[65]. Se, in passato, il ruolo di contrappeso alle decisioni politiche nazionali legittimava il potere delle Corti costituzionali a partire dall'ipotesi (tradizionale) di istituzioni democratiche (teoricamente) onnipotenti perché sovrane, con una focalizzazione prevalente sul limite al potere politico, in seguito il ruolo di contrappeso diventa quasi superfluo, perché più efficacemente esercitato dai mercati (la minaccia di deflusso di capitali e delocalizzazioni rendono assai difficile imporre alle istituzioni rappresentative la difesa della sovranità, ad esempio reintroducendo la monetizzazione del debito pubblico da

---

[64] S. Buoso, *Legalità e solidarietà nell'ordinamento dello stato sociale*, Napoli, 2017, p. 161.

[65] A. Somma, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in A. Zoppini (a cura), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma e Bari, 2004, p. 60 ss.; A. Supiot, *La gouvernance par les nombres: cours au Collège de France (2012-214)*, Parigi, 2015, p. 174 ss.; nonché, volendo, A. Guazzarotti, *La subordinazione degli Stati al potere dei mercati*, cit.

parte di una banca centrale, o imponendo l'effettiva progressività delle imposte o la tutela reale contro i licenziamenti, ecc.).

Specularmente, un controllo giurisdizionale del potere pubblico che miri a costringere quest'ultimo a far valere i valori e fini costituzionali contro le pretese dei mercati, appare uno sforzo inane. Paradossalmente, più che di nuove tecniche di sindacato di costituzionalità e di una Corte costituzionale più ardimentosa, per iniziare a contrastare lo strapotere dei mercati avremmo bisogno di una pressoché completa rinazionalizzazione del debito pubblico, da porre saldamente in mano a piccoli e medi risparmiatori dotati di un certo grado di "patriottismo", sul modello giapponese. Come acutamente rilevato, bisognerebbe rivedere la ormai trita vulgata sul *Rule of Law*/Stato di diritto, che punta esclusivamente il dito contro i poteri di un fantomatico Leviatano politico, per riscoprire le radici di quel principio che invece hanno molto a che fare con il contenimento degli strapoteri privati[66]. Ma se così, sarebbe allora da chiedersi se l'apologia del costituzionalismo dei diritti[67] sia la strada migliore per contenere i poteri abusivi privati, i tanti "antisovrani" che azzerano il potenziale emancipativo della sovranità popolare e della democrazia costituzionale[68].

Il costituzionalismo dei diritti non punta a riattivare il soggetto del conflitto democratico, considerando anzi la democrazia un principio al pari di altri e con questi bilanciabile[69]; non si pone il problema di quale sia il cittadino in grado di far funzionare una democrazia di stampo sociale, anzi. Punta, semmai, ad anestetizzare il cittadino democratico, offrendogli un ampio spettro di diritti e di rispettive garanzie, secondo un'ottica prevalentemente individualistica, che ripone poche aspettative sulla dimensione necessariamente collettiva di qualsiasi progetto di autentica emancipazione[70]. Nel costituzionalismo dei diritti la sovranità popolare è semplicemente messa tra parentesi, comunque subor-

---

66 R. Bin, *Rule of law e ideologie*, in G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna 2016, p. 37 ss. e G. Preterossi, *Senza freni. La de-costituzionalizzazione neoliberale*, in *Teoria politica*, 2019, p. 34 ss.

67 G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017.

68 M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, p. 186 ss. e A. Morrone, *Sovranità. Relazione svolta in occasione del XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2017, 3.

69 G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., p. 210.

70 A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014, p. 201.

dinata alla sovranità dell'individuo. Il che, non sorprendentemente, corrisponde alla riscoperta della teoria della federazione (di cui l'Ue costituisce un inveramento al pari di altri precedenti storici), la quale si connoterebbe proprio per la sua strutturale incompatibilità con la categoria dogmatica della sovranità[71]. Con buona pace del fatto che, nel frattempo, la sovranità è diventata popolare[72].

8. Diritti sociali e soggetto della Costituzione repubblicana

Anni orsono, Roberto Bin ha molto efficacemente ricostruito l'essenza del costituzionalismo democratico-pluralista nato dal Secondo conflitto mondiale nei termini della legittimazione del conflitto (prevalentemente) di classe attraverso processi di inclusione democratici, contrapposti alle pratiche di esclusione dello Stato liberale[73]. Ciò, finché è stato possibile trattenere il conflitto entro i confini dello Stato[74]. Il luogo del conflitto si è spostato dall'arena statale a quella sovranazionale europea o, peggio, internazionale, in modo da disarmare uno dei contendenti del conflitto capitale-lavoro; ma ciò è avvenuto parallelamente alla trasformazione del soggetto del conflitto: più che la finanziarizzazione dell'economia, alla radice della crisi sta «l'inclusione delle famiglie lavoratrici nel rango dei capitalisti»[75]. Riportare oggi il conflitto entro i confini nazionali, ammesso che sia possibile, non è detto che ci restituisca il costituzionalismo democratico, il quale nel frattempo ha perso le soggettività in grado di animarlo. Invero, le due cose stanno assieme: se è la stessa palestra del conflitto sociale (non quello esiziale delle guerre di religione o tra razze superiori e inferiori) a poter forgiare il necessario senso di comunità alla base dello Stato democratico contemporaneo[76], eliminare i conflitti che si erano dimostrati "addomesticabili" (quelli economico-

---

71 S. Rehling Larsen, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford, 2021.

72 M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale* (15 aprile 2016), in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2016, 2.

73 R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit.

74 M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013.

75 P. Leon, *I poteri ignoranti*, Roma, 2016, p. 47.

76 A. Hirschman, *Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society*, in 22 *Political Theory*, 1994, p. 203 ss.

redistributivi) attraverso lo svuotamento della decisione nazionale sulle politiche economiche e la "naturalizzazione" del mercato, non ci sta conducendo verso una società individualista pacificata. Tutt'altro[77]! La rigida inibizione del conflitto economico-redistributivo, quale possibile matrice dello spirito e della solidarietà comunitari, dirotta quasi necessariamente le frustrazioni sociali verso matrici identitarie pre-politiche e pre-costituzionali, come plasticamente dimostrato dalle "democrazie illiberali" di Ungheria e Polonia[78].

Un aspetto fondamentale, ma spesso sottaciuto, del costituzionalismo democratico-sociale è quello della costruzione del soggetto della – e nella – Costituzione[79]. La domanda da cui partire, in tale prospettiva, è: quale immagine di cittadino propone la Costituzione repubblicana e quali strumenti essa prefigura per la sua produzione e riproduzione? Una simile impostazione potrebbe essere accusata di essere paternalista, assimilazionista o addirittura autoritaria. Ricordo, però, che le riforme economiche del New Deal di Roosevelt furono accompagnate dal perseguimento di politiche "educative" e di mobilitazione di massa tese proprio alla costruzione di una coscienza collettiva capace di supportare quella nuova visione della politica economica[80], forse nella consapevolezza che lo sradicamento dei destini individuali e familiari prodotto dal crollo del liberalismo *laissez-faire* andava contrastato con un ri-radicamento delle individualità attorno a un progetto condiviso di comunità[81]. «La democrazia ha bisogno di cittadini per funzionare, ovvero di un tipo umano che non si trova in natura… Nulla garantisce, in fondo, che la società democratica sia in grado di dare vita automaticamente a quel tipo di personalità adatto al suo sistema politico. La consacrazione dell'individuo non genera *ipso facto* individui capaci di

---

77 M. De Carolis, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Macerata, 2017, p. 158 ss. e M.J. Sandel, *La tirannia del merito. Perché viviamo in una società di vincitori e perdenti* (2020), Milano, 2021.

78 D. Ost, *The Invisibility and Centrality of Class After Communism*, in 22 *International Journal of Politics, Culture, and Society*, 2009, p. 502 ss.; J. Komárek, *Waiting for the existential revolution in Europe*, in 12 *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 190 ss.; M. Dani, *The "Partisan Constitution" and the Corrosion of European Constitutional Culture*, *LEQS Paper* N. 68/2013; nonché, volendo, A. Guazzarotti, *Neoliberismo e difesa dello Stato di diritto in Europa*, cit., p. 115 ss.

79 Con riferimento al costituzionalismo di matrice statunitense, cfr. M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, New York NY, 2010.

80 K.K. Patel, *Il New Deal. Una storia globale* (2016), Torino, 2018.

81 S. Weil, *La prima radice. Preludio a una dichiarazione dei doveri* (1949), Milano, 1954.

assicurare l'autogoverno della collettività. Anzi, potrebbe verificarsi il contrario»[82].

Il tema è noto e risale, fra l'altro, a pensatori conservatori come Forsthoff, il quale, criticando la positivizzazione dei valori nelle costituzioni "lunghe" del secondo dopoguerra, rilevava come la costituzionalizzazione dei principi di giustizia sociale non può convivere con una concezione meramente normativa di costituzione, ma deve necessariamente affidarsi all'adesione diffusa nella società di quei valori[83]. Ma si potrebbe citare anche l'efficace immagine di Michael Walzer, per cui gli assetti "giusti" per la nostra società sono fatti di istituzioni fondate su una propria scala valoriale interna, la cui incommensurabilità va preservata, e tuttavia «istituzioni siffatte servono a poco se non sono abitate da uomini e donne che vi si sentano come a casa propria e siano pronti a difenderle»[84]. La stessa conferenza di T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, con cui ho voluto aprire questo contributo, prende le mosse da una conferenza dell'economista suo omonimo, Alfred Marshall, del 1885, in cui si auspicava la conversione del lavoratore, tramite l'istruzione pubblica, ai valori della borghesia (capacità di apprezzare i valori del «gentleman»)[85].

L'approccio più impegnativo e contestato al soggetto nell'ordinamento costituzionale è forse quello de *La Costituzione in senso materiale* di Mortati, interpretabile – con Gustavo Zagrebelsky – come necessità che il «fine politico» animi tanto la Costituzione quanto lo Stato-comunità e che, pertanto, vi sia una classe di governanti capaci di esercitare egemonia[86]. Come rilevava Zagrebelsky nella Premessa alla ristampa della Costituzione materiale del 1998, la dottrina italiana aveva operato una sorta di rimozione, se non un'autentica esorcizzazione dell'approccio mortatiano, che io interpreto come un riflesso condizionato dettato dal crollo dei partiti della cosiddetta Prima Repubblica e dalla convinzione – di cui sono impregnati gli anni

---

82 M. Gauchet, *Introduzione*, in Id., *La democrazia contro se stessa*, cit., p. 22.

83 E. Forsthoff, *Il vincolo alla legge ed al diritto (art. 20 comma 3 GG)* (1959), in Id., *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, p. 236.

84 M. Walzer, *Sfere di giustizia* (1983), Bari, 2008, p. 318.

85 A. Marshall, *The Present Position of Economics* (1885), in A.C. Pigou (a cura di), *Memorials of Alfred Marshall*, London, 1925, p. 152ss.

86 Cfr. G. Zagrebelsky, *Premessa*, in C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale* (1940), Milano, 1998, p. xxx ss.

Novanta – della obsolescenza di alcune parti della Costituzione[87], frettolosamente ritenute anacronistiche a causa dei vincoli di finanza pubblica e della programmata perdita della sovranità monetaria[88].

Il tema dell'egemonia, secondo la visione mortatiana e prima ancora gramsciana, è oggi rilanciato con forza nell'ambito della filosofia politica[89] e della teoria generale del diritto[90], ma anche da costituzionalisti come Massimo Luciani[91], Gaetano Azzariti[92] e Antonio Cantaro[93], che appuntano i loro strali contro una classe politica riluttante a (o incapace di) esercitare egemonia. Ed è significativo che questa sorta di invettiva riecheggi le amare e lucide riflessioni di Hermann Heller sulla fuga della classe liberale dalle proprie responsabilità, per rifugiarsi nel placido porto del formalismo normativista:

> una democrazia di tipo formale… di cui la classe rappresentante non può più credere al suo diritto di rappresentare ed in cui i conflitti di classe rendono inverosimile l'esistenza di una *volonté générale*, ha ovviamente interesse a combattere l'idea di un dominio di classe, propagando l'ideologia di un dominio della legge completamente oggettivo[94].

La crisi del Ventinove, il crollo della globalizzazione fondata sul *gold standard*, e la tragedia della Seconda guerra mondiale avevano insegnato alla classe liberale (specie anglosassone) ad assumersi le sue responsabilità (F.D. Roosevelt e Beveridge erano liberali convinti). Ma la contro-rivoluzione neoliberale sembra aver riportato, *mutatis mutandis*, le lancette della storia indietro, stavolta con più sagacia e capacità di neutralizzazione della conflittualità sociale. E tuttavia anche

---

87 Cfr. M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982.

88 Sull'attuale validità dell'impostazione mortatiana, cfr. A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali 8, Milano, 2016, p. 266 ss.

89 G. Preterossi, *Teologia politica e diritto*, cit.

90 M. Goldoni e M. A. Wilkinson, *The Material Constitution*, in 81 *Modern Law Review*, 2018, p. 567 ss.

91 M. Luciani, *Democrazia e partiti nell'epoca della disintermediazione* (13 febbraio 2020), www.youtube.com/watch?v=XIqWmebkCOQ.

92 G. Azzariti, *Diritto o barbarie*, cit.

93 A. Cantaro, *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Torino, 2021.

94 H. Heller, *La Sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale* (1927), in Id., *La Sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, 1987, p. 99. Cfr. S. Lagi, *Pensare la democrazia: Hans Kelsen e Hermann Heller*, in R. Bufano (a cura di), *Libertà uguaglianza democrazia nel pensiero politico europeo (XVI-XXI secolo)*, Lecce, 2018, p. 153 s.

il progetto di *depoliticizzazione* e *decostituzionalizzazione* della società civile «non può non essere un progetto globale nel quale l'organizzazione giuridica della società civile… venga assunta… come problema costituzionale»[95]; «la decisione fondamentale per la spoliticizzazione dell'economia e della società sembrerebbe analoga alla decisione costituente»[96], ma con la rischiosa pretesa di scrollarsi di dosso ogni responsabilità, in quanto «ideologia fintamente anti-ideologica»[97].

La Costituzione repubblicana è frutto di una libera scelta democratica del popolo italiano e deve presumersi che coloro che la scrissero abbiano rappresentato al meglio le tendenze e le aspirazioni politiche dei loro elettori. Ma se ammettiamo che la "rivoluzione democratica" sfociata nell'approvazione della Costituzione si nutriva di alcuni requisiti minimi (una diffusa coscienza avversa tanto all'integrazione fascista delle masse, quanto a quella del liberalismo *laissez-faire*, il cui fallimento era sfociato nel fascismo), dovremmo poi ammettere anche che la Costituzione costituisce un progetto teso a preservare e rafforzare nella società i caratteri che hanno permesso quella rivoluzione democratica. Dunque, una Costituzione a immagine e somiglianza dei cittadini che contribuirono a renderla possibile e – specularmente – un cittadino a immagine e somiglianza della sua Costituzione nazionale. Non credo molto al famoso paradosso di Böckenförde sull'impossibilità per lo Stato liberale secolarizzato di garantire i presupposti per la propria preservazione, pena il tradimento della sua stessa identità[98]. A parte il fatto che, per tutti i Trenta gloriosi e anche qualche anno dopo, nessuno avrebbe definito la forma di Stato italiana come *liberale*, un simile atteggiamento rinunciatario, che può ben ammantarsi di garanzie del pluralismo e di lotta al paternalismo statualista, finisce per lasciare gli individui esposti a un altro tipo di indottrinamento, stavolta gestito direttamente dalle forze del mercato (ma si ricordi che le forze del mercato hanno "nome, cognome e soprannome", come era solito dire Marcello De Cecco)[99].

---

[95] G. Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. xxix.

[96] G. Preterossi, *Teologia politica e diritto*, cit., p. 222.

[97] *Ivi*, p. 278.

[98] E.-W. Böckenförde, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione* (1967), Brescia, 2006.

[99] Per un'efficace ricostruzione della riconquista dell'egemonia da parte del capitalismo conservatore negli Usa, cfr. M. D'Eramo, *Dominio. La guerra invisibile dei potenti contro i sudditi*, Milano, 2020.

Ed è un indottrinamento capace di cooptare le politiche pubbliche: eloquente la politica per l'edilizia residenziale pubblica, sostituita con i sussidi alla proprietà privata dell'abitazione. Una scelta che è stata il fulcro della rivoluzione conservatrice iniziata nel mondo anglosassone, quale strumento di creazione di consenso e di un'egemonia culturale[100].

Ma a monte della cooptazione delle politiche pubbliche, le "anonime" forze del mercato sono state in grado di plasmare il modo di concepire i diritti sociali, omologandoli ai diritti civili, così da far perdere loro quelle specificità che contribuiscono a configurare una forma democratico-sociale di Stato. Il fenomeno non è solo italiano, ovviamente, e non dipende neppure soltanto da vicende puramente interne ai singoli ordinamenti nazionali. Così come il superamento del liberismo *laissez-faire* nei singoli Stati dell'Europa occidentale è stato reso possibile dall'abbandono definitivo del *gold standard* e dell'accettazione degli Usa di imprimere all'economia globale un'impronta fortemente limitatrice della finanza speculativa e della libera circolazione dei capitali (Bretton Woods), il ripudio di tale scelta fondativa da parte dei governi statunitensi negli anni Settanta ha segnato la crisi del modello keynesiano. Il che, a sua volta, si accompagnava al chiaro presentimento, in quegli stessi anni, dell'insostenibilità del modello sovietico di socialismo reale. Ma il "There is no alternative" (Tina) di thatcheriana memoria non è riferibile solo al modello neoliberale di politiche economiche, bensì probabilmente anche all'uniformazione del modo di concepire i diritti sociali, omologati a quelli civili di matrice liberale ottocentesca.

Tra gli argomenti a supporto della continuità tra diritti spicca il contrattualismo rawlsiano[101], secondo cui gli interessi che gli individui intendono tutelare attraverso il contratto sociale sono già compiutamente formati prima di quest'ultimo, ossia a prescindere dall'esperienza comunitaria solidale, quando invece il *proprium* dei diritti sociali è il loro scaturire dalla solidarietà[102]. E il "dogma" della solidarietà dev'essere necessariamente un credo collettivo, nel senso che anche i meno esposti al rischio – cui il vincolo solidale vuole rimediare – hanno il dovere di solidarietà, nella misura in cui essi hanno contribuito a crea-

---

100 S. Gainsforth, *Abitare stanca. La casa: un racconto politico*, Firenze, 2022.

101 J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), Milano, 2004.

102 M. Goldoni, *La materialità dei diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 2022, 1, p. 141 ss.

re quel tipo di rischio (l'economia capitalista di mercato) e beneficiano della totalità della produzione sociale[103].

Altro argomento continuista è quello del costo dei diritti[104]: se la strategia retorica di sfatare il mito della onerosità fiscale dei (soli) diritti sociali può apparire efficace a un primo sguardo, essa ha il difetto di occultare fondamentali differenze di struttura tra diritti sociali e civili. Puntare sull'esigenza di finanziamento pubblico, quale dato comune a ogni tipo di diritto, distoglie dalla differenza specifica del tipo di intervento pubblico richiesto e dal diverso impatto redistributivo dei diritti sociali[105]. L'argomento del costo dei diritti, fra l'altro, offre un argine troppo debole alla suggestione del mercato, quale metodo più efficiente (dunque, meno costoso) di soddisfazione di certi diritti (lasciate che i ricchi e la classe media si paghino la propria sanità privata, senza "gravare" sul sistema sanitario nazionale, che potrà così più "efficientemente" occuparsi dei poveri; lasciate che le imprese private offrano asili e previdenza privata ai propri dipendenti, ecc.). L'argomento finanziario rischia di dare per scontato l'elemento della scarsità, già connotata nei suoi elementi strutturali, mentre i diritti sociali potrebbero valere proprio a rendere possibile il conflitto sui meccanismi che producono la scarsità delle risorse e a sconfessare il dogma liberale che la scarsità sia determinata pre-politicamente[106].

Nella logica continuista, i diritti sociali vengono spesso indagati con l'intento di promuoverne l'effettività attraverso la giustiziabilità, la quale tuttavia non si produce se non dopo aver ridotto i doveri di solidarietà in diritti individuali, con ciò sterilizzando ogni valenza sistemica dei diritti sociali costituzionalmente riconosciuti, cioè la possibilità di formulare la rivendicazione di certi diritti come *questione collettiva* tesa a contestare in radice l'organizzazione di questo o quel servizio[107]. La giustiziabilità, specie quella "multilivello", è diventata una sorta di oppiaceo volto ad anestetizzare la mutilazione dell'idea

---

[103] A. Somek, *The Social Question in a Transnational Context*, LEQS Paper n. 39, 2011 e A. Supiot, *Lo spirito di Filadelfia. Giustizia sociale e mercato totale* (2010), Milano, 2011.

[104] S. Holmes e C. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), Bologna 2000.

[105] M. Goldoni, *La materialità dei diritti sociali*, cit., p. 157.

[106] *Ivi*, p. 163.

[107] *Ivi*, p. 167 s.

di emancipazione collettiva prodottasi con l'apertura indiscriminata ai mercati[108]:

> Ritenere che tutte le istanze di giustizia sociale debbano essere espresse con il linguaggio dei diritti soggettivi, nel caso migliore rischia di alimentare l'illusione formalista che tali istanze possano essere soddisfatte tramite il mero riconoscimento giuridico di questi diritti; nel caso peggiore rischia di ingenerare l'illusione che l'affidamento della custodia dei diritti di welfare alle corti sia la tecnica giuridica più appropriata per garantire l'effettività delle prestazioni sociali ad essi collegata[109].

Ricostruire il soggetto è operazione complicata, ma necessaria per il funzionamento delle istituzioni democratiche, le quali non possono non basarsi sulla rappresentanza politica, la quale a sua volta non può essere degradata a mera finzione giuridica[110]. Come è stato efficacemente rilevato, però, la crisi della rappresentanza non sta tanto in quella del rappresentante (i partiti politici), bensì del rappresentato[111].

Il Deuteronomio prescrive il riposo sabbatico con una formula assai suggestiva: nel settimo giorno «non fare… nessun lavoro, né tu, né tuo figlio, né tua figlia, né il tuo servo, né la tua serva, né il tuo bue, né il tuo asino, né alcuna delle tue bestie, né il tuo straniero che sta dentro le tue porte, affinché il tuo servo e la tua serva si riposino come te». La pratica del riposo sabbatico (domenicale per i cristiani, del venerdì per gli islamici) reca un importante messaggio di giustizia sociale (la sospensione delle gerarchie sociali, addirittura anche di quelle tra uomo e animali), nonché l'uscita dalla razionalità economicista per celebrare il valore della gratuità. Si possono immaginare pratiche alternative di un simile rituale religioso, in cui possano riconoscersi anche i non credenti. Ma resta fondamentale capire che riposare dal lavoro *assieme* e *contemporaneamente* non è la stessa cosa che avere un giorno libero la settimana. Il Governo Monti azzerò questa distinzione con la liberalizzazione degli orari dei negozi (decreto legge n. 201 del 2011), che poi significava libero afflusso ai centri com-

---

108 A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, cit., p. 201.

109 A. Pintore, *I diritti della democrazia*, cit., p. 89.

110 G. Ferrara, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1998, p. 20 ss.; ma già H. Heller, *La Sovranità*, cit., p. 137 ss.

111 M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon e F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità*, Milano, 2001, p. 118.

merciali la domenica. Le Regioni si opposero. La nostra Corte costituzionale giustificò la liberalizzazione, ricorrendo all'idrovora della competenza esclusiva statale sulla tutela della concorrenza (sentenze n. 27 del 2013 e n. 134 del 2021). Ecco: si potrebbe partire da vicende apparentemente piccole come questa per contestare e contrastare la destrutturazione del soggetto al centro del progetto di Costituzione democratico-sociale che ancora fonda il nostro ordinamento.

Sempre dalla parte del torto?
Rimozione e criminalizzazione del conflitto

Giulia Locati

1. Il conflitto come promotore dei diritti: la sua criminalizzazione

I diritti nascono, tradizionalmente, dal conflitto. Dalla contrapposizione tra individui, comunità, enti, classi sociali, portatori di interessi diversi, deriva un miglioramento delle condizioni di vita di coloro che sono più deboli, che rivendicano anche per sé i diritti che fino a quel momento sono solo di altri.

Lo stesso mantenimento dei diritti ottenuti, il loro equilibrio, rimane tale solo se permane quel conflitto che li ha determinati: a volte in modo evidente, a volte sotto la superficie, in alcuni casi può essere anche solo un conflitto evocabile. Nessun diritto può ritenersi acquisito per sempre[1].

Il conflitto, inteso in questi termini, è il sale della democrazia: si tratta naturalmente di un conflitto che deve svolgersi nelle forme e nei limiti individuati dalla Costituzione e dalla legge, che non deve travalicare gli argini deputati ad assicurare una convivenza civile.

A ben vedere l'intero costituzionalismo moderno è fondato sul conflitto, inteso come confronto dialettico fra le diverse opzioni in gioco, la cui sintesi è il miglioramento delle condizioni di vita di tutti i membri della comunità.

---

[1] Gli esempi sono molti e i più diversi: basti pensare al diritto all'aborto o al diritto alla reintegra nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo. Nel primo caso si tratta di un diritto che viene costantemente messo in dubbio da coloro che sono contrari; nel secondo caso si tratta di un diritto che è stato eroso nel corso del tempo e che ormai è assolutamente residuale.

Scopo del presente contributo è evidenziare come negli ultimi anni, in Italia, si sia assistito alla criminalizzazione del conflitto in sé[2].

Pur ammettendo che nell'ambito delle rivendicazioni di posizioni di parte si siano realizzate azioni delittuose, che devono essere accertate e punite da parte della magistratura, il fenomeno repressivo sembra essere più ampio e diffuso.

Si è, infatti, assistito all'adozione di provvedimenti giudiziari che, anziché accertare la commissione di singoli fatti di reato attribuiti a specifici individui, e avvenuti nell'ambito di situazioni conflittuali (lotte sindacali, lotte politiche, lotte sociali), hanno criminalizzato il conflitto in quanto tale, riconducendo a fattispecie delittuose associative la condotta di chi in qualsiasi modo organizzava quel conflitto.

Questa modalità di formulazione dei capi di incolpazione o di imputazione (che analizzeremo nel dettaglio *infra*) presuppone un'idea del diritto penale come strumento volto non ad accertare uno o più fatti specifici di reato, ma a colpire un fenomeno sociale, nella sua vastità e profondità, rischiando così di perdere di vista il discrimine tra azioni lecite ed illecite.

2. L'azione sindacale: l'organizzazione del conflitto sui luoghi di lavoro può essere associazione a delinquere?

A suffragio di questa tesi, si possono analizzare diversi tipi di provvedimenti giudiziari.

Una parte di essi tende a criminalizzare il conflitto sindacale. Emblematica, da questo punto di vista, l'ordinanza del Gip del Tribunale di Piacenza dell'11 luglio 2022.

Il contesto di riferimento è quello del settore della logistica, caratterizzato, come è noto, dall'estremo sfruttamento dei lavoratori: si tratta di luoghi di lavoro in cui non vengono applicati i ccnl, in cui non vi sono orari predeterminati di lavoro, per cui si sa quando si inizia ma non quando si finisce[3]; spesso i dipendenti non vengono retribuiti per

---

[2] Nonostante oggetto di indagine siano i provvedimenti giudiziari italiani, anche nel resto d'Europa si sta assistendo ad un fenomeno analogo. Infatti, secondo Kiran Chaudhuri, *Chief legal officer di Elsc* (European legal support center) «stiamo assistendo a un'ondata di repressione in buona parte dell'Europa» (https://ilmanifesto.it/un-clima-di-repressione-in-europa-dalle-universita-alle-piazze).

[3] Circostanza che penalizza tutti i lavoratori, ma ancor più le donne, che notoriamente devono cercare di conciliare l'attività lavorativa con i compiti di cura.

tutte le ore effettuate e non vengono riconosciute la tredicesima e la quattordicesima mensilità.

A fronte di questa situazione, mentre i sindacati confederati indicono degli scioperi "leggeri", di una o due ore, che di fatto non creano alcun danno al sistema produttivo aziendale, i sindacati di base organizzano un conflitto molto forte, con scioperi che vedono coinvolti contemporaneamente diversi magazzini. Nell'ambito di questi scioperi, vengono poste in essere una serie di azioni violente e certamente contro la legge: blocchi stradali, resistenza a pubblico ufficiale, danneggiamenti. E i presunti autori di questi reati vengono immediatamente denunciati.

A fronte di ciò, la Procura di Piacenza ritiene di contestare non tanto e non solo i reati di cui agli artt. 1 bis Decreto legislativo n. 66 del 1948, 337 e 635 Codice penale, ma il delitto di cui all'art. 416 Codice penale, ovvero l'associazione a delinquere

Si riporta una parte del capo di imputazione provvisorio, in particolare il primo, essendo il capo secondo sostanzialmente sovrapponibile. Gli ulteriori capi hanno ad oggetto quelli che, secondo l'ipotesi accusatoria, sono da considerarsi i reati fine:

> Del delitto di cui all'art. 416 co. 1, 2 e 3 c.p. perché, con i seguenti ruoli: si associavano tra loro al fine di commettere più delitti di violenza privata (art. 610 c.p.), di resistenza a pubblico ufficiale (artt. 336 e 337 c.p.), di interruzione di pubblico servizio (art. 340 c.p.), di sabotaggio (art. 508 c.p.) ed altri.
>
> In particolare, essendo tutti parte con i diversi ruoli sopra descritti del sindacato Si Cobas, premesso che: (i) tale sindacato di base era attivo da anni, accanto ai sindacati confederali, nel settore della logistica di Piacenza, avendo svolto numerose vertenze allo scopo di migliorare le condizioni di lavoro dei cosiddetti facchini, fino a diventare maggioritario in diversi magazzini; (ii) in tale settore era successivamente comparsa altra sigla sindacale di base, ossia l'Usb, che si rivelava attiva nel tentare di fare proseliti tra i lavoratori delle diverse aziende, quali Leroy Merlin, Tnt/Fedex, Gls, Traconf, Xpo ed altre; (iii) pertanto i predetti davano inizio ad un continuo conflitto con gli esponenti di Usb volto ad impedire loro di fare proseliti tra i lavoratori e comunque allo scopo di cercare di allontanarli dai diversi magazzini; (iv) il terreno di scontro tra le due contrapposte organizzazioni costituite attraverso la struttura dei Si Cobas e dell'Usb, era quindi formato dall'insediamento delle multinazionali operanti nel settore della logistica nel territorio di Piacenza che negli anni avevano coagulato un notevole bacino di maestranze, perlopiù di origine straniera, da "conquistare" attraverso le

affiliazioni alla sigla sindacale di base e poi strumentalizzare allo scopo di "conquistare i magazzini" e lucrare gli introiti derivanti dalle tessere e dalle conciliazioni, nonché consolidare il potere clientelare attorno alle figure degli indagati in grado di garantire assunzioni su base clientelare, stabilizzazioni, ma anche ricche buonuscite in caso di cambio appalto;

e così, ciò premesso, allo scopo di acquisire ed implementare i consensi tra i lavoratori: (i) alimentavano il conflitto all'interno dei magazzini, provocando scontri con la parte datoriale, con la cooperativa che appaltava la manodopera ovvero con appartenenti alla sigla sindacale avversa, così alimentando il proprio potere e, usciti vittoriosi dal conflitto, ottenendo l'affiliazione all'associazione di più lavoratori, assicurandosi i proventi di tessere e conciliazioni; (ii) per ottenere tale scopo creavano ad arte od alimentavano situazioni di conflitto con la parte datoriale, prendendo a pretesto ogni normale e banale problematica di lavoro risolvibile tramite fisiologici rapporti datore di lavoro/lavoratori, avviando attività di picchettaggio illegale all'esterno degli stabilimenti interessati impedendo ai mezzi di entrare ed uscire, anche occasionando scontri con le forze dell'ordine, occupando la sede stradale anche con oggetti oltre che con la persona dei lavoratori istigati allo scopo, ponendo in essere continue azioni di sabotaggio (ad esempio azionando l'interruttore di emergenza per interrompere l'azione dei macchinari utilizzati per la movimentazione dei pacchi), istigando i lavoratori a forme di lotta sindacali illecite, compreso il rallentamento pretestuoso e strumentale dell'attività lavorativa o l'uso dell'astensione per malattia anche in assenza di problematiche sanitarie; (iii) così alimentato il conflitto costringevano la parte datoriale – piegata dall'illegale blocco dei mezzi e delle merci, con il rischio di vedersi bloccata tutta la filiera logistica del *supply chain* e in definitiva di perdere l'appalto con il committente (fortemente danneggiato non solo dalle mancate consegne ma dal blocco o rallentamento di tutta la filiera) – a continue concessioni, anche indebite contrattualmente, ed alla fine costringendola ad addivenire a procedure conciliative garantendo ai lavoratori ricche buonuscite ed agli indagati di incassare il contributo previsto per le sigle che avevano perorato le ragioni dei lavoratori interessati; (iv) tramite tale sistema alimentavano attorno alla loro persona reti clientelari di lavoratori interessati alla stabilizzazione, anche e soprattutto a scapito dei lavoratori iscritti a sigle contrapposte, o comunque a lucrare ricche buonuscite, nonché ad approfittare della forza ricattatoria del sindacato di appartenenza per sottrarsi alla propria obbligazione lavorativa (ricorrendo a scioperi bianchi, rallentamenti, uso distorto ed illegale della malattia); (v) infatti, una volta ottenuto e consolidato il potere di ricattare la parte datoriale minacciando continui dannosissimi blocchi, al fine di

> consolidare la propria presenza all'interno del magazzino con le stesse modalità iniziavano a favorire "i propri lavoratori", affinché ottenessero di svolgere le mansioni più gradite a scapito degli altri, ottenendo pretestuosi privilegi e ciò per accreditarsi davanti agli "altri" come l'organizzazione più efficace ed in grado di fare ottenere loro condizioni migliori, sebbene ingiuste, in una logica di proselitismo autoalimentato; (vi) così raggiunta una forza evidente e monopolizzante all'interno dell'hub cominciavano ad imporsi alla proprietà anche per le scelte squisitamente a questa riservate, come appunto l'organizzazione del lavoro ovvero l'assunzione di singoli lavoratori a scapito di altri, imponendo il proprio volere minacciando in qualsiasi momento arresti alla produzione pretestuosi, non annunciati e dannosissimi: di qui le onerose conciliazioni, con incasso di ingenti somme da parte della sigla;
> e così, per le finalità sopra indicate, si associavano per commettere un numero indeterminato di delitti della specie sopra indicata.

Si tratta di un capo di imputazione che è stato giustamente definito «ridondante»[4], in cui viene contestato agli indagati, tra le altre cose, di avere organizzato vertenze allo scopo di migliorare le condizioni di lavoro dei lavoratori, di «lucrare gli introiti derivanti dalle tessere»[5] e dalle conciliazioni, di consolidare il proprio potere in modo tale da ottenere stabilizzazioni e «ricche buonuscite in caso di cambio d'appalto».

Per ottenere tali risultati, i sindacati avrebbero creato o alimentato situazioni di conflitto con la parte datoriale, prendendo a pretesto ogni normale e banale problematica di lavoro, risolvibile – secondo la Procura – tramite fisiologici rapporti datore di lavoro/lavoratori; in questo modo, avrebbero ottenuto indebite concessioni contrattuali e avrebbero inciso su «scelte squisitamente» datoriali, come l'organizzazione del lavoro.

È bene precisare fin da subito che né il Pm né il Gip hanno fornito elementi concreti da cui ritenere che le concessioni contrattali fossero indebite e le buonuscite eccessive rispetto a quanto effettivamente dovuto. O a quanto corrisposto ad altri lavoratori.

---

[4] E. Sirianni, *La "pretesa" del conflitto e l'oblio. Ancora note ad Ordinanza 2019/2022 del GIP di Piacenza* (10 novembre 2022), www.questionegiustizia.it/data/doc/3372/articolo-sirianni.pdf

[5] Un allarmante ruolo performativo, in questi provvedimenti, è spesso svolto dal lessico usato: il tesseramento sindacale, ad esempio, è definito «affiliazione».

Al contrario, vi sono dati appartenenti oramai quasi al notorio, dei quali non si è tenuto alcun conto, atteso che i lavoratori attinti dalla misura cautelare erano dipendenti di alcune delle molte aziende appaltanti di servizi resi alle multinazionali della logistica, proprietarie dei magazzini di Piacenza. Come, ad esempio, il fatto che, in caso di cambio appalto questi lavoratori rimangono spesso privi delle ultime mensilità maturate e del Tfr, così che tendenzialmente quanto richiesto corrisponde a importi pacificamente dovuti secondo la legge e la contrattazione collettiva nazionale[6].

Inoltre, non si comprende in base a quale dato di fatto si affermi che i conflitti si sarebbero potuti pacificamente risolvere all'interno dei rapporti datore di lavoro/lavoratore: in altri termini, chi stabilisce se una rivendicazione è così importante da determinare uno sciopero? Il magistrato? Il datore di lavoro? È del tutto evidente, in realtà, che debbano stabilirlo i diretti interessati, ovvero i singoli lavoratori e le loro organizzazioni. Essendo notoriamente lo sciopero «un diritto individuale ad esercizio collettivo», solo loro possono infatti decidere se l'affermazione di un certo diritto è così importante da sacrificare uno o più giorni di retribuzione; così come le forme, i modi, i tempi di una certa rivendicazione e i sacrifici che la giustificano. Parallelamente, il datore di lavoro deciderà – una volta messa in atto la protesta – se è preferibile concedere quanto richiesto o meno, a seconda dei danni causati dallo sciopero. Come è stato acutamente osservato «la pretesa di distinguere fra ciò che, nel conflitto sindacale, è fisiologico da ciò che è pretestuoso o abnorme, chiama alla memoria un dibattito dottrinario e giurisprudenziale che pareva aver trovato composizione in un'epoca oramai lontana»[7]. Il riferimento è alle teorie di Giugni circa l'impossibilità di definire in positivo il diritto di sciopero[8] e alla sentenza della Corte di cassazione che, nel definire il diritto in esame «nulla più che un'astensione collettiva dal lavoro, disposta da una pluralità di lavoratori, per il raggiungimento di un

---

[6] Sul punto cfr. C. Novaro, *Conflitto sindacale e iniziative giudiziarie: un ritorno al 1922?* (9 agosto 2022), https://volerelaluna.it/in-primo-piano/2022/08/09/conflitto-sindacale-e-iniziative-giudiziarie-un-ritorno-al-1922.

[7] E. Sirianni, *La "pretesa" del conflitto*, cit.

[8] «Si fingeva di dire ciò che lo sciopero è, ma in effetti si diceva ciò che lo sciopero deve essere. Si scambiava il piano della descrizione dello sciopero come fenomeno della realtà economico-sociale, con quello, giuridico, dell'individuazione dei requisiti che lo sciopero deve avere per essere legittimo»: G. Giugni, *Diritto sindacale*, Bari, 1988, p. 228.

fine comune» ha escluso la possibilità di far confluire valutazioni sul danno o sulle conseguenze nella valutazione della legittimità o meno dello sciopero[9].

Ancora: l'organizzazione del lavoro spetta ovviamente al datore. Ma il lavoratore ha il diritto di chiedere forme di lavoro migliori e più sostenibili. E ha il diritto di lottare per vedere accolte le proprie richieste. D'altra parte, non è un caso che il Costituente abbia espressamente citato in Costituzione il diritto di sciopero (art. 40), proprio perché è il principale strumento di lotta sindacale.

Infine, si rileva che, come dato sintomatico dell'esistenza di una struttura associativa, viene valorizzato un istituto, quelle delle così dette "casse di resistenza", che esistono da più di un secolo e che sono assolutamente lecite: parte dei proventi delle conciliazioni e delle affiliazioni al sindacato servono ad alimentare un fondo, utilizzato dal sindacato per le proprie battaglie. Si tratta di una forma di solidarietà collettiva del tutto legittima e la cui *ratio* è facilmente intuibile: parte del ricavato delle controversie vinte serve a finanziare quelle future.

Al di là delle specifiche critiche che possono essere mosse alla richiesta di applicazione di misura cautelare avanzata dal Pm e alla successiva ordinanza del Gip, quel che più sconcerta è che la criminalizzazione di quello che è l'in sé della lotta sindacale: organizzare conflitti collettivi e costruire vertenze per migliorare le condizioni di lavoro dei lavoratori.

Non si vuole naturalmente negare che nell'ambito di questi conflitti possano essersi verificati comportamenti penalmente rilevanti: ma un conto è accertare la commissione di illeciti e punire i responsabili, altro è criminalizzare l'attività sindacale in sé.

E per compiere tale attività di criminalizzazione è stata svolta una penetrante attività di indagine, fondata su intercettazioni e servizi di appostamento. L'esito di quest'attività è ampiamente riportata sia nella richiesta del Pm, di oltre quattrocento pagine, che nell'ordinanza del Gip, di circa trecentocinquanta pagine.

Al Tribunale del Riesame di Bologna[10] sono bastate ventitré pagine di motivazione per smontare l'intera ipotesi accusatoria, partendo da un'affermazione che al lettore attento può sembrare quasi banale: tutti gli scopi individuati dai capi di imputazione sono leciti. Si tratta infatti di attività che, lungi dall'essere elementi sintomatici dell'*affectio societa-*

[9] Corte di cassazione Sezione lavoro, 30 gennaio 1980 n. 711.

[10] Ordinanza adottata a seguito dell'udienza camerale del 6 luglio 2022.

tis, caratterizzano quell'azione sindacale che non solo è ammessa, ma è anche protetta dalla Costituzione.

Ciò che rileva ai nostri fini è l'idea sottostante alla richiesta del Pm e all'ordinanza del Gip, ossia quella di una gestione concordata e non conflittuale delle relazioni tra datori e lavoratori. O, al massimo, di una gestione il minimo possibile conflittuale. Dimenticandosi, appunto, che i diritti nascono dal conflitto e non dalla concordia.

Si è ancora in attesa degli sviluppi dibattimentali di questa vicenda. Preme comunque osservare che in alcuni casi analoghi le aziende coinvolte hanno chiesto al Giudice di chiamare in causa il sindacato come responsabile civile, a fronte della contestazione di reati quali la violenza privata e il danneggiamento[11]. Con ciò, di nuovo, cercando di criminalizzare l'azione sindacale in sé e l'organizzazione del conflitto in quanto tale (e non solamente i suoi eventuali esiti antigiuridici)[12].

Fortunatamente, l'azione della Magistratura si è svolta anche in direzione opposta, contestando la commissione del reato di cui all'art. 603bis Codice penale[13] alle aziende che si avvalgono di manodopera reclutata tramite intermediazione illecita ovvero commissariando quelle aziende che riconoscono stipendi al di sotto della soglia della povertà[14]. In questi casi, l'azione delle Procure si è mossa lungo la strada della repressione di quelle condotte datoriali che negano i diritti

---

[11] Istanza accolta, per esempio, dal Gup del Tribunale di Modena (provvedimento 21 aprile 2022).

[12] La richiesta di chiamata in causa del sindacato è, a parere di chi scrive, inammissibile. L'art. 38 codice di procedura penale prevede infatti la possibilità di chiamare in causa nel procedimento penale solo ed esclusivamente il soggetto chiamato a rispondere per il fatto dell'imputato a norma delle leggi civili. Trattandosi di "responsabilità per fatto altrui" l'operatività dell'istituto è ancorata a specifiche previsioni normative che prevedono la responsabilità esclusiva o solidale del responsabile civile che non ha partecipato al compimento dell'illecito penale. Nel caso in esame non vi è alcun fondamento civilistico che fondi tale responsabilità.

[13] Cfr., in particolare, Gup, Tribunale di Milano, 15 ottobre 2021 n. 2805, che ha condannato l'amministratore della società Flash Road City (poi Frc s.r.l.) – che si occupava del reclutamento dei *rider* per la divisione italiana del gruppo Uber – alla pena finale di anni tre, mesi otto di reclusione ed Euro 30.000 di multa in relazione al delitto di sfruttamento lavorativo ai danni dei *rider*. Per una ricostruzione del fenomeno del caporalato cfr. R. Riverso, *Cooperative spurie ed appalti: nell'inferno del lavoro illegale* (30 aprile 2019), www.questionegiustizia.it/articolo/cooperative-spurie-ed-appalti-nell-inferno-del-lavoro-illegale_30-04-2019.php e R. Riverso, *Il settore degli appalti, delle cooperative e della somministrazione fraudolenta*, in F. Buffa, L. Gadaleta e R. Riverso, *Sfruttamento lavorativo*, Vicalvi, 2017, p. 91 ss.

[14] Il riferimento è alla nota vicenda Mondialpol, ancora *sub iudice*.

e che pongono in essere sistematiche azioni elusive della normativa posta a tutela del soggetto contrattualmente più debole.

3. Il conflitto sociale

3.1. La creazione di un pool *ad hoc*

Una prima osservazione sulle modalità con cui vengono letti ed affrontati i fenomeni sociali da parte delle Procure deriva dalla loro organizzazione: a Torino, per esempio, è stato istituito uno specifico pool di magistrati inquirenti per l'avvio, l'istruzione e la gestione dei processi in tema di reati legati alla conflittualità sociale. L'idea che è alla base di una scelta di questo tipo è quella per cui è una priorità accertare e punire quei reati che avvengono nel corso e nell'ambito di manifestazioni politiche e sociali: per questa ragione sono state investite importanti risorse ed è stato creato un circuito processuale "ad alta velocità" che ha consentito di definire speditamente tali procedimenti[15].

Inoltre, si presuppone un'unità di intenti tra tutti coloro che partecipano a manifestazioni, quando in realtà si è in presenza di fenomeni variegati.

Ancora, si parte con l'idea per cui un'attività di per sé non solo lecita, ma anche protetta costituzionalmente, sia teatro di azioni delittuose che hanno elementi comuni (se no non si spiegherebbe la creazione di un unico gruppo) quando invece le manifestazioni possono essere semplicemente l'occasione per la realizzazione di determinati crimini.

3.2. La formulazione dei capi di imputazione: i reati in contestazione

Una seconda osservazione deriva, anche in questo caso, dalla formulazione dei capi di imputazione.

In alcuni casi, è stata contestata l'associazione a delinquere con finalità sovversiva: ad esempio, con richiesta del 22 luglio 2022 la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino ha chiesto il rinvio a giudizio di una serie di persone, contestando il reato di cui all'art. 270 Codice penale per avere promosso, costituito, organizzato e partecipa-

[15] Cfr. sul tema C. Novaro, *Repressione giudiziaria e movimenti. Il caso Torino* (2 luglio 2019), https://volerelaluna.it/societa/2019/07/02/repressione-giudiziaria-e-movimenti-il-caso-torino.

to ad un'associazione idonea a sovvertire violentemente l'ordinamento politico e giuridico dello Stato, mediante la commissione di una pluralità di delitti. Il tutto al fine di costringere i poteri pubblici a cambiare le politiche sociali ed economiche.

Dalla lettura del capo di imputazione emerge il ragionamento della Procura della Repubblica: poiché la realizzazione del Tav è stata decisa dai competenti organi ed in modo democratico, circostanza che si può dare per pacifica e non si vuole certo negare, chi si oppone alla sua realizzazione – se lo fa in modo violento – commette il reato contestato in quanto punta a sovvertire l'ordinamento politico obbligandolo a cambiare le proprie scelte legittimamente adottate.

È un ragionamento fallace: in uno Stato di diritto, è perfettamente lecito manifestare per opporsi alle scelte adottate democraticamente e lo scopo delle manifestazioni non può che essere quello di incidere sulle politiche del governo e del parlamento. Se poi, nel corso di quelle manifestazioni, verranno commessi dei reati, gli stessi andranno puniti. Ma ricavare dalla loro commissione – e al fatto che si vuole del tutto legittimamente incidere sulla politica sociale ed economica – la circostanza che si stia cercando di sovvertire l'ordinamento, costituisce un salto logico forzato, che relega nell'illiceità ogni azione volta a mutare lo stato di cose presenti.

E infatti già il Gup, in sede di rinvio a giudizio, ha sconfessato questa impostazione, ritenendo contestabile nel caso di specie solamente l'associazione a delinquere, finalizzata alla commissione di una pluralità di delitti, tra cui violenza, minaccia e resistenza a pubblico ufficiale, incendio, violenza privata e danneggiamento.

D'altra parte, la Corte di cassazione ha da tempo sottolineato che «ai fini della configurabilità del reato di associazione sovversiva è necessaria l'esistenza di una struttura organizzata avente un programma finalizzato a sovvertire violentemente l'ordinamento dello Stato e dotata di mezzi e strumenti idonei a perseguire tale risultato, non essendo sufficiente il mero perseguimento di un'idea eversiva»[16]. In sostanza, l'idea di sovvertimento non è sufficiente per configurare la fattispecie di cui all'art. 270 Codice penale, essendo al contrario neces-

[16] Sez. 6, Sentenza n. 39810 del 12 giugno 2019 Ud., dep. 27/09/2019, Rv. 277063 – 01; nello stesso senso si vedano n. 22719 del 2013 Rv. 256489 - 01, n. 46308 del 2012 Rv. 253943 - 01, n. 46340 del 2013 Rv. 257547 - 01, n. 22673 del 2008 Rv. 240085 - 01, n. 2651 del 2016 Rv. 265924 - 01, N. 1072 del 2007 Rv. 235289 - 01, n. 48001 del 2016 Rv. 268164 - 01, n. 30824 del 2006 Rv. 234182 – 01.

saria la predisposizione di mezzi idonei per raggiungere lo scopo. Anche in questo caso, non si vuole negare la circostanza che in occasioni di manifestazioni pubbliche possano essere stati commessi reati anche gravi. Però, bisogna avere piena consapevolezza del fatto che «sminuendo il dato strutturale e organizzativo insito nel delitto associativo, l'anticipazione della repressione penale finirebbe per sanzionare la semplice adesione ad un'astratta ideologia»[17]. Con la conseguenza che si finirebbe per punire chi esprime idee – per quanto sbagliate – invece che chi commette fatti[18].

Altre volte, viene contestata unicamente l'associazione a delinquere: con provvedimento del 29 gennaio 2016 il Gip di Padova ha per esempio applicato una serie di misure cautelari riconoscendo la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza del delitto di cui all'art. 416 Codice penale per coloro che facevano parte del Comitato lotta per la casa, il cui scopo sarebbe stato quello di occupare abusivamente appartamenti e edifici di proprietà pubblica, porre in essere reati di minacce e residenza a pubblico ufficiale, per opporsi all'esecuzione di provvedimenti di sfratto. A seguito dell'annullamento dell'ordinanza da parte del Tribunale del Riesame di Venezia[19], il Pm ha proposto ricorso per cassazione. Nella sentenza adottata dalla Corte all'esito del procedimento[20], sono stati affermati principi importanti: il comitato di lotta per la casa «non è un'associazione a delinquere ma un movimento con finalità di lotta politica, che non possono che essere definite lecite, avendo come obiettivo quello di fornire assistenza legale e di interloquire con le istituzioni nell'ambito dei temi sull'emergenza abitativa»

---

17 R. Bartoli, M. Pelissero e S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, p. 787.

18 Emblematica, da questo punto di vista, la vicenda di Maria Soledad Rosas ed Edoardo Massari, accusati di aver posto in essere quattordici attentati compiuti in Valle di Susa nei confronti dell'alta velocità ferroviaria. Tra le prove principali il fatto che, nel corso di un'intercettazione, un soggetto terzo, Silvano Pelissero, ha affermato che sarebbe bello sparare con una mitraglietta alle persone ricche che sciano. I tre sono nella stessa automobile. Non viene trovata nessuna mitraglietta, nessun'arma, non ci sono altri elementi di rilievo (se non il fatto che sia Pelissero che Massari hanno alcuni precedenti specifici). Ciò nonostante, viene applicata la misura cautelare del carcere per associazione eversiva, sorretta, secondo i Pm, da prove granitiche. La Corte di cassazione, nel 2002, scagionerà dall'accusa il solo Pelissero; Massari e Rosas si sono infatti uccisi in carcere poco dopo l'arresto, rispettivamente il 28 marzo e l'11 luglio 1998.

19 Ordinanza 9 marzo 2016.

20 Sez. 6, 17065/2017.

(punto 1.1. considerato in diritto). Da questo punto di vista, «il vincolo associativo non può essere confuso con forme di condivisione di obiettivi politici e sociali leciti» (punto 1.3 considerato in diritto).

Anche in questo caso, non si vuole negare che siano stati commessi reati come le resistenze a pubblico ufficiale, ma si tratta non di obiettivi di un programma criminoso, bensì dell'esito di azioni di contestazione di una politica abitativa non condivisa, che in alcuni casi sono sfociati in condotte illecite[21].

D'altra parte, è per giurisprudenza consolidata che l'associazione a delinquere «presuppone la sussistenza di una stabile struttura organizzativa volta alla realizzazione di un programma criminoso oggetto del vincolo associativo. Quando sono invece stati solo predisposti anche complessi accorgimenti organizzativi al solo fine di perseguire lo scopo criminoso si rientra nella diversa fattispecie del concorso di persone nel reato»[22].

I Tribunali hanno mantenuto lo stesso rigore quando le Procure hanno contestato la commissione di reati, a titolo concorsuale, per il solo fatto di essere stati commessi nell'ambito di manifestazioni. L'idea di partenza era la seguente: la prova della responsabilità penale degli imputati si può ricavare sulla base del dato assiomatico per cui la mera presenza sul teatro degli scontri rafforza di per sé il proposito delittuoso di chi materialmente si rende responsabile di atti di violenza. Da qui discende il rinvio a giudizio di chi materialmente non pone in essere alcun atto violento, ma si trova dove gli stessi vengono commessi.

Così, ad esempio, a seguito dei disordini occorsi a Torino il 22 febbraio 2018, nel corso di una manifestazione antifascista tenutasi a margine del convegno nazionale di Casa Pound, una serie di manifestanti sono stati rinvitati a giudizio per i reati, tutti commessi in concorso, di resistenza e minaccia a pubblico ufficiale, lesioni e scoppio di ordigni esplodenti.

Nella sentenza resa in data 18 aprile 2019 il Tribunale di Torino ha rilevato in primo luogo come le ragioni poste alla base della manifestazione fossero del tutto legittime: l'opposizione al fascismo è infatti un elemento connaturale del nostro ordinamento e l'attuale Costituzione è non solo l'antitesi ma anche la risposta storica rispetto al precedente regime totalitario. Pertanto, la mera partecipazione alla manifestazio-

[21] Cass., sez. 6, n. 17065 del 2017.

[22] Sez. 6, n. 19783 del 2013.

ne ed il fatto che tutti i partecipanti avevano come scopo ribadire le ragioni dell'antifascismo non poteva di per sé determinare – in assenza di altri elementi – che tutti dovessero rispondere per quanto commesso solo da alcuni.

Inoltre, è dato di comune esperienza che le persone partecipano ad una manifestazione – giungendovi anche in tempi diversi – con intenzioni magari comuni sotto il profilo ideale, ma talora con intenti pratici ben differenti. Si tratta, in sostanza, di fenomeni sociali articolati, con la conseguenza che, in difetto di prova di una preordinata volontà di concorrere (materialmente o moralmente) alla commissione di atti violenti penalmente perseguibili e della commissione di atti in cui quel concorso si sia materializzato, non può essere assiomaticamente recepita l'ipotesi d'accusa che sovrappone la mera presenza alla prestazione di un contributo causale alla commissione del reato; anche perché, portando alle estreme conseguenze l'ipotesi d'accusa, si costruirebbe uno schematismo per cui "tutti concorrono in tutto".

D'altra parte, sul punto le Sezioni unite della Corte di cassazione[23] hanno affermato che, onde garantire il rispetto del principio della responsabilità personale, è necessario: (i) che sia provato che la presenza dei manifestanti sul teatro degli scontri non era mera e inerte presenza, non rilevando né la mera connivenza, né l'adesione morale ad altrui condotte illecite; (ii) che sia provato che la presenza e la condotta dei manifestanti si sia risolta in un contributo – causale o agevolatore (sotto il profilo materiale o morale) – alla commissione del fatto tipico; (iii) contributo che deve essere consapevole: (a) del contesto, (b) del fatto che il contributo individuale si colloca nel contesto e che su tale contesto influisce, (c) del fatto che vi sono dei concorrenti, (d) del fatto che almeno uno dei concorrenti è animato dal dolo specifico richiesto dalla norma incriminatrice contestata[24].

---

[23] Sentenza n. 45276 del 30 ottobre 2003.

[24] Gli stessi principi sono stati ribaditi, più recentemente, da Sez. 6, Sentenza n. 54424 del 2018, che ha affermato che «la c.d. "flessibilizzazione" del paradigma condizionalistico nel campo degli illeciti plurisoggettivi non può tradursi nel carattere fittizio della causalità nelle ipotesi di concorso morale, in cui, per superare la difficoltà probatoria dell'effettiva efficacia determinatrice o rafforzatrice della condotta, si abbandona lo schema condizionalistico in favore di giudizi di carattere meramente prognostico-probabilistico. Il criterio di imputazione causale dell'evento cagionato dalla condotta concorsuale costituisce il presupposto indispensabile di tipicità della disciplina del concorso di persone nel reato e la fonte ascrittiva della responsabilità del singolo concorrente».

Infine, con riguardo a questa specifica manifestazione, è interessante sottolineare che alcuni degli attori processuali presupponevano una visione necessariamente concordata anche di questo tipo di conflitti: i difensori delle parti civili hanno infatti più volte fatto riferimento alla circostanza che il corteo non fosse stato preventivamente autorizzato, dimenticandosi del fatto che non è necessaria alcuna autorizzazione, essendo il diritto di riunione garantito costituzionalmente: a norma dell'art. 17 Costituzione infatti «i cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi». L'unico limite che la Costituzione pone è quello previsto dal terzo comma del medesimo articolo, a norma del quale «delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica». Il preavviso è un onere posto a carico dei promotori della riunione ma non ne è condizione di legittimità, come sarebbe invece l'autorizzazione: ed infatti consolidata e pacifica giurisprudenza costituzionale ha affermato che «il preavviso da dare all'autorità di pubblica sicurezza, ai sensi dell'art. 17 della Costituzione, per le riunioni che debbano svolgersi in luogo pubblico, non può essere equiparato ad una istanza di autorizzazione e che pertanto le riunioni non preavvisate non possono, in sé e per sé, essere ritenute illecite». Pertanto, la partecipazione anche a riunioni non preavvisate «si risolve nel concreto esercizio di un diritto costituzionalmente protetto» e non può mai essere censurato o sanzionato in quanto tale[25].

Come è stato efficacemente osservato:

> il preavviso non è una richiesta di autorizzazione. Dare il preavviso a qualcuno significa metterlo a conoscenza delle proprie intenzioni. Punto. Il preavviso non necessita di risposta, è un atto unilaterale. A che cosa serve allora? Serve a consentire all'autorità di valutare la situazione, verificando se dalla manifestazione deriveranno «comprovati» pericoli alla sicurezza o all'incolumità pubblica. E solamente in questi casi – ben più circoscritti rispetto al più ampio concetto di ordine pubblico – l'autorità può vietare la manifestazione, che dunque non potrà legalmente svolgersi. Insomma, il divieto di manifestare è il caso eccezionale (non certo la regola), adottabile solamente quando ricorrano quei comprovati motivi di cui abbiamo detto[26].

---

[25] Corte costituzionale, sentenza n. 90 del 1970.

[26] F. Pallante e M. Losana, *Manifestare è la regola, reprimere è l'eccezione* (10 gennaio 2023), https://volerelaluna.it/in-primo-piano/2023/10/10/manifestare-e-la-regola-reprimere-leccezione.

3.3. La conduzione delle indagini: i processi ai fenomeni

Un terzo piano di analisi è rappresentato dalla modalità con cui vengono condotte le indagini: intercettazioni durate molti anni, capi di imputazione che contestano condotte che durano nel tempo e nello spazio in maniera continuativa, centinaia di appostamenti e pedinamenti.

Un esempio di questo modo di procedere è rappresentato dall'indagine così detta *Scripta manent*, che – per le sue dimensioni – più che ad un processo a determinate persone e fatti, ha rappresentato il processo alla storia e al mondo anarchici torinesi. Trecento faldoni di atti di indagine, quaranta udienze dibattimentali, la contestazione di associazione per delinquere dal 2003 al 2017, trentacinque mila ore di registrazione ambientale, ottanta proroghe dei termini delle intercettazioni.

Nell'ambito di questa indagine, sono stati contestati e accertati episodi anche molto gravi, che in questa sede non si vuole né sminuire né sottovalutare. Ciò che però desta perplessità è il tentativo di utilizzare il processo per definire un fenomeno sociale complesso, variegato, con mille differenze e sfaccettature al proprio interno, credendo che sia criminale qualsiasi condotta che rientri in quell'orbita e perdendo di vista il fatto che essere anarchici non vuol dire certo – per ciò solo – essere criminali.

Il conflitto sociale che innegabilmente esiste, e viene teorizzato e ricercato, può essere il risultato di una scelta politica e non di un programma delinquenziale. Fermo restando che qualora in questo contesto vengono commessi dei reati devono ovviamente essere perseguiti.

A pensarla diversamente, si arriva a criminalizzare qualsiasi movimento che si prefigge di mutare lo stato di cose presenti[27]. Qualsiasi forma di protesta nei confronti di legittime decisioni assunte dal Parlamento o dal Governo diventa così sovversiva, se realizzata anche in forma violenta. E invece che punire le manifestazioni violente si finisce per ricondurre a sovversione condotte che hanno come scopo quello di incidere sulla realtà.

---

[27] È l'idea che traspare dalla richiesta formulata dalla Procura della Repubblica nella citata richiesta di rinvio a giudizio rg nr 24924/2019: partendo dall'idea secondo cui il Tav è un'opera la cui realizzazione è stata decisa da un parlamento democraticamente eletto, si arriva di fatto a sostenere che la sua contestazione rappresenti una condotta orientata al sovvertimento dell'assetto costituzionale esistente.

4. Considerazioni conclusive

Negli ultimi decenni abbiamo assistito ad un profondo impoverimento della società, con un aumento delle diseguaglianze: i ricchi sono sempre più ricchi, i poveri sempre più poveri[28].

In questo contesto, da un lato il conflitto sociale – a livello generale – è diminuito, dall'altro lato il conflitto militante si è radicalizzato, anche in conseguenza delle risposte sanzionatorie che abbiamo illustrato.

Sullo sfondo, la sostanziale assenza (o comunque un netto peggioramento) di serie politiche economiche e sociali, in grado di sostenere il reddito e di incidere sulle profonde diseguaglianze che attraversano la società. Invece che investire su un lavoro sicuro, stabile, garantito, invece che porre al centro politiche rispettose del territorio e dell'ambiente, si è preferito lasciare queste questioni alla repressione giudiziaria, criminalizzando l'azione di coloro che credono che un mondo diverso sia ancora possibile e rendendo tecnicamente "sovversiva" la stessa idea di un tale cambiamento.

---

[28] Nel 2022 sono in condizione di povertà assoluta poco più di 2,18 milioni di famiglie (8,3% del totale da 7,7% nel 2021) e oltre 5,6 milioni di individui (9,7% in crescita dal 9,1% dell'anno precedente). L'incidenza della povertà assoluta fra le famiglie con almeno uno straniero è pari al 28,9%, si ferma invece al 6,4% per le famiglie composte solamente da italiani. L'incidenza di povertà relativa si attesta al 10,9% (stabile rispetto all'11,0% del 2021) e le famiglie sotto la soglia sono 2,8 milioni. Nel biennio della pandemia Covid, il 2020-2021, l'1% più ricco della popolazione mondiale ha visto crescere il valore dei propri patrimoni. Più 26.000 miliardi di dollari in termini reali. A questo 1% è andato il 63% dell'incremento complessivo della ricchezza netta globale (42.000 miliardi di dollari). Si tratta di quasi il doppio della quota (37%) andata al 99% più povero della popolazione mondiale. Tutti i dati sono consultabili sul sito dell'Istat.

Beni comuni e conflitto sociale

Maria Rosaria Marella

1. Introduzione

Nel variegato articolarsi dei discorsi intorno ai beni comuni, l'aspirazione al bene comune e, talora, l'indicazione del bene comune quale obiettivo di un'azione politica collettiva tornano di frequente. Ciò tanto perché i sintagmi bene comune, beni comuni sono evidentemente assonanti, così da indurre con qualche (automatismo, eccesso di) semplificazione (di troppo) ad una loro identificazione, quanto perché si pensa che nella definizione di un progetto politico di trasformazione l'uno implichi gli altri fino a sovrapporsi e coincidere. La relazione di contiguità fra bene comune e beni comuni si colloca dunque su due piani diversi: da un lato la loro assimilazione è tendenzialmente frutto di un equivoco in cui è facile cada la non addetta ai lavori, dall'altro tale assimilazione è invece il precipitato di un preciso disegno politico.

In queste riflessioni mi propongo di illustrare le ambiguità sottese all'associazione semantica bene comune/beni comuni sui diversi piani in cui essa si dà.

2. I beni comuni v. il Bene comune

La nozione di bene comune, nell'accezione resa nota dalla dottrina di Aristotele, prima, e di Tommaso d'Aquino, poi, indica il fine della legge, la quale, come Tommaso specifica nella *Summa Theologiae*, in tanto può dirsi tale in quanto persegua attraverso i suoi precetti la realizzazione del bene comune, ossia di ciò che giova all'intera collettività; di talché il bene comune, potremmo dire, risponde a un'opzione sia metodologica che assiologica, ed è insieme fondamento di

legittimazione del giuridico e suo fine ultimo. Ovviamente ciò presuppone una comunità omogenea e coesa al suo interno, fondata su una gerarchia di valori condivisa, poiché il bene comune per essere tale deve essere riconosciuto nella sua qualità da tutti. Ed è altresì evidente, agli occhi dell'osservatore moderno e laico, l'assoluta indeterminatezza di un progetto finalizzato al bene comune, in quanto capace per sua natura di essere piegato ai programmi e alle ideologie più diverse[1], ma comunque iscritti nella cornice ideale di una completa pacificazione sociale.

I beni comuni, per contro, almeno per come la nozione è andata configurandosi nel recente dibattito italiano[2] – il quale peraltro, bisognerà pure ammetterlo, rappresenta una punta avanzata in Europa – fanno capo a pratiche politiche e a teorizzazioni filosofiche e giuridiche che trovano nel conflitto sociale la loro cifra. Ricorrente, ad esempio, è l'idea che il conflitto che porta al riconoscimento di un bene comune

---

1 Si vedano al riguardo le precise osservazioni di L. Pennacchi, *La triangolazione pubblico/privato/comune ai fondamenti della modernità*, in Fondazione Lelio e Lisli Basso e Issoco (a cura di), *Tempo di beni comuni. Studi multidisciplinari*, Roma, 2013, spec. p. 62 ss.

2 A titolo non esaustivo cfr. U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma e Bari, 2011; M.R. Marella, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2011, p. 103 ss.; G. Carapezza Figlia, *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, p. 1061 ss.; P. Maddalena, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 2613 ss.; M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; A. Iuliani, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 617 ss.; S. Chignola (a cura di), *Il diritto del comune*, Verona, 2012; F. Macario, *Sub* art. 832, in A. Iannarelli e F. Macario (a cura di), *Della proprietà*, in *Commentario al codice civile Gabrielli*, Milano, 2012, part. p. 377 ss.; M. Barcellona, *A proposito dei «beni comuni»: tra diritto, politica e crisi della democrazia*, in *Europa e diritto privato*, 2013, p. 617 ss.; A. Di Porto, *Res in usu publico e "beni comuni". Il nodo della tutela*, Torino, 2013; C. Salvi, *Beni comuni e proprietà privata (a proposito di 'Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni', a cura di Maria Rosaria Marella)*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 209 ss.; N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, pp. 128 ss. e 133 ss.; A. Gambaro, *Note in tema di beni comuni*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto*, 2013, 1; G. Micciarelli, *Le teorie dei beni comuni al banco di prova del diritto. La soglia di un nuovo immaginario istituzionale*, in *Politica & Società*, 2014, p. 123 ss.; U. Mattei, *La proprietà*, 2. ed, in *Trattato di diritto civile*, dir. da R. Sacco, Torino, 2015, pp. 1 ss. e 143 ss.; L. Nivarra, *Quattro usi di "beni comuni" per una buona discussione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2016, p. 43 ss.; A. Quarta e M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milano e Udine, 2016; P. Nervi, E. Caliceti e M. Iob, *Beni comuni e domini collettivi*, Milano, 2019; C. Salvi, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, 2. ed., in *Commentario al Codice civile*, fond. da P. Schlesinger, Milano, 2019, p. 47 ss.; A. Vercellone, *Beni comuni: tutela, identità, gestione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2021, p. 287 ss. e M. Di Masi, *Ripensare il cibo come bene comune*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2022, p. 19 ss.

sia parte integrante del bene comune stesso. Così che, volendo indulgere nel paradosso, potrebbe dirsi che i beni comuni siano, a dispetto del loro nome, risorse "di parte" (non nel senso di essere destinati ad alcuni e non ad altri, ma per il disegno politico che esprimono). Certamente *di parte* è la nozione che li individua.

Lungi dal celebrare un ritorno a idilliaci scenari premoderni di cui gli usi e i demani civici ancora esistenti costituirebbero il retaggio, i beni comuni sono infatti l'esito di pratiche di resistenza alle politiche neoliberali di spossessamento del comune che trovano oggi anche e forse soprattutto nel pubblico, in considerazione delle massive operazioni di privatizzazione poste in essere dagli Stati nazionali, un fattore cruciale di avanzamento[3]. Questo chiarisce l'aspirazione del discorso dei beni comuni a porsi su un piano *altro* rispetto alla critica scontata alla sempre più pervasiva *commodification* delle risorse un tempo liberamente accessibili; ad andare oltre il privato *e* il pubblico, secondo una formula che ha conosciuto qualche fortuna e molte critiche nel recentissimo passato[4]. Un piano che certamente non esclude, peraltro, che si possa (ed, anzi si debba, stante il sistema vigente) far ricorso a dispositivi giuridici di diritto pubblico e soprattutto di diritto privato per il riconoscimento, la gestione e la tutela di ciò che si assume *comune*[5]. Che anzi nelle pieghe del sistema intende radicarsi e crescere, diffondendosi interstizialmente come spazio di resistenza e di costruzione di comun-e (-ismo).

Sono dunque fuori quadro quelle visioni idilliache, pacificatrici, persino bucoliche, dei beni comuni che circolano soprattutto fra i loro detrattori. Anche una pratica comune, apparentemente pacifica come il ricorso a una licenza *Creative commons* rappresenta una presa di posizione, un vero e proprio atto di resistenza contro la moderna campagna di *enclosure* messa in atto a livello globale a sostegno della proprietà intellettuale. Sul web il conflitto in difesa del *public domain* è agito costantemente, trovando poi momenti di emersione in singole

---

[3] Cfr. S. Rodotà, *Vivere la democrazia*, Roma e Bari, 2018, part. p. 93 ss.

[4] La formula compare nel sottotitolo della versione italiana di *Commonwealth* di A. Negri e M. Hardt (*Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, 2010) ed è ripresa nel titolo del volume collettaneo da me curato (*Oltre il pubblico e il privato,* cit.) attirandosi anche severe censure. Cfr. ad es. T. Seppilli, *Sulla questione dei beni comuni. Un contributo antropologico per la costruzione di una strategia politica*, *ivi*, spec. p. 125.

[5] Il che non vuol dire rendersi subalterni alla logica neoliberale, come intende invece, equivocando, C. Formenti, *Utopie letali. Contro la politica postmoderna*, Milano, 2013, spec. p. 136 s.; tutto il contrario. Ma vedi *infra* nel testo.

mobilitazioni, occasionate dai molteplici, continui tentativi di spossessamento del comune messi in atto attraverso accordi internazionali fra Stati, come ad esempio Acta. Ed è persino inutile sottolineare come la rivendicazione del carattere comune di una risorsa naturale simbolo della vita stessa, come l'acqua, si accompagni a dure lotte popolari, dalla celebre "guerra dell'acqua" di Cochabamba, in Bolivia, alla storia infinita della ripubblicizzazione del servizio idrico in Italia. In fondo gli stessi residui di proprietà collettiva che più di tutto incarnano quella visione bucolica dei *commons* di cui si alimenta certa cattiva stampa, sono l'esito finale di un aspro conflitto che ha visto prevalere i modelli della proprietà pubblica e della proprietà privata individuale ai danni di «un altro modo di possedere»[6], duramente contrastato nel corso dell'Ottocento e del Novecento dalla legislazione dello Stato liberale post-unitario, prima, dello Stato fascista poi, e infine, dalla legislazione regionale, sino a ridurre il vasto patrimonio agricolo a titolarità e gestione comune prima esistente in Italia a poche, isolate realtà[7].

Ancora, affermare che lo spazio urbano è un bene comune è un atto di resistenza – alla disgregazione sociale, alla crescente erosione degli spazi di democrazia – e una rivendicazione di libertà: libertà di stringere legami sociali in spazi lisci, libertà di sottrarsi al controllo dei corpi e alla imposizione di identità che i dispositivi in atto nella metropoli, dalla marginalizzazione originata dalle operazioni di *gentrification* e di rigenerazione dello spazio pubblico alla creazione di *gated communities* e quartieri-ghetto, dalla costruzione delle cattedrali del consumo alla messa in opera di politiche securitarie, costantemente producono e ri-producono[8].

---

[6] P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977.

[7] In generale cfr. F. Marinelli, *Gli usi civici*, 2. ed., Milano, 2013. Peraltro da ultimo la legge 168 del 20 novembre 2017 che disciplina la gestione dei beni di dominio collettivo, pare colmare, dopo anni di dibattito dottrinale e giurisprudenziale, quel gap rintracciabile nell'ordinamento civile della proprietà fondiaria, vale a dire il disciplinamento della proprietà collettiva, articolazione della più generale proprietà fondiaria, che non è riferibile né al singolo né ad un ente pubblico bensì ad una collettività di persone che vanta il diritto di trarre utilità dalla *res* e di escludere terzi: cfr. per tutti F. Marinelli e F. Politi (a cura di), *Domini collettivi ed usi civici*, Pisa, 2019.

[8] Torno sull'argomento in M. R. Marella, *Lo spazio urbano come commons e il problema della proprietà*, in S. Munarin e L. Velo (a cura di), *Italia 1945-2045. Urbanistica prima e dopo. Radici, condizioni, prospettive*, Roma, 2016, p. 111 ss. Cfr. anche i contributi in

Infine la proposta di riconfigurare come beni comuni istituzioni erogatrici di servizi pubblici finalizzati alla realizzazione di diritti fondamentali come la salute e l'istruzione, dunque sanità, scuola, università, mette in campo l'aspirazione a superare sia l'odierno mix pubblico-privato che dà vita a quei modelli di aziendalizzazione che tanto apertamente si pongono in contrasto con l'originaria vocazione del servizio pubblico a soddisfare in forme tendenzialmente universalistiche i diritti sociali di rilevanza costituzionale, sia il vecchio modello statalista di matrice ottocentesca che rappresenta l'ente pubblico come erogatore del servizio e il cittadino come suddito portatore della pretesa alla prestazione, e che tanto quanto il primo esclude gli utenti dalla programmazione degli obiettivi e dal controllo dei risultati prodotti dal servizio pubblico, cioè da una gestione autenticamente partecipata, prossima a forme di autogoverno.

Il quadro si arricchisce e si complica se prendiamo in considerazione quelle pratiche di riscrittura "dal basso" delle relazioni fra persone e cose in cui si sostanziano le occupazioni di immobili abbandonati e spazi culturali dismessi che, sempre più di frequente nelle città italiane, si richiamano ai beni comuni aspirando con ciò a superare il modello della proprietà, pubblica e privata, per affermare il valore della cooperazione sociale[9].

Riassumendo, se identifichiamo i beni comuni con quelle risorse sottratte allo spossessamento del comune e strettamente correlate a – ovvero direttamente costitutive di – una collettività, gestite in comune o quanto meno in modo partecipato, a prescindere dal titolo di appartenenza (sia esso corrispondente ad una proprietà privata ovvero alla proprietà pubblica), non possiamo occultare o sottovalutare il potenziale di critica al sistema ad essi inerente e, più precisamente, la componente conflittuale che è loro propria, se non al prezzo di mistificarne o equivocarne la sostanza[10]. Cosicché la distanza da un ideale di pacificazione sociale risulta netta e, in ultima analisi, irriducibile, ed è allora evidente l'ambiguità che si cela dietro l'associazione fra Bene comune e beni comuni.

R.A. Albanese, E. Michelazzo e A. Quarta (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani. Modelli e prospettive*, Soveria Mannelli, 2020.

9 Rinvio sul punto a M.R. Marella, *Pratiche del comune. Per una nuova idea di cittadinanza*, in *Lettera internazionale*, 2013, 116, p. 24 ss.

10 Diffusamente cfr. M.R. Marella, *The Commons as a Legal Concept*, in 27 *Law & Critique*, 2016, p. 13 ss.

3. Il Bene comune, i beni comuni e la legalità costituzionale

A prima vista, tale associazione parrebbe trovare riscontro nella più nota definizione di "beni comuni" che ricorre nel dibattito italiano, quella partorita dalla Commissione Rodotà nel 2008 all'interno di una bozza di disegno di legge delega volta a riformare la disciplina dei beni contenuta nel libro III del Codice civile. Nell'articolato i beni comuni sono descritti come quelle «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona». Ora, il soddisfacimento dei diritti fondamentali e il rispetto dell'autodeterminazione dei singoli sono da ritenersi senz'altro un obiettivo condiviso e sono pienamente in linea con la portata emancipatoria dei beni comuni, tanto per l'effetto di *empowerment* che realizzano sul piano individuale, quanto per il rafforzamento della legalità democratica che producono sul piano generale. Apparentemente, quindi, questa formula definitoria di carattere giuridico, che ritorna con insistenza nei discorsi "benecomunisti", presta il proprio suggello all'idea che la tutela dei beni comuni sia in funzione dell'affermazione del Bene comune. Ma in realtà non è così. Come meglio vedremo in seguito, il diritto di avere diritti porta con sé il potenziale conflittuale proprio di ogni istanza autenticamente egalitaria e, ove coniugato all'affermazione dei beni comuni, si colora di spinte antiproprietarie che poco hanno a che vedere con l'ideale di una comunità pacificata nella tensione verso il Bene comune.

Il discorso critico richiede tuttavia di essere adeguatamente articolato, poiché, come si è detto, la sovrapposizione Bene comune - beni comuni si gioca a diversi livelli e assume diverse sfumature anche in riferimento al contesto culturale e disciplinare in cui la si ritrova.

Nel discorso di alcuni economisti, ad esempio, l'associazione è resa possibile da una visione essenzialista dei *commons*, che assume la loro esistenza e la loro sostanza come date, a prescindere dai processi politici che conducono alla loro individuazione. Bisogna precisare che, in linea di tendenza, l'elaborazione economica sul punto continua a confrontarsi con l'esigenza di confutare l'assolutezza e l'ineluttabilità della tragedia dei beni comuni. Pertanto si preoccupa in prevalenza di individuare le condizioni in cui è possibile prevenire o limitare il *free-riding*, ossia quei comportamenti individuali che mettono a rischio la sopravvivenza del bene comune (in ciò fornendo tuttavia una giusti-

ficazione "scientifica" al *detour* dalla proprietà – privata individuale o pubblica); mentre un altro filone di studi, di taglio più specificamente giureconomico, ha ad oggetto le condizioni di accesso e uscita dalla comunità degli utenti/gestori del *common* e dunque il problema del bilanciamento fra regole di autogoverno della comunità/risorsa e libertà individuale. Ciò che complessivamente occulta o, quanto meno, svaluta, la dimensione collettiva delle lotte per il comune.

Quando poi in questo contesto discorsivo fanno ingresso le suggestioni provenienti dall'etica del dono, le pulsioni altruistiche in grado di contrastare il *free-riding* assumono una connotazione morale che va oltre la solidarietà sociale, rinviando piuttosto a una gerarchia di valori data, che traduce il complesso delle relazioni di interdipendenza su cui poggia il governo del *common* in una comunità in sé conchiusa, omogeneamente protesa verso la realizzazione del bene comune. Ma dire che il bene comune è esso stesso un bene relazionale («l'insieme di condizioni di vita buona» di una comunità), che esiste un «circolo virtuoso… fra beni relazionali ↔ beni comuni ↔ bene comune ↔ dono ↔ felicità ↔ beni relazionali»[11], proietta il discorso dei beni comuni nella dimensione di un comunitarismo rugiadoso fatto di relazioni sociali immaginarie, del tutto disconnesse dalla concretezza del contesto economico e istituzionale neoliberale in cui in realtà sono calate.

Questo limite non si riscontra invece quando il Bene comune cui i beni comuni dovrebbero preludere è identificato con la legalità costituzionale. È questa la prospettiva che sceglie Salvatore Settis nel suo ultimo libro, fissando sin dal titolo uno stretto legame fra attivismo dei cittadini, bene comune e attuazione della Costituzione repubblicana[12]. Davanti a «una gestione della crisi economica che ne accolla il peso non a chi l'ha provocata con la complicità dei governi (grande speculazione finanziaria e imprese parassitarie), bensì a tutti i cittadini»[13], reclamare la difesa dei diritti individuali non appare più sufficiente: per Settis occorre richiamarsi a forti valori collettivi, al bene comune, appunto. Sull'onda delle primavere arabe, le mobilitazioni che hanno dato luogo alle *acampade* spagnole o a *Occupy Wall Street* negli Stati Uniti, mentre danno voce all'indignazione collettiva, mettono in scena

---

[11] C. Montesi, *I beni comuni al crocevia tra simpatia per il prossimo ed interesse personale*, in Fondazione Lelio e Lisli Basso e Issoco (a cura di), *Tempo di beni comuni*, cit., p. 242.

[12] *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, 2012.

[13] *Ivi*, p. 3.

un ritorno dei cittadini all'attivismo. Il ritrovato protagonismo della cittadinanza, per Settis, non deve rimanere allo stadio di puro movimentismo – movimentismo che, peraltro, nel nostro Paese fatica a trovare una dimensione più generale – ma deve essere convogliato in dinamiche istituzionali. Di qui la proposta di far ricorso all'azione popolare, un istituto processuale risalente al diritto romano, in forza del quale qualunque cittadino era legittimato ad agire in nome dell'intera comunità per chiedere la sanzione di un fatto lesivo dell'interesse generale, che oggi viene riproposto da alcune costituzioni latinoamericane quale strumento di accesso alla giustizia in forma collettiva. Attraverso le azioni popolari i cittadini italiani potrebbero direttamente tutelare i valori costituzionali – la libertà, l'uguaglianza, il diritto al lavoro, ma anche la tutela dell'ambiente, della salute, della cultura, dell'arte – traditi da una politica prona all'assolutismo dei mercati e al ricatto del debito pubblico. È infatti la Costituzione repubblicana il manifesto politico destinato a guidare la comunità nazionale oltre la soggezione alle politiche neoliberali verso la realizzazione del Bene comune.

Nel progetto di Settis ai beni comuni è riservato un ruolo cruciale. Essi sono distinti dal bene comune inteso in senso valoriale, ma sono strettamente connessi ai valori che la Costituzione promuove (lavoro, salute, arte, ecc.). E, parallelamente ma anche conseguentemente, si pongono in continuità coi beni pubblici. Anzi, secondo Settis, il fatto che la Costituzione non menzioni i beni comuni (ad esempio le proprietà collettive di cui abbiamo prima parlato) si spiega con la volontà dei Costituenti di rafforzare la contrapposizione fra proprietà privata e proprietà pubblica, sottolineando di quest'ultima l'ancillarità all'utilità sociale. Del resto la teorizzazione di un *continuum* beni comuni-beni pubblici è in linea con un recupero del ruolo dello Stato, inteso non già come Stato-persona, bensì come Stato-comunità che si identifica nei cittadini e nella concretezza della sovranità popolare. Ecco dunque che il cerchio si chiude: il protagonismo dei cittadini si esplica attraverso la tutela dei beni comuni/pubblici nella prospettiva della realizzazione del bene comune, cioè delle finalità dello Stato democratico costituzionale.

L'argomento è portato a conclusioni più radicali da chi ricostruisce il comune interamente all'ombra (di una rivalutazione) del pubblico e ne contesta l'autonomia sul piano tecnico-giuridico nonché l'utilità sul piano euristico una volta che si assuma la piena attuazione della costituzione del 1948 quale prospettiva di trasformazione, altrettanto

rivoluzionaria sì, ma, diversamente dai beni comuni – «un flauto magico verso il nulla» – saldamente radicata nella realtà del diritto[14].

Senonché è proprio dall'angolo visuale del *diritto* dei beni comuni, per la fisionomia che esso è andato assumendo nel dibattito italiano, che progetti di questo tenore non convincono fino in fondo. In primo luogo il discorso del comune si è presto intersecato con una discussione vivace e seria sull'attualità della Costituzione repubblicana[15]. Che la globalizzazione abbia messo in crisi il costituzionalismo moderno è una realtà con cui gli stessi costituzionalisti fanno i conti[16]. E poiché i beni comuni e le lotte che li accompagnano hanno sempre, direttamente o indirettamente, una dimensione transnazionale e globale, ne consegue che crisi del costituzionalismo e rivendicazione dei beni comuni non sono questioni impermeabili l'una all'altra, ma al contrario hanno significativi punti di contatto. Infatti lo spossessamento del comune è spesso direttamente orchestrato a livello globale dalla *partnership* fra imprese multinazionali, Stati sovrani e istituzioni della globalizzazione (World Bank in testa): ne sono un esempio il *land grabbing* nell'Africa subsahariana, in molti Paesi dell'Asia e persino in Canada[17], così come le operazioni di privatizzazione dell'acqua che hanno colpito intere popolazioni nel Sud del mondo, e non solo, portando a rivolte come quella, celebre, di Cochabamba.

Tuttavia, anche quando il «saccheggio»[18] è interamente da imputare all'iniziativa dei governi nazionali ed ha dimensioni locali, come nel caso della privatizzazione dei servizi o della svendita del patrimonio pubblico, l'incanto neoliberale della forza emancipatoria del mercato, prima, e le politiche di austerità dettate dall'indebitamento degli Stati, poi, ci narrano di uno svuotamento o forse, meglio, di una riconfigurazione della sovranità degli Stati che cede al livello sovranazionale molte sue prerogative tanto da non poter ormai essere pensata fuori dalle dinamiche della globalizzazione.

---

[14] Cfr. A. Algostino, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, n. 3.

[15] Per una sintesi vedi Collettivo Uninomade, *La costituzione del comune*, www.uninomade.org e Id., *Insistiamo: la critica della costituzione è necessaria*, *ibidem*.

[16] G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma e Bari, 2013.

[17] Cfr. L. Paoloni, *Land grabbing e beni comuni*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 139.

[18] Cfr. U. Mattei e L. Nader, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Oxford, 2008; P. Bevilacqua, *Il grande saccheggio. L'età del capitalismo distruttivo*, Roma e Bari, 2011.

Tutto ciò comporta necessariamente una perdita di centralità delle costituzioni e una rimodulazione della gerarchia delle fonti, nonché, sul piano dei contenuti, un attacco mirato ai contenuti sociali delle carte del secondo dopoguerra, come messo in evidenza dal tenore dei progetti di revisione della Costituzione italiana e dall'introduzione al suo interno del principio del pareggio di bilancio. Con il che promuovere l'orizzonte costituzionale come prospettiva futura ("del bene comune") rischia di apparire un'operazione di retroguardia se non corredata dalla presa d'atto delle trasformazioni in corso e dal disincanto che ciò necessariamente comporta. Anche perché svalutare i varchi "verso il nuovo" aperti anche nel diritto dai beni comuni per riportare il Bene comune dentro l'orbita della Costituzione gioca su un non detto che andrebbe infine svelato: se il bene comune, o comunque voglia chiamarsi l'obiettivo perseguito, sia la costruzione di un'alternativa al capitalismo, come parrebbe di capire dalla vibrante condanna delle devastazioni ambientali e sociali imputabili alle politiche neoliberali e alla finanziarizzazione dell'economia, o sia invece qualcosa d'altro. Perché, nel primo caso, l'orizzonte della legalità costituzionale non appare sufficiente allo scopo, ponendosi il progetto costituzionale non come alternativo al capitalismo, ma al contrario iscritto nel momento "sociale"[19] della sua fase fordista. Mentre nel secondo caso, cioè nel caso in cui il bene comune si identifichi con "qualcosa d'altro", e dunque con la ricerca di una soluzione riformista, l'obiettivo assume il sapore di un'operazione nostalgica, giacché il disegno politico consegnato al testo costituzionale fa leva su quelle istituzioni – lo Stato sociale, il lavoro, la socialdemocrazia – che sono andate in crisi insieme al fordismo. E che oggi non sono più in grado di realizzare quei valori costituzionali – la libertà, l'uguaglianza, la dignità sociale, la solidarietà – che tutti riconosciamo ancora validi.

Provo ad addentrarmi un poco nella complessità del tema per evitare di renderne un quadro eccessivamente banale. Nella Costituzione la proprietà è pubblica o privata. La proprietà privata, conformata dalla funzione sociale, è riconosciuta e garantita. I beni comuni non sono contemplati né si fa menzione delle proprietà collettive di cui in sede costituente si discusse per poi decidere di assorbirle nel pubblico (o nel

[19] Il riferimento è a D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D.M. Trubek e A. Santos (a cura di), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge Ma, 2006, p. 19 ss.

privato). Tanto rende il progetto costituzionale e la dimensione del comune, intesa come dimensione collettiva che scardina in qualche modo la rigidità della dicotomia pubblico/privato, non immediatamente armonizzabili. Il tentativo più fortunato di superare l'ostacolo sta in una rilettura della funzione sociale secondo cui la proprietà dei beni comuni, pubblica o privata che sia, è intrinsecamente limitata dalla facoltà di accesso e uso riconosciute a chiunque abbia un interesse conforme alla natura del bene[20].

Si tratta di una interpretazione avanzata, distante, almeno in apparenza, da un'impostazione originaria che leggeva la funzione sociale, in piena coerenza con il sistema capitalistico, come quel principio che consente ad una società moderna che riconosca la proprietà dei beni di trarre da essa vantaggi adeguati[21]. Il che induce altri a ridimensionarne la portata trasformativa in riferimento ai beni comuni, riconoscendo tutt'al più la possibilità di un uso tattico di ciò che resta comunque un dispositivo appartenente per intero ad una fase ormai passata della cultura giuridica[22]. Ma questa polarizzazione, se da un lato tiene in considerazione la relatività storica delle regole e degli istituti giuridici, dall'altra trascura l'indeterminatezza ovvero la flessibilità delle forme giuridiche, la loro intrinseca capacità di dar voce a progetti anche distanti fra loro. Da questo punto di vista, che è quello proprio di una prospettiva critica al diritto[23], appare inutile (e sbagliato) denunciare l'egoismo proprietario, quando è possibile – tanto più in presenza della previsione costituzionale della funzione sociale – argomentare in favore di assetti proprietari "altruisti", che consentano l'accesso alle risorse a chi sia portatore di interessi di una data rilevanza.

---

[20] In tal senso S. Rodotà, *Postfazione. Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 311 ss. Su questa linea è anche U. Mattei, *Una primavera di movimento per la "funzione sociale della proprietà"*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2013, p. 531 ss.

[21] S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 1252 ss.

[22] M.R. Marella, *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in G. Alpa e V. Roppo (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma e Bari, 2013, p. 105 e L. Nivarra, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2014, p. 503 ss.

[23] Secondo la *scholarship* ascrivibile al movimento dei *Critical legal studies*, di cui si veda, con specifico riferimento agli istituti del diritto privato innanzitutto Du. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in 89 *Harvard Law Review*, 1976, p. 1685 ss.

Non per questo, però, l'identificazione della Costituzione con il Bene comune offre soluzioni concrete agli scenari aperti dal capitalismo finanziario. Un approccio non dogmatico (o idealista) impone di guardare senza infingimenti a come la proprietà della Costituzione ha preso realmente corpo nel sistema giuridico vigente. Costatiamo allora che le regole operazionali che è possibile desumere dalla giurisprudenza costituzionale hanno di molto ridotto la carica trasformativa del principio della funzione sociale, giacché l'idea giusnaturalista del contenuto minimo intangibile propugnata dalla Consulta ha presto spuntato l'arma della proprietà conformata, con la quale una parte della dottrina e la legislazione d'ispirazione sociale degli anni Sessanta e Settanta avevano tentato di dare voce alle potenzialità marcatamente redistributive della funzione sociale. Come noto, sin dalla metà degli anni Sessanta ogni limite consistente alle facoltà proprietarie è stato letto dalla Corte come una forma di espropriazione indennizzabile e ciò ha portato quasi senza soluzione di continuità ad una lettura del dettato costituzionale compatibile con il nuovo scenario europeo, nel quale il ritorno alla proprietà = diritto umano (art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 della Cedu) e all'equazione proprietà = libertà (art. 17 della Carta di Nizza) si rinnova nei connotati propri dell'economia neoliberale[24].

Riassumendo, il riconfigurarsi del sistema delle fonti del diritto che accompagna i processi di globalizzazione vede da una parte una perdita di centralità delle costituzioni nazionali e dall'altra, quanto meno nel contesto europeo, una penetrazione al loro interno di nuovi principi, estranei nell'ispirazione all'impianto originario. Il diritto di rango costituzionale che ne risulta è secondo l'opinione maggioritaria poco sensibile a finalità di perequazione sociale, tanto da perdere la vocazione emancipatoria che connotava le costituzioni del dopoguerra. E i beni comuni? Arduo rintracciarli nell'agenda delle democrazie europee, la cui risposta alla crisi economica continua a essere cercata nella tradizionale tensione fra pubblico e privato, pur rimodulata nelle forme di una *partnership* fra Stato – o agenzie pubbliche di varia natura – e imprese private con *trade-off* invariabilmente a vantaggio di queste ultime e a svantaggio della collettività, come

[24] Cfr. A. Iannarelli, *La proprietà e i suoi limiti nello spazio giuridico europeo*, in F. Caggia e G. Resta (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, p. 165 ss. e M.R. Marella, *Diritto di proprietà e Cedu fra realismo e ideologia*, in Aa.Vv., *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, vol. 1, p. 735 ss.

creazione di nuova urbanizzazione e costruzione di infrastrutture/grandi opere bene mettono in evidenza.

In questo quadro – e tornando alla vicenda italiana – non sembra che invocare la realizzazione del progetto costituzionale, eventualmente rappresentata come coronamento del Bene comune, sia sufficiente a restituirgli la forza emancipatoria perduta. La crisi del costituzionalismo moderno è in atto e può essere superata solo se esso stesso saprà farsi interprete di nuovi conflitti[25]. Al momento, insomma, i beni comuni non sono i beni pubblici perché i beni pubblici non sono pensati e gestiti come beni comuni[26]: a tutto concedere, questa sovrapposizione diverrà plausibile se la Costituzione potrà essere riletta e applicata alla luce della conflittualità sociale che si esprime in forme rinnovate anche attraverso le rivendicazioni dei *commons*. In questa direzione mi pare si muova Rodotà quando propone un'interpretazione dell'art. 42, 2. comma Costituzione che comprime radicalmente le prerogative dominicali in nome dell'accesso ai beni comuni, in ciò segnando però una cesura netta rispetto al regime proprietario che è venuto consolidandosi all'ombra della Costituzione. In sostanza, se la dimensione del comune non apre una fase costituente, quanto meno indica il cammino verso una nuova legalità nella quale, per esempio, il riconoscimento della liceità di un'occupazione non sia meramente residuale, cioè configurabile solo quando la proprietà è esercitata illegittimamente; nella quale cioè la funzione sociale e la Costituzione nel suo complesso non siano più una tattica di difesa del comune ma diventino strategia. Al momento però il transito verso una nuova legalità costituzionale non è compiuto e non si danno le premesse per una riscrittura del pubblico alla luce del comune. C'è invece il diritto europeo. Da cui bisogna comunque ripartire. Per andare avanti, non indietro.

4. Beni comuni & Bene comune reloaded: suggestioni neoliberali e neopaternaliste

Un altro modo, più aggiornato, di tracciare un rapporto di continuità fra beni comuni e pubblico quale vettore del Bene comune si ritrova

---

[25] Cfr. G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., spec. p. 158 s.

[26] Sul piano operazionale richiamarsi alla cittadinanza democratica progettata dalla Costituzione, come fa A. Algostino (*Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, cit., n. 83), non cambia, ahimè, il quadro di una virgola.

nella sussidiarietà orizzontale. Si tratta di una proposta che definisco più aggiornata in quanto maggiormente in linea con le retoriche proprie della fase di globalizzazione che stiamo attraversando.

Per sussidiarietà orizzontale si intende un modello organizzativo delle pubbliche funzioni che prevede forme di collaborazione fra settore pubblico e settore privato e, più precisamente, lo svolgimento di attività di interesse generale da parte di privati cittadini sulla base di un accordo con l'istituzione pubblica titolare delle relative competenze. Il principio di sussidiarietà orizzontale è strettamente connesso all'idea di partecipazione e di democrazia partecipativa, ma mentre in quest'ultima la collaborazione dei privati riguarda essenzialmente i processi decisionali, «nel modello della sussidiarietà la collaborazione si spinge fino al piano dell'attuazione concreta delle decisioni, grazie alla promozione di forme di *empowerment* della società civile»[27].

Questo principio ha trovato accoglienza in Italia con le riforme amministrative degli anni Novanta ed è poi stato consacrato dall'art. 118 della Costituzione – come riformulato dalla riforma cosiddetta del Titolo V, nel 2001 – che all'ultimo comma dispone che «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». In virtù di ciò è dunque possibile l'attribuzione/condivisione di funzioni pubbliche al di fuori del tradizionale contesto istituzionale in linea con la logica della *governance* multilivello che connota il riconfigurarsi della sovranità statale tipico di questa fase e che nel caso di specie si sviluppa appunto secondo una prospettiva orizzontale, di collaborazione fra istituzione pubblica e cittadinanza.

Cos'ha tutto ciò a che fare con il comune? Poco, se si assume una nozione conflittuale di comune, come chi scrive. Al contrario, i sostenitori della sussidiarietà orizzontale individuano in essa la dimensione *ideale* della tutela dei beni comuni. Concetto chiave in questo contesto discorsivo è quello di «cittadinanza attiva», che indica chi partecipa in modo consapevole «alla vita politica e sociale del territorio in cui vive, motivato dall'intento di contribuire alla tutela del *bene comune* (corsivo nostro) e al perseguimento dell'interesse generale attraverso

[27] F. De Toffol e A. Valastro, *Dizionario di democrazia partecipativa*, a cura del Centro studi giuridici e politici della Regione Umbria, 2012, p. 146.

proprie autonome iniziative»[28]. Nelle parole di uno dei massimi teorici italiani della sussidiarietà, Gregorio Arena, «è come se i cittadini oggi venissero chiamati in aiuto dell'amministrazione pubblica, delle istituzioni… perché da sole non ce la possono più fare»[29].

È dunque vero che «ognuno di noi può prendersi cura della propria scuola, del proprio quartiere, della propria città, come fossero nostre, ciò che in effetti è»[30]; ma ci si organizza e si opera in difesa dei beni comuni o per la tutela dei diritti fondamentali in supplenza delle istituzioni pubbliche e senza alcuna «cessione di sovranità»[31] da parte delle stesse. Del resto, gli esempi che vengono portati a testimonianza delle potenzialità trasformative della cosiddetta cittadinanza attiva sono poi la cura di un monumento cittadino, la manutenzione stradale, la bonifica del cortile di una scuola (magari cancellando i graffiti fatti dagli studenti "cattivi"). Ciò che avviene nel pieno rispetto delle politiche pubbliche e in conformità con le finalità da esse perseguite, sia in termini di individuazione e condivisione degli obiettivi, sia in termini di controllo delle modalità di realizzazione degli stessi da parte delle amministrazioni pubbliche competenti. Ma soprattutto in un clima, anche qui, di comunitarismo rugiadoso, nel quale il conflitto sociale è del tutto obliterato, lo scontro fra valori in conflitto risolto a monte e i cittadini si organizzano e agiscono all'ombra di un *paternalismo* (statale) *di nuova generazione*, pienamente conforme alle esigenze della *governance* neoliberale.

Per contro, l'occupazione di appartamenti sfitti da parte di chi è senza casa, la difesa dell'originaria destinazione culturale di un cinema storico che il legittimo proprietario vuole destinare a sala giochi non saranno mai in linea con gli obiettivi indicati dalle istituzioni pubbliche, sebbene perfettamente in linea con l'affermazione dei diritti fondamentali – all'abitare, alla cultura, in questi casi – degli occupanti. Queste pratiche – che alla stregua del dibattito corrente rappresentano

---

[28] Così A F. De Toffol e A. Valastro, *Dizionario di democrazia partecipativa*, cit., p. 49.

[29] www.youtube.com/watch?v=uVHtu4X7WW8.

[30] *Ibidem*. Ma v. altresì G. Arena, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, p. 43 ss.

[31] L'espressione ha in questo contesto un significato essenzialmente politico, di riconoscimento ad entità altre – comunità, gruppi organizzati, moltitudini (!) – di una potestà che si struttura e si esercita al di fuori della compagine statuale. Resta impregiudicato il dato giuridico costituzionale secondo cui la sovranità appartiene al popolo, come esplicitato dall'art. 1, 2. comma Costituzione.

esempi di lotta per i beni comuni – risultano invece del tutto estranee ai programmi della cittadinanza attiva. Non saranno mai considerate funzionali alla realizzazione del Bene comune e neppure alla difesa dei beni comuni. Siamo infatti da tutt'altra parte, in una dimensione in cui sono patenti le spinte antiproprietarie ed è patente la dimensione del conflitto, poiché l'obiettivo è non già tentare di porre rimedio alle carenze dell'azione amministrativa nella gestione dei beni pubblici, bensì restituire all'uso comune ciò che è stato catturato dai dispositivi pubblico-privatistici di appartenenza esclusiva.

5. Per concludere: le sirene della democrazia deliberativa e la tenuta della contrapposizione beni comuni/Bene comune

Ci si può chiedere in conclusione se il conflitto di cui i beni comuni sono portatori possa essere gestito con il metodo della deliberazione, se la democrazia deliberativa sia *all that participation is about*, e se, dunque, non sia questa la via per ricongiungere finalmente i beni comuni al Bene comune.

Premetto che il tema è complesso e meriterebbe ben altro spazio. Senza alcuna pretesa di esaustività, mi soffermo brevemente sull'associazione proprietà-deliberazione e sugli sviluppi che essa dovrebbe comportare per il regime dei beni comuni.

Di recente si è infatti proposto di leggere l'emergere di nuove tipologie di appartenenza, i beni comuni fra esse, come istituzioni sociali rette da procedure deliberative[32]. Il tentativo ha il merito di attribuire alla gestione cosiddetta partecipata dei beni comuni un contenuto sufficientemente definito, cosa che nel dibattito italiano risulta per lo più carente, giacché in proposito ricorrono formule suggestive e eterogenee fra loro – autogoverno, istituzioni del comune, o semplicemente gestione partecipativa – cui risulta difficile ricondurre un significato preciso. La teoria della democrazia deliberativa propone invece forme di proceduralizzazione delle decisioni collettive alquanto definite e consolidate. E l'idea di un'arena deliberativa[33], in cui tutti gli interessi

---

[32] A. di Robilant, *Property and Deliberation. The Numerus Clausus Principle, New Property Forms and New Property Values*, in 62 *American Journal of Comparative Law*, 2014, p. 367 ss.

[33] Per una prima informazione v. F. De Toffol e A. Valastro, *Dizionario di democrazia partecipativa*, cit., p. 32 s.

in gioco si confrontano apertamente sulla base di argomenti razionali portati da soggetti che si assumono liberi e uguali, sembra dare concretezza alle istanze di partecipazione che accompagnano le lotte per i beni comuni, dall'acqua al governo dello spazio urbano. C'è però da chiedersi se il progetto politico che fa capo ai beni comuni davvero richieda – o tolleri – il ricorso agli strumenti della democrazia deliberativa e all'ideologia che li supporta.

Rispetto ad altri progetti che associano la cura dei beni comuni al bene comune, il metodo deliberativo ha il pregio di non occultare il conflitto, che invece è assunto come un dato che si ritiene possa essere efficacemente analizzato e amministrato attraverso il confronto fra le ragioni avanzate da ognuna delle parti portatrici di interessi. L'attitudine di ciascuno all'ascolto e la ricerca della razionalità degli argomenti presentati garantiscono, in quest'ottica, una gestione delle opinioni e degli interessi contrastanti che, in virtù delle caratteristiche ora ricordate, necessariamente sfocia nella assunzione della decisione migliore per la comunità, compiuta nel rispetto del pluralismo dei valori che essa esprime. Tanto, senza neppure bisogno di esplicitarlo, porta alla realizzazione del bene comune che, in ultima analisi, è realizzazione della democrazia stessa.

Tuttavia la visione delle relazioni sociali che il metodo deliberativo propone, non diversamente da quanto visto in precedenza, appare poco aderente alla realtà, tanto meno alle dinamiche innescate dalla crisi finanziaria. Sono perciò da condividere le critiche più comunemente rivolte alla *deliberative democracy*, che mettono in evidenza come, date condizioni di disuguaglianza economica e sociale fra i soggetti potenzialmente riguardati dalla deliberazione, tale diseguaglianza si riproduce nel processo deliberativo, viziandolo. Senza contare che il divario abissale di potere fra *have* e *have-not* generato dal capitalismo finanziario, la forte ideologizzazione che connota le forme "istituzionalizzate" di accaparramento del comune[34], la frequente opacità dei portatori di interessi speculativi rendono l'arena deliberativa uno scenario inverosimile (o al contrario, uno scenario cruento, da Thunderdome[35]). In riferimento ai beni comuni, poi, l'associazione deliberazione-proprietà sembrerebbe

[34] Si pensi alla retorica dell'efficienza, dello sviluppo, del progresso che accompagna la progettazione delle cosiddette grandi opere.

[35] La suggestione è tratta dal film Mad Max – Oltre la sfera del tuono: nella città di Bartertown le controversie si risolvono nel Thunderdome, sorta di Colosseo in cui le ragioni si fanno valere combattendo fino alla soccombenza fisica (=morte) di uno dei contendenti.

tendere a esaltare i valori di cui la proprietà è portatrice, mentre il discorso dei beni comuni e le lotte che ad essi si accompagnano tendono piuttosto a delegittimare lo *ius excludendi alios*, cuore della proprietà. Ma, ripeto, è un discorso che meriterebbe ben altro spazio.

Al di là questi rilievi più generali, deve notarsi che la proposta di governare i beni comuni attraverso i processi deliberativi sembra calibrata principalmente sulle istanze di partecipazione alla gestione di alcuni servizi pubblici, come ad esempio il servizio idrico integrato[36]. E ci si può immaginare che istituzioni che sono volte a soddisfare diritti fondamentali e si declinano come beni comuni, quali la scuola, l'università, il sistema sanitario, possano trovare nel processo deliberativo un metodo di gestione che dia voce alla comunità degli "utenti", ovvero, nel caso soprattutto dell'istruzione pubblica, che attivi la partecipazione di chi – studenti, docenti, personale amministrativo – dà vita all'istituzione meglio dei meccanismi rappresentativi attualmente operanti.

Ma quando è la proprietà nel suo senso più classico ad essere investita dai conflitti ingenerati dai beni comuni, il discorso cambia di registro, perché allora si tratta di incidere sulle prerogative proprietarie, di far valere l'istanza egalitaria che la rivendicazione dei diritti porta con sé, restituendo la concretezza dei rapporti di forza che regolano la società. Di nominare la «class violence»[37] che impone di disarticolare la proprietà.

---

[36] Cfr. A. di Robilant, *Property and Deliberation*, cit.

[37] Cfr. Du. Kennedy, *The Effect of the Warranty of Habitability on Law Income Housing: «Milking» and Class Violence*, in 15 *Florida State University Law Review*, 1987, p. 485 ss.

Trasformare la critica: diritti fondamentali, potere, conflitti sociali*

Giovanni Marini

1. Ridefinire il confine fra diritto e politica?

Nella fase attuale i diritti rappresentano ormai una vera e propria lingua franca che costituisce gran parte della *legal consciousness* del giurista contemporaneo. Fanno parte di un apparato complesso che gli operatori del diritto possono combinare e ricombinare in modo diverso nelle diverse esperienze giuridiche nazionali e transnazionali. I diritti umani, trasformati in diritti fondamentali, non solo attribuiscono ai singoli prerogative individuali, ma operano anche come valori o principi, diventando virtualmente rilevanti in ogni tipo di controversia.

Ciò non è segno, purtroppo, di una loro effettiva e completa attuazione, ma di una loro sempre maggiore rilevanza all'interno dei procedimenti argomentativi di cui si servono i giuristi. Il meccanismo dipende per il suo funzionamento ancora una volta dall'intervento dei giudici che continuano ad esercitare un ruolo fondamentale. In questa prospettiva si ribadisce come legislazione e giurisdizione non siano destinati a collocarsi in antitesi, ma vengano posti sullo stesso piano, sollecitando la loro collaborazione per l'attuazione concreta dei diritti.

E ciò rimette in discussione il confine fra diritto e politica. I diritti, così articolati, possono costituire un baluardo da contrapporre ai poteri incontrollati generati da una parte, dallo sviluppo scientifico e tecnologico, dall'altra, dall'espansione del mercato. Poteri che danno vita ad una nuova sovranità che si snoda su di un piano diverso da quello esclusivamente nazionale.

---

* Il testo che segue costituisce un seguito di *Trasformare la critica: l'eredità di Stefano Rodotà*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2019, p. 473 ss.

Non vanno però dimenticati i limiti del diritto o dei diritti. L'onda lunga delle teorie critiche induce pure un fautore dei diritti come Stefano Rodotà a porsi la domanda: ci si può dire tutto con le parole del diritto? Non è la grammatica dei diritti a dimostrarsi troppo imperfetta di fronte alla complessità sociale ed alla ricchezza delle sue manifestazioni?[1]

Un interrogativo che va ben al di là di una semplice verifica dell'efficacia degli strumenti e delle tecniche giuridiche per portare in esponente la complicità del diritto nel rendere alcuni individui e categorie più deboli degli altri. La ricerca sui dispositivi, che vengono messi in campo dal diritto e sul modo in cui funzionano concretamente nel governo della persona e delle soggettività, ha infatti portato alla luce a più riprese l'ambivalenza del diritto: *double binds*, *blind spots* e *dark sides* si ripresentano continuamente.

La fiducia nei diritti non è allora incondizionata. «Caduta l'illusione che i diritti siano un destino razionale e naturale della storia, il loro legame con l'idea di conflitto e di potere si è fatto quanto mai stringente» così un altro autore come Eligio Resta ci ricorda[2].

La società è costituita da una molteplicità di conflitti ed è attraversata da una infinità di relazioni di potere. Ogni società è un tessuto di rapporti di forza complessi che si intrecciano e di conflitti multipli il cui obiettivo è il conseguimento ed il rafforzamento del potere. Le relazioni di potere sono immanenti a tutti i rapporti e producono tutte le altre forme di relazione e rapporti sociali. Ed il diritto è tra questi[3].

Ma ciò non significa necessariamente ridurre il diritto semplicemente ad una delle forme in cui si manifesta o si cristallizzano le relazioni di potere. Il fenomeno è molto più complesso perché riguarda il modo in cui una *legal consciousness* viene costruita attraverso una spe-

---

1 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma e Bari, 2012.

2 E. Resta, *Poteri e diritti*, Torino, 1996, p. 9.

3 Per un esempio di genealogia a proposito di tradizioni, sia consentito il rinvio a G. Marini, *L'Italian Style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2016, p. 95 ss. Dietro vi è tutto un filone che si ricollega alla crisi del paradigma moderno ed all'idea di conoscenza che vi era collegata. Un filone che offre una visione alternativa. Abbandonata la visione kantiana sulle condizioni a priori della conoscenza e sulle regole universali, la stessa conoscenza diventa il prodotto di un conflitto, non più un processo progressivo e lineare in cui l'ordine razionale prevale, ma una successione di diversi stati di dominio. Da Marx a Nietzsche, passando attraverso Foucault, pur con tutte le differenze del caso, il significato è determinato da coloro che sono riusciti ad impossessarsi del potere. E attraverso la genealogia si studiano le circostanze in cui tutto è potuto avvenire.

cifica distribuzione del potere ed i limiti materiali che attraverso il suo armamentario teorico possono essere prodotti, contribuendo a creare condizioni di dominio e subordinazione[4].

2. La composizione dei conflitti nelle diverse fasi del diritto moderno

La composizione dei conflitti è certamente uno dei compiti del diritto. Anzi, in alcune ricostruzioni, ne è diventata la cifra essenziale: il diritto come mezzo per realizzare finalità sociali che viene alla ribalta fra la fine dell'Ottocento ed i primi del Novecento, apre alla necessità di mettere in relazione interessi individuali ed interessi sociali e di risolvere i conflitti che all'interno dei primi e rispetto ai secondi possono venire a crearsi.

La narrativa tradizionale parla di una contrapposizione dottrinale al diritto classico che si organizza intorno alla "istanza sociale", una vera e propria "rottura" con l'impianto teorico che lo sostiene, prodotta dalla necessità di collegare il diritto alla realtà sociale.

Dall'invenzione del "sociale" – così per intendere non la creazione di qualcosa che prima non esisteva, ma il modo in cui le varie componenti vengono combinate e ricombinate per offrire una versione diversa rispetto alla precedente[5] – avrebbero dovuto prendere vita una serie di visioni alternative.

All'inizio del secolo passato, tutte riportavano variamente l'attenzione sulla necessità di mettere a punto un diritto più solidaristico e flessibile, capace di rispondere ai nuovi fenomeni economici e di rendere i soggetti responsabili per le conseguenze sociali delle loro azioni[6]. Una tendenza che, alla fine degli Sessanta, in diversi siti, conoscerà

---

[4] Come Foucault (*Storia della sessualità*), anche Gramsci riteneva che il dominio non potesse essere realizzato attraverso forme semplici di coercizione, ma che avesse bisogno invece di forme più complesse fra le quali gioca un ruolo cruciale proprio la condivisione di una comune visione del mondo. Cfr. Du. Kennedy, *Antonio Gramsci and the Legal System*, in 6 *ALSA Forum*, 1982, p. 32 ss.

[5] Nel senso cioè fatto palese da E. Hobsbawn e T. Ranger, *L'invenzione della tradizione* (1983), Torino, 2002. Il sociale nasce infatti in opposizione ad un'epoca classica che viene così ricostruita e definita per la prima volta dai suoi stessi oppositori, nascondendo la complessità e le variazioni esistenti al suo interno. Un esempio è la ricostruzione unitaria di una Scuola dell'esegesi nonostante le diverse sfumature presenti al suo interno: cfr. Ph. Rémy, *Éloge de l'exégèse*, in *Droits*, 1985, p. 115 ss.

[6] Cfr. Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D.M. Trubek e A. Santos (a cura di), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge Ma, 2006, p. 19 ss.

un vigoroso ritorno. La complessità della società e la necessità di portare a termine un processo di trasformazione in senso democratico, spingeranno alcuni gruppi di giuristi a riprendere e sviluppare una fase che non si riteneva ancora esaurita del tutto[7].

Questa visione che, nelle "periferie", è rimasta viva fino a qualche decennio fa, costituendo la base – in una delle sue possibili versioni – per progetti di riforma delle società post-coloniali, spesso in una interessante simbiosi con interpretazioni più o meno *native* o nazionali della cultura locale[8], al "centro" invece era destinata a lasciare il passo ad una nuova e diversa fase.

Negli stessi anni inizia però una nuova fase in cui non vi è più niente di simile alle idee guida di individualismo ed interdipendenza che hanno caratterizzato le fasi precedenti, ma una complessa sedimentazione dei tipici elementi provenienti dalle due precedenti fasi che, ora, trasformati, come vedremo convivono.

3. La prospettiva sociale e il conflitto di interessi

La critica sociale sottolineava i difetti sociali del diritto, prevalentemente quello privato, e del modo in cui i codici e la cultura ufficiale ne trattavano gli istituti, auspicando una «nuova tendenza» ed aprendo «nuovi orizzonti» al diritto civile[9].

---

[7] Da noi è emblematico l'uso alternativo del diritto cfr. L. Navarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

[8] Come in Messico, dove il sociale si associa alla tradizione precolombiana o in Egitto, dove si associa al diritto islamico (A. Shalakany, *Between Identity and Redistribution: Sanhuri, Genealogy and the Will to Islamise*, in 8 *Islamic Law & Society*, 2001, p. 201 ss.) ed in Africa, dove è associato con la «negritudine» (J.N. Hazard, *Negritude, Socialism and the Law*, 65 *Columbia Law Review*, 1965, p. 778 ss.). Cfr. G. Marini, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in *Polemos*, 2010, 1, p. 31 ss.

[9] Le espressioni sono ricordate da R. Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, in Aa. Vv., *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 114 per descrivere quest'ansia di rinnovamento del diritto privato «cara agli Italiani», la stessa con la quale Cavagnari aveva intitolato alcuni anni prima uno dei suoi libri in riferimento ai *Nuovi orizzonti del diritto civile in rapporto colle istituzioni pupillari* (Milano, 1891). La proposta di mettere il diritto in relazione con la «vita», di collegare il momento storico dell'emanazione della legge con il processo dinamico di evoluzione sociale, può essere fatta risalire almeno a Vadalà Papale: cfr. F. Mazzarella, *Darwinismo, storicismo, socialità. La "nuova tendenza" di Giuseppe Vadalà Papale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, p. 583 ss. e G. Cazzetta, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, *ivi*, 2011, p. 781 ss.

Da una parte il sociale operava una lettura fortemente critica che metteva in luce il carattere discriminatorio delle istituzioni del diritto individualista e borghese, legittimando – in varia misura – l'introduzione di una serie di limiti all'iniziativa dei privati, dall'altra invece favoriva l'emersione di una diversa visuale e di una serie di schemi ordinanti nuovi, che non ruotavano più intorno al binomio individualismo-formalismo che aveva caratterizzato il pensiero classico.

L'individuo astratto che costituiva l'omogeneo popolo di Savigny si frantumava così in una serie di soggettività concrete ("proprietari" e "contadini", "imprenditori" ed "operai") disuguali e complesse che richiedevano un'attenzione particolare da parte del diritto.

Nella prospettiva "sociale" infatti si riconosceva che il contratto avesse bisogno di qualche cosa di più della semplice libertà contrattuale: a causa infatti delle diverse condizioni economiche e sociali delle parti che operano nel mercato, i risultati prodotti dagli accordi volontari apparivano sospetti.

Questo genere di scambio generava un conflitto di interessi, la cui soluzione non poteva essere affidata al mercato, un conflitto suscettibile di mettere in pericolo la società. Di fronte alla "scoperta" dell'ineguaglianza del potere contrattuale, intanto diventava necessario intervenire per evitare le conseguenze negative del suo esercizio, permettendo ai ceti più bassi di avere accesso al mercato e salvaguardando così, di conseguenza, l'armonia sociale.

Veniva allora posta apertamente la questione della legittimità dell'esercizio del potere contrattuale, cioè dei limiti e della misura in cui è possibile sfruttare in condizioni di contrattazione "diseguale" la condizione di vantaggio di cui una parte può godere nei confronti dell'altra, e con essa veniva anche portata in esponente la natura inevitabilmente "politica" delle decisioni sul punto che ogni ordinamento – sia attraverso la legislazione che attraverso la sua giurisprudenza – è chiamato a prendere[10].

---

[10] Sullo sfondo appaiono del tutto evidenti gli influssi delle critiche alla libertà contrattuale, nelle loro varie sfumature, che in quel frangente avevano messo in discussione la neutralità del mercato e della relativa regolamentazione. Queste permettevano di giustificare gli interventi di politica economica e sociale da parte dello Stato che servivano a ricondurre le relazioni che si svolgono all'interno del mercato verso una maggiore eguaglianza, affidati ad una costellazione di sottosistemi di legislazioni speciali o a mettere in discussione più radicalmente la neutralità del diritto privato, evidenziandone invece le indiscutibili caratteristiche di regime di amministrazione della forza e del potere contrattuale ad opera dello Stato. Così S. Dawson, *Economic Duress*

Discorsi analoghi venivano condotti in tema di proprietà, in cui vengono al nodo tutti i problemi del suo uso egoistico e si esaltano le modalità attraverso le quali è possibile evitare gli eccessi, assegnandogli una funzione sociale fatta di limiti e di obblighi[11]. Ed ugualmente nella responsabilità civile, dove la dimensione collettiva si affianca a quella individuale, ponendo il problema delle conseguenze della scelta del soggetto sul quale «il danno deve cadere»[12], complicato dalla moltiplicazione delle occasioni di danno provocate dalla crescita dell'industrializzazione[13].

Per poter realizzare questo obiettivo, però, la forza e la coercizione di cui il diritto si serve deve trovare ovviamente una sua legittimazione. Il sociale doveva guardare sempre alla ragione, non più quella astratta del pensiero classico, ma all'osservazione scientifica dei fatti e delle conseguenze che potevano offrire un fondamento oggettivo (e neutrale) sul quale fondare le decisioni dei giudici.

---

and the Fair Exchange in French and German Law, in 11 *Tulane Law Review*, 1937, p. 345: «As welcome fiction is slowly displaced by sober fact, the regime of "freedom" can be visualized as merely another system, more elaborate and more highly organized, for the exercise of economic pressure».

11 Nella prospettiva di Duguit, la proprietà è preservata ma deve servire per mantenere la interdipendenza sociale (cfr. L. Duguit, *Les trasformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2. ed., Paris, 1920, p. 158). Altrove si delinea un limite più sottile, non concretizzabile in regole fisse (cfr. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2. ed., Paris, 1939, p. 18 «relativité des droits»): la proprietà nella pratica realizzazione non deve collidere con la solidarietà sociale, una formula che ha dato luogo ad infiniti dibattiti.

12 Anche quando il *neminem laedere* non viene sganciato del tutto da regole di composizione dei conflitti che si fondano sull'attribuzione di diritti (soggettivi), si fa strada l'idea che il convenuto sfugge alla responsabilità perché i vantaggi della condotta del convenuto sono considerati superiori al danno causato. R. Demogue, *Traité des obligations. Sources*, Paris, 1923, p. 226 ribadisce la centralità della lesione di un diritto, elemento oggettivo che, insieme all'elemento soggettivo della colpevolezza, produce il risarcimento, ma aggiunge una significativa chiosa: «determinare però i limiti di un diritto è impresa difficile, posto che la sua estensione varia a seconda della persona a cui viene opposto e delle circostanze in cui viene fatto valere, inoltre i diritti devono essere esercitati alla luce di una finalità sociale». Ma già per O.W. Holmes, *Privilege, Malice and Intent*, in 8 *Harvard Law Review*, 1894, p. 1 il convenuto può sfuggire alla responsabilità se la corte ritiene che vi sia una «giusta causa» della sua condotta. In questi casi, sono i benefici della condotta del convenuto ad essere considerati superiori ai costi provocati dal danno.

13 È il caso della scoperta della responsabilità oggettiva: G. Venezian, *Danno e responsabilità fuori dei contratti* (1884-86), in *Opere giuridiche*, vol. 1, Roma, 1930 opera un ribaltamento della prospettiva della responsabilità civile, sganciandola da un modello di responsabilità soggettiva, sanzione per un comportamento moralmente riprovevole, ancorandola invece ad un sistema oggettivo di responsabilità, come forma di difesa della società, affidato alla causalità (legame fra danno e sfera giuridica del soggetto). Per una soluzione che pone colpa e responsabilità oggettiva sullo stesso piano cfr. Coviello, *La responsabilità senza colpa*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1897, p. 201 ss.

4. La critica al pensiero giuridico sociale

Il ponte gettato fra diritto e società non si era dimostrato però in grado di condurre a risultati davvero soddisfacenti. D'altra parte, la società con la sua crescente complessità non era più ritenuta in grado di offrire una base attendibile ed univoca dalla quale derivare una risposta scientificamente fondata[14].

Il processo di interpretazione delle regole a partire dai fini e dagli interessi sociali era destinato a rivelarsi impreciso, denunciando l'estrema difficoltà di individuare su questa base regole davvero coerenti ed esponendosi alla critica di condurre a sua volta verso una nuova forma di concettualismo, questa volta di tipo sociale[15].

A differenza di quanto pensava inizialmente la maggior parte dei suoi promotori, il nuovo metodo portava alla luce una pluralità di fini ed interessi, spesso in conflitto fra di loro, che lasciava spazio a soluzioni aperte. All'interno dei vari procedimenti giuridici emergeva sempre più chiaramente come le diverse soluzioni non fossero altro che il prodotto di un compromesso fra interessi sostanziali differenti, il cui risultato se favorisce l'uno, comprime l'altro[16]. Diversi obiettivi che sono in conflitto tra di loro e che richiedono sempre una mediazione[17].

---

[14] Nell'ampio spettro che va dal funzionalismo al marxismo, ovunque si conferma la difficoltà di correlare gli eventi prodotti nella società con l'adozione di una forma giuridica determinata. Agli strumenti giuridici possono solo essere riservati compiti molto più vaghi, come quello di facilitare la prevedibilità o la certezza delle relazioni commerciali: non è più possibile insomma trovare una spiegazione razionale del rapporto fra diritto e società nella dinamica degli interessi concreti. Da noi S. Rodotà, *Proprietà ed industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile*, in *Politica del diritto*, 1978, p. 429 ss. e M. Bessone, *Disciplina dell'illecito, distribuzione dei rischi e costi sociali dei sistemi di risarcimento*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, p. 721 ss.

[15] L'opzione si differenzia da quella del positivismo sociologico che concepiva il diritto come il prodotto di uno sviluppo sociale, di cui pensava di aver trovato le leggi scientifiche. In tale prospettiva la società produceva il suo diritto attraverso un processo automatico che non implicava alcuna scelta.

[16] Nella giurisprudenza degli interessi vi è chiara consapevolezza che la regola è la risultante di più vettori, non di uno solo. Secondo Heck ogni norma offre la soluzione ad un conflitto di interessi, origina da un conflitto di interessi e ne costituisce a sua volta il risultato, anche se spesso se ne riesce a cogliere uno soltanto, cioè quello prevalente. Le norme operano in un mondo pieno di interessi confliggenti e pertanto ogni legge opera sempre a spese di qualcuno degli interessi; la parola interessi può essere ambigua perché si riferisce a due diverse tipologie: personali ed impersonali; sono soltanto questi, in quanto universalizzabili, che possono entrare in gioco: cfr. P. Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, 1912, dove il giudice di fronte ad un conflitto o ad una lacuna deve riprodurre lo stesso equilibrio di interessi operato dalla legge.

[17] La tutela della sicurezza della circolazione giuridica presenta almeno due profili

Del resto lo stesso Jhering, vero e proprio *founding father* del sociale, aveva già rivelato con assoluta chiarezza l'esistenza di una tensione interna al diritto fra sostanza (l'interesse tutelato) e forma, in virtù della quale l'interesse tutelato si deve sempre piegare alle esigenze formali, cioè a quelle che derivano dalla sua concreta amministrabilità (la capacità di essere applicata in modo semplice) attraverso le forme giuridiche. E la migliore amministrabilità di una regola nel senso di aumentare la sua certezza nel suo funzionamento provoca una maggiore imprecisione nella tutela dell'interesse sostanziale (che finisce per essere approssimata per eccesso o per difetto), mentre la maggiore precisione diminuisce però la certezza.

Questa impostazione doveva influenzare largamente l'elaborazione della giurisprudenza sociologica americana, la quale aveva portato alla luce l'importanza del compromesso fra gli interessi, rinunciando però durante il suo percorso teorico a rintracciare una formula o un criterio scientifico che consentisse al giudice di evitare una scelta[18].

Se il pensiero classico presentava il diritto (staticamente) come un campo da cartografare ed ordinare secondo un ordine gerarchico, un campo di cui era possibile preservare i confini, il pensiero sociale invece rimodula (dinamicamente) il diritto sull'immagine dell'energia, del flusso e del movimento. Al suo interno il compito del giurista è governare i vettori (principi, valori, politica) che sprigionano l'energia, attribuendo ad ognuno un peso ed una grandezza e bilanciandoli fra di loro. Era possibile, così, vedere l'interpretazione delle norme o dei precedenti contrarsi o allargarsi a seconda della costellazione di principi e di valori nella quale venivano collocati e dei quali subivano l'attrazione gravitazionale.

---

diversi: la sicurezza statica e la sicurezza dinamica. La prima coincide con l'interesse di tutti i titolari di un diritto a non perderlo contro la propria volontà, la seconda è invece l'interesse di tutti gli acquirenti di un diritto a che la situazione effettivamente acquisita non sia perduta a causa dell'invalidità del trasferimento. Tutte le istituzioni del diritto privato esigono delle scelte fra queste due finalità. Favorire la sicurezza statica significa incoraggiare colui che possiede il bene ad apportare tutti i miglioramenti e gli investimenti necessari per migliorarlo e favorire la sicurezza dinamica vuol dire invece incoraggiare la circolazione giuridica e l'allocazione dei beni agli usi più efficienti: cfr. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris, 1923.

[18] R. Pound, *Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, 1922, p. 75 s.; K. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence. The Next Step*, in 30 *Columbia Law Review*, 1930, p. 431 ss. e Id., *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*, 44 *Harvard Law Review*, 1931, p. 1222 ss.

La mancanza di una struttura capace di contenere l'energia e di incanalare la forza dei vettori che il sociale aveva permesso di individuare, alla lunga discredita il sociale, del quale vengono denunciati i limiti: appare un sistema rudimentale sotto il profilo teorico, poco raffinato da un punto di vista estetico[19] e soprattutto difficilmente governabile.

È proprio l'estrema varietà delle manifestazioni attraverso le quali il "sociale" può presentarsi e la loro instabilità a salire sul banco degli accusati. Il sociale infatti poteva da una parte promuovere una visione pluralistica, riportando l'attenzione sul diritto giurisprudenziale e sul diritto nato dalle istituzioni sociali, contribuendo così a limitare l'assolutismo statuale. Dall'altra poteva però prendere una direzione diversa, dissolvendo l'individuo nelle istituzioni o nel gruppo, di cui lo Stato può diventare principale e talvolta unica espressione, subordinandolo ai propri fini[20].

Nella sua prima fase, proprio questa instabilità – in diversi quadranti del mondo – sarà accusata di condurre verso esiti tragici. Ad essere messa in discussione è la visione strumentale, in cui il diritto viene considerato una semplice ingegneria sociale suscettibile come tale di poter essere piegato alla realizzazione di qualunque politica. L'enfasi riposta sulle scienze sociali, se da una parte giustificava la necessità di una politica di riforme della società, dall'altra però metteva le scelte sui destini della collettività nelle mani degli scienziati sociali o di una politica "positiva" o "scientifica" che finiva spesso per assumere connotazioni intollerabilmente autoritaristiche.

---

[19] Prima o poi, ci si dovrà arrendere all'idea che le forme giuridiche non hanno l'elasticità necessaria (o ne hanno addirittura troppa) per adeguarsi a tutti i nuovi possibili equilibri provocati dalla costante ricombinazione di quegli interessi, rivelando tutto il carattere strumentale *a posteriori* delle diverse ricostruzioni. Il terreno è pronto ormai per smontare definitivamente quegli apparati metodologici che si affidano ad una relazione rudimentale fra diritto e società. E ciò avverrà puntualmente, proprio alla fine di quel decennio, da noi significativo il contributo dell'analisi strutturale, adottata dalla comparazione. Vedine il manifesto in R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980.

[20] Il diritto nato dalle stesse istituzioni sociali esisteva indipendentemente dalle volontà individuali ed al di là della volontà statuale e su di un piano superiore tale da imporsi alle une ed all'altro. La «funzione sociale» di Duguit, il «diritto sociale» di Gurvitch, come del resto inizialmente l'Io-sociale di Santi Romano rifiutavano l'autoritarismo ed ogni forma di potere giuridico superiore. In alcune versioni, però, l'enfasi posta al tempo stesso sulla funzione regolatrice dello Stato come espressione politica di un organismo superiore (la nazione) poteva servire ad attenuare questo profilo, ripristinando un primato della legge nella costituzione del diritto di cui lo statualismo autoritario del fascismo ne è un esempio.

Nel suo successivo *revival*, negli anni Sessanta, il sociale subisce poi l'attacco della critica, non riuscendo a trovare risposte alle obiezioni di tutti coloro che si opponevano ad una politica economica più attivista e con una forte caratterizzazione in senso redistributivo.

Alle perplessità antiche si aggiungevano anche quelle prodotte dalla trasformazione in senso sociale dello Stato, caratterizzata dal costante aumento dei suoi compiti e dalla crescita di un gigantesco apparato burocratico necessario allo scopo di realizzarli. Da un versante, ad essere messo in discussione era il funzionamento di un meccanismo che si è rivelato troppo macchinoso, costoso ed imperfetto per poter essere considerato davvero efficiente. Ulteriori perplessità erano destinate ad essere provocate poi dalle conseguenze degli interventi che molto spesso, come vedremo, erano ritenute negative proprio per coloro che, trovandosi nelle posizioni più basse della scala sociale, avrebbero dovuto esserne invece i principali beneficiari[21]. Da un altro, e più sofisticato versante, il bersaglio delle critiche erano le molteplici forme di interferenza ("disciplinare") con la sfera privata dei cittadini e le varie forme di classificazione selettiva (e la risultante "normalizzazione") a cui mette capo l'intervento pubblico e l'erogazione del welfare[22]. Tutte conseguenze ritenute inaccettabili perché producevano effetti altrettanto negativi quanto la indigenza materiale che si proponevano di curare[23].

5. Dal sociale alla fase attuale: l'emergere dei diritti umani

La critica doveva aprire una terza fase in cui non vi è più niente di simile alle idee guida di individualismo ed interdipendenza che hanno caratterizzato le fasi precedenti, ma una complessa sedimentazione dei tipici elementi provenienti dalle due precedenti fasi che, ora, trasformati, convivono. Decenni di confronti hanno indebolito il pensiero classico, ma anche il pensiero sociale[24].

---

[21] Su questo punto si vedano già le riflessioni di Pound circa le problematiche ed i risultati ottenuti con i programmi sociali: R. Pound, *New Paths of The Law*, Nebraska, 1950, p. 51.

[22] Il welfare ad esempio ha continuato ad essere offerto a coloro che corrispondono a modelli maschili convenzionali o ideali.

[23] Cfr. M. Foucault, *Sorvegliare e punire* (1975), Torino, 2014 e F. Ewald, *L'Etat providence*, Paris, 1986.

[24] E se ciò, da una parte, provocava la scomparsa delle preoccupazioni sociali dalla

La contrapposizione sembra essersi affievolita, nessuno reclama più la scena tutta per sé. Ora, anzi, possono stare fianco a fianco. Ambedue danno vita ad argomenti sostanziali che, insieme ad altre considerazioni, contribuiscono a raggiungere il risultato definitivo. Ciò che conta è il procedimento attraverso il quale questo risultato è raggiunto.

In questo quadro ciò che domina è una struttura e un linguaggio largamente condiviso: quello dei diritti umani o meglio dei diritti fondamentali. La riproposizione dei diritti, non come diritti individuali, né come diritti sociali, ma come diritti umani opera a diversi livelli: proposti nelle vesti di diritti fondamentali attribuiscono ai singoli prerogative individuali, i diritti fondamentali operano però anche come principi o valori, diventando così rilevanti virtualmente in ogni disputa.

I diritti fondamentali costituiscono il simbolo stesso di un'idea di diritto che opera su basi universali, al tempo stesso naturale e positivo, in modo assolutamente analogo a quanto accadeva con il diritto soggettivo, la volontà o la colpa nel pensiero classico.

Le finalità sociali prepotentemente emerse nella seconda fase, intorno alle quali venivano ricostruiti nuovi sistemi di regole coerenti con esse, sono divenute ora delle semplici *policy*. Insieme ai valori ed altri principi, fra i quali ora campeggia anche l'autonomia individuale, tutti entrano in gioco come elementi che devono essere bilanciati fra di loro – spesso integrati da ulteriori considerazioni relative alla amministrabilità delle regole e alla competenza istituzionale del *decision-maker* (nel senso di maggiore o minore attivismo giudiziale ed ora, in Europa, anche nel senso di maggiore o minore intervento delle fonti internazionali rispetto alle singole identità nazionali[25]) –

---

scena, permettendo così a noi europei di presentare il nostro diritto come più sensibile al sociale a causa del distacco di settori sottoposti alla regolamentazione in nome di *rationes* diverse da quelle mercato, dall'altra rendeva però – a differenza dall'Europa – ogni categoria giuridica più pronta ad essere piegata a finalità sociali. In Europa la risposta prevalente agli interventi sociali è stata la compartimentalizzazione degli interventi di questo tipo in una sfera specifica, separata dal diritto comune, che impedisce la disgregazione dell'interna coerenza (eccezione necessaria per rettificare le conseguenze indesiderabili sotto il profilo sociale), mentre al contrario negli Stati Uniti si è preferito lavorare sulla flessibilità delle categorie e degli istituti del diritto privato.

[25] Le valutazioni riguardano la scelta fra regole e *standard* di minore o maggiore generalità. Il conflitto fra le varie finalità era stato già rilevato da Jhering quando contrapponeva alle regole che assicurano la certezza fra le parti, ma sono soggette all'imprecisione e gli *standard* che invece assicurano una maggiore flessibilità equitativa, ma sono aperti alla discrezionalità; non basta però fare appello alla

per dare vita a regole che costituiscono specifici compromessi[26].

Il quadro lascia intravedere una complessa sedimentazione, in cui tipici elementi provenienti da momenti precedenti sopravvivono, trasformati. Così la fiducia nei diritti individuali, tipica di quel periodo, convive ora con argomentazioni di politica del diritto più ampie, che trovano la loro origine nel pensiero sociale, dando vita a un complesso bilanciamento di interessi e altre considerazioni che è diventato cruciale nell'amministrazione di qualunque tipo di controversia.

Il prodotto doveva essere la definitiva affermazione delle tecniche ponderative originate nella seconda fase. Un meccanismo che dipende per il suo funzionamento interamente dall'intervento del giudice, che svolge allora un ruolo fondamentale, prendendo il posto del professore di diritto o dello scienziato sociale che avevano esercitato una egemonia indiscussa nelle fasi precedenti[27]. Invece di considerare le relazioni del diritto con la morale o del diritto con la società, il pensiero giuridico contemporaneo è allora preoccupato prevalentemente delle relazioni fra diritto e politica.

Ora l'attenzione sembra essere assorbita interamente dai valori e dagli eventuali conflitti che è necessario comporre fra di loro. Fra valori e regole, le clausole generali diventano cruciali perché ne assicurano il collegamento ed appaiono in continua espansione: a quelle già conosciute dai codici, se ne affiancano altre di origine dottrinale o proposte dalla giurisprudenza (costituzionale)[28].

---

amministrabilità, perché deve essere verificata anche la sua precisione (possono risultare *under* o *over-inclusive*).

[26] Alla base degli strumenti di tutela approntati dall'Ue in materia di diritto dei consumatori, la debolezza di una delle parti del contratto richiede una profonda riformulazione delle regole che lo disciplinano (attraverso obblighi d'informazione o la nullità di clausole abusive) al fine di ripristinare "l'autonomia" propria di ogni individuo. La limitazione è veicolata all'interno del contratto attraverso le clausole generali, con riferimento ai valori fondamentali della persona, a protezione dell'uomo e dunque di ciascun contraente, particolarmente quando è debole. Sui limiti, volendo, cfr. G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, p. 66 ss.

[27] Con la ridefinizione dei sistemi giuridici al di là degli spazi nazionali si afferma anche una «global community of courts», il cui dialogo è diventato uno degli argomenti centrali nei recenti discorsi sulla globalizzazione. Sul punto S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit.

[28] La globalizzazione ha profondamente modificato anche il significato e la portata di strumenti associati a periodi precedenti. Un esempio tipico è costituito dalle clausole generali: cfr. M.R. Marella, *The Old and New Limits to Freedom of Contract in Europe*, in 2 *European Review of Contract Law*, 2006, p. 257 ss. e Ead., *A New Perspective on Human Dignity. European Contract Law, Social Dignity and the Retreat of the Welfare State*, in S.

In questa prospettiva, la stessa argomentazione giuridica pare subire una altrettanto significativa torsione: le pretese scientifiche egemoniche di una ragione formale e "calcolante", tenute in vita anche dal sociale nella misura in cui ricercava nell'analisi scientifica della società la guida per le decisioni, sono state definitivamente messe in soffitta. Ora hanno lasciato spazio ad un modello aperto le cui tecniche non sono condizionate tanto da vincoli sostanziali, ma prevalentemente procedurali. Le sue regole – che assumono configurazioni diverse e sofisticate nei vari contesti che vanno dalla comunicazione intersoggettiva al confronto dialogico, alla ragionevolezza/proporzionalità – sono diventate fondamentali.

Il compito di comporre il conflitto è affidato al giudizio di proporzionalità[29]. La sua diffusione globale ne è ampia testimonianza[30].

L'argomentazione e l'approfondimento in chiave retorica dei procedimenti interpretativi sono diventati allora la chiave per assicurare una legittimazione all'intervento del giudice ed una giustificazione etica ai risultati che è in grado di raggiungere. Tutto il resto rimane sullo sfondo.

Caso dopo caso i giudici ci offrono un quadro in cui scelte tragiche e conflitti spigolosi possono essere gradualmente ricomposti e tutte le controversie sembrano trovare la loro corretta, perchè equilibrata, soluzione. Con la sua straordinaria flessibilità la proporzionalità si può candidare così a costituire perfino uno strumento potenzialmente trasformativo.

Non vi è dubbio però che la teoria ponga anche dei limiti a ciò che può essere visto e preso in considerazione.

Dissensi circa la condivisione delle basi di partenza e relazioni di potere scompaiono dall'orizzonte.

Grundmann (a cura di), *Constitutional Values and European Contract Law*, New York, 2008, p. 137 ss.

[29] D. Kennedy, *A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law*, in R. Brownsword et al. (a cura di), *The Foundations of European Private Law*, Oxford e Portland, 2011, p. 185. Fra i molti cfr. M. Hailbronner, *Rethinking the Rise of the German Constitutional Court: from Anti-Nazism to Value Formalism*, 12 *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 626 ss.; Id., T*raditions and Transformations: The Rise of German Constitutional Court*, Oxford, 2014, p. 645 ss.; J. Bomhoff , *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge, 2013; V. Jackson e M. Tushnet, *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridg, 2017 e V. Jackson, *Constitutional law in an age of proportionality*, in 124 *Yale Law Journal*, 2015, p. 3094 ss.

[30] A. Stone Sweet e J. Matthews, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*, Oxford, 2019.

6. Per una genealogia dell'attuale fase del pensiero giuridico

La sua genealogia può essere facilmente trovata nel diritto statunitense[31], ma non senza dimenticare quanto tutto ciò costituisca al tempo stesso una rielaborazione – originale – dell'elemento teleologico già da tempo presente nel pensiero sociale europeo[32].

È il percorso tracciato dal *legal process*, la teoria che aveva monopolizzato la dottrina statunitense nel secondo dopoguerra, ma anche di tutti quei progetti ricostruttivi sviluppati nella scia del suo declino che cercano di recuperare una dimensione consensuale, individuando punti in comune attraverso i quali valutare ciò che deve essere deciso[33]. E questo punto in comune tende ad essere individuato nel modo in cui viene articolato il processo decisionale del giudice.

Ad Hart e Sacks si deve infatti la formulazione completa della teoria che trova nel principio dell'*institutional settlement* la sua chiave. Sulla scia del declino del realismo giuridico i due autori avevano introdotto infatti l'idea che fosse necessario separare il processo di risoluzione delle dispute dai risultati sostanziali che consentono di raggiungere e che il consenso circa il primo sia più importante che quello sui secondi. Nella loro prospettiva la procedura precedeva e sovrastava la sostanza.

---

[31] Secondo questa impostazione, il modo più corretto per comprendere il diritto è separare la sostanza dalla procedura: il modo in cui risolvere le controversie (*legal process*) è più importante del contenuto, perché la sua adeguatezza alla tipologia di controversie da risolvere ed il suo corretto funzionamento consente di raggiungere risultati corretti. In questo modo sono limitati i pericoli che comporta il carattere aperto delle regole ed il giudice come legislatore. Il compromesso a livello di principi è commisurato alla sua facilità di amministrazione a livello pratico e le considerazioni istituzionali (di separazione dei poteri) che invitano ad un maggiore o minore passivismo il giudice nei confronti del legislatore o le istanze nazionali nei confronti di quelle internazionali: cfr. H.M. Hart Jr. e M. Sachs, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (1958), Westbury, 1994.

[32] Basterà ricordare che per Phlilipp Heck ogni norma è la risultante di almeno due differenti vettori in tensione fra di loro e non di una sola finalità, come ipotizzava Rudolf von Jhering e sulla sua scia la Scuola della giurisprudenza sociologica di Roscoe Pound.

[33] Cfr. J.W. Singer, *Legal Realism Now*, in 76 *California Law Review*, 1988, p. 465 ss. La teoria dei diritti filtra il consenso attraverso un processo contrattualistico ipotetico (J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, 1971 individua i principi che le persone avrebbero adottato nella posizione originaria al di là del velo dell'ignoranza). L'analisi economica del diritto filtra il consenso attraverso la massimizzazione della ricchezza, un sistema di transazioni volontarie eventualmente corretto da scambi forzati nel caso in cui il mercato non riesce a raggiungere i risultati che le persone avrebbero voluto (R. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York, 1973).

Di fronte al conflitto fra una pluralità dei valori e di interessi che ormai non si poteva più negare, il compito del diritto diventava la ricerca di un meccanismo per realizzare la loro composizione allo scopo di permettere a tutti di godere dei benefici della convivenza fra gli individui. Il diritto continua ad essere collegato alla società, rimane cioè una "scienza della società", il cui scopo ora è garantire la coesistenza degli individui attraverso la soluzione dei problemi che pone la vita in comune[34].

Per rispondere alle critiche, le regole del diritto privato venivano articolate in modo da riflettere un delicato equilibrio fra le varie finalità di *policy* evidenziate dalla critica e bilanciate con altri interessi più classici per raggiungere ragionevoli compromessi (perché proporzionali)[35].

Tali tendenze sono diventate davvero determinanti in questa fase della globalizzazione.

Alle radici possiamo trovare l'ascesa del *linguistic turn* che ha invaso tutti i campi delle *humanities*. In questa prospettiva, ogni pratica culturale può consistere in un «act of comunication in a kind of social language» prodotto all'interno delle «interpretative communities». Ciò significa, in termini estremamente sintetici, che anche per il sapere giuridico sono le convenzioni interpretative a determinare ciò che può essere considerato accettabile all'interno di ogni comunità, convenzioni che, in quanto pratiche sociali, possono essere scoperte e decodificate solo attraverso una «thick description»[36]. Proprio in quanto tali, le convenzioni costituiscono anche il limite a ciò che può essere detto nei diversi momenti storici ed il metro secondo il quale valutare anche la loro correttezza[37].

---

[34] Cfr. H.M. Hart Jr. e M. Sachs, *The Legal Process*, cit.: la base continua ad essere l'interdipendenza fra gli individui ma il compito del diritto non è più solo la soluzione dei conflitti in modo pacifico, ma permettere di realizzare i benefici della cooperazione.

[35] L. Fuller, *Consideration and Form*, 41 *Columbia Law Review*, 1941, p. 799 ss. Le finalità sociali sono divenute delle *policy* che devono essere misurate con l'altra *policy* del rispetto dell'autonomia individuale, gli interessi particolari sono stati universalizzati.

[36] In tema di *interpretive communities theory* si veda S. Fish, *Is There A Text in This Class?*, Cambridge, 1980, p. 147 ss. e O. Fiss, *Conventionalism*, in 58 *Southern California Law Review*, 1985, p. 177 ss.

[37] Estremamente significativo è il lavoro di R. Dworkin, *Law as Interpretation*, in 60 *Texas Law Review*, 1981-82, p. 527 ss. in particolare quando presenta l'interpretazione come lo sforzo di elaborare un'opera d'arte, soggetta nel diritto però a parametri di giudizio diversi rispetto alla letteratura ed alle altre arti, alla dimostrazione cioè del valore che quell'insieme normativo serve, del «best principle or policy it can be taken to serve».

Collegato a questa visione è anche il discorso sui diritti. Questi, come strumenti di persuasione assumono una posizione centrale: la loro efficacia retorica dipende allora esclusivamente dal consenso che sono destinati a riscuotere quando sono fatti valere.

In virtù di queste teorie, che fondano il diritto sul consenso e sull'argomentazione, l'autonomia del diritto poteva essere restaurata, facendo segnare una significativa differenza sia rispetto alla visione strumentale di gran parte del sociale, sia rispetto a quella parte della critica realista radicale che metteva in discussione la coerenza interna e la determinatezza dei materiali giuridici[38].

Come queste ultime, queste teorie non negavano più l'influsso dell'ideologia sui giudici, né il fatto che possano perseguire una politica del diritto; riconoscevano però che le convenzioni linguistiche della comunità degli interpreti avrebbero costituito un freno a questa spinta, contribuendo a ripristinare e mantenere saldo il confine tra diritto e politica.

Vi sono però da ricordare due problemi fondamentali. Intanto che la fiducia nella possibilità di individuare e raggiungere un consenso all'interno di una determinata comunità che condivide i medesimi valori, tende inevitabilmente a lasciare nell'ombra il conflitto esistente al loro interno[39].

Comunità interpretative, *forms of life*, conversazioni, tradizioni addotte come fondamento dei diritti e della loro interpretazione«non sono date ma prodotte, prodotte per esclusione» di altre visioni antagoniste che rimangono marginali. È interessante allora studiare le strategie retoriche ed il processo conflittuale attraverso il quale sono prodotte.

Come tutte le tradizioni, anche le tradizioni giuridiche sono "inventate", combinando e ricombinando selettivamente i propri elementi costitutivi, generando i loro miti fondativi, impiegando il diritto strategicamente allo scopo di mantenere la loro diversità e realizzare attraverso di esso un processo egemonico.

Le tradizioni giuridiche vengono continuamente elaborate e rielaborate per mantenere relazioni di domino. E così la loro costruzione

---

[38] Mi sia consentito rinviare a G. Marini, *Alessandro Giuliani: l'eredità del realismo giuridico nordamericano e l'"anxiety of influence"*, in F. Cerrone e G. Repetto (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, 2012, p. 183 ss.

[39] «Legal interpretation takes place in a field of pain and death»: cfr. R.M. Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, in 97 *Harvard Law Review*, 1983-84, p. 4 ss. che contrappone una funzione *jurisgenetic*, quando una corte aderisce e promuove tutti i valori presenti in una comunità, a quella *jurispathic*, quando invece ne privilegia solo uno nei confronti degli altri.

diviene allora politica in un modo molto più complesso e pervasivo di quello che finora è stato proposto dalle impostazioni dominanti.

Vi è un secondo elemento. Il diritto infatti potrà pure essere concepito come una pratica interpretativa, un processo deliberativo, una conversazione capace di dare voce a una pluralità di attori nel faticoso tentativo di restituire la parola anche agli *outsiders*, ma il diritto rimane pur sempre un'attività che produce anche delle conseguenze materiali, degli effetti tangibili nel mondo *of pains and death*.

In tutte queste situazioni infatti le corti scelgono, fra un diverso numero di alternative, una regola che è la risultante di un compromesso fra diverse considerazioni di vario tipo in conflitto fra di loro[40].

Ogni qualvolta si sceglie una regola, tale scelta lascerà sempre sul campo vincitori e vinti.

7. Bilanciare gli interessi in conflitto: il principio di proporzionalità

Utilizzato nel diritto pubblico tedesco nel corso del ventesimo secolo per limitare l'azione amministrativa e successivamente nel controllo di costituzionalità della legge, soprattutto per controllare l'interferenza dell'azione dei pubblici poteri con una libertà fondamentale, il principio di proporzionalità ha conquistato spazi sempre maggiori anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea e nella Corte dei diritti dell'uomo per valutare la conformità delle legislazioni nazionali e delle decisioni giudiziali ai Trattati. Il principio di proporzionalità si è però esteso anche al diritto privato.

Il test alle quali le corti sottopongono la soluzione mira a rintracciare un punto di equilibrio raggiunto, facendo in modo che l'elemento prevalente "tenga conto" degli elementi recessivi: si dovrà scegliere una regola, una modalità di applicazione che comporti il sacrificio minore dei principi recessivi[41].

---

[40] La regola costituisce dunque la risultante di una tensione e non il coerente svolgimento di un principio implicito o di uno scopo presente nell'ordinamento: tra le considerazioni che si possono valutare rientrano non solo principi, ma anche *policies*, valori ed anche precedenti che possono assumere un peso differente. Le considerazioni devono però essere universalizzabili, cioè non riferite a singoli bisogni o interessi particolari, e rintracciate tutte nel diritto.

[41] Il test di proporzionalità, com'è noto, segue un andamento trifasico: bisogna infatti valutare se la misura sia «idonea», «necessaria» e «proporzionale». Sul punto, R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2002.

In realtà la proporzionalità è uno strumento di disciplina *ex ante* e di controllo *ex post* dell'argomentazione dei giudici e serve a mettere in evidenza quali debbano essere i fattori da tenere presenti nella valutazione ed a facilitare una ricostruzione *ex post* di una decisione che viene raggiunta con un tipo di ragionamento giuridico specifico che si diversifica dalla politica e dalla morale.

Negli Stati Uniti la proporzionalità è da tempo all'opera nel diritto privato: nella responsabilità civile con la *negligence*, nei rapporti fra proprietari di fondi vicini nella *nuisance* e nel *case law* della Federal trade commission in materia di antitrust. Più in generale negli Stati Uniti l'affermazione che le regole del diritto privato sono il prodotto di un bilanciamento di *conflicting consideration* era piuttosto condivisa: serviva ad affermare che l'attacco alla costituzionalità della legislazione interventistica all'inizio del secolo era una antidemocratica usurpazione di potere legislativo da parte della Corte Suprema[42].

La "costituzionalizzazione" del diritto privato ha reso ogni questione assai complessa, moltiplicando le occasioni in cui le corti ricorrono – più o meno dichiaratamente – ad un principio del genere[43].

Ogni diritto infatti trova limitazioni in altri diritti, principi, interessi. In questa prospettiva il riconoscimento di un diritto è soltanto l'inizio di un argomento, non la sua conclusione: significa dover verificare se, in determinate circostanze, il riconoscimento sia giustificato alla luce dei fattori rilevanti.

La giurisprudenza anche da noi ne ha fatto largo uso a più riprese nel campo della responsabilità civile[44], del contratto e della proprietà,

---

[42] Vedi la famosa opinione dissenziente di Holmes nel caso *Lochner vs. New York* 198 U.S. 45 (1905). Il test però verrà ripreso dalla Corte Suprema nel caso Dennis e nelle dispute circa i rapporti fra *freedom of speech* e sicurezza nazionale all'alba del secondo conflitto mondiale. La presenza del modello negli Stati Uniti è testimoniata da D. Kennedy, *A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law,* cit. e Id., *Proportionality and Proportionality and 'Deference' in Contemporary Constitutional Thought*, in *Harvard Public Law Working Paper*, 2017, 9.

[43] Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., *passim*; Id., *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007 e G. Marini, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, I, p. 359 ss.

[44] Si consideri come Cass. civ., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 in *Foro italiano*, 1999, I, c. 2487 ss. abbia ribaltato la visione tradizionale che vedeva nella responsabilità civile una norma secondaria di tipo sanzionatorio, cioè che presupponeva la violazione di una situazione giuridica soggettiva di un certo tipo riconosciuta dal diritto, per chiarire invece la natura di clausola generale dell'art. 2043 c.c. Nella pronuncia in questione, infatti, si coglie una decisiva svolta nel ragionamento dei giudici italiani: per determinare l'ingiustizia del danno non si considera più la qualità della posizione

nonché oggi sempre più frequentemente anche nell'ambito del biodiritto[45] e del diritto di famiglia[46].

Ma, a ben vedere, l'idea è presente da tempo nel nostro diritto (privato). Basta pensare alla ricostruzione del contratto di Gino Gorla. All'interrogativo che infatti l'illustre autore si poneva – cioè di stabilire in quali situazioni il promissario deluso può agire nei confronti dell'altra parte che non intende più rispettare quanto ha voluto – la risposta non è più trovata attraverso la deduzione logica a partire da un concetto, né nella ricerca di uno scopo o una finalità immanente al diritto dei contratti.

L'indagine sul diritto giurisprudenziale restituiva un panorama più articolato dal quale emergevano piuttosto una serie di regole diverse, che arbitrano un conflitto fra la libertà del promittente di liberarsi di una promessa divenuta sgradita e la sicurezza del promissario che, avendo fatto affidamento, vuole che ne sia assicurato il rispetto.

---

giuridica lesa – se essa sia un diritto soggettivo assoluto o relativo o un interesse legittimo – ma è necessario che si tratti di un interesse giuridicamente rilevante, oggetto della valutazione del giudice. Questo dovrà effettuare un bilanciamento tra l'interesse del danneggiato e quello del danneggiante per individuare il soggetto su cui far gravare il peso del danno. Il punto è la creazione di regole ad opera dei giudici attraverso la valutazione di *conflicting consideration*, come nei casi di conflitto fra diritto di cronaca e diritto alla *privacy*, onore e reputazione (Cass. 9 giugno 1998 n. 5658, in *Foro italiano*, 1998, I, c. 2387 ss. con nota di A. Palmieri), di doppia alienazione immobiliare (Cass. 8 gennaio 1982 n. 76, in *Foro italiano*, 1982, I, c. 393 ss. con nota di R. Pardolesi), di danno da false informazioni al risparmiatore (Cass. 3 marzo 2001 n. 3132, in *Foro italiano*, 2001, I, c. 1139 ss. con nota di A. Palmieri).

[45] Sia consentito il rinvio a G. Marini, *Il consenso*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, p. 383 ss. A titolo esemplificativo, però, si consideri che la Corte Edu nel riconoscere il diritto all'autodeterminazione della persona morente (ex art. 8 Cedu), purché capace di assumere una decisione consapevole e di agire di conseguenza, legittima altresì l'interferenza dell'autorità pubblica, ove prevista per legge e necessaria, intendendo la necessità come proporzionalità dell'intervento allo scopo legittimamente perseguito, e al riguardo riconosce agli Stati un ampio margine di apprezzamento (casi Pretty c. Regno Unito, 29 aprile 2002; Haas c. Svizzera, 20 gennaio 2011; Koch c. Germania, 19 luglio 2012): cfr. M. Di Masi, *Il fine vita*, Roma, 2015.

[46] Si pensi, ad esempio, al noto caso Paradiso e Campanelli v. Italia, in cui la Grande camera della Corte Edu (24 gennaio 2017, n. 25358/12, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 4, p. 501 ss. con nota di L. Lenti) ha ritenuto che la radicale misura di considerare in stato d'abbandono e dare in adozione il minore nato da gestazione per altri illegalmente svoltasi all'estero da parte dei coniugi ricorrenti sia comunque proporzionata alla tutela del *best interest of the child* e indispensabile per evitare di riconoscere come legittima una situazione creata in violazione di regole ritenute di ordine pubblico per l'ordinamento nazionale: cfr. M. Di Masi, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, p. 181 ss.

Queste regole appaiono il frutto di una serie di compromessi complessi in cui una serie di ragioni di carattere sostanziale (autonomia, scambio, affidamento) si intrecciano con una serie di ragioni di carattere formale: la necessità di provare la presenza (*evidentiary*), la ponderatezza (*cautionary*), la serietà e definitività (*channelling*) dell'accordo[47].

Proiettato in un conflitto fra la libertà del promittente che vuole liberarsi della promessa e la sicurezza del promissario che vuole sia garantito il suo affidamento, queste regole possono essere infatti considerate un contemperamento fra questi due interessi, non disgiunto però da considerazioni di carattere più generale che riguardano i costi delle transazioni e dell'amministrazione della giustizia (ai fini della certezza dei rapporti giuridici e per facilitare il compito del giudice). Considerazioni tutte che non appaiono più antitetiche fra di loro, ma concorrenti[48]: in una prospettiva che tiene tutti gli interessi in considerazione e li salvaguarda da un sacrificio non strettamente necessario.

Così, mentre chiariva che definire l'ambito e la portata del contratto è frutto di una scelta (e come tale implica sempre una decisione di *policy*), chiariva anche che, al suo interno, i conflitti che vengono a crearsi riguardano soltanto principi etici o obiettivi pratici di fronte ai quali nessuno può sollevare dubbi di opportunità politica.

Nella misura in cui il diritto dei contratti poteva essere ricostruito sulla base di principi etici e giuridici, anche la necessità di un intervento

---

[47] Per assicurare al promissario deluso la possibilità di agire per l'esecuzione della promessa, queste regole infatti richiedevano un *quid* ulteriore rispetto alla volontà del promittente: la presenza di una contropartita, eseguita o soltanto ripromessa da parte del promissario, o il fatto che la promessa fosse stata vestita in una forma solenne oppure ancora tutta una varia serie di altri elementi come «la proporzione fra interessi del creditore e peso del debitore, la ricerca di un particolare affidamento fatto dal primo, o il pregiudizio sofferto, la moderazione, comunque della responsabilità di chi promette a titolo gratuito anche mediante l'interpretazione a lui favorevole». Il raccordo con la logica medioevale dei *vestimenta* del contratto assicurava alla soluzione la copertura della tradizione: cfr. G. Gorla, *Il contratto,* Milano, 1955, pp. 170 e 464. Significativamente prima già G. Venezian, *La causa del contratto*, in *Opere giuridiche*, cit. Ho sviluppato alcune di queste tematiche in G. Marini, P*romessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995.

[48] Un approccio assai simile è in Fuller. D. Kennedy, *From the Will Theory to Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's Consideration and Form*, in 100 *Columbia Law Review*, 2000, p. 94 ss.

da parte del legislatore in funzione correttiva e perequativa diventava meno necessaria[49].

All'incisiva critica interna delle contraddizioni della teoria della volontà e dell'utilità sociale, condotta nel lavoro di Gorla, ed alla rinnovata rilevanza attribuita alle valutazioni di *policy* contenute all'interno del diritto dei contratti corrisponde però la scomparsa nella sua ricostruzione di gran parte delle preoccupazioni distributive che pure avevano tormentato a lungo gli interpreti negli anni precedenti a partire dall'inizio del secolo[50].

8. Il realismo giuridico statunitense e l'analisi distributiva del diritto privato

È possibile però rintracciare anche una diversa genealogia. Per questo è necessario tornare allora negli Stati Uniti ed in particolare riprendere alcune intuizioni della critica realista. Gli Stati Uniti, almeno relativamente al diritto privato, nel torno d'anni cha va dal 1910 al 1930, costituiscono ancora una "periferia"[51].

---

[49] Gorla si opponeva a due tipologie di approcci, quello secondo il quale il principio della volontà dovesse cedere di fronte ad un altro principio superiore, quello dell'utilità sociale, ma anche quello secondo il quale lo stesso principio dovesse restringere la sua portata, ad una sfera più ridotta, lasciando tutto il resto all'intervento della legislazione speciale. Volendo ancora in G. Marini, P*romessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, cit.

[50] Ne rimangono tracce nell'idea che il ricorso alla forma serva una funzione *cautionary*, mettendo al riparo il disponente da trasferimenti immotivati (che poi la forma riesca davvero a rispondere adeguatamente a questa funzione rimane però un problema aperto). Ugualmente nel caso delle modifiche del contratto o della remissione del debito, in cui l'idea di vincolare la parte al suo impegno è messa in dubbio a causa della mancanza di una contropartita o per la presenza di eventuali pressioni che l'altra parte potrebbe esercitare per ottenere di più.

[51] Certamente per il diritto privato almeno gli Stati Uniti in questa fase costituiscono ancora una "periferia". La giurisprudenza sociologica di Roscoe Pound (*A Call for a Realistic Jurisprudence,* in 44 *Harvard Law Review*, 1931, p. 697 ss.) e di Benjamin Cardozo può esserne considerata a pieno titolo una gemmazione prodotta dalla recezione del sociale, anche se certamente Holmes, ancor prima degli europei, aveva preparato la strada alla critica, introducendo all'interno del ragionamento giuridico considerazioni di *justice and policy* e l'inevitabilità per i giudici, nelle loro decisioni, di procedere ad un bilanciamento degli interessi in conflitto. Ad Holmes spetta anche il primato per aver enfatizzato la necessità di abbandonare le astrazioni e di guardare al modo in cui il diritto funziona nella società («il diritto non è logica, ma è esperienza»: O.W. Holmes, *The Common Law*, Boston, 1881, p. 1), considerando l'impatto del fenomeno giuridico sulla dinamica sociale («il diritto come profezia di ciò che i giudici faranno»: Id., *The Path of the Law*, in 10 *Harvard*

La critica dei realisti infatti, al di là delle banalizzazioni alle quali spesso è stata soggetta, pone fra l'altro la questione cruciale della funzione dalla dimensione distributiva del diritto (privato)[52].

A differenza di tutte le immagini accreditate dal *laissez faire*, i realisti erano convinti che non vi fosse alcun terreno "naturale" lasciato al libero gioco dell'iniziativa individuale e fosse invece lo stesso diritto ad offrire ai privati, proprio attraverso l'elaborazione delle regole della *common law*, gli strumenti attraverso i quali i singoli possono confrontarsi[53].

La presenza di questa dimensione distributiva, che il diritto privato esercita, poneva molti interrogativi. Diventava difficile infatti negare che ogni modifica di quelle regole (siano esse di origine legislativa o un precedente giurisprudenziale che si consolida) implicasse un effetto redistributivo, non solo sulle parti di quella singola controversia, ma anche sui gruppi e categorie a cui quelle parti appartengono. Tutto ciò riattribuiva importanza al modo in cui sono disegnate le categorie chiave del diritto privato e soprattutto tutte le altre "piccole" regole di fondo (*groundrules*) che ne accompagnano l'applicazione perché dalla loro configurazione dipendono i risultati concreti delle singole contrattazioni.

Il progetto realista metteva in luce il modo in cui il diritto costruisce i meccanismi istituzionali che rappresentano l'intelaiatura all'interno della quale sono condotte le relazioni economiche e sociali

---

Law Review, 1896-1897, p. 461). Sul punto sia permesso il rinvio a G. Marini, *L'eredità del realismo giuridico*, cit.

[52] Con la prospettiva relazionale W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in 26 *Yale Law Journal*, 1916-17, p. 710 ss. completa il progetto analitico, ma favorisce la penetrazione dell'idea che le singole scelte relative alle modalità di protezione dei *legal interest* dipendono da elementi ulteriori e non dalla pura logica del sistema. A causa del carattere relazionale delle situazioni giuridiche, poi, la questione circa il contenuto del diritto è inevitabilmente destinata a trasformarsi in una questione distributiva, il riconoscimento di un diritto ad una parte implica l'imposizione di un *duty* all'altra e lascia sul campo vincitori e vinti. In questa prospettiva anche il rifiuto di intervenire, nella misura in cui permette un comportamento ad un altro soggetto, è una scelta di *policy*. Cfr. J.W. Singer, *The Legal rights debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, in *Wisconsin Law Review*, 1982, p. 975 ss.; J.Balkin, *The Hohfeldian Approach to Law and Semiotics*, in 44 *University of Miami Law Review*, 1989-1990, p. 1119 ss. e P. Schlag, *How To Do Things With Hohfeld*, 78 *Law and Contemporary Problems*, 2015, p. 185 ss.

[53] M. Cohen, *The Basis of contract*, in 46 *Harvard Law Review*, 1933, p. 553 ss. e L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, 1965. Ma cfr. J. Feinman e P. Gabel, *Contract Law as Ideology*, in D. Kayris (a cura di), *The Politics of Law: a Progressive Critique*, New York, 1998, p. 373 ss. Hohfeld aveva chiarito che il diritto non solo concede ai singoli il *privilege* di concludere contratti, ma attribuisce loro anche il *power* di far intervenire il potere statuale per eseguirli: W. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, cit., p. 32.

fra i diversi gruppi, meccanismi che determinano anche la posizione di forza degli appartenenti ai gruppi stessi ed i risultati che i singoli possono conseguire.

La loro ricostruzione, generalizzando dalle relazioni fra capitale e lavoro[54], riportava in piena luce la forza del diritto che, attraverso le varie regole giuridiche, costruisce una serie complessa di proibizioni e permessi, la quale non solo sceglie chi può giocare, ma determina le regole del gioco, distribuisce la posta ai propri giocatori e dunque ne configura l'identità[55]

La ricostruzione andava al cuore del problema del potere nelle relazioni private e del ruolo che l'ordinamento assume di fronte ad esse. In questa prospettiva, la figura centrale è quella di Robert Hale, il quale ribalta del tutto il campo e presenta una diversa visione in cui il diritto della proprietà, dei contratti e della responsabilità non può più essere considerato come il terreno della libertà dei privati, ma al contrario un complesso meccanismo attraverso il quale lo Stato «delega ai privati la possibilità di esercitare la coazione»[56]. Così diventava anche possibile

---

[54] Cfr. D. Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 *Maryland Law Review* (1982), 563: «I proprietari costringono i lavoratori, ricorrendo al loro diritto giuridicamente protetto di non dare denaro se non gli è offerto in cambio lavoro, ma i lavoratori costringono i proprietari, ricorrendo al loro diritto giuridicamente riconosciuto di non dare lavoro se non gli è offerto in cambio denaro. Quando comincia la contrattazione, i lavoratori minacciano scioperi, picchettaggi, boicottaggi, tutto nei limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico, mentre il capitalista minaccia di chiudere, di mettere in cassa integrazione e licenziare, tutto ugualmente nei limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico. Il "potere contrattuale" è un concetto complesso e strano, in definitiva una scatola nera che si riferisce a tutti i fattori che consentono ad ogni parte di ottenere qualcosa e non di più, all'interno di un determinato contesto (istituzionale)».

[55] Cfr. D. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law,* in 1 *European Review of Private Law*, 2001, p. 7 ss. e G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti,* in *Rivista critica del diritto private*, 2009, p. 66 ss.

[56] La prospettiva istituzionalista differisce da quella marxista classica. Per entrambe la distribuzione delle risorse è un elemento centrale. Nella ricerca dei fattori che ne influenzano i risultati sono determinanti le contrattazioni individuali, per la seconda il potere esercitato dai capitalisti sui lavoratori li costringe ad accettare condizioni giugulatorie in cambio di lavoro, conducendo ad una sistematica disuguaglianza economica. Per la prima, invece, è ancora cruciale il momento della contrattazione sul prodotto congiunto dello scambio, ma con qualche modifica rispetto alla visione marxiana. Anzitutto la coazione, che per Marx è a senso unico, per i giusrealisti può diventare invece bilaterale, così nessuna delle due parti ottiene esattamente cosa vuole. Cfr. R. Hale, *Bargaining, Duress, and Economic Liberty*, in 43 *Colorado Law Rev*iew, 1943, p. 627 s.: «bargaining power would be different were it not that the law endows some with rights that are more advantageous than those with which it

ribaltare la descrizione del contratto, operata dal *mainstream* in termini di libertà contrattuale, per proporre invece una visione secondo la quale la libertà contrattuale non è altro che un regime più sofisticato che consente agli individui di esercitare legittimamente forme di pressione economica.

I risultati a cui i singoli contratti conducono sono inevitabilmente determinati dal potere che è concesso alle parti, attraverso le regole del diritto privato, dallo Stato. In questo senso, libertà e coazione, in primo luogo, non esistono in modo indipendente dal diritto statuale e, in secondo luogo, sono reciprocamente collegate: libertà è tutto ciò che non è considerato dall'ordinamento come una forma illegittima di coazione. Libertà e coazione si collocano lungo un *continuum* ed il punto in cui si traccia il confine costituisce una scelta di *policy*.

Un attacco che arrivava al cuore della distinzione fra pubblico e privato, sulla quale il pensiero classico aveva costruito il suo impianto, e provocava un ribaltamento dei termini del discorso e con esso dell'ordine gerarchico sul quale erano fondati gli istituti del diritto privato[57].

Ribaltando il quadro i realisti giuridici portavano in esponente la funzione costitutiva del diritto.

Anche quando sembrano apparentemente il semplice prodotto di accordi "volontari", i risultati dei rapporti di conflitto e di cooperazione fra le parti sono sempre condizionati dall'ordinamento giuridico. Attraverso la stessa allocazione iniziale delle situazioni di appartenenza, dei titoli di proprietà ed i rimedi per la sua difesa, il diritto esclude gli altri dalla possibilità di appropriarsi delle risorse che gli assegna senza il consenso del titolare[58]. Attraverso la configurazione delle regole (del gioco) della contrattazione – come quelle che definiscono cioè la legittimità o meno dei comportamenti o dei mezzi con i quali si arriva

---

endows others. It is with these unequal rights that men bargain and exert pressure on one another».

[57] Questo capovolgimento della gerarchia doveva assicurare una maggiore deferenza all'intervento legislativo, che era stato, in precedenza, sempre considerato una interferenza con la libertà individuale e come tale confinato nel ristrettissimo recinto segnato dal caso Lochner, ma si spingeva a mettere in crisi la dicotomia pubblico privato ed a ribaltarne i termini e le gerarchie che erano fondate su di essa.

[58] Il diritto di proprietà non è un diritto naturale protetto dallo Stato soltanto nei rari casi in cui il titolare ne viene privato, ma un diritto creato dallo Stato che permette al titolare di escludere tutti gli altri dalle risorse che gli sono assegnate. Il diritto non solo protegge i proprietari, ma li crea. Sul punto R. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, in 38 *Political Science Quarterly*, 1923, p. 470 ss.

alla divisione del prodotto congiunto (dello scambio) – il diritto è in grado di determinare anche l'esito degli scambi[59].

E così possibile continuare anche al di là delle relazioni economiche e riconoscere come anche il potere relativo degli uomini e delle donne quando si confrontano fra di loro è determinato da una miriade di singole norme (la legalizzazione dell'aborto, la protezione contro illeciti ed abusi endofamiliari, l'addebito nella separazione, l'affidamento dei figli, la disciplina del mantenimento e degli alimenti).

Non vi sono spazi franchi: il diritto opera nelle vite di tutti noi sia quando appare che quando non appare. Anzi, questo è il caso in cui è più efficace[60]. Questo tema della distribuzione è cruciale. Torneremo a breve su questo tema dopo aver aperto un'altra prospettiva della fase contemporanea.

9. Il pluralismo e la frantumazione del soggetto di diritto. Le identità

Una seconda caratteristica del momento attuale sembra essere il riconoscimento da parte di ogni regime giuridico di una certa dose di pluralismo. E ciò non più nel senso – tipico del pensiero giuridico classico – di coordinare i singoli individui attraverso regole astratte e universalmente valide, né in quello del pensiero sociale della preoccupazione per le classi/categorie sociali (e le minoranze nazionali)[61], ma nel senso di riconoscere e trattare adeguatamente le "differenze".

A prima vista, l'enfasi per l'identità potrebbe essere considerata l'ennesima manifestazione di un invadente – e per alcuni europei, molto fastidioso – processo di "americanizzazione" che caratterizza tutto il diritto contemporaneo. La trasposizione insomma di quella vera e propria ossessione identitaria che, appunto negli Stati Uniti,

---

[59] Il potere contrattuale da cui dipende il consenso delle parti in un contratto è anche il risultato delle stesse regole che determinano ciò di cui ci si può appropriare ed assicurano ai titolari il diritto di difenderlo dai terzi. Cfr. M. Cohen, *The Basis of contract*, cit.

[60] La valenza estetica del diritto cela il suo potere effettivo: fra i moltissimi P. Goodrich, *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*, London, 1990, p. 251 ss.

[61] Il riferimento è alle categorie/classi sociali e minoranze nazionali attraverso le quale i giuristi sociali disintegrarono l'omogeneo popolo dell'epoca classica: cfr. Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought* cit., p. 63.

ha assunto una indiscussa centralità nelle rivendicazioni avanzate da parte di diversi gruppi contro l'esclusione sociale[62].

In realtà, la prospettiva contemporanea presenta una genealogia molto più complessa: può infatti essere considerata il punto di arrivo di un lungo processo che, al contrario, evidenzia invece una ben salda radice europea che sarebbe sbagliato ignorare.

In termini estremamente sintetici può dirsi che l'identità rappresenta la continuazione ma, al tempo stesso, anche la completa trasformazione dell'idea di classe sociale, della quale a cavallo fra i due secoli passati i giuristi del "sociale" si erano ampiamente serviti per frantumare l'omogeneo "popolo" di Savigny che aveva caratterizzato tutte le ricostruzioni dell'epoca classica[63].

Il processo di scomposizione del soggetto astratto, iniziato con il sociale, ha lasciato infatti emergere figure soggettive diverse in ragione della materialità dei rapporti in cui sono collocate e delle relazioni sociali che le caratterizzano[64]. Questo pone in primo piano la questione di quali identità considerare rilevanti per il diritto ed in quali contesti assicurare loro protezione.

La nuova rilevanza che assume l'identità frantuma l'unità dell'individuo: ognuno di noi, infatti, può averne più di una (nel senso delle sue possibili espressioni) e queste possono anche mutare nel tempo ed entrare in conflitto fra di loro. E questo pone il problema di fin dove questa frammentazione possa arrivare e quali di esse debba eventualmente prevalere[65].

---

[62] Cfr. J. Butler, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, New York, 1990; M. Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca e London, 1990 e N. Fraser, *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a "Postsocialist" Age*, in 212 *New Left Review*, 1995, p. 68 ss.

[63] Du. Kennedy, *Two Globalization of Law & Legal Thought: 1850-1968*, in 36 *Suffolk University Law Review*, 2003, p. 631 ss.

[64] Ora la Carta dei diritti pare aver portato a termine questo processo, dando rilevanza ad identità che appaiono mobili o precarie, eppure giuridicamente rilevanti (se sono oggetto di possibili discriminazioni), siano esse attinenti alle condizioni materiali ed al corpo, da una parte (nascita, età, caratteristiche genetiche, sesso, tendenze sessuali) o alle convinzioni personali (opinioni politiche, sindacali e religiose) dall'altra. Per tutti sul punto cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 298 ss.

[65] Il riferimento è alle conseguenze negative di stigmatizzazione realizzate attraverso la protezione delle identità escluse, ben conosciuto con il nome di «dilemma della differenza» da una parte (M. Minow, *Making All the Difference*, cit.) ed agli effetti confliggenti che la tutela di una identità può avere nei confronti dell'altra di cui un soggetto può essere contemporaneamente portatore. Sul punto classico è K.

In questo modo l'intera serie di concetti e tecniche fondate sull'idea di identità/differenza è stata generalizzata[66]. Così anche i vari tipi di argomentazione – a favore o contro il riconoscimento (reificazione, *intersectionality*) – tendono a riproporsi in tutti i contesti.

Molte delle disuguaglianze che caratterizzano le società contemporanee sono state infatti ricondotte alla svalutazione (culturale) a cui alcune forme di identità sono sottoposte all'interno di un contesto sociale che diventa sempre più multiculturale. La risposta è stata trovata in una *identity politics* che rigetta queste forme di discriminazione, valorizzando l'identità del gruppo (*politics of recognition*) o evitando la stigmatizzazione (spesso grazie alla decostruzione dei termini del discorso attraverso il quale le identità vengono rese marginali).

Nello stesso tempo, questo atteggiamento corre il rischio di semplificare e reificare quelle stesse identità, cristallizzandole, in modo da oscurare la complessità della loro formazione e la molteplicità delle possibili affiliazioni. E mette in secondo piano il problema della subordinazione sociale che preclude ai soggetti, che appartengono a tali gruppi, la partecipazione alla pari alla vita sociale[67].

Vari sono i modi in cui l'identità può fondare la base per invocare regole o trattamenti giuridici "più favorevoli" e vari sono ora i casi in cui è possibile reagire ad una discriminazione attraverso una serie di rimedi.

I soggetti antagonisti – i cui interessi dovevano essere coordinati in modo da assicurare l'interesse generale – sono diventati "parti deboli" da tutelare anche attraverso un regime di diritto privato che tiene in considerazione questa forma di debolezza e cerca di mitigarla attraverso la definizione di relazioni giuridiche in cui i "forti" sono chiamati a fare concessioni ai "deboli"[68]. Con simili interventi si vieta

---

Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality: Identity, Politics and Violence Against Women of Color*, in 43 *Stanford Law Review*, 1991, p. 1241 ss.

[66] Il riferimento è ovviamente fra gli altri alla *feminist legal theory* ed alla *critical race theory* che hanno messo in risalto le prospettive degli esclusi, ma anche il fatto che il diritto è attraversato e segnato da parzialità e pregiudizi. Sul punto cfr. M.R. Marella, *Le donne*, in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2007, p. 341 ss. Per una messa a punto ed una critica cfr. J. Halley, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton, 2006. Ulteriori informazioni è possibile ricavare da O. Giolo e M.G. Bernardini (a cura di),*Teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017.

[67] Fondamentale sul punto N. Fraser e A. Honneth, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Excbang*e, London e New York, 2003.

[68] Così, ad esempio, l'identità razziale, etnica o di genere, che ha dato vita a una garanzia riconosciuta all'interno della quasi totalità dei dettati costituzionali, può

a taluni attori del mercato di operare discriminazioni nei confronti di determinate identità.

Il sociale ha acquistato così una connotazione prevalentemente etica, tendendo ad identificarsi con la protezione delle parti "deboli"[69]. Diventa però sempre più difficile, come vedremo, inseguire le conseguenze che tali interventi sono destinati a produrre.

Questo tipo di prospettiva ha influito, però, anche sull'argomentazione giuridica, toccandone i suoi caratteri. La nuova sensibilità induce infatti il giurista a tenere conto, sempre più spesso, delle diverse angolazioni dalle quali è possibile guardare i problemi ed a trovare soluzioni che siano considerate adeguate rispetto alle identità a cui si ritiene necessario accordare tutela[70]. Per l'analisi giuridica ciò significa una notevole complicazione del quadro, i cui contorni sono diventati mobili e destinati a cambiare a seconda del punto di vista che si ritiene legittimo di volta in volta privilegiare.

Anche la valutazione dell'impatto (distributivo) delle soluzioni a cui si può arrivare, dunque, è destinato a cambiare a seconda della prospettiva e della differenziazione interna alle diverse categorie riguardate. Ed i risultati realizzati ad un livello possono essere compromessi ad un altro[71].

L'identità diviene dunque il luogo cruciale del conflitto e dell'indagine giuridica.

---

costituire ora il fondamento di una pretesa anche in materia contrattuale, come avviene nel caso dei contratti che hanno ad oggetto l'accesso o la fornitura di beni e servizi, liberamente accessibili al pubblico.

[69] Parti deboli che vengono individuate in contrapposizione alle parti forti. Al binomio ben collaudato nelle fasi precedenti in cui il lavoratore veniva contrapposto al datore di lavoro, al quale si era aggiunto, non senza perplessità, quello in cui l'inquilino veniva contrapposto al locatore, si sono aggiunti i consumatori nei confronti dei professionisti, ma anche le donne nei confronti degli uomini e poi, a seconda dei diversi contesti nazionali e delle varie sensibilità contingenti, gli incapaci mentali rispetto ai "normali", i disabili rispetto agli abili, i bambini rispetto agli adulti e fra questi gli anziani rispetto ai più giovani, i disoccupati cronici rispetto agli occupati, e con loro ora gli immigranti illegali rispetto a quelli legali ed ai cittadini, e persino i poveri tendono ad essere considerati un categoria rispetto alla classe media e agli abbienti.

[70] Cfr. P. Schlag, *The Aesthetics of American Law*, in 115 *Harvard Law Review*, 2002, p. 1047 ss. per un quadro dell'affermazione del *perspectivism* nella cultura giuridica contemporanea.

[71] R. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, cit., p. 470 e Du. Kennedy, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault* (1991), in Id., *Sexy Dressing etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*, Cambridge, 1993, p. 83 ss.

Dei conflitti interni che possono esistere all'interno di ogni identità è emblematica la vicenda della tutela del consumatore. Come spesso accade per tutti gli interventi che assumono connotazioni paternalistiche, la questione è quella relativa agli effetti che possono conseguire alle restrizioni che gravano sulle parti più forti per tutelare le più deboli. In situazioni di mercato concorrenziale, questi interventi regolatori inducono il più delle volte la parte forte a trasferire i costi della protezione ai beneficiari (*pass on*), costringendoli però a pagare qualcosa che altrimenti non avrebbero acquistato. L'obiezione allora è quella arcinota del cosiddetto *backfiring*: l'aumento del costo (del prodotto) incide sul consumatore marginale, quello collocato a livello più basso di reddito, escludendolo dal mercato o costringendolo a rivolgersi al mercato nero, dove la protezione è ancora minore o inesistente[72].

Le misure protettive si risolvono così, nel lungo e medio periodo, a danno dei più deboli della categoria, operando come un *cross-subsidy*, selezionando cioè all'interno della classe protetta, in modo da precludere l'accesso al mercato a coloro che si trovano al fondo della scala sociale[73].

Di tale fenomeno però è stata fornita anche un'altra e più complessa versione in cui l'effetto di *cross-subsidy* opererebbe dal gruppo dei (consumatori) più responsabili o competenti al gruppo dei (consumatori) meno responsabili e competenti. Con l'incremento delle misure protettive, l'aumento del prezzo graverà sul consumatore prudente (o informato, che non avrebbe bisogno di protezione) che pagherà quanto il consumatore distratto, risolvendosi ciò in un vero e proprio sussidio dei primi nei confronti dei secondi).

Il rafforzamento della tutela giuridica, operato attraverso l'intervento dell'ordinamento, finisce per imporre ai soggetti più preparati e/o abbienti di sostenere i più irresponsabili ed opportunisti fra coloro che si trovano al loro stesso livello (o al di sotto). In ogni caso la solidarietà è tutta fra i "deboli" e l'effetto distributivo opera soltanto all'interno della fascia più bassa.

---

[72] Il caso è arcinoto e dovrebbe sollecitare una maggiore attenzione sul modo in cui opera la tutela del consumatore nei cosiddetti *ghetto markets. O*ra per una messa a punto cfr. D. Kennedy, T*he Bitter Ironies of Williams vs. Walker Furnitures Co. in the First Year Law School Curriculum*, in 71 *Buffalo Law Review*, 2023, p. 225 ss. e Id., *Law Distributes I: Ricardo Marx Cls* (contributo non pubblicato disponibile in ssrn.com).

[73] Vedi gli ormai classici M. Cayne e M. Trebilcock, *Market Considerations in the Formulation of Consumer Protection Policy*, in 23 *University of Toronto Law Journal*, 1973, p. 396 ss. e W.C. Whitford, *The Function of Disclosure Regulation in Consumer Transaction*, in 2 *Wisconsin Law Review*, 1973, p. 414 ss.

Tornano così alla ribalta le critiche che avevano osteggiato l'ascesa del *welfare* prima e causato il suo declino poi, senza aver mai trovato una risposta convincente[74]. Alle critiche che riguardano l'effetto (distributivo) perverso dell'intervento, si unisce ora anche l'argomento dell'identità secondo il quale: ricompensando l'opportunismo e l'irresponsabilità, la regolamentazione giuridica diventa un fattore che contribuisce ad incentivare la promozione di tali caratteri, poiché elimina ogni incentivo a modificare la propria condizione ed offre al contrario l'opportunità di sfruttare i meccanismi che gli interventi protettivi mettono a disposizione[75].

In ogni caso, questa prospettiva richiede anche una profonda riconsiderazione dell'approccio tradizionale: una prospettiva capace di prendere in considerazione insieme alla dimensione distributiva, anche la complessità interna delle categorie identitarie di cui si serve l'approccio dominante.

10. L'intersezionalità

È questo il tema portato alla ribalta dall'indagine intersezionale. L'intersezionalità trova, infatti, le sue matrici nella teoria critica del diritto statunitense, orientata al conflitto ed alla redistribuzione (di potere), piuttosto che alla *recognition* tipica della critica identitaria.

Inizialmente l'intersezionalità, nella proposta della sua principale divulgatrice Kimberlé Crenshaw, è una analisi della situazione delle donne nere, considerate non tanto come portatrici di una identità socialmente costruita, stigmatizzata a causa della presenza di pregiudizi sociali, ma in quanto persone che sono trattate diversamente e rese marginali a causa della combinazione del colore della pelle e del sesso.

E bisogna subito chiarire che l'intersezionalità è qualcosa di più di una semplice somma di fattori, in cui una forma di subordinazione

---

[74] Per alcuni riferimenti essenziali cfr. T. Wilhelmsson e S. Hurri, *From Dissonance to Sense: Welfare State, Expectations, Privatisation and Private Law*, Aldershot, 1999; T. Wilhelmsson, *Perspectives of Critical Contract Law*, Aldershot, 1993 e R. Brownsword, *Welfarism in contract law*, Aldershot, 1994.

[75] La questione, sia pure con sfumature differenti, è ripresa da T. Wilhelmsson, *Le diverse forme di welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, in A. Somma (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, p. 267. Anzi, proprio il timore di conseguenze del genere diventa un motivo che conduce a separare e contrapporre radicalmente gli interventi a seconda che siano parametrati sulle capacità ed esperienza o invece sui bisogni individuali.

si aggiunge all'altra (*double oppression*), rinforzandosi reciprocamente; l'intersezionalità è invece una combinazione di fattori che interagiscono fra di loro, si influenzano e determinano a vicenda senza poter essere più distinguibili, provocando ulteriori pregiudizi, al di là di quelli provocati da ogni singola forma di subordinazione.

Al centro del problema, per le donne nere, non è solo il fatto di non essere "rappresentate" e rimanere invisibili nel processo di categorizzazione, ma è piuttosto il modo in cui relazioni di potere come razzismo, patriarcato, sessismo e stratificazione di classe si combinano fra di loro per dar vita ad una configurazione complessa che le relega ai margini della geografia sociale: posizione nella quale gli strumenti della giustizia sociale non funzionano più e le strategie di resistenza adottate nel quadro delle varie *identity politcs* possono rivelarsi addirittura nefaste, provocando un effetto boomerang che replica e rafforza la marginalità[76].

In questa prospettiva, l'intersezionalità è più che altro un punto di osservazione, un modo di pensare e di condurre l'analisi dei problemi legati agli schemi dell'identità/differenza e delle relative disuguaglianze che gli sono ricollegate.

Sarebbe allora del tutto fuorviante, come pure è stato recentemente tentato in campi diversi, cercare di identificare l'intersezionalità con uno schema astratto o statico da applicare a qualunque analisi o forma di conoscenza che è alle prese con la subordinazione. Al contrario, l'intersezionalità richiede una visione dinamica delle disparità sistemiche, un'analisi delle condizioni strutturali e dei relativi differenziali di potere che vengono a crearsi nei vari contesti storici, politici e sociali in cui la combinazione si realizza ed opera.

Quello dell'intersezionalità è insomma un tipo di approccio critico, svolto però non in chiave sociologica, bensì in chiave strettamente giuridica. È una critica per il modo in cui i giudici trattano i casi, adottando un modello di tutela che non riesce ad intercettare – e nemmeno a cogliere – pretese che sembrano altrimenti del tutto legittime. A questa incapacità, l'intersezionalità si propone di reagire denunciando i limiti delle categorie identitarie e le disuguaglianze che può generare.

Passate al filtro della cultura, del linguaggio e delle condizioni locali, tali categorie si rivelavano incapaci di mantenere fede alle loro ambi-

---

[76] L'*identity politics* se ne è appropriata e con indiscutibile successo, riassorbendola al suo interno attraverso la sua argomentazione classica: presentandola cioè come un caso nel quale alle donne nere vengono negati i propri diritti e il riconoscimento sociale perché hanno una diversa identità che è oggetto di stigmatizzazione.

zioni di generalità, denunciavano invece profonde diversità all'interno dei gruppi stessi, e dunque non si dimostravano idonee ad assicurare tutela a tutte le loro componenti.

Contrariamente ai teorici della costruzione sociale che, lavorando sulle identità – più o meno nello stesso torno d'anni – arrivano alla conclusione di doverle superare del tutto[77], i promotori dell'intersezionalità si muovono invece in una direzione parzialmente diversa.

Nel tentativo di disinnescare questi meccanismi perversi, l'intersezionalità scandaglia a fondo strutture ed identità per rivelare tutta la loro intrinseca complessità. Non si accontenta, infatti, di denunciare semplicemente la loro incoerenza e la loro natura culturalmente determinata nell'intento di rimuoverle[78], bensì cerca di migliorare la comprensione delle dinamiche che collocano le donne nere e gli altri possibili soggetti in relazione gli uni con gli altri, il modo in cui si determina una gerarchia fra di loro e si produce così marginalità all'interno dei vari gruppi.

Sono insomma le conseguenze prodotte dalle categorie identitarie piuttosto che la loro decostruzione la principale preoccupazione degli studi intersezionali[79]. Nella prospettiva della sua iniziale fautrice, ri-

---

[77] Appare evidente che Crenshaw non ritenga necessario approfondire ulteriormente il tema delle categorie identitarie. Certamente il suo lavoro prende le distanze dall'idea che possa esistere una particolare identità che prende il nome di donna, che un certo tipo di femminismo pretende di identificare per farne il fondamento di una *identity politics* (per riconoscergli partecipazione e rappresentanza politica). Crenshaw ritiene però che il femminismo non abbia sufficientemente elaborato il tema della soggettività, appiattendolo sul modello della donna bianca. Diversamente Judith Butler, il cui arcinoto lavoro (*Gender Trouble*, cit.) esce almeno un anno prima dei lavori di Crenshaw, secondo la quale non c'è alcuna categoria di donna: il genere significa cose differenti, in differenti culture, in momenti differenti. In realtà, la categoria è un prodotto del sistema del patriarcato che il femminismo cerca di combattere. Dunque usare la donna come fondamento è una operazione antitetica allo sforzo di combatterla. Ci sono delle pratiche sovversive (parodie) che dimostrano come non vi sia niente di essenziale rispetto al genere, e mettendo in crisi il significato di genere si mettono in discussione i suoi confini.

[78] Per Crenshaw, *Mapping the Margins*, cit. «c'è qualcosa di irriducibile che possiamo chiamare razza, anche se il suo significato è storicamente contingente ed è determinato da altri assi di differenziazione sociale, ci sono persone che chiamiamo neri (sebbene le loro esperienze possano variare a seconda dei diversi processi sociali, giuridici, culturali ed ideologici), c'è una forza sociale che possiamo chiamare razzismo sebbene i suoi contenuti, effetti e tecnologie possono variare nel tempo e non sono predeterminate, così come c'è un fenomeno che chiamiamo *whiteness*, sebbene i suoi confini non siano fissi o pienamente articolati, ma siano costituiti e ricostituiti al servizio del potere razziale».

[79] La razza semplifica la complessità delle esistenze individuali rendendo impossibile

mane centrale il diritto: perché il diritto mentre tollera e riproduce tali conseguenze, al tempo stesso offre però anche gli strumenti attraverso i quali combatterle ("antisubordinazione").

L'intersezionalità si candida così a costituire un sito in cui possono convergere diverse forme di investigazione che riguardano il modo in cui si intrecciano e si sovrappongono le dinamiche di razza, genere, classe, sessualità, nazione per produrre varie forme di disuguaglianza[80]. Lungo questo percorso l'intersezionalità spiana la strada ad una diversa pratica di lotta alla subordinazione, che si basa sulle "coalizioni" di differenti categorie oppresse, cioè alleanze fra gruppi e sottogruppi differenti, che combattono e resistono contro identiche forme di discriminazione, marginalizzazione e privilegio senza dover necessariamente assumere una posizione unitaria o fondarsi sull'unicità dell'identità dei loro componenti come presuppone invece l'*identity politics*[81].

11. La posta in gioco oltre la *politics of recognition*

L'indagine intersezionale ha promosso una significativa trasformazione della critica del diritto, conducendola al di là del *trashing* estremo al quale i *crits* bianchi sottoponevano inesorabilmente

---

portare in evidenza alcune esperienze particolari, essenzializza le esperienze di coloro che si collocano in una data categoria, nascondendo la diversità interna ai gruppi stessi, ignora infine il ruolo complesso del potere nella creazione delle categorie identitarie e nella strutturazione delle relazioni di disuguaglianza. Sul punto sia permesso ancora un rinvio a G. Marini, I*ntersezionalità: genealogia di un metodo giuridico*, L. Corso e F. Caggia (a cura di), Napoli, 2023, p. 21 ss.

[80] È per questo che l'intersezionalità ha suscitato grande interesse in una varietà di contesti ed in una molteplicità di settori, ben al di là dell'ambito accademico. Per la stessa ragione, l'intersezionalità è diventata patrimonio di tutti i movimenti interessati ad un processo di trasformazione sociale. L'intersezionalità è infatti in grado di individuare e contrastare forme complesse di discriminazione e di mettere in discussione anche processi di riforma per quegli effetti perversi che possono provocare su gruppi particolari all'interno di un gruppo più ampio. Vedi ora S. Mezzadra, *Intersectionality, Identity, and the Riddle of Class*, Papels del Ceic, 2021, 1 e I. Fanlò Cortes in *Intersezionalità*, cit., p. 51 ss.

[81] Ciò permette di collegare le lotte ed i differenti gruppi che le combattono, costruendo potenziali coalizioni e solidarietà. In questo modo riconosce che l'oppressione razziale è al tempo stesso fondata sul genere, sul sesso e sulla classe K.W. Crenshaw, *Close Encounters of the three Kinds: On Teaching Dominance Feminism and Intersectionality*, in 46 *Tulsa Law Review*, 2010, p. 151 ss.; D.W. Carbado e C.I. Harris, *Intersectionality at 30: Mapping the Margins of Anti-Essentialism, Intersectionality and Dominance Theory*, 132 *Harvard Law Review*, 2021, p. 2193 ss.

i materiali giuridici convenzionali, di cui evidenziavano ambiguità, lacune ed aporie, delegittimando la loro efficacia[82].

Nel discorso giuridico, infatti, erano già da tempo emersi i diversi modi attraverso i quali l'ideologia opera, offrendo un'immagine distorta delle relazioni di potere, occultando le asimmetrie e le disuguaglianze che il diritto contribuisce a riprodurre.

È il confronto con la teoria critica (*critical legal studies*) a portare però alla luce come il nodo sia costituito proprio dal diritto e dai discorsi di resistenza che possono realizzarsi attraverso il suo uso, in quanto ambedue – se non maneggiati cautamente – possono produrre e legittimare altra subordinazione[83].

Secondo una visione più complessa, che comincia ad affermarsi proprio in quel torno d'anni, il diritto attraverso le sue strutture non si limitava soltanto a riflettere e riprodurre le strutture di potere (razziale) presenti nella società. Emergeva, invece, chiaramente, come sia il diritto stesso a costituire i soggetti che regola attraverso tutta la sua fittissima rete di disposizioni. Queste disposizioni (*groundrules*), infatti, determinano i poteri che i soggetti, appartenenti a gruppi diversi, possono esercitare nei rapporti di conflitto e cooperazione fra di loro. A tali regole, dunque, è affidata la costruzione dell'identità dei soggetti che appartengono a questi gruppi[84].

---

[82] Della teoria critica la *critical race theory* riprendeva la critica dell'ideologia della neutralità del diritto e l'idea della natura costitutiva del diritto, ma si distaccava dalla critica dei diritti perché seppur indeterminati ed alienanti, i diritti potevano essere fonte di *empowerment* politico e strumenti di resistenza. Diversamente dal femminismo, però, la *critical race theory* non presentava la *race consciousness* o la prospettiva della vittima come una alternativa radicale ed esclusiva sulla quale fondare l'intera teoria. Sul punto sia consentito il rinvio a G. Marini, *Il colore nel diritto: costruire la soggettività ai tempi della Critical Race Theory*, in O. Giolo e M.G. Bernardini (a cura di), *Teorie critiche del diritto*, cit.

[83] L'intersezionalità, infatti, è strettamente legata all'ascesa di un movimento come l'analisi critica ed al dibattito al suo interno generato dagli studiosi neri che avrebbe dato vita alla *critical race theory*. Un fenomeno quest'ultimo tipicamente statunitense, come ha ben ricordato D. Kennedy, *Intersezionalità e Critical Race Theory: una genealogia dal punto di vista dei Critical Legal Studies*, in *Rivista critica del diritto privato,* 2021, p. 9 ss.: fenomeno dipendente dalle trasformazioni che stava subendo la professione legale ed il mondo accademico in quello specifico contesto. Cfr. anche J. Esquirol, *Le strategie intellettuali dell'analisi critica*, *ivi*, p. 187 ss.

[84] È impossibile pensare ad una relazione fra soggetti senza specificare le loro caratteristiche particolari: se si tratta cioè di un lavoratore subordinato o autonomo, di sesso femminile o maschile, è sposato o no, è anziano o giovane, è residente o immigrato, legale o illegale. Ed è altrettanto impossibile pensare a tali caratteristiche senza la mediazione degli strumenti giuridici, cioè dei diritti, poteri ed immunità che, in virtù di tali qualità, gli attribuisce il diritto. Ovviamente il diritto può spiegare

Ed è proprio a questo livello che si inserisce il contributo di Crenshaw. Per Crenshaw, non diversamente da altre visioni critiche [85], le questioni dell'uguaglianza sono strutturali, istituzionali, sistemiche e sempre legate alla disuguale distribuzione del potere. Così, dunque, una volta scoperte e denunciate le forme di razionalizzazione che nascondono il modo in cui il potere sociale è distribuito e lo rafforzano, è necessario operare attraverso il diritto per modificarlo.

Il contributo di Crenshaw si gioca dunque tutto sul piano della distribuzione e, come tale, si inseriva nel quadro di quegli orientamenti critici che tendono a ridefinire e precisare il rapporto fra indeterminatezza del diritto ed affermazione della sua natura costitutiva: il fatto che il diritto non sia coerente al suo interno non esclude però che possa esercitare forza costitutiva[86].

Occorre guardare al diritto, per quello che realisticamente è, cioè come un insieme di regole del gioco altamente strutturate e limitate che selezionano i giocatori, determinano il campo sul quale il gioco si svolge, le mosse che ognuno di loro può fare e qual è la posta in gioco[87].

---

solo una frazione peraltro significativa di questo differenziale di potere, ma il suo ruolo costitutivo appare innegabile. Sul punto cfr. Du. Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, in 41 *Maryland Law Review*, 1981, p. 563 ss. e volendo G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, cit.

[85] Diversamente dal femminismo, però, la *critical race theory* non presentava la *race consciousness* o "la prospettiva della vittima" come una alternativa radicale ed esclusiva sulla quale fondare l'intera teoria giuridica. C. Mackinnon, *Reflections on Sex Equality Under Law*, in 100 *Yale Law Journal*, 1991, p. 1281 ss., infatti, presentava il femminismo e la coscienza del "punto di vista delle donne" come il marxismo stesso aveva fatto, e cioè come la chiave di lettura della subordinazione in alternativa alla lettura in chiave di classe: considera che essere una donna significa essere subordinata ed essere subordinata sessualmente, mentre i fautori della *critical race theory* erano più ambivalenti nella loro considerazione della razza e dei rapporti fra identità razziale e subordinazione razziale. Sul punto recentemente cfr. D.W. Carbado e C.I. Harris, *Intersectionality at 30*, cit.

[86] Evidentemente, se nessuna regola ha abbastanza forza e precisione per incanalare il sistema ineluttabilmente in una logica specifica (come avrebbe voluto il marxismo classico), non significa che il diritto non sia in grado di determinare vincitori e perdenti nei molti, anche se più limitati, conflitti che attraversano la società; ad essere in gioco allora non sono più le sorti dell'intero sistema, ma conflitti "locali" con una posta più ridotta, ma ugualmente significativa. Da ultimi, ma significativamente, cfr. M. Xifaras, *Il ruolo del diritto secondo la teoria critica: il caso della proprietà e dei beni comuni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2021, p. 163 ss. e 323 ss. e A. Negri e M. Hardt, *Una replica a Mikhail Xifaras, ivi*, p. 347 ss.

[87] K. W. Crenshaw, *Introduction*, in Aa. Vv., *Critical Race Theory: The Key writings that formed the movement*, New York, 1996.

Regole che devono essere comprese e valutate nel loro insieme per stimarne l'impatto, rispetto all'intero spettro dei soggetti coinvolti nei vari contesti in cui operano.

Il fatto di essere altamente strutturato e limitato, cioè di presentare regole che richiedono una procedura ed un apparato argomentativo complesso per poter essere modificate, permette al diritto di continuare esercitare la sua forza costitutiva, anche se non è tale da incanalare ineluttabilmente il sistema in una logica determinata.

Sebbene fosse del tutto evidente la costruzione sociale della razza[88], l'analisi di Crenshaw ribadiva però che per rimuovere la strutturale subordinazione della gente di colore fosse necessario qualcosa di più significativo della semplice denuncia della dipendenza del diritto dagli stereotipi e dai pregiudizi sociali e del tentativo di disattivarli attraverso una *politics of recognition*.

Il razzismo, per Crenshaw, è penetrato all'interno di un complesso apparato istituzionale che lo tollera e lo riproduce attraverso una serie di classificazioni e stratificazioni che si insinuano nell'organizzazione degli spazi e nei modi di vita e di produzione per rimuovere le quali non basta il riconoscimento simbolico o la decostruzione[89].

L'intersezionalità ha indotto gli studiosi ad interrogarsi sulla effettiva composizione dei gruppi ai fini di comprendere il reale impatto che i meccanismi giuridici, le proposte di riforma o i vari progetti critici – quando si presentano come neutre o unidirezionali – sono destinati ad avere al loro interno.

Questi studi – pur rimanendo scettici circa le generalizzazioni che si annidano nelle classificazioni e categorizzazioni – hanno cercato tutti però di cogliere la complessità dei gruppi e le dinamiche confliggenti

---

[88] L'intersezionalità ha attraversato pure discipline diverse con un significativo impatto, ben oltre gli studi di genere, in tutto il campo degli studi sociali e delle *humanities*, dove ha prodotto un sostanziale rinnovamento delle metodologie, perché offriva gli strumenti per comprendere come le categorie utilizzate (le *battered women* nell'esempio di Crenshaw) non tenessero fede alla loro pretesa di universalità. Sul punto ancora cfr. K. Crenshaw, *Introduction*, cit. e D.W. Carbado, *Yellow by Law*, in 97 *California Law Review*, 2009, p. 633 ss.

[89] Il progetto di decostruire le assunzioni normative di queste categorie contribuisce alla possibilità di un cambiamento positivo (nel senso di liberare individui e gruppi dalla presa di un ordine egemonico) e permette una politica più complessa e inclusiva (anche se si riconosce che è impossibile sottrarsi definitivamente ai confini normalizzatori del linguaggio perché nuove relazioni di sapere/potere sono continuamente riscritte nei diversi sistemi di classificazione ed è impossibile evitare di usare le categorie strategicamente per finalità politiche).

che determinano le esperienze dei soggetti posti "all'intersezione" ed hanno dedicato la loro attenzione al processo attraverso il quale queste strutture vengono prodotte e riprodotte e le modalità con cui è possibile resistergli nella vita di tutti i giorni.

Del resto – è opportuno ricordarlo ancora una volta – piuttosto che alla (ri)definizione delle identità rilevanti, l'interesse di Crenshaw era diretto soprattutto a chiarire la dimensione dinamica dell'intersezionalità, cioè le modalità in cui il potere opera concretamente, il modo diffuso e differenziato con cui si originano e si articolano fra di loro identità che si sovrappongono, dando vita così a relazioni sociali molto complesse[90].

L'enfasi sulla complessità delle identità non deve però oscurare il carattere conflittuale dei rapporti interni, il dato della collisione che si verifica all'interno delle diverse categorie identitarie e della gerarchia che il diritto contribuisce a creare al loro interno, le cui conseguenze riguardano la distribuzione di beni che vanno dal denaro al capitale sociale[91].

L'intersezionalità è parte dunque di una più larga critica dei diritti e delle istituzioni giuridiche ed è rivolta, in particolare, a tutti quei progetti che mirano all'inclusione nella prospettiva della differenza; una critica che mette in discussione le strutture ideologiche attraverso le quali soggetti, problemi e soluzioni vengono trattati e soprattutto ne analizza le conseguenze materiali.

Indubbiamente, la critica intersezionale è rivolta ai processi di universalizzazione che tali progetti e politiche dell'identità portano avanti, in modo da rivelarne le contraddizioni, i *dark sides* ed i *blind spots*. Una critica tanto più significativa perché l'obiettivo di tali progetti è proprio denunciare la neutralità e l'universalismo delle istituzioni rispetto alle donne o ai gruppi marginali. Insomma, una critica che mette alla (dura) prova della *law in action* le declamazioni di cui tali progetti sono sempre molto ricchi.

L'analisi intersezionale rende visibili le gerarchie soggettive insite all'interno di quei progetti e di quelle politiche e le mette in crisi. Rivela come i meccanismi che ruotano intorno all'*identity politics* corrano il rischio di semplificare quelle stesse identità che dovrebbero proteggere, cristallizzandole in modo da oscurare completamente la complessità

---

[90] Lo ribadisce K.W. Crenshaw, *Twenty Years of Critical Race Theory: Looking Back to Move Forward*, in 43 *Connecticut Law Review*, 2011, p. 1253 ss.

[91] Il riferimento è a Du. Kennedy, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault*, cit.

della loro formazione, producendo un fenomeno che genera ulteriori problemi di esclusione e di subordinazione.

Ad un livello più generale, questa prospettiva allarga i nostri orizzonti sulle conseguenze delle regole giuridiche e dei loro rimedi. E diventa uno strumento che può essere appannaggio di tutti i giuristi. Ci induce, infatti, a prendere in considerazione la complessità dei gruppi destinatari degli interventi da parte del diritto, ci induce a scandagliare al loro interno per individuarne le diverse componenti e la molteplicità dei loro interessi, perché tali interessi possono porsi anche in posizione antagonista (*at cross purpose*) fra di loro.

In questa prospettiva è capace di rivelarci come nessun progetto di cambiamento sia davvero a somma zero: c'è sempre qualcuno che vince e qualcuno che perde. E, così, porta in esponente le scelte difficili che è necessario compiere in ogni processo di trasformazione. Ed ancora una volta le responsabilità dei giuristi quando le fanno.

A tal fine richiede un'analisi realistica dell'impatto che la regola giuridica potrà avere, del modo cioè in cui la regola verrà percepita, se sarà considerata come un costo o un beneficio, alla luce dei desideri e preferenze che, all'interno del gruppo, le diverse componenti possono nutrire in un determinato momento ed in determinate condizioni storiche e culturali, da chi potrà essere rispettata o aggirata.

Questa operazione indubbiamente costituisce un esercizio difficile: richiede di scegliere, di essere in grado di disaggregare o considerare separatamente le conseguenze delle regole in termini di preferenze, senza muovere pregiudizialmente da posizioni che assumono identità uniformanti; richiede la capacità cioè di individuare le posizioni degli interessati, di saper al tempo stesso evitare l'eccessiva uniformazione e l'eccessiva parcellizzazione.

Diritti fondamentali e conflitto sociale: considerazioni a margine di un rapporto volubile

Edmondo Mostacci

1. Una specie di introduzione, tra diritto e conflitto

Non soltanto i diritti fondamentali, ma più in generale l'esperienza giuridica nel suo insieme mantiene un rapporto complesso, e in via di principio saldo, con il conflitto intersoggettivo: in una realtà del tutto pacificata – in cui la conflittualità non sia più pensata, oltre che non più praticata – dal mondo della vita non emergerebbe più gran parte delle esigenze oggi soddisfatte attraverso la definizione di norme giuridiche[1].

Le riflessioni intorno al rapporto tra conflitto sociale e diritti fondamentali si colloca all'interno dell'ambito più generale ora indicato. Di conseguenza, è necessario in via preliminare spendere qualche sintetica riflessione sul rapporto tra "diritto" e "diritti fondamentali" e, soprattutto, su quello tra conflitto intersoggettivo e conflitto sociale.

Quanto alla prima questione, vale la pena rimarcare come, per un verso, i diritti fondamentali, per loro natura, si pongano in guisa di fenomeno tipicamente giuridico; per altro verso, essi caratterizzano non l'esperienza giuridica in quanto tale, quanto piuttosto una realtà geograficamente e storicamente determinata: lo Stato costituzionale, che si afferma dapprima con le rivoluzioni liberali del tardo Settecento, si diffonde nell'Europa continentale nel corso del successivo diciannovesimo secolo, anche grazie ai tre cicli di moti che hanno luogo

---

[1] In un mondo del tutto pacificato, il diritto probabilmente manterrebbe un ruolo di primo piano nei processi che portano alla definizione e alla stabilizzazione dei fatti istituzionali, intesi questi alla maniera di J.R. Searle, *La costruzione della realtà sociale* (1995), Torino, 2006.

tra il 1821[2] e il 1849[3], e conosce un profondo ripensamento all'indomani della seconda guerra mondiale. Tutte queste circostanze storiche – che meriterebbero ovviamente ben altro approfondimento rispetto a quello che è materialmente possibile effettuare in questa sede – mostrano in misura evidente il forte legame tra conflitto (da intendersi qui nello specifico significato di conflitto sociale) ed affermazione – nel duplice senso di emersione e successiva positivizzazione in testi giuridico costituzionali – dei diritti fondamentali.

Per ciò che concerne il conflitto sociale, è invece necessario sottolineare come il diritto si leghi all'esistenza del conflitto in generale e all'esigenza di prevenire che le sue eventuali deflagrazioni abbiano conseguenze drammatiche. Ciò non significa che il diritto mantenga un legame saldo e vitale con ogni tipo di conflitto. Al contrario, l'esperienza giuridica mostra come il diritto proceda a regolare e civilizzare alcuni tipi di conflitto – ad esempio, la rivalità nell'appropriazione delle risorse naturali o la divergenza degli interessi tra le parti di un contratto –; al contempo, altre forme di conflitto possono essere semplicemente ignorate dall'ordinamento, come il diverbio tra due amici in merito a chi abbia avuto ragione in una certa disputa, o addirittura negate e represse: si pensi alla disciplina che nell'Ottocento, in gran parte dei Paesi europei, classificava lo sciopero nei termini di reato o – per restare nei tempi più recenti – la risposta squisitamente repressiva

---

[2] I moti del 1820-21, che prendono avvio in Spagna e portano alla redazione della Costituzione di Cadice, investono parte importante della penisola italiana ma non portano a significativi risultati di carattere istituzionale; tuttavia, rivestono un ruolo di rilievo per il loro lascito culturale. Al contrario, i moti del decennio successivo – che prendono piede in Francia con lo scontro tra il reazionario Carlo X, spalleggiato dal suo primo ministro de Polignac, e la maggioranza liberale del Parlamento – portano alla monarchia orleanista nel Paese transalpino e coinvolgono il Belgio, che trova l'indipendenza dall'Olanda e si dota di un testo costituzionale che formalmente e con numerose modifiche è tutt'ora vigente. Naturalmente, in molti altri Paesi (quali la Polonia, il Regno di Hannover, il Ducato di Brunswick o il Regno di Sassonia) i moti non incontrano la stessa sorte e in breve tempo vengono repressi dal potere costituito. Sul costituzionalismo dei diritti nel contesto dei moti della prima metà dell'Ottocento, v. G.F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, p. 115 ss.

[3] I moti del 1848 costituiscono l'apice delle lotte borghesi contro l'assolutismo, in Europa. Più estesi dei moti precedenti, conducono alla redazione di alcuni testi costituzionali particolarmente significativi, oltre che all'instaurazione della Seconda Repubblica francese. Di particolare importanza, per le soluzioni adottate e per le tracce dell'influenza dei cicli costituzionali precedenti la cosiddetta Costituzione di Francoforte (sulla quale v. F. Lanchester, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, 1985, p. 41 ss.). Sui legami tra evoluzione storica e testi costituzionali nel periodo v. G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, in part. p. 153 ss.

nei confronti delle proteste pacifiche, per quanto provocatorie, degli attivisti ambientalisti di *Ultima generazione*.

Da questa prospettiva, pare utile, in queste battute introduttive, immaginare una prima griglia sulla base della quale distinguere il conflitto a seconda dell'ambito materiale in cui emerge e della sua dimensione. Così, da un lato il conflitto può avere natura economica, politica, culturale, e via discorrendo[4]. Dall'altro lato, esso può avere un'imputazione individuale o collettiva. Nel primo caso, i soggetti confliggenti interpretano[5] la contrapposizione e gli interessi che la animano in termini meramente individualistici, come nel caso del consumatore che partecipi ad un'azione di classe per vedersi risarcito il danno patito a causa, ad esempio, del difetto di fabbricazione di un bene: qui, il carattere collettivo dell'azione risponde a esigenze di economia procedimentale, ma l'interesse fatto valere rimane squisitamente individuale. Nel secondo caso, invece, l'interpretazione è appunto in termini collettivi e la contrapposizione concerne dei soggetti che costituiscono vere e proprie entità[6], le quali ultime possono essere intese nei termini di "classe" in senso marxiano[7].

2. Il diritto e conflitto sociale: rapsodia di un rapporto complesso

Come accennato precedentemente, il diritto è legato a doppio filo con quel complesso insieme di fenomeni che si è soliti chiamare conflitto. Al contempo, come si è appena chiarito non ogni conflitto è "conflitto sociale". Quest'ultimo ha carattere collettivo e si radica in dinamiche di natura propriamente sociale, quali possono essere il riconoscimento di una certa soggettività all'interno della comunità politica o il riparto del prodotto sociale. Così, costituiscono possibili esempi di conflitto sociale le lotte del movimento per i diritti civili negli Stati Uniti degli anni Cinquanta e Sessanta o le rivendicazioni con cui, nel corso dei Trenta gloriosi, il movimento sindacale è riuscito a promuovere il miglioramento delle condizioni reddituali della classe lavoratrice.

---

[4] Per un inquadramento teorico del concetto di conflitto sociale, v. A. Oberschall, *Theories of social conflict*, in 4 *Annual review of sociology*, 1978, p. 291 ss.

[5] Sul ruolo centrale dell'autorappresentazione dei soggetti agenti nelle dinamiche del conflitto, v. K. Boulding, *Conflict and Defense*, New York NY, 1963, p. 5.

[6] M. Olson, *The logic of collective action*, Cambridge Ma, 1965.

[7] R. Dahrendorf, *Classi e conflitto di classe nella società industriale* (1959), Bari, 1963.

In altre parole, il rapporto tra diritto, diritti fondamentali e conflitto sociale non ha un carattere univoco.

Alcune circostanze storiche possono aiutare a chiarire meglio il punto.

Un primo esempio significativo proviene dalla Francia rivoluzionaria. Qui, la svolta epocale costituita dalla rivoluzione del 1789 è, ad un tempo, il frutto di un'intensa conflittualità sociale che trova modo di emergere drammaticamente con la convocazione degli Stati generali e il cominciamento di un percorso che porterà il Paese a cambiare drasticamente la propria forma di Stato, sia per ciò che concerne la natura e la legittimazione degli organi dotati di potestà di imperio, sia per quanto riguarda la posizione dei consociati di fronte al potere[8]. Il nuovo ordine costituzionale è infatti caratterizzato da separazione dei poteri e garanzia dei diritti, come icasticamente richiesto dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino[9]. Ancora, le circostanze storiche portano il documento dedicato alle situazioni giuridiche soggettive ad avere la precedenza – almeno da un punto di vista temporale – sul testo stesso della Costituzione, che verrà redatto soltanto due anni dopo la *Déclaration*.

In termini più generali, al tempo della Rivoluzione francese il decisore politico è plasmato da una profonda conflittualità sociale e procede a dotare il Paese della sua prima carta dei diritti. Ciò sembrerebbe preludere ad un pieno riconoscimento, da parte delle forze politiche artefici della rivoluzione, del ruolo del conflitto. Ciò nondimeno, la stessa Assemblea nazionale che ha redatto e approvato la *Déclaration* procede altresì ad adottare la legge *Le Chapelier*, la quale non solo abolisce arti e corporazioni, secondo i dettami del pensiero fisiocratico in voga presso la borghesia francese dell'epoca[10], ma limita ogni forma di aggregazione collettiva di categoria, a partire dai sindacati[11], al pari

---

8 V. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. 89 ss.

9 Il cui testo dispone: «Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution».

10 In realtà, il rapporto tra fisiocratici e rivoluzionari francesi è complesso. Per un verso, una parte rilevante dell'Assemblea nazionale è ostile agli economisti dell'epoca; per altro verso, la borghesia è al di là di ogni dubbio la classe sociale che ispira e guida gli eventi rivoluzionari e, al contempo, è significativamente mossa da interessi economici, interpretati secondo le lenti di quella che all'epoca si pone nei termini di una branca della filosofia morale e non ancora come scienza sociale. Sul punto v. P. Rosanvallon, *Fisiocratici*, in *Dizionario critico della Rivoluzione francese* (1988), Milano, 1994, p. 649 ss.

11 Sul tema ancora centrale è l'analisi di H. Lagardelle, *L'Evolution des syndicats ouvriers en France. De l'interdiction a l'obligation*, Paris, 1901.

delle iniziative volte a stabilire prezzi o salari di riferimento. In questo quadro, le istituzioni nate dalla Rivoluzione procederanno altresì a limitare la libertà di riunione: dapprima nel contesto della reazione termidoriana verranno sciolti diversi club di ispirazione giacobina; quindi, con la redazione del Codice penale del 1810 si decide di sottoporre ogni riunione in luogo pubblico alla previa autorizzazione del governo. In altri termini, si adottano misure tese a reprimere quelle forme di espressione collettiva del dissenso[12] che permettono alle soggettività subordinate di prendere coscienza dei propri interessi e, quindi, alla conflittualità sociale di emergere.

Il rapporto tra conflitto e diritto al tempo della Rivoluzione francese può efficacemente inquadrarsi facendo riferimento al concetto di costituzione bilancio: i testi di tal genere sono rivolti al passato e mirano a stabilizzare in documenti dotati di alto valore simbolico[13] – anche se non di una vera e propria primazia sul piano del sistema delle fonti – i nuovi equilibri politici e sociali raggiunti attraverso momenti di esplicita e veemente manifestazione di conflittualità sociale. In altre parole, nel contesto delle rivoluzioni liberali, la Costituzione non mira a inquadrare le forze politiche e sociali venture all'interno di un sistema di regole ed istituzioni finalizzato a moderare e civilizzare il conflitto; al contrario, il suo scopo fondamentale è quello di rendere stabili – e quindi di proteggere e perpetuare – gli equilibri politici, economici e sociali a cui si è giunti grazie al momento rivoluzionario, sia nei confronti di tentazioni restauratrici, sia di possibili nuovi momenti di conflittualità sociale ad opera di soggettività diverse da quella che ha egemonizzato il momento rivoluzionario medesimo.

La funzione appena delineata contribuisce a giustificare il carattere generalmente flessibile delle costituzioni bilancio, il cui obiettivo fondamentale è quindi duplice: per un verso scolpire in un documento-manifesto quei diritti di libertà posti al centro delle rivendicazioni rivoluzionarie; per altro verso, approntare un meccanismo istituzionale atto a mettere nelle mani del gruppo sociale egemone la disciplina in

---

[12] Sul tema v. C. Peyrard, *Les débats sur le droit d'association et de réunion sous le Directoire*, in *Annales historiques de la Révolution française*, 1994, p. 463 ss.

[13] D'altra parte, come osserva V. Crisafulli, Voce *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, 1975, vol. 1, p. 1030: «anche quando la costituzione è flessibile, essa riveste, almeno in alcune sue parti, che sono poi quelle cui, per comune sentire, si attribuisce carattere materialmente costituzionale, un valore "politico" maggiore rispetto alle restanti leggi ordinarie».

concreto di quegli stessi diritti. Questi sono sanciti da un documento che ha valore di legge e, per esplicite disposizioni di questo, sono passibili di regolazione soltanto ad opera della legge, la cui approvazione spetta, magari con il concorso regio, al Parlamento: l'organo dove siedono, grazie al suffragio ristretto, i rappresentanti del medesimo gruppo sociale egemone. Così, la carta dei diritti assume un valore declamatorio, mentre alla legge spetta il compito di compatibilizzare l'esercizio in concreto delle libertà declamate con il prevalente obiettivo del mantenimento dell'ordine pubblico[14]. In altre parole, alla legge spetta il compito di rendere le libertà inoffensive per l'ordinato svolgimento del vivere civile, restringendo al minimo gli spazi per la conflittualità sociale.

Un secondo esempio di interesse è costituito dagli Stati Uniti, vale a dire il Paese dove sin da principio la Costituzione si è affermata nei termini di *higher law* e in cui con maggiore difficoltà tale testo può essere ricondotto al genere della costituzione bilancio. In particolare, appare di primo interesse la parabola della libertà di parola, sancita in termini apparentemente assai ampli e garantisti dal 1. emendamento. Questa disposizione – come è peraltro noto – esclude il potere del Congresso di adottare qualsiasi legge che limiti detta libertà. Tuttavia, nel corso delle decadi questa disposizione non ha impedito al potere pubblico di porre in essere una significativa repressione della *freedom of speech*.

In particolare, siffatta circostanza può più agevolmente comprendersi laddove si ponga mente al fatto che nel Paese in esame si sono confrontate due distinte tradizioni, caratterizzate da un proprio specifico approccio al ruolo del potere pubblico nel sagomare la sfera del dicibile[15]. La prima ad affermarsi è la cosiddetta tradizione della repressione, la quale emerge già in epoca precostituzionale, al tempo della guerra di indipendenza: in quello specifico contesto essa postulava che fosse necessario tacitare forzatamente quella minoranza di abitanti delle nascenti Repubbliche che erano favorevoli al mantenimento dell'originario legame con la Madrepatria. La tradizione alternativa a quella appena descritta è la tradizione del dissenso, la quale è invece favorevole a garantire il più ampio spazio, nel dibattito pubblico, alle

---

[14] A. Baldassarre, Voce *Libertà. 1) Problemi generali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 19, 1989, p. 12.

[15] Sulle due tradizioni v. S.M. Feldman, *Free Speech and Free Press*, in M. Tushnet, S. Levinson e M. Graber (a cura di), *Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, Oxford, 2015, p. 629.

opinioni diverse da quella maggioritaria o da quella comunque fatta propria dagli organi dotati di potestà di imperio.

La tradizione della repressione appare prevalente non soltanto al tempo della guerra di indipendenza, ma anche per tutto l'Ottocento e per le prime decadi del Novecento. Così, fino agli anni Trenta, la Corte suprema può sviluppare la propria giurisprudenza in materia di libertà di parola attorno al *bad tendency principle*[16] e, grazie a tale grimaldello concettuale, svuotare la previsione del 1. emendamento di buona parte del suo significato giuridico costituzionale. Infatti, in sentenze come *Debs v. U.S.* e *Abrams v. U.S.*[17], la Corte suprema conferma condanne anche molto pesanti inflitte ad attivisti di sinistra per attività prive di qualunque offensività concreta come lo svolgimento di un comizio pacifista o la distribuzione di volantini contrari all'impegno bellico statunitense[18].

Il microcosmo della libertà di parola appare molto indicativo del rapporto intrattenuto dall'ordinamento statunitense con il conflitto sociale: prima della svolta del 1937, con il passaggio da una lettura in termini liberali della costituzione a una coerente con l'idealtipo della democrazia pluralista[19], anche negli Stati Uniti il dissenso è oggetto di repressione, al fine di prevenire e soffocare il conflitto sociale, almeno laddove volto a modificare i rapporti di produzione o, più semplicemente, a migliorare le condizioni materiali di esistenza delle classi subalterne.

Un'esemplificazione di tenore diametralmente opposto è quella relativa alla giurisprudenza italiana in materia di retribuzione proporzionata e sufficiente. Come noto, l'art. 36 della Costituzione repubblicana pone un principio di grande momento: il lavoratore ha diritto a una retribuzione proporzionata a qualità e quantità del lavoro prestato e, in ogni caso, sufficiente a garantire a lui e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

---

16 Sul principio e sul suo utilizzo da parte della Corte suprema, v. G.R. Stone, *The Origins of the "Bad Tendency" Test: Free Speech in Wartime*, in *Supreme Court Review*, 2002, p. 411 ss.

17 Rispettivamente: 249 U.S. 211 (1919) e 250 U.S. 616 (1919).

18 Per un'analisi diacronica in merito alla disciplina in concreto della libertà di parola negli Stati Uniti, v. S.M. Feldman, *Free Expression and Democracy in America. A History*, Chicago Il, 2008. Sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense in materia di *freedom of speech* nel Novecento, in italiano, v. E. Mostacci e A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, Torino, 2024, p. 241 ss.

19 Sul passaggio di cui al corpo del testo v. i due volumi di G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti*, Torino, 1998, rispettivamente dedicati alla *Costituzione liberale* e alla *Costituzione democratica*.

Sin dai primi anni di vigenza della Costituzione repubblicana, la giurisprudenza di merito ha ricostruito il quadro normativo rilevante in modo da dare al principio sotteso all'art. 36 un'applicazione piena. Infatti, a partire dalla sentenza n. 1184 del 1951, la Corte di cassazione ha in primo luogo interpretato in modo estensivo il principio di cui all'art. 2077 del Codice civile. Così, gli accordi collettivi sottoscritti, al di fuori del regime previsto – e sempre rimasto inattuato – dall'art. 39, dalle rappresentanze sindacali hanno assunto carattere vincolante per i soggetti aderenti alle organizzazioni stipulanti[20]. Successivamente, il disposto dell'art. 36 è stato interpretato nei termini di un principio immediatamente efficace e inderogabile da parte dell'autonomia privata, con il risultato di dichiarare la nullità non già dell'intero contratto, ma della sola clausola che definisce la retribuzione, laddove questa si discosti significativamente da quanto previsto, per il settore economico di cui si tratta, dagli accordi collettivi, utilizzati come elemento di ordine fattuale per individuare la retribuzione da considerarsi proporzionata e sufficiente. Una volta sancita l'illegittimità della clausola, in virtù del principio di conservazione del contratto, il giudice provvede a definire la retribuzione, usando come riferimento gli stessi accordi collettivi, con il risultato che l'efficacia reale ed *erga omnes* della contrattazione collettiva, esclusa su un piano formale per via della mancata attuazione dell'art. 39, trova un pur parziale riconoscimento, di natura meramente fattuale, ad opera della giurisprudenza[21].

Le strutture giuridico-costituzionali volte a riconoscere un ruolo di primo piano al conflitto sociale, nel delicato ambito del riparto del reddito nazionale, approntate dal Costituente ma destinate a rimanere inattive per via dell'inerzia del legislatore, trovano quindi una pur perfettibile applicazione – se così si può dire – per via dell'interpretazione del diritto rilevante, offerta dalle corti di merito, informata a una lettura sostanzialistica della Costituzione e del rapporto tra diritto e conflitto da essa preconizzato.

Le esemplificazioni che si sono fornite ovviamente non hanno una finalità strettamente persuasiva: non vogliono dimostrare che nella

---

[20] Sul tema, con accenti critici, v. F. Santoro-Passarelli, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Saggi di diritto civile*, vol. 1, Napoli, 1968, p. 218 ss. Posizione più sfumata invece quella di M.V. Ballestrero, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Rivista italiana di diritto del Lavoro*, 1989, I, p. 357 ss., in part. p. 386.

[21] M. Rusciano, *In tema di efficacia del contratto collettivo e articolo 36 della Costituzione*, in *Rivista italiana di diritto del Lavoro*, 1970, p. 240 ss.

pratica degli ordinamenti giuridici il diritto sia uno strumento più spesso utilizzato per reprimere i conflitti, piuttosto che per regolarli al fine di coniugare il regolare ricorso a pratiche di natura conflittuale con un livello accettabile di pace sociale. Al contrario esse mostrano che entrambe le strade sono state effettivamente sperimentate e che la via della repressione è stata percorsa con maggiore coerenza nell'ambito dello Stato liberale che, non a caso, si pone nei termini di uno Stato monoclasse[22]. Viceversa, il riconoscimento del conflitto sociale e la sua riconduzione a strutture giuridiche in grado di civilizzarlo è la strategia preferita dal costituzionalismo democratico, come testimoniato dall'esempio portato per ultimo.

3. Segue: conflitto sociale e diritti fondamentali

Sulla base delle riflessioni svolte nel paragrafo precedente, si può affermare con un certo margine di sicurezza che, almeno dal punto di vista fattuale, non vi è un rapporto univoco tra diritto e conflitto. Per un verso, il conflitto sociale sollecita e promuove trasformazioni del diritto; per altro verso, talvolta il diritto riconosce il conflitto e cerca di incanalarlo all'interno di processi che prevengano una sua drammatica deflagrazione in termini incompatibili con la convivenza civile, mentre altre volte ambisce a negarlo o, in ogni caso, a reprimerlo. Tuttavia, l'assenza di qualsivoglia univocità nel rapporto tra diritto e conflitto sociale non implica, di per sé, che quanto delineato possa immediatamente trasporsi al rapporto tra conflitto sociale e diritti fondamentali. Certo, come già messo in luce, i diritti sono un tassello significativo del più generale fenomeno giuridico; ciò nondimeno, *la parte* potrebbe seguire una logica diversa da quella che caratterizza *il tutto*.

In conseguenza di questa osservazione generale, conviene quindi salire ad un piano più astratto e immaginare il possibile atteggiarsi del rapporto in esame alla luce di alcune considerazioni di carattere teorico, attinenti al ruolo assegnato ai diritti fondamentali.

Sotto questa prospettiva, la dicotomia più rilevante a cui fare riferimento è quella che distingue – il che, si badi, non significa necessariamente contrapporre – la finalità di protezione e la finalità di integrazione sociale del soggetto, perseguita dai diritti fondamentali. Non è questa la sede per analizzare le diverse teorie che attengono a tale

[22] V. G. Amato, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, 2006.

questione[23] e le implicazioni che i diversi autori traggono laddove ritengano che solo una di quelle segnalate sia la funzione propriamente spettante alle situazioni giuridiche soggettive di tono fondamentale. Quello che conta è evidenziare che esistono argomenti solidi per sostenere che (alcuni) diritti fondamentali hanno il compito di proteggere il singolo nei confronti delle pretese conformative dell'ordine sociale, a partire da quelle provenienti dalla dimensione politica e statuale[24]; al contempo, esistono argomenti parimenti solidi e convincenti per ritenere che lo scopo precipuo dei diritti fondamentali sia quello di promuovere l'integrazione del singolo all'interno delle strutture della comunità[25]. Posta l'esistenza di detta pluralità di prospettive, spetta al singolo autore, inserito in un determinato contesto giuridico e sociale atto a indirizzarne pensiero e prospettive di riferimento, decidere quali argomenti ritenere fondati, quali di particolare rilievo e quali invece privi di rilevanza o di particolare significanza.

Ammessa l'esistenza di questi argomenti, si può altresì sottolineare come una lettura in termini squisitamente difensivi dei diritti fondamentali comporti una opposizione in via di principio tra diritti e conflitto sociale. Laddove la funzione primaria dei diritti sia proteggere l'individuo nei confronti di intrusioni della sfera politica, si pongono le premesse affinché la ricostruzione dei rapporti tra diritto e conflitto sociale sia in termini puramente oppositivi. Al contrario, se il ruolo dei diritti fondamentali è quello di promuovere l'integrazione del soggetto, diviene necessario declinare questa stessa integrazione in termini del tutto formalistici ed astratti per negare che ad integrarsi sia un *homme situé*, avvinto in una fitta rete di relazioni e rapporti e portatore di interessi anche superindividuali[26].

La declinazione dei diritti fondamentali in termini marcatamente difensivi, oppure al contrario in formule che fanno perno sull'idea di integrazione sociale, si lega a sua volta con la più generale funzione politico-costituzionale assegnata all'ordinamento[27]. Così, la funzione

---

[23] Sul tema v. tra i molti il contributo di A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2016.

[24] Su questa «sponda del fiume», il riferimento più immediato è C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), Milano, 1984.

[25] Qui v. invece R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale* (1928), Milano, 1988.

[26] V. G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. 6 (*La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*), Paris, 1973.

[27] L. Carlassare, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, p. 33 ss.

politico-costituzionale meramente garantistica tipica dello Stato liberale, con la sua attitudine a proteggere la società civile e le sue dinamiche nei confronti delle pretese conformative del potere politico, si sposa con una lettura dei diritti fondamentali del tutto schiacciata sull'idea schmittiana di *Abwehrrechte*. E ciò per due ragioni distinte ma convergenti. In primo luogo, se lo Stato non deve ingerirsi nelle dinamiche interne alla società civile, ne discende logicamente che il diritto – segnatamente quello stabilito dal decisore politico – non possa riconoscere il conflitto sociale, anche al solo fine di regolarlo: è infatti chiaro che un eventuale riconoscimento produrrebbe una legittimazione delle soggettività e degli antagonismi che producono il conflitto, con ricadute quasi automatiche sul concreto atteggiarsi dei rapporti tra gruppi sociali. In secondo luogo, la funzione politico-costituzionale in parola non è politicamente neutrale. Al contrario, essa è una costruzione ideologica storicamente volta a preservare le dinamiche sociali che avvantaggiano il gruppo sociale dominante e a prevenire che l'agire politico dei gruppi sociali subordinati possa orientare le finalità perseguite dai poteri pubblici al fine del loro riscatto.

Le due ragioni indicate operano su due piani distinti: teoretico la prima e pratico (nel senso di relativo alla *praxis*) la seconda. Tuttavia, i due piani non solo hanno una eco evidente, ma si sostengono e si influenzano vicendevolmente. Infatti, la funzione politico-costituzionale garantistica non ha inibito qualsivoglia intervento del potere pubblico all'interno delle dinamiche sociali, quanto piuttosto interventi volti a trasformare la società conformemente a un progetto. In altre parole, ciò che viene inibita è ogni ipotesi di trasformazione orientata secondo un disegno politico riformista (in senso proprio). Viceversa, il diritto protegge l'ordine pubblico e con esso la conformazione attuale dei rapporti sociali, a partire dai rapporti di produzione. Così, la funzione politico-costituzionale garantistica impedisce di vietare il lavoro minorile, ma non certo di perseguire penalmente lo sciopero.

All'opposto di quella garantistica, la funzione politico-costituzionale dello Stato democratico – o, per meglio dire, dello Stato informato ai principi del costituzionalismo democratico – è di carattere emancipatorio, come icasticamente espresso dal secondo comma dell'art. 3 della Costituzione italiana: laddove l'obiettivo fondamentale perseguito dall'ordinamento costituzionale sia permettere concretamente a tutti

di fiorire secondo il proprio talento (o il proprio *demone*, rammentando l'idea aristotelica di felicità come attuazione delle proprie capacità), il conflitto non può essere semplicemente oggetto di repressione. Al contrario, la prospettiva emancipatoria dischiude un progetto di trasformazione sociale che non è però compiutamente definito dalla Costituzione medesima; il testo fondamentale ne abbozza soltanto i caratteri essenziali – quali la centralità della persona e l'eguaglianza declinata in senso non meramente formale –, lasciando al protagonismo degli individui e delle formazioni sociali il compito di definirlo in modo compiuto.

Date queste coordinate di massima, appare evidente come la strategia emancipatoria definita dalla costituzione valorizzi il conflitto sociale e ne permetta un'espressione piena, riconducendolo al contempo nell'alveo di posizioni giuridiche atte a permettere che la pratica di esso ad opera dei membri della collettività non abbia esiti drammatici per la convivenza civile. Il costituzionalismo democratico è infatti ben lungi dall'imporre alle diverse soggettività presenti nella realtà sociale un modello precostituito di emancipazione[28]: questa non può essere declinata in senso paternalistico e negare così al protagonismo delle soggettività presenti nella comunità la possibilità di plasmare il futuro dei rapporti tra gli individui e tra le formazioni sociali presenti nel tessuto economico e sociale.

4. Un possibile percorso genealogista sul rapporto tra diritto e conflitto: Thomas Hobbes

La considerazione con cui si è chiuso il paragrafo precedente solleva un nuovo interrogativo: posto che il rapporto tra diritto, diritti e conflitto sociale si è atteggiato in modo diverso nelle epoche storiche, in primo luogo a seconda della forma di Stato concretamente in essere e della collegata funzione politico-costituzionale, resta da chiedersi se vi sia una tendenziale prevalenza di un modo sugli altri possibili, o se invece il diritto sia uno strumento neutro quanto agli scopi, vicendevolmente escludentisi, di neutralizzazione o di civilizzazione del conflitto sociale.

---

[28] V. U. Romagnoli, *Il principio d'uguaglianza sostanziale*, in C. Mortati *et al.*, *Principi fondamentali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. 1 (*Artt. 1-12*), Bologna e Roma, 1975, p. 162 ss.

Una possibile risposta può essere avanzata sulla base di un'indagine di carattere genealogico relativa alla fondazione filosofico politica del diritto moderno, inteso come diritto di matrice statuale e, quindi, legato ai caratteri fondativi di questo specifico genere di esperienza giuridico-politica. Si tratta in altri termini di indagare gli elementi caratterizzanti di quella particolare forma di teologia politica elaborata da Hobbes, la quale influenza in misura molto significativa le categorie fondamentali del razionalismo politico moderno[29] e, di riflesso, le lenti con cui dapprima il discorso filosofico politico e, di conserva, quello di carattere più specificamente giuridico guardano allo Stato inteso in senso moderno. Questi elementi, a loro volta, finiscono per influenzare – ora in modo esplicito e consapevole, ora in modo decisamente più criptico – il nostro modo di pensare il diritto.

Il punto di partenza della riflessione hobbesiana sullo Stato, come è noto, è legata in misura diretta con tre elementi di contesto, profondamente collegati tra loro, i quali caratterizzano la situazione europea di metà Seicento: il rilievo del fattore religioso nell'organizzazione sociale e politica europea; la profondità dello scontro interreligioso deflagrato all'indomani della riforma luterana; la conclusione della guerra dei trent'anni, con la sottoscrizione dei trattati che nel complesso compongono la pace di Westfalia. Così, l'urgenza pratica che muove la riflessione del filosofo di Malmesbury è la necessità di superare la condizione di *Bellum omnium contra omnes*, causata dal dissidio interreligioso.

L'obiettivo richiede la creazione di un ordine pacificato, tramite la definizione di un potere costituito privo di altre limitazioni che non siano quelle strettamente legate alla tutela della vita dei consociati. Un progetto, questo, che può leggersi nei termini di una razionalizzazione in qualche modo anticipatrice di quanto, sul piano storico, si andava formando proprio negli anni in cui *Il Leviatano* veniva scritto e dato alle stampe. Appare sin da subito evidente come lo schema appena delineato sia in via di principio ostile al riconoscimento di qualsiasi genere di conflitto sociale.

Conviene però procedere con ordine.

In primo luogo, vi è da definire meglio la concettualizzazione hobbesiana di libertà, la quale è destinata a segnare il pensiero filosofi-

---

[29] Categorie artificiali e quindi destituite di fondamento oggettivo, come messo in luce (pur in una prospettiva conservatrice) da C. Schmitt, *Il Leviatano nella dottrina dello stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico* (1938), in Id. *Scritti su Thomas Hobbes*, Milano, 1986, p. 61.

co-politico a lui successivo per oltre un secolo. Infatti, uno dei *topoi* caratteristici del pensiero liberale pre-novecentesco è l'attitudine a concettualizzare la libertà in termini di mera libertà naturale[30]. In particolare, nel pensiero di Hobbes la libertà è un attributo caratteristico dello stato di natura: con la sottoscrizione del patto di associazione e del logicamente successivo patto di soggezione, gli esseri umani si sottopongono alla *potestas* dello Stato e, almeno idealmente, rinunciano alla propria libertà[31]. In altri termini, la libertà è la caratteristica essenziale della condizione in cui si trova l'uomo nello Stato di natura e, come tale, è destinata ad essere accantonata nella misura in cui si crea quella persona artificiale deputata a garantire la pace che è il Leviatano.

Di fianco alla concettualizzazione della libertà si colloca quella relativa al diritto, il quale si pone nei termini di strumento di fondazione dello Stato. Nello stato di natura, il diritto non si manifesta. È solo con la sottoscrizione dell'ideale patto di associazione che esso ha occasione di emergere. Il diritto è quindi la sostanza attraverso la quale viene ad esistenza un ente di carattere squisitamente artificiale, ed a sua volta non ha nulla di naturale. Ciò si rispecchia nella massima forse più celebre dell'intero Leviatano: *auctoritas, non veritas facit legem*[32]. La legge non trova fondamento nella realtà fisica; non è oggetto di conoscenza. Al contrario, si radica nell'*auctoritas* del potere sovrano e quindi in una volontà che si impone in quanto capace di produrre ordine.

La funzionalizzazione del diritto alla fondazione dello Stato conduce ad individuare quindi una nuova opposizione, che accompagna

---

30 La concettualizzazione della libertà in termini di mera libertà naturale è visibile in numerosi autori della tradizione liberale pre-novecentesca. Essa ad esempio viene accettata senza particolari titubanze da Locke, il quale, pur dandovi una connotazione del tutto diversa, riprende l'idea di uno stato di natura caratterizzato da massima libertà: a differenza di quanto immaginato da Hobbes, nel sottoscrivere il patto di soggezione i futuri sudditi non si spogliano di ogni libertà, ma anzi sacrificano soltanto una parte di questo prezioso bagaglio assegnando alle fondande istituzioni il compito di garantire, insieme a *life* e *property*, la libertà non sacrificata con la sottoscrizione. Ancora, Constant, nel definire il cerchio magico (nella celebre prolusione parigina dedicata a *Della libertà degli antichi, paragonata alla libertà dei moderni*), implicitamente assume un'idea del tutto pregiuridica di libertà. Parimenti, la definizione di libertà nei termini del riflesso di un'autolimitazione dello Stato in Gierke (sul quale v. A. Baldassarre, Voce *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 11, Roma, 1989) o lo stesso *status libertatis* di Georg Jellinek (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi* (1892), Milano, 1912) sottintendono un'idea di libertà *riconosciuta*, ma non per questo *creata*, dal diritto.

31 T. Hobbes, *Leviatano* (1651), Milano, 2018, p. 343.

32 *Ivi*, p. 429 ss.

e completa quelle che si sono appena delineate: lo stato di natura e la libertà – concettualizzata in termini meramente naturalistici – si contrappongono non soltanto al Leviatano, ma anche al diritto quale strumento attraverso il quale l'ente politico si costituisce. Il diritto non si contrappone soltanto allo Stato di natura, ma anche alla stessa libertà.

Questa contrapposizione trova una eco evidente e, al contempo, problematica negli ordinamenti costituzionali che si affermano grazie alle rivoluzioni liberali di fine Settecento. Per un verso, nella Francia rivoluzionaria la dichiarazione dei diritti ha, come messo in luce nel paragrafo precedente, un carattere declamatorio a cui corrisponde un valore più simbolico che propriamente giuridico. La vera disciplina della libertà è integralmente rimessa alla legge, alla quale spetta definire i limiti della libertà medesima affinché il suo esercizio risulti compatibile con il mantenimento dell'ordine pubblico. Per altro verso, negli Stati Uniti l'opposizione tra legge parlamentare e libertà emerge con massima evidenza dal 1. emendamento della Costituzione. È da sottolineare come in questa seconda esperienza l'opposizione sia tra la libertà e il diritto posto dal legislatore: lo *higher law* posto dal *covenant* fondamentale, siglato con il concorso diretto di tutti i cittadini, è stato depurato della vocazione ostile alla libertà per via del deciso influsso di Locke sul pensiero filosofico e politico[33] dei *Founding father*. Ciò nondimeno, la tendenza a inquadrare in termini oppositivi libertà e diritto positivo finisce per caratterizzare anche il pensiero giuridico d'oltre oceano, almeno fino al tramonto dell'era *Lochner*.

Ritornando a Hobbes, la contrapposizione tra i binomi libertà-natura e Stato-diritto si riflette anche sul modo di inquadrare il conflitto sociale. Già l'ostilità del filosofo nei confronti di ogni genere di conflitto potrebbe ben intuirsi dalla finalità specifica che egli assegna allo Stato: prevenire la guerra di tutti contro tutti per assicurare l'ordine e la possibilità per i sudditi di condurre una vita pacifica. Ancora, l'opposizione tra libertà e diritto tende ad escludere spazi ove la conflittualità sociale possa con-

[33] In realtà, la reale influenza del pensiero di Locke sulla costituzione degli Stati Uniti è oggetto di dibattito. La tesi volta a enfatizzare il ruolo giocato dal filosofo scozzese appare alla stregua di una vulgata classica, contro la quale si sono indirizzati numerosi autori, ora con accenti dubitativi (v. ad es. N. Matteucci, *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale* (1965), Bologna, 1987), ora con evidenti intenti revisionistici (v. ad es. R.E. Brown, *Reinterpretation of the Formation of the Constitution*, Boston, 1963 e J.P. Reid, *Constitutional History of the American Revolution: The Authority of Rights*, Madison, 1986).

cretamente esprimersi. Vi è tuttavia una ragione ulteriore che porta ad inquadrare in termini oppositivi il rapporto tra diritto e conflitto.

Infatti, la massima riportata più sopra si caratterizza per una scelta lessicale del tutto particolare: nel predisporre l'edizione in latino del 1668, Hobbes decide di utilizzare l'espressione latina *auctoritas* al posto di *potestas*, a dispetto del fatto che la seconda appare più adeguata per alludere al potere di impartire ordini generali e astratti, vincolanti per l'intera collettività. La scelta dell'espressione latina *auctoritas* acquista senso nella misura in cui allude a una forza di carattere produttivo[34], in quanto finalizzata a produrre ordine e, nell'economia complessiva del sistema hobbesiano, a definirlo ed imporlo ad una comunità altrimenti incapace di uscire dallo stato di natura. Orbene, laddove la funzione dell'*auctoritas* che pone il diritto sia di definire e imporre un ordine pacificato, appare di prima evidenza come lo spazio per l'emersione ed il riconoscimento del conflitto sia negato in radice.

5. Pràxis e póiēsis nell'edificazione della società dell'individualismo possessivo

Il carattere produttivo sotteso al concetto di *auctoritas* si lega poi a un ulteriore elemento caratterizzante il pensiero di Hobbes. La rivalità che caratterizza lo stato di natura e che sfocia inevitabilmente nella guerra di tutti contro tutti non è dovuta solo a ragioni di carattere culturale; al contrario, essa deriva in primo luogo dalla tendenza appropriativa dell'uomo, il quale per soddisfare i propri bisogni e desideri si impadronisce delle risorse e dei beni che possono apparire adatti allo scopo. In un contesto strutturalmente caratterizzato da scarsità, la tendenza appropriativa non può che sfociare nell'aperto conflitto.

In tale contesto, la promozione della pace e, quindi, la costruzione dell'ordine sociale si vale in primo luogo del potere assoluto del Leviatano; ma l'elemento istituzionale, disgiunto da una soddisfacente organizzazione economica finirebbe per essere insufficiente e fondamentalmente privo di senso: il suo fine elementare non è soltanto proteggere la vita dell'essere umano dalla possibilità di perire violentemente per mano di un proprio simile, ma anche quello di evitare che la miseria

[34] Il riferimento sul tema – hobbesiano prima che contemporaneo – non può che essere al *De Legibus* di Cicerone. Sul carattere produttivo del concetto latino di *auctoritas*, v. altresì A. Arendt, *Sulla rivoluzione* (1963), Torino, 2009, p. 277 ss.

porti ad un consimile esito[35]. Così, l'ordine sociale è funzionale al dispiegamento di un ordine economico in grado di produrre ciò che è necessario per soddisfare i bisogni delle persone: ciò a sua volta non solo completa la finalità che si è sopra descritta, ma stabilizza lo stesso ordine sociale che si è costituito.

In quest'ottica si inquadra quindi il discorso sulla libertà. Per un verso, come detto, la libertà è concettualizzata nei termini di libertà naturale e si contrappone allo Stato e al diritto. Non è quindi possibile, all'interno della cornice hobbesiana, immaginare dei diritti di libertà in qualche misura vincolanti per il potere politico. L'unica situazione giuridica che può efficacemente opporsi al sovrano è quella che protegge la vita del soggetto nei confronti di ordini che siano con essa incompatibili. Ciò nondimeno, nella visione elaborata dal filosofo di Malmesbury, il sovrano dovrebbe concedere un margine di autonomia ai sudditi, non solo attraverso la definizione di diritti di carattere proprietario[36], ma anche riconoscendo loro la "libertà inoffensiva".

A sua volta, quest'ultimo concetto può meglio intendersi alla luce della distinzione, risalente già alla filosofia aristotelica[37], tra *pràxis* e *póiēsis*: inoffensiva può quindi definirsi la libertà di produrre qualcosa di concreto, di dedicare la propria laboriosità alla realizzazione di beni che servano alla soddisfazione di bisogni o ad esaudire qualche desiderio di carattere materiale. Questo tipo di libertà appare intimamente inoffensivo, in quanto produce ricchezza, attenuando così le ragioni di scontro tra soggetti e tra gruppi sociali, ed al contempo non promuove alcun tipo di sovversione dell'ordine: anzi, nella misura in cui questo aiuti a mantenere il possesso di quanto ottenuto grazie alla propria laboriosità, tra ordine e *póiēsis* si instaura una relazione di mutuo rafforzamento. Al contrario, la *pràxis* si lega all'elaborazione di schemi teorici, di visioni della realtà, di ideali di giustizia sulla cui base si possa poi definire un ordine sociale alternativo all'esistente. In altri termini, libertà quali quella in materia religiosa o di manifestazione del pensiero, di associazione e via discorrendo minano, almeno potenzialmente,

---

35 T. Hobbes, *Leviatano*, cit., p. 275 ss.

36 Sulla produttività del legame proprietà-autonomia v. il classico C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese: la teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke* (1962), Milano, 1973.

37 In particolare, la contrapposizione tra l'agire diretto alla produzione di un oggetto e l'agire come pratica (intendendo l'espressione in termini propriamente filosofici) si trova nel Libro 6 dell'*Etica nicomachea*.

l'ordine sociale che il Leviatano è chiamato a garantire e hanno così un carattere evidentemente offensivo.

La distinzione tra *pràxis* e *póiēsis*, con la collegata differenziazione della libertà in due tipi fondamentali – offensiva e inoffensiva – si lega quindi alla visione di uno Stato che ha quale vocazione essenziale quella di ergersi a primo garante dell'ordine sociale. Le libertà che un tale assetto giuridico-politico può produrre e tutelare hanno a loro volta un carattere socialmente e politicamente conservatore, nella misura in cui esse possono trovare riconoscimento soltanto se non minaccino la stabilità dell'ordine e la certezza dei rapporti giuridici sui quali questo si regge.

In una costruzione siffatta non soltanto lo spazio per l'emergere del conflitto sociale è ridotto ai minimi termini, ma anche il rapporto tra il conflitto e i diritti – almeno quelli che possono immaginarsi in un contesto costituzionale consimile – appare caratterizzato da una opposizione in via di principio che ha carattere radicale.

6. Alcune osservazioni conclusive

Il veloce *excursus* che si è appena condotto porta in primo luogo a ritenere che il rapporto tra diritti fondamentali e conflitto sociale vada problematizzato e contestualizzato. In numerosi frangenti storici, la funzione dei diritti fondamentali si è estrinsecata in opposizione al conflitto. È in primo luogo il caso delle situazioni giuridiche protette nel contesto dello Stato liberale ottocentesco: qui la funzione dei diritti è, per quanto rileva in questa sede, quella di limitare la capacità della sfera politica di riformare la società conformemente ad un progetto; al contrario, laddove la funzione politico-costituzionale dell'ordinamento sia di carattere emancipatorio, i diritti fondamentali – o per meglio dire alcuni di essi – hanno la specifica finalità di far emergere il conflitto sociale e di incanalarlo in modo che esso produca un'evoluzione del corpo sociale conforme alle istanze e alle necessità dei membri della comunità politica. In questo, le costituzioni democratiche definiscono un meta-progetto, vale a dire un sistema in cui gli attori politici e sociali, attraverso una rete di relazioni di carattere anche conflittuale, possono definire e realizzare un progetto trasformativo dell'ordine sociale.

Tuttavia, se questo risultato può considerarsi in buona misura acclarato, è anche da sottolineare come la stessa forma-Stato, quale forma di organizzazione giuridico-politica tipica della modernità, nasce in un

periodo storico determinato e, almeno alle origini, è plasmata da un approccio filosofico politico fondamentalmente ostile al conflitto. Di conseguenza, tanto lo Stato quanto il diritto – e, nei limiti di una loro declinazione affine a quella tradizionale, i diritti – hanno una vocazione fondamentalmente ostile nei confronti del conflitto sociale. Ciò non significa che, in determinati frangenti storici, essi non possano essere utilizzati al fine di promuovere e civilizzare il conflitto; più limitatamente, dalle riflessioni che si sono condotte emerge che, per via della loro origine, gli strumenti concettuali con cui si è avuto a che fare nel corso del contributo si prestano con maggiore naturalezza ad essere adoperati in funzione conservatrice.

In altri termini, non sussiste un rapporto necessario tra diritti fondamentali e conflitto sociale; all'opposto, i diritti fondamentali possono dare un contributo positivo all'emancipazione di ciascun membro della comunità politica solo grazie all'impegno e alla determinazione delle soggettività subalterne nel promuovere il conflitto, nell'agire politicamente, con la consapevolezza che la nuda tecnica giuridica è un *katéchon* che produce soprattutto moderazione e conservazione dell'esistente.

Il diritto di agire in giudizio nell'Italia competitiva

Pasquale Nappi

1. Premessa. Il diritto d'azione vantato dal singolo nei confronti dell'ordinamento come valore fondamentale del costituzionalismo democratico

Lo sguardo dello studioso del processo civile sul tema "diritti fondamentali e conflitto sociale" può avvenire da prospettive differenti, dipendendo la scelta in larga misura dal momento storico in cui l'osservazione avviene e dalla metodologia di analisi adottata.

Fino all'ultimo ventennio del secolo scorso, quando tra molti processualcivilisti era forte la propensione a interrogarsi sul coefficiente di strumentalità degli schemi processuali adottati rispetto alle caratteristiche delle situazioni giuridiche azionate, la necessità di valutarne la correttezza e la sufficienza alla luce della proiezione processuale del principio di eguaglianza sostanziale, avrebbe indotto probabilmente ad affrontare il tema trattando dei diritti fondamentali nel processo. Verificare, cioè, utilizzando l'allora prevalente teoretica della differenziazione delle forme di tutela, come i diversi schemi processuali proposti dal legislatore e concretamente utilizzati dalla prassi applicativa, risultano idonei a fornire la tutela giurisdizionale di diritti fondamentali secondo il crisma della effettività.

Palestra elettiva di tale approccio sarebbero sicuramente state, ancora una volta, le diverse tipologie di controversie relative ai rapporti di lavoro subordinato, dovendosi tuttavia ripensare profondamente il requisito della strumentalità in considerazione dei radicali mutamenti intervenuti nella legislazione sostanziale[1], ma anche la protezione con-

[1] Alla evoluzione, spesso problematica, delle forme di tutela giurisdizionale dei diritti

tro gli abusi familiari, la tutela dei diritti del minore o, più in generale, degli status personali potrebbero costituire oggetto di fruttuosa analisi. Senza dimenticare la problematica tutela degli interessi collettivi o, in particolare, le forme di tutela di uno dei principali protagonisti delle politiche eurounitarie, cioè il consumatore. Si tratta di un'opzione visuale che sarebbe valida tutt'oggi e, anzi, l'attualità porta a interrogarsi anche sul grado di effettività della tutela, da qualificarsi come «civile», che si realizza innanzi alle «Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea», sede dove vengono in rilievo diritti fondamentali di migliaia di esseri umani in cerca di protezione, di asilo o anche solo di una vita che possa essere definita tale. Ci si riserva di tornare più oltre sull'argomento.

Ma, per i motivi che si tenterà di rendere evidenti, l'opzione che si intende di seguito percorrere riguarda non l'analisi del trattamento riservato a diritti fondamentali nel processo ma, direttamente e espressamente, il diritto fondamentale al processo. Cioè il diritto d'azione sancito dall'art. 24, primo comma della Costituzione, collocato opportunamente nella prima parte della Carta fondamentale e annoverato tra i diritti che tutti vantano nei confronti dell'ordinamento. Una garanzia, quella scolpita nell'art. 24, che ha una valenza fondamentale poiché il riconoscimento di un diritto che non può ottenere tutela in sede giurisdizionale è una vana proclamazione: il diritto esiste, infatti, nella misura in cui può essere fatto valere in giudizio ove venga leso o ne sia incerta l'esatta portata[2]. E lo stesso art. 24, comma primo è indubbiamente frutto di un conflitto sociale, soprattutto se si considerano le limitazioni, anche di ordine soggettivo (basti pensare alle leggi razziste emanate sotto il regime fascista), esistenti prima del 1948, e talvolta espunte anche successivamente, ad opera della Corte costituzionale.

---

dei lavoratori è dedicato l'intervento di A. Terzi in questo volume.

[2] V. Andrioli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana* (1954), in Id., *Scritti giuridici*, vol. 1 (*Teoria generale del processo*), Milano, 2007, p. 3 ss., parlava di eliminazione fraudolenta del diritto soggettivo e, in genere, delle posizioni di diritto sostanziale mediante la soppressione totale o parziale della possibilità di farle valere in giudizio. S. Satta, Voce *Giurisdizione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 19, Milano, 1970, p. 218 ss., con la peculiarità della sua analisi scriveva: «La giurisdizione (la giustizia) esprime l'affermazione dell'ordinamento nel caso concreto, cioè là dove solo l'affermazione può essere fatta: essa è, quindi, come tale l'unico momento essenziale della organizzazione della *societas*, perché senza la giurisdizione verrebbe meno lo stesso ordinamento o meglio la giuridicità dell'ordinamento, che è giuridico solo in quanto può (e deve) essere affermato».

Ed è proprio merito della giurisprudenza della Consulta se soprattutto il diritto d'azione, contemplato in quella norma, da garanzia puramente formale, in quanto astratto "diritto al giudizio", è divenuto concreta garanzia di effettività della tutela dei diritti sostanziali, correlata col principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione.

Il compito fondamentale della Repubblica di far sì che l'uguaglianza e la libertà dei cittadini non siano meramente formali, ma reali, che non siano cioè pregiudicate da ostacoli di ordine economico e sociale, trova poi specifica previsione nel terzo comma dello stesso art. 24 della Costituzione ove si sancisce che «sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione». Garanzia che da ultimo ha trovato attuazione tramite l'istituzione del patrocinio a spese dello Stato (sostitutivo dell'inefficace sistema del gratuito patrocinio) che viene assicurato, oltre che nel processo penale, anche nel processo civile, amministrativo, contabile, tributario e negli affari di volontaria giurisdizione, per la difesa del cittadino non abbiente a condizione che «le sue ragioni risultino non manifestamente infondate» (art. 74, comma 2, decreto Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, Testo unico Spese di giustizia).

2. La giusta distanza nello studio del processo: il limbo della sovrastruttura e i tentativi di superamento. Il processo come fenomeno sociale di massa

Salvo meritevoli quanto autorevoli e oramai risalenti eccezioni[3], anche negli ultimi decenni è esistita nella dottrina processualcivilistica una diffusa tendenza ad adottare prevalentemente il metodo concettualista, per cui oggetto esclusivo dello studio e di indagine sono le norme (la procedura), considerate come parti di un sistema, il sistema giuridico, che trova le proprie ragioni in sé stesso. Ciò ha indotto negli studiosi del diritto processuale, complice la sempre presente necessità

[3] Il riferimento va soprattutto agli studi di M. Cappelletti, *Giustizia e società*, Milano, 1970; V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971; S. Chiarloni, *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Torino, 1975 (il cosiddetto Libretto giallo, ristampato nel 2023 nella Collana *La memoria del diritto*, Roma, con introduzione di A. Proto Pisani e premessa di A. Carratta); N. Trocker, *Assistenza legale e giustizia civile*, Milano, 1979 e M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna, 1980. In argomento si v. la ricostruzione di ampio respiro offerta da R. Caponi in questo volume.

di rivendicarne l'autonomia rispetto al diritto sostanziale, un dottrinarismo pressoché autoreferenziale che ha portato la maggioranza degli studiosi a operare una autocensura e una rimozione della realtà sociale cui ineriscono le norme processuali civili. Sicché ci si è spesso privati dell'unico parametro necessario per distinguere ciò che è importante da ciò che è secondario nella normativa[4].

La strumentalità, che necessariamente contraddistingue la norma processuale rispetto alla norma di diritto sostanziale, è stata utilizzata da alcuni per creare la "giusta distanza" tra diritto e politica, tra studio degli istituti processuali e analisi del sistema socio-economico, generando il crisma della neutralità del meccanismo processuale rispetto ai conflitti interindividuali nonché rispetto ai conflitti di classe, e relegando sovente gli studi processualcivilistici in quello che Chiarloni definì il «limbo della sovrastruttura»[5].

Si è così determinata una sorta di scollamento tra esigenze di ricostruzione e inquadramento concettuale ed esigenze della vita giuridica di tutti i giorni. Ciò spiega anche la divaricazione tra prassi forense giudiziaria e teoria accademica: basti pensare al rigore con cui la dottrina ha difeso il principio teorico dell'oralità e la realtà applicativa che vede prevalere – e sempre più la vedrà per effetto della cosiddetta Riforma Cartabia: v. il nuovo art. 127ter c.p.c. – la trattazione scritta.

In tal modo è stato sovente misconosciuto il fatto che le norme del processo sono, nel loro complesso e per gli scopi cui devono servire, perfettamente funzionali ad un dato sistema di dominio; che esse cioè – per come astrattamente si presentano e per come concretamente sono applicate – riflettono e sanzionano rapporti storicamente determinati tra le diverse classi sociali nonché tra i diversi ceti privilegiati all'interno delle classi dominanti (prima i procedimenti speciali a cognizione sommaria – soprattutto il procedimento monitorio puro in relazione al principio di eguaglianza -, poi l'aumento dei costi processuali e la spinta verso l'arbitrato, tradizionalmente visto come la giustizia dei ricchi).

Tuttavia, durante la seconda metà del 20. secolo, specialmente nelle principali democrazie industrializzate del mondo occidentale, che all'indomani della seconda guerra mondiale introdussero riforme costi-

---

[4] Così S. Chiarloni, *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, cit., p. 9.

[5] *Ivi*, p. 11. V. anche R. Caponi in questo volume. Ci sarebbe poi da interrogarsi approfonditamente sul fatto che di norma il processualcivilista non si occupa – se non incidentalmente – dell'amministrazione della giustizia, che è poi la variabile da cui dipende in larga misura (anche se non esclusivamente) il funzionamento della giustizia.

tuzionali e dello Stato sociale, importanti correnti dottrinali proposero di affrontare il processo civile come fenomeno che riguarda l'intera collettività e non solo le singole parti, in quanto è interesse della collettività che attraverso il processo si arrivi ad una tutela giurisdizionale dei diritti in maniera giusta, efficiente ed effettiva. È di quegli anni la famosa definizione di Cappelletti del processo come fenomeno sociale di massa[6].

In molte opere di quel periodo emerge una concezione del processo civile come strumento di giustizia sociale che viene orientata nella duplice direzione dell'analisi delle conseguenze negative che un'impostazione formalistica, accentuatamente liberale, della giustizia civile produce soprattutto per le classi meno abbienti e della necessità di realizzare riforme più incisive e più ampie, sulla scia degli insegnamenti kleiniani, che vengono nuovamente riproposti[7]. Inizia così in Italia l'importante stagione della "tutela giurisdizionale differenziata", basata sulla convinzione che il principio di effettività della tutela giurisdizionale ritraibile dall'art. 24, 1. comma della Costituzione debba essere strettamente coniugato con il principio di uguaglianza sostanziale di cui al secondo comma dell'art. 3, di modo che il legislatore ordinario è tenuto ad adattare le forme di tutela alle peculiarità delle diverse situazioni giuridiche, semmai prevedendo anche norme che assolvano una funzione "perequativa", al fine di realizzare nel processo quella eguaglianza ritenuta assente fuori dal processo (tipicamente nei rapporti di lavoro subordinato)[8].

In questa linea teorica di rivitalizzazione della dimensione sociale del processo, quale strumento di realizzazione del principio di uguaglianza sostanziale, si pone anche il movimento, di portata sovranazionale, del cosiddetto accesso alla giustizia (*access to justice*), diretto a conferire effettività ai nuovi diritti sociali derivati dalle

---

[6] M. Cappelletti, *Il processo come fenomeno sociale di massa* (1969), in Id., *Giustizia e società*, cit.

[7] V. A. Carratta, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in F. Macario e M. N. Miletti (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, p. 134.

[8] A. Proto Pisani, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro italiano*, 1973, V, c. 205 ss.; Id., *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1978, p. 534 ss.; Id., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Rivista di diritto processuale*, 1979, p. 536 ss.; Id., *Ancora sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1980, p. 751 ss.; G. Verde, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Rivista di diritto processuale*, 1977, p. 220 ss. e L. Montesano, *Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutela differenziata" nel processo civile*, *ivi*, 1979, p. 592 ss.

nuove Costituzioni e dalle Carte internazionali dei diritti dell'uomo, mediante forme più efficaci di assistenza giudiziaria per i non abbienti; di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi (come quelli dei consumatori o quelli attinenti alla protezione contro l'inquinamento dell'ambiente) riguardanti collettività o gruppi non organizzati o difficilmente organizzabili; di risoluzione alternativa delle controversie (*alternative dispute resolution*) che realizzino forme di giustizia «coesistenziale» basata sulla conciliazione, la mediazione e su criteri di equità sociale distributiva[9].

È in questo contesto che, a cominciare dalla metà degli anni Ottanta, la Corte costituzionale italiana – in alcune sentenze che portano la firma del relatore Andrioli – inizia a fare esplicito riferimento, pur se in modo piuttosto generico, al principio del «giusto processo», confermandone il collegamento con l'art. 24 della Costituzione; in progresso di tempo, e precisamente con una serie di pronunce emesse nel corso del 1996, essa perviene ad approfondirne i contenuti, senz'altro sollecitata dal confronto con il modello recepito dalle Carte internazionali, ove tale garanzia si specifica in un complesso di principi guida. Emerge così una definizione di «giusto processo» come formula in cui «si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio»[10]. Lavorio interpretativo che infine indusse il legislatore costituzionale, con la legge n. 2 del 1999, all'inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione, mediante l'anteposizione agli originari tre commi, di cinque nuovi commi (i commi da 3 a 5 recano norme che costituzionalizzano la scelta per il modello accusatorio nel processo penale). Dopo aver affermato nel comma primo che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», l'art. 111 afferma, nel nuovo secondo comma, che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale», aggiungendo, con una disposizione che come si vedrà detterà l'agenda

---

[9] Nel 1975, Mauro Cappelletti, James Gordley ed Earl Johnson Jr. pubblicarono un importante studio che tentò di documentare e spiegare quello che stava rapidamente diventando un fenomeno diffuso a livello internazionale: il movimento che premeva per rendere il sistema legale accessibile a tutti i cittadini, indipendentemente dal reddito. La loro collaborazione ha portato a *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies* (Milano e New York, 1975), ora considerato un importante punto di riferimento nella storia degli studi comparatistici sull'assistenza legale.

[10] Così, ad esempio, Corte cost. 24 aprile 1996, n. 131.

del legislatore processuale e della giurisprudenza degli anni successivi, «la legge ne assicura la ragionevole durata».

3. Segue: l'irrompere dei fattori economici tra le argomentazioni giuridiche e la tirannia del "Disposition time". Il processo efficiente come fattore di corretto funzionamento dell'economia

La crisi del welfare state degli anni Ottanta del 20. secolo e la conseguente riduzione dell'interventismo statale finalizzato ad assicurare il benessere sociale, porta fatalmente ad abbandonare la tendenza alla affermazione della funzione del processo civile quale strumento di abbattimento delle diseguaglianze sociali e l'esaltazione della sua dimensione "egualitaria". Piuttosto, il diffondersi di politiche neoliberiste negli ultimi decenni del 20. secolo e la conseguente riduzione degli investimenti statali anche nel settore della giustizia civile hanno spostato l'attenzione del legislatore verso la necessità di rendere più efficiente il funzionamento del processo civile. In questo periodo va rafforzandosi, di conseguenza, una nuova accezione del concetto di "funzione sociale" del processo, e cioè quella che individua nel processo civile un fattore di corretto funzionamento dell'economia[11].

Accezione che viene accolta con studiata misura anche dall'Ue, che nei rapporti annuali predisposti dalla Cepej (Commissione europea per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa) afferma con chiarezza che

> l'efficienza dei tribunali e dei servizi del pubblico ministero rimane uno dei pilastri chiave per sostenere lo Stato di diritto e un fattore determinante di un processo equo come definito dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Un efficiente sistema giudiziario e di pubblico ministero permette ai cittadini e alle imprese di godere dei loro diritti e libertà sociali ed economici. Allo stesso tempo, migliora anche il clima imprenditoriale, facilita il buon governo, sostiene la lotta contro la corruzione e costruisce la fiducia nelle istituzioni[12].

---

[11] Così A. Carratta, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, cit., p. 134 il quale ricorda anche che tale accezione era già presente nel pensiero di Franz Klein e, in misura assai diversa, del suo maestro Anton Menger (*ivi*, p. 96 ss.).

[12] Cepej, *Evaluation Report 2022*, www.coe.int/en/web/cepej/special-file-report-european-judicial-systems-cepej-evaluation-report-2022-evaluation-cycle-2020-data-.

La visione proposta dall'Ue presenta un suo equilibrio intrinseco: l'obbiettivo principale di un sistema giudiziario efficiente è quello di garantire ai cittadini e alle imprese di godere dei propri diritti e libertà sociali ed economici, ciò riverbera i propri effetti positivi anche sul clima imprenditoriale, sul buon governo e sulla fiducia nelle istituzioni.

In Italia, la situazione di crisi permanente in cui versa la giustizia civile unita a una visione politica di stampo determinista producono un approccio meno equilibrato a questa nuova accezione: l'efficiente funzionamento del processo civile, da elemento operante anche a favore di un corretto funzionamento dell'economia, viene proposto invece direttamente come elemento costitutivo della crescita economica.

Il dato a cui si fa normalmente ricorso per valutare l'efficienza del funzionamento della giustizia civile è costituito principalmente dalla durata dei procedimenti. L'eccessiva lunghezza dei processi in Italia, misurata dall'indicatore Dt (*disposition time*)[13], è rilevata da tutte le indagini comparative internazionali[14], ed è unanimemente considerata un ostacolo a investire nel nostro Paese, nonché un freno alla competitività.

Il tema entra prepotentemente nel dibattito nazionale e, a partire dal 2011, la durata dei procedimenti civili diviene uno degli indicatori di Benessere equo e sostenibile (Bes) il cui andamento viene analizzato

---

[13] Nel sistema adottato dalla Cepej, il Dt fornisce una stima del tempo medio atteso di definizione dei procedimenti mettendo a confronto il numero dei pendenti alla fine del periodo di riferimento con il flusso dei definiti nel periodo. Uno dei fattori che incide sulla durata eccessiva è indubbiamente rappresentato dall'arretrato civile, ossia l'enorme numero di procedimenti civili (di area Sicid) pendenti da oltre 3 anni presso i Tribunali ordinari o da oltre due anni presso le Corti d'appello (termini ragionevoli fissati dalla legge n. 89 del 2001 al fine della richiesta di indennizzo per durata eccessiva). Si tratta di un carico di lavoro talmente pesante che di fatto rallenta la definizione anche delle cause sopravvenute. Al fine di valutare la capacità di smaltire i procedimenti sopravvenuti (evitando così l'aumento dell'arretrato), viene così utilizzato l'indicatore Cr, cioè *clearance rate*, che misura il rapporto tra procedimenti definiti e procedimenti sopravvenuti. Valori superiori all'unità (ovvero al 100%) indicano che sono stati definiti più procedimenti di quanti ne siano sopravvenuti con una conseguente riduzione dell'arretrato. Al contrario, valori al di sotto dell'unità (ovvero del 100%) indicano che il numero dei definiti è minore del numero dei procedimenti sopravvenuti e pertanto si verifica un aumento delle pendenze.

[14] World Bank, indagine *Doing business* che, vale la pena sottolinearlo, alla giustizia civile riservava solo uno degli undici indicatori utilizzati (*enforcing contracts*) e considerava solo le liti commerciali e la *performance* del Tribunale di Roma. Caduto fortunatamente in disgrazia il *Doing business* perché accusato di aver alterato i dati della classifica per favorire Cina e altre nazioni, oggi si considerano essenzialmente i dati offerti dalla Cepej con i suoi *Evaluation report* (v. la nuova banca dati: https://public.tableau.com/app/profile/cepej/viz/EfficiencyEN/Efficiency) e dagli *Eu Justice Scoreboard* della Commissione Europea.

nel Documento di economia e finanza. Per alcuni anni è divenuto di moda da parte di tanti citare anche il rapporto *Doing business* della Banca mondiale[15] e si è consolidato il mantra secondo cui «la durata rappresenta un costo non solo per il funzionamento della giustizia ma per il sistema Italia». Anche il Ministro di giustizia ha avuto modo di sostenere la necessità di scalare posti nella classifica presente in tale rapporto, ricordando che

> un'impresa operante in Italia, costretta a ricorrere al giudice per ottenere il pagamento di un credito, attende per un tempo anche triplo rispetto ai concorrenti operanti in altri Paesi, e che la lentezza dei processi civili costituisce in primo luogo un ostacolo alla crescita economica, e poi [sic] lede la garanzia della ragionevole durata del processo[16].

Il Ministero di giustizia da molti anni pone così il tema della eccessiva durata del processo civile al centro della propria proposta riformatrice e si può dire che non vi è stato ministro che non abbia voluto lasciare un tangibile ricordo della propria azione proponendo riforme di vario genere, per lo più concernenti la procedura, molto spesso sfociate in provvedimenti normativi che sovente hanno inciso anche sull'oramai stremato codice di rito civile[17].

---

[15] Su cui v., in senso critico, R. Caponi, in questo volume; Id., *Doing Business come scopo del processo civile?*, in *Foro italiano*, 2015, V, c. 10 ss.; S. Morani, *Molte buone ragioni per non citare più il rapporto «Doing Business» in tema di giustizia civile*, *ivi*, 2017, V, 130 ss.; P. Nappi, *Giustizia civile e classifiche internazionali: eterogenesi dei fini del legislatore?*, *ivi*, 2018, V, c. 360 ss.

[16] Così la relazione del ministro Orlando al disegno di legge n. 1612 che condusse poi all'adozione del decreto legge 132 del 2014. Ma i rapporti *Doing business* risultano richiamati spesso, tanto da parte del Ministro di giustizia (ad esempio in occasione della presentazione compiuta a Parigi il 15 febbraio 2016 dal titolo «Giustizia civile italiana: riforme recenti e risultati raggiunti», o nell'intervento all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 della Corte suprema di cassazione, il testo si trova sul sito www.giustizia.it), quanto nelle Relazioni sull'amministrazione della giustizia dei Presidenti della Cassazione (v., ad esempio, già la Relazione del Presidente Carbone relativa all'anno 2009, p. 36). Intervenendo alla presentazione della seconda edizione della ricerca di Italiadecide dal titolo *L'Italia e la sua reputazione: la giustizia civile cinque anni dopo*, avvenuta il 2 ottobre 2023 presso il Senato della Repubblica, il Ministro della Giustizia Nordio ha avuto occasione di affermare che «il ritardo della nostra giustizia civile costa in Italia due punti di Pil e probabilmente ci siamo anche tenuti bassi» (registrazione su https://www.youtube.com/watch?v=qiJPlF2Gp84).

[17] Ciò è accaduto in modo significativo anche con la cosiddetta Riforma Cartabia che, tra i principi e criteri direttivi contenuti nella legge n. 206 del 2021, all'art. 1, comma 5, lett. a, indica: «assicurare la semplicità, la concentrazione e l'effettività della tutela e la ragionevole durata del processo». E sono molte le disposizioni contenute nel

Nel corso degli ultimi anni l'interesse per il funzionamento dei sistemi giudiziari ha assunto così crescente rilievo nell'ambito delle discussioni sulle politiche strutturali volte a sostenere la competitività del sistema economico e a migliorare il contesto in cui si svolge l'attività di impresa. Si è assistito al moltiplicarsi delle analisi economiche del sistema giudiziario, con forte impegno nella costruzione di fonti statistiche omogenee più complete per la valutazione comparata della *performance* delle varie giurisdizioni. L'efficienza della giustizia civile viene sempre appaiata alla *performance* economica: gli studi della Banca d'Italia in argomento si aprono con l'affermazione secondo la quale: «La giustizia civile è una componente essenziale del sistema istituzionale di un'economia, in quanto a essa è affidata la tutela giuridica dell'investimento e dello scambio, i due momenti caratterizzanti dell'attività economica»[18], contribuendo a porre in secondo piano il fatto che la giustizia civile si occupa della tutela di tutti i diritti, anche di quelli che non hanno un contenuto patrimoniale, non solo dei diritti correlati al settore economico.

Si sono pure moltiplicati i monitoraggi e le analisi delle *performance* degli uffici giudiziari stessi, ovviamente facendo ricorso a tecniche proprie delle scienze aziendalistiche, talvolta in una maldestra fusione tra principi neoliberisti e tecnocrazia[19].

---

decreto legislativo n. 149 del 2022 che dovrebbero, nelle intenzioni, essere dirette alla attuazione di tali obiettivi.

[18] La Banca d'Italia ha dedicato diversi *Occasional papers* delle *Questioni di economia e finanza* (Qef) al tema della giustizia civile: v., ad es., il n. 40 del 2009, il n. 401 del 2017, il n. 715 del 2022. Sono stati pure pubblicati *Papers* relativi ad aspetti specifici, come il n. 448 del 2018, *Le procedure esecutive immobiliari: il funzionamento e gli effetti delle recenti riforme*; il n. 92 del 2011, *La litigiosità presso i giudici di pace: fisiologia e casi anomali*; il n. 742 del 2022, *Il funzionamento delle procedure esecutive immobiliari tra riforme e pandemia*. V. anche il Focus tematico su *L'efficienza della giustizia civile e la performance economica* predisposto nel 2016 dall'Ufficio parlamentare di bilancio.

[19] L'Osservatorio conti pubblici italiani della Università cattolica di Milano avanzò una singolare proposta di riforma del processo civile nella quale si prevedeva di «disincentivare, sia per i clienti sia per gli avvocati, il ricorso in giudizio», di «condannare l'attore soccombente in appello o in cassazione a pagare un importo pari al quadruplo del contributo unificato», di «limitare la possibilità di ricorso in cassazione ai casi attualmente affidati alle sezioni unite», di «creare un organo giurisdizionale di supporto (alla cassazione) che operi sotto la direzione del primo presidente per trasferire allo stesso la funzione di filtro», di rendere il ricorso di cognizione sommaria «l'unica forma di atto introduttivo di una causa civile per tutti i livelli di giudizio», fino a proporre il diniego di idoneità quadriennale ai magistrati «le cui cause vengono annullate dalla cassazione o totalmente riformate in appello in una percentuale superiore al 40 per cento della media nazionale», o fino a sostenere che «non c'è una ragione perché una controversia tra privati debba essere

La giustizia civile è diventata anche uno degli *asset* sul quale l'Italia decide di puntare in occasione dell'adozione del Pnrr post pandemia Covid-19 (sul punto si tornerà anche più avanti). L'Asse 2 di quel piano, dedicato espressamente alla giustizia, contempla una serie di interventi (attuati dalla cosiddetta Riforma Cartabia), tanto in termini di riforme processuali, tanto di tipo organizzativo, queste ultime uniche destinatarie di finanziamenti, con l'obiettivo di

> agire a breve termine sui fattori organizzativi di modo che le riforme in fase di sviluppo producano risultati più rapidamente, massimizzando le sinergie e realizzando un cambiamento epocale grazie alle risorse straordinarie previste dal piano. Lo strumento organizzativo, il cosiddetto Ufficio del processo, consiste nell'istituire (o rafforzare se già esistenti) risorse a supporto dei giudici (personale reclutato a tempo determinato), al fine di ridurre l'arretrato e i tempi di esaurimento dei procedimenti in Italia. Questa misura migliorerebbe inoltre la qualità dell'azione giudiziaria sostenendo i giudici nelle normali attività di studio, ricerca, preparazione delle bozze di provvedimenti, organizzazione dei fascicoli, e consentendo loro di concentrarsi sui compiti più complessi. L'investimento comprende anche la formazione a supporto della transizione digitale del sistema giudiziario[20].

4. La degiurisdizionalizzazione e la legislazione disincentivante. Gli Adr

Non vi è dubbio alcuno che la eccessiva durata dei processi costituisca il principale problema della giustizia civile in Italia, e che ciò incida soprattutto sui diritti a contenuto non patrimoniale, o non esclusivamente patrimoniale, posto che per tali categorie di diritti non risulta possibile compensare la eccessiva durata facendo ricorso agli strumenti previsti dalla normativa per l'attualizzazione del credito a contenuto pecuniario[21]; sicché in presenza di quelle categorie di diritti una giusti-

---

necessariamente gestita solo dallo Stato» (M. Barbuto, C. Cottarelli, A. De Nicola e L. D'Urso, *Come ridurre i tempi della giustizia civile*, 2020, in https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-archivio-studi-e-analisi-come-ridurre-i-tempi-della-giustizia-civile).

[20] *Allegato riveduto della Decisione del consiglio relativa all'approvazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia*, 10160/21 Add 1 Rev 2 dell'8 luglio 2021, https://www.camera.it/temiap/2021/07/13/OCD177-5010.pdf, p. 6 s.

[21] Interessi ex art. 1284, comma 4, c.c., venire meno del divieto di anatocismo dal momento di proposizione della domanda giudiziale ex art. 1283 c.c., ecc.

zia che arriva troppo tardi rischia di essere sostanzialmente denegata o, spesso, a trasformarsi in tutela per equivalente.

È anche storia nota che il Governo italiano, dopo essere stato sovente condannato – come peraltro anche altri Governi europei – dalla Corte di Strasburgo per violazione del termine ragionevole di durata dei processi fissato nell'art. 6 Cedu, continua a essere quotidianamente citato nei giudizi innanzi alle Corti d'appello volti a ottenere un'equa riparazione per il mancato rispetto del «termine ragionevole» di durata del processo[22].

Però è anche indubbio che le cause di questa durata eccessiva sono plurime e spesso non vi è concordia nello stabilire una graduatoria che consenta di attribuire all'una o all'altra causa una efficacia determinante rispetto alle altre (il carico gravante sulle sedi giudiziarie, anche in termini di arretrato, il numero di magistrati, le percentuali di copertura degli organici, il numero degli avvocati presenti in Italia, le infrastrutture in dotazione, il tasso di litigiosità, la qualità del *drafting* normativo ecc.)[23]. In questo momento non intendiamo approfondire questi elementi, preme invece evidenziare un altro aspetto. Posto ormai con le spalle al muro dalle proprie mancanze e dagli impegni assunti nei confronti dell'Ue, il governo e il legislatore italiani avevano

---

[22] Ex art. 111, comma 2 Cost. e legge n. 89 del 2001, cosiddetta Legge Pinto.

[23] Tutte le ricerche che abbiamo avuto modo di consultare concordano sui seguenti dati: in Italia il numero di magistrati togati è in linea con quello di altri Paesi con migliori *performance* del servizio, pur registrandosi una percentuale di scopertura pari al 13,7% (nel 2022). La spesa per la giustizia per abitante risulta del 50% superiore alla media dei 46 Paesi, ma inferiore o allineata a quella dei Paesi più ricchi. La produttività della spesa è comparativamente soddisfacente: il costo per procedimento concluso è inferiore a quello della maggioranza dei Paesi confrontati dalla Cepej, il numero di procedimenti conclusi per giudice è mediamente elevato, seppure con variazioni territoriali estremamente accentuate. Criticità discendono da fattori di geografia giudiziaria, a causa della presenza di sedi che operano al di sotto della scala ottimale, dalla insufficiente diffusione in alcune sedi delle tecnologie informatiche, aggravata dalla scarsità e precaria organizzazione delle risorse umane a supporto del lavoro dei giudici e da una forte mobilità dei giudici in alcune sedi del Sud e delle Isole derivante dalla scarsa appetibilità (così il Primo Presidente della Cassazione Curzio, *Relazione sull'amministrazione della giustizia dell'anno 2022*, p. 16). Il livello di litigiosità in Italia è appena più elevato (+4,85%) della media dei 47 Paesi (molto più elevato che nei Paesi scandinavi, del 33% superiore alla Germania, analogo alla Francia e inferiore alla Spagna); tuttavia, l'Italia mostra un'accentuata variabilità territoriale, con differenze marcate tra valori minimi e massimi tra distretti di Corte d'appello e una sistematica collocazione al di sotto della media nazionale dei distretti del Centro-Nord e al di sopra di quasi tutti i distretti del Sud e delle Isole (sul punto si tornerà più oltre). Il numero di avvocati per 100.000 abitanti è di 379, il terzo più alto dopo Lussemburgo e Grecia, di 2,3 volte maggiore della media dei 47 Paesi monitorati dalla Cepej.

di fronte una scelta: intervenire sul lato dell'offerta, migliorandola, o ridurre la domanda. Detto diversamente e semplificando: riorganizzare e finanziare il sistema della giustizia civile fino a renderlo idoneo a rispondere secondo il crisma della effettività all'esigenza di tutela giurisdizionale espressa dalla nazione[24], oppure ridurre il numero delle controversie civili fino a renderlo compatibile con le capacità del sistema della giustizia civile.

Come si è accennato, l'ultima delle tante riforme, la cosiddetta Riforma Cartabia del 2021 e 2022, ha tentato di intervenire anche su aspetti organizzativi (con l'implementazione dell'Ufficio per il processo e una spinta ulteriore verso la informatizzazione della giustizia civile), ma occorre riconoscere che oramai da tempo la scelta è caduta prevalentemente sulla seconda strada.

Difatti, le modalità e gli strumenti con cui negli ultimi anni il legislatore ha affrontato la mole di contenzioso civile arretrato e sopravvenuto per consentire alla giustizia civile di realizzarsi più celermente abbattendo il *disposition time* (e scongiurando così il cosiddetto rischio Pinto), sono innumerevoli ma nelle tante riforme che si sono succedute nel tempo, oltre alle più diverse previsioni[25], si sono sempre annidate anche disposizioni che perseguivano la finalità non solo e non tanto di migliorare l'efficienza del processo civile, quanto di arrivare a ridurre il numero delle cause gravanti sul sistema della giustizia civile o, come si è espresso il legislatore stesso, di «indurre le parti a una più attenta ponderazione della scelta di agire o resistere in giudizio o di utilizzare le impugnazioni»[26].

---

[24] Come auspica, tra gli altri, con dovizia di argomentazioni, G. Monteleone, *Storie, fantasie e realtà del processo civile italiano*, in *Il giusto processo civile*, 2020, p. 1 ss.

[25] Sia sufficiente richiamare, a mo' di esemplificazione e senza poter qui considerare i dettagli delle tante riforme succedutesi nel tempo, l'istituzione del tribunale monocratico nei giudizi di primo grado, con il duplice obiettivo di snellire lo svolgimento del processo e di liberare risorse umane (legge n. 353 del 1990); l'istituzione dei giudici di pace (che sostituirono i precedenti giudici conciliatori), entrati in funzione nel 1995, con un organico di 4.690 unità (legge n. 374 del 1991); la creazione presso i tribunali delle sezioni stralcio (per lo smaltimento delle cause di "vecchio rito", anteriori al 1995) e l'istituzione dei giudici onorari aggregati (legge n. 276 del 1997); la cosiddetta razionalizzazione della geografia giudiziaria realizzata riducendo il numero di sedi (nel 1998, con il decreto legislativo 51, vennero soppresse circa 450 preture, unificate nei tribunali e nel 2012, con i decreti legislativi nn. 155 e 156, sono state soppresse 31 sedi di tribunale e 667 del giudice di pace).

[26] Così la relazione di accompagnamento alla legge n. 69 del 2009. Secondo uno studio della Banca d'Italia (Qef n. 401 del 2017, *La giustizia civile in Italia: le recenti evoluzioni*, p. 6), le riforme che hanno prodotto gli effetti più visibili sono quelle di deflazione del

Così, sono stati sensibilmente aumentati i tributi giudiziari e/o comunque i rischi economici legati all'esercizio del diritto di azione o del diritto di difesa[27]; diverse disposizioni hanno perseguito – spesso con la previsione di sanzioni – una finalità deterrente o disincentivante[28]; è sta-

---

contenzioso in specifiche materie caratterizzate da un elevato ricorso al giudice. In particolare, l'introduzione di un costo per la presentazione dei ricorsi di opposizione a sanzioni amministrative presso gli uffici del giudice di pace, le misure che hanno sottratto alla competenza del giudice di primo grado una parte delle controversie in materia di previdenza, le restrizioni introdotte alla possibilità di presentare ricorso dinanzi alle Corti d'appello per la riparazione dei danni derivanti da eccessiva durata del processo. La riduzione della domanda dovuta a questi fattori ha contribuito per il 42% alla riduzione complessiva del contenzioso nel periodo 2010-16.

27 Oltre a un generalizzato aumento – circa del 15% – del contributo unificato nei procedimenti civili (disposto dall'art. 53 del decreto legge n. 90 del 2014), venne operata la scelta di irrigidire la regola *victus victori* di cui all'art. 91 c.p.c., in forza della quale le spese di lite seguono la soccombenza, dapprima riducendo (nel 2005 e nel 2009) e poi eliminando pressoché integralmente (nel 2014) il potere discrezionale del giudice di compensazione delle spese di lite, al dichiarato fine di «disincentivare l'abuso del processo» (così la relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del decreto legge n. 132 del 2014). Per una ricostruzione della vicenda, nella quale si registra anche l'intervento di una pronuncia di illegittimità costituzionale ad opera di Corte cost. 19 aprile 2018, n. 77, si rinvia a P. Nappi, *Giustizia civile e classifiche internazionali*, cit. Ma anche la considerevole maggiorazione del saggio degli interessi moratori da computare dopo la proposizione della domanda giudiziale, avvenuta nel 2014 con la modifica dell'art. 1284 comma 4 c.c. al fine di contrastare il ritardo nei pagamenti. Per cogliere pienamente l'idoneità di tale modifica a orientare le strategie processuali delle parti, sino a determinare la scelta relativa al se agire o resistere in giudizio, è opportuno segnalare che oggi, se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: nel secondo semestre 2023 il cosiddetto interesse di mora è salito complessivamente al 12%.

28 Così alcune disposizioni, che si aggiungono ad altre, inerenti ipotesi particolari, già presenti nel Codice di procedura civile (v. gli artt. 54, 220 e 226), hanno introdotto sanzioni pecuniarie collegate all'infondatezza di determinate iniziative giudiziarie (v. il 2. comma aggiunto all'art. 283 c.p.c. dalla legge n. 183 del 2011 – ora divenuto 3. per effetto del recente decreto legislativo n. 149 del 2022 – e il 7. comma aggiunto all'art. 431 c.p.c. dalla stessa legge), tra le quali spicca la previsione di carattere generale, introdotta con la legge di stabilità 2013 (legge n. 228 del 2012), secondo la quale quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione (art. 13, 4. comma, decreto Presidente della Repubblica n. 115 del 2002). Secondo la giurisprudenza di legittimità «la norma risponde alla *ratio*, evidente nei casi di reiezione in rito (che però non è l'unica ipotesi in cui si applica… n.d.a.), di scoraggiare le impugnazioni dilatorie o pretestuose» (Cass., ord. 2 luglio 2015, n. 13636; Cass. 15 settembre 2014, n. 19464); si è anche affermato che il raddoppio del contributo unificato è previsto a «parziale ristoro dei costi del vano funzionamento dell'apparato giudiziario o della vana erogazione delle limitate risorse a sua disposizione» (Cass., ord. 27 marzo 2015, n. 6280; Cass., 13 maggio 2014,

ta sanzionata l'indefinita categoria dell'abuso processuale rendendolo perseguibile d'ufficio[29]; sono state addirittura adottate «misure urgenti di degiurisdizionalizzazione» (come recita la rubrica del decreto legge n. 132 del 2014), rischioso neologismo che sinteticamente indica come soluzione non tanto il perseguimento di un miglior funzionamento della giurisdizione statale, quanto una esortazione a uscirne[30]. Tanto che l'introduzione in Italia di un'articolata disciplina di strumenti alternativi di risoluzione negoziale delle controversie (gli oramai famosi Adr: mediazione, negoziazione assistita, consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, ecc.), non è stata promossa tanto per gli indubbi vantaggi che in determinate controversie si traggono da una soluzione autonoma e non autoritativa rispetto alla decisione autoritativa ed eteronoma data dal giudice, quanto con la dichiarata finalità di ridurre il carico del contenzioso in sede giurisdizionale.

Anzi, proprio la finalità deflazionistica ha fatto sì che in molte materie il previo esperimento della via stragiudiziale è stato reso obbligatorio (*i.e*. condizione di procedibilità della domanda giudiziale). Ma non deve sfuggire il fatto che la prevalente base transattiva delle pratiche

---

n. 10306; Cass.,14 marzo 2014, n. 5955). E anche l'introduzione di istituti differenti, come l'oggi abrogato filtro in appello di cui agli art. 348bis e ter c.p.c. o il cosiddetto filtro in Cassazione *ex* art. 360bis, perseguono obiettivi in larga misura assimilabili a quelli sopra richiamati in quanto volti a disincentivare le impugnazioni. V., in argomento, lo studio monografico di De Santis, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, spec. pp. 205 ss. e 281 ss.

[29] Art. 96 comma 3 c.p.c. introdotto nel 2009, che attribuisce al giudice il potere, in ogni caso e d'ufficio, di condannare la parte interamente soccombente al pagamento, oltre che delle spese e degli onorari, anche di altra somma equitativamente determinata. Il recente decreto legislativo n. 149 del 2022 ha poi aggiunto un comma 4. in cui si prevede inoltre che «nei casi previsti dal primo, secondo e terzo comma, il giudice condanna altresì la parte al pagamento, in favore della cassa delle ammende, di una somma di denaro non inferiore ad € 500,00 e non superiore ad € 5.000,00». La giurisprudenza ha mostrato di apprezzare l'istituto di cui all'art. 96, comma 3, come strumento che rafforza in modo generalizzato e sensibile il sistema delle sanzioni processuali e si pone in evidente correlazione con il fenomeno dell'abuso del processo, ipotesi in cui «si determina uno sviamento del sistema giurisdizionale dai suoi fini istituzionali ed un ingiustificato aumento del contenzioso che ostacolano la ragionevole durata dei processi pendenti e il corretto impiego delle risorse necessarie per il buon andamento della giurisdizione» (v. con diversi accenti: Cass. 27 febbraio 2019, n. 5725; 29 maggio 2019, n. 14737; 18 novembre 2019, n. 29812; 10 settembre 2018, n. 21943; 11 ottobre 2018, n. 25177; 30 aprile 2018, n. 10327; 10 settembre 2018, n. 21943; 30 aprile 2018, n. 10327).

[30] L'emanazione del decreto legge n. 132 del 2014 provocò una diffusa levata di scudi da parte di molti studiosi. Si v., per tutti, Aa.Vv., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato*, Torino, 2015.

negoziali, fondata sulla reciprocità delle concessioni, conduce comunque le parti a rinunciare a un qualcosa che la legge invece attribuiva loro, in modo molto diverso dalla tutela giurisdizionale, la cui effettività consiste, secondo la nota definizione di Chiovenda, nel dare, per quanto è possibile, praticamente a chi ha un diritto, tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire. Si sta promuovendo l'idea che è meglio utilizzare gli strumenti negoziali al fine di perseguire un veloce soddisfacimento degli interessi complessivi delle parti piuttosto che ricorrere alla giurisdizione al fine di ottenere una decisione che tuteli le loro ragioni dando attuazione a norme di diritto.

Addirittura varie recenti disposizioni sanzionano la carenza di spirito conciliativo manifestata dalla parte[31], e si prevede pure, nel decreto legislativo n. 28 del 2010[32], che la parte vittoriosa che ha rifiutato senza giustificato motivo una proposta conciliativa avanzata in sede di mediazione e non si è vista riconoscere nulla di più dalla sentenza, sia condannata anche al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto[33]. Si tratta di disposizioni che rappresentano la parte che introduce una causa non come un soggetto che ritiene di aver subito un torto e che chiede allo Stato di accertare se è giusto porre rimedio a quel torto, ma come un arrogante che compie un abuso e che deve essere arginato e semmai anche punito, anche per ottenere – come si esprime la giurisprudenza – il parziale ristoro dei costi del vano funzionamento dell'apparato giudiziario o della vana erogazione delle limitate risorse a disposizione di quell'apparato[34].

---

[31] V. art. 91, 1. comma c.p.c. come modificato dalla l. 69/09; art. 4, 1. comma, decreto legge n. 132 del 2014 nella negoziazione assistita; art. 8, 4. comma, legge n. 24 del 2017 nella responsabilità sanitaria.

[32] Art. 13, comma 1.

[33] Sul punto, è suggestivo riportare T.R. Jernigan, *China in Law and Commerce*, New York, 1905, p. 191 (pubblicato online da Cambridge University Press nel 2013) il quale, dopo aver ricordato che in Cina, fino alla fine del 19. secolo, la mediazione veniva favorita da un sistema giudiziario enormemente corrotto che gli Imperatori non avevano alcuna voglia di migliorare, cita le parole del terzo Imperatore della Cina Kangxi (1662-1722): «lawsuits would tend to increase to afrightful amount, if people were notafraid of the tribunals, and if they felt confident of always finding in them ready and perfect justice. As man is apt to delude himself concerning his own interests, contests would then be interminable, and half of the Empire would not suffice to settle the lawsuits of the other half. *I desire, therefore, that those who have recourse to the tribunals should be treated without any pity, and in such a manner that they shall be disgusted with law, and tremble to appear before a magistrate*» (corsivo nostro).

[34] Così, ad esempio, Cass. n. 6280 del 2015; Cass., ord. n. 10306 del 2014; Cass., n.

L'insieme delle misure adottate è divenuto così effetto e insieme causa di una modifica del modo di intendere la funzione stessa del processo, e la giurisprudenza, tanto quella costituzionale quanto quella di legittimità, ha dovuto in buona misura avallare tale opzione. Il processo, da strumento che consente il corretto esercizio della giurisdizione finalizzata all'attuazione del diritto obiettivo, viene visto come un costo a carico della collettività, una garanzia la cui lentezza finisce per incidere sullo sviluppo dell'economia nazionale. Sotto l'ombrello protettivo offerto dalla costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata, e di una discutibile interpretazione di tale principio[35], alla giurisdizione è stata assegnata la qualifica di «risorsa limitata», sicché lo strumento processuale che consente di darle attuazione viene prospettato come *ultima ratio*, preferibilmente da evitare, da utilizzare solo quando si ha ragione e comunque da definire celermente[36].

5. I freddi dati. La drastica riduzione di flussi e pendenze: un risultato dal costo ingente

Ma quali sono stati sino ad oggi gli effetti delle riforme poste in essere sulla durata dei processi e sull'arretrato?

Proviamo a esaminarli ricordando anche che tra gli obiettivi del Pnrr-Giustizia, nel 2021 l'Italia ha posto la riduzione, entro giugno 2026, del 40% dei tempi di trattazione di tutti i procedimenti dei contenziosi civili e commerciali e la riduzione, sempre entro giugno 2026, del 90% dell'arretrato giudiziario dei tribunali ordinari civili e delle corti d'appello civili (il tutto con riferimento ai dati del 2019).

5955 del 2014 con riferimento al raddoppio del contributo unificato previsto quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile (*ex* art. 13, comma 1-*quater*, decreto Presidente della repubblica n. 115 del 2002).

35 Sulla quale v. M. Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2012, p. 19 ss., 31; L. Passanante, *Giusto processo e principio di legalità nell'interpretazione delle norme processuali*, in *Scritti in memoria di Franco Cipriani*, Napoli, 2020, vol. 1, p. 245 ss.; P. Nappi, *Riflessioni sul «rispetto della non illimitata risorsa giustizia» come principio processuale*, in *Il giusto processo civile*, 2021, p. 659 ss.

36 Qualifica assegnata espressamente da alcuni pronunciamenti della Cassazione. Sul tema si tornerà più oltre ma sia consentito sin da ora rinviare a P. Nappi, *L'importanza di non perdere la causa … e preferibilmente non portarla neanche davanti al giudice*, in *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, p. 121 ss.; Id., *Riflessioni sul «rispetto della non illimitata risorsa giustizia»*, cit.

La banca data Cepej 2022 (dati anno 2020), che utilizza l'indicatore del *disposition time*, riporta un Dt per i contenziosi civili e commerciali in Italia in prima istanza di 674 giorni, con un trend che è purtroppo aumentato negli anni della pandemia (nel 2018 era di 527 giorni), e che si spera di far diminuire negli anni successivi al 2020[37]. Quanto al *clearing rate*, parametro che misura la capacità del sistema di giustizia di definire annualmente un numero di controversie pari a quelle sopravvenute nello stesso anno, da oltre dieci anni l'Italia fa la parte del leone (sempre ben oltre il 100%, con punte del 131% nel 2012), ciò che spiega l'abbattimento dell'arretrato. Quindi nel tempo il sistema giudiziario italiano è stato in grado di smaltire un numero superiore di cause nell'anno rispetto alle nuove iscrizioni lungo l'intero arco degli anni 2012-2020; inoltre, ha registrato in media valori migliori rispetto ai Paesi confrontabili che, invece, si sono attestati nell'intorno del 99%-100%.

Ciò nonostante, una riduzione del 90% da realizzare entro il 2026, se parametrata all'immenso carico di arretrato, induce a non riservare soverchie speranze di cogliere gli obbiettivi fissati nel Pnrr-Giustizia. D'altronde, come in molti altri settori che hanno visto la fissazione di obbiettivi ambiziosi nell'ambito del Pnrr, anche il Ministro di giustizia, con una buona dose di realismo indotta dai monitoraggi effettuati, ha dovuto riconoscere che

> l'accordo per la riduzione del 90% dell'arretrato in due o tre anni, potrebbe sembrare un'impresa impossibile: o bisogna rassegnarsi a sforare questo limite, oppure stiamo provando a rivedere l'accordo con l'Europa per ridurre questa percentuale che sembra irrealistica[38].

Come si è visto, gli indicatori descritti (Dt e Cr) sono utilizzati dalla Commissione europea per valutare l'efficienza dei sistemi giudiziari, e

---

[37] È doveroso segnalare che la Dg-Stat del Ministero di giustizia realizza un monitoraggio statistico degli indicatori di raggiungimento degli obiettivi del Pnrr dal quale risultano Dt diversi da quelli presenti nella banca dati Cepej: nel 2019 il Dt dei tribunali civili risulta di 556 gg., per salire a 719 gg. nel 2020 e scendere a 453 nel 2023 (l'obiettivo della riduzione del 40% verrà quindi raggiunto se, nel 2026, il Dt sarà di 333 gg.). È anche opportuno ricordare che nel 2020, a causa della riduzione delle attività nei tribunali conseguente alla pandemia, anche nei sistemi giudiziari equiparabili a quello italiano si è registrato un generalizzato aumento del Dt: in Francia è stato di 637 gg., pressoché raddoppiato dal 2012, la Spagna ha visto un sensibile aumento che ha portato il Dt a 468 gg. e anche la Germania, con i 237 gg. nel 2020, ha registrato un leggero incremento.

[38] Intervento del ministro Nordio alla presentazione della ricerca di Italiadecide dal titolo *L'Italia e la sua reputazione: la giustizia civile cinque anni dopo*, 2 ottobre 2023, cit.

tale valutazione, con gli oramai immancabili *ranking*, è divenuta ormai punto di riferimento imprescindibile delle politiche legislative riguardanti il sistema giudiziario e la disciplina del processo.

Ma esiste un dato che non emerge con la dovuta chiarezza dai tanti report esistenti e che, invece, mostra in modo inconfutabile quale è stato un altro rilevante effetto determinato dall'insieme dei provvedimenti normativi sulla giustizia civile adottati in Italia negli ultimi decenni. Il dato è costituito dal numero di quelle che vengono definite «sopravvenienze», ossia il numero di procedimenti civili di nuova iscrizione. Cioè a dire il numero di domande giudiziali proposte in sede civile ogni anno. Si tratta di un dato che non è sempre facile reperire e che sconta anche alcune eterogeneità nei metodi di misurazione, di cui si è però tenuto contro per rendere i dati stessi tra essi comparabili. I dati che seguono sono tratti direttamente dalle Relazioni sull'amministrazione della giustizia, effettuate dal Primo Presidente della Suprema Corte di cassazione sulla base dei dati comunicati dai Distretti delle Corti d'appello. Il periodo preso in considerazione va dal 2009, anno di emanazione della già citata legge n. 69, fino al 2023.

Nel periodo considerato, se per un verso l'enorme sforzo posto in essere dalla gran parte delle sedi giudiziarie ha consentito di realizzare lo straordinario risultato di dimezzare il carico dell'arretrato (passando dai 5,700 milioni di cause pendenti nel 2009 ai 2,858 milioni del 2022), per altro verso è necessario evidenziare che si è quasi dimezzato anche il numero delle nuove iscrizioni, che è passato da circa 4,8 milioni del 2009 (Relazione Carbone), ai 2,665 milioni del 2023 (Relazione Curzio)[39]. Quindi in Italia si è assistito a una diminuzione della domanda di giustizia in sede civile che non trova equivalenti in nessun altro Paese del mondo. Peraltro, essendo l'andamento delle pendenze meccanicamente collegato a quello dei procedimenti sopravvenuti e definiti, si è rilevato che sulla dinamica delle pendenze incidono sia l'andamento della domanda sia la capacità di smaltimento degli uffici e, nel periodo 2010-2022, «la riduzione delle pendenze è in larga parte riconducibile alla riduzione della domanda, che ha amplificato la capacità di definizione dei procedimenti»[40].

---

[39] Tale andamento è confermato anche dai rilevamenti effettuati dalla Cepej: interrogando la banca dati della Commissione, risulta che nel 2010 le nuove iscrizioni relative al solo primo grado furono 2,4 milioni, mentre nell'anno 2020 scendono a 1,13 milioni.

[40] Così Banca d'Italia, Qef - *Questioni di economia e finanza* n. 715, *La giustizia civile in Italia:*

Il rallentamento di tutte le attività conseguenti alla pandemia Covid-19 ha probabilmente determinato una accelerazione del processo di diminuzione delle nuove iscrizioni, ma non in misura significativa, considerando che già negli anni anteriori al 2020 i dati risultavano in costante diminuzione, né in misura definitiva, posto che il venir meno delle restrizioni ha portato a una comprensibile ripresa delle nuove iscrizioni che poi, però, sono tornate a diminuire negli ultimi due anni[41]. Peraltro, i sistemi giudiziari hanno rapidamente risposto alle esigenze di distanziamento e alla riduzione della mobilità, mediante un notevole incremento nell'utilizzo degli strumenti multimediali che, anzi, aggiungendosi alla già presente politica di digitalizzazione e informatizzazione dei servizi giudiziari e delle attività processuali (tra cui il Pct, processo civile telematico), è divenuta una linea di tendenza che pare ormai irrinunciabile[42].

Anche il ricorso agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie ha indubbiamente contribuito alla diminuzione rilevata, ma si tratta comunque di una incidenza che risulta limitata, posto che, per quanto riguarda la mediazione, i report ministeriali riportano una media annuale di circa 160.000 procedimenti iscritti ma con accordo raggiunto solo nel 14% dei casi, sicché è lecito ritenere che un numero significativo di controversie sia proseguito (o iniziato) in sede giurisdizionale; mentre la difficoltà nella raccolta dei dati relativi alla negoziazione assistita non consente di sapere molto circa il ricorso a tale istituto, se non che nel corso degli anni si è registrato un incremento nell'utilizzo documentato della procedura e che la gran parte delle

---

durata dei processi, produttività degli uffici e stabilità delle decisioni, ottobre 2022, p. 12 s.

41 Nel 2018 le iscrizioni annuali per tutti i gradi di giudizio sono state pari a 3.215.989: *Sintesi della Relazione del Ministro Bonafede sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2019*, p. 88; mentre nel 2019 tale dato era sceso a 3.184.614: *Sintesi della Relazione del Ministro Bonafede sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2020*, p. 223. La progressiva diminuzione delle nuove iscrizioni era già segnalata nell'analisi condotta dalla Banca d'Italia nel 2017 (v. Qef n. 401 del 2017, *cit.*, p. 19 s.). Nel periodo 2019-2020 vi era stata una sostanziale flessione delle nuove iscrizioni, in ragione dell'emergenza sanitaria, compensata nel periodo luglio 2020-giugno 2021 da un momentaneo incremento del contenzioso, che si è però nuovamente ridotto nel periodo immediatamente successivo, facendo registrare tra il 2020/21 e il 2021/22 una diminuzione delle nuove iscrizioni in primo grado del 3,2% nei Tribunali e dell'1,7 presso i Giudici di pace (e una riduzione complessiva delle pendenze del 7,2: v. *Relazione Curzio*, p. 26).

42 Basti considerare i nuovi artt. 127bis, Udienza mediante collegamenti audiovisivi, e 127ter, Deposito di note scritte in sostituzione dell'udienza, introdotti nel c.p.c. dalla Riforma Cartabia del 2022.

procedure (con esito positivo e comunicate) viene svolta nella materia, facoltativa, della crisi coniugale[43].

6. Il "razionamento" della domanda di giustizia (tra remore, costi e ostacoli)

Pare quindi che una così ingente diminuzione della domanda di giustizia civile in Italia non sia riconducibile né agli effetti della pandemia Covid, né al ricorso agli strumenti alternativi; piuttosto appare probabile che il fenomeno osservato rappresenti il risultato finale dell'insieme degli interventi di riforma, anche i più recenti, innanzi segnalati. Primo tra tutti quello finalizzato a aumentare i rischi economici legati all'esercizio del diritto di azione o del diritto di difesa, introducendo a monte un "filtro" costituito dalla capacità economico finanziaria delle parti in grado di incidere sulla effettività soggettiva del diritto d'azione di cui all'art. 24, primo comma della Costituzione[44] e non compensabile dal comunque limitato sistema di patrocinio a spese dello Stato introdotto in attuazione del terzo comma dello stesso articolo.

Ed è evidente che l'aggravamento dei costi e dei rischi economici del processo, oltre a costituire una remora alla proposizione della domanda giudiziale, si pone anche in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, poiché finisce per danneggiare principalmente i diritti delle classi meno abbienti. Sono politiche ben conosciute: già nel 1855, il liberale Pasquale Stanislao Mancini, che poi fu Ministro della giustizia del Regno d'Italia, scriveva che

---

[43] Per una disamina concernente le problematiche presenti nella raccolta dei dati concernenti il ricorso agli Adr, anche in vista dell'adozione del Tusc (Testo unico degli strumenti complementari), prevista dalla legge n. 206 del 2021, si rinvia a P. Nappi, *I primi dieci anni della mediazione delle controversie civili e commerciali in Italia: riflessioni e proposte*, in *Il giusto processo civile*, 2020, p. 403 ss. e Id., *La legge delega di riforma degli strumenti complementari. Note a prima lettura*, *ivi*, 2022, p. 15 ss.

[44] D'altronde, tale considerazione era già presente nel Focus tematico su *L'efficienza della giustizia civile e la performance economica* predisposto nel 2016 dall'Ufficio parlamentare di bilancio: «La Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015 evidenzia che la riduzione del numero di inscrizioni è riconducibile, oltre che all'effetto congiunto delle riforme legislative adottate (mediazione, inammissibilità dell'appello, ecc.), anche ai maggiori costi di accesso alla giustizia. Tale incremento nei costi della giustizia, da un lato, disincentiva comportamenti opportunistici, ma dall'altro potrebbe anche determinare fenomeni di razionamento della domanda, connessi alla capacità reddituale degli agenti economici. Al momento, non esisterebbero invece sufficienti elementi per valutare gli effetti della cosiddetta degiurisdizionalizzazione sulla riduzione delle nuove iscrizioni di cause ordinarie».

> Quando per accostarsi al santuario delle leggi è necessario portar le mani piene di oro, per isbramare le fiscali e curiali avidità, si cede il campo ai temerari ed ai malvagi, ed una comune prudenza determinerà sovente il cittadino a sopportare in pace i torti anche gravi piuttosto che ricorrere a mezzi cotanto onerosi di riparazione. Allora le liti divengono il lusso dei ricchi, la giustizia un loro privilegio, e non un bene ed un diritto egualmente garentito a tutti; e le spese dei processi si trasformano nelle mani dei litiganti di mala fede in formidabili istrumenti di oppressione e di stanchezza a danno dei loro avversari[45].

Lo stesso Ministro della giustizia, in un passaggio della propria relazione per l'anno 2019, ammette che «la diminuzione dei procedimenti pendenti, elemento di per sé positivo, non significa però che la giustizia in Italia sia migliorata, potendo, viceversa, fungere da spia di un'aumentata disaffezione del cittadino verso il sistema giudiziario». Il Ministro qualifica il fenomeno come «disaffezione», ma la Corte costituzionale, chiamata a esprimersi sulla corrispondenza al dettato costituzionale della modifica apportata all'art. 92 c.p.c. nel 2014, quando venne irrigidito ulteriormente il principio per cui le spese del processo seguono la soccombenza mediante la tipizzazione delle fattispecie compensative, ebbe ad affermare che

> la rigidità della tassatività ridonda anche in violazione del canone del giusto processo e del diritto alla tutela giurisdizionale perché la prospettiva della condanna al pagamento delle spese di lite anche in qualsiasi situazione del tutto imprevista ed imprevedibile per la parte che agisce o resiste in giudizio può costituire una remora ingiustificata a far valere i propri diritti[46].

---

[45] *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi con la comparazione degli altri codici italiani e delle principali legislazioni straniere*, Torino, 1855, vol. 2, p. 13. Circa cento anni prima nello stesso senso si esprimeva Jeremy Bentham in un *pamphlet* tradotto e commentato da A. de la Oliva Santos (*Introducción y Edición a J. Bentham, Una protesta contra las tasas judiciales*, Madrid, 2013).

[46] Corte cost., sent. 19 aprile 2018, n. 77. In ogni caso, la Consulta non poté sindacare la scelta legislativa di fondo, confermando la norma ove – richiedendo comunque la ricorrenza di ipotesi connotate da gravità ed eccezionalità – non consente al giudice di considerare, ad esempio, la «oggettiva controvertibilità delle questioni», la «oggettiva difficoltà nell'interpretazione di un contratto», la «particolare complessità del caso trattato», ecc. (tutte ipotesi che precedente giurisprudenza della Cassazione aveva ritenuto poter giustificare la compensazione) al fine di disporre la compensazione delle spese.

Remora che fino a pochi decenni or sono, quando nella Corte sedeva anche Virgilio Andrioli, sarebbe stata espressa come «eccessiva compressione del diritto di azione e di difesa garantito dall'art. 24 della Costituzione». Ma erano i tempi in cui si tentava di portare a compimento il disegno proprio dello Stato moderno, quando ancora si riteneva che la funzione giurisdizionale dovesse mirare innanzi tutto all'attuazione della volontà della legge. Nello Stato contemporaneo di ispirazione neo-liberista ci si concentra invece sulle utilità degli individui e la giurisdizione viene piuttosto concepita come un servizio pubblico diretto alla giusta composizione delle liti, composizione che deve avvenire preferibilmente al di fuori della giurisdizione e comunque rapidamente in quanto la velocità è indispensabile al corretto funzionamento di un'economia competitiva[47].

La riduzione dell'esercizio del diritto d'azione determinata dai fattori sopra ricordati non è un'ipotesi, essa risulta confermata dai dati analizzati ed è testimoniata anche da un'ulteriore fenomeno che riguarda crudamente la categoria di coloro che sono chiamati ad assistere le parti in giudizio, cioè gli avvocati. Il Rapporto Censis del 2022[48] sullo stato dell'avvocatura italiana, realizzato per Cassa forense su un campione di 30mila avvocati, fotografa una situazione critica soprattutto sul piano economico. La crisi della categoria appare infatti fortemente legata alla riduzione complessiva del reddito medio che registra un trend di continua discesa dal 2005, indubbiamente accelerata dalla abolizione del sistema del tariffario[49] e sicuramente aggravatasi negli anni più recenti anche a causa della pandemia. La scarsità di lavoro per un numero probabilmente troppo elevato di professionisti e il generale

---

47 Affrontando i concetti di *Rule of law* e di *Rechtsstaat* ed evidenziando come il primo si presti a «de-statualizzare» lo Stato di diritto trasformandolo in uno strumento utile ad affrontare la sfida della globalizzazione, Roberto Bin ricorda anche che «non è un caso che la logica dei mercati globalizzati sia improntata ad un forte antistatualismo e ispirata dalle teorie economiche neo-liberiste»: R. Bin, *Rule of law e ideologie*, in G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, p. 37 ss.

48 https://www.cassaforense.it/media/10300/rapporto-sullavvocatura-2022.pdf, dove pure emerge la necessità, da parte dell'avvocatura, di trovare nuove forme e modalità di esercizio della professione che possano rendere quest'ultima maggiormente rispondente al mutato quadro di riferimento e, quindi, maggiormente remunerativa. Per un'analisi delle nuove forme di finanziamento della lite, della diversificazione nelle modalità di esercizio della professione forense e dei più recenti meccanismi di remunerazione degli avvocati, si v. l'interessante studio monografico di P. Comoglio, *Il processo come fenomeno economico di massa*, Torino, 2022.

49 Attuata dal decreto legge n. 1 del 2012, cosiddetto decreto liberalizzazioni, convertito in legge 27 del 2012.

senso di incertezza ha spinto circa un terzo degli avvocati intervistati a definire molto critica la propria situazione, tanto da valutare l'ipotesi di abbandonare la professione, per lo più a causa dei costi eccessivi e del ridotto riscontro economico determinato anche da un importante calo della clientela.

7. Ancora sul disposition time e sulla idoneità della cura proposta

Si è visto che il problema della giustizia civile italiana è costituito dall'eccessiva durata con cui essa viene esercitata e che la durata dei processi civili viene oggi misurata dall'indicatore Dt utilizzato dalla Cepej, indicatore che viene richiamato in pressoché tutti gli interventi legislativi di riforma e la cui diminuzione costituisce, assieme all'abbattimento dell'arretrato, uno degli obbiettivi del Pnrr-Giustizia.

Il Dt altro non è che un dato medio, esso cioè misura il tempo medio prevedibile di definizione dei procedimenti confrontando lo stock di pendenze alla fine dell'anno con il flusso dei procedimenti definiti nell'anno a livello nazionale. Ora, si è già avuto occasione di ricordare che quando si parla di «medie» sarebbe opportuno prestare particolare attenzione, per non ricalcare la proverbiale osservazione, attribuita a Trilussa, per cui se qualcuno mangia un pollo, e qualcun altro no, in media tutti hanno mangiato mezzo pollo. Ed evitare così, a chi governa, di adottare una politica piuttosto che un'altra, ritenendo che tutti almeno mezzo pollo l'hanno mangiato[50].

In effetti, analizzando i dati ulteriori e in parte diversi offerti dalla Dg-Stat (Direzione Generale di Statistica presso il Ministero di Giustizia), che propone le *performances* delle singole sedi giudiziarie, emerge che la situazione italiana presenta al suo interno variabilità assai significative tra i tribunali: scrutinando i dati dei 140 tribunali italiani, risulta che nei due terzi circa dei tribunali italiani i processi contenziosi civili hanno una durata inferiore a quella media, mentre in un terzo dei tribunali italiani la durata media è superata, talvolta in maniera così drammatica da finir per incidere in misura determinante sulla durata media

[50] V., *si vis*, P. Nappi, *La riforma del processo civile, Trilussa e la durata media dei procedimenti*, in *Foro italiano*, 2019, V, c. 158 ss., ove si esprime l'opinione secondo cui le analisi fondate sulla durata media dei procedimenti contenziosi offrono risultati non significativi e non sono quindi idonee a motivare in via esclusiva scelte di politica legislativa.

nazionale[51]. I tribunali che presentano durate maggiori rispetto a quella media si concentrano prevalentemente (ma non esclusivamente) nel Sud Italia, e su questo dato ci si intratterrà più oltre. Ciò che preme ora evidenziare è che i dati riportati certificano che il problema non riguarda le regole di procedura, che sono ovviamente le stesse su tutto il territorio nazionale, e che quindi la «radicale semplificazione del processo civile monocratico» perseguita dalle recenti riforme e fondata sulla «convinzione [espressa dal Ministro di giustizia] che l'intervento in esame ... possa incidere immediatamente sulla durata dei procedimenti civili», non è consequenziale ai dati forniti dallo stesso ministero, né risponde alla logica e al ragionamento: se in presenza di elementi di contesto equiparabili le *performances* fornite dai tribunali sono assai diverse, il problema della durata non dipende dal rito utilizzato ma da altri fattori[52]. Qui semmai si trattava di agire con lo stanziamento di risorse mirate, con il bisturi delle ispezioni ministeriali e con i rimedi offerti dalle tante *best practices* presenti, non con l'ascia di un nuovo rito civile e delle tante incertezze interpretative e applicative che esso si porta dietro.

Ma, soprattutto, la rilevata eterogeneità mostra che la cura adottata rischia di far morire il paziente: i provvedimenti normativi che hanno prodotto la drastica riduzione della domanda di giustizia riguardano evidentemente tutto il territorio nazionale, non le sole sedi giudiziarie che presentano le problematiche innanzi segnalate.

Il rischio concreto è che l'allontanamento delle fasce meno abbienti della popolazione dalla tutela giurisdizionale costituisca l'obolo da pagare per raggiungere quella durata *media* ragionevole da potere orgogliosamente offrire alla Cepej e agli investitori internazionali (forse frenati più dagli endemici fenomeni corruttivi da cui è afflitto il nostro Paese e dalle disfunzioni presenti nelle p.a. che non dal Dt), ma che

---

[51] Nel dettaglio, nell'anno 2022 risulta che 86 sedi su 140, cioè il 62% del totale, presentano una durata al di sotto di quella media (talvolta con Dt molto ridotti, come Ferrara con Dt di 278 gg., Rovereto 358, Livorno 367), mentre nel rimanente 38%, cioè 54 tribunali, la durata si allunga sempre più sino ad arrivare ad alcune sedi che, palesando una durata di oltre 2.000 gg. (ad esempio Tribunale del Vallo della Lucania 2.257 gg., Lamezia Terme 2.149 gg., Patti 2.048 gg.), incidono in modo determinante sull'innalzamento della durata media nazionale.

[52] Per tutti v. già A. Proto Pisani, *Giustizia civile: è davvero impossibile la soluzione della crisi?*, in *Foro italiano*, 2011, V, c. 149 ss., che segnala, quale punto di convergenza tra gli intervenuti al convegno «Il futuro del processo civile tra giustizia pubblica e giustizia privata per ricordare Franco Cipriani» (Cagliari, 10 giugno 2011), la conclusione che «le riforme davvero necessarie sono riforme non procedurali, ma soprattutto organizzative e ordinamentali».

dietro tale durata media continuino a celarsi situazioni, o *performances* che dir si voglia, assai diverse.

8. Segue: la finora irrisolta questione meridionale e le ricadute sulla giustizia civile

L'eterogeneità della durata dei procedimenti a cui si è fatto riferimento ha una forte connotazione territoriale: nei tribunali del Mezzogiorno, a parità di dimensione del bacino di utenza, la durata dei procedimenti è di oltre il 40 per cento più elevata rispetto a quella del Centro-Nord[53]. Tale differenza delle *performance* osservate rinviene la propria ragione in fattori di offerta e di domanda: tra primi, in particolare, giocano un ruolo rilevante (quantitativamente e statisticamente) il tasso di mobilità dei magistrati – dove è maggiore, come nel Sud, è più elevata anche la durata dei procedimenti – e il grado di digitalizzazione dell'attività nel tribunale, negativamente correlato con la durata dei procedimenti. Dal lato della domanda, un più elevato tasso di litigiosità[54] e una maggiore complessità delle materie trattate nelle sedi giudiziarie del Mezzogiorno si associano a durate dei processi più elevate. La disponibilità di risorse, rappresentata dal numero di giudici in rapporto alla popolazione, non risulta invece essere significativa. Difatti, utilizzando la popolazione emerge che il numero di magistrati e di personale amministrativo assegnati al civile è significativamente più elevato nel Mezzogiorno (divario

---

[53] I dati riportati sono tratti da Banca d'Italia, *La giustizia civile in Italia: durata dei processi, produttività degli uffici e stabilità delle decisioni*, cit.

[54] Il citato *Paper* della Banca d'Italia riporta anche le principali teorie suggerite dalla letteratura esistente per giustificare la maggiore litigiosità osservata nel Mezzogiorno. In primo luogo, la maggiore diffusione di situazioni di fragilità economico finanziaria, sia tra i cittadini sia tra le imprese, potrebbero associarsi a maggiori difficoltà a rispettare gli obblighi contrattuali e aumentare per questa via le controversie (G. Clemenz e K. Gugler, *Macroeconomic Development and Civil Litigation*, in 9 *European Journal of Law and Economics*, 2000, p. 215 s.). In secondo luogo, l'elevata litigiosità può dipendere dal minore livello di capitale sociale: un maggiore livello di fiducia interpersonale e una minore diffusione di comportamenti cooperativi, infatti, possono far diminuire il contenzioso, sia riducendo la propensione delle parti a violare i contratti sia favorendo, nel caso, la risoluzione delle controversie al di fuori dei tribunali (E. Yamamura, The *Market for Layers and Social Capital: Are Informal Rules a Substitute for Formal Ones?*, in 4 *Review of Law and Economics*, 2008, p. 499 ss.). Anche la maggiore lunghezza dei procedimenti, nella misura in cui questo rappresenti un incentivo delle parti a violare i contratti in vista di un rinvio dei pagamenti, può determinare una maggiore litigiosità (D. Marchesi, *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*, Bologna, 2003).

che si riduce normalizzando il dato per il numero di procedimenti iscritti e ancora di più per la loro diversa complessità).

Di converso, la gran parte delle sedi giudiziarie del Mezzogiorno ha contribuito in misura determinante alla diminuzione dell'arretrato, con un tasso di smaltimento paragonabile alla media nazionale, ed anzi in alcuni Uffici del Sud superiore a quella media.

L'esigenza di comprendere e affrontare la disomogeneità di *performance* tra gli Uffici Giudiziari ha determinato l'istituzione di una Commissione interministeriale per la giustizia nel Sud, che ha consegnato la propria relazione finale il 15 gennaio 2022[55]. La Relazione, ampia ed esaustiva, considera una molteplicità di elementi e, dopo aver confermato la complessiva maggiore quantità delle pendenze (comprensive di arretrato ultratriennale) dovuta alle pregresse situazioni del singolo Ufficio, le grandi difficoltà di alcuni territori, interessati da fenomeni di criminalità organizzata, pare individuare la principale causa della maggiore durata dei procedimenti in una maggiore complessità del contenzioso e, soprattutto, nel continuo *turnover* dei magistrati. Indagando, poi, la ragione della intensa mobilità in uscita, viene individuata la condizione di marginalità/centralità del territorio degli Uffici in termini di servizi essenziali (spesso proporzionali alla dimensione delle sedi). Più in particolare, esiste una classificazione che discrimina i territori comunali secondo la capacità di offerta di alcuni servizi essenziali (istruzione, salute e mobilità) e sulla distanza da essi, in termini di accessibilità [56].

In buona sostanza, l'analisi effettuata certifica che i magistrati (e spesso le loro famiglie) tendono a fuggire da realtà territoriali in cui i servizi essenziali risultano gravemente insufficienti. Cioè a dire che la permanente arretratezza di alcune zone del Mezzogiorno d'Italia, inducendo la fuga dei magistrati che vi ci sono trovati a operare e un conseguente vorticoso *turnover*, riflette i suoi effetti negativi sulle *performance* degli uffici giudiziari e fatalmente anche sul *disposition time*[57].

---

[55] Commissione istituita con Decreto interministeriale del 16 giugno 2021 sottoscritto dalla Ministra per il Sud e la coesione territoriale e dalla Ministra della giustizia.

[56] Istruzione secondaria superiore: presenza di almeno un liceo (tra classico e scientifico) e almeno un istituto tecnico e/o professionale; sanità: presenza di strutture sanitarie sedi di Dea di 1. livello; mobilità: presenza di stazioni ferroviarie di tipo almeno Silver, corrispondenti ad impianti medio-piccoli.

[57] Probabilmente anche la situazione occupazionale del Mezzogiorno può contribuire a spiegare il fenomeno rilevato. Secondo il citato Rapporto Censis sull'avvocatura del 2022, nel Nord Italia esercita solo un terzo degli avvocati, mentre ben il 43,8% esercita al Sud e il 22,5% al Centro. Questa "asimmetria" geografica nel numero

9. Il principio processuale del «rispetto della non illimitata risorsa-giustizia»

Ma la rilevata forte eterogeneità tra le *performance* delle sedi giudiziarie nascosta dall'utilizzo del dato medio, comporta anche che dal principio costituzionale della ragionevole durata non possa farsi derivare, come pretenderebbe un orientamento espresso dalla Corte di cassazione, il principio processuale del «rispetto della non illimitata risorsa-giustizia» da assumere a canone interpretativo di norme processuali idoneo a fare emergere e considerare anche l'interesse collettivo a un funzionamento adeguato e celere della funzione giurisdizionale.

Il percorso logico argomentativo che ha indotto la giurisprudenza ad enucleare tale principio processuale può essere così sintetizzato: il numero delle azioni giudiziarie influisce sulla durata ragionevole dei giudizi, che è bene protetto dall'art. 111 della Costituzione e dall'art. 6 della Cedu (come interpretato dalla Corte di Strasburgo), in conseguenza del fatto che le risorse giurisdizionali disponibili sono limitate. Ergo, il rispetto della limitata risorsa giurisdizione è principio processuale. Ma l'impossibilità di utilizzare tale principio discende tanto dalla evidente non configurabilità del principio come avente portata generale, in quanto l'uniformità dell'interpretazione deve poter valere su tutto il territorio nazionale, e non solo nelle sedi giudiziarie dove la "risorsa giurisdizione" risulta in sofferenza, pena la non riferibilità al caso concreto, quanto e soprattutto dalla considerazione che al pari di quanto l'art. 111, comma

---

dei professionisti, se da una parte contribuisce a tratteggiare la fisionomia del mercato del lavoro nel Meridione, dall'altra trova una declinazione anche in chiave reddituale: facendo riferimento al reddito medio, gli avvocati al Sud riescono a conseguire un reddito che è praticamente la metà di quello che ottengono i colleghi delle regioni del Nord (in termini di volume d'affari, fatto 100 il volume d'affari medio a livello nazionale, quello del Nord è del 51,3% superiore, quello del Sud e delle Isole è circa la metà). Già nel 2010, in un rapporto della Banca d'Italia (*Too many lawyers? Litigation in Italian civil courts - Le determinanti della litigiosità nei tribunali italiani*, *Working Papers* n. 745), A. Carmignani e S. Giacomelli rilevavano che l'elevato numero di avvocati in rapporto agli abitanti può rappresentare uno stimolo al ricorso ad azioni legali, anche per questioni di ridotto valore economico e/o con scarse probabilità di successo. Cioè a dire che se il lavoro non c'è bisogna crearlo. Sul tema, è doveroso ricordare gli autorevolissimi scritti, nei quali vengono proposte opinioni assai diverse da quelle espresse dalle economiste, di P. Calamandrei, *Troppi avvocati!* (1921), in Id., *Opere giuridiche*, vol. 2, Napoli, 1966, p. 65 ss.; e di F. Cipriani, *Troppi avvocati?*, in *Foro italiano*, 1997, V, c. 241 s. che ammonisce «dobbiamo convincerci che, se diminuissero gli avvocati, non diminuirebbero le cause, in quanto le cause, salvo ineliminabili eccezioni (che possono pure essere molte, ma restano sempre eccezioni), esistono perché le vogliono le parti, non perché le vogliono gli avvocati».

1 della Costituzione prescrive con riferimento al giusto processo, che deve essere «regolato dalla legge»[58], anche il precetto costituzionale della «ragionevole durata del processo», dal quale si pretende di far derivare il principio qui contestato, per espressa previsione dello stesso art. 111, comma 2 della Costituzione deve essere garantito direttamente dal legislatore («la legge ne garantisce la ragionevole durata»)[59].

Prima della ragionevole durata vengono il diritto alla difesa e al contraddittorio, il diritto alle prove, alle impugnazioni, all'accesso ad una giustizia che non sia semplicemente punitiva, all'idea che il giudice deve essere terzo, imparziale e indipendente, ecc.[60].

Il fatto che la giurisdizione sia una risorsa limitata è sotto gli occhi di tutti. Ma la constatazione di un fatto, che dovrebbe innanzitutto ispirare le condotte delle parti e dei loro difensori richiamandone il senso

---

[58] Sono note le diverse sensibilità con cui la dottrina ha affrontato il tema dell'ampiezza da riconoscere alla riserva di legge prevista dal riformato art. 111 Cost. Per una indicazione necessariamente parziale v. A. Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro italiano*, 2000, V, c. 241 s.; L. Lanfranchi, Voce *Giusto processo (processo civile)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 10, Roma, 2001, p. 10; M. Cecchetti, Voce *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Appendice 5, Milano, 2001, p. 595 ss. Si v. inoltre G. Civinini e C.M. Verardi (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, e in particolare i contributi di S. Chiarloni, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, p. 16 ss.; G. Costantino, *Le garanzie*, pp. 255 ss. e A. Proto Pisani, *Relazione conclusiva*, p. 324 ss.

[59] V. *amplius*, anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali, il mio *Riflessioni sul «rispetto della non illimitata risorsa giustizia» come principio processuale*, cit., p. 659 ss. In tal senso anche L. Passanante, *Giusto processo e principio di legalità nell'interpretazione delle norme processuali*, cit., p. 245 ss., che, con riferimento al principio della ragionevole durata, esorta a riflettere «che esso, per il modo in cui è espresso nell'ultimo periodo dell'art. 111, 2. comma Cost. andrebbe inteso come rivolto essenzialmente al legislatore e non al giudice», non solo: «sarebbe anche opportuno impegnarsi a tracciare meglio i rapporti tra il principio del giusto processo e quello della ragionevole durata, non solo rimarcandone la distinzione, ma ribadendo la superiorità gerarchica del primo sul secondo, in modo tale che sia precluso all'interprete percorrere itinerari interpretativi eterodossi rispetto al testo della disposizione, ancorché orientati allo realizzazione dello scopo della ragionevole durata» (*ivi*, p. 255).

[60] Fortunatamente oggi ciò è finalmente affermato anche dalla stessa Cassazione, 24 gennaio 2023, n. 2057: «Il principio della ragionevole durata del processo è certamente divenuto punto costante di riferimento nell'esegesi delle norme processuali… ma, come è stato sottolineato anche in dottrina, mai è dato al giudice, in nome del citato principio, eludere distinte norme processuali improntate alla realizzazione degli altri valori di cui pure si sostanzia il processo equo: e tali sono per l'appunto il diritto di difesa, il diritto al contraddittorio, e, in definitiva, il diritto a un giudizio nel quale le parti siano poste in condizioni di interloquire con compiutezza nelle vari fasi in cui esso si articola».

di responsabilità, deve imporre al legislatore di adottare tutte le misure idonee ad affrontarne le criticità e all'amministrazione della giustizia di rispondere organizzativamente in modo coerente ed efficiente, ma siamo convinti che non possa assurgere a principio processuale o ad un non meglio specificato «valore funzionale del processo» la cui analisi consente addirittura al giudice del caso concreto «di condurre... l'indagine volta alla corretta individuazione dell'oggetto del processo»[61].

10. Giustizia civile e protezione internazionale: un nuovo fronte di crisi dove i giudici cercano di garantire ciò che la legge nega

Nella *Premessa* si è esposta la scelta di approcciare il tema dei "diritti fondamentali e conflitto sociale" trattando direttamente del fondamentale diritto d'azione. Sia ora consentito percorrere rapsodicamente l'altra opzione prospettica evidenziata, quella volta a verificare come i diversi schemi processuali proposti dal legislatore, e concretamente utilizzati dalla prassi applicativa, risultano idonei a fornire la tutela giurisdizionale di diritti fondamentali secondo il crisma della effettività.

Uno dei tanti settori in cui vengono in rilievo situazioni giuridiche a contenuto non patrimoniale e che negli anni più recenti ha interessato intensamente la giustizia civile concerne il ricorso avverso la decisione delle Commissioni territoriali (o della Commissione nazionale per il diritto di asilo) sulla revoca o sulla cessazione dello status di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria[62].

Le Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, istituite nel 2017 in ogni Tribunale ordinario del luogo nel quale hanno sede le Corti d'appello[63], sono stati investite da decine di migliaia di procedimenti, in quanto oltre il 94% dei dinieghi delle Commissioni territoriali è stato impugnato[64]. Si tratta di un fenomeno dai risvolti as-

---

61 Cass. Sez. un., 12 dicembre 20914, n. 26242.

62 Ex art. 35, comma 1, del più volte modificato d.lgs. n. 25 del 2008.

63 Decreto legge n. 13 del 2017, convertito nella legge n. 46 del 2017.

64 Dal 2015 al 2020 i dinieghi di protezione, in sede amministrativa, hanno riguardato in media il 50% delle domande, per superare il 70% nell'anno 2019 e nei primi mesi del 2020. Le decisioni di accoglimento hanno avuto un esito altalenante con riguardo alla forma di protezione concretamente riconosciuta.

sai problematici, soprattutto in considerazione delle situazioni critiche in cui versano la gran parte dei richiedenti.

Il primo problema che si pone riguarda l'assistenza legale, che è obbligatoria anche in tali giudizi. Seppure l'art. 16, comma 2, del decreto legislativo n. 25 del 2008[65] dispone espressamente che il richiedente asilo è ammesso al patrocinio a spese dello Stato, la condizione in cui versa quest'ultimo rende quasi sempre impossibile produrre la documentazione richiesta al fine di provare la sussistenza dei requisiti richiesti dal decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002 (Testo unico sulle spese di giustizia)[66]. Fortunatamente, l'assenza di previsioni normative che considerano le condizioni in cui si trovano i richiedenti è compensata, in via sussidiaria, dall'operato di vari enti e associazione che organizzano e offrono gratuitamente servizi di assistenza legale (ad esempio: Arci con il supporto di Unhcr Italia; Laboratorio53; Help Desk Migrante; Asgi – Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione).

Un secondo problema riguarda il procedimento adottato. Per la trattazione delle controversie in materia di protezione internazionale l'art. 35bis del decreto legislativo n. 25 del 2008 (introdotto dalla cosiddetta riforma Minniti del 2017 e successivamente modificato) non prevede che si ricorra al processo a cognizione piena ma, utilizzando ancora una volta il varco aperto dall'art. 742bis c.p.c. alla cosiddetta cameralizzazione della tutela dei diritti, dispone l'adozione del rito semplificato disciplinato dagli artt. 737 ss. c.p.c., ove non diversamente disposto. Quindi, per la tutela di diritti (fondamentali), al fine di imprimere velocità alla vicenda processuale riguardante il richiedente, il legislatore ha optato per l'adozione del cosiddetto rito camerale, seppure integrato da una serie di disposizioni inserite nello stesso art. 35bis

---

65 Recepimento della Direttiva 2005/85/Ce e più volte modificato.

66 Infatti, il decreto Presidente della repubblica n. 115 del 2002 prevede, a pena d'inammissibilità, che lo straniero produca una certificazione consolare attestante l'assenza di redditi prodotti all'estero (ai fini della valutazione del superamento dei limiti di reddito, art. 79, comma 2), a ciò necessitando dunque che lo stesso prenda contatto con le Autorità del Paese di origine, esponendosi così ai rischi che lo hanno indotto alla fuga da quel Paese. V. *amplius* N. Morandi, *Il patrocinio a spese dello Stato nei procedimenti giurisdizionali per l'accertamento della protezione internazionale e/o umanitaria*, Asgi, 2016 che riferisce anche dell'adozione da parte di taluni Ordini degli avvocati di interpretazioni e prassi non conformi al dettato normativo, costituenti di fatto un'illegittima limitazione del diritto all'ammissione dei richiedenti protezione internazionale al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, con la conseguente limitazione all'accesso alla tutela giurisdizionale.

che, tuttavia, subordina la fissazione di un'udienza di comparizione delle parti alla ricorrenza di ben precise condizioni (v. il comma 10).

Il procedimento è trattato quindi in camera di consiglio, applicando un rito originariamente predisposto dal legislatore per l'esercizio della giurisdizione volontaria, cioè quell'attività compiuta dai giudici che dovrebbe essere esercitata in assenza di conflitto su posizioni di diritto soggettivo. Inoltre, di quella disciplina si rinuncia ad una parte qualificante: infatti mentre l'art. 739 c.p.c. garantisce sempre la reclamabilità dei decreti, il comma 13 del citato art. 35bis esclude espressamente la possibilità di avvalersi di tale rimedio. Fortunatamente, anche sull'onda dell'oramai consolidata teoria del procedimento camerale come "contenitore neutro", in quanto tale passibile di essere riempito applicando disposizioni processuali che garantiscano i principi del dovuto processo sui diritti[67], l'interpretazione della giurisprudenza ha disegnato per il giudice italiano delle sezioni specializzate una funzione ampia, perché il giudice non gestisce un mero processo di impugnazione della decisione amministrativa, dando invece avvio a una nuova fase di pieno accertamento del diritto del ricorrente, attuata nel contesto delle garanzie giurisdizionali. Al rifugiato, peraltro, resta la possibilità di percorrere la non agevole strada del ricorso in Cassazione, ma in tal caso dovrà avvalersi di un avvocato iscritto all'albo speciale il quale, peraltro, invece di avere a disposizione l'ordinario termine di 60 giorni (art. 325, comma 2, c.p.c.), dovrà depositare il ricorso entro il termine di trenta giorni (così l'art. 35bis, comma 13).

Quanto la normativa richiamata e la pur volenterosa interpretazione che ne è stata data possano dirsi rispettose del precetto costituzionale (art. 111, 1. comma della Costituzione) secondo cui è giusto il processo che si svolge nel contraddittorio tra le parti e le cui regole sono predeterminate dalla legge, è tema sul quale non è in questa sede possibile intrattenersi. Fondati dubbi in merito sussistono, ma da ultimo si ritiene opportuno segnalare un ulteriore profilo di criticità. I casi di protezione internazionale sono diventati una parte significativa delle pendenze, superiore al 20% complessivo, dei Tribunali distrettuali, con differenze molto significative nei tassi di riconoscimento dei ricorsi[68]. Ne è conseguito che le sezioni per l'immigrazione hanno ali-

---

[67] Interpretazione che ha avuto l'avallo di Cass. Sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629.

[68] I dati riportati sono tratti da Ministero della giustizia, Dg-Stat, *Analisi procedimenti in materia di protezione internazionale*, consultabile sul sito https://webstat.giustizia.it.

mentato l'arretrato, in ciascun anno del quinquennio, con una media di 16.600 procedimenti l'anno, di modo che la pendenza di procedimenti per l'immigrazione, al termine del quinquennio 2017-2022, ha sfiorato i 100.000 (99.586). Inoltre, i dati pubblicati dal Csm evidenziano una durata prospettica dei procedimenti, calcolata secondo l'indicatore del *disposition time*, di 1.192 giorni, e quindi, nonostante l'adozione del più veloce procedimento camerale e con buona pace della durata ragionevole, di 10 volte superiore a quella stabilita dalla legge in 120 giorni (art. 35bis, comma 13, decreto legislativo n. 25 del 2008).

Particolarmente allarmanti sono poi i calcoli del Csm circa le risorse mancanti negli uffici giudiziari per far fronte alle sopravvenienze prospettiche e all'arretrato. L'organo di autogoverno rileva che, a livello nazionale, le sezioni immigrazioni dovrebbero disporre di più del doppio delle risorse (il 126% in più)[69].

Infine, un numero assai rilevante di dinieghi si è trasformato in ricorsi e pendenze di fronte alla Corte di cassazione, il cui lavoro nel quinquennio 2017-2022 è stato pesantemente condizionato dai numeri della protezione internazionale[70], tanto da indurre a interrogarsi sulla possibilità di rendere reclamabili innanzi alle Corti d'appello i provvedimenti di rigetto (anche se, così facendo, si tornerebbe alla situazione precedente alle modifiche introdotte nel 2017 e, soprattutto, si aumenterebbe il carico delle Corti d'appello che già oggi presentano un andamento del Dt assai problematico).

11. Conclusioni

L'esercizio della funzione giurisdizionale in sede civile non è diretto esclusivamente alla tutela dei diritti di credito o di proprietà, come si potrebbe essere indotti a credere leggendo i tanti studi che pongono in relazione l'efficienza del processo civile con l'andamento dell'econo-

---

[69] L'unica soluzione di sistema prevista dalla legge riguarda la possibilità per il Csm di tamponare le sezioni con un piano di applicazioni extradistrettuali di magistrati per la durata di diciotto mesi: si tratta, tuttavia, di una misura non solo inadeguata all'ampiezza del problema ma anche contraddittoria rispetto all'istanza di specializzazione, considerato che i primi mesi dell'applicazione sono inevitabilmente destinati all'acquisizione di competenze specialistiche e i 18 mesi dell'impiego sono un tempo insufficiente per consolidarle.

[70] È anche significativo segnalare che nel 2022 i provvedimenti con cui la Cassazione ha deciso l'inammissibilità dei ricorsi ha raggiunto l'impressionante percentuale del 71,9% (Relazione Curzio, p. 140 s.).

mia o le relazioni che accompagnano le tante riforme processuali che si sono succedute in Italia negli ultimi anni[71].

Gli interventi sulla giustizia civile, compiuti essenzialmente per intercettare le richieste e le attese provenienti dall'Unione europea, hanno prodotto varie conseguenze tra le quali spicca, nell'ottica qui prescelta, la drastica riduzione della domanda di giustizia nell'ordinamento italiano, riduzione che riguarda pressoché tutte le materie affidate alla giustizia civile e la cui entità non trova eguali in nessun'altro Paese equiparabile al nostro.

Nelle intenzioni, la ricerca di un migliore funzionamento della giustizia civile, pur essendo dichiaratamente diretto innanzitutto a porre l'Italia in linea con le esigenze di stabilità, uniformità e certezza di uno spazio giuridico europeo in grado di porsi efficacemente a servizio del mercato e dell'economia dell'Ue, dovrebbe comunque consentire ai cittadini e alle imprese di godere dei loro diritti e libertà sociali ed economici. Il dato problematico con cui ci si deve confrontare è però costituito dalla constatazione che l'attuale legislazione induce ad agire prevalentemente chi può sopportare gli oneri e i rischi economici connessi all'esercizio giurisdizionale dei propri diritti, disincentivando invece chi non ha una sufficiente capacità economica. E la tendenza della Corte europea di giustizia ad intervenire in maniera sempre più incisiva sulla disciplina processuale interna agli Stati membri risulta di per sé non sufficiente a contrastare gli effetti di tali politiche interne, in quanto essa si è sviluppata in misura consistente essenzialmente per adeguarla in via interpretativa alla tutela dei diritti di origine comunitaria, e quindi con precipuo riferimento alla violazione dei diritti

[71] Sempre la Dg-Stat del Ministero di giustizia analizza anche la domanda di giustizia civile. Il report del 2020, riferito ai dati 2019, con riferimento ai Tribunali ordinari offre le seguenti percentuali: civile ordinario 33%, procedimenti speciali sommari 29%, lavoro e previdenza 20%, volontaria giurisdizione 18%. Nel periodo 2014-2019 si è registrata la crescita esponenziale dei procedimenti relativi allo stato della persona (+490%) che corrispondono sostanzialmente ai ricorsi in tema di protezione internazionale (passati da 3700 nel 2014 a 68300 nel 2019, comprendendo tutte le forme di protezione); l'aumento deciso della volontaria giurisdizione (+ 25% per successioni, +18% per famiglia), più marcato nella generica materia Vg e affari camerali (+133%, l'aumento per quest'ultima materia è da attribuire alla «ricerca con modalità telematica dei beni da pignorare»). Tra le materie più rappresentative che hanno evidenziato invece un trend negativo sono segnalate: i procedimenti di ingiunzione (-12% rispetto al 2014); le convalide di sfratto (-35%), lavoro e previdenza procedimenti speciali ed opposizioni (-20%) e lavoro privato (-28%). Si rileva anche la riduzione del contenzioso per separazioni e divorzi, dei contratti e delle locazioni.

attribuiti ai consumatori dalla legislazione europea[72], anche se si sono registrati significativi interventi pure in materia di parità di retribuzione[73], e di salute e sicurezza dei lavoratori[74].

Probabilmente nel corso dei prossimi anni l'insieme delle riforme adottate condurrà al risultato sperato: un pressoché immodificato sistema giudiziario sarà in grado di rispondere efficacemente e in tempi ragionevoli alla domanda di giustizia espressa dalla nazione. Che ciò sia stato reso in larga misura possibile da una ingentissima diminuzione di tale domanda probabilmente rappresenta oggi uno dei principali problemi della giustizia civile, dietro il quale si nasconde il più antico e persistente dei conflitti sociali, quello derivante da una crescente diseguaglianza economica.

---

[72] Da ultimo, v. la significativa Cass. Sez.un., 6 aprile 2023, n. 9479.

[73] V. ad esempio, Cgue, Causa 43-75, *Defrenne*; Causa 152-84, *Marshall*; Causa C-262-88, *Barber*, concernenti la parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile.

[74] V. ad esempio, Cgue, Causa C-173/99, *BECTU*, del 2001; C-342/01, *Merino Gomez*, del 2004; C-124-05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, del 2006, concernenti il diritto alle ferie annuali retribuite.

I conflitti sociali nella tradizione giuridica islamica: giustizia sociale e pensiero politico

Massimo Papa

1. La tradizione islamica e la pace sociale

Partendo dall'assunto (spesso ripetuto apoditticamente) che l'Islam è *din wa dawla* (Religione e Stato) o, se si preferisce, *dīn wa dunya* (Religione e Mondo)[1], molti studiosi occidentali hanno dimostrato un'attenzione crescente nei confronti del modo in cui le tradizioni giuridiche islamiche (l'uso del plurale sarebbe più corretto, considerata la pluralità delle epifanie storiche, culturali delle varie forme di Islam che si sono manifestate nel cosiddetto *dar-al-Islam*[2], ossia territorio sottoposto all'Islam) hanno elaborato sistemi di governo capaci di gestire conflitti sociali e le regole e le prassi derivate possano aver dato luogo a soluzioni in linea con il concetto di sfera pubblica intesa in senso moderno. Qualsiasi analisi di questo tipo, che voglia giungere a dei risultati attendibili, considerata l'ampiezza dell'esperienza islamica sia in senso diacronico che sincronico, richiede non solo la delimitazione del tema da trattare, ma anche l'identificazione di alcune categorie concettuali.

In altri termini, di quale Islam stiamo parlando, di dove, di quando, di quali autori? Ciò posto, cercheremo di individuare un minimo comun denominatore, una sorta di *fil rouge* nell'esperienza storica islamica, concentrandoci soprattutto sul concetto di giustizia, vera e propria epitome dell'Islam, e più in particolare sul concetto di giustizia sociale[3]. La lettura di alcuni autori medievali consentirà, da un lato,

---

1 Su tali concetti si leggano le limpide pagine di B. Scarcia, *Il mondo musulmano. Quindici secoli di storia*, Roma, 2013.

2 Fondamentale sul tema il lavoro di G. Calasso e G. Lancioni (a cura di), *Dār al-islām / dār al-'arb. Territories, People, Identities*, Leiden e Boston, 2017.

3 Per una ricostruzione delle fonti in argomento, si veda Sh. Sofi e F. Ahmad, *The*

di cogliere la specificità del sistema islamico al riguardo e, dall'altro, potrà servire a gettare luce sul pensiero di alcuni ideologi contemporanei presi a modello da gruppi e movimenti radicali e a decodificare le dinamiche di lotta sociale che trasversalmente interessano molte aree del mondo islamico contemporaneo.

La tradizione islamica, in una visione olistica del sistema, va identificata innanzitutto nella narrativa delle istituzioni e nei discorsi ufficiali (madrase, moschee, mufti, ulama') cui è affidato il compito di indirizzare i cives / *mu'minin* su come agire in conformità con gli obblighi prescritti dalle norme religiose e dalle loro fonti (in questo caso principalmente il Corano e la *sunna* come fonti e della *sharī'a* intesa come sistema di norme e principi etici)[4]. Tale tipo di istruzione non ambisce soltanto a trasmettere una conoscenza di nozioni tecniche, ma è diretta altresì a sviluppare tutti gli aspetti virtuosi funzionali all'espletamento degli obblighi giuridico religiosi[5].

La giustizia è l'elemento caratterizzante l'Islam, al punto tale che sovente si usa riassumere, con un'efficace sintesi, la distinzione tra Cristianesimo e Islam proprio facendo ricorso alla centralità della giustizia nell'Islam (di Dio verso le sue creature e del credente verso il suo prossimo e la società), laddove nel Cristianesimo prevarrebbe una visione del mondo basta sull'amore (di Dio verso le sue creature e dell'uomo verso il suo prossimo)[6]. I principi della *sharī'a* (*maqāsid al-sharī'a*) sono diretti alla realizzazione di un mondo pacificato, in armonia con una visione che privilegia il perseguimento dell'equilibrio (*mizān*), del bene pubblico (*maslaha*), della via mediana (*wasatiyya*)[7].

Concept of Social Justice. An Islamic Perspective, in 8 *European Journal of Business and Management*, 2016, p. 19 ss.

[4] Si veda *ex multis* J. Schacht, *Introduzione al diritto islamico*, Torino, 1995; W.B. Hallaq, *Shari'a: Theory, Practice, Transformations*, Cambridge, 2009 e M. Papa e L. Ascanio, *Sharia. La legge sacra dell'Islam*, Bologna, 2014.

[5] Per esempio, la memorizzazione del Corano non è soltanto una questione tecnica. Essa è una pratica di per sé virtuosa che presuppone, però, un insieme di disposizioni morali ed emotive che si acquisiscono progressivamente nell'*iter* di educazione religiosa. La capacità di ritenere a memoria parti intere del Corano, se non la sua totalità, conferisce al soggetto meritevole l'appellativo elogiativo di Hafiz. La conoscenza mnemonica del testo coranico favorisce, del resto, una più pronta e condivisa soluzione delle controversie ad opera degli operatori giudiziari, siano essi *qadi*, arbitri o conciliatori. Analogo discorso può effettuarsi per quel che concerne l'apprendimento del *hadith*.

[6] M.H. Kamali, *Freedom Equality and Justice in Islam*, Cambridge, 2002.

[7] M.H. Kamali, *Maqasid Al-Shari'ah. The Objectives of Islamic Law*, in *Traditional Hikma*,

Il Corano esorta alla ricerca di una soluzione pacifica come metodo preferibile per dirimere le varie tipologie di controversie[8] incluse quelle relative ai conflitti sociali ed indica, altresì, i principi e i meccanismi attraverso cui giungere ad una conciliazione (*sulh*), ritenendo la soluzione autonoma dei conflitti preferibile ad una composizione eteronoma, ancorché basata sullo *jus dicere* del *qadi*[9] in continuità con le forme di giustizia preislamica. Anche l'arbitrato è fortemente consigliato specie nella forma dell'arbitrato irrituale, laddove gli arbitri sono chiamati a tranciare le controversie secondo equità[10]. In ogni caso, quale che sia

---

2015, p. 1 ss. Con riferimento a uno degli istituti tipici del welfare islamico l'Autore fa notare la complessità dell'interpretazione ermeneutica e della dialettica all'interno della dottrina islamica: «We may illustrate this by reference to the differential views taken by the ulema with respect to whether the Zakah on commodities, such as wheat and dates, must be given in kind or could also be given in their monetary equivalent. The Hanafis validated the possibility of this substitution, but some ulema held otherwise. The Hanafi view was founded on the analysis that the purpose of Zakah was to satisfy the needs of the poor, which could just as easily be achieved with the monetary equivalent of the commodity. Ibn Qayyim al-Jawziyyah likewise observed that where the ahadith on the subject of sadaqah al-fitr (the charity due on the Eid after Ramadan) sometimes referred to dates and at other times to raisins or food grains, the common purpose in all this was to satisfy the needs of the poor, which could be done with any of these staple foods of Madinah and its environs at that time. The purpose in any of these ahadith was not to confine the payment of the sadaqah to a particular commodity. A similar example relates to the issue of whether a person may pay his Zakat ahead of time, that is, prior to the expiry of the one year period when it becomes due, and whether he is liable to pay again if he has already paid before that time. Imam Malik, drawing an analogy with Salah, ruled affirmatively that the person would be liable to pay again. Subsequent Maliki jurists, including Ibn al-'Arabi and Ibn Rushd, however, disagreed with this position and ruled that early payment of Zakah was permissible. Indeed, if someone performs his Salah before its due time, he must perform it again at its proper time. But, there is a difference between Salah and Zakah, in that the former is time-bound to specific times but the latter is not in any such similar ways. Hence, Zakah may be paid earlier, especially if it is prepaid by only a few weeks. Scholars who have taken a non-literalist approach, on the other hand, have often been criticised for departing from certain parts of the textual sources. Imam Abu Hanifah, for example, was criticised by the Ahl al-Hadith (the Traditionalists), for having departed on occasions from the wordings of particular ahadith. It turns out upon closer inspection, however, that such scholars departed from the text only when they had reached a different conclusion by reading that particular text in the context of the of the other relevant evidence in the Qur'an and Sunnah» (p. 5).

8 "Al-sulh khair": La conciliazione è migliore! Cor. IV, 128. Sulla mediazione e l'accordo transattivo, si veda S. Jahel, *Le concept de médiation dans l'Islam*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2017, p. 101 ss. e M. El Ghorfi, *Mediation et Islam*, in B. Blohorn-Brenneur (a cura di), *Les sources spirituelles de la mediation*, Paris, 2021, p. 155 ss.

9 Si veda, da ultimo, F. Valerini, *La soluzione pacifica dei conflitti nei fondamenti dell'Islam*, in *Judicium*, 13 marzo 2023.

10 Mi permetto di rinviare a M. Papa, *Lineamenti dell'arbitrato nei Paesi arabi mediterranei, in*

il mezzo prescelto, vi è sempre un'attenzione al *telos* ultimo che è quello di garantire la pace sociale all'interno della comunità[11]. Spesso, in molti contesti consuetudinari, come l'Afghanistan, preservare l'onore delle parti in lite è assai più importante che raggiungere una situazione "giusta", magari a vantaggio di una sola delle parti[12].

A. Berlinguer (a cura di), Il commercio internazionale nel Mediterraneo, Napoli, 2021, p. 383 ss.

[11] Una delle principali caratteristiche che differenzia l'approccio alla soluzione delle controversie del mondo musulmano (e in generale quello arabo) rispetto all'approccio cosiddetto occidentale, è che «it is important to continue the relationships between parties and preserve social harmony in the group, unlike the Western approach, which emphasizes the maximization of personal and group interests, the Middle Eastern/Islamic approach focuses on the restoration of broken relationships between the parties and within the community. In other words, the Western approach is based on a zero-sum or nonzero sum (win/lose or win/win) outcome; whereas, the Middle Eastern/Islamic approach emphasizes that is not the zero and non-zero sum outcome that is important, but the preservation of social harmony as a superordinate goal»: così S. Özçelik, *Islamic/Middle Eastern Conflict Resolution for Interpersonal and Intergroup Conflicts: Wisata, Sulha and Third-Party*, in 3 *Uluslararası* İlişkiler, 2006-2007, 12, p. 3 ss.

[12] L'onore, rappresenta un elemento centrale nella società afgana e lo Stato in Afghanistan è sempre stato il risultato dell'accordo tra le varie etnie organizzate in clan e tribù. La varietà di etnie nel mosaico afgano riflette una pluralità di consuetudini giuridiche. Alla base della comunità tribale e della sua struttura vi sono le nozioni culturali di persuasione, di mediazione, di negoziazione, di onore. L'idea di mediazione degli interessi delle famiglie è fondamentale e regolamenta molti aspetti anche del diritto penale e delle sanzioni alternative. Essa è alla base del *paštūnwālī*, «la via dei Paštūn», il codice morale dei Paštūn, il quale è parte integrante dell'identità dei Paštūn e ne rappresenta l'essenza. Sebbene la *šarī'a* e il *paštūnwālī* si sovrappongano, nella coscienza popolare sembra esservi una chiara distinzione circa la percezione delle rispettive finalità: mentre la *šarī'a* rappresenta la volontà divina per le condizioni dell'umanità nella vita terrena, il *paštūnwālī*, attiene a questioni d'onore, pilastro fondamentale della società paštūn. Aderendo al *paštūnwālī*, il soggetto è titolare dell'onore (*'izza*): ciò finisce con l'essere il presupposto, la condizione per il riconoscimento e l'esercizio dei diritti all'interno della comunità, nonché requisito necessario per poter beneficiare della protezione e del sostegno del gruppo. Si tratta, dunque, di una condizione soggettiva che attiene alla capacità d'agire dell'individuo. Aspetto fondamentale del *paštūnwālī* ***è rappresentato dal*** *nang* che significa letteralmente coraggio, reputazione e riguarda una grande varietà di questioni. La più importante è quella relativa all'onore delle donne. Un uomo paštūn ha il dovere di difendere e tutelare quanto più possibile le donne della sua famiglia o del suo clan, le quali possono essere violate anche solo dallo sguardo di uno straniero. Ma il concetto di *nang*, investe altresì il diritto di proprietà, la memoria e la reputazione degli avi. Le questioni di onore nell'applicazione concreta delle norme hanno precedenza su qualsiasi altra regola, ivi comprese le regole di derivazione sciaraitica. Per ulteriori approfondimenti mi permetto di rinviare al mio *Afghanistan: ricostruzione dell'ordinamento tra* šarī'a, *legge statale e consuetudini*, Torino, 2006, in part. cap. 1 sul pluralismo giuridico e il contesto tribale.

2. La modernità e la dimensione pubblica dell'Islam

Questo è stato lo scenario dominante per secoli nei territori dell'Islam, dalle origini fino all'epoca moderna.

In seguito all'intervento di varie generazioni di ideologi e riformatori a partire dal 18. secolo in varie aree del mondo islamico, come l'Egitto e l'India (Paesi entrambi colonizzati dagli Inglesi)[13], l'Islam ha vieppiù rivendicato una dimensione pubblica: si è passati da un tradizionale quietismo politico (che faceva della città virtuosa l'unico orizzonte possibile all'interno della quale il credente poteva aspirare alla salvezza dell'anima e accontentarsi degli strumenti di welfare messi a disposizione dalla tradizione come la *zakat* e il *waqf*) a forme di attivismo politico vero e proprio che, imperniandosi su principi islamici, affrontano in maniera decisa le questioni afferenti al benessere collettivo (basato sul progresso socio economico delle società musulmane) e, più in generale, al buon governo.

In particolare, in tutto il mondo islamico dalla fine dell'Ottocento fino ad oggi, i riformatori musulmani hanno ampliato l'area della competenza normativa della ragione pubblica islamica ad ambiti di interesse collettivo come la formazione del diritto pubblico e costituzionale degli Stati nazionali emergenti, l'idea di giustizia sociale con la distribuzione della ricchezza e l'etica del lavoro, la funzione del capitale: tutte questioni di importanza vitale per qualsiasi società in via di modernizzazione. Tale profonda trasformazione che ha investito in vario grado l'intero mondo islamico, causando un fenomeno che è stato definito di «depossession du faqih», ha comportato, da un lato l'acculturazione a modelli occidentali con la recezione di modelli normativi stranieri (innanzitutto l'idea di Codice)[14], dall'altro forme di reazione e recupero teorico della tradizione islamica da applicarsi ad ogni ambito del giure[15].

---

[13] Sul riformismo islamico, in particolare in Egitto, si rinvia a D. Hamza, *Foundations of Religious Reform (Islah) and Cultural Revival (Nahda)*, in A. Ghazal e J. Hanssen (a cura di) *The Oxford Handbook of Contemporary Middle Eastern and North African History*, Oxford, 2020, p. 39 ss.

[14] F. Castro, *Il modello islamico*, Torino 2006, p. 5 ss.

[15] L'interpretazione del concetto di giustizia e della sua relazione con la religione, nel corso della storia dell'Islam, è passata da una dimensione essenzialmente quietista e spirituale ad un attivismo politico assai intenso in epoca contemporanea, capace di sconfinare in forme rivoluzionarie, anche se non ancora terroristiche. Sui processi di reislamizzazione delle istituzioni che hanno portato, da un lato, al recupero del diritto penale islamico in alcuni Stati e, dall'altro, alla riscoperta dei principi finanziari islamici posti alla base del sistema bancario islamico, si vedano *ex pluribus*

In ogni caso, non si deve ingenuamente concludere che prima della comparsa delle varie correnti riformiste moderne, le tradizioni islamiche fossero indifferenti alla regolazione del potere politico, del diritto e dell'economia. Il *fiqh* si è sempre occupato di un'ampia gamma di questioni sociali che vanno ben oltre gli obblighi cultuali, nella prospettiva che la prosperità e lo sviluppo della Umma dovesse andare di pari passo con la pacificazione dei conflitti sociali. Tuttavia un interesse autentico e una maggiore attenzione al bene comune, al benessere collettivo (*maslaha*), nel quadro di uno Stato moderno e di un'economia moderna, si sono sviluppati solo a partire dall'opera dei riformatori musulmani, dei loro progetti sociali e dei media da essi controllati, nel contesto storico mediorientale della caduta dell'Impero ottomano, del processo di decolonizzazione e della formazione degli Stati nazionali e ancor più ad opera di quei movimenti politici che rivendicano, in nome dell'Islam, una maggiore giustizia sociale.

3. Evoluzione del modello di giustizia: il modello medievale

Viene, spesso ripetuto nei manuali o nei saggi di dottrina che la dimensione giuridica dell'Islam è capace di sussumere in sé ogni altro aspetto ivi compreso quello teologico e politico: in particolare ci si imbatte, come si è detto, nell'espressione utilizzata a iosa secondo la quale la giustizia anche sociale sarebbe il pilastro dell'Islam, capace di connotare i tratti essenziali della *Weltanschaaung* islamica[16]. Sicché, appare opportuno tracciare, sia pure *currenti calamo*, l'intima connessione

---

rispettivamente D. Scolart, *L'Islam, il reato, la pena. Dal Fiqh alla codificazione del diritto penale*, Roma, 2013 e G.M. Piccinelli, *Il sistema bancario islamico*, Roma, 1992.

[16] Secondo l'organizzazione umanitaria Islamic Relief, la giustizia sociale è fondata sulla comprensione della libertà, dei diritti umani, dell'uguaglianza, della solidarietà e della sostenibilità. L'organizzazione declama nel proprio sito web che la giustizia sociale è intrinsecamente legata al concetto di benessere e che il benessere può essere raggiunto attraverso la fornitura dei bisogni essenziali, la protezione dei deboli e dei vulnerabili e l'equa distribuzione delle risorse. Inoltre, l'Islam propone un modello di sviluppo economico, welfare e solidarietà che si basa sulla solidarietà sociale e sulla tutela degli esseri umani poste sullo stesso piano in quanto creature divine. L'interdipendenza tra etica, sistema religioso e attività economica ha prodotto fenomeni come la finanza islamica, che ha elaborato un impianto islamico di welfare, costruito sulla rivisitazione dell'elemosina legale (*zakāt*) e delle fondazioni pie (*waqf*) che sta sperimentando nuove e sempre più efficaci forme di raccolta e distribuzione. Su quest'ultimo punto si veda *Tasse religiose e filantropia nel Sud est asiatico*, Dossier Fondazione Agnelli, Torino, 2000 e G. De Chiara, *Lo sviluppo delle pratiche di solidarietà*

del concetto di giustizia sociale con la poliedrica dimensione della vita del credente musulmano (*mu'mīn*) nel suo agire quotidiano di *homo politicus (civis).* Se è indubbiamente vero che la prospettiva giuridica è essenziale nell'Islam, la prospettiva filosofica, unitamente alla storia del pensiero politico, concretizza questa apodittica affermazione e rende intellegibile la complessa connessione giuridico religiosa con la dimensione politica dell'Islam *(dīn wa dunya)*, gettando luce su uno dei nodi cardanici dell'Islam inteso come religione della Legge[17].

Sicché, appare opportuno a questo punto, per circostanziare il nostro discorso, porre a confronto e comparare analiticamente il modello di giustizia medievale prospettato da al-Ghazali (m. 1111), celeberrimo filosofo e giurista hanafita, e quello contemporaneo ideato da Said Qutb (m. 1966), attivista della Fratellanza musulmana perseguitata dal regime nasseriano, proprio per verificare come nelle diverse fasi della storia dell'Islam, l'interpretazione delle fonti abbia condotto a risultati diametralmente opposti con riferimento a questo pilastro dell'Islam e ai suoi inevitabili risvolti sociali e politici[18].

Nell'Islam, almeno in quello sunnita e dell'epoca medievale, l'intervento divino ha condotto ad una visione monolitica e granitica, niente affatto soggettiva, dell'etica. Giusto è ciò che Dio ritiene essere tale, ma Dio resta al di fuori di ogni parametro di giustizia: essendo Signore (*rab*), ne può disporre come meglio gli piace e a lui nulla è illecito o proibito. Il Corano, com'è noto, tratta frequentemente della

---

utilizzate dalle comunità islamiche, tra un'economia aumônière e il paradigma della finanza etica per i musulmani, in *Rivista italiana di conflittologia*, 2022, p. 45 ss.

17 Si veda tra le opere più acute il bel volume di M. Campanini, *Ideologia e Politica nell'Islam. Fra utopia e prassi*, Bologna, 2008.

18 Nel 12. secolo, momento di apogeo e acme dello splendore della civiltà islamica, un filosofo come al-Ghazali ben può enfatizzare una prospettiva spirituale e teologica della giustizia. Questo modello "islamico" entra in crisi nel 20. secolo, quando gli Stati del mondo musulmano, a causa delle ben note vicende storiche che hanno condotto a processi di acculturazione giuridica e all'adozione di modelli di giustizia occidentali (*rectius* europeo-continentali) hanno abbandonato il modello della tradizione giuridica islamica. In tale fase di profonda laicizzazione del diritto e di radicale trasformazione delle società musulmane, l'islam diventa il vessillo della resistenza a questo cambiamento. La giustizia rivendicata dai Fratelli musulmani non ha più soltanto un valore astratto, etico-spirituale, ma implica necessariamente la rivendicazione di istanze sociali e politiche, di uguaglianza sostanziale, dirette nei confronti di regimi corrotti ed ipocriti. Ed è in tale contesto che si inserisce l'opera fondamentale di Said Qutb il quale per queste sue idee rivoluzionarie verrà "giustiziato" nelle carceri egiziane. Sul complesso processo di acculturazione giuridica si veda ancora F. Castro, *Il modello islamico*, cit. p. 7 ss.

giustizia ma lo fa sempre in una chiave attiva che sembra implicare la responsabilità e l'impegno del singolo individuo, così come l'impegno collettivo della comunità affinché si realizzi la giustizia voluta da Dio.

Il Corano si distingue forse per l'insistenza sulla metafora di una giustizia, questa volta giudiziaria, per rappresentare il destino delle anime nel Giorno del giudizio, caratterizzato da una minuziosa ponderazione delle azioni individuali e da molti altri dettagli realistici: il tribunale, i suoi assessori, i guardiani del Paradiso e dell'Inferno, ecc. In alcuni punti la giustizia è menzionata senza riferimento a un'applicazione particolare, come se si trattasse di un principio generale: così in Cor. V, 8 («agite con giustizia – è la cosa più prossima alla pietà – e abbiate timore di Dio») e in Cor. XVI, 90 («Dio ordina la giustizia, la bontà, la liberalità verso i parenti e vieta la turpitudine, il male e la prepotenza»). Alla luce delle ingiunzioni precedenti, è evidente che la giustizia consiste nel non ledere in nessun modo ciò che è dovuto a ciascuno e rispettare i propri obblighi. In una parola: agire secondo il diritto, che è un insieme di regole, siano esse quelle della coscienza o quelle della società.

Occorre poi richiamare tutta una serie di versetti coranici pertinenti ad iniziare da Cor. XIII, 11 («Iddio non cambia il destino di un popolo prima che esso cambi se stesso»), ma soprattutto il principio coranico cardine della *hisba* (Cor. XXX, 4 e III, 110) per cui Iddio stabilisce l'obbligo per i musulmani di ordinare il bene e proibire il male: «E si formi tra di voi una nazione che invita al bene, prescriva ciò che è lodevole e impedisca ciò che è riprovevole, costoro saranno quelli che prospereranno... voi siete la migliore nazione mai suscitata tra gli uomini, prescrivete il lodevole, impedite il riprovevole e credete in Dio».

E ancora, potrebbero essere citati i versetti della summenzionata sura *al-maida*, Cor. V, 8: «Oh voi che credete state dritti di fronte a Dio come testimoni di equità e non vi induca l'odio contro alcuni a non agire giustamente. Agite anzi con giustizia (*'adilu*) poiché è la cosa più vicina alla pietà». Due termini compaiono in questo versetto con cui normalmente si allude alla giustizia nell'Islam: il verbo *'adala* da cui derivano 'adl (pio, giusto, retto), e *'adalah* (giustizia). Manca *qist*, altro termine equivalente spesso utilizzato nel testo coranico che allude, però, all'equilibrio dei pesi e delle misure, alla metafora della bilancia (*al-mizān*).

Ecco la dimensione etica della giustizia: bisogna pesare secondo giusta misura, poiché Dio ama coloro che rettamente agiscono e applicano la retta misura. Giusta (*bil-qist*) è anche l'attributo caratteristi-

co di una nazione che segue il medio cammino (Cor. II, 43) cioè che è contraria ad ogni eccesso e che rifugge da ogni fanatismo. Il territorio all'interno del quale vige l'Islam, il *dar al-Islam*, è la dimora della giustizia, retta da un sovrano pio che fa rispettare i diritti e doveri della Legge di Dio e garantisce la giustizia sociale. Questa espressione di *dar al islam* è, tuttavia, da intendersi correttamente come dimora della giustizia a fronte del *dar harb*, erroneamente definito come dimora della guerra: il territorio nel quale non come sbagliando si crede bisogna portare la guerra, ma quel territorio che ignora la legge di Dio, nel quale vige la ingiustizia e che, dunque, è inevitabilmente votato alla violenza alla tirannia e ai conflitti[19].

Il grande maestro Abu Hanifa, eponimo della scuola hanafita, la più diffusa ancora oggi nel mondo musulmano, definiva nel suo *Fiqh al -akbar* il *fiqh* come la scienza o letteralmente la conoscenza di ciò che spetta al credente, ciò a cui egli è obbligato: in sostanza, la scienza dei diritti e degli obblighi del credente con una distinzione manichea che contrappone il territorio ove vige la giustizia (islamica) dal territorio invece dove questa giustizia è totalmente assente. In un certo senso, la giustizia rappresenta l'essenza della *civitas* islamica o se si vuole anche del modo di organizzazione della dimensione pubblica e della sua vita sociale.

Non v'è dubbio che, nella ricerca della giustizia sociale, in una società come quella islamica che non nega l'esistenza delle classi sociali, il principio dell'equilibrio e del giusto mezzo sia sicuramente un pilastro coranico: il Libro raccomanda a più riprese di non essere eccessivi, di non trasgredire i limiti (*ta'addi hudud Allah*), di non eccedere la misura, di non mangiare dei beni del fratello senza il di lui consenso (*tarādī*).

Sotto un altro profilo, più squisitamente politico, la giustizia rappresenta anche il presupposto del celebre versetto degli Emiri o dei potenti: «Dio vi comanda di restituire i depositi ai loro proprietari e di giudicare fra gli uomini secondo giustizia (*bil-qist*). Oh voi che credete obbedite a Dio, al suo Messaggero e a quanti detengono l'autorità e se disputate su qualcosa riferitela a Dio e al suo Messaggero se siete credenti» (Cor. IV, 58 59).

---

[19] La sorte delle entità statali e delle città empie e miscredenti, nelle quali non vige l'ordine e la giustizia, viene più volte citata nel testo coranico e in tutta la tradizione islamica per confortare e rafforzare le coscienze dei credenti. Si veda G. Calasso e G. Lancioni (a cura di), *Dār al-islām / dār al-harb*, cit.

4. Segue: il modello contemporaneo

Dunque, dovere dei sovrani è praticare la giustizia e dovere dei sudditi è obbedire: il che si traduce sostanzialmente in un quietismo politico.

E qui si innesta necessariamente l'analisi sul ruolo giocato dalla giustizia nella sfera pubblica dell'amministrazione della *civitas* islamica, anche con riferimento alla giustizia sociale e alla risoluzione dei conflitti, attraverso la lettura di due autori fondamentali nella storia del pensiero islamico: al-Ghazali (m. 1111) e Said Qutb (m.1966). Il primo, persiano, è considerato il più grande teologo (ma anche giurista) rappresentante della teologia asharita, mediana; il secondo, ideologo, attivista politico egiziano morto nelle carceri sotto il regime di Nasser.

Si è detto di come nella stragrande maggioranza dei casi, quietista sia stata la speculazione dei teologi e dei giuristi classici medievali, preoccupati di non mettere in gioco la pace sociale e di scongiurare la *fitna*, il caos che avrebbe impedito l'applicazione della *Lex divina islamica*.

Ma, per converso, il Corano consente a coloro che hanno subito dei torti di raddrizzarli anche attraverso la lotta: «È concesso di combattere a coloro che lottano perché hanno subito ingiustizia che Dio è ben possente a soccorrerli» (Cor. XXII, 39). Proprio questo versetto, già in epoca classica sarebbe stato alla base di interpretazioni opposte, non esattamente quietiste: giuristi come Ibn Taymiyya del 14. secolo affermano infatti che l'obbedienza è dovuta purché il governante applichi e rispetti le leggi di Dio, ché altrimenti può essere lecita la ribellione[20]. Anche numerosi *hadith* attribuiti al Profeta affermano che dovere precipuo di ogni musulmano è raddrizzare le ingiustizie innanzitutto con la mano, cioè attraverso la concreta azione sociale e politica poi, in mancanza, con la parola e infine, se non si riesce ad agire, a parlare con il cuore e la preghiera. Dunque, la giustizia ha sempre una dimensione comunitaria, sociale e il singolo credente è invitato a farsi carico del benessere comunitario valutato alla stregua della stretta applicazione delle regole stabilite da Dio.

---

[20] Tale attitudine rivoluzionaria spiega l'enorme fortuna incontrata da questo giurista hanbalita del 14. secolo presso i vari ideologi della galassia estremista e terrorista contemporanea. Si veda la traduzione della Syasa Shar'iyya, *Il buon governo dell'Islam*, nonché l'Introduzione ivi contenuta, a cura di G.M. Piccinelli, Bologna, 2002. Per una connotazione politica della giustizia in Ibn Taymiyya, si veda M. Papa, *La* šarī *'a e il pensiero politico di Ibn Taymiyya*, in *Gnosis*, 2017, p. 35 ss.

A partire dai versetti coranici sopra menzionati, che sembrerebbero imporre da un lato l'obbedienza dei sudditi e dall'altro un fondamentale significato di equilibrio e di moderazione - ciò che viene indicata come la via mediana (*wasatiyya*) -, ecco che ci spostiamo sul lato più strettamente del *fiqh*, della giurisprudenza islamica: il concetto stesso di giustizia, nella sua dimensione politica e sociale, non fa parte del diritto religioso, all'interno del quale il concetto di giustizia assume, invece, una connotazione prettamente etica. Già Emile Tyan[21] faceva notare che è sostanzialmente vero che *'adl* significa retto, giusto ben equilibrato, ma il giudice (*qādī*) deve pronunciare la sua sentenza con *'adl* o *qist* (così in Cor. V, 8 e V, 42). E l'idea di giustizia sembra essere assente nella teoria del diritto religioso perché, anzi, sembrerebbe più importante (e più rilevante dal punto di vista pratico) il suo opposto: la violazione della giustizia, l'ingiustizia per raddrizzare la quale occorre rivolgersi ad un apposito organo, il *diwan al-mazālim*, la «Corte delle lagnanze»[22]. È significativo, si potrebbe aggiungere, che non si sia sviluppato nell'Islam un secondo grado di giudizio, l'appello, ma sia possibile soltanto la revisione della sentenza ricorrendo determinate condizioni[23].

Da questa constatazione, apparentemente semplicistica ma pregna di conseguenze circa la formazione del sistema giuridico islamico, si può giungere ad affermare che lo stesso concetto di giustizia non fa parte della teoria del diritto islamico, in quanto tale diritto deriva dalla rivelazione divina, sia pure interpretata dall'opera dei giurisperiti (*fuqahā'*) e dalla loro qualificazione delle azioni umane. In estrema sintesi, si tratta di un sistema giuridico che si fonda su basi rivelate e sviluppatosi a seguito delle interpretazioni dottrinali (*fiqh*).

La giustizia, in quanto tale, fa parte più della pratica del diritto, della prassi forense e di come il diritto viene applicato nei tribunali. Nei trattati fondamentali e nelle prestigiose opere soprattutto dei giuristi occidentali (D. Santillana nelle *Istituzioni di diritto musulmano malichita* o J. Schacht nell'*Introduzione al diritto islamico*) il concetto di giustizia non viene contemplato in quanto tale. Quando, nelle fonti classiche, si parla di giustizia, il termine che viene utilizzato (*'adl*, *'adala*) allude in

---

[21] Fondamentale per intere generazioni di studiosi occidentali è stata l'opera di Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, Lyon, 1943, per la ricostruzione dei sistemi giudiziari sviluppatesi nel corso dei secoli nel mondo musulmano.

[22] Si veda da ultimo M. Tillier, *The Mazalim in Historiography*, in A.M. Emon e R. Ahmed (a cura di), *The Oxford Handbook of Islamic Law*, Oxford, 2018, p. 357 ss.

[23] J. Schacht, *Introduzione al diritto islamico*, cit., p. 135 ss.

realtà ad una qualità del soggetto cui si riferisce, l'onestà, la rettitudine (del testimone ad esempio che depone di fronte al giudice); ma *'adl* (giusto, corretto, equo) deve essere anche il governante, il califfo o il sultano (tanto per la dottrina sunnita così come per quella sciita). In ogni caso, si tratta di un requisito non giuridico bensì di natura etica. Joseph Scacht, a proposito del testimone, scrive che questi deve essere di buon carattere, probo, non avere commesso dei peccati gravi e non deve perseverare nei peccati minori. È interessante notare che l'opposto di ciò che noi definiremmo "giusto" è indicato con il termine *fāsid* cioè è il peccatore, corrotto: ancora una volta una valenza etico religiosa e non prettamente tecnico giuridica.

Dunque, da un lato la giustizia può non far parte del diritto religioso nel senso che il *qādi* non deve accettare in linea di principio la testimonianza di un testimone non *'adl* o addirittura *fāsid* ; ma se lo fa, il giudizio che ha pronunciato sulla base di tale testimonianza rimane valido, così come la sentenza di un giudice che non sia egli stesso *'adl* rimane ugualmente valida: il *judicium* e la *res judicata* assorbono la mancanza del requisito etico, la verità si identifica con la giustizia processuale e non con il vero storico ed etico[24].

Questo apparente paradosso viene spiegato a partire dalla caratteristica essenziale che rende il diritto islamico come diritto "religioso" capace di garantire l'unità nella diversità delle interpretazioni.

Si ricordi che, secondo gli *al- ahkām al-khamsa*, la qualificazione di tutti gli atti e di tutti i rapporti umani sono alla radice del sistema islamico elaborato dai *fuqahā'*, ma Dio rimane l'unico Legislatore e la giustizia, in estrema sintesi, rappresenta non un principio astratto, bensì il valore dell'atto secondo quanto Dio ha indicato, come si ricordava in apertura di questo scritto. A partire da tale assunto, al fine di cogliere l'evoluzione del pensiero giuridico islamico e dei numerosi risvolti dei conflitti sociali che attraversano le società musulmane contemporanee, nonché la radicalizzazione dei principi religiosi posti alla base delle rivendicazioni di giustizia politica e sociale di molti movimenti appartenenti alla galassia dell'estremismo islamico, sarà opportuno tratteggiare le linee essenziali e i connotati della giustizia quale emergono dalle opere di due autori paradigmatici, con l'intento di dimostrare la dinamica dell'interpretazione dei testi nonché la pluralità dei risultati

[24] Si veda *amplius* O. Giolo, *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Torino, 2005.

cui si può giungere, secondo trame e orditi sempre nuovi a seconda delle incidenze storiche.

5. La giustizia come volontà divina

Il presupposto che la giustizia coincida con la volontà divina lo si ritrova nelle opere di al-Ghazali il quale nel *Mizān al 'amal*, (La bilancia dell'azione) fa convergere la sua sapienza giuridica (e della scienza delle regole) con la sua propensione mistica, laddove intende l'obbedienza alle prescrizioni di Dio come una precondizione della purificazione dell'anima e dei costumi sociali. La giustizia ghazaliana va intesa come ottemperanza alle prescrizioni divine di ciò che è lecito e di ciò che è illecito, ma anche come esercizio spirituale di edificazione dell'anima e, in ultima analisi, della società. Dunque, l'ottemperanza e l'obbedienza ai comandamenti di Dio, unitamente al senso profondo della *rahma* (misericordia) divina, cui sostanzialmente si può ricondurre tutto il senso della giustizia terrena, è sì un criterio giuridico ma si giustifica essenzialmente nella prospettiva di un fine etico.

In primo luogo emerge in al-Ghazali l'idea che la giustizia consiste nel collocare (o nel ricollocare *melius*) ogni cosa al proprio "giusto" posto[25]. In secondo luogo, è evidente come vi sia una corrispondenza tra l'ordine sociale e politico della città e l'ordine dell'anima, un concetto anche questo che già aveva avuto una lunga fortuna nella filosofia greca e che potrebbe essere fatta risalire nella tradizione islamica, alla città virtuosa di al Farabi[26]. La giustizia e i suoi necessari risvolti nella politica di governo di al Ghazali, significa essenzialmente stabilire tra le varie componenti di una società un ordine simile a quello dell'ordinamento delle parti dell'anima. Un altro concetto importante che emerge dalla lettura delle opere ghazaliane è quello del necessario equilibrio, ossia della doverosa cooperazione delle varie componenti della società per la realizzazione del bene collettivo, così come le la cooperazione delle singole membra di un organismo contribuiscono alla salute dell'insieme del corpo e necessitano di un bilanciamento delle facoltà e degli impulsi.

---

[25] Evidentemente si tratta di un'idea già elaborata dalla tradizione greca: Platone nel *de Repubblica* ne fa il perno della sua visione politica e i filosofi arabi, nella traduzione dei testi greci, l'adottano e l'adattano al contesto nel quale vivono.

[26] C. Baffioni, *Pensiero greco e pensiero islamico: fonti storiche e problemi metodologici*, in *Schede Medievali. Rassegna dell'Officina di Studi Medievali*, 1984, 6-7, p. 25 ss.

I concetti di equilibrio, di bilanciamento, di applicazione delle regole giuste nell'opera del giurista e filosofo persiano (in modo particolare nell'opera *La bilancia dell'azione*), la giustizia degli atti del foro esterno del credente, rappresentano una condizione essenziale del perfezionamento spirituale e, al contempo una condizione necessaria per il raggiungimento di un'autentica pace sociale. In ogni caso, ci troviamo di fronte alla teorizzazione di una dimensione essenzialmente personale della giustizia, nel senso che essa implica il raggiungimento di un'armonizzazione tra l'anima e il mondo esterno, tra la sede della coscienza e l'obbligo imposto dalla Legge. Al-Ghazali, del resto, si percepiva come un riformatore della religione dei costumi a partire dalla riforma del cuore ed è evidente come da una tale prospettiva si ricadeva necessariamente in un quietismo politico:

> a parte le indicazioni generali al sapiente perché eviti la compagnia dei potenti ed esultino affinché la loro corruzione morale non corrompa le rette intenzioni del saggio, troviamo nelle opere di al-Ghazali espliciti e chiari richiami alla necessità dell'obbedienza al potere costituito, visto che il potere politico è stato istituito da Dio e che solo può essere garanzia della giustizia della difesa della religione[27].

Se si passa dal piano esteriore sociale più squisitamente giuridico a quello interiore e mistico, la giustizia assume in al-Ghazali una dimensione tutta propria, intesa come momento di ricerca di equilibrio tra le passioni dell'anima. Si tratta di un intento riformatore, quello del pensatore persiano, di riunire una comunità profondamente divisa non attraverso l'uso della forza (e qui ancora si sottolinea l'aspetto quietista). L'allineamento all'Islam e alle sue regole, mancando la forza coercitiva, deve avvenire tramite la scienza, il cui ruolo è fondamentale per l'edificazione di un'autentica società islamica. L'indottrinamento dei dirigenti, del popolo, al quale sembra fare appello al-Ghazali, fa parte degli obblighi verso Dio, come insegnare la scienza giuridica (*al-'ilm*, scienza per eccellenza) e le altre scienze della tradizione islamica, quali l'esegesi coranica e la teologia.

Se volessimo sintetizzare l'immagine della compagine statale auspicata dal giurista hanafita, potremmo concludere che non v'è spazio per nessun tipo di Stato islamico ma, certo, la religione deve ricevere

---

[27] M. Campanini, *Dal quietismo all'attivismo due modelli di giustizia nell'islam*, in *Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2004, p. 139 ss.

appoggio dallo Stato, così come quest'ultimo deve ricevere, a sua volta, una sorta di giustificazione di supporto dalla religione[28]. La religione e il potere politico, *din wa dawla*, sono in un rapporto simbiotico e sinallagmatico per cui la religione diventa quella solida base di cui il potere deve essere il guardiano. Insomma, l'autorità politica diventa indispensabile per l'ordine e la vita sociale e l'ordine della vita sociale è indispensabile per garantire la religione. Questa simbiotica correlazione tra religione e politica, non vuol dire che si debba costituire uno Stato teocratico o ierocratico: il potere politico è autonomo dal progetto religioso, nel senso che il sultano deve sì difendere e applicare la religione ma la legittimità del suo potere deriva dall'elemento tutto naturale della forza e dunque dell'autorità politica.

6. La giustizia come strumento politico

Procedendo *per saltum*, passiamo brevemente all'analisi delle opere di Said Qutb[29], per il quale non si pone tanto un problema di amministrazione della giustizia da parte dello Stato, quanto quello della rivendicazione della giustizia come strumento politico per cambiare la situazione presente e attuare una più autentica giustizia sociale. Esattamente all'opposto di al-Ghazali, nell'intellettuale egiziano di metà del secolo scorso la fondazione dello Stato islamico diventa una precondizione per l'amministrazione e l'applicazione della giustizia: l'apparato all'interno del quale poter esercitare legittimamente la giustizia sociale e politica.

Com'è noto, Said Qutb ha dedicato un intero trattato a discutere il principio della giustizia nell'Islam[30], trattato che ha subito diversi rimaneggiamenti nel corso delle varie riedizioni, secondo una deriva vieppiù radicale ed estremista, probabilmente in ragione delle persecuzioni subite e dell'esperienza in carcere vissuta dall'ideologo egiziano, sotto il regime nasseriano. Se si pone a confronto l'idea di giustizia della tradizione islamica quale elaborata da al-Ghazali con quella di Said Qutb, viene subito in rilievo come in quest'ultimo la liberazione spirituale è da intendersi come liberazione dalle tendenze

---

[28] «Un'ora di giustizia per un sovrano vale più di sessant'anni di devozione» recita l'*hadīth*.

[29] Said Qutb rappresenta l'ala estrema della Fratellanza musulmana. Si veda, *ex multis*, M. Campanini, *Gihād e società in Sayyid Qutb*, in *Oriente moderno*, 1995, 75 (7/12), p. 251 ss.

[30] S. Qutb, *Al-ʿAdāla al-igtimāʿiyya fī al-islām*, Al-Qāhira-Bayrūt, Dār al-Šurūq, 1987.

materiali e dalle passioni. Tuttavia, diversamente da certe tendenze atee e comuniste, secondo le quali la liberazione dalle sperequazioni economiche e dalle pressioni sociali avviene attraverso la lotta delle masse, secondo il pensatore egiziano la liberazione spirituale consiste nel liberare l'anima dal servilismo da ogni forma di schiavitù (nei confronti del denaro, della fama, del prestigio) che non sia la sottomissione dei confronti di Dio. Questa liberazione spirituale in senso ampio ha una duplice conseguenza: lungi dall'esaurirsi in una dimensione mistica come in al-Ghazali, da una parte essa acquista una piena libertà e rappresenta una rivendicazione della giustizia sociale; dall'altro, tutti gli uomini risultano uguali nelle opportunità e nelle circostanze di fronte a Dio inteso come unico valore assoluto cui riferirsi.

Questa in estrema sintesi rappresenta la via islamica alla giustizia sociale elaborata nel corso del 20. secolo dai Fratelli musulmani: l'Islam, al di là di ogni visione partigiana e tribale, non ammette la superiorità del nero sul bianco restando l'unica superiorità in fatto di fede. L'uguaglianza non deve implicare che gli individui si credano svincolati però da limiti. L'individuo e la comunità hanno, infatti, nella visione qutubiana reciproci diritti e doveri, delle responsabilità che si delimitano e si autodefiniscono reciprocamente e proprio per questo non è possibile prescindere dalla giustizia come principio fondante.

Il principio del *tawhīd* è, altresì, essenziale nella visione di Qutb. L'Islam non distingue il dogma dall'azione sociale, né distingue lo spirito dalla materia, dalla legge: i valori economici e quelli spirituali si fondono in questa tendenza all'unicità verso Dio. In una visione olistica dalla forte impronta egalitaria, i pilastri sono rappresentati dalla Legge, dai doveri delle creature, ma anche dai principi generali con cui regolamentare lo Stato e dunque la politica, l'economia e la finanza, secondo parametri che assicurino la giustizia sociale nella ripartizione delle ricchezze e delle perdite. Comprendere questa unicità dell'essere della vita, significa comprendere le linee fondamentali della giustizia e della giustizia sociale in particolare.

In un quadro che *prima facie* sembrerebbe non essere dissimile da quello proposto da al-Ghazali, ossia della corrispondenza nella vita del mondo terreno con l'aldilà, cioè della unicità divina e della sua creazione, tutta l'opera di Qutb si distingue nella rivendicazione da

parte degli oppressi (*mustafizīn* secondo la terminologia coranica) dei loro diritti. Anzi, a ben guardare, la rivendicazione di tali diritti si configura come un dovere religiosamente prescritto che trova le sue basi nel Corano[31]. Addirittura, chi si astiene dalla lotta di rivendicazione viene considerato alla stregua del peccatore: ecco che il pensiero di Qutb sposta la prospettiva della giustizia da un principio astratto e metafisico, verso un concreto attivismo politico richiesto dalle condizioni di marginalità in cui versava l'Islam.

La lotta deve iniziare su questa terra per la rivendicazione di diritti senza aspettarsi una ricompensa ultramondana.

Lo Stato islamico vagheggiato da Qutb si regge evidentemente sulla giustizia dei governanti ma anche sull'obbedienza dei governati e sulla consultazione fra governanti e governati; il principio della *shura*, ovvero quella che i teorici radicali (a noi contemporanei) chiamano democrazia nell'Islam, è l'alternativa ai modelli occidentali ma evidentemente la giustizia è contenuta esclusivamente nel Corano e nella Sunna. Lo Stato è islamico nella misura in cui riconosce che l'unico legislatore è Dio, cui appartiene la sovranità (*hakimiyya*). Ne consegue, nel pensiero politico ed eversivo di Qutb, che ogni governo che non riconosca la sovranità esclusiva di Dio e che non applica la Legge islamica non è riconosciuto dall'Islam anche se è diretto da un gruppo religioso che richiama il titolo islamico nella sua denominazione. Dunque, non vi è altra condizione che la giustizia nel governo e l'obbedienza a Dio per giungere a delle conclusioni eversive secondo le quali spetta al credente l'obbligo di lottare *vi et armis* contro i miscredenti e contro gli ipocriti con la parola. Laddove al-Ghazali di fronte all'ingiustizia si ritirava in se stesso e nella tentativo di riforma della società, faceva della trasmissione della scienza un obbligo giuridico religioso, Qutb ritiene che di fronte all'ingiustizia sociale bisogna impegnarsi anche politicamente e materialmente.

Di fronte all'ingiustizia, mutate le condizioni politiche del contesto storico, il contenuto dell'obbligo giuridico individuale del credente (*fard 'ayni*) muta da un ripiegamento intimistico e spirituale ad un più incisivo impegno nella vita politica e sociale, anche a costo della propria vita.

---

[31] Si veda, in particolare, Cor. XXII, 39.

7. L'islamismo come progetto di emancipazione politica e sociale

Sostanzialmente i modelli di giustizia posti a confronto trovano entrambi il loro fondamento nel dettato religioso ed è per questo che entrambi possono essere considerati islamici.

Questa apparentemente banale conclusione in realtà apre il dibattito profondo sul problema delle identità islamiche, sull'eterno problema dell'interpretazione dei testi religiosi e, in ultima istanza, sulla capacità di ricondurre la pluralità di interpretazioni (anche in merito alla giustizia sociale e ai relativi conflitti) all'unità che da sempre caratterizza (e oggi ancor di più in maniera eclatante) le società musulmane.

Gli sforzi dei pensatori, delle associazioni e dei movimenti sociali islamici per tentare di dare un senso all'idea e al desiderio di vivere come buoni musulmani nelle condizioni di una modernità postcoloniale, hanno la loro radice nei movimenti della fine degli anni venti, quando organizzazioni come *al-ikhwan al-muslimun* (i Fratelli musulmani) tentarono di impiantare il discorso riformatore in un più ampio movimento sociale delle classi medie, mobilitando in particolare il ceto impiegatizio e docente, spina dorsale di un moderno Stato nazionale, onde adeguare l'Islam alle esigenze di edificare uno Stato nazionale moderno. Successivamente, la crisi alla fine degli anni Sessanta del progetto nasseriano di sviluppo socio economico in chiave nazionalistica con tendenze socialiste, ha dato un nuovo impulso all'ideologia islamica e alla sua capacità di mobilitazione facendo leva al contempo sulla salvezza degli individui e sulla realizzazione della *maslaha*, il benessere della comunità[32].

E ancor più di recente, le aspirazioni e le rivendicazioni di maggiore libertà ed uguaglianza sociale, che erano alla base delle motivazioni che avevano infiammato le cosiddette primavere arabe, hanno provocato reazioni violentissime da parte dei regimi autocratici, spesso con l'indifferenza (o la compiacenza) degli Stati occidentali, rinforzando nell'intimo delle società l'idea che la bandiera dell'Islam sia la sola capace di agglomerare le masse nella rivendicazione dei diritti sociali e politici.

E tuttavia, dallo scorrere di queste vicende sorge spontanea la seguente domanda: le aspirazioni incorporate nei successi e nei fallimenti della vita di una nazione moderna possono essere rivitalizzate attraver-

---

[32] Sull'evoluzione dal riformismo al movimento della Fratellanza musulmana, si rinvia a P. Gonzaga, *Political Islām: From Reformism to Jihadism*, in *Annali di scienze religiose*, 2020, 13, p. 101 ss.

so la riattivazione di un insieme di "competenze religiose", di tecniche di culto, di prassi di devozione, a sostegno delle individualità e a sostegno della collettività? Questa scienza religiosa, codificata nei testi dell'Islam dottrinale colto, gestita dalle autorità religiose e dalle loro istituzioni – gli *ulamā'* e le loro scuole – non è mai stato sradicato dal processo di modernizzazione e costruzione nazionale nelle società a maggioranza musulmana, con la parziale eccezione dell'Asia centrale ex sovietica e dei territori dello Xi jang sotto il controllo del Partito comunista cinese. In alcuni casi questa scienza religiosa è stata addirittura rivivificata (per parafrasare una celeberrima opera di al-Ghazali) e rafforzata a vari livelli sociali grazie alla sua integrazione nelle istituzioni statali: ad esempio tramite l'impiego capillare di insegnanti e predicatori, di laureati dell'Università di *al-Azhar* a partire dagli anni Cinquanta o dell'analogo progetto marocchino che, nei primi anni di questo secolo, ha visto la formazione ad opera delle istituzioni statali di guide religiose, *murshidīn* (e *murshidāt* al femminile!), capaci di veicolare una visione "moderata" dell'Islam e di attutire i criptici conflitti sociali.

Pur con tutte le differenze rispetto agli esempi occidentali, il movimento che negli ultimi trent'anni anni ha assunto il nome di «islamismo» rappresenta l'ultimo stadio di un processo che tenta di iscrivere concezioni tradizionali e religiosamente fondate, della virtù civica e del ragionamento pubblico in un sistema politico moderno[33].

L'islamismo richiede un'interpretazione più complessa e profonda di quanto solitamente si faccia in Occidente, ossia come una semplice politicizzazione della religione o radicalizzazione della stessa. A partire dagli insegnamenti dei sociologi francesi (Etienne), che parlavano già alla fine del secolo scorso di islamizzazione della modernità in luogo della modernizzazione dell'Islam, occorre riflettere sulla rilevanza politica dell'Islam odierno; nel suo tentativo di ridefinire le stesse fonti della legittimità politica all'interno della società, proprio in nome dell'affermazione di una maggiore ed effettiva giustizia sociale.

Tale legittimità trova fondamento in una prassi di correttezza morale pubblicamente riconoscibile e censurabile: sempre più spesso tale visione ideologica definisce l'appartenenza alla comunità non sulla base dei vincoli nazionali, ma li travalica con un vocabolario di diritti e doveri che mette l'accento più sugli obblighi che sui diritti. In fondo,

---

[33] S. Crocitti, *L'islam e i processi di radicalizzazione: una prospettiva criminologica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2023, p. 14.

nella prospettiva islamica l'idea dei diritti umani è profondamente rovesciata: la loro attribuzione non compete agli esseri umani in virtù della loro nascita; piuttosto essa deriva dall'osservanza degli obblighi che Dio ha imposto alle sue creature[34]. Comunque sia, tale legittimità islamica non può essere ridotta alla categoria di «ideologia politica moderna» racchiusa negli schemi concettuali occidentali, ma propone un catalogo valoriale ed una prospettiva comunitaria che fanno della giustizia sociale e della risoluzione dei relativi conflitti, forse, il punto di maggior distacco dalla tradizione occidentale[35].

[34] S. Aldeeb, *Les Musulmans face aux droits de l'homme*, Bochum, 1994. Da ultimo, Abdullahi A. An-Na'im, *Islam, Islamic Law and the Dilemma of Cultural Legitimacy for Universal Human Rights*, in C.E. Welch e V. Leary (a cura di), *Asian Perspectives on human rights*, New York, 2021, p. 31 ss.

[35] M. Campanini, *Dall'ammirazione al rifiuto. L'idea di Europa (e di Occidente) nel mondo arabo-islamico dall'Ottocento a oggi*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2020, 23.1, p. 43 ss.

Contraddizione e conflitto nella teoria del diritto cinese. Osservazioni diacroniche

Gianmatteo Sabatino

1. Introduzione

Interrogarsi, pur in forma di sintesi, sulla valutazione del conflitto sociale nell'esperienza giuridica cinese vuol dire, inevitabilmente, confrontarsi con un discorso non solo plurimillenario nei suoi fondamenti filosofici ma anche estremamente scivoloso, dato il costante rischio di indulgere in luoghi comuni sì con un fondo di verità, ma sovente troppo banalizzata.

Sarebbe in fondo facile e anche divertente, per qualunque studioso, cedere alla tentazione di usare il filtro dell'armonia (*hexie*) di confuciana memoria come il grimaldello interpretativo con il quale spiegare la generale allergia del diritto cinese al conflitto o la sua ritrosia a considerarlo quale momento creativo di nuovi ordini normativi[1]. Nondimeno, la realtà denota una consapevolezza, da parte degli studiosi così come del sentire comune, dell'esistenza, inevitabile, di conflitti e contraddizioni nei rapporti anzitutto economici, ma anche interpersonali, familiari; conflitti, questi ultimi, con cui il diritto si confronta necessariamente ed ai quali il diritto deve offrire soluzione perché, questa volta vale la pena ripeterlo, la storia del pensiero cinese non valorizza il conflitto[2].

---

[1] Sul problema dell'armonia e, in generale, su quello del rapporto fra moralità e diritto nella tradizione giuridica cinese v., fra molti, S. Gao e A.J. Walayat, *The Compatibility of Confucianism and Law*, in 41 *Pace Law Review*, 2020, p. 234 ss. e I. Cardillo, *Orientamenti di diritto tradizionale cinese e confucianesimo*, in *Tigor*, 2, 2021, p. 124 ss.

[2] Sun Guohua, Fang Lin, 公平正义是化解社会矛盾的根本原则 (*Equità e giustizia sono i principi di base per la risoluzione delle contraddizioni sociali*), in *Faxue zazhi*, 3, 2012, p. 51 ss. e Peng Zhongli, 论社会矛盾化解的法治方式 (*Sui metodi dello stato di diritto per la risoluzione delle contraddizioni sociali*), in *Zhongnan daxue xuebao*, 1, 2014, p. 91 ss.

La mera constatazione di questi dati preliminari esprime già delle contraddizioni che paiono moltiplicarsi man mano che si considerano ulteriori elementi sistemici. Ad esempio, come può una cultura tanto sospettosa del conflitto sociale convivere con una teoria del diritto (e del diritto costituzionale) marxista-leninista, e quindi fondamentalmente basata sulle premesse del materialismo storico e dialettico[3]? Ancora, che significato l'apparente contraddizione fra armonia sociale e marxismo può assumere di fronte all'introduzione massiccia di istituti di diritto privato, commerciale ed economico funzionali ad un'economia – sebbene ampiamente coordinata – di mercato, secondo il *trend* degli ultimi quattro decenni di riforme[4]?

Tutti gli studiosi che, nel Novecento, si sono avvicinati al diritto cinese si sono dovuti confrontare con questi problemi. I tormenti che ne sono derivati sono ben riflessi nelle continue difficoltà ed imprecisioni classificatorie, al punto che la maggior parte delle trattazioni recenti o classifica la Cina secondo criteri puramente geografici di appartenenza ai diritti dell'Asia orientale[5], oppure, più semplicemente, evita a priori di interessarsi al tema[6].

Una delle storture più evidenti derivanti dal confronto con le contraddizioni della storia giuridica cinese è sicuramente la ritrosia a collocare la Cina entro l'alveo dei diritti socialisti, come se questi ultimi fossero stati ineluttabilmente assorbiti da forme russo sovietiche di organizzazione sociale e quindi, dopo il crollo dell'Urss, parlare di diritto socialista non avesse alcun senso[7].

In realtà, come ha brillantemente osservato Patrick Glenn, la tradizione giuridica cinese contemporanea si appoggia su una narrativa che fonde (o quantomeno tenta di farlo) gli spiriti tradizionalisti di un agire «confuciano» – e quindi conservatore, gerarchico e armonico

---

[3] V. su tutti Song Bingwu, Zhao Jing, Yang Dong, 马克思主义法律思想研究 (*Ricerca sul pensiero giuridico marxista*), Pechino, 2017.

[4] Xue Jun, 两种市场观念与两种民法模式 (*Due tipi di nozioni di mercato e due modelli di diritto civile*), in *Fazhi yu shehui fazhan*, 83, 2008, p. 94 ss.

[5] V. su tutti G. Ajani, A. Serafino e M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, Torino, 2007, ma anche R. Cavalieri (a cura di), *Diritto dell'Asia orientale*, Venezia, 2019.

[6] V. ad es. U. Kischel, *Comparative Law*, Oxford, 2019, che presenta la Cina in un capitolo separato senza porsi problemi di classificazione e tassonomie.

[7] U. Mattei, *The Cold War and Comparative Law*, in 65 *American Journal of Comparative Law*, 2017, p. 567 ss.

– con l'interpretazione peculiare e «orientata al mercato» della teoria giuridica marxista-leninista[8].

Questa prospettiva di analisi, tuttavia, ripropone fermamente la centralità del problema del conflitto sociale e dei metodi con cui il diritto debba gestirlo. Le coordinate spazio temporali della civiltà cinese fanno sì che la diversità, il pluralismo, le contraddizioni, i localismi siano non solo esponenziali ma endemici. Porre al centro della costruzione di un socialismo cinese «della nuova era» (*xin shidai*) il governo per mezzo del diritto, come ribadito quasi ossessivamente dall'attuale segretario del Pcc Xi Jinping, significa anche sollevare il problema del suo adattamento alla risoluzione delle contraddizioni sociali[9]. Parrebbe trattarsi, peraltro, di un parziale allontanamento dai paradigmi confuciani, che notoriamente prediligono risolvere le controversie fuori dai tribunali, e di un avvicinamento, pur molto alla lontana, a quelle correnti del pensiero cinese, dal moismo al legismo, che valorizzano per la prima volta e in maniera decisiva il ruolo del comando positivo quale strumento principe del «governo della nazione» (*zhiguo*)[10].

Al di là delle ovvie semplificazioni anche un po' caricaturali, il presente contributo vuole soprattutto cercare di ricostruire almeno una parte dei sentieri evolutivi che consentono alla cultura giuridica cinese di convivere con i conflitti sociali appellandosi a paradigmi teorici che paiono rifiutarli *in toto*.

Sulla base di questo obbiettivo, la struttura dell'analisi si divide in tre parti principali: la prima sintetizza alcuni itinerari tradizionali del rapporto tra diritto cinese e conflitto sociale, attraverso l'analisi delle scuole di pensiero che hanno avuto maggior rilevanza nella costruzione della narrativa del potere lungo il corso della storia della civiltà cinese; la seconda indaga l'influenza del pensiero marxista-leninista sulla nozione di diritto e di diritti fondamentali nella Repubblica popolare cinese anche in riferimento ai più recenti sviluppi della teoria del governo sotto Xi Jinping e alla crescente incorporazione di criteri etico

---

8 P. Glenn, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 5. ed., Oxford, 2014, p. 319 ss.

9 V. *ex multis* Xi Jinping, 谈治国理政 (*Discorsi sul governo del Paese*), Pechino, 2020, p. 283 ss., laddove si sottolinea come il governo per mezzo del diritto (*fazhi*) debba divenire, nell'ottica della costruzione del socialismo della nuova era, attributo non solo dello Stato (*guojia*) e del governo in senso amministrativo (*zhengfu*), ma anche della società (*shehui*) nel suo complesso.

10 D.K. Schneider, *China's New Legalism*, in 143 *The National Interest*, 2016, p. 19 ss.

morali nel diritto pubblico e privato; la terza si concentra sul problema del conflitto nel sistema di diritto economico cinese, con particolare attenzione alle modalità comunicative delle procedure decisionali e ai moderni paradigmi della pianificazione per lo sviluppo.

Da ultimo, un paragrafo conclusivo cercherà di trarre alcune considerazioni di sintesi per definire gli aspetti salienti e le criticità della relazione fra pensiero giuridico cinese, diritti e conflitto sociale.

2. Conflitto e diritto nelle principali scuole di pensiero della Cina tradizionale

La Cina fa parte del novero di quelle civiltà il cui pensiero ha teorizzato, anche quale proposta filosofica, la piena compenetrazione, o meglio inclusione, del sapere giuridico nello spirito del pensiero filosofico politico, con conseguente e deliberata confusione fra diritto, politica e morale. Partendo dalla premessa di Glenn per cui ciascuna tradizione emerge, in tempi lontanissimi, da un substrato di diritto ctonio[11], è ragionevole desumere come il diritto cinese sia evoluto in armonia e non in contrapposizione a quest'ultimo. In altri termini, la Cina non ha "inventato" il diritto come sapere autonomo, perlomeno non nel senso in cui lo si intende in Occidente[12].

Su quando le vie del pensiero cinese e di quello che sarebbe divenuto il pensiero occidentale hanno preso a divergere, le opinioni possono essere molteplici. Sta di fatto, però, che tra l'8. e il 6. secolo a.C., allorché la civiltà greca pone le basi di quella razionalità soggettiva che poi consentirà al diritto privato romano di prosperare, in Cina è presente già con un avanzato grado di maturazione una concezione dello spazio sociale tutta collocata nel concetto di ordine rituale, a garanzia della stabilità e dell'armonia fra cielo e terra, così come di quella infraterrena[13].

---

[11] P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, cit.

[12] R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, p. 98. Sulla «invenzione» del diritto in occidente v. su tutti A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*, Torino, 2005.

[13] Parrebbe allora plausibile la proposta di François Jullien, il quale, interessandosi soprattutto alle diverse concezioni dell'efficacia nel pensiero occidentale e cinese, identifica l'emergere della filosofia greca classica come un punto di svolta e di separazione fondamentale. V. F. Jullien, *Traité de l'efficacité*, Parigi, 2002 e Id., *Pensare l'efficacia in Cina e in occidente*, Roma e Bari, 2006.

È un ordine, quello rituale, che all'alba della Cina storica – fra il 3. e il 2. millennio a.C. – si lega a doppio filo con un approccio magico religioso alla regolazione sociale e che quindi concepisce il rito principalmente come divinazione[14].

Dopo l'avvento della dinastia Zhou che spodesta gli Shang (11. secolo a.C.) il rito (*li*) si impregna di una praticità e di una umanità prima ignote. Il rapporto con gli antenati e le stesse pratiche di divinazione divengono non tanto un canale di comunicazione diretta con il soprannaturale, ma una forza ordinatrice del mondo[15], supportata da una nozione tendenzialmente circolare del tempo e per questo adatta ad accorciare o eliminare le distanze fra il presente e il passato[16].

Un tale passaggio logico ha tuttavia, fra le sue necessarie conseguenze, anche l'esaltazione della ritualità quale strumento di preservazione delle distinzioni sociali, garanzia del medesimo ordine di cui sopra. Quando il rito, espandendosi, da canale di dialogo col cielo diviene codice di comportamento nelle relazioni interpersonali, il pensiero cinese consolida una nozione di uomo e di umanità tutta relazionale e, necessariamente, comunitaria, alla quale non abdicherà più, di fatto, per il resto della sua lunghissima storia[17].

Lungo il corso di questa parabola e sulla base di queste premesse, il conflitto – economico, sociale ma anche semplicemente interumano – sarà riconosciuto, indagato, a volte tollerato e a volte represso, ma mai compiutamente accettato o considerato quale vettore anche solo parziale di progresso o, a voler essere hegeliani, di *Aufhebung*. La soluzione ai problemi del reggimento delle comunità si troverà alternativamente o nella soppressione – quantomeno sul piano ideale e teorico – delle differenze oppure, molto più spesso, nell'equilibrio – ma non nel superamento – fra di esse.

Gli approcci "spiritualisti" al tema e, su tutti, il pensiero taoista e la sua concezione, tutta di equilibrio, della dialettica[18], hanno certamente funto da supporto all'importanza del rito quale strumento di prevenzione e appiattimento dei conflitti. Tuttavia, per rimanere alle

---

[14] A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, vol. 1, Torino, 2000, p. 27 ss.

[15] *Ibidem*

[16] P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, cit.

[17] Sul punto, in riferimento alla tradizione giuridica cinese, v. E. Consiglio, *Concezioni dei diritti nel dibattito cinese contemporaneo*, in *Rivista di diritti comparati*, 2022, p. 770 ss. e Cheng Liaoyuan e Wang Renbo, 权利论 (*Teoria dei diritti*), Guilin, 2014, p. 147 ss.

[18] A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, vol. 1, cit., p. 182 ss.

filosofie che si sono poste più direttamente il problema del governo, è interessante valutare come esse abbiano concepito distintamente il ruolo del diritto quale antidoto al conflitto sociale o quale mezzo per la sua neutralizzazione.

2.1. Confucianesimo (*rujia*)

Pare difficile contestare l'affermazione per cui il confucianesimo abbia impresso un segno ineguagliato nella fibra più profonda dell'*ethos* cinese, se non altro per il fatto che, dopo Confucio (551-479 a.C.), qualunque opzione filosofica e politica potrà essere concepita solo in relazione – di adesione o di opposizione – a lui[19].

Peraltro, come spesso accade, alla rilevanza del pensiero confuciano nella storia giuridica cinese si sono accompagnate, specie nel secolo scorso, interpretazioni semplificanti, come quelle che hanno posto in radicale opposizione il rito (*li*) alla legge (*fa*), finendo per concludere che il confucianesimo comportasse una sfiducia generalizzata nei confronti del «diritto»[20].

In realtà, se si parte da una prospettiva olistica ed incentrata sulla tradizione culturale del diritto cinese[21], è naturale considerare tanto il *li* quanto il *fa* espressioni o, se si vuole, formanti di un più ampio ordine, nel quale la presenza della ritualità non ha mai cancellato, e del resto non avrebbe potuto farlo, l'esistenza di norme espressione di un potere costituito, più o meno complesso[22]. Il giudizio di valore espresso da Confucio nei confronti della legge deriva, ovviamente, proprio dall'esistenza e dall'importanza di quest'ultima, così come, agli occhi del grande pensatore, della sua incapacità di rispondere alla frammentazione politica ed alla decadenza morale dell'epoca delle primavere e degli autunni (722-481 a.C.), quella durante la quale Confucio vive.

Il problema del *fa*, nel confucianesimo classico, pare risiedere in effetti nell'inattitudine a prevenire e risolvere i conflitti oppure, addirit-

---

[19] *Ivi*, p. 44.

[20] J. Escarra, *Le droit chinois*, Pechino, 1936 e R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1964.

[21] Guo Chengwei, 中国古代社会治理体系与治理能力研究 (*Ricerca sulle capacità di governo e sul sistema di governo sociale nella Cina antica*), in *Zhongguo zhengfa daxue xuebao*, 2, 2023, p. 5 ss.

[22] *Ibidem.*

tura, nell'essere fonte dei conflitti stessi. Nella visione confuciana del mondo, potere virtuoso ed armonia procedono parallelamente dalla dimensione cognitiva (quella del «rettificare i nomi» delle cose del mondo) a quella della socialità intima della famiglia con la conseguente divisione dei ruoli fra padri e figli, mariti e mogli, sino a quella della comunità politica per eccellenza, lo Stato[23].

Attraverso il filtro della ritualità, il confucianesimo, procedendo ovviamente nei secoli di storia della sua interpretazione e rielaborazione, eleva a paradigma il «governo per mezzo della virtù» (*dezhi*)[24], che risulterà essere una costante della storia imperiale e repubblicana socialista cinese, sia in contrapposizione al «governo per mezzo del diritto» (*fazhi*) che, ad esempio nel pensiero di Xi Jinping, in relazione complementare con quest'ultimo[25].

La legge non scompare, ma è interpretata in senso ancillare, complementare o supplementare, ai fini del reggimento dello Stato[26].

La virtù (laddove è effettivamente realizzata) non contempla il conflitto: è dinamica nella prevenzione delle contraddizioni e nell'adattabilità degli interessi, ma presuppone una certa fissità nella distribuzione dei ruoli sociali. Sarebbe sin troppo facile attribuire a questa mentalità l'assenza, nell'esperienza imperiale cinese, di rivolgimenti autenticamente "di classe", pure d'ispirazione liberal-borghese, come quelli a fondamento delle rivoluzioni americana e francese. In realtà, di rivolte e sommovimenti dall'incredibile forza dirompente e pure dall'incredibile violenza ve ne sono stati (e parecchi) in due millenni di storia; nondimeno, è vero che, prima dell'ingresso in Cina del pensiero marxista, nessuno dei grandi protagonisti del pensiero

---

23 A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, vol. 1, cit., p. 65 ss.

24 *Ibidem* e Deng Chenxi, 儒学礼乐教育背景下的法治与德治 (*Il governo secondo il diritto e il governo secondo la virtù nel contesto dell'educazione confuciana alla musica e ai riti*), in 35 *Journal of Xinniang University*, 2018, p. 8 ss.

25 Sun Li, 德治及其传统之于中国法治进境 (*Il governo secondo la virtù e la sua tradizione nel contesto dell'ingresso della Cina nello Stato di diritto*), in *Zhongguo faxue*, 1, 2009, p. 69 ss.; Wu Guoping, Zhang Shutong, 习近平以德治国与依法治国思想相结合之实施路径研究 (*Ricerca sui percorsi di implementazione del pensiero di Xi Jinping sull'integrazione tra governo per mezzo della legge e per mezzo della virtù*), in *Haixia faxue*, 2, 2020, p. 27 ss.; Ma Xiaohong, Yu Min, 中国传统德治与法治的思考 (*Retrospettiva sul governo secondo la virtù e secondo la legge nella Cina tradizionale*), in *Faxue*, 9, 2002, p. 15 ss. e Jiang Dehai, 论当代中国的德治心态 (*Sulla mentalità del governo secondo la virtù nella Cina contemporanea*), in *Zhengzhi yu falü*, 4, 1997, p. 35 ss.

26 Deng Chenxi, 儒学礼乐教育背景下的法治与德治 (*Il governo secondo il diritto e il governo secondo la virtù nel contesto dell'educazione confuciana alla musica e ai riti*), cit.

cinese aveva mai teorizzato il progresso per mezzo dei rivolgimenti "di classe". Al contrario, grandissimi nomi al centro del dibattito sulle riforme nel tardo impero Qing, come Liang Qichao (1873-1929), si appellarono direttamente alla «autocrazia illuminata» (*kaiming zhuangzhi*) quale forma politica intermedia tra feudalesimo imperiale e nuova repubblica, nello sforzo di tenere assieme la liberazione dai vincoli feudali con l'oggettivazione degli scopi collettivi perseguiti dal potere e la riaffermazione di una dimensione morale del rapporto fra governanti e governati[27]. Questa stessa dimensione permea anche il pensiero di Sun Zhongshan (noto anche come Sun Yat-Sen) il quale, pur nell'impeto modernista, non intende affatto fare piazza pulita del confucianesimo ed anzi individua nella ricostruzione dei legami di dipendenza morale la rinascita della nazione cinese[28].

La tradizione giuridica confuciana, pertanto, individua nella dipendenza morale e nel binomio obbedienza/benevolenza il fulcro logico del sistema delle relazioni sociali, tanto pubbliche quanto private. Il conflitto non è affatto negato, ma viene inteso quale elemento potenzialmente distruttore dell'ordine garantito dalla ritualità dei *li* e quindi inteso, alternativamente, o come elemento da prevenire per quanto possibile, attraverso la corretta applicazione dei nessi rituali e morali, oppure come segnale di una scorretta applicazione degli stessi, quindi preludio dell'indebolimento del potere e della perdita di legittimità dello stesso. Da questi medesimi elementi deriva quell'attitudine fortemente pedagogica del diritto[29], che in Confucio si esprime massimamente nell'attenzione verso l'apprendimento quale viatico del buon governo (di se stessi, della famiglia, dello Stato) e che ha attraversato la Cina sino a fondersi con le peculiarità moraleggianti della legalità socialista[30].

---

[27] Cai Shangquan e Wang Zhengxiang, 梁启超《开明专制》论之学理辨析 (*Un'analisi della teoria dell'autocrazia illuminata di Liang Qichao*), in *Jiangsu shehui kexue*, 4, 2017, p. 223 ss. e Yu Ronggen, 超越儒法之争 (*Oltre la controversia fra confucianesimo e legismo*), in *Fazhi yanjiu*, 2018, p. 3 ss. Sulla figura di Liang Qichao ed il suo collocamento fra i pensatori riformisti della seconda metà del 19. secolo, v. anche A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, vol. 2, Torino, 2000, p. 666 ss.

[28] A.J. Gregor, *Confucianism and the Political Thought of Sun Yat-Sen*, in *Philosophy East and West*, 31, 1981, p. 55 ss. e J. Leibold, *Positioning "Minzu" within Sun-Yat Sen's discourse of Minzhuzhuyi*, in 38 *Journal of Asian History*, 2004, p. 163 ss.

[29] A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, vol. 1, cit., p. 47 ss.

[30] I. Castellucci, *Rule of Law and Legal Complexity in the People's Republic of China*, Trento, 2012.

2.2. Moismo (*mojia*)

A dispetto della sua scarsa conoscenza, specie fra gli studiosi al di fuori della Cina, una pur breve considerazione del pensiero moista (da Mozi, pensatore vissuto tra il 5. e il 6. secolo a.C.) è meritevole per due ragioni principali. Da un lato, fino alla fondazione dell'impero cinese da parte della dinastia Qin (221 a.C.) e al successivo imporsi del confucianesimo quale dottrina dello Stato della dinastia Han (206 a.C.-220 d.C.) il moismo rappresentò la principale e più credibile alternativa al sistema rituale confuciano, del quale peraltro è sia un'antitesi che una continuazione[31]. Dall'altro lato, con cadenza regolare taluni studiosi cinesi (anche giuristi) hanno ripreso in tempi più recenti alcuni tratti del cosiddetto materialismo o utilitarismo moista, rileggendoli alla luce delle esigenze del sistema politico e giuridico della Cina moderna, rivalutandone quindi la potenzialità[32]. Tutto ciò è avvenuto anche secondo una, a nostro dire infondata, assimilazione alla filosofia marxista[33].

Certo è che l'instabilità politica del periodo delle primavere ed autunni, e ancor di più di quello degli Stati combattenti (453-221 a.C.), non faceva che mettere in discussione la fattibilità dell'edificio politico confuciano, tanto imperniato sulla cementificazione sociale da apparire a tratti irrealistico, specie in un momento in cui gli Stati in cui era diviso lo spazio cinese erano altrettanti laboratori di sistemi di reclutamento delle classi dirigenti e quindi di una certa mobilità sociale[34]. È in questo contesto che si colloca l'attacco del moismo alla ritualità confuciana, da sostituire con una filosofia del governo basata, in senso essenzialmente pratico, sul merito e sulla capacità. Quella moista è una praticità utilitarista, all'uomo di valore confuciano

---

31 A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, vol. 1, cit., p. 79 ss. e Ni Zhengmao, 墨家法哲学对儒家法哲学的抗争 (*La lotta della filosofia giuridica moista contro la filosofia giuridica confuciana*), in *Shehui kexue*, 1, 1997, p. 43 ss.

32 Zhang Binfeng e Qiao Cong, 当代法哲学视域下的墨家法律观 (*La visione moista del diritto dalla prospettiva della filosofia del diritto contemporanea*), in *Zhengfa luncong*, 1, 2020, p. 29 ss.

33 Sun Quansheng, 论墨家良法善治思想 (*Sul pensiero moista sul buon diritto e sul governo virtuoso*), in *Zhi da xuebao*, 6, 2021, p. 33 ss.; sul punto v. anche A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, vol. 1, cit., p. 80.

34 Cho-yun Hsu, *Ancient China in Transition. An Analysis of Social Mobility 722-222 b.c.*, Stanford, 1965.

si sostituisce l'uomo capace quale migliore garanzia di prosperità dello Stato[35].

Conseguenza dell'impostazione moista è una decisa rivalutazione della legge, rispetto al rito, quale strumento di governo[36]. Ancora una volta, però, il diritto, nella concezione di Mozi, appare antitetico al conflitto e ancor di più al conflitto sociale. Il discorso moista certamente riflette le esigenze di una società in sommovimento, dove i lavoratori pratici come artigiani e mercanti, disprezzati dai confuciani, si affermavano gradualmente[37]; l'appello all'utilitarismo, però, in fondo non si propone che di sostituire un ordine gerarchico con un altro, di sostituire una classe dirigente ereditaria, familistica e «rituale», con una selezionata sulla base delle abilità mostrate «sul campo»[38]. A valle della selezione, tuttavia, paiono ricostruirsi, nel pensiero moista, quelle tradizionali relazioni di obbedienza e gerarchia che garantiscono l'ordine cosmico[39]. Semplicemente, la legittimità del governo si appoggia non sulla benevolenza (*ren*) o virtù del sovrano, quanto sull'utilità effettiva che egli è in grado di apportare al popolo[40].

Anche il concetto di «amore universale» (*jian'ai*) moista, che si contrappone, nelle relazioni sociali, alla benevolenza e alla pietà filiale confuciana, consiste soprattutto nella ricerca di un'equità intesa come pari attenzione agli interessi (diversi) di ciascuno, senza distinzioni fondate su legami familistici[41]. Il diritto che dovrebbe sottendere la ricerca di un tale equilibrio è pure avverso al conflitto; anzi, pare esserlo perfino di più che nel confucianesimo, laddove considera la natura

---

35 A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, vol. 1, cit., p. 80 ss.

36 Zhang Binfeng e Qiao Cong, 当代法哲学视域下的墨家法律观 (*La visione moista del diritto dalla prospettiva della filosofia del diritto contemporanea*), cit.

37 Cho-yun Hsu, *Ancient China in Transition*, cit.

38 Ni Zhengmao, 墨家法哲学对儒家法哲学的抗争 (*La lotta della filosofia giuridica moista contro la filosofia giuridica confuciana*), cit. e A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, vol. 1, cit., p. 80 ss.

39 A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, cit., p. 92 ss.

40 *Ibid.*; v. anche Zhang Binfeng e Qiao Cong, 当代法哲学视域下的墨家法律观 (*La visione moista del diritto dalla prospettiva della filosofia del diritto contemporanea*), cit. e Sun Quansheng, 论墨家良法善治思想 (*Sul pensiero moista sul buon diritto e sul governo virtuoso*), cit.

41 Ni Zhengmao, 墨家法哲学对儒家法哲学的抗争 (*La lotta della filosofia giuridica moista contro la filosofia giuridica confuciana*), cit.; Zhang Binfeng e Qiao Cong, 当代法哲学视域下的墨家法律观 (*La visione moista del diritto dalla prospettiva della filosofia del diritto contemporanea*), cit. e Sun Quansheng, 论墨家良法善治思想 (*Sul pensiero moista sul buon diritto e sul governo virtuoso*), cit.

umana molto meno buona di quanto faccia Confucio e vede quindi nel diritto il mezzo per frenare la deriva (altrimenti inevitabile) verso la frammentazione instillata dal conflitto e, dunque, il caos[42].

Ecco che, al di là di oggettivamente ardui parallelismi con il marxismo, la concezione moista del potere può rilevare, per il moderno socialismo con caratteristiche cinesi, soprattutto nell'ottica di una legittimità politica fondata sulla *performance* e sulla capacità, in concreto, di neutralizzare le contraddizioni della società attraverso un bilanciamento di interessi. Laddove questi requisiti siano soddisfatti, ne deriva tanto un dovere di obbedienza, quanto un assoluto rispetto delle gerarchie[43].

2.3. Legismo (*fajia*)

Se il pensiero di Confucio e di molti suoi discepoli (fra cui certamente Mencio) può essere letto quale proiezione ottimistica sulla natura dell'umanità, la scuola moista, come visto, propende per un'interpretazione fondamentalmente negativa sull'uomo, e sulla base di questa costruisce il ruolo del diritto quale antidoto al conflitto.

Tale pessimismo assume connotati ancora più radicali nel pensiero della scuola legista, terza grande corrente intellettuale della Cina preimperiale, che dopo la fondazione dell'impero, scalzando il moismo, sarà destinata a divenire, con il confucianesimo, il termine di una dicotomia di idee sempre viva ed irrisolta[44]; al punto da ispirare, a tutti gli effetti, l'immagine della distinzione tra *li* e *fa* che in Occidente è il punto di partenza di molti studi introduttivi al diritto cinese[45].

---

42 A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, vol. 1, cit., p. 90 s.

43 Sun Quansheng, 论墨家良法善治思想 (*Sul pensiero moista sul buon diritto e sul governo virtuoso*), cit.

44 Al successo della scuola legista ha senz'altro contribuito in maniera decisiva il fatto di essere divenuta dottrina dello Stato di Qin, che nel 221 a.C. avrebbe posto fine al periodo degli Stati combattenti e unificato, per la prima volta, i regni cinesi sotto un'unica bandiera, dando vita alla canonica storia imperiale cinese. Sul punto v. H. Schneider, *An Introduction to Hanfei's Political Philosophy: The Way of the Ruler*, Newcastle upone Tyne, 2018; J. Escarra, *Le droit chinois*, cit., p. 31 ss. e R. Cavalieri, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 1999, p. 41 ss.

45 A partire dall'identificazione con il pensiero legista, si afferma anche, nel corso del tempo, l'utilizzo del termine *fa* (法) per indicare il diritto o quantomeno il diritto positivo, oggi affermatosi nel linguaggio comune, laddove invece le fonti più antiche utilizzano il termine *xing* (刑) per riferirsi al diritto/diritto positivo, esprimendo un concetto che tende ad identificare il diritto non tanto con il comando, ma con la punizione. In cinese moderno, in effetti, *xing* indica proprio la pena. Sul punto v. Z.

Il legismo nasce e si afferma nella fase conclusiva del periodo degli Stati combattenti, tra il 4. e il 3. secolo a.C. e, come del resto il moismo, non si considera una filosofia quanto piuttosto una dottrina del potere[46]. Rispetto al confucianesimo, però, il punto di partenza del legismo è non solo nell'intima sfiducia nella natura umana, ma anche nella presa d'atto dell'inevitabile, ineliminabile e violenta conflittualità della vita sociale, di pari passo con l'aumento della popolazione, come ben esemplificato in due passaggi, rispettivamente, del Libro del Signore di Shang e dello Han Feizi, testi cardine del pensiero legista[47].

I legisti, con il realismo imposto dalla difficile realtà del tempo, non si pongono nemmeno il problema dell'armonia relazionale, quanto invece quello della stabilità del potere. Il potere è in effetti la priorità logica del loro ragionamento, ed il diritto – comandi, ricompense e punizioni – diviene strumento di esercizio del potere stesso[48]. La norma, qui, non è e non può essere un canale di armonizzazione, ma solo di appiattimento delle contraddizioni, della loro eliminazione, della loro riconduzione alla pura volontà del potere, simboleggiata dal sovrano[49].

Al di là delle semplificazioni, non mancano, neppure nel legismo, stilemi della precedente tradizione cinese anche confuciana come il riferimento ad esempi di epoche passate[50] oppure una certa fascinazione verso il ruolo pedagogico del diritto, espresso mediante l'equivalenza concettuale fra agente del potere statuale e «maestro»[51]. Si tratta però di procedimenti che partono tutti dall'alto verso il basso e non, come aveva fatto Confucio, dalla dimensione intima a quella politica. La virtù è completamente assorbita nel potere, con il diritto a fungere da solita garanzia di stabilità.

Pertanto, esattamente come il confucianesimo e il moismo, anche il legismo costruisce il suo discorso politico in maniera antitetica al

---

Fu, *China's Legalist. The Earliest Totalitarians and Their Art of Ruling*, London e New York, 1996, p. 57 ss.

46 A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, vol. 1, cit., p. 232 ss.

47 V. le citazioni *ivi*, p. 234 ss.

48 G. MacCormack, *The Legalist School and its Influence upon Traditional Chinese Law*, in 92 *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2006, p. 59 ss. e Z. Fu, *China's Legalist*, cit.

49 Zhao Fujie, 论先秦法家的价值体系 (*Sul sistema di valori del legismo pre-Qin*), in 4 *Falü kexue*, 2013, p. 15 ss.

50 A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, vol. 1, cit., p. 232 ss.

51 Guo Chengwei, 中国古代社会治理体系与治理能力研究 (*Ricerca sulle capacità di governo e sul sistema di governo sociale nella Cina antica*), cit.

conflitto, sebbene lo presupponga quale stato fattuale che dà origine al diritto, che lo rende necessario. Proprio la natura politica del diritto e la sua funzione negatoria nei confronti del conflitto aiutano a capire come il «governo secondo il diritto» dei legisti sia qualcosa di assolutamente diverso dalla *rule of law* nota ai reggimenti politici democratico liberali[52]. Nell'ottica legista, la severità delle punizioni e l'eguaglianza dei sudditi di fronte alla legge – senza favoritismi familiari o di classe sociale – è un riflesso dell'accentramento della sovranità, al punto che un autore ha definito i legisti dei totalitaristi *ante litteram*[53].

Al tempo stesso, l'esperienza storica del legismo, specie nella sua implementazione attraverso la dottrina dello Stato di Qin e poi della dinastia Qin dell'impero cinese, dimostra anche la sostanziale insufficienza di una nozione totalizzante del diritto a fondare una compiuta filosofia del potere agli occhi della cultura cinese. Le infiltrazioni confuciane, già presenti nei luoghi in cui il legismo era divenuto dottrina ufficiale, riemersero con la caduta della dinastia Qin e l'inizio della dinastia Han, la quale, di fatto, impiantò la dottrina confuciana su quella base amministrativo burocratica creata dal legismo della dinastia Qin[54].

La formazione del più classico dei binomi del diritto cinese era anche la testimonianza di un rapporto tra diritto e conflitto che preferiva usare il primo per la prevenzione e l'armonizzazione dei secondi, invece che per il loro mero eradicamento.

3. Il conflitto nel diritto del socialismo cinese

Negli anni del cosiddetto Grande balzo in avanti, alla fine degli anni 1950, Mao Zedong, riferendosi agli eccidi di intellettuali perpetrati dal primo imperatore della dinastia Qin, Shi Huangdi, si vantò di averlo di gran lunga superato in quanto a numero di epurati[55]. Del resto, a detta di Mao, nel 1958 così come nel 221 a.C., quei pensatori erano dei con-

---

[52] Yu Ronggen, "儒家人治法家法治对立论"质疑——兼论先秦法律思想研究中的一个方法问题 (*Messa in discussione della "teoria dell'opposizione tra governo secondo l'uomo nel confucianesimo e governo secondo la legge nel legismo" e discussione di un problema metodologico nello studio del pensiero giuridico pre-Qin*), in 4 *Xiandai faxue*, 1984, p. 60 ss.

[53] Z. Fu, *China's Legalist*, cit.

[54] D. Zhao, *The Confucian-Legalist State*, Oxford, 2015.

[55] Primo discorso alla seconda sessione dell'8. Congresso del Partito comunista cinese, 8 maggio 1958, contenuto nella pubblicazione ad opera delle guardie rosse della rivoluzione culturale dal titolo 毛泽东思想万岁 (*Lunga vita al pensiero di Mao Zedong*), Pechino, 1969.

trorivoluzionari. E per un periodo nella vita della «nuova Cina» sorta dalla guerra civile vinta dal Partito comunista nel 1949, l'archetipo del controrivoluzionario fu il pensatore confuciano.

Questo esempio, insieme ad altri elementi della personalità e del lavoro di Mao Zedong, potrebbero indurci a sovrastimare la fascinazione del Grande timoniere per il legismo[56]. Del resto, negli stessi anni in cui pronunciava quelle parole, Mao dava vita, con il Balzo in avanti, a un gigantesco tentativo di decentralizzazione collettivizzata dell'economia cinese che da un lato avrebbe provocato una gravissima crisi agricola ed una conseguente carestia, ma dall'altro avrebbe posto il diritto economico cinese, per i successivi venti anni, in un continuo moto di oscillazione, a volte schizofrenica, fra decentramento e riaccentramento, fra localismo e centralizzazione[57].

La logica di questo fenomeno risiede nella difficile sintesi fra gli stilemi del pensiero tradizionale cinese e la filosofia del diritto marxista-leninista, una sintesi in cui il problema del conflitto riveste un ruolo strategico. In effetti, al momento del suo ingresso nel dibattito culturale cinese, il materialismo dialettico marx-engelsiano rappresenta una indubbia novità, di cui i comunisti cinesi si appropriano volentieri non solo e non tanto per descrivere la contraddizione fra proletariato e borghesia, quanto piuttosto per adattare il verbo socialista ad una società «semi-coloniale» e «semi-feudale», ove le accezioni dei conflitti si basano soprattutto sulla dialettica fra gruppi di potere (economici e militari) stranieri e popolazione cinese, e fra proprietari e contadini[58]. Del resto, la triade nazionalismo-democrazia-benessere del popolo, teorizzata da Sun Zhongshan[59], è pienamente accolta anche dal Partito comunista cinese, il quale però vi sovrappone una più ortodossa (almeno in apparenza) interpretazione leninista[60].

A ben vedere, già in Mao Zedong, a dispetto della cieca fede nella risoluzione delle contraddizioni lungo il cammino verso la dittatura del proletariato, emerge una volontà che a tratti pare persino inconscia:

---

[56] Z. Fu, *China's Legalist*, cit., p. 127 ss.

[57] Zhou Li-An, *Incentives and Governance: China's Local Governments*, Singapore, 2010.

[58] Mao Zedong, *Sulla contraddizione*, saggio elaborato nell'agosto 1937 e pubblicato in traduzione italiana: http://www.filosofia.it/archivio/images/download/argomenti/MaoTse-tung_Sulla_contraddizione.pdf.

[59] T. Hang, *Sun Yat-sen's Three Principles of the People: A Philosophy Approach*, in Aa.Vv., *Sun Yat-Sen, Nanyang and the 1911 Revolution*, Singapore, 2011, p. 28 ss.

[60] A. Wells, *The Political Thought of Sun Yat-Sen*, London, 2001, p. 141 ss.

quella di volere e di dovere adattare i cardini del marxismo-leninismo alle specificità del contesto cinese[61].

È da questo punto che procedono alcune peculiarità del socialismo giuridico cinese. In primo luogo, un'interpretazione del nichilismo giuridico che, anche nelle fasi più acute della Rivoluzione culturale (1966-1976), non arriva mai a mettere realmente in discussione lo Stato, come aveva fatto parte della migliore dottrina sovietica (ad es. Pashukanis[62]), e invece vuole proporre, attraverso l'estremismo ideologico, un utilizzo assoluto e acritico della norma quale forma di abbattimento radicale del conflitto e di uniformazione sociale.

In secondo luogo, una visione dello sviluppo socio economico che non ha mai riposto piena fiducia nella verticalizzazione delle relazioni produttive. Nel 1956, lo stesso Mao, che dieci anni dopo avrebbe dato il via agli eccessi della rivoluzione culturale, elaborava il saggio «sui dieci grandi rapporti» (*lun shi da guanxi*), in cui si predicava un sostanziale allontanamento dal diritto economico sovietico, propugnando il coordinamento tra industria pesante e leggera e, soprattutto, il potenziamento dei canali di concertazione fra autorità centrali e locali, fra regioni costiere e regioni interne, fra membri del partito comunista e non-membri del partito comunista[63]. Se il Grande balzo in avanti e la Rivoluzione culturale contraddicevano gli assunti del saggio, ciò non sminuì il suo potenziale agli occhi dei riformisti cinesi i quali, paradossalmente, ripresero a considerarlo dopo la morte di Mao, agli albori delle aperture al mercato[64].

In terzo luogo, il socialismo cinese deriva dal fondamento economico delle relazioni giuridiche una visione essenzialmente programmatica e variabile dei diritti, finanche di quelli fondamentali[65]. Le situazioni giuridiche soggettive sono il riflesso delle relazioni

---

61 Jiang Xiaowei e Liu Xuguang, 关于法学领域马克思主义中国化的思考 (*Riflessioni sulla sinizzazione del marxismo nel campo della giurisprudenza*), in *Zhengzhi yu falü*, 9, 2011, p. 58 ss.

62 E. Pashukanis, *The General Theory of Law and Marxism*, Piscataway, 2003 (1 ed. Mosca, 1924).

63 Mao Zedong, 论十大关系 (*Sui dieci grandi rapporti*), Pechino, 1956, ripubblicato in lingua inglese in Mao Zedong, *Selected Works*, vol. 5, Pechino, 1977, p. 284 ss.

64 G. Sabatino, *Un gatto di un altro colore. La Costituzione cinese del 1978 e un esercizio di ucronia giuridica*, in *Politica del diritto*, 2022, p. 317 ss.

65 E. Consiglio, *Concezioni dei diritti nel dibattito cinese contemporaneo*, cit.; A. Chen, *Developing Theories of Rights and Human Rights in China*, in R. Wachs (a cura di), *Hong Kong and 1997: Essays in Legal Theory*, Hong Kong, 1993, p. 123 ss. e R.R. Edwards, L. Henkin e A.J. Nathan, *Human Rights in Contemporary China*, New York, 1986.

giuridiche oggettive a loro volta scaturenti da un substrato, che però nell'elaborazione politica contemporanea non è più esclusivamente produttivo, ma anche socio culturale, in quanto tale ispirato ad asseriti fondamenti spirituali della "nazione" cinese, oggi espressi, interpretati e protetti dalla *leadership* del Partito comunista[66].

Quanto detto ha implicazioni tecniche e sostanziali. Dal punto di vista tecnico, si riconferma la teoria delle cosiddette geometrie variabili del diritto cinese, mediante l'implementazione di uno Stato di diritto «dinamico» e funzionale agli interessi nazionali[67]. Dal punto di vista sostanziale, invece, si riafferma in maniera decisiva quella propensione all'armonizzazione delle contraddizioni (e non al loro superamento) che abbiamo visto essere un tratto atavico della mentalità cinese[68]. Così, il diritto è sì funzionale alla "struttura" delle relazioni economiche e sociali, ma queste stesse relazioni non sono un insieme dogmatico, bensì un coacervo di interessi contraddittori. Il Partito comunista cinese, perlomeno dai tempi della nota teoria delle Tre rappresentanze (*san ge daibiao*), aspira ad essere espressione di tutti questi interessi, nonché loro protettore[69].

Con la fine del maoismo e l'avvio delle riforme economiche, il problema centrale nella legittimazione del potere in Cina è in effetti divenuto proprio quello di governare le contraddizioni prevenendo il conflitto. Una necessità, quindi, ancora una volta pratica e meno ideologica, che considera la differenza quale premessa di base e tenta di costruirvi sopra un diritto che la neutralizzi.

---

[66] Si v. la Risoluzione del Comitato centrale del Partito comunista cinese sui «maggiori traguardi e l'esperienza storica del partito nel secolo passato» (*Zhonggong zhongyang guanyu dang de bainian fendou zhongda chengjiu he lishi jingyan de jueyi*) del novembre 2021.

[67] I. Castellucci, *Rule of Law and Legal Complexity in the People's Republic of China*, cit.

[68] Peng Zhongli, 论社会矛盾化解的法治方式 (*Sui metodi dello Stato di diritto per la risoluzione delle contraddizioni sociali*), cit.

[69] Come noto, la teoria delle tre rappresentanze è il frutto ideologico della *leadership* di Jiang Zemin, segretario del Pcc tra il 1989 e il 2002. Traendo ispirazione dallo stato sempre più complesso dell'economia e della società cinesi, Jiang teorizzò la necessità che il Partito comunista reinterpretasse il suo rapporto con la classe lavoratrice, in modo da riflettere la variegata realtà del socialismo di mercato. Così, il Partito comunista deve rappresentare non solo gli interessi della maggioranza del popolo considerato nel suo insieme, ma anche esprimere l'orientamento culturale (e quindi del mondo intellettuale) e le istanze delle forze produttive avanzate, ivi comprese quelle dell'economia privata. Sul tema v. Jiang Zemin, *Selected Works*, vol. 3, Pechino, 2013 e Ding Junping, "三个代表" 思想源流和理论创新 (*L'origine e lo sviluppo della teoria delle "Tre Rappresentanze"*), Pechino, 2012.

Come notato da uno dei massimi esperti mondiali di diritto cinese, la recente storia delle riforme giuridiche in Cina può anche essere letta alla stregua del solito moto oscillatorio fra periodi di maggiore enfasi sulla legalità "dura" e sulla giuridicizzazione dei rapporti a fini di livellamento dei conflitti, e periodi di ritorno a canali extragiudiziali, oppure politici, di risoluzione delle controversie[70]. Vi è infatti, nel diritto cinese, un curioso paradosso che pare riproporsi ciclicamente: l'affermazione di paradigmi legali di gestione del conflitto, e quindi l'enfasi sull'attribuzione e tutela di diritti soggettivi ai privati, rischia di approfondire le fratture sociali, inevitabile riflesso dell'espansione economica e dell'aumento delle diseguaglianze, e quindi mettere a repentaglio la tenuta del potere[71]. D'altro canto, l'arretramento della legalità e l'avanzamento di forme politiche, consensuali, concertative di composizione dei conflitti possono garantire una maggiore stabilità politica, ma solo a prezzo di diverse concessioni, come un'alta spesa pubblica in termini di sussidi, prebende, ecc. o un approccio decisamente lasco verso l'applicazione di determinate normative in materia civile, penale o economica.

Una ricostruzione oleografica della situazione indurrebbe ancora una volta a ricordare l'accusa dei legisti ai confuciani, legata al nepotismo, al familismo ed alla corruzione insiti nel sistema di governo "morale" patrocinato dai secondi; di converso, i confuciani vantano un ruolino di maggior successo quanto a persistenza nel tempo e prosperità delle dinastie che a loro si sono ispirati, laddove invece la dinastia legista per eccellenza, quella Qin, si è estinta in brevissimo tempo dopo aver realizzato l'unificazione politica della Cina.

La realtà, ovviamente, va ben oltre. Un dato di fatto sono le dimensioni geografiche della Cina, la varietà dei suoi contesti produttivi, le tendenze localiste dei poteri provinciali, municipali, di villaggio[72]. L'*enforcement* selettivo del diritto così come l'allocazione diversificata delle risorse finanziarie tramite sussidi sono, in fondo, meccanismi di compensazione per garantire quantomeno un coordinamento dello sviluppo[73]. Del resto, anche stagioni segnate da riforme legislative di

---

70 B.L. Liebman, *Legal Reform: China's Law-Stability Paradox*, in 143 *Dædalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 2014, p. 96 ss.

71 *Ibidem.*

72 Zhou Li-An, *Incentives and Governance: China's Local Governments*, cit.

73 *Ibidem.*

ampio respiro o da momenti di enfasi verso paradigmi di *rule of law* all'occidentale hanno visto la contemporanea presenza di istituzioni giuridiche ed economiche prosperate in veri e propri vuoti legislativi garantiti quasi esclusivamente dai rapporti di concertazione fra autorità politiche e operatori economici. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle Township and Village Enterprises, vero motore della crescita cinese tra gli anni 1980 e 1990[74], o alle Zone economiche speciali, per diverso tempo gestite da autorità locali in base a cosiddetti assegni in bianco del potere centrale[75].

3.1. La svolta morale sotto la segreteria di Xi Jinping. La sintesi di legge e virtù

Una delle maggiori ambizioni della *leadership* di Xi Jinping pare essere proprio quella di ricondurre ad unità l'approccio "duro" e quello "morbido" alla legalità in funzione di composizione dei conflitti oppure, se si vuole, l'approccio "para-confuciano" con quello "para-legista", senza disdegnare qualche afflato moista.

Che la legalità e la giuridicizzazione delle relazioni siano un cavallo di battaglia del progetto politico di Xi è noto da tempo. Sin dai primi anni del suo mandato, di pari passo con la lotta alla corruzione, il *fazhi* diveniva sempre più centrale nella narrativa dello sviluppo cinese, e si affermava come paradigma interno della stessa *governance* del Partito comunista[76]. Al contempo, tuttavia, si riaccendeva l'enfasi sull'esercizio virtuoso del potere e sull'utilizzo della virtù quale mezzo per il governo del Paese[77].

A ben vedere, tuttavia, non si tratta, questa volta, di una virtù pienamente "confuciana", quanto piuttosto di un'operazione selettiva ed interpretativa della cultura del governo cinese così da rendere il para-

---

[74] He Kang (a cura di), *China's Township and Village Enterprises*, Pechino, 2006.

[75] G. Sabatino, *Zone economiche speciali ed internazionalizzazione del capitalismo di stato cinese: tendenze recenti nel prisma del diritto internazionale dell'economia*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2020, p. 1085 ss.

[76] Peng Zhongli, 论社会矛盾化解的法治方式 (*Sui metodi dello Stato di diritto per la risoluzione delle contraddizioni sociali*), cit.; Song Gongde, 党内法规学 (*Diritto interno del Partito*), Pechino, 2020 ed E. Smith, *The Conception of Legality under Xi Jinping*, in R. Creemers e S. Trevaskes (a cura di), *Law and the Party in China*, Cambridge, 2020, p. 97 ss.

[77] Wu Guopin, Zhang Shutong, 习近平以德治国与依法治国思想相结合之实施路径研究 (*Ricerca sul cammino dell'implementazione del pensiero di Xi Jinping sulla combinazione tra governo secondo il diritto e governo secondo la virtù*), in *Haixia faxue*, 2, 2020, p. 27 ss.

digma del governo secondo virtù funzionale all'applicazione di standard di comportamento consoni alle linee guida "etiche" imposte dal Partito comunista[78]. Così facendo, peraltro, si persegue la piena integrazione fra diritto e virtù, con una relazione fra i due termini invertita rispetto al paradigma confuciano.

Sono molti, del resto, i tratti del diritto cinese contemporaneo che indicano una profonda attenzione verso la codificazione e legificazione di veri e propri paradigmi etico-morali, prima esistenti magari solo a livello di crittotipi. Fra di essi, si possono citare i cosiddetti valori fondamentali del socialismo (*shehui zhuyi hexin jiazhi guan*) di cui all'art. 1 del Codice civile cinese, utilizzati anche quale canone interpretativo di altre norme di diritto civile[79]. Ancora, il cosiddetto principio verde di cui all'art. 9 del Codice è diretta espressione di quel progetto di civiltà ecologica (*shengtai wenming*) sempre propugnato da Xi Jinping, ovviamente previo coordinamento con le strategie di sviluppo della nazione elaborate dai vertici politici[80].

Al di fuori del Codice, basterà citare la Legge sulla supervisione (*jiancha fa*) del 2018, collegata alla riforma costituzionale del medesimo anno, che disciplina il funzionamento delle Commissioni di supervisione a tutti i livelli amministrativi. Dotate di una competenza sulla carta assai vasta, che copre non solo soggetti propriamente pubblici ma anche le condotte di tutti coloro che esercitano attività connesse ad un pubblico interesse[81], le commissioni di supervisione sono tenute a valutare le condotte dei soggetti supervisionati sulla base della legge, ma anche sulla base della loro moralità (*daode*)[82].

Si è quindi di fronte ad una moralità diversa da quella propria della «società socialista armoniosa» sponsorizzata dal pensiero del precedente *leader* Hu Jintao. Nel pensiero di Xi, il nesso fra moralità e diritto pare declinarsi soprattutto nella necessità etica di garantire la fede nel-

---

78 *Ibidem*.

79 Li Hong, 社会主义核心价值观融入民法典的理论意蕴 (*Le implicazioni teoriche dell'integrazione dei valori fondamentali del socialismo nel codice civile*) in 45 *Journal of Henan Normal University (Philosophy and Social Sciences)*, 2018, p. 65 ss. e Li Zequan, 社会主义核心价值观融入法规的基本形式 (*La forma basilare dell'integrazione dei valori fondamentali del socialismo nelle regole giuridiche*), in *Zhejiang Academic Journal*, 2018, p. 38 ss.

80 Tao Kaiyuan 以习近平生态文明思想为指引切实贯彻实施《民法典》绿色条款 (*L'implementazione effettiva delle clausole verdi del codice civile con il pensiero di Xi Jinping sulla civiltà ecologica come guida*), in *Falü shiyong*, 2020, p. 3 ss.

81 Cfr. art. 15 della Legge sulla supervisione.

82 Cfr. art. 11 della Legge sulla supervisione.

la legge in quanto espressione di una moralità non astratta, ma concreta, veicolata dalla volontà del potere politico e del partito guida[83]. A questo progetto si prestano, del resto, le stesse istituzioni giudiziarie, ad esempio con l'emanazione, congiunta da parte della Suprema corte del popolo e del Ministero di pubblica sicurezza, delle Opinioni sulla risoluzione dei conflitti sociali attraverso la detenzione giudiziale (2016)[84]. Oltre a confermare il necessario ruolo pedagogico del diritto, con riferimento al rapporto con i detenuti[85], le Opinioni si concentrano evidentemente sul ruolo della pena quale strumento di neutralizzazione del conflitto e anche quale strumento di mediazione sociale.

Nell'altra metà del cielo, invece, la ricostruzione delle istituzioni di governo "virtuose" sembra passare soprattutto per la capacità di costruire figure autorevoli in grado di coniugare l'aderenza alla linea del partito, il rispetto della normativa con un'abilità di risoluzione delle controversie anche *praeter legem*. Uno dei maggiori esempi viene dai tentativi di riforma della *governance* locale, specie nei villaggi delle campagne, con la promozione di figure di veri e propri «saggi» (chiamati *xinxiangxian*)[86].

La presenza di tali soggetti è ormai abbastanza diffusa nei villaggi di diverse province della Cina, ed ogni villaggio può avere più di un saggio, specializzato in materie differenti[87]. Si tratta perlopiù di pensionati o comunque anziani, che hanno svolto lavori di riconosciuto prestigio come funzionari pubblici, quadri di partito, professori universitari, ecc. Una volta tornati al villaggio per trascorrere la vecchiaia, vengono investiti dai comitati degli abitanti di un'autorità morale ma anche politica funzionale alla risoluzione delle controversie, che sono gestite dai *xinxiangxian* con metodi apparentemente molto concilianti,

---

83 D. Lin e S. Trevaskes, *Law–Morality Ideology in the Xi Jinping Era*, in R. Creemers e S. Trevaskes (a cura di), *Law and the Party in China*, cit., p. 121 ss.

84 关于开展司法拘留社会矛盾化解工作的意见, Comunicazione no. 25/2016 della Suprema corte del popolo.

85 Sez. 1.

86 Yu Yuhe, Lei Yuanyuan, 以法治、德治助力村民自治的路径探析 (*Esplorazione delle modalità per aiutare l'autonomia degli abitanti dei villaggi sulla base del governo secondo la legge e del governo secondo la virtù*), in *Hunan jingcha xueyuan xuebao*, 1, 2019, p. 15 ss.

87 Conferme in merito all'esistenza e alle funzioni dei *xinxiangxian* sono state raccolte dall'A. anche in occasione di una conversazione avuta con un giovane allievo funzionario di partito nel giugno 2023 in occasione di una visita presso il villaggio di Tuoxie, nella provincia dello Hubei.

quali inviti a pranzo delle parti in lotta e appello ai loro valori comuni o alle loro relazioni, magari di parentela[88].

Ciò che potrebbe sembrare una riedizione del verbo confuciano non deve però indurre in tranelli: l'azione dei *xinxiangxian* è costantemente condizionata dalla legge. Certo, può supplire alle lacune di essa, come accennato prima, ma deve generalmente interpretare la preservazione dei valori "virtuosi" alla luce dell'etica normativa statuale e di partito. Così, la dottrina non fa fatica a riconoscere nella virtù un criterio di «ammorbidimento» del diritto positivo[89]. E, del resto, la promozione del governo secondo virtù a livello locale deve fondarsi anzitutto sulle attività di educazione, coordinamento e supervisione esercitate dai funzionari di partito[90].

4. La mutazione nell'approccio alla risoluzione dei conflitti di interesse. L'esempio del diritto economico

Il Codice civile cinese, entrato in vigore nel 2021, ha abolito la disposizione di cui al vecchio art. 52 della Legge sui contratti del 1999, che prevedeva, tra le altre ipotesi, la nullità del contratto in caso di contrasto con gli interessi nazionali (*guojia liyi*). Sebbene si trattasse di un'ipotesi poco applicata nella pratica, essa poteva facilmente essere interpretata quale presenza, pur in forma sussidiaria, di un'incidenza della pianificazione economica sul diritto cinese dei contratti[91].

Sul piano della politica del diritto economico, quindi, la sparizione di una tale ipotesi di nullità parrebbe manifestare non solo un ulteriore

---

88 Chen Hanfei e Gao Qicai, 新乡贤参与乡村治理的作用分析与规制引导 (*Analisi del ruolo e orientamento regolamentare dei xinxiangxian che prendono parte al governo dei villaggi*), in *Qinghua faxue*, 4, 2020, p. 5 ss.

89 Hou Hongwei, Ma Peiqu,"自治、法治、德治"三治融合体系下治理主体嵌入型共治机制的构建 (*Costruzione di un meccanismo di co-governo integrato con i soggetti della governance nel quadro dell'integrazione fra "autonomia, governo per mezzo del diritto e governo per mezzo della virtù"*), in *Huanan shifan daxue xuebao*, 6, 2018, p. 141 ss.

90 Si v. ad esempio la Comunicazione del governo municipale di Xinzhou sul rafforzamento del sistema di governo che combina governo per mezzo del diritto e governo per mezzo della virtù nell'autonomia rurale (忻州市人民政府关于进一步加强农村自治法治德治相结合治理体系的通知), pubblicata il 9 settembre 2019.

91 G. Sabatino, *Il nesso giuridico tra piano e contratto nel diritto della Repubblica Popolare Cinese*, in *Dpce Online*, 2020, p. 3225 ss. Tale incidenza era invece al centro della Legge sui contratti economici del 1982, su cui v. M. Timoteo, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, 2004, p. 281 ss. ed E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra legge e dottrina*, Roma, 2020, p. 47 s.

arretramento dei residui di modelli sovietici di gestione dei rapporti produttivi, ma anche la rinuncia ad uno strumento diretto ed univoco di composizione dei conflitti fra autonomia dei privati ed interessi nazionali.

In effetti, il nuovo codice civile, nel disciplinare i casi in cui un contratto violi gli interessi nazionali, prevede che

> se le parti approfittano del contratto per porre in essere un atto che mette in pericolo gli interessi pubblici e quelli dello Stato, l'autorità di supervisione del mercato e altre autorità amministrative competenti sono responsabili del controllo e dell'intervento in conformità con le disposizioni di legge e dei regolamenti amministrativi (art. 534)[92].

Nello scarto fra queste due norme, quella del 1999 e quella del 2021, è possibile rinvenire, simbolicamente, il percorso di trasformazione che ha interessato e sta interessando il sistema di diritto economico in Cina, e che vede nell'affermazione ed interpretazione di un principio di inclusività il suo nucleo strategico[93].

Partendo dal presupposto della necessaria adattabilità del socialismo di mercato alla multiformità delle relazioni economiche[94], il diritto cinese della pianificazione economica si è sforzato di acquisire una dimensione comunicativa decisamente più orizzontale rispetto alla verticalità burocratica del periodo *ante* riforme[95]. In concreto, questo si traduce nel coinvolgimento, nei processi decisionali, di una serie di attori che spaziano dagli operatori economici pubblici e privati alle associazioni industriali alle associazioni della società civile alle università ai gruppi di ricerca privati, ecc. Da un lato, è un meccanismo finalizzato ad eliminare, per quanto possibile, le asimmetrie informative tipiche dei processi di pianificazione verticale; dall'altro lato, è un metodo funzionale per riaffermare una funzione di coordinamento della

---

92 La traduzione proposta è quella di M. Huang, in O. Diliberto, D. Dursi e A. Masi (a cura di), *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Pisa, 2020.

93 G. Sabatino, *Legal Features of Chinese Economic Planning*, in I. Castellucci (a cura di), *Saggi di diritto economico e commerciale cinese*, Napoli, 2019, p. 33 ss.

94 Yang Zixuan, 社会主义市场经济法律体系 (*Il sistema giuridico dell'economia socialista di mercato*), in *Zhongwai faxue*, 55, 1998, p. 18 ss.

95 Sul tema v. Peng He, *Chinese Lawmaking: From Non-communicative to Communicative*, Cham, 2014.

leadership politica e di partito, il quale appunto si fa espressione di tutte le componenti della società cinese[96].

Al tempo stesso – e questo è un dato di crescente rilevanza negli ultimi anni – questo tipo di "centralismo democratico-confuciano", sempre in bilico fra gerarchia e confronto, rappresenta uno strumento a disposizione del governo centrale per esercitare, per quanto possibile, un controllo nei confronti dei governi locali, e quindi un ulteriore freno contro il localismo delle politiche per lo sviluppo. Quanto detto è tanto più importante se si pensa all'elevato livello di debito pubblico dei governi locali in Cina, in gran parte conseguenza di politiche di pianificazione incentrate sull'esborso di sussidi, sui crediti agevolati, sui benefici fiscali[97]. In effetti, il controllo sulle capacità di contrarre debiti da parte dei governi locali è concepito dalla dottrina cinese quale componente essenziale della più ampia dimensione operativa di quel diritto allo sviluppo (*fazhan quan*), individuato alla stregua di una dimensione essenziale del moderno diritto economico (*jingji fa*)[98].

La natura del diritto economico, un tempo incentrato essenzialmente sulla disciplina dei rapporti fra proprietà (esclusivamente pubblica o collettiva), contratto e piano, si è ormai in gran parte ritirato dall'alveo delle tradizionali categorie civilistiche per ritagliarsi un proprio specifico campo di autonomia anche concettuale. A partire dal suo collocamento, quantomeno ad opera della dottrina cinese, nel campo del diritto pubblico[99], esso si identifica precipuamente con una funzione di coordinamento, supervisione ed armonizzazione degli interessi privati e nazionali, che interessa non solo le regole della pianificazione, ma anche il diritto della concorrenza, il diritto bancario e assicurativo, il diritto dei consumatori; tutti settori che, peraltro, nel diritto cinese vivono ancora in larghissima parte sulla base di meccanismi pubblicisti-

---

96 G. Sabatino, *I paradigmi giuridici della pianificazione per lo sviluppo*, Napoli, 2022, *passim*; S. Heilmann e O. Melton, *The Reinvention of Development Planning in China, 1993-2012*, in 39 *Modern China*, 2013, p. 580 ss. e Wang Shaoguang e Yan Yilong, *A Democratic Way of Decision-Making: Five Year Plan Process in China* (中国民主决策模式，以五年规划制定为例), Pechino, 2016.

97 Y. Guo e J. Mao, *Local Government Debt Governance in China in the Past 70 Years: Review and Prospect*, in *China Finance and Economic Review*, 2019, p. 49 ss.; Z. Li et al., *The Political Economy of China's Local Debt*, in *The China Quarterly*, 2023, p. 1 ss. e A.Y. Liu, J.C. Oi e Y. Zhang, *China's Local Government Debt: The Grand Bargain*, in *The China Journal*, 2022.

98 Zhang Shouwen, 发展法学—经济法维度的解析 (*Diritto dello sviluppo. Analisi di una dimensione del diritto economico*), Pechino, 2021, p. 82 ss.

99 Zhang Shouwen, 经济法 (*Diritto economico*), Pechino, 2018.

ci ed amministrativi[100]. Manca, ad esempio, una compiuta normazione privatistica degli effetti della violazione dei diritti del consumatore sul contenuto e sulla validità dei contratti. Salvi i diritti al risarcimento, il sistema di protezione è essenzialmente pubblicistico, ad opera degli organi di supervisione del mercato preposti[101].

Ecco allora che il nuovo art. 534 del Codice civile, letto nella prospettiva del diritto economico cinese contemporaneo, non appare più un arretramento del formante pianificatorio, né una riduzione del campo di incidenza degli interessi nazionali sulle relazioni contrattuali. A ben vedere, l'abolizione della nullità per contrasto con gli interessi dello Stato di cui al vecchio art. 52 della Legge sui contratti e la sua sostituzione con una funzione di monitoraggio ad opera degli organi competenti, non fa che completare il processo di internalizzazione di possibili conflitti fra Stato ed operatori economici, collocandolo interamente entro l'alveo dei rapporti istituzionali fra imprese e poteri pubblici e sottraendo, anche simbolicamente, al giudice il potere di risolvere il conflitto stesso dichiarando la nullità del contratto.

4.1. Conflitto, Stato ed economia privata. Gli ultimi sviluppi

L'afflato "inclusivo" del diritto economico cinese è sicuramente un tratto connotante degli ultimi decenni, ma non va enfatizzato. Soprattutto, deve rilevarsi come la seconda stagione della segreteria di Xi Jinping (dal 2017 in poi) abbia disseminato indizi circa ripensamenti ed aggiustamenti nei confronti di un modello di coordinamento e pianificazione economica troppo sbilanciato sul lato della spesa pubblica, proprio al fine di compensare i rispettivi interessi in gioco. Come già detto, l'idea è che né le casse dei governi né le risorse di un'economia cinese oramai avanzata e quindi sempre meno rapida nella crescita possano sostenere nel lungo termine i costi finanziari ed istituzionali delle armonizzazioni dei conflitti. A tutto ciò si aggiunga la "svolta morale" prima considerata.

Pertanto, il frutto più recente del diritto economico cinese è il tentativo di rafforzare la soggezione istituzionale dell'economia privata alle linee guida del Pcc secondo il doppio canale di una sempre mag-

---

[100] *Ibidem.*

[101] Per una panoramica sul diritto dei consumatori cinese v. F. Panza e H. Junhong, *Il nuovo diritto dei consumatori in Cina*, Napoli, 2014.

giore selettività degli aiuti e di un potenziamento delle responsabilità connesse alla *membership* del Partito da parte degli imprenditori[102]. È questo spirito ad informare le «Opinioni sul rafforzamento del lavoro del fronte unito nell'economia privata nella nuova era» del settembre 2020[103]. In esse, uno strumento fondamentale per l'approfondimento di questo rapporto strategico è costituito dall'educazione politica degli imprenditori. Da un lato vi è quindi una spinta alla promozione e pubblicizzazione delle attività e dei prodotti teorici ed ideologici del Pcc, ossia i principali documenti di *policy*, le prese di posizione, i comunicati[104]. Dall'altro lato vi è l'organizzazione di attività concrete, di eventi tematici, di occasioni di insegnamento e di educazione condotte dai funzionari del Partito. Si individuano altresì degli "esempi" rilevanti che possano fungere da oggetto per questi eventi educativi, come i problemi e le esperienze dello sviluppo in alcune regioni più povere del Paese, o le traiettorie dei decenni di riforme[105].

La funzione pedagogica della *governance*, pienamente integrata nel sistema di *leadership* politica, si riafferma in tutta la sua potenza. La qualificazione morale degli operatori economici privati passa anche per l'insegnamento all'autocontrollo di parole ed azione, per la conduzione di uno stile di vita moralmente appropriato e per la costruzione di una rete di relazioni virtuose[106].

Sembra quindi davvero che, da un moto oscillatorio fra centralizzazione e decentramento, armonizzazione ed appiattimento dei conflitti, il diritto economico cinese sia entrato, almeno in questi anni, in una ancora più complessa fase di equilibrismo fra i diversi approcci alla risoluzione dei conflitti di interesse, ancora una volta però giocata in gran parte sulle dinamiche organizzative ed istituzionali (in senso ordinamentale) del sistema[107].

La distanza con il materialismo dialettico marx-engelsiano appare, oggettivamente, notevole. Il rafforzamento dell'autorità rispetto all'armonia nella definizione del bilanciamento fra gli interessi economici

---

[102] Sul tema v. X. Yan e J. Huang, *Navigating Unknown Waters: The Chinese Communist Party's New Presence in the Private Sector*, in 17 *China Review*, 2017, p. 37 ss.

[103] 关于加强新时代民营经济统战工作的意见.

[104] Par. 6 delle Opinioni.

[105] Par. 7 delle Opinioni.

[106] Parr. 8-9.

[107] Sulla matrice istituzionalistica del diritto dell'economia v., in generale, G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Milano, 2017.

sembrerebbe ricordare di più un tentativo di rileggere, con occhiali contemporanei, il tradizionale approccio corporativista della *governance* asiatica[108], con forte accento sul ruolo dei corpi sociali intermedi (comunità locali, imprese pubbliche e private, ecc.) e con il supporto decisivo di strutture costituzionali fondate sul centralismo democratico, questo sì derivato da modelli sovietici.

5. Conclusioni

Come ricordato in apertura, se lo spirito della cultura giuridica cinese è tendenzialmente avverso al conflitto, ciò non dipende solo e tanto né da un'assenza di consapevolezza dell'esistenza dei conflitti stessi, né da una ineliminabile fiducia nell'armonia come criterio ultimo di ordinamento del mondo. Oltre qualsiasi figura retorica ed aderendo ai presupposti antropologici del diritto cinese, non può che osservarsi come esso condivida con numerose altre culture una preferenza per l'adattabilità della regola, per la flessibilità della regola, per criteri ordinativi e non dialettici di composizione delle divergenze[109]. Allo stesso tempo, così come in altre culture, il pensiero cinese ha distinto, criticato, reinventato questi paradigmi di governo sociale, fissando delle coordinate concettuali che, tra moti oscillatori, hanno caratterizzato sino alla contemporaneità il dibattito interno sulle opzioni di *governance*.

Da questa prospettiva non vi è quindi nulla di "speciale" nel percorso che ha seguito il pensiero cinese, e questo è tanto più evidente oggi, allorché l'approccio cinese di fronte al conflitto diviene, un po' deliberatamente un po' per un moto della storia, un'opzione alternativa di gestione delle relazioni e della cooperazione internazionali. Iniziative come la «Nuova via della seta» trovano fondamento giuridico in una vasta gamma di strumenti programmatici, di *soft law*, come ad esempio i cosiddetti *Memorandum of understanding* (Mou), sotto l'egida dei quali governi ed operatori economici definiscono piani, stipulano trattati bilaterali di investimento ed avviano progetti, il tutto, spesso, senza normazioni dettagliate, ma proprio sulla base di connessioni istituzionali[110].

---

[108] T. Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship: Comparative Law and Development Theory in a Chinese Perspective*, in 52 *Stanford Law Review*, 2000, p. 1599 ss.

[109] P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, cit.

[110] G. Martinico e X. Wu (a cura di), *A Legal Analysis of the Belt and Road Initiative*, London, 2020; H. Wang, *China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability*, in 22 *Journal of International Economic Law*, 2019, p. 29 ss. e H. Wang,

Al tempo stesso, la posizione cinese in merito ai criteri di reggimento dell'ordine globale certifica, ovviamente solo sul piano dei rapporti interstatuali, una devozione quasi sacrale al riconoscimento delle differenze e delle complessità, precludendo di fatto qualsiasi decisiva affermazione aprioristica di valori universali[111]. A ciò fa da specchio, come già ricordato, un quadro interno in costante evoluzione ma tendente ad un rafforzamento di una statualità etica non già statica e fissa, ma dipendente in maniera decisiva dalle elaborazioni concettuali, mutevoli nel tempo, della *leadership* politica del paese.

Se a qualcuno questo quadro dovesse sembrare contraddittorio e schizofrenico, in fondo non c'è da stupirsi. È nell'accettazione e comprensione di questa contraddittorietà che il diritto cinese vuole trovare il limite alla trasformazione della contraddizione in conflitto[112]. Al contempo, le medesime considerazioni proiettano la cultura giuridica cinese sul piano delle relazioni internazionali, con conseguenti problemi di comprensione ed interpretazione da parte degli osservatori provenienti da contesti profondamente diversi.

The Belt and Road Initiative Agreements: Characteristics, Rationale, and Challenges, in 20 *World Trade Review*, 2021, p. 282 ss.

111 Si veda il Libro bianco *A Global Community of Shared Future: China's Proposals and Actions*, presentato dal governo cinese nel settembre 2023.

112 Peng Zhongli, 论社会矛盾化解的法治方式 (*Sui metodi dello Stato di diritto per la risoluzione delle contraddizioni sociali*), cit.

La privatizzazione del conflitto politico. Aborto, armi da fuoco e cambiamento climatico nell'esperienza statunitense

Lorenzo Serafinelli

1. Considerazioni introduttive

L'impiego dei tribunali civili e del diritto privato come veicoli di composizione (o in alcuni casi di alimentazione) dei conflitti politici e sociali è oggi un argomento attuale non solo negli Stati di giurisdizione, ma anche in quelli di legislazione.

La questione è particolarmente avvertita nello spazio europeo, dal momento che l'istituto dell'illecito civile viene impiegato in numerose controversie volte a fronteggiare il cambiamento climatico dinanzi ai tribunali di diversi Stati. Esemplificativa, in tal senso, è l'esperienza italiana, dove due recenti iniziative, una contro lo Stato e la seconda contro Eni, assunte rispettivamente dall'Associazione "A Sud" e da Recommon-Greenpeace, testimoniano l'emergere pure nel nostro ordinamento di sensibilità nuove rispetto all'utilizzo del diritto privato (*sub specie*, della responsabilità aquiliana) quale catalizzatore di istanze inedite. E funzionali al riconoscimento di parimenti inediti diritti, primo tra gli altri quello delle future generazioni a un clima stabile. Strumento cardine della nuova tendenza, lo si diceva, è la responsabilità civile, che, segnatamente in quadri normativi informati al principio della (tendenziale) atipicità dell'illecito, si presta ad abbracciare eterogenee forme di interessi.

Tutto questo sollecita a rivolgere lo sguardo comparatistico all'esperienza campione dell'utilizzo della responsabilità extracontrattuale per propositi latamente di regolazione: gli Stati Uniti d'America. L'interesse nutrito nei loro confronti è accresciuto dalle conseguenze pratiche e dai punti di caduta che il trittico di sentenze

del giugno 2022 della Corte suprema su armi, clima e aborto sta producendo e produrrà sulla dorsale della *tort litigation*.

Il presente lavoro sarà strutturato in modo tale che per ogni tematica trattata si riporteranno le ricadute ricreate dalle pronunce sul fronte del diritto privato. Per ciò che concerne la materia climatica, la decisione di sostenere l'inesistenza di un *regulatory power* in capo all'*Environmental protection agency* (Epa) con riferimento alla regolazione delle emissioni di gas climalteranti delle società produttrici di energia elettrica potrebbe condurre, per i motivi che diremo, a una peculiare configurazione della *climate change tort-related litigation*. Per quanto interessa le armi da fuoco, all'oltremodo espansiva interpretazione del diritto di portare armi resa dalla Corte suprema, si assiste già e si assisterà sempre più all'emersione di iniziative giurisdizionali tese a citare in giudizio i produttori di armi al fine di ridurne quanto più possibile il commercio e la vendita. Quando non proprio a tentativi (ad esempio in California) di imitare l'approccio *sue your neighbor* sotteso alla legge texana in materia di aborto così da incaricare i privati di monitorare la circolazione illegale di armi. Appunto, nel caso sull'aborto (l'ultimo deciso in ordine cronologico ma il primo in ordine di trattazione) la dichiarata insussistenza di un diritto federale all'interruzione della gravidanza coniugata alla declaratoria di inammissibilità nei confronti della richiesta di sospensione dell'operatività della legge texana è idonea a produrre due effetti. Da un lato, una frammentazione dell'accesso ai diritti civili nei differenti Stati, dall'altro, a emulazioni da parte degli Stati conservatori una diffusione di leggi simili a quella texana con il suo meccanismo di *private enforcement* che trasforma i cittadini in *vigilantes* di pratiche abortive illegali.

Volendo sin da subito anticipare le conclusioni, va detto che dalla disamina del contesto statunitense fuoriesce un quadro complesso e chiaroscurale. Se è vero che la *tort law* è impiegata come tentativo di colmare il vuoto politico e giudiziario federale ricreato ad arte dai *justice* nel campo delle armi e del clima, al contempo la discutibile disciplina texana in materia di aborto segnala i rischi dello scivolamento del conflitto sociale nel terreno del diritto privato. Il che costituisce un chiaro monito: lo strumento della responsabilità civile va maneggiato con cura e gli spazi ad esso lasciato per occuparsi dei conflitti sociali devono essere ragionati, ponderati e ben misurati. Altrimenti, un'eccessiva disinvoltura negli approcci rischia di far dimenticare come esso, proprio in quanto strumento

"neutrale" e pertanto idoneo a soddisfare le più eterogenee esigenze, possa tramutarsi in possente dispositivo per l'affermazione e la garanzia di interessi "conservatori". Lo testimonia il caso texano in materia di aborto, a cui conviene ora volgere la nostra attenzione.

2. Aborto

2.1. *Dobbs v. Jackson* e le sue implicazioni per il diritto privato

Il 24 giugno 2022 la Corte suprema ha pubblicato la sentenza nel caso *Dobbs v. Jackson*[1], determinando – a maggioranza di 6-3 – l'*overruling* dei consolidati precedenti *Roe v. Wade*[2] e *Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey*[3].

Com'è noto, negli Stati Uniti la materia dell'aborto, in assenza del varo di una legge federale *ad hoc*, era disciplinata dai due precedenti da ultimo citati, i quali avevano ricavato il diritto ad abortire dalla protezione della riservatezza in favore della donna. L'interruzione volontaria di gravidanza, come configurata prima in *Roe* e poi in *Casey*, era uno schema a diverse finestre temporali, scandite in trimestri, all'interno delle quali si operava un bilanciamento differenziato tra i due interessi antagonisti della donna ad abortire e del feto a nascere in base a quanto fosse progredito lo stato della gestazione. Di talché, tanto più si era vicini alla fase finale della gravidanza, tanto più era prevalente il secondo sul primo, e viceversa. Il perno attorno al quale ruotava l'intero sistema confezionato dai *justice* era la *viability*, ovverosia il termine di ventiquattro settimane a partire dal concepimento e creduto essere il momento in cui il feto è sufficientemente sviluppato da poter sopravvivere al di fuori dell'utero materno. Oltre tale termine l'interruzione volontaria di gravidanza veniva generalmente esclusa, pur ammettendosi casi di natura eccezionale là dove, ad esempio, il proseguire della gestazione avesse potuto attentare alla salute della madre. Prima del termine indicato, gli Stati rimanevano liberi di regolare la materia, con l'unico limite di non poter escludere completamente il diritto ad abortire[4].

---

1 597 U.S. ___ (2022).

2 410 U.S. 113 (1973).

3 505 U.S. 833 (1992).

4 V. A. Baraggia, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino, 2022, *passim*.

La pronuncia in *Dobbs* ha di fatto esautorato la precedente impostazione, rinfocolando il dibattito sul tema, reso ancor più aspro da una fuga di notizie prima della pubblicazione della decisione[5]. In estrema sintesi, la Corte suprema ha sancito l'incostituzionalità del criterio della *viability*, reputando pienamente legittima la legislazione del Mississippi che lo ha sostituito con quello dello "sviluppo fetale". Detto ultimo criterio impone il divieto di abortire quando «the probable gestational stage of the unborn human being has been determined to be greater than fifteen weeks»[6]. Sicché la pronuncia in esame attribuisce patente di legittimità ad una legge che punisce sul fondamento di una possibile maturazione del feto calcolato dal primo giorno dell'ultimo ciclo mestruale della donna incinta.

Dobbs ha attratto l'attenzione della dottrina, non solo statunitense, alla luce delle molteplici ed eterogenee implicazioni che reca con sé. La prima caratteristica che spicca è che l'opinione di maggioranza è informata a un'interpretazione di segno tradizionalista della *due process clause*. Il *due process traditionalism* postula la tutela dei diritti non espressamente previsti dalla Costituzione solo allorquando essi siano: profondamente radicati nella storia e nella tradizione del Paese; impliciti nel concetto stesso di libertà ordinata (*ordered liberty*)[7].

Dobbs ha poi suscitato interesse poiché: ha criticato i due precedenti *Roe* e *Casey* definendoli «egregiously wrong»[8]; produce l'effetto di inasprire le diseguaglianze tra Stati sull'accesso ai diritti civili[9]; mette a rischio la sopravvivenza dei diritti ricavati in via giurisprudenziale dagli emendamenti alla Costituzione (cosiddetti *penumbra rights*)[10]; modifica il criterio di scrutinio costituzionale, affermandosi che i giudici valuteranno le discipline statali sull'aborto adottando il più blando criterio della *rational basis* rispetto a quello imposto in *Casey* dell'*undue*

---

5 Ad es. www.politico.com/news/2022/05/02/read-justice-alito-initial-abortion-opinion-overturn-roe-v-wade-pdf-00029504.

6 *Gestational Age Act*, Miss. Code Ann. Par. 41-41-191 (2018).

7 Cfr. C. Sunstein, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, in L.C. Bollinger e G. Stone (a cura di), *Roe v. Dobbs: The Past, Present, and Future of a Constitutional Right to Abortion*, Oxford, 2024, p. 129 ss.

8 *Dobbs v. Jackson*, cit., *opinion of the Court*, p. 6.

9 V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson. Abortion Laws and Private Enforcement*, in *Dpce online*, 2023, n. Sp. 1, p. 249 ss., spec. p. 252.

10 *Dobbs v. Jackson*, cit., *concurring opinion*, *justice* Thomas, p. 3.

burden[11]; rimodula significativamente il ruolo della Corte in un *self-restraint* che delega agli Stati la regolamentazione della materia e che le fa perdere il carattere di potere contromaggioritario[12].

Oltre quanto fin qui riportato, vi è un ulteriore, e per certi versi maggiormente inquietante, aspetto da tenere a mente nella lettura delle recenti vicende relative all'aborto negli Stati Uniti. Difatti, la sentenza *Dobbs* deve essere letta assieme a una pronuncia di poco precedente con cui gli stessi *justice* hanno rigettato la richiesta di sospensione dell'operatività della legge texana in materia[13]. Il tutto, lo diremo, getta una luce sinistra sul futuro del diritto di abortire, e più in generale sul godimento dei diritti civili negli Stati Uniti.

2.2. Il *Texas Heartbeat Act* e l'introduzione di un sistema di taglie

La sostanziale traslazione del conflitto politico nell'alveo delle arene del diritto privato trova una sua recente emblematica espressione nell'approvazione della disciplina texana in materia di aborto. Il 1. settembre 2021 è entrato in vigore in Texas l'*Heartbeat Act* (Sb 8)[14], che ha introdotto nello Stato il divieto di abortire dopo il rilevamento dell'attività cardiaca o fetale (normalmente, dopo circa sei settimane dal concepimento).

Al fine di assicurare effettività al dettato legislativo, è stata predisposta una variante di *private enforcement*, istituto originariamente ideato per attribuire ai privati il potere di far valere in giudizio violazioni di leggi statali o federali così da assicurarne l'osservanza pur nell'inerzia o nell'impossibilità di intervenire dei pubblici poteri. Più precisamente, la legge texana ha previsto una sorta di sistema di taglie (un *bounty system*), sicché sono i cittadini, e non anche le autorità pubbliche, incaricati di vigilare sull'osservanza delle prescrizioni limitative delle pratiche abortive attraverso il ricorso alla *civil litigation* (divenendo così degli autentici *bounty hunter*). Per l'effetto, ai privati (sia residenti del Texas che non) i quali instaurino vittoriosamente un giudizio civile contro chi è ritenuto responsabile di una pratica abortiva vietata

---

11 Per queste e altre riflessioni, cfr. V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson*, cit., p. 254.

12 *Ibidem*.

13 *Whole Women's Health et al. v. Jackson et al.*, 594 U.S. ___ 2021.

14 Acts 2021, 87th Leg., R.S., Ch. 62 (S.B. 8), che ha emendato e integrato il Tex. Health and Safety Code Ann. ai Parr. 171.204(a), 171.207(a), 171.208(a)(2), (3).

è riconosciuto il diritto di pretendere la somma di 10.000 dollari. Al contrario, in caso di soccombenza la legge esonera gli attori-*vigilantes* dal rifondere ai convenuti le spese processuali.

Nel novero dei possibili convenuti rientra un ampio spettro di soggetti: i medici, il personale sanitario, i dirigenti delle strutture cliniche e finanche coloro che abbiano eventualmente accompagnato la donna ad abortire. Più in generale tutti coloro che effettuino aborti in spregio alla legge. Il novero, pur notevole, non include la donna. Circostanza che ben esemplifica il paradigma ispiratore della disciplina: i diritti riproduttivi, prim'ancora che afferenti alla sua sfera individuale, sono piuttosto un fatto collettivo pienamente riconducibile alla sfera di controllo dello Stato, da funzionalizzare in virtù degli interessi che esso – più o meno esplicitamente – persegue[15].

La configurazione di un meccanismo di attivazione da parte dei privati per il perseguimento di interessi pubblici (o che presentino interferenze pubblicistiche) gode oramai di una diffusa tradizione. Il settore della concorrenza è a tal fine particolarmente istruttivo: sia negli Stati Uniti che nell'Unione europea il *private enforcement* volto a intercettare e sanzionare pratiche distorsive del confronto competitivo è elemento che potremmo definire strutturale dell'assetto di economia di mercato[16]. L'assunto di fondo, condiviso da regolazioni in vari settori[17], è fondato sulla convinzione per cui i più interessati al rispetto dei regolamenti sulla concorrenza sono gli attori e gli operatori economici, in guisa che risulta quantomeno efficiente attribuire loro compiti e funzioni di polizia (*sub specie* economica)[18]. L'argomento cardine della citata tendenza devolutiva è stato nel senso che l'attivazione di forze estranee alla pubblica amministrazione permette di controbilanciare la concreta situazione di asimmetria informativa e di scarsità di risorse

---

[15] Per una disamina storica della funzionalizzazione dei diritti negli Stati Uniti, cfr. A. Somma, *Stato del benessere o benessere dello Stato? Giustizia sociale, politiche demografiche e ordine economico nell'esperienza statunitense*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2017, p. 417 ss.

[16] *Ex plurimis*, cfr. G.A. Benacchio, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2013, p. 16 ss.

[17] Quale quello dell'anticorruzione, ad esempio: cfr. W.T. Loris, *Private Civil Actions. A Tool for a Citizen-Led Battle against Corruption*, in 5 *World Bank Legal Review*, 2014, p. 437 ss.

[18] Cfr. S. Ferreri, *La rivincita del delatore. Il privato promotore di giustizia: dal private enforcement delle politiche antitrust alla legislazione del Texas sull'aborto. L'interesse individuale come strumento di pressione o cacciatori di taglie?*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2022, p. 295 ss.

(anche in termini di organico) che i pubblici poteri si trovano a scontare. Si è osservato che una cooperazione di segno virtuoso tra i diretti interessati al rispetto di talune prerogative, da un lato, e gli organi pubblici deputati alla loro tutela, dall'altro, mostra dei vantaggi indubbi e significativi per l'interesse generale coinvolto. Con il che si giunge a volte a giustificare persino l'immunità ai soggetti denuncianti ancorché abbiano preso parte all'illecito e ne abbiano tratto vantaggio[19].

Nonostante gli effetti benefici rilevati nel *private enforcement*, non può sottacersi che la devoluzione ai privati di compiti di polizia incrina gli assetti dello Stato contemporaneo, dove il presidio dei diritti è tendenzialmente appannaggio proprio dell'apparato pubblico. Sebbene le diverse forme di devoluzione privatistica di sorveglianza di interessi pubblici presentino dei tratti assolutamente particolari, e perciò il loro accostamento merita cautela[20], è difficile negare la presenza di una oltremodo trasversale crescita di forme devolutive da parte degli Stati, implicite o esplicite, più o meno consapevoli[21].

Si diceva di come discipline attributive ai privati del potere di rendere effettivi i loro dettami siano diffuse in ambiti eterogenei, e campioni di questa esperienza sono certamente gli Stati Uniti, sia a livello federale che statale. Si è già riportato che tale attribuzione ha solitamente ad oggetto un interesse che, se non propriamente pubblico (per esempio, l'anticorruzione), quantomeno tracima nel pubblico (o nel pubblicamente rilevante). Siffatta caratteristica è completamente assente nella disciplina texana: lì a legittimare l'attivazione del privato, al di là della carica morale che le è sottesa, è solo l'interesse materiale ed egoistico di ottenere il premio in denaro. Vieppiù in considerazione del fatto che non è richiesta in alcun modo una qualche forma di collegamento, neppure indiretto, tra il vigilante e la pratica abortiva oggetto della querela. Ciò vale a rendere il congegno del *private enforcement* texano pruriginoso e ancor più carico di un'aura sinistra. Rievoca, all'evidenza, momenti travagliati della storia statunitense: la caccia alle streghe, vecchia e nuova (dai roghi di Salem alle persecuzioni durante il maccartismo); il sistema delle patenti rilasciate ai cacciatori di taglie; infine, i meccanismi di denuncia degli schiavi in fuga.

---

[19] Come accade nel caso dei *whistle blower*: *ivi*, p. 296.

[20] *Ivi*, p. 295.

[21] È la stessa Autrice che, se da un lato richiama alla prudenza, dall'altro parla di «piano inclinato» e di «deriva» verso l'attivazione delle forze private: *ibidem*.

Al riguardo, benché la legge texana sia stata definita «senza precedenti»[22] e «inventiva»[23], non è mancato chi ha fatto convincentemente notare che negli Stati Uniti vi siano stati dei precedenti parimenti discutibili relativi all'attribuzione di "licenze" a privati affinché si attivassero per sopprimere il godimento di diritti attraverso l'instaurazione di controversie in tribunale[24].

Un analogo storico è rappresentato dalle due famigerate leggi sugli schiavi fuggitivi approvate dal Congresso nel 1793[25] e nel 1850[26]. I due *Act* citati hanno compromesso il diritto dei cittadini neri al giusto processo previsto dal 5. emendamento e il diritto all'*habeas corpus* per contestare le privazioni della libertà da parte del governo. Le leggi consentivano ai negrieri di assumere agenti per rintracciare persone fuggite dalla schiavitù negli Stati liberi. All'epoca della loro approvazione, nessuno contestava seriamente che gli afroamericani liberi dovessero godere dei diritti costituzionali alla libertà. E però le procedure delle leggi sugli schiavi fuggitivi erano state appositamente confezionate per aggirare altresì le libertà dei cittadini neri liberi. Secondo la disciplina del 1850, ad esempio, i procedimenti erano a dir poco sommari; una presunta persona schiavizzata non aveva diritto di parola in corte e le era precluso di poter testimoniare a proprio favore; un commissario riceveva 10 dollari se giudicava a favore del proprietario, mentre solo 5 se a favore della presunta persona schiavizzata; e non vi era alcuna supervisione giudiziaria. Si trattava di un congegno progettato per ottenere decisioni rapide a favore degli schiavisti, aggirando così le protezioni costituzionali.

Volendo passare a esaminare in dettaglio l'*Heartbeat Act*, occorre iniziare con l'enucleare i principali aspetti problematici della disciplina, che possono così sintetizzarsi: l'attivazione dei privati; il sistema delle taglie; l'assenza di un qualsivoglia collegamento tra il denunciante e la pratica abortiva; l'estensione a un ventaglio potenzialmente illimitato di soggetti responsabili.

---

22 *United States v. Texas*, 566 F. Supp. 3d 605 (W.D. Tex. 2021).

23 J. Filipovic, *Is the Texas Abortion Law Backfiring on the People Who Pushed It Through?*, in *The Atlantic*, 1. ottobre 2021.

24 A. Huq, *What Texas's Abortion Law Has in Common with the Fugitive Slave Act*, in *Washington Post*, 1. novembre 2021.

25 Fugitive Slave Act del 1793.

26 Fugitive Slave Act del 1850.

2.3. Segue: l'attivazione dei privati

La legge incarica in maniera esclusiva i privati cittadini di rendere effettive le sue prescrizioni, mentre le autorità pubbliche sono dispensate da ogni coinvolgimento. Se, a primo acchito, il modo di incedere può apparire controintuitivo, a una più ravvicinata analisi se ne scorge la logica diabolica: esso è proteso ad aggirare lo scrutinio delle corti federali sulla conformità a Costituzione dello *statute* texano. Nelle parole dell'opinione dissenziente resa nel caso *Whole Women's Health v. Jackson*, «a flagrantly unconstitutional law engineered to prohibit women from exercising their constitutional rights and evade scrutiny… by outsourcing enforcement of unconstitutional laws to its citizenry»[27].

Atteso che non è il potere pubblico chiamato a sorvegliare sul rispetto dei dettami legislativi, nessun individuo o associazione potrebbero citare in giudizio il Procuratore generale del Texas per sentir dichiarare l'illegittimità del suo operato, e a monte della legge. L'unico viatico possibile, viceversa, rimane quello di assumersi il rischio di violarla e contestarla in sede di contenzioso contro il *bounty hunter*[28]. Rischio che, tuttavia, in pochi hanno intenzione di correre: «In a study published in the New England Journal of Medicine[29], researchers conclude that the Texas abortion ban has had a chilling effect on a broad range of health care professionals, adversely affecting patient care and endangering people's lives»[30]. Si tratta di uno stratagemma che, coinvolgendo i privati nel perseguimento dell'illecito, mira a sottrarre il governo dello Stato alle critiche derivanti dall'applicazione della legge, così da operare un distanziamento tra le relative conseguenze e l'apparato pubblico[31].

Il tutto coadiuvato dagli ostacoli frapposti all'accesso alla giustizia federale. Difatti, in virtù del consolidato orientamento delle corti federali statunitensi, una pretesa di risarcimento avanzata da un qualsiasi individuo contro una clinica abortista sarebbe respinta a livello

---

27 *Whole Women's Health et al. v. Jackson et al.*, cit., *dissenting opinion*, pp. 1 e 4.

28 Cfr. M. Johnson, *The Texas Heartbeat Act: How Private Citizens Are Given the Power to Violate a Woman's Right to Privacy through an Unusual Enforcement Mechanism*, in 23 *Georgetown Journal of Gender and the Law*, 2021, p. 1 ss., spec. p. 3.

29 W. Arey *et al.*, *A Preview of the Dangerous Future of Abortion Bans – Texas Senate Bill* 8, in 387 *New England Journal of Medicine*, 2022, p. 388 ss., spec. p. 389.

30 Così M. Goodwin, *Complicit Bias and the Supreme Court*, in 136 *Harvard Law Review*, 2022, p. 119 ss., spec. p. 158.

31 Cfr. S. Ferreri, *La rivincita del delatore*, cit., p. 298, nt. 10.

di giustizia federale per mancanza di legittimazione ad agire ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione degli Stati Uniti. L'articolo citato limita l'intervento del potere giudiziario alla risoluzione di «casi» e «controversie» nelle quali la parte attrice abbia subito (*rectius*, affermi di aver subito) un danno concreto[32].

In *Lujan v. Defenders of Wildlife*[33], la Corte suprema ha stabilito che i danni indiretti o speculativi non conferiscono la legittimazione ad agire: nel caso dal quale è originata la pronuncia, i ricorrenti hanno tentato di utilizzare una disposizione dell'*Endangered Species Act* che autorizzava qualsiasi persona ad avviare un'azione civile per proprio conto al fine di punire qualsiasi soggetto, compresi gli Stati Uniti e qualsiasi altro ente o agenzia governativa, che si presuma violi una qualsiasi disposizione della normativa[34]. Gli attori avevano contestato un regolamento emanato dall'Interior department poiché, a loro dire, non prevedeva adeguate cautele nei confronti delle specie in via di estinzione. Nonostante ciò, la Corte suprema ha concluso che il danno lamentato era speculativo e pertanto inidoneo a legittimare l'azione[35].

In sostanza, sulla scorta della pronuncia in *Lujan*, i tribunali federali avrebbero buon gioco a ritenere che un *bounty hunter* anti-abortista non ha sofferto di un danno concreto, con il conseguente difetto di legittimazione ad agire. Come si è accennato, l'articolo 3 si riferisce in modo esclusivo alla giurisdizione federale, non trovando applicazione nelle cause instaurate dinanzi ai tribunali statali. Di conseguenza, le norme sulla legittimazione ad agire del Texas potrebbero in teoria essere sufficientemente ampie da riconoscere la legittimazione ad agire per le richieste proposte in base al *Texas Heartbeat Act*.

Al contrario delle leggi anti-aborto a cui l'esperienza ci ha abituato, dove è il governo a essere il guardiano della loro applicazione, qui il presidio è affidato ai privati. Così si giunge al paradossale risultato che anche chi è contrario alla disciplina si ritrova costretto a trasformarsi in vigilante al fine di metterne in discussione la costituzionalità. È quanto accaduto, ad esempio, all'avvocato Oscar Stilley e a Felipe Gomez, i quali hanno convenuto in giudizio un medico, il dottor Braid, al fine

---

[32] Sul tema, V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson*, cit., p. 258 s.

[33] 404 U.S. 555 (1992) con commento di V. Barsotti, *La sentenza Lujan della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, p. 1175 ss.

[34] 16 U.S.C. nn. 1531-1544 (1988).

[35] *Lujan*, cit.

di poter stimolare in sede giudiziale lo scrutinio di costituzionalità sulla legge texana. Benché i due si professino contrari alla legge, hanno comunque dovuto attivare il meccanismo di *private enforcement* onde tentare di inficiarne la validità in sede giurisdizionale[36].

Eloquentemente, nella *dissenting opinion* in *Dobbs v. Jackson* si legge che «as Texas has recently shown, a State can turn neighbor against neighbor, enlisting fellow citizens in the effort to root out anyone who tries to get an abortion, or to assist another doing so»[37]. Insomma, il meccanismo di applicazione promuove il vigilantismo con la creazione di un sistema di taglie e il riconoscimento di un premio di 10.000 dollari a chiunque inizi un giudizio contro un soggetto ritenuto di aver effettuato una pratica abortiva illegale. Questo ha dato la stura all'emersione di iniziative fantasiose da parte delle associazioni anti-abortiste. Ad esempio, l'organizzazione *Texas Right to Life* aveva annunciato di voler lanciare un sito web per consentire in forma anonima alle persone di riportare di essere venute a conoscenza di un aborto praticato in spregio alla legge. Il sito non è mai entrato in funzione, asseritamente per problemi tecnici che l'associazione non ha saputo risolvere[38].

2.4. Segue: l'assenza di un danno diretto subito dal denunciante e l'ampio novero dei legittimati passivi

Si è già avuto modo di accennare che la disciplina non impone al querelante di provare l'esistenza di un rapporto o di un legame diretti con chi ha abortito o ha reso possibile l'aborto. Si tratta di una peculiarità unica che accresce il grado di vigilantismo insito nell'*Heartbeat Act*. L'impiego della formula «qualsiasi persona» per riferirsi ai legittimati attivi senza che ne sia data una definizione chiarificatrice apre le porte a un novero potenzialmente illimitato di soggetti, sia cittadini che non dello Stato texano.

Il meccanismo è stato ben illustrato da Melissa Murray, docente di diritto alla New York University: stando a quanto da lei ricostruito, se un barista in un caffè dovesse sentire una donna parlare del suo

---

[36] Cfr. M. Johnson, *The Texas Heartbeat Act*, cit., p. 8.

[37] *Dobbs v. Jackson*, cit., *dissenting opinion*, p. 3.

[38] Il dominio del sito era emblematicamente *ProLifeWhistleBlower.com*: cfr. M. Kornfield, *A Website for Whistleblowers to Expose Texas Abortion Providers Was Taken Down – Again* (6 settembre 2021), www.washingtonpost.com/nation/2021/09/06/texas-abortion-ban-website.

aborto, sarebbe legittimato a far causa alla clinica dove l'aborto è stato praticato. Più significativo poi è che un partner in disaccordo con l'intenzione di abortire della donna può citare in giudizio, a mo' di vendetta, la clinica e ciascun soggetto coinvolto[39].

Neppure il parallelismo con il il *Clean Air Act* e con il *Clean Water Act*, checché se ne dica[40], conduce a far rinvenire i germi di vigilantismo in altre leggi statunitensi contemporanee. È vero che ai sensi delle fonti menzionate, i privati cittadini sono legittimati a convenire in giudizio il Governo federale per la mancata applicazione delle disposizioni in esse contenute. Tuttavia, e in disparte il fatto che si tratta di un congegno volto a far causa alle autorità pubbliche per condotte omissive e che è necessario dimostrare l'esistenza di un danno diretto in capo ai ricorrenti, non sfugge come l'interesse sotteso riguardi pretese volte a tutelare la salubrità dell'ambiente, e non già un interesse egoistico, quale è al contrario quello scolpito nell'*Heartbeat Act* texano.

Il terzo e ultimo elemento problematico della disciplina è rappresentato dallo spettro assai ampio di soggetti legittimati passivi: potenzialmente, tutti coloro i quali sono entrati in contatto con la donna durante il processo di aborto. Mai la donna stessa, essendo ridotta a mero dispositivo riproduttivo per gli interessi generali della collettività. Così, ad esempio, l'autista che l'ha accompagnata in clinica è passabile di condanna. Il tema ha generato una gran discussione, anche complice il fatto che due società di servizi di trasporto, Uber e Lyft, non hanno mancato di utilizzare l'occasione a proprio vantaggio per farsi pubblicità. Il 3 settembre 2021, Lyft ha rilasciato una dichiarazione dove ha definito inaccettabile che un conducente possa essere dichiarato responsabile di aver trasportato, non importa se consapevolmente o meno, una donna in clinica ad abortire. Al contempo, la medesima dichiarazione reputa parimenti inaccettabile che una donna incinta possa vedersi cancellata la corsa perché gli autisti potrebbero temere di violare la legge[41]. Lyft ha quindi assunto due iniziative conseguenti: ha effettuato una donazione da un milione di dollari a Planned Parenthood; ha affermato che sosterrà le spese e i costi legali che i propri conducenti dovessero essere chiamati ad affrontare in modo da tenerli

---

39 S. Tavernise, *Citizens, Not the State, Will Enforce New Abortion Law in Texas* (9 luglio 2021), www.nytimes.com/2021/07/09/us/abortion-law-regulations- texas.html.

40 Così M. Johnson, *The Texas Heartbeat Act*, cit., p. 8 s.

41 Cfr.www.lyft.com/blog/posts/defending-drivers-and-womens-access-to-healthcare.

al riparo da esborsi di somme di denaro. Da parte sua, Uber ha invece creato un fondo per i propri autisti destinato a coprire i costi e le spese processuali da affrontare[42].

Oltre alle criticità fin qui rilevate (vigilantismo, assenza del requisito della sussistenza di un danno diretto tra attore e pratica abortiva, l'ampio spettro dei legittimati passivi), vi è un'aggiuntiva implicazione, altrettanto sinistra e di sistema, che è racchiusa in un siffatto tipo di congegno di *private enforcement* contemplato nel *Texas Heartbeat Act*. Ci si riferisce alla sua potenziale estensione ad ulteriori settori, così venendosi a ricreare un'innumerevole sequenza di terreni di scontro nei tribunali.

In effetti, all'indomani della sentenza che ha rigettato la richiesta di sospensione della legge texana[43], da più parti, e in maniera assolutamente bipartisan, sono arrivate proposte di leggi contenenti un meccanismo simile. Sicché, per quanto il raffronto tra i sistemi di *private enforcement* chiami alla cautela, vieppiù in ragione della diversità profonda degli interessi di volta in volta coinvolti, è indubitabile che si sia di fronte a un effetto di "deriva" e di "piano inclinato", con un inarrestabile scivolamento nella direzione della devoluzione ai privati di funzioni di polizia.

Emblematica sul punto è la dichiarazione resa dall'allora Governatore della California, Gavin Newsom, un democratico si badi bene, che aveva paventato la possibilità di utilizzare l'approccio *sue your neighbor* della legge texana nel contesto delle armi. Il progetto di legge che intendeva proporre avrebbe mirato «to let private individuals sue anyone who makes or sells assault weapons of the "ghost guns" made from parts bought online. If states could protect their laws from review by federal courts then California will use that authority to protect people's lives, where Texas used it to put women in harm's way»[44].

Proprio alle armi conviene ora volgere la nostra attenzione avendo a mente quanto fin qui sostenuto: siamo probabilmente solo all'inizio della diffusione di sistemi, più o meno espliciti, di vigilantismo.

---

[42] Cfr. K. Frazier, *Lyft, Uber to Pay Legal Fees for Drivers Sued under Texas Abortion Ban* (3 settembre 2021), www.axios.com/2021/09/03/lyft-uber-pay-legal-fees-for-drivers-sued-under-texas-abortion-ban.

[43] *Whole Women's Health et al. v. Jackson et al.*, cit.

[44] Cfr. le dichiarazioni riportate in www.nbcnews.com/politics/politics-news/newsom-says-he-will-use-texas-abortion-law-tactics-restrict-n1285794.

3. Armi da fuoco

3.1. *New York State Rifle & Pistols Assn. v. Bruen* e le sue implicazioni per il diritto privato

Con la pronuncia resa il 23 giugno 2022 in *NYSRPA v. Bruen*[45], la Corte suprema degli Stati Uniti è tornata sull'ampiezza del diritto riconosciuto dal 2. emendamento di possedere e portare armi.

La decisione, adottata 6-3, trae origine da un'azione proposta da due cittadini dello Stato di New York, tali Brandon Koch e Robert Nash, avverso il rigetto opposto loro alla richiesta, fondata sul diritto all'autodifesa, di una licenza incondizionata per portare in pubblico armi da fuoco. L'ufficio competente dello Stato ha motivato il diniego concentrandosi sul mancato assolvimento, sia da parte di Koch che di Nash, dell'onere di provare la sussistenza di una giusta causa (*proper cause*). Secondo la disciplina vigente nello Stato, un individuo può portare con sé fuori dalla propria abitazione un'arma nascosta a condizione che possegga un'apposita licenza (*to have and carry*), il cui rilascio è condizionato alla prova dell'esistenza di una *proper cause*[46]. Quest'ultima, secondo quanto hanno chiarito le corti newyorchesi, sussiste ove l'istante provi una speciale esigenza di protezione individuale che sia differenziata rispetto a quelle della comunità nel suo complesso[47]. Koch e Nash, assistiti dalla *New York State Rifle & Pistol Assn., Inc.*, un'organizzazione che persegue interessi dei proprietari di armi e della quale sono membri i due, hanno agito dolendosi del diniego opposto loro dall'organo competente al rilascio delle licenze, la sovrintendenza della *New York State Police*. Sia la Corte distrettuale che la Corte di appello hanno confermato l'operato dell'autorità convenuta, entrambe fondandosi sullo standard fissato da un precedente della seconda che ha imposto la presenza del perseguimento di taluni interessi pubblici per il ricorrere di una *proper cause*[48]. Di conseguenza, la questione è stata portata dinanzi alla Corte suprema, che ha rilasciato il *certiorari* per stabilire se la disciplina newyorchese che abbiamo ricostruito brevemente sia o meno conforme a Costituzione.

---

[45] 597 U.S. _____ (2022).

[46] N.Y. Penal Law Ann. Par. 400.00(2)(f).

[47] *In re Klenosky*, 75 App. Div. 2d 793, 428 N.Y. S. 2d 256, spec. p. 257.

[48] *Kachalsky*, 701 F. 3f 81, spec. p. 96.

Venendo al merito della decisione, occorre iniziare con il dire che i giudici hanno optato per il superamento dell'analisi bifasica che le corti inferiori avevano sviluppato per esaminare le doglianze in materia di controllo delle armi successivamente alle altre sue due pronunce sul tema, *Heller*[49] e *McDonald*[50]. Un approccio a due passaggi che era funzionale a limitare, sostanzialmente, la loro portata applicativa. Tale approccio risultava essere così articolato: in primo luogo, si verificava se una restrizione fosse conforme all'interpretazione storicamente orientata del testo del 2. emendamento; in secondo luogo, e in caso affermativo, si passava a stabilire se la restrizione fosse proporzionale alla promozione di un interesse pubblico meritevole di tutela (cosiddetto *means-end scrutiny*)[51]. Appunto, secondo l'*opinion* di maggioranza, il doppio passaggio va censurato atteso che né *Heller* né *McDonald* supportano lo scrutinio circa gli obiettivi perseguiti dalle autorità pubbliche nella regolazione. Detto diversamente, per stabilire la costituzionalità di una determinata norma limitativa dell'uso delle armi, l'autorità da cui essa promana deve dimostrare che la norma faccia parte della tradizione storica che delimita i confini esterni del diritto di detenere e portare armi[52].

Circostanza ancor più degna di nota è che la Corte ha rifiutato radicalmente l'operatività del sistema dei tre livelli di scrutinio (*three tiers of scrutiny*) nel sindacato di costituzionalità delle misure che riguardino il 2. emendamento. Com'è noto, nell'ambito dei diritti fondamentali della persona e sulla clausola dell'*equal protection*, vi sono tre test elaborati dalla prassi giurisprudenziale[53]. Il *rationality basis test*, che si atteggia a sindacato di legittimità sulla ragionevolezza dell'operato dei poteri pubblici, *rectius* a controllo di non manifesta irragionevolezza (uno scrutinio generalmente impiegato per giudicare su legislazioni economico sociali). L'*intermediate scrutiny*, in virtù del quale la costituzionalità di una legge è stabilita guardando al perseguimento di un importante obiettivo da parte del governo (e viene adoperato in alcune forme di discriminazione, di disciplina del cosiddetto *commercial speech* e della *freedom of speech* nei luoghi pub-

---

[49] 554 U.S. 570 (2008), sulla quale v. V. Fanchiotti, *District of Columbia v. Heller: Todos Pistoleros?*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1459 ss.

[50] *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010).

[51] Ad es. *United States v. Greeno*, 679 F. 3d 510. 518 (CA6 2012),

[52] *NYSRPA v. Bruen*, cit., *opinion of the Court*, pp. 9-15.

[53] Cfr. *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144 (1938), spec. p. 152, n. 4.

blici). Infine, lo *strict scrutiny*, la forma più penetrante di controllo giurisdizionale che impone alle autorità pubbliche di dimostrare che la misura adottata sia necessaria per ottenere un impellente obiettivo di interesse generale (*compelling government purpose*) e che costituisca l'alternativa meno restrittiva e discriminatoria (il tipo di scrutinio appena descritto viene impiegato nei casi di discriminazione razziale, sulla base della nazionalità, nei confronti degli stranieri, e in materia di *fundamental rights*)[54].

Si diceva che i giudici statunitensi avevano usato nell'epoca post-*Heller* uno scrutinio di tipo intermedio per valutare la costituzionalità delle misure in materia di controllo delle armi[55]. In *Bruen* è netta la cesura rispetto al *modus operandi* appena illustrato: nella sentenza in commento, si legge che mentre la deferenza da parte del potere giudiziario al bilanciamento degli interessi legislativi è comprensibile e altrove appropriato, non è quanto richiesto dalla Costituzione con riferimento al 2. emendamento. Il quale, nell'opzione interpretativa assunta dalla Corte, è già «il prodotto stesso di un bilanciamento degli interessi da parte del popolo (*People*)», sicché «eleva sicuramente al di sopra degli altri interessi il diritto dei cittadini responsabili e rispettosi della legge a usare le armi» per l'autodifesa[56].

Da ciò deriva che l'unico test da doversi impiegare, in conformità con *Heller*, sia l'analisi storica (*historical analysis test*), che si traduce nell'imporre ai tribunali di valutare se le moderne normative sulle armi da fuoco siano coerenti con il testo del 2. emendamento e con la sua interpretazione, appunto, storicamente orientata. *Justice* Thomas concede che le sfide normative poste oggi dalle armi da fuoco non coincidono con quelle che hanno interessato i Fondatori nel 1791 o la generazione della Ricostruzione nel 1868. Ciononostante, egli reputa che il significato della Costituzione, benché essa debba applicarsi a circostanze non limitate solo a quelle previste dai Fondatori, non può che essere quello che i Fondatori stessi le hanno attribuito.

---

[54] Da ultimo, v. T.L Grove, *Tiers of Scrutiny in a Hierarchical Judiciary*, in 14 *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2016, p. 475 ss.

[55] S.H. Herman, *Post*-Heller *Second Amendment Jurisprudence* (25 marzo 2019), https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44618/14.

[56] *NYRSPA v. Bruen*, cit., *opinion of the Court*, pp. 15-17.

3.2. *Firearms regulation through civil litigation*: il ruolo della *tort law*

La sentenza *Bruen*, oltre ad aver chiarito la natura costituzionale del diritto di portare in luoghi pubblici armi e riacceso il dibattito intorno all'originalismo quale strumento di manipolazione dei dati storici, simboleggia verosimilmente l'inizio di una stagione dove la regolazione delle armi assumerà nuove forme, e in cui i singoli, le associazioni e le stesse autorità pubbliche tenteranno di contrastare la crescente diffusione delle armi da fuoco attraverso la proposizione di *tort claim* nei confronti della *gun industry*, nel più ampio contesto della cosiddetta *Firearms Litigation*[57].

Questo stato di cose è confermato da due iniziative processuali avviate dallo Stato di New York sei giorni dopo la pronuncia della Corte suprema[58]. In particolare, i funzionari hanno intentato due azioni legali volte a fermare la proliferazione di armi da fuoco non rintracciabili (le cosiddette *ghost gun*) sulla scorta di una nuova legge statale diretta ad aggirare l'ampia immunità riconosciuta dal *Protection of Lawful Commerce in Arms Act*[59], che esenta l'industria delle armi da responsabilità per crimini commessi con le armi che produce[60].

La disciplina newyorchese prescrive in capo ai produttori una forma di responsabilità nel caso di *public nuisance* creato dalle loro attività commerciali[61]. La normativa impone alle società produttrici di realizzare dei controlli ragionevoli finalizzati a impedire che le armi vengano utilizzate, commercializzate ovvero illegalmente vendute nello Stato di New York. In assenza di tali controlli, il procuratore generale e le autorità locali sono legittimati ad agire in giudizio, parimenti consentendosi anche alle persone lese da crimini commessi a valle dei mancati controlli di ottenere un risarcimento. Oltre ai risarcimenti per equivalente, le azioni giudiziarie, modellate sull'esperienza maturata nel contenzioso contro l'industria farmaceutica nell'ambito della crisi

---

[57] In tema, T.D. Lytton (a cura di), *Suing the Gun Industry – A Battle at the Cross of Gun Control and Mass Torts*, Ann Arbor, 2005, *passim*.

[58] Si veda il comunicato stampa: https://ag.ny.gov/press-release/2022/attorney-general-james-sues-national-gun-distributors-fueling-gun-violence-crisis.

[59] 15 U.S.C. Parr. 7901-39.

[60] N.Y. Gen. Bus. Law Parr. 898-a–e.

[61] Per una ricognizione di questo tipo di *tort*, tra tutti, si veda il recente saggio di L. Kendrick, *The Perils and Promise of Public Nuisance*, in 132 *Yale Law Review*, 2023, p. 701 ss.

degli oppioidi, mirano a realizzare una specie di redistribuzione imponendo alle aziende di alimentare il fondo per la prevenzione della violenza armata a New York attraverso il versamento dei profitti derivanti dalle vendite delle *ghost gun*. Con le iniziative proposte dalle autorità di New York, sono state convenute in giudizio dieci società ritenute responsabili di aver venduto illegalmente nel territorio dello Stato decine di migliaia di componenti di armi negli ultimi cinque anni ad acquirenti che poi le hanno usate per assemblare pistole e armi d'assalto, così alimentando la diffusione della violenza armata.

Nella prassi giurisprudenziale statunitense, si rinviene un caso in cui una corte ha condannato un'azienda produttrice di armi in un contenzioso civile per responsabilità. In *Kelley v. R.G. Industries, Inc.* [62], i giudici del Maryland sono stati chiamati a stabilire se il produttore dell'arma utilizzata in una rapina fosse responsabile civilmente per i danni causati dalla commissione del reato. L'attore aveva richiesto la condanna al risarcimento sia per la qualificazione come pericolosa dell'attività di produzione e commercializzazione delle armi, sia perché esse sono un prodotto intrinsecamente pericoloso. I giudici aditi hanno messo anzitutto in rilievo l'inapplicabilità al produttore di armi delle disposizioni sulla responsabilità oggettiva. In guisa che per potersi configurare una sua responsabilità si rendeva necessario dimostrare la difettosità e l'irragionevole pericolosità del prodotto. La Corte ha quindi condannato l'azienda produttrice perché *strictly liable* in ragione delle caratteristiche dell'arma venduta (particolarmente attrattiva per usi criminali e virtualmente senza alcuna utilità per usi legittimi) e ha per l'effetto condannato al risarcimento dei danni patiti dalle vittime innocenti a causa dell'uso criminale del dispositivo, denominato *Saturday Night Special*[63].

Invero, il caso citato del *Maryland* rappresenta un *unicum* nel panorama degli Stati Uniti, dal momento che le corti hanno tendenzialmente, quantomeno in passato, prediletto un atteggiamento di *self-restraint* sostenendosi l'opportunità che fossero le assemblee legislative ad adottare iniziative in materia[64]. Più frammentata è la posizione della letteratura

---

[62] 479 A.2d. 1143 (Md. 1985).

[63] Per approfondimenti, E. Togni, *Il II emendamento della Costituzione americana e la responsabilità dei produttori di armi da fuoco,* in *Rivista di diritto civile*, 2007, p. 407 ss., spec. p. 428 s.

[64] Per una rassegna, cfr. *ivi*, p. 431.

in materia: accanto ai sostenitori dell'idea della *regulation through litigation*[65] e ai suoi detrattori[66], si ritrovano posizioni più caute che adottano un approccio che potremmo definire olistico, di sinergia – più correttamente – tra la sfera dell'attività legislativa e quella del contenzioso[67].

Al momento, e a seguito della pronuncia in *Bruen*, è evidente che l'attività legislativa volta all'imposizione di limiti alla detenzione e al porto di armi sarà recessiva, stante l'ampiezza dell'interpretazione data al diritto riconosciuto dal 2. emendamento agli individui. Ebbene, è ragionevole credere che sarà il contenzioso civile ad occupare tali spazi nell'ottica di una tendenza che sta tornando in auge negli Stati Uniti, e si sta diffondendo altrove, che potrebbe esprimersi con la formula di "privatizzazione del conflitto", ovvero di "compensazione privatistica di scopi pubblicistici".

Non sfugge come lo schema sia divenuto ormai ridondante. Abbiamo già trattato diffusamente dell'aborto, e ci apprestiamo nei paragrafi che seguono a tracciare le linee essenziali della materia climatica. Ad accomunare le tre tematiche non è dunque il solo fatto di avere formato l'oggetto di scrutinio da parte della Corte suprema sostanzialmente nello stesso arco di tempo, ma principalmente la circostanza che sempre più il conflitto sociale derivante da tali settori (nonché la sua gestione) viene traslato nel campo del diritto privato, statale, e delle sue arene. Certamente, nell'aborto l'utilizzo della *civil litigation* si pone in un'ottica conservatrice quale meccanismo di sorveglianza privata per il rispetto dei dettami legislativi in ordine al divieto di effettuare pratiche abortive in taluni casi e a certe condizioni. Di segno senza dubbio più progressista paiono invece le iniziative statali di introduzione di specifiche forme di responsabilità in capo ai produttori di armi. E nel medesimo solco emancipatorio si innestano le controversie climatiche che elevano il sistema dell'illecito civile a viatico per l'affermazione di regole maggiormente attente alle questioni dei *climate change*[68].

---

[65] J.G. Pearson, *Make It, Market It, and You May Have to Pay for It: An Evaluation of Gun Manufacturers Liability for the Criminal Use of Uniquely Dangerous Firearms in Light of In re 101 California Street*, in 131 *Brigham Young University Law Review*, 1997, p. 131 ss.

[66] V. ad es. M. Pontillo, *Suing Gun Manufacturers: A Shot in the Dark*, in 74 *St. John's Law Review*, 2000, p. 1167 ss.

[67] T. Lytton, *The Complementary Role of Tort Litigation in Regulating the Gun Industry*, in Id (a cura di), *Suing Gun Industry*, cit., p. 250 ss.

[68] Cfr., *ex multis*, D.A. Kysar, *What Climate Change Can Do about Tort Law*, in 41 *Environmental Law*, 2011, p. 1 ss.; Id. e R.H. Weaver, *Courting Disaster: Climate Change and The Adjudication of Catastrophe*, in 93 *Notre Dame Law Review*, 2016, p. 296 ss.; R.

4. Cambiamento climatico

4.1. *West Virginia v. Epa* e le sue implicazioni per il diritto privato

Giungiamo dunque con il cambiamento climatico al terzo atto della saga della Corte suprema, deciso sempre con la stessa maggioranza di 6-3 il 22 giugno 2022[69]. La vicenda da cui è scaturita la pronuncia in *West Virginia v. Epa* può essere così brevemente riassunta: i *justice* hanno ritenuto non rientrante tra i poteri dell'Epa l'emanazione del *Clean power plan* e, in particolare, l'imposizione alle centrali elettriche esistenti di una transizione energetica dal carbone verso fonti rinnovabili. Per la prima volta si è adottata una decisione invocando in maniera esplicita la *major questions doctrine*[70].

Volendo succintamente passare in rassegna i punti salienti, è possibile enucleare alcuni passaggi significativi. In primo luogo, l'opinione di maggioranza ha stabilito che il Congresso non ha delegato all'agenzia, a mente della *section* 111(d) del *Clean Air Act*, di definire le soglie delle emissioni fondate sull'approccio del *Clean power plan*. Secondo la Corte, sulla scorta appunto della *doctrine* della *major questions*, ci sono settori straordinari dove il significato economico e politico della materia oggetto di regolazione fa sì che sussistano quantomeno una o più ragioni per dubitare dell'intenzione del Congresso di delegare il potere normativo. Detto altrimenti, i fatti alla base della decisione costituiscono uno di quei casi in cui l'Epa avrebbe dovuto indicare una chiara e inequivoca autorizzazione del Congresso, cosa che – nella prospettiva dei *justice* – non è riuscita a dimostrare. Piuttosto, l'Agenzia si sarebbe limitata ad asserire il preteso affidamento delle competenze, al contempo essa stessa ammettendo che la trasmissione, la distribuzione e lo stoccaggio dell'elettricità non ricadono tra tali competenze.

Blomquist, *Comparative Climate Change Torts*, in 46 *Valparaiso University Law Review*, 2012, p. 1053 ss. e B. Pozzo, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. Sindico e M.M. Mbengue (a cura di), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law* 47, 2021, p. 593 ss.

[69] *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. ___ (2022) con Nota di L. Parona, *La Corte Suprema si pronuncia sul Clean Power Plan: prime note a West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency*, in *Dpce online*, 2022, p. 1597 ss.

[70] Sulla *major questions doctrine*, D.T. Deacon e L. M. Litman, *The New Major Questions Doctrine*, in 109 *Virginia Law Review*, 2023, p. 1009 ss.

La decisione del 2022 si pone solo in apparente contrasto con il precedente *Massachusetts v. Epa*[71] deciso nel 2007. In quella sede la Corte suprema aveva a chiare lettere stabilito che l'agenzia federale era detentrice del *regulatory power* in materia di emissioni di gas climalteranti. A una più attenta disamina, i risultati raggiunti in *West Virginia* si pongono in perfetta linea di continuità con il precedente del 2007, dal momento che espressamente riconoscono il potere regolatorio in materia di gas climalteranti in capo al Congresso, che può delegarlo – rispettando i criteri enucleati dalla *major questions doctrine* – alle agenzie federali. *A fortiori*, si esclude radicalmente la possibilità che corti federali si facciano promotrici di decisioni manifesto volte a regolamentare la materia delle emissioni dei gas altamente inquinanti.

Si tratta a ben vedere di portare alle sue logiche conseguenze una ricostruzione ben precisa offerta dai *justice*. Se, difatti, il giudiziario federale qualifica la questione climatica come *major*, allora la qualifica come intrinsecamente politica. Con la conseguenza che non solo è impossibile affidare implicitamente la regolazione ad un'*agency*, ma nei suoi confronti opererà in aggiunta la *political question doctrine* che sbarra la strada alla regolazione attraverso le pronunce delle corti. Con parole diverse, se il clima è considerato per sua stessa natura politico, allora nei confronti delle agenzie federali opererà la *doctrine* della *major questions*; viceversa, nei confronti del giudiziario quella della *political question*. La quale ultima comporterà fatalmente la dichiarazione di insussistenza di giurisdizione ogni qualvolta le istanze climatiche dovessero presentare, quantunque solo lontanamente, una qualche forma di afflato regolatorio.

La tesi di fondo che qui si sostiene, e che è corroborata da una linea di tendenza giurisprudenziale che si porrà in evidenza nel prosieguo, è *in primis* nel senso che la sentenza in *West Virginia v. Epa* si pone nel solco di un consolidato orientamento già tracciato dalla Corte suprema e dalle corti federali quando v'è da trattare il contenzioso climatico che presenti propositi di *regulation through litigation*. Da un punto di vista comparativo, tale circostanza suscita non poco interesse, giacché è idonea ad allargare di molto le distanze tra il contenzioso civile climatico che si sta delineando in Europa rispetto a quello dell'esperienza, che del fenomeno è la matrice, statunitense[72].

---

[71] 549 U.S. 497 (2007).

[72] Cfr. B. Pozzo, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2021, p. 271 ss.

Il primo è sempre più votato a perseguire obiettivi di regolazione delle attività future dei governi (tre esempi su tutti: il caso olandese *Urgenda*[73], la decisione del Tribunale federale tedesco[74] e il ricorso presentato dinanzi al Tribunale civile di Roma da parte dell'Associazione A Sud[75]) ovvero all'impiego della responsabilità civile in ottica di strumento di conformazione delle politiche industriali future delle imprese (emblematica in tal senso la controversia *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*[76] e il caso citato in apertura proposto da Recommon e Greenpeace contro Eni[77]). Mentre ben altra è la rotta intrapresa oltreoceano, dove più che domande di provvedimenti di natura ingiuntiva funzionali ad utilizzare il contenzioso a mo' di strumento autentico di confezionamento di regole valide per il futuro (sia pure nel contesto europeo ciò valendo al limite come *persuasive authority*), le associazioni ambientaliste e gli enti pubblici statunitensi hanno da tempo virato verso strategie meno ambiziose, apparentemente, ma non meno concrete. Così, anziché avanzare richieste di provvedimenti ingiuntivi, domandano risarcimenti per equivalente imperniati essenzialmente sulla figura di *tort* che abbiamo già incontrato nelle pagine che precedono, il *public nuisance*.

Il tutto almeno per due ordini di ragioni. In primo luogo, l'utilizzo della *tort law*, in quanto materia di competenza statale, scongiura i rischi sottesi ai ricorsi in sede di giustizia federale, dal momento che essa risulta essere quanto mai riluttante nel settore interessato. In secondo luogo, l'utilizzo delle regole in materia di responsabilità civile in senso classico (ovverosia il focus sulle condotte illecite pregresse delle imprese da cui sorge l'obbligo di risarcimento in denaro) consente di porsi al riparo da eventuali declaratorie di difetto di giurisdizione anche da parte dei giudici degli Stati.

---

[73] *Urgenda Foundation v. the State of Netherlands* [2015] HAZA C/09/00456689.

[74] BVerfG, 1 BvR 2656/18 del 24 marzo 2021 (*Klima-Beschluss*), reperibile su *www.bundesverfassungsgericht.de*, anche in versione inglese, francese e spagnola. Per una dettagliata disamina del caso e delle sue implicazioni, nonché sul dibattito dottrinale che ne è scaturito in Germania, cfr. A. Di Martino, *Intertemporalita` dei diritti e dintorni: le scelte argomentative del Bundesverfassungsgericht nella sentenza sul clima e le interazioni con i processi democratici*, in *Diritti comparati*, 2023, 2, p. 56 ss.

[75] *A Sud et al. c. Italia*. Documenti di causa in https://giudiziouniversale.eu/la-causa-legale.

[76] *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc.*, file no. 90046903.

[77] *Greenpeace Italia et al. c. ENI S.p.A. et al.* Documenti di causa in https://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-italy-et-al-v-eni-spa-the-italian-ministry-of-economy-and-finance-and- cassa-depositi-e-prestiti-spa.

Stando così le cose, è palese che la scelta statunitense di ripiegare verso approcci tradizionali alla *tort law* contraddice almeno in parte gli iniziali e roboanti tentativi di utilizzare la *litigation* per la *regulation*. Tentativi invece ben presenti in alcuni dei più significativi casi di quella che possiamo definire la prima ondata di contenzioso civile climatico, che ci occuperò nel paragrafo seguente.

4.2. La prima ondata di contenzioso climatico *tort-based* negli Stati Uniti

Il caso *Comer* è un esempio particolarmente calzante del *self-restraint* adottato dalle corti statunitensi per ignorare il tema della responsabilità civile climatica[78]. Esso è altresì rilevante in quanto costituisce la prima volta in cui i *tort* sono stati impiegati in una controversia climatica, dal momento che le doglianze erano state predicate sulla disciplina in materia di responsabilità civile dello Stato del Mississippi.

Alcuni proprietari terrieri avevano invocato la responsabilità di alcune società petrolifere, affermando che le loro condotte inquinanti avevano esasperato la violenza dell'uragano Katrina, derivandone la maggiore severità dei danni patiti dagli attori con riguardo ai beni interessati. La corte ha respinto la richiesta sia in primo grado che in appello. Gli attori nel caso *Comer* hanno dovuto percorrere una strada impervia, atteso che il preteso risarcimento riposava principalmente sull'affermazione dell'esistenza di un nesso causale tra le attività dei convenuti, il riscaldamento globale e la distruzione delle loro proprietà a causa dell'innalzamento del livello del mare e della maggiore ferocia dell'uragano Katrina[79]. Gli studi scientifici prevedevano già un aumento sostanziale della gravità e dei danni degli uragani atlantici a causa dell'innalzamento della temperatura e del livello del mare, ma rimaneva comunque complesso stabilire un nesso causale con un'analisi *ex post facto* delle attività umane[80]. Prevedibilmente, le domande attoree sono state respinte poiché ponevano una *non-justiciable political question*[81].

---

[78] D.A. Kysar, R.H. Weaver, *Courting Disaster*, cit., p. 323.

[79] *Comer*, 585 F.3d, Parr. 859 s. e 863.

[80] T.R. Knutson *et al.*, *Tropical Cyclones and Climate Change*, in 3 *Nature Geosciences*, 2010, p. 157 ss.

[81] Comer, 585 F.3d, Par. 872.

Il secondo caso della prima ondata è *Connecticut v. Aep*, reputato il più influente caso di illecito civile sul cambiamento climatico sinora portato dinanzi a una giudice negli Stati Uniti[82]. Diversi Stati, la città di New York e un gruppo di enti no-profit hanno citato in giudizio cinque grandi aziende erogatrici di servizi pubblici e la Tennessee Valley Authority, denunciando violazioni della *common law* sia statale che federale. Gli attori chiedevano la cessazione delle condotte di *public nuisance* dei convenuti, invocando il loro ruolo di contributori al riscaldamento globale. Le centrali elettriche da loro gestite sono state considerate negli atti processuali le cinque maggiori emittenti di Co2 negli Stati Uniti responsabili di circa un quarto delle emissioni di anidride carbonica del settore elettrico statunitense[83].

In *Connecticut v. AEP*, la questione del nesso di causalità era meno problematica rispetto a *Comer*, dato che le attività dei convenuti rappresentavano il 2,5% delle emissioni annuali globali di Co2. Restava in ogni caso da doversi assolvere l'onere di provare l'illiceità dei comportamenti. La circostanza che le domande fossero fondate sulla fattispecie di *public nuisance* mirava strumentalmente al superamento di tale ostacolo. Riguardando i danni all'interesse pubblico, il *public nuisance* è in grado di ovviare ad alcune criticità delle domande di danni climatici, come ad esempio quelle della possibile assenza di prossimità tra la condotta e il danno e dell'attenuazione tra quest'ultimo e la prima per via di fattori concausali idonei a incidere sul nesso diretto.

Più di altro, il caso *Connecticut v. Aep* assume rilevanza sotto il profilo delle tutele rimediali, avendo gli attori presentato una richiesta di provvedimento ingiuntivo che, ove accolta, avrebbe imposto ai convenuti l'obbligo di ridurre le emissioni di gas serra. La strategia ha suscitato critiche perché, data la sua innovatività e carica sovversiva, sembrava quasi volesse indurre i giudici a rigettare il caso schermandosi dietro la presenza di questioni politiche. E, in effetti, i giudici hanno respinto le domande poiché persupponvevano una *non-justiciable political question*[84].

Gli esiti fallimentari di *Connecticut v. Aep* non hanno impedito ad altri soggetti di richiedere rimedi di natura ingiuntiva di tenore analo-

---

[82] *Connecticut v. AEP*, 406, F. Supp. 2d, Par. 268.

[83] D.A. Kysar, *What Climate Change Can Do about Tort Law*, cit., p. 23.

[84] *Connecticut*, 406, F. Supp. 2d, Par. 272.

go. In *California v. General Motors Corp.*[85], il Procuratore generale dello Stato ha intentato una causa contro la General Motors e altre cinque grandi case automobilistiche per *public nuisance*, poiché, in base alle prove allegate, le emissioni di Co2 dei convenuti ammontavano al 9% delle emissioni totali a livello mondiale. Come in *Connecticut v. Aep*, il giudice ha respinto l'istanza di risarcimento qualificandola una *non-justiciable political question*, e ritenendo che il giudizio, ove reso, avrebbe imposto di condurre una valutazione politica *tout court*[86].

L'ultima controversia da ascriversi alla prima ondata di contenzioso in materia di clima *tort-related* è il caso che ha visto coinvolto gli abitanti del villaggio di Kivalina. Il 26 febbraio 2008, circa quattrocento residenti hanno citato in giudizio ventiquattro grandi società energetiche, domandando di sostenere i costi associati al trasferimento del proprio villaggio, minacciato dall'innalzamento dei mari, dalla riduzione dei ghiacci e dallo scioglimento del permafrost[87].

Le istanze erano ancora una volta incentrate sul *public nuisance*, e un aspetto interessante della controversia in questione è che le domande erano radicate su una *cause of action* tradizionale, ovverosia la rivendicazione dell'uso e del godimento esclusivo della proprietà, così rivitalizzando una concezione classica della responsabilità per *nuisance*, e della *tort law* più in generale, a scapito di quanto era accaduto nei precedenti casi[88]. Nonostante gli sforzi di arretramento, in un certo modo imposti dagli esiti infausti delle pregresse controversie, i quali hanno fatto ripiegare gli attori su approcci "tradizionali", il 30 settembre 2009 la Corte per il distretto settentrionale della California ha respinto l'azione di risarcimento qualificandola *non-justiciable political question*[89].

Proprio nel solco dell'approccio assunto in *Kivalina* si pongono le attuali controversie instaurate in materia negli Stati Uniti. Queste ambiscono a utilizzare i canoni tradizionali della *tort law* non tanto per fini regolatori, quanto redistributivi.

---

85 No. C06-05755, 2007 WL 2726871.

86 *Ivi*, par. 8.

87 *Kivalina*, 663 F. Supp. 2d, *Complaint*, Parr. 1-4.

88 Cfr. J.H. Adler, *Taking Property Rights Seriously: The Case of Climate Change*, in 26 *Social Philosophy & Policy*, 2009, pp. 296 e 306.

89 *Kivalina*, 663 F. Supp. 2d, Par. 880 s.

4.3. La seconda ondata di contenzioso climatico *tort-based* negli Stati Uniti

Le principali controversie attualmente pendenti negli Stati Uniti mirano eminentemente a rintracciare, analogamente a quanto accade in differenti parti del globo[90], la responsabilità delle compagnie produttrici di combustibili fossili[91]. Il quadro che si profila è assai frastagliato e complesso, e ricomprende tanto casi proposti da enti pubblici (Stati, contee e municipalità) quanto da privati (sia individui sia gruppi associativi). Eloquente a tale ultimo riguardo è la controversia intentata da un gruppo di pescatori che ha portato in giudizio cinque grandi compagnie petrolifere, facendo valere come le loro attività inquinanti stiano compromettendo la pesca[92].

Anche nella seconda ondata, le controversie si poggiano prevalentemente sul *tort* di *public nuisance*[93], e dunque sul diritto statale. Detto altrimenti, esse cercano di qualificare le attività delle convenute come una lesione dell'interesse generale della collettività a un clima stabile. L'argomento cardine è quello della consapevolezza da parte degli attori economici della pericolosità per l'ambiente del loro operato[94]. Traslato nella grammatica della responsabilità civile, tale tesi ambisce a dimostrare che i danni cagionati erano prevedibili dalle convenute, a cui è addebitabile una responsabilità per colpa. Più nello specifico, gli argomenti si dirigono a denunciare che le imprese sono perfettamente consce del contributo climalterante delle attività economiche svolte. Inoltre, le convenute vengono accusate di aver posto in essere strategie distorsive della percezione del fenomeno climatico da parte dell'opinione e dei decisori pubblici. Tradotto nel linguaggio dei *tort*: di aver realizzato condotte di *misrepresentation*, *deceit* e *lobbying* aggressivo.

---

[90] Si v. il documento *Global Climate Litigation Report – 2023 Status Review* https://reliefweb.int/report/world/global-climate-litigation-report-2023-status-review.

[91] C. McGreal, A. Chang, *How Cities and States Could Finally Hold Fossil Fuel Companies Accountable* (30 giugno 2021), www.theguardian.com/environment/ng-interactive/2021/jun/30/climate-crimes-fossil-fuels-cities-states-interactive.

[92] A. Bland, *Fishermen Sue Big Oil for Its Role in Climate Change* (4 dicembre 2018), www.npr.org/sections/thesalt/2018/12/04/671996313/fishermen-sue-big-oil-for-its-role-in-climate-change#.

[93] Per tutti, B. Pontin, *The Role of Tort in Environmental Protection*, in *Annuario di diritto comparato*, 2021, p. 37 ss. e L. Kendrick, *The Perils and Promise*, cit.

[94] Diffusamente in argomento M. Russo, *Productive Public Nuisance: How Private Individuals Can Use Public Nuisance to Achieve Environmental Objectives*, in *University of Illinois Law Review*, 2018, p. 1969 ss.

Lo si intuisce, esiti di controversie così impostate riposano sulla premessa del riconoscimento dell'accertata interferenza tra la condotta realizzata e l'evento dannoso prodotto, e che ha leso un diritto riconducibile alla collettività nel suo complesso. Da qui l'intimo legame esistente tra le controversie climatiche *tort-related* con quelle sul versante eminentemente costituzionale, dove si mira ad ottenere per l'appunto il riconoscimento di un diritto fondamentale a un clima stabile. Segnali della sua praticabilità provengono, sempre con riferimento al contesto statunitense, dalla decisione dei giudici del Montana che – di recente – hanno accordato tutela costituzionale a un gruppo di giovani e attribuito loro un diritto di tale consistenza[95].

Sicché, volendola raffrontare con quelli che abbiamo ascritto alla cosiddetta prima ondata, l'attuale sequenza di casi pendenti negli Stati Uniti si inscrive pienamente nel solco tracciato dalla controversia in *Kivalina*, in cui la *tort liability* è stata invocata – in ottica "tradizionale" – per l'ottenimento di un risarcimento per equivalente e non già per perseguire obiettivi regolatori attraverso l'emanazione di provvedimenti di natura ingiuntiva.

Ma vi è di più: le controversie statunitensi si orientano nel senso di guardare alle condotte pregresse delle imprese convenute al fine di ottenere un risarcimento in forma monetaria, mentre in Europa si guarda alle responsabilità future. Vi si scorge una notevole differenza, sebbene *in nuce*, tra il contenzioso civile climatico *à la* europea e quello *à la* statunitense. Nel contesto europeo, lo dimostrano i casi *Urgenda* e *Milieudefensie* per tutti, la tendenza delle corti (e, a monte, delle parti attrici) è stata di tendere all'emanazione di misure conformative delle politiche pubbliche degli Stati e di quelle industriali dei privati con riferimento alla prevenzione dei danni futuri. Rifacendosi pedissequamente all'ultimo rapporto disponibile pubblicato dal Panel intergovernativo per i cambiamenti climatici (Ipcc), i giudici hanno rispettivamente imposto ai Paesi Bassi di modificare in senso più ambizioso la loro disciplina in materia di clima per renderla maggiormente allineata agli obiettivi degli Accordi di Parigi, e alla Shell di conformare la propria politica industriale futura ai medesimi obiettivi.

---

[95] *Rikki Held et al. v. State of Montana et al.*, No. CDV-2020-307, 1st Dist. Ct. Mont., 14 agosto 2023. Si v. anche il caso, attualmente pendente dinanzi alla *District court* dell'Oregon: *Juliana, et al. v. United States, et al.*, No. 6:15-CV-01517-AA, D. Or.

Se, a primo acchito, la contrapposizione può apparire una vera e propria idiosincrasia (essendo i secondi, e non i primi, formalmente uno Stato giurisdizionale), la spiegazione risiede nel particolare assetto di poteri presente negli Stati Uniti, accentuato da ultimo dalla recente decisione in *West Virginia v. Epa*.

Come si ritrae dalla disamina della prima ondata di contenzioso civile climatico, il problema principale incontrato dagli attori è stato di superare il vaglio di ammissibilità, quando non proprio quello di sussistenza della giurisdizione. Si rammenterà la rilevanza a tal riguardo della *political question doctrine*. Ebbene, questo aiuta a spiegare la scelta strumentale di radicare le controversie climatiche nelle corti statali e di fondare le pretese su un approccio classico, tentandosi così di ovviare al rischio che le istanze climatiche vengano considerate regolatorie per loro natura, e pertanto debordanti rispetto ai poteri attribuiti ai giudici. Del resto, nella recente controversia proposta dalla Città di New York contro la Chevron, una corte federale, chiamata ad applicare in *diversity jurisdiction* la materia dei *tort*, ha rigettato le domande di risarcimento sulla scorta delle due seguenti argomentazioni: anzitutto, il cambiamento climatico presenta una singolare problematica in sé internazionale che è opportuno affrontare a livello di legislazione federale; la quale legislazione federale, per l'interpretazione che le corti danno del *Clean Air Statute*, preclude richieste di risarcimento avanzate da privati[96].

Per converso, segnali maggiormente favorevoli provengono dalla giurisprudenza delle corti statali. In particolare, in un recente arresto che ha visto contrapposte la città e la contea di Honolulu ad alcune società produttrici di petrolio, i giudici statali hanno ritenuto la responsabilità civile una disciplina adeguatamente equipaggiata per fronteggiare il cambiamento climatico[97]. La decisione sembra sottintendere la convinzione di fondo per cui la *tort law* è una macchina sufficientemente sofisticata che ingloba in sé una vasta gamma di strumenti pienamente capaci di gestire questioni politicamente sensibili, incluso il cambiamento climatico. Ciò fa ancor più chiarezza sulla propensione crescente delle associazioni ambientaliste e degli avvocati statunitensi di rivolgersi alle corti statali e non ai distretti giudiziari federali.

---

[96] *City of New York v. Chevron Corp.*, 993 F.3d 81 (2d. Cir. 2021), spec. p. 19.

[97] *City & County of Honolulu and BWS v. Sunoco, LP, et al*, Civ. No. 1CCV-20-0000380 (1 Cir. Hawai'i), *motion to dismiss*, 22 febbraio 2022, p. 7.

Quanto ricostruito non deve indurre a credere, si badi bene, che si ritrovi già un precedente che abbia stabilito una responsabilità per *tort* di *public nuisance* in capo agli attori inquinanti. È senza dubbio vero che le più recenti iniziative stanno tentando di capitalizzare quanto più possibile sul progresso della scienza in materia di *source attribution*, con tale formula intendendosi la branca delle scienze dure che si occupa di individuare con crescente grado di certezza e precisione la porzione esatta di responsabilità ascrivibile a determinati soggetti per determinate emissioni nell'ambiente di gas climalteranti[98]. Nonostante ciò, sarà niente affatto agevole persuadere i giudici che debbano essere le imprese a farsi carico delle conseguenze dannose delle emissioni di gas nell'aria, poiché implicherebbe dover stabilire una responsabilità esclusiva lungo l'intera catena del valore di produzione. Il che non è facile in un contesto di sistemi produttivi di capitalismo fossile nei quali ciascun individuo contribuisce alle emissioni, fosse anche solamente nella sua veste di consumatore.

4.4. I possibili futuri sviluppi del contenzioso climatico *tort-based* negli Stati Uniti

Da qui il pronostico che si formula rispetto al fatto che il filone di contenzioso che progredirà all'avanzare della scienza sulla *source attribution* verrà affiancato da altre sequenze di casi in cui si tenterà di neutralizzare la responsabilità degli Stati e dei consumatori finali dei prodotti fossili.

Una possibile prima linea di sviluppo potrebbe concentrarsi sul far emergere la presenza di condotte fraudolente da parte delle compagnie inquinanti. Pratiche che, alterando il patrimonio informativo a disposizione degli individui-consumatori e dei pubblici poteri, hanno distorto la maturazione della consapevolezza circa la pericolosità dei prodotti fossili.

Si intravvede vistosamente il parallelismo che c'è con la *tobacco litigation*: in quella sede uno dei punti nodali fu dimostrare proprio che i produttori avevano manipolato i dati sulla dannosità dell'uso di tabacco, con la conseguente sterilizzazione della responsabilità dei singoli fumatori e delle autorità pubbliche che avevano fondato le loro

[98] Cfr. J. Wentz, M. Burger e R. Horton, *The Law and Science of Climate Change Attribution*, in 51 *Environmental Law Reporter*, 2021, p. 1 ss.

decisioni su quei dati[99]. Del resto, gli Stati Uniti, al pari di altri Paesi[100], impongono in virtù del *Greenhouse gas reporting program*[101] degli obblighi di pubblicità alle imprese con riferimento alle emissioni di gas nell'atmosfera. Di talché la responsabilità civile, in un'ottica di *private enforcement*, potrebbe farsi strumento per assicurare maggiore effettività a tali regole. Obblighi informativi i quali, prospetticamente, potrebbero spingersi ben oltre il tema del solo report delle emissioni: in argomento, è istruttiva una causa intentata in Australia da un membro di un fondo pensionistico, i cui membri sono prevalentemente *millennial*, contro il fondo medesimo, macchiatosi, secondo le prospettazioni di parte attrice, di aver omesso di fornire un adeguato prospetto informativo relativamente all'impatto negativo del cambiamento climatico sui guadagni attesi e derivanti dalla partecipazione al fondo[102]. Oltremodo interessante la controversia lo è pure per il suo esito: il fondo ha transatto, obbligandosi ad assicurare un più rigoroso piano di *disclosure* sul fronte del cambiamento climatico.

L'ampliamento del perimetro della responsabilità con riferimento ai disastri ambientali è del resto già ben noto negli Stati Uniti. Una linea questa che ove accolta condurrebbe all'allargamento dei contorni dei doveri ascrivibili agli operatori economici. Nel senso che la questione si sposterebbe a monte, ovverosia a stabilire se e in che misura appunto gli attori hanno fatto tutto quanto era nella loro sfera di controllo (donde l'esigibilità) per prevenire i danni da *climate change*.

Paradigmatica, sul punto, è la controversia intentata dalla Conservation Law Foundation contro la Exxon[103]. Lì gli attori non hanno denunciato i danni direttamente causati dalla società, quanto quelli indirettamente cagionati e derivanti dalla mancata presa in considerazione del cambiamento climatico nella fase di costruzione degli impianti di stoccaggio del combustibile fossile. L'associazione ambientalista si è lamentata della circostanza che la Exxon non aveva

---

99 Cfr. M. Olszynski, S. Mascher e M. Doelle, *From Smoke to Smokestacks: Lessons from Tobacco for the Future of Climate Change*, in 30 *Georgetown Environmental Law Review*, 2017, p. 1 ss.

100 V. N. Singh e L. Longendyke, *A Global Look at Mandatory Greenhouse Gas Reporting Programs* (27 maggio 2015), www.wri.org/insights/global-look-mandatory-greenhouse-gas-reporting-programs.

101 *Greenhouse Gas Reporting Program* (Ghgrp), 40 Cfr Part 98.

102 *McVeigh v. Retail Employees Superannuation Trust*, NSD1333/2018 (FCA 2018).

103 *Conservation Law Foundation v. ExxonMobil Corp.*, No. 20-1456 (1st Cir. 2021).

adeguatamente inserito il cambiamento climatico tra i fattori di rischio nella predisposizione del piano di prevenzione dei siti dove il materiale era conservato. In altri termini, la società sarebbe stata responsabile dei danni causati al vicinato, in aggiunta per lo più composto da poveri, dall'innalzamento dei mari e dall'intensificarsi dei fenomeni atmosferici estremi. L'impostazione argomentativa così formulata è atta a ricomprendere nel campo dei responsabili per il cambiamento climatico non solamente la produttrice, ma anche i soggetti a vario titolo coinvolti nel processo produttivo. Nella specie, la colpa viene imputata ai progettisti e agli ingegneri degli impianti, ancorché indirettamente, ma non sfuggirà come l'approccio possa essere esteso, ad esempio, ai consulenti legali o finanziari di una determinata società.

Un risvolto simile si è palesato, nel 2014, in una controversia instaurata da una compagnia assicurativa dell'Illinois, la quale ha agito nei confronti di alcune città statunitensi lamentandosi del fatto che queste avevano omesso di includere nella valutazione le accresciute precipitazioni dovute al cambiamento climatico nei loro piani delle acque meteorologiche. Così producendo un numero superiore di inondazioni riverberatesi in un aumento degli indennizzi dovuti dalla assicuratrice ai propri assicurati[104].

Alla luce di quanto detto, non è affatto da escludersi che nei prossimi anni assisteremo a un continuo ampliamento dei soggetti ritenuti responsabili del *climate change*[105]. Del resto, gli Stati Uniti conoscono già una disciplina che include un vasto novero di individui onerati di porre rimedio alle condotte inquinanti perpetrate nelle attività produttive. Ci si riferisce alla regolazione nota comunemente con il nome di *Superfund*[106]. Tra gli obbligati alla rimessione in pristino e alla bonifica dei siti inquinati essa include gli ingegneri, le persone sul ponte di comando dell'azienda danneggiante al momento dell'evento dannoso, e quelle in posizioni apicali al momento della proposizione della controversia, ecc. Benché si tratti di disciplina statutaria, alcuni studi condotti

---

104 *Illinois Farmers Insurance Co. v. Metropolitan Water Reclamation District of Greater Chicago*. Documenti in https://climatecasechart.com/case/illinois-farmers-insurance-co-v-metropolitan-water-reclamation-district-of-greater-chicago.

105 I germi di questo processo evolutivo si ritrovano già in *County of Multnomah v. Exxon Mobil Corp.*, 3:23- cv-01213 (D. Or.), dove tra i convenuti figura anche la società di consulenza McKinsey & Co. Documenti di causa accessibili all'indirizzo https://climatecasechart.com/case/county-of-multnomah-v-exxon-mobil- corp.

106 *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, PL-96-510, Dec. 11, 1980, 94 Stat. 2767.

in letteratura ne hanno rintracciato l'origine nella *common law*[107]. Tale rilievo non è privo di conseguenze pratiche, dal momento che gli attori nei ricorsi in materia di clima potrebbero invocare il parallelismo con il *Superfund* proprio facendo leva sulla scaturigine storica della regolamentazione nella casistica giurisprudenziale statunitense.

È ragionevole credere che in una lotta interstiziale si attesteranno le traiettorie del conflitto sociale, *sub specie* climatico, nel campo del diritto privato dei *tort*. Che un ulteriore passaggio così congegnato sia privo di rischi non è possibile da sostenere. Aleggia, infatti, costantemente lo spettro di un approccio da *sue your neighbor* che abbiamo avuto già modo di criticare nelle pagine precedenti e che abbiamo visto incastonato nella legge texana in materia di aborto, nonché ingaggiato sotto diverse forme nel contesto della regolamentazione delle armi da fuoco.

Ed ecco allora che si tratterà di accostarsi al fenomeno in modo misurato, con realismo e senza eccessivi entusiasmi. Al contempo, nell'osservazione, sarà bene in ogni caso però tenere a mente di come si tratti di tentativi, certo a volte claudicanti, sovente imperfetti, di compensazione con forme privatistiche di interessi pubblicistici. Il tutto, nell'inerzia del circuito legislativo e nella chiusura del circuito giudiziario federale all'affrontare tali tematiche.

---

[107] Si v. J.M. Greenberg, *Superfund and Tort Common Law: Why Courts Should Adopt a Contemporary Analytical Framework for Divisibility of Harm*, in 103 *Minnesota Law Review*, 2018, p. 999 ss., spec. p. 1010, testo corrispondente alla nota 76.

Polverizzare il potere economico. Il neoliberalismo e la neutralizzazione del conflitto sociale

Alessandro Somma

1. Lavoro e proprietà nella società borghese

La società borghese nata dalla Rivoluzione francese si fondava su un patto tra l'individuo e il sovrano, significativamente richiamato in sede di redazione del Codice civile francese[1], in base al quale il primo concentrava su di sé il potere economico, mentre il secondo diveniva il titolare esclusivo del potere politico, oltre che il garante dell'ordine proprietario. Si creavano così le condizioni per la nascita e lo sviluppo del mercato autoregolato: «diretto da prezzi di mercato e soltanto da prezzi di mercato», e a monte mosso dall'aspirazione degli esseri umani a «raggiungere un massimo di guadagno monetario». Il tutto fondato sul principio per cui «tutti i redditi debbono derivare dalla vendita di qualcosa», inclusi i beni un tempo sottratti al mercato:

> L'uomo sotto il nome di lavoro, la natura sotto il nome di terra erano resi disponibili per la vendita; l'uso della forza lavoro poteva essere universalmente comprato e venduto a un prezzo che veniva chiamato salario e l'uso della terra poteva essere acquistato a un prezzo chiamato affitto[2].

L'ordine politico che faceva capo al sovrano aveva carattere olistico, come si ricava in modo esemplare dalla figura del Leviatano, che

---

[1] Considerato lo statuto per antonomasia della società borghese: cfr. J.-É.-M. Portalis, *Exposé des motifs de la loi relative à la Propriété*, in *Code civil des Français, suivi de l'exposé des motifs, sur chaque lois, présenté par les Orateurs du Gouvernement*…, vol. 4, Paris, 1804, p. 31.

[2] K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), Torino, 1974, p. 168.

mirava a sciogliere l'individuo al suo interno, e a funzionalizzare a tal fine i comportamenti dei consociati al suo equilibrio e sviluppo. Opposto l'ordine economico, di matrice individualista, basato sulla combinazione tra razionalismo etico e coscienza dei propri bisogni: tra il riconoscimento della pretesa di pensare autonomamente e quella di vivere per sé, entrambe presidiate dal patto fondativo della società borghese. Di qui l'affermazione che l'individuo è libero dalla nascita e che la sua libertà si esprime tipicamente attraverso l'appropriazione di beni: in primo luogo della «terra stessa come cosa che tutte le altre comprende e porta con sé»[3].

La società borghese proteggeva l'individuo dalle invasioni di campo del sovrano, ma nel contempo mirava a promuovere la collaborazione tra individui, il coordinamento delle loro azioni. Era infatti evidente che l'ordine proprietario degli albori non alimentava la speculazione e l'accumulazione, giacché il consumo di beni era correlato alla quantità di mezzi richiesti per la sussistenza, e l'inerzia del proprietario veniva considerata un comportamento preclusivo del suo status: la terra incolta «nonostante la recinzione doveva continuare a essere considerata incolta e poteva diventare possesso di chicchessia»[4]. E anche se l'accordo sul valore della moneta aveva consentito l'accumulazione oltre l'utilità reale e la necessità per la sussistenza, la mitica mano invisibile non si sarebbe limitata a coordinare i comportamenti egoistici degli operatori del mercato. Essa avrebbe sostenuto anche un ottimale sistema di redistribuzione della ricchezza: portava i più abbienti «a fare quasi la stessa distribuzione delle cose necessarie alla vita che sarebbe stata fatta se la terra fosse stata divisa in parti uguali tra tutti i suoi abitanti»[5].

Ma non è tutto. La società borghese promuoveva l'identificazione dell'individuo con il proprietario, e tuttavia i suoi teorici precisavano che l'appropriazione dei beni discendeva dalla loro trasformazione attraverso il lavoro della persona: «qualunque cosa… egli rimuova dallo stato in cui la natura l'ha prodotta e lasciata, mescola ad essa il proprio lavoro e vi unisce qualcosa che gli è proprio, e con ciò la rende una sua proprietà»[6]. In un certo senso si potrebbe così dire che la società

---

[3] J. Locke, *Il secondo trattato sul governo* (1689), Milano, 1998, Cap. 5 n. 32.

[4] *Ivi*, Cap. 5 n. 38.

[5] A. Smith, *Teoria dei sentimenti morali* (1759), Milano, 1995, p. 376.

[6] J. Locke, *Il secondo trattato sul governo*, cit., Cap. 5 n. 27.

borghese si fonda sul lavoro, più che sulla proprietà, o almeno che al lavoro si attribuiva una valenza emancipatoria.

Questa caratteristica poteva però valere fintantoché la trasformazione dei beni era accessibile ai più, ovvero costituiva l'esito di un lavoro agricolo o tutt'al più artigiano: attività svolte da chi non di rado possedeva gli strumenti a tal fine necessari[7]. Solo a queste condizioni l'ordine proprietario poteva mantenere la sua promessa, ovvero consentire all'individuo di emanciparsi attraverso l'esercizio delle libertà economiche. Solo a queste condizioni, cioè, la società borghese non avrebbe dovuto fronteggiare il conflitto sociale provocato dalla cecità del diritto nei confronti della disparità sostanziale, quest'ultima indispensabile all'edificazione di un ordine incentrato sull'individualismo proprietario.

2. Società industriale e conflitto di classe

Lo scenario muta radicalmente per effetto della transizione dalla società borghese alla società industriale: qui il lavoro non consentiva certo di accedere alla condizione proprietaria, che perdeva così la sua valenza emancipatoria. Di più: la proprietà dei mezzi di produzione diveniva il tratto identificativo di una classe, quella dei capitalisti, contrapposta a quella di coloro a cui quella proprietà era preclusa. Il tutto nel segno di un'immobilità sociale senza vie d'uscita, che finiva per rendere l'ordine proprietario edificato dalla società borghese «un catastrofico insuccesso»[8].

L'immobilità sociale era uno dei principali risvolti del sistema di fabbrica, che richiedeva di presidiare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa per renderla compatibile con le necessità della produzione industriale, caratterizzata dall'uso di macchine e quindi da una spiccata gerarchizzazione[9]. Il tutto cementato dalla libertà di contratto, formalmente posta a presidio dell'autodeterminazione individuale, ma sostanzialmente destinata a produrre una «schematizzazione coercitiva dell'esistenza»[10].

---

7 H.-G. Haupt, *Sozialgeschichte Frankreichs seit 1789*, Frankfurt am Main, 1989, p. 32 ss.

8 A. Rüstow, *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 2. ed. (1950), Marburg, 2001, p. 1.

9 S. Simitis, *The Case of the Employment Relationship*, in W. Steinmetz (a cura di), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age. Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany, and the United States*, Oxford, 2000, p. 193 s.

10 M. Weber, *Economia e società* (1922), vol. 3, Torino, 2000, p. 85.

Di qui il conflitto che contrapponeva coloro i quali intendevano mantenere lo *status quo* a chi mirava invece al rovesciamento dell'ordine proprietario: alla sua sostituzione con un ordine socialista prima e comunista poi, secondo il programma avviato con l'esperimento sovietico. Vi erano poi le posizioni intermedie di chi si avvedeva di come l'ordine proprietario fosse minacciato dalle tendenze socialiste esattamente come da quelle liberali tradizionali, per cui l'unica via di uscita era affidare ai pubblici poteri il compito di promuovere l'emancipazione sociale come integrazione nell'ordine proprietario. In questo senso si sosteneva che solo utilizzando lo Stato per elevare la condizione dei lavoratori, dando loro «la possibilità di acquisire capitali», la classe dei proprietari avrebbe evitato di avere la classe dei non proprietari come «sua naturale e irriducibile nemica»[11].

Quest'ultimo orientamento venne condiviso dalla Chiesa cattolica, che ne fece il motivo ispiratore dell'enciclica con cui venne fondata la sua dottrina sociale. È in quell'occasione che si invita a ricercare soluzioni alla «cupidigia dei padroni» e alla «sfrenata concorrenza» alternative a quelle fornite dal socialismo, interessato solo ad alimentare «nei poveri l'odio ai ricchi»[12]. Del resto la repressione del conflitto di classe riusciva difficoltoso, almeno più dell'offerta ai lavoratori di rinunciare alla lotta politica come contropartita per alcune concessioni, come testimonia quanto avvenne nella Prussia di Bismarck dopo l'emanazione della Legge «contro le aspirazioni socialmente pericolose della Socialdemocrazia»[13].

Il Cancelliere di ferro volle affrontare il conflitto di classe con misure repressive, che tuttavia si rivelarono inefficaci. Per questo l'Imperatore Guglielmo I maturò la convinzione che «la riparazione dei danni sociali non si dovrà perseguire esclusivamente attraverso la repressione dei tumulti socialdemocratici, bensì anche attraverso il sostegno attivo al benessere dei lavoratori»[14]. Di qui, nel solco di quanto si era sperimentato presso le acciaierie Krupp[15], l'istituzione del primo sistema moderno di sicurezza sociale, ovvero di una

---

11 L. von Stein, *Geschichte der socialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, vol. 3, Leipzig, 1850, p. 218 s.

12 Enciclica *Rerum novarum* del 15 maggio 1891, n. 3.

13 *Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie* del 22 ottobre 1878.

14 *Kaiserliche Botschaft* del 17 novembre 1881.

15 J. Boeckh J. et al., *Sozialpolitik in Deutschland*, 4. ed., Wiesbaden, 2017, p. 31.

assicurazione obbligatoria per le malattie, gli infortuni, l'invalidità e la vecchiaia[16].

3. Dall'ordine all'organismo proprietario

La ricomposizione del conflitto di classe in quanto condizione per la sopravvivenza dell'ordine proprietario impone di rivedere un fondamento della società borghese: quello per cui si negano le entità intermedie tra lo Stato e l'individuo nella loro essenza di ostacoli allo sviluppo dell'ordine proprietario. Occorre infatti riscoprire la società, sebbene solo nella misura necessaria e sufficiente a presidiare l'equilibrio di quell'ordine, nella consapevolezza che il suo superamento ben poteva costituire una reazione al tradimento delle promesse di emancipazione. Di qui l'abbandono della prospettiva individualista utilizzata per delimitare la sfera economica e fondare la sua distinzione dalla sfera politica: la tensione olistica, che non aveva cessato di caratterizzare la seconda sfera, torna a invadere la prima. Con il risultato che anche la sfera economica, come la politica, si appalesa nella sua essenza di ordine entro cui sciogliere l'individuo.

Altrimenti detto la società veniva riscoperta, ma nel contempo ripensata come organismo funzionante secondo schemi assimilabili a quelli di un organismo biologico. Non si disconosceva l'unicità dell'individuo, e tuttavia lo si riteneva condannato da una legge di natura a sciogliersi entro un organismo sociale, le cui componenti erano portate a cooperare per assicurarne l'equilibrio e lo sviluppo. Lo erano naturalmente, dunque secondo un moto spontaneo non molto distante da quello che ispirava l'azione della mitica mano invisibile[17].

L'organicismo era più o meno esplicitamente elevato a sfondo di molte tendenze che si imposero tra i cultori delle scienze sociali tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento. È il caso del solidarismo, i cui fautori valorizzavano per un verso l'autodeterminazione e la «lotta per lo sviluppo individuale», ma per un altro promuovevano «l'associazione di azioni individuali» ritenuta indispensabile a «mantenere l'individuo in uno stato di durevole prosperità e sicurezza»[18]. Nello stesso senso il funzionalismo, nell'ambito del quale si riconosce-

---

16 G.A. Ritter, *Storia dello Stato sociale* (1991), Roma e Bari, 1996, p. 61 ss.

17 A. Comte, *Philosophie positive* (1830-42), vol. 3, Paris, 1938, p. 142.

18 L. Bourgeois, *Solidarité*, 3. ed., Paris, 1902, p. 61 s.

vano spazi entro cui «sviluppare la propria individualità», ma solo se l'esercizio del relativo potere assolveva al dovere di contribuire all'equilibrio tra le diverse componenti dell'organismo sociale[19]. Simile la riflessione sviluppata tra le fila del socialismo giuridico, dove si voleva promuovere la formazione di un non meglio definito «campo più largo ove tutte le classi si trovino, le une colle altre, in maggior concordia e solidarietà, a cooperare per lo sviluppo della personalità, per il miglioramento morale ed economico della collettività»[20].

Da menzionare anche il socialismo della cattedra, entro cui si sottolineava il nesso fra le trasformazioni in atto e la crisi della distinzione tra un diritto pubblico dello «Stato onnipotente» e un diritto privato dell'individuo «sciolto da ogni comunità». La crisi avrebbe prodotto un nuovo momento di sintesi tra le due impostazioni, per cui il diritto pubblico sarebbe infine penetrato dall'individualismo e il diritto privato da «una goccia di olio sociale»: solo in tal modo l'organismo sociale avrebbe evitato conflitti destabilizzanti, come quelli contemplati dalla divisione in classi[21].

La definitiva acquisizione di queste visioni si ha in occasione del primo conflitto mondiale, efficacemente descritto come la vicenda che aveva definitivamente «abbattuto l'individualismo», esattamente come la Rivoluzione francese aveva «rovesciato il feudalesimo»: rendendo così non più rinviabile la costruzione di un ordine capace di conciliare «gli opposti interessi tra il capitale e il lavoro»[22]. Se peraltro si voleva «tenere maggior conto dei diritti dei non abbienti»[23], e dunque promuovere la loro inclusione nell'ordine proprietario, non era per sostenere la loro emancipazione e dunque recuperare la valenza attribuita al lavoro dalla società borghese. Il fine ultimo dell'interventismo dei pubblici poteri era la pacificazione sociale, condizione irrinunciabile per salvare l'ordine proprietario minacciato dal nefasto «propagarsi del socialismo e della coscienza e della potenza che è venuto man mano acquistando il quarto stato». Solo così si sarebbe rimediato

---

[19] L. Duguit, *Les transformation générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (1911), 2. ed., Paris, 1920, pp. 26 s. e 37.

[20] G. Salvioli, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il nuovo diritto*, Palermo, 1906, p. 104.

[21] O. Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889, p. 9 ss.

[22] N. Stolfi, *La rivoluzione francese e la guerra mondiale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1922, p. 387 s.

[23] N. Stolfi, *Diritto civile*, vol. 1 (*Parte generale*), tomo 1 (*Fonti, disposizioni preliminari e transitorie*), Torino, 1919, p. 538 s.

all'inadeguatezza della borghesia, che «aveva lasciato ai socialisti l'onore e l'onere di essere i patroni delle masse»[24].

Tra il primo e il secondo conflitto mondiale si mettono a punto anche ulteriori espedienti destinati a evitare che la riscoperta della società si traducesse in una minaccia per l'equilibrio e lo sviluppo dell'ordine proprietario ripensato in termini di organismo.

Tra gli espedienti destinati a sterilizzare il conflitto di classe, spicca il ricorso allo schema corporativo, che all'epoca trovava numerosi sostenitori. Lo invocava la dottrina sociale cattolica, esaltandolo nella sua caratteristica di strumento di pacificazione sociale con cui preservare il «diritto naturale di proprietà e di trasmissione ereditaria dei propri beni»[25]. Lo chiedevano i cultori delle scienze sociali, convinti dell'utilità di disciplinare la relazioni industriali in «forme uniche e coattive», tali da irreggimentare la forza lavoro[26]. Forme da affiancare magari alla partecipazione nella direzione delle aziende di rappresentanti dei lavoratori, soluzione capace di rendere questi ultimi «interessati allo sviluppo della impresa» e di sterilizzare con ciò i «ciechi particolarismi di classe». E lo stesso valeva per la partecipazione agli utili delle imprese, che non costituirebbe solo «la più forte remora contro la dannosa mania degli scioperi», bensì anche un potente veicolo di inclusione nell'ordine proprietario dal momento: essa si realizza con la «conversione di una parte degli utili in azioni che restino di proprietà, ma proprietà inalienabile, delle maestranze operaie»[27].

4. Dal liberalismo al neoliberalismo

Notoriamente il periodo tra i due conflitti mondiali è l'epoca caratterizzata dalla nascita dell'Unione sovietica, evento salutato come un passo decisivo verso il superamento dell'ordine proprietario o comunque verso l'abbandono del capitalismo a favore del collettivismo. Anche per questo si afferma il fascismo come reazione allo stallo dell'ordine proprietario, provocato dalla sua incapacità di sterilizzare il conflitto di classe attraverso l'inclusione nell'ordine

---

[24] N. Stolfi, *La rivoluzione francese e la guerra mondiale*, cit., p. 391 ss.

[25] Enciclica *Quadragesimo anno* del 15 maggio 1931, n. 49.

[26] Commissione reale per il dopoguerra, *I problemi economici urgenti. Relazione del deputato Edoardo Pantano Presidente della Sottocommissione economica*, Roma, 1919, p. 80.

[27] Commissione reale per il dopoguerra, *Studi e proposte della prima sottocommissione presieduta dal Senatore Vittorio Scialoja*, Roma, 1920, p. 450 ss.

proprietario dei meno abbienti. Di qui il riconoscimento del fascismo nella sua essenza di dispositivo che ha realizzato l'azzeramento delle libertà politiche, ma solo la riforma delle libertà economiche. Con la precisazione che il primo ha costituito un presupposto irrinunciabile della seconda, ovvero una condizione imprescindibile per poter rendere storicamente possibile l'equilibrio e lo sviluppo dell'ordine proprietario:

> La soluzione fascista dell'*impasse* raggiunta dal capitalismo liberale può essere descritta come una riforma dell'economia raggiunta al prezzo dell'estirpazione di tutte le istituzioni democratiche, tanto nel campo dell'industria che in quello della politica. Il sistema economico che era in pericolo di disfacimento veniva così rivitalizzato, mentre i popoli stessi venivano sottoposti ad una rieducazione destinata a snaturalizzare l'individuo e a renderlo incapace di funzionare come unità responsabile del corpo politico[28]

Il fascismo si è apertamente presentato come una terza via tra il liberalismo tradizionale, oramai inadatto a governare l'ordine proprietario, e il socialismo candidatosi a provocarne il superamento[29]. Peraltro, tra i due conflitti mondiali la ricerca di una terza via non distante da quella fascista, o almeno con essa compatibile, ha impegnato molti studiosi. Ad esempio coloro i quali diedero vita al colloquio Walter Lippmann, tenutosi a Parigi nel 1938, i cui atti sono stati ristampati alcuni anni or sono[30].

Fu nel corso di questo colloquio che venne coniato il termine «neoliberalismo», per comprendere il quale occorre dire della persona a cui fu dedicato: un noto giornalista e commentatore politico statunitense, autore di un fortunato volume criticato dai suoi contemporanei in quanto testo privo di approccio scientifico[31], e tuttavia divenuto noto come tentativo di identificare i termini di una terza via tra il *laissez faire* e il collettivismo[32].

---

28 K. Polanyi, *La grande trasformazione*, cit. p. 297.

29 A. Somma, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, 2005, p. 81 ss.

30 S. Audier, *Le Colloque Walter Lippman: Aux origines du néo-libéralisme*, Lormont, 2012, p. 407 ss.

31 F.H. Knight, *Lippmann's The Good Society*, in 46 *Journal of Political Economy*, 1938, p. 864 ss.

32 W. Lippmann, *The Good Society* (1937), New Brunswick e London, 2005.

Lippmann precisa che il *laissez faire* «era la necessaria dottrina distruttiva di un momento rivoluzionario», ovvero che è stato indispensabile per rovesciare l'ordine feudale, e in particolare «per distruggere i poteri forti oppostisi alla Rivoluzione industriale». Diverso è però il giudizio riferito al *laissez faire* in quanto «principio ispiratore di politiche pubbliche», ovvero come punto di riferimento «per determinare cosa deve essere governato dalla legge e cosa non deve esserlo»: in questo ambito si era rivelato un mero strumento per la conservazione dello *status quo*. Giacché in una comunità «tutte le libertà, tutti i diritti, tutte la proprietà si fondano sulla legge» il cui contenuto non poteva essere definito a prescindere dal contesto, come avevano invece fatto i fautori del liberalismo classico[33].

Di qui la ricetta per la menzionata terza via, da elaborare a partire dalla constatazione che il contesto da valorizzare è quello segnato dalla transizione dalla società borghese alla società industriale, in virtù della quale l'individuo era in qualche modo sciolto entro un ordine al cui equilibrio e sviluppo dovevano essere indirizzate le sue azioni. Anche e soprattutto per sterilizzare il conflitto sociale, da affrontare con misure che non mirano alla redistribuzione della ricchezza, bensì all'inclusione nell'ordine proprietario: misure attraverso cui incrementare «la capacità produttiva dell'individuo e del patrimonio nazionale dal quale deve ricavare la sua sussistenza»[34].

Insomma, il liberalismo doveva rinnovarsi per allineare l'ordine sociale a una «filosofia sociale che obbedisca alla legge della rivoluzione industriale», rendendolo «adatto ai requisiti della divisione del lavoro» nell'ambito di «comunità e individui interdipendenti». Se infatti l'ordine sociale perdeva la sintonia con l'ordine economico, la conseguenza non poteva essere che «la ribellione contro il mondo della rinuncia al mondo», ovvero «la violenza attiva» o in alternativa «l'ascetismo o la scelta per una altro mondo»[35].

Ci troviamo così di fronte al medesimo schema che ha prodotto la soluzione fascista all'*impasse* dell'ordine proprietario. Si esalta infatti la necessità di sterilizzare il conflitto prodotto dalla modernizzazione capitalista con espedienti volti a produrre inclusione nell'ordine, senza tuttavia mettere in discussione i suoi fondamenti. Ciò non equivaleva

---

33 *Ivi*, p. 184 ss.

34 *Ivi*, p. 228.

35 *Ivi*, pp. 205 e 210 ss.

direttamente ad affermare la necessità di azzerare le libertà politiche, ma se non altro ad ammettere e accettare la possibilità di un simile esito, nella misura in cui rappresentava una condizione per la riforma delle libertà economiche.

5. Neoliberalismo e ordoliberalismo

Al colloquio Walter Lippmann presero parte anche due padri del pensiero ordoliberale: Wilhelm Röpke e Alexander Rüstow. I loro scritti consentono di mettere in luce come l'insieme delle teorie e pratiche riconducibili al pensiero in discorso siano particolarmente ossessionate dai rischi cui il conflitto di classe espone l'ordine economico. Tanto da ritenere che il percorso iniziato con la Rivoluzione francese si dovesse completare combinando le relative istanze liberatorie con istanze ordinatorie capaci di indirizzare le «forze individuali liberate verso un impiego complessivo ragionevole»[36].

L'ossessione per il conflitto di classe accomuna le varie anime dell'ordoliberalismo, che nel nome della sua neutralizzazione non esita a promuovere lo schema da cui prende le mosse il fascismo: quello per cui le libertà politiche, ove necessario, ben possono essere sacrificate alla riforma delle libertà economiche.

Röpke e Rüstow si distinguono per le modalità con cui promuovono questo schema, riassuntive di quanto, con espressione fuorviante, è stato definito in termini di umanesimo economico[37]. L'espressione allude a una commistione di valori moderni, quelli relativi al funzionamento di un ordine economico incentrato sulla proprietà privata e la concorrenza, e valori premoderni, relativi alla costruzione di identità forti ed escludenti definite ad arte per sterilizzare i conflitti provocati dal funzionamento del mercato. Il che si traduceva nel favore per lo sviluppo di un «interventismo liberale»[38], indispensabile a combattere l'azione dei centri di interesse

---

[36] F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart e Berlin, 1937, p. 3 ss.

[37] D. Haselbach, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordoliberalismus*, Baden-Baden, 1991, p. 159 ss.

[38] A. Rüstow, *Interessenpolitik oder Staatspolitik*, in *Der deutsche Volkswirt*, 1932, p. 171.

e la «rivolta delle masse»[39], per contrastare la quale occorreva edificare una «dittatura entro i confini della democrazia»[40].

In particolare Rüstow insisteva sull'utilizzo del meccanismo concorrenziale come strumento di direzione politica dei comportamenti individuali, forse di per sé non ostile al meccanismo democratico, ma sicuramente disinteressato alle sue sorti. Era questo il senso dell'idea per cui uno «Stato forte e indipendente» doveva assumere compiti di «severa polizia del mercato» per impedire la «disintegrazione» sociale cui preludeva il «rispetto delle regole puramente razionali del gioco della concorrenza», e realizzare così «la coincidenza dell'interesse particolare egoista e l'interesse generale». Si sarebbe in tal modo ripristinato «l'inquadramento volontario e naturale della gerarchia» in luogo dell'«ideale falso e sbagliato dell'uguaglianza» e dell'«ideale parziale e insufficiente della fratellanza», con il quale i fondatori del liberalismo avevano erroneamente sostituito «l'inquadramento artificiale e forzato della signoria feudale»[41].

Solo così, come precisato da Alfred Müller-Armack, un altro padre dell'ordoliberalismo iscritto della prima ora al partito nazista e affascinato dalle realizzazioni del fascismo italiano, si sarebbe tutelato «l'interesse nazionale capitalistico» oltre il mero «interesse capitalistico» perseguito dall'individuo[42]. Solo così, faceva eco Walter Eucken, anch'esso un padre dell'ordoliberalismo, le «forze caotiche della massa» sarebbero state neutralizzate in quanto motore di conflitto sociale[43].

Quello ordoliberale era insomma uno Stato di polizia economica, che per un verso valorizzava la libera iniziativa individuale, ma per un altro la costringeva entro schemi organicisti, come quelli cui rinviava all'epoca il pensiero di Franz Böhm: un altro celeberrimo padre dell'ordoliberalismo. Volendo sottolineare il ruolo delle istanze ordinatorie di cui l'ordoliberalismo doveva farsi carico, quest'ultimo discorreva della «co-

---

39 W. Röpke, *Epochenwende*, (1933), in Id., *Wirrnis und Wahrheit. Ausgewählte Aufsätze*, Erlenbach e Stuttgart, 1962, p. 106 s.

40 A. Rüstow, *Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie* (1929), in *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 1959, p. 98 s.

41 A. Rüstow, in S. Audier (ed.), *Le Colloque Walter Lippman*, cit., p. 469 s.

42 A. Müller-Armack, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*, Berlin, 1932, pp. 110 ss. e 213 ss.

43 W. Eucken, *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1932, p. 312.

stituzione economica», ovvero della «decisione sul complessivo ordine della vita economica nazionale», come di una «costituzione parziale»: doveva essere ricavata dalla «costituzione politica complessiva»[44].

Peraltro non si voleva con ciò rivendicare la supremazia del politico sull'economico. O meglio, il politico prevaleva sull'economico ma non per alterarne i fondamenti, che al contrario riproduceva fedelmente: le leggi del mercato divenivano leggi dello Stato e in tal senso la concorrenza assumeva il ruolo di uno strumento di direzione dei comportamenti dei consociati. Si comprende così l'intento ordoliberale di riservare al potere economico l'esatto opposto di quanto si promuoveva per il potere politico. Se il secondo doveva essere concentrato e dunque statalizzato, il primo doveva essere azzerato, spoliticizzato, ridotto all'irrilevanza quale forza centrifuga in danno al funzionamento del sistema. Era questo il senso del motto, coniato da Carl Schmitt, per cui una «economia sana» presupponeva uno «Stato forte»[45], ma anche della considerazione riservata da Böhm alla lotta di classe: demonizzata in quanto violazione di un «dovere giuridico» e trasgressione di un imperativo «sociale fondato sull'onore»[46].

6. Democrazia economica vs neoliberalismo

In letteratura si suole sottolineare la distinzione tra neoliberalismo e ordoliberalismo, riconducendola in particolare al diverso grado di ingerenza della sfera politica nella sfera economica[47]. In questo modo si perde però di vista l'essenza del neoliberalismo, ovvero la circostanza per cui esso attiene al riconoscimento che l'azione dei pubblici poteri è indispensabile per rendere storicamente possibile l'esistenza del capitalismo. Soprattutto perché la sterilizzazione del conflitto sociale richiede la spoliticizzazione del mercato, ovvero la cancellazione di qualsiasi cinghia di trasmissione tra la società e le istituzioni preposte al governo dell'ordine economico, il che non si verifica naturalmente: presuppone una complessa attività dello Stato[48]. Non ultima quella che

---

[44] Esattamente come occorreva fare rispetto alla demografia e alla biologia razziale: cfr. F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. 9 ss.

[45] C. Schmitt, *Starker Staat und gesunder Wirtschaft*, in *Volk und Reich*, 1933, p. 87.

[46] F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. 77.

[47] J. Starbatty, *Ordoliberalismus*, in O. Issing (a cura di), *Geschichte der Nationalökonomie*, 4. ed., München, p. 251 ss.

[48] A. Somma, *Democrazia o capitalismo. Sulla inevitabile matrice autoritaria del*

attiene alla riduzione nell'inclusione sociale a inclusione nel mercato, ovvero alla promozione di forme di redistribuzione della ricchezza attraverso l'inclusione nell'ordine proprietario, piuttosto che il suo superamento o almeno la limitazione del suo raggio di azione. E se così stanno le cose, il contrasto del neoliberalismo non richiede di incrementare il ruolo dei pubblici poteri, bensì di riorientare la loro azione.

Tutto ciò emerge in modo chiaro alla conclusione del secondo conflitto mondiale nel corso dell'acceso dibattito sulla costituzione economica che la rinata democrazia tedesca avrebbe dovuto adottare. All'epoca due modelli si contendevano il campo: quello della democrazia economica, per il quale l'emancipazione individuale e sociale richiede di arginare l'invadenza del principio di concorrenza[49], e quello ordoliberale o neoliberale, incentrato invece sull'inclusione nell'ordine proprietario come unico veicolo di emancipazione[50].

Il secondo modello era compromesso con il regime hitleriano, esattamente come molti tra i suoi fautori, impegnati per un verso nell'amministrazione dell'economia di guerra e per un altro a definire i fondamenti che l'ordine economico avrebbe assunto dopo la vittoria del nazismo[51]. Anche per questo la democrazia economica riscuoteva notevoli consensi: era sponsorizzata dai Socialdemocratici ma veniva parzialmente accettata anche dai Cristianodemocratici, tra le cui fila si riteneva che il capitalismo si fosse «suicidato con le proprie leggi», e che si dovessero pertanto accogliere alcuni elementi del modo di produzione collettivistico[52].

La proposta dei Socialdemocratici, che pure non rappresentava il superamento dell'ordine proprietario, si faceva carico di queste aspirazioni in quanto comprendeva la richiesta di una «pianificazione generale della vita economica»: il coinvolgimento del Parlamento nelle scelte complessive circa il «cosa produrre», con ciò realizzando l'interazione tra meccanismo concorrenziale e meccanismo democratico. Il

---

neoliberalismo, in *Rechtsgeschichte*, 2022, 30, p. 301 ss.

[49] A. Arndt, *Das Problem der Wirtschaftsdemokratie*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, p. 137 ss.

[50] F. Böhm, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, p. 141 ss.

[51] Citazioni in R. Ptak, *Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft. Stationen des Neoliberalismus in Deutschland*, Opladen, 2004, p. 62 ss.

[52] Così il Presidente del Nord Reno-Vestfalia nel discorso di insediamento del 17 giugno 1946, riprodotto in G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, vol. 2, Frankfurt am Main, 1979, p. 334 ss.

«come produrre» restava invece ancorato ai fondamenti che contraddistinguono il capitalismo: esso «può e deve essere affidato all'economia di mercato, che presumibilmente si muoverà in modo sensato e proficuo fondandosi sulla libera concorrenza»[53].

Si prevedevano però due istituti destinati a democratizzare le scelte assunte a livello di singola unità produttiva: la codeterminazione (*Mitbestimmung*), ovvero la partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa, e la socializzazione (*Sozialisierung*), ovvero il coinvolgimento nei processi decisionali dei portatori di interessi coinvolti dall'esito di quel processo, dai consumatori ai cittadini in genere. Di qui la sottolineatura che la socializzazione era cosa ben diversa dalla statalizzazione (*Verstaatlichung*), ovvero dalla mera sostituzione della proprietà privata con la proprietà pubblica, quest'ultima incapace di contrastare l'accumulazione come finalità dell'attività produttiva e l'autoritarismo nella gestione dell'impresa[54].

Peraltro la democrazia economica non incontrò il favore delle forze di occupazione, intenzionate, all'alba della guerra fredda, a imporre per la Germania modelli economici in cui fosse marcato il rifiuto di soluzioni di ispirazione socialista o collettivista. Si tollerò solamente la codeterminazione, che dissociata dalla pianificazione e dalla socializzazione si trasformava in uno strumento di pacificazione sociale, di sterilizzazione del conflitto tra capitale e lavoro[55].

Si ricava anche da qui l'essenza neoliberale della costituzione economica tedesca, i cui fautori invocavano come sappiamo la polverizzazione del potere economico. A questa si poteva rinunciare solo per avallare soluzioni funzionali a irreggimentare la forza lavoro, a costringerla entro forme di forzata pacificazione sociale. Altrimenti detto, l'individuo doveva trovarsi solo di fronte al mercato, esattamente come nella società borghese si trovava solo di fronte allo Stato. Per rendere così gli operatori economici incapaci di comportamenti diversi dalla mera reazione au-

---

[53] A. Arndt, *Planwirtschaft. Erwiderung auf den Aufsatz von Prof. Dr. Franz Böhm über die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, p. 169 ss.

[54] A. Somma, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, p. 474 ss.

[55] A. Somma, *Giustizia o pacificazione sociale? La codeterminazione nello scontro tra modelli di capitalismo*, in *Politica del diritto*, 2015, p. 563 ss.

tomatica agli stimoli del mercato: come fu detto esplicitamente da parte dei neoliberali nelle polemiche contro la democrazia economica[56].

7. L'Unione europea come dispositivo neoliberale

Al prevalere dell'ordoliberalismo sulla democrazia economica contribuì in modo decisivo una imponente campagna di marketing politico, comprendente anche l'utilizzo dell'espressione «economia sociale di mercato» per indicare il modello sponsorizzato dagli ordoliberali.

L'espressione venne coniata da Alfred Müller-Armack[57], e scelta per la sua distanza dal linguaggio utilizzato nel corso dell'esperienza nazionalsocialista, con la quale gli ordoliberali erano ampiamente compromessi. Inoltre il riferimento al sociale sembra alludere a un non meglio definito capitalismo dal volto umano, mentre vuole più semplicemente indicare che il mercato è un'istituzione sociale in quanto tale[58], cui destinare correttivi solo nella misura necessaria e sufficiente a produrre pacificazione sociale[59]. Tanto che Friedrich von Hayek ebbe a osservare: «non mi piace questo uso anche se per il suo tramite i mie amici tedeschi sono apparentemente riusciti a rendere accettabile a contesti più ampi il tipo di ordine sociale per il quale mi adopero»[60].

Si può peraltro ritenere superata ogni ambiguità, dal momento che lo stesso legislatore tedesco si è premurato di chiarire cosa si intende con «economia sociale di mercato». Poco prima della Riunificazione venne infatti concluso il Trattato sull'unione monetaria, economica e sociale tra le due Germanie, dove si esplicitano i fondamenti di quell'unione. E tra questi campeggia proprio l'economia sociale di mercato, definita come l'ordine economico fondato su «proprietà privata, libera concorrenza, libera formazione dei prezzi, e circolazione fondamentalmente libera di lavoro, capitali, beni e servizi»[61].

---

[56] F. Böhm, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, cit.

[57] Come rivendicato dal diretto interessato: A. Müller-Armack, Voce *Soziale Marktwirtschaft*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, vol. 9, Stuttgart, 1956, p. 392.

[58] H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 572 ss.

[59] R. Blum, *Soziale Marktwirtschaft. Wirtschaftspolitik zwischen Neoliberalismus und Ordoliberalismus*, Tübingen, 1969, p. 130 ss.

[60] F.A. von Hayek, *Law Legislation and Liberty*, vol. 2 (*The Mirage of Social Justice*), Chicago e London, 1976, p. 180.

[61] Art. 1 *Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen*

Non stupisce dunque se l'economia sociale di mercato viene menzionata tra le disposizioni di apertura del Trattato sull'Unione europea, laddove si enunciano le sue finalità, oltretutto con l'aggiunta dell'inciso «fortemente competitiva» (art. 3). Ciò si deve al Trattato di Lisbona, che nel contempo ha eliminato il riferimento all'«economia di mercato aperta e in libera concorrenza», inducendo molti a ritenere che l'Unione avesse con ciò inteso mediare tra istanze neoliberali e non meglio definite istanze sociali. Come sappiamo si tratta però dell'effetto voluto di un'espressione scelta per la sua ambiguità, incapace di occultare il carattere intimamente neoliberale della costruzione europea: anche e soprattutto per la pervicacia con cui si adopera per spoliticizzare il mercato e sterilizzare il conflitto sociale.

Nel merito è centrale una vicenda menzionata nella definizione di economia sociale di mercato fornita dal legislatore tedesco: la libera circolazione di capitali. Quest'ultima, pur presente sin dall'inizio nei Trattati europei, è stata promossa solo nel corso degli anni Ottanta in quanto misura propedeutica al percorso che ha condotto alla moneta unica. Non a caso: se i capitali circolano liberamente, gli Stati sono costretti a ingaggiare una competizione al ribasso finalizzata ad attirare investitori stranieri, ai quali si offriranno una riduzione della pressione fiscale sulle imprese e rapporti di lavoro svalutati e precarizzati[62]. A queste condizioni l'entità dei salari, inclusi quello indiretto rappresentato dal welfare e quello differito coincidente con la pensione, diviene insufficiente a sostenere i consumi interni, il che alimenta livelli elevati di disoccupazione: situazione nella quale la conflittualità nei rapporti tra capitale e lavoro risulta fortemente depotenziata. Il tutto, come abbiamo detto, collegato al percorso verso la moneta unica, che del resto persegue anch'essa il fine di impedire politiche di sostegno alla domanda e dunque di incentivare la moderazione salariale[63].

È peraltro il complesso delle politiche europee a muovere in questa direzione, prime fra tutte quelle volte a degradare la relazione di lavoro a relazione di mercato qualsiasi. Il tutto promosso anche attraverso modalità irrituali di uniformazione dei diritti nazionali, come

---

der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik del 18 maggio 1990.

[62] M. Pianta, *L'Europa della finanza*, in *Parolechiave*, 2012, 48, p. 103 ss.

[63] A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma e Bari, 2021.

in particolare quelle indotte dall'assistenza finanziaria condizionata ai Paesi fortemente indebitati[64]. Tra le condizioni, infatti, ricorre costantemente l'impegno a ripristinare più elevati livelli di libertà contrattuale in materia lavoristica, utili fra l'altro a rimuovere gli ostacoli alla flessibilizzazione e precarizzazione del rapporto. Segue poi l'indicazione per cui occorre incidere sul sistema delle relazioni industriali al fine di limitare il potere dei sindacati dei lavoratori, ad esempio promuovendo la possibilità per gli accordi a livello territoriale o di singola impresa di derogare agli accordi conclusi a livello centrale[65].

Da notare anche gli impegni a incentivare la partecipazione dei lavoratori agli utili d'impresa, misura capace di indurre cooperazione e collaborazione tra capitale e lavoro, che come sappiamo viene da tempo promossa come efficace strumento di pacificazione sociale. Giacché, come sottolineato dagli ordoliberali in continuità con chi rileva come la partecipazione agli utili contribuisce a sterilizzare gli effetti di una riscoperta della società, «colui che risponde con il proprio patrimonio, che partecipa alle perdite e agli utili, ha legami psicologici con il mercato, con le sue necessità e le sue indicazioni»[66].

8. Segue: una storia di successo

Rientra appieno nello schema del mercato delle riforme anche la reazione europea alla crisi economica provocata dalla pandemia da Covid-19, che pure viene celebrata come il segno tangibile di una inversione di tendenza: quella che avrebbe finalmente condotto la costruzione europea a intraprendere la strada di una unione più stretta, in quanto tale attenta alla sua dimensione sociale e meno concentrata su quella economica[67]. Questo si dice pensando in particolare alla circostanza per cui le somme stanziate per la ripresa, quelle raccolte nello strumento finanziario denominato *Next generation Eu*, si sono ottenute ricorrendo a prestiti dai mercati finanziari e dunque contraendo un debito comune[68].

---

[64] Ai sensi dell'art. 136 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

[65] A. Somma, *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea*, Reggio Emilia, 2017, p. 161 ss.

[66] F. Böhm, *Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb*, in *Ordo*, 4, 1951, p. 242.

[67] Al proposito O. Chessa, *La governance economica europea dalla moneta unica all'emergenza pandemica*, in *Lavoro e diritto*, 2020, p. 409 ss.

[68] Ad es. Martinelli *La risposta dell'Unione europea alla pandemia Covid-19*, in *Quaderni di*

È peraltro agevole dimostrare che la filosofia di fondo che ha ispirato le misure adottate per fronteggiare la crisi del debito sovrano è la medesima posta alla base del *Next Generation Eu*. Gli indizi che portano a una simile conclusione sono numerosi, ma fra tutti spiccano le condizionalità collegate all'assistenza finanziaria nell'ambito del più cospicuo tra i fondi di cui esso si compone: il *Recovery and resilience facility* o Dispositivo di ripresa e resilienza[69].

Le condizionalità sono innanzi tutto quelle derivanti dall'indicazione per cui l'impiego delle somme erogate, da illustrare in Piani nazionali per la ripresa e la resilienza (Pnrr), deve «contribuire ad affrontare in modo efficace le raccomandazioni» formulate «nel contesto del semestre europeo»[70]. Come si sa, quest'ultimo è infatti una complessa procedura volta a imporre uno stretto coordinamento delle politiche fiscali e di bilancio dei Paesi membri e soprattutto a piegarle all'ortodossia neoliberale[71].

Se possibile più insidiose sono le condizionalità elencate nei Piani nazionali di ripresa e resilienza direttamente concordate dagli esecutivi con le autorità europee, che la prassi ha mostrato potersi estendere oltre il perimetro tracciato dalle indicazioni formulate in sede di semestre europeo. Questo almeno si ricava dal piano italiano, così come dalla decisione del Consiglio Ue concernente la sua approvazione e al relativo allegato[72].

La verità è che l'Unione europea, diversamente da quanto sostenuto da coloro i quali discorrono di un incipiente cambiamento di rotta, non è una costruzione incompiuta: la cessione di sovranità monetaria non costituisce il preludio di una messa in comune delle politiche fi-

---

scienza politica, 2021, p. 199 ss.

[69] Per tutti J.M. Porras Ramírez, *Eu Next Generation-Europe's Recovery and Resilience Plan: A Revolution in Economic Governance of Eu?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2021, p. 821 ss.

[70] *Regolamento che istituisce un dispositivo per la ripresa e la resilienza* del 12 febbraio 2021, 2021/241/Ue

[71] Ad es. S. Piattoni, *La qualità democratica del Semestre europeo*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2020, p. 187 ss.

[72] Rispettivamente *Decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia* 10160/21 del 6 luglio 2021, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10160-2021-INIT/it/pdf, e *Allegato riveduto della Decisione del consiglio relativa all'approvazione del Pano per la ripresa e la resilienza dell'Italia*, 10160/21 Add 1 Rev 2 dell'8 luglio 2021, https://www.camera.it/temiap/2021/07/13/OCD177-5010.pdf. Il Piano ha successivamente subito modifiche, tuttavia irrilevanti ai nostri fini.

scali e di bilancio, come pure si sosteneva nei primi anni di vita della Comunità economica europea[73]. L'attuale assetto è invero ispirato a un modello di federalismo ben preciso: quello teorizzato da Friedrich von Hayek fin dalla conclusione degli anni Trenta del secolo scorso, nell'ambito di un accesso dibattito sulle ragioni della guerra come espressione immanente dell'ordine internazionale.

L'economista austriaco muoveva dal medesimo assunto messo al centro delle riflessioni condotte su un celeberrimo contributo di Immanuel Kant: che la sovranità nazionale era un catalizzatore di conflitti e che solo la dimensione federale avrebbe potuto «assicurare la pace». Questa dimensione non doveva però riprodurre le dinamiche tipiche della statualità, e per questo occorreva riconoscerle le sole prerogative necessarie e sufficienti a realizzare una «unione economica»[74].

Nel merito von Hayek non si concentrava più di tanto sull'architettura istituzionale da adottare. Si soffermava però in modo diffuso su quanto reputava un compito fondamentale della federazione, ovvero l'eliminazione di ogni ostacolo alla libera circolazione dei fattori produttivi in quanto espediente attraverso cui ottenere la moderazione fiscale degli Stati membri: una pressione fiscale elevata «spingerebbe il capitale e il lavoro da qualche altra parte». La libera circolazione consentiva insomma di spoliticizzare e dunque pacificare l'ordine economico, dal momento che sottraeva alle «organizzazioni nazionali, siano esse sindacati, cartelli od organizzazioni professionali», il «potere di controllare l'offerta di loro servizi e beni». Di più: se lo Stato nazionale alimentava «solidarietà d'interessi tra tutti i suoi abitanti», la federazione impediva legami di «simpatia nei confronti del vicino», tanto che diventavano impraticabili «persino le misure legislative come le limitazioni delle ore di lavoro o il sussidio obbligatorio di disoccupazione»[75].

Altrimenti detto, von Hayek evidenzia come la dimensione nazionale non sia solo alla base del conflitto tra Stati, bensì anche del conflitto redistributivo, che si può impedire solo edificando un ordine economico nel quale i prezzi si formino per il solo effetto del libero incontro di domanda e offerta: un ordine nel quale «le varie comunità d'interesse si so-

---

[73] E. Tigery, *Ambitons et difficultés d'une politique monétaire commune*, in *Revue du marché commun*, 1968, p. 161.

[74] F. von Hayek, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati* (1939), Soveria Mannelli, 2016, p. 54 ss.

[75] *Ivi*, p. 58 ss.

vrappongano territorialmente e non si identifichino mai a lungo con gli abitanti di una particolare regione»[76]. Di qui il perimetro delle prerogative federali, chiamate a edificare un ordine politico che faccia «a meno delle identità collettive» o in alternativa che renda «l'individualismo competitivo l'unica identità collettiva possibile»[77]. Attribuendo ai pubblici poteri il solo raggio di azione necessario e sufficiente a produrre un ordine economico impermeabile a qualsiasi intervento capace di mettere a rischio la riduzione dell'inclusione sociale a inclusione nel mercato.

9. Per la ripoliticizzazione del mercato

Ma torniamo alla crisi del debito sovrano. Non è un caso se l'assistenza finanziaria condizionata ha interessato soprattutto Paesi che hanno conosciuto il fascismo, a prescindere dal momento in cui è stata rovesciata la dittatura: l'Italia, dove ciò è avvenuto alla conclusione del secondo conflitto mondiale, la Grecia, il Portogallo e la Spagna, che si sono liberati a metà anni Settanta. Sono infatti i Paesi del costituzionalismo antifascista, che possiamo in prima battuta definire attraverso le parole utilizzate in una pubblicazione di J.P. Morgan, il colosso finanziario statunitense tra i principali responsabili della crisi dei mutui *subprime*. Lì si criticano le costituzioni di quei Paesi perché recano tracce indelebili della «forza politica che i partiti della sinistra hanno acquisito dopo la sconfitta del fascismo»: tengono in elevata considerazione la tutela dei diritti dei lavoratori e rispettano «il diritto di protestare se si impongono cambiamenti invisi allo *status quo*»[78].

La tutela dei diritti dei lavoratori è coerente con l'opzione per una disciplina dell'ordine economico concepita per promuovere la piena occupazione e dunque votato a produrre una spirale virtuosa: quella per cui il sostegno della domanda genera un aumento dei consumi e questo determina a sua volta un incremento dei livelli occupazionali[79]. La spirale alimenta infatti il potere contrattuale dei lavoratori, mortificato invece dalle politiche attente alla stabilità dei prezzi: come quelle favorite dal livello europeo, come sappiamo proprio

---

[76] *Ivi*, p. 58 s.

[77] G. Preterossi, *Residui, persistenze, illusioni: il fallimento politico del globalismo*, in *Scienza e politica*, 2017, p. 113.

[78] J.P. Morgan, *The Euro Area Adjustment: About Halfway There*, www.europe-solidarity.eu/documents/ES1_euro-area-adjustment.pdf (p. 12).

[79] A. Barba e M. Pivetti, *La scomparsa della sinistra in Europa*, Reggio Emilia, 2016, p. 51 ss.

per contrastare quel potere e sterilizzare così il conflitto sociale. Ecco perché il costituzionalismo antifascista richiama in modo esplicito le politiche di piena occupazione, corollario della scelta di collocare il lavoro al centro del patto di cittadinanza: quello per cui il concorso al progresso materiale o spirituale della società assicura l'accesso al «pacco standard di beni e servizi il cui possesso» rende il lavoratore «un cittadino nella pienezza delle sue prerogative»[80].

Tipico del costituzionalismo antifascista non è solo la promozione della piena occupazione: il patto di cittadinanza è assistito anche da una valorizzazione del conflitto sociale. Il che avviene innanzi tutto attraverso la codificazione del principio di parità sostanziale, tale in quanto assistito da un dovere dei pubblici poteri di rimuovere gli ostacoli alla sua realizzazione: fuori dal mercato con gli strumenti dello Stato sociale, ma anche nel mercato attraverso il bilanciamento della debolezza sociale con la forza giuridica. Il tutto sottratto al meccanismo per cui si forniscono prestazioni sociali in cambio della rinuncia alla lotta politica, motivo per cui la promozione della parità sostanziale ben può essere rappresentata come redistribuzione delle armi del conflitto sociale[81].

Insomma, il fascismo ha azzerato le libertà politiche per riformare quelle economiche, e proprio per questo il suo riaffacciarsi sulla scena non può essere impedito dal solo riconoscimento della democrazia politica. Occorre che si affermi anche la democrazia economica, ovvero che lo Stato disciplini il mercato non tanto per rimediare ai fallimenti di quest'ultimo, quanto per promuovere l'emancipazione della persona se del caso contro il mercato: per alimentare una visione integrale dei diritti fondamentali come «diritti di partecipazione»[82]. Occorre cioè che l'ordine proprietario non rappresenti uno sfondo indiscutibile, sottratto alle dinamiche democratiche: un ordine che il circuito della politica deve limitarsi a presidiare senza poterlo mettere in discussione.

Da questo punto di vista il contrasto con il modello ordoliberale o neoliberale non potrebbe essere più stridente. Quest'ultimo mira a spoliticizzare il mercato e in tale prospettiva a polverizzare il potere

---

[80] U. Romagnoli, *Autonomia e subordinazione del diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2016, p. 568.

[81] A. Somma, *Abolire il lavoro povero. Per la buona e piena occupazione*, Roma e Bari, 2024, p. 12 ss.

[82] Per questa immagine i riferimenti sono lontani nel tempo: cfr. W. Abendroth, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1954, p. 85 ss.

economico al fine di indurre i suoi operatori a tenere comportamenti che costituiscono mere reazioni automatiche agli stimoli del mercato. Nella democrazia economica, al contrario, le concentrazioni di potere si combattono con lo sviluppo di contropoteri: con la redistribuzione delle armi del conflitto sociale e dunque con la promozione, oltre che della mera partecipazione, anche dell'effettiva capacità di incidere sulle scelte circa le modalità di produzione e redistribuzione della ricchezza.

Conflitto sociale e giurisdizione del lavoro

Anna Terzi

1. Premessa

Il mio contributo non può che essere una riflessione sulla mia esperienza professionale, come giudice del lavoro, quindi su come il conflitto si manifesta nell'ambito della giurisdizione, che è per definizione il luogo istituzionale deputato alla rappresentazione, alla cognizione e alla decisione del conflitto in base alle regole che una organizzazione statuale si è data. La natura e le caratteristiche del conflitto sono diverse secondo il campo in cui si iscrive il rapporto giuridico controverso. Vi sono settori o luoghi del diritto talmente consolidati nel comune sentire collettivo, quanto ai valori a cui si informano (pensiamo alle successioni), in cui viene in discussione il solo momento applicativo e settori ad alta conflittualità già partendo dai principi e dai valori, come è per il diritto del lavoro, perché attraverso le controversie di lavoro la giurisdizione incide sul contenuto dei rapporti economico sociali che si intrecciano nel sistema produttivo, ponendo limiti a un funzionamento esclusivamente in base a criteri di convenienza economica di mercato.

La misura in cui è possibile che la giurisdizione del lavoro sia luogo di emersione del conflitto dipende da una molteplicità di fattori. Oggetto di questo contributo è l'evoluzione, dagli anni delle grandi riforme del settore all'attualità, dei tre fattori di cui un giudice del lavoro ha diretta esperienza professionale ovvero la normativa, la magistratura e la giurisprudenza, al fine di mettere in luce come l'interazione di questi fattori determini la visibilità in ambito giurisdizionale di un conflitto sociale che esiste, si ripresenta e non si può far scomparire semplicemente riducendo le tutele.

Lo sforzo, compiuto per decenni, di depotenziare il conflitto anche attraverso le cosiddette narrazioni, per usare un termine molto di moda che serve a negare l'esistenza di una realtà visibile da tutti con gli stessi occhi, ha ottenuto per un lasso di tempo considerevole un risultato di destabilizzazione della tutela giurisdizionale, di disorientamento nel trovare delle linee condivise di lettura delle dinamiche dei rapporti contrattuali, in definitiva di edulcorazione del conflitto stesso fino che si è reso evidente e non più negabile il riassetto, ruvido ma chiaro, dei rapporti di forza e delle sue conseguenze.

2. Le riforme degli anni Sessanta e Settanta: la normativa

Negli anni Sessanta e Settanta, in un momento storico in cui il conflitto sociale era prepotente, il diritto del lavoro ha espresso in progressione una scelta di campo netta, condivisa, di attuazione dei valori costituzionali, ad iniziare da quelli fondamentali di giusta retribuzione (art. 36), di tutela della persona nelle formazioni sociali (art. 2), della dignità quale limite alla libertà di iniziativa economica (art. 41). La via è stata la definizione di un'area di sindacabilità dei poteri datoriali, di cui vengono indicati i limiti.

Il quadro viene delineato con poche norme del Codice civile e pochi testi legislativi[1], con ampio uso di clausole generali in ragione della natura del rapporto: a differenza degli altri rapporti contrattuali, il rapporto di lavoro è un rapporto quotidiano, inserito in contesti relazionali complessi, nel quale il momento dell'esecuzione, che è quello che rileva per l'accertamento dell'adempimento dell'una e dell'altra parte o dell'esistenza di determinati presupposti per l'esercizio dei poteri datoriali, ha un contenuto di condotte e condizioni materiali che non possono essere apprezzate in astratto, ma solo nel contesto concreto storicamente dato in cui sono state tenute o sono venute ad esistenza. La clausola generale rimanda all'accertamento e alla valutazione del fatto, centrale nella maggior parte delle controversie di lavoro, momento in cui si manifesta quel conflitto di interessi che costituisce poi l'anima del conflitto sociale in questo ambito.

La concreta possibilità di esercitare il diritto alla tutela giurisdizionale e la tempestività di risposta sono condizioni perché sia re-

[1] Leggi n. 1369 del 1960, n. 230 del 1962, n. 977 del 1967, n. 300 del 1970, n. 1204 del 1971, n. 877 del 1973 e n. 903 del 1977.

alizzata l'effettività del diritto sostanziale e perché il conflitto possa emergere ed esprimersi in questo luogo. Se non vi è effettività di tutela, i diritti si risolvono in raccomandazioni alla parte forte, il datore di lavoro, che determina unilateralmente, con decisioni immediatamente esecutive, il contenuto del rapporto. Questa è la struttura del rapporto: il lavoratore si trova nella posizione di dover accettare e subire oppure reagire, contestando e, in mancanza di composizione, accedendo alla tutela giurisdizionale. È la struttura del rapporto che addossa l'iniziativa del processo, nella quasi totalità dei casi, al lavoratore, che chiede un controllo di legittimità sulle determinazioni unilaterali del datore di lavoro.

Alla giurisdizione viene quindi attribuito un ruolo centrale. È forgiato uno strumento processuale duttile, con la finalità di realizzare accertamento dei fatti, tempestività di risposta e così effettività dei diritti. L'art. 421 c.p.c., in antitesi con normativa, filosofia e prassi del diritto processuale civile ordinario, attribuisce al giudice del lavoro il potere di procedere d'ufficio all'accertamento dei fatti indicati dalle parti disponendo i mezzi di prova che ritiene più idonei. È una disposizione che indubbiamente può essere utilizzata e può avere indifferentemente un esito a favore dell'una o dell'altra parte, ma è disposizione pensata e voluta per sopperire alle difficoltà di prova in giudizio, che indubbiamente è condizione che, quando ricorre, riguarda statisticamente nella quasi totalità dei casi il lavoratore e non il datore di lavoro.

Viene scelto di affidare la competenza ai pretori, giudici di prossimità sul territorio, istituendo negli uffici più grandi posti di organico per giudici specializzati, sottratti alla gestione tabellare dei capi degli uffici (che non li possono spostare ad altre funzioni anche se sgraditi) e nominati direttamente dal Csm.

Come già avvenuto per la correttezza della gestione delle relazioni industriali e dei rapporti sindacali con lo Statuto dei lavoratori del 1970, la scelta normativa del 1973 è quella di incanalare il conflitto verso il momento dell'accertamento giudiziario, affidando al giudice del lavoro il ruolo che è quello di un giudice che deve essere, sì, imparziale nella trattazione della controversia e nell'accertamento dei fatti rilevanti, ma non può essere neutrale nell'applicazione della norma, perché non è neutrale il diritto che deve applicare, che è diritto di tutela della parte più debole rispetto ad atti che se illegittimi ledono diritti fondamentali e vitali a protezione costituzionale.

3. Segue: la magistratura

Le grandi riforme hanno incontrato un momento congiunturale felice di consonanza culturale con una parte della magistratura, sensibile ai temi e disposta a mettersi in gioco cambiando mentalità e modo di lavorare per essere soggetto attivo di una riforma attuativa di valori costituzionali.

Il processo del lavoro, strumento nuovo che verrà indicato a modello negli anni successivi per tutte le riforme di diritto processuale, viene quindi affidato a giudici già formati in altre funzioni, che hanno scelto di fare il giudice del lavoro e di misurarsi con una sfida che richiede un atteggiamento culturale, professionale e mentale molto diverso da quello di un ordinario giudice civile, un atteggiamento attivo nel processo: studio immediato, conoscenza piena di ciò che è versato in causa sin dalla prima udienza, capacità di iniziativa nella conduzione del procedimento e dell'istruttoria, capacità di decisione immediata di ogni questione, contestazione, eccezione e, all'esito della discussione orale finale, della controversia, con un dispositivo vincolante immediatamente esecutivo, che ha solo successivamente la motivazione.

4. Segue: la giurisprudenza

La giurisprudenza ne è il risultato.

Attraverso le clausole generali in un contesto culturalmente favorevole e normativamente diretto a questo scopo viene introdotta una etero definizione attraverso la giurisdizione degli obblighi e dei diritti che costituiscono il contenuto del rapporto di lavoro, in una prospettiva strettamente finalistica e oggettiva dell'interesse contrattuale che deve essere soddisfatto con la prestazione, sganciato da un concetto di subordinazione inteso anche in senso personale, come nel passato. Nella stessa direzione finalistica e oggettiva muove l'interpretazione di diritti ed obblighi connessi all'attività sindacale.

La clausola generale svolge una funzione fondamentale e imprescindibile.

L'interpretazione della norma implica (tendenzialmente) un insieme di operazioni cognitive che muovono dal testo fino a giungere al riscontro sistematico della lettura nel contesto dell'ordinamento, nazionale e internazionale. La norma con clausola generale comporta

inoltre la riconduzione del fatto specifico alla disposizione e obbliga il giudice a dare contenuto concreto alla norma motivando il perché quel fatto integri o non integri la disposizione. In questo passaggio è inevitabile che la clausola generale debba essere riempita con contenuti che comportano scelte valoriali di pre o sub valenza di beni e interessi tutti protetti costituzionalmente. E pur nello sforzo di massima oggettività quando si tratta di stabilire il punto in cui un diritto costituzionale deve cedere ad altro diritto costituzionale, e così il diritto alla libertà di iniziativa economica deve cedere alla tutela della dignità, libertà e sicurezza del lavoratore, inevitabilmente si deve attribuire alla norma un significato tra i vari possibili, rispetto al quale è difficile tracciare il confine tra un'interpretazione ancorata a principi superiori e un'interpretazione che stabilisce quali sono i principi superiori.

Ne deriva una giurisprudenza necessariamente innovativa, perché nuove sono le norme da applicare, senza il condizionamento dei precedenti delle giurisdizioni superiori e soprattutto perché proposta da giudici che si identificano in questa funzione. Una giurisprudenza che cerca il bilanciamento degli interessi nella prospettiva dei valori costituzionali ad iniziare dall'equilibrio tra primo e secondo comma dell'art. 41 della Costituzione, per definire la nozione di giusta retribuzione, le condizioni e i limiti dell'estensione della parte economica dei contratti collettivi, i presupposti del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il concetto di giusta causa di recesso, l'esatto adempimento a cui va parametrata la sanzione disciplinare, i criteri di valutazione del contenuto professionale delle mansioni e così via, fino a definire un impianto di diritti e obblighi che rimane di riferimento anche nell'attualità.

Il risultato non è stato sicuramento di gradimento venendo rivoluzionati i rapporti aziendali, in modo particolare quelli che fanno capo alle grandi realtà produttive, dove vi è una forte presenza sindacale a tutela. Non potendo però essere eliminate le clausole generali per la natura stessa del rapporto di lavoro, appena hanno preso il sopravvento negli anni Ottanta le dottrine neoliberiste con le dottrine di von Mises, von Hayek e della scuola di Chicago, si inizia a intervenire per ridurre l'ambito dell'intervento giudiziario.

5. La svolta neoliberale degli anni Ottanta: la normativa

In concomitanza con i primi interventi normativi[2], a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta, in modo sinergico, vi è l'invenzione, sulla base di una disposizione processuale, di una nuova tipologia di rapporto la cui finalità smaccata è quella di eludere le tutele del rapporto di lavoro subordinato, ossia le collaborazioni coordinate e continuative.

L'art. 409 c.p.c., al fine di apprestare una tutela effettiva e rapida ai prestatori d'opera in situazioni di dipendenza economica da un soggetto imprenditore forte, aveva assimilato al rapporto di lavoro subordinato queste collaborazioni continuative, che riguardano prestatori d'opera, con una propria autonomia organizzativa ma che di fatto si vengono a trovare nella situazioni di lavorare prevalentemente su commesse o incarichi rispetto ai quali si realizza una situazione di continuità di inserimento nella attività del committente, con una incidenza molto significativa del rapporto quanto alla continuità di guadagno. Era una disposizione di estensione della tutela (come in precedenza la legge n. 741 del 1959 sui minimi retributivi).

Come spesso avviene, gli aziendalisti si sono impegnati per eludere norme stringenti, elaborando una figura di lavoratore autonomo diversa da quella del lavoratore autonomo del Codice civile, con un inserimento continuativo in azienda con un contratto non di lavoro subordinato, affermando sulla carta poteri e libertà quasi sempre consistenti in mere enunciazioni, prive di effettivo contenuto in relazione a rapporti di dipendenza economica in mono committenza. Questa figura ha avuto riconoscimento fiscale ed è dilagata. Fino al 1995 queste collaborazioni non hanno avuto una posizione contributiva, si sottraevano in ogni caso a obblighi contributivi del datore di lavoro. Non essendo lavoro subordinato non avevano l'applicazione dei minimi salariali dei contratti collettivi, erano fuori dal campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti e di qualsiasi altra disciplina limitativa relativa al lavoro subordinato. Da una norma diretta alla tutela si è strumentalmente ricavata una figura a cui sottrarre le tutele. Alterne sono state le vicende di regolamento normativo e l'atteggiamento e l'elaborazione giurisprudenziale, sono stati, come si vedrà, paradigmatici dei mutamenti in corso.

---

[2] Mi riferisco alla legge n. 56 del 1987 sul contratto a termine.

Nel 1987 viene emanata la legge n. 56, altro passaggio quasi silente ma fondamentale, che all'art. 23 amplia la possibilità di assunzioni a termine demandandone il regolamento su base percentuale ai contratti collettivi. È l'inizio della destrutturazione delle tutele per via legislativa, che ha due snodi fondamentali: da un lato viene presupposto come necessario che le imprese abbiano bisogno e diritto a un margine irrinunciabile di lavoro temporaneo da gestire discrezionalmente, fuori da una disciplina direttamente normativa dei presupposti; dall'altro attraverso i contratti collettivi questo margine viene affidato alla cogestione sindacale. Il risultato, diretto a una ragionevole flessibilità, è un dilagare dei contratti a termine e ciò non solo nelle aziende maggiormente soggette a fluttuazioni della domanda, con scarsa capacità di programmazione, ma anche nelle grosse industrie: alla fine degli anni Novanta Iveco e Fiat avevano centinaia e centinaia di contratti a termine. Circostanza che suscita perplessità sul fatto che la cogestione abbia avuto un esito felice quanto al mantenimento della capacità del sindacato di essere interlocutore di questi lavoratori precari, per i quali, pur non essendo sicuramente loro preclusa, l'attività sindacale non poteva essere titolo di merito per avere i contratti rinnovati o per essere stabilizzati.

Vi è, poi, vista retrospettivamente, una sinergia tra interventi normativi, i cui risultati possiamo vedere oggi con chiarezza.

All'abolizione del monopolio dello Stato nel collocamento della manodopera è seguita l'introduzione delle agenzie private di lavoro[3] e con le agenzie private la fornitura di lavoro temporaneo. Inizia quel fenomeno, che si vedrà benissimo nel contenzioso, dell'assunzione reiterata e a termine degli stessi lavoratori, sempre al livello salariale minimo, con una fidelizzazione di fatto di lavoro precario per tempi molto lunghi, collegati alla contemporanea modificazione delle discipline sui contrati a termine; lavoro precario da prendere o lasciare secondo le contingenti esigenze aziendali. Un fenomeno che si coniuga molto bene con la disciplina dei permessi di soggiorno, addirittura esasperata dalla legge Bossi Fini[4], per i lavoratori immigrati non comunitari, ai quali non interessa contestare l'abuso e l'illegittimità delle reiterazioni, quanto ottenere una stabilità di fatto per mantenere la presenza sul territorio dello Stato e avere una fonte di reddito.

---

[3] Legge n. 196 del 1997.

[4] Legge n. 189 del 2002.

Le elusioni ed erosioni delle normative a tutela esprimono immediatamente quella che è la finalità pratica perseguita, teorizzata dalla filosofia del *just in time*: anche le unità di lavoro come qualsiasi fattore della produzione non devono fare magazzino, il profitto deve essere massimizzato attingendo le risorse necessarie nel momento in cui servono e possono essere utilizzate, senza costi e immobilizzazione di capitali non immediatamente produttivi. Il rischio d'impresa di un costo non immediatamente produttivo di un utile, per flessione di domanda, viene scaricato sulla forza lavoro.

Secondo il pensiero economico dominante l'esistenza di tutele si traduce in una scarsa propensione dell'impresa ad accedere al mercato del lavoro, la limitazione delle tutele è funzionale, di conseguenza, a mantenere i livelli di occupazione. Sono affermazioni che realizzano un messaggio costante e forte, che si trasforma in una conoscenza, anche oggi, condivisa nonostante negli anni successivi gli studi pubblicati dal 2013 al 2016 dagli stessi soggetti che le hanno sostenute, Ocse Fmi e Banca mondiale[5], abbiano evidenziato che non vi è correlazione tra tutele e livelli di occupazione; la correlazione appare essere tra tutele e redistribuzione del reddito a favore dei profitti e delle rendite.

La normativa successiva, dall'inizio del 2000 fino ad oggi, con un apice sistematico nel 2015 (il cosiddetto Jobs act), vede una proliferazione di disposizioni con continui mutamenti di testi normativi via via diretti ad ampliare i poteri e la discrezionalità dei datori di lavoro, inizialmente sulle tipologie contrattuali per garantire la cosiddetta flessibilità, che altro non è come appena osservato che la traslazione del rischio delle flessioni della domanda dall'impresa ai lavoratori, successivamente riducendo le tutele in caso di licenziamento monetizzando il più possibile le illegittimità tradotte in costi aziendali gestibili nelle politiche di bilancio e infine ampliando il più possibile la discrezionalità del datore di lavoro nella gestione del rapporto e i suoi poteri di controllo.

Il decreto n. 183 del 2010, collegato lavoro, all'art. 30 e poi la legge n. 92/2012, legge Fornero, all'art. 1, comma 43 esplicitano la direzione che deve essere seguita dai giudici:

---

[5] *Oecd Employment Outlook 2016*, p. 126. Cfr. E. Brancaccio, *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci (Fi), 26 ottobre 2016 corso n. P 16077.

> In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali … il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente (la violazione del principio) costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto.

Si tratta di un monito, non di una nuova regola. Non si può, infatti, affermare che i giudici del lavoro abbiano sindacato l'opportunità delle scelte aziendali, essendo stata la loro giurisprudenza diretta a controlli di legittimità rispetto a lesioni di diritti a tutela costituzionale. La questione attiene alla definizione ed estensione del contenuto del presupposto di legittimità nella applicazione concreta e, quindi a monte, nella definizione e nella estensione del contenuto dei diritti sanciti dalla Costituzione. Per esemplificare: un giudice del lavoro non entra nel merito della decisione di disporre un trasferimento da una unità ad un'altra per ragioni tecnico produttive, si pone il problema se è legittima la decisione di soddisfare l'esigenza aziendale trasferendo una lavoratrice con figli piccoli in presenza di altri lavoratori con medesima qualifica e formazione professionale. Si pone il problema se gli artt. 37 e 41 della Costituzione non impongano al datore di lavoro di procedere applicando i canoni di correttezza e buona fede e se questi implichino un obbligo di valutazione comparativa di rilevanza di interessi contrastanti, compresi quelli di altri dipendenti della medesima azienda.

Le spinte normative si sono mosse su piani diversi: ampliamento della discrezionalità non sindacabile nel ricorso ai rapporti temporanei, anche attraverso la somministrazione di lavoro da agenzia; termini stretti di decadenza per l'accesso alla tutela; monetizzazione del posto di lavoro auspicata dalla dottrina della *Law and economics*; introduzione del principio di divieto di compensazione delle spese processuali in caso di soccombenza, salvo casi gravi ed eccezionali[6].

---

[6] Con le riforme dell'art. 92 operate con le leggi n. 69 del 2009 (art. 45, comma 11) e n. 162 del 2014 (conversione del decreto legge n. 132 del 2014, art. 13 comma 1) sono state emanate due disposizioni dirette a rendere impossibile una compensazione, totale o parziale, delle spese per ragioni diverse dalla soccombenza reciproca, totale o parziale, o per «ragioni gravi ed eccezionali… con specifica motivazione», poi ulteriormente limitate a «casi di assoluta novità della questione trattata o mutamento

L'intersezione ha avuto come risultato: un allungamento dei tempi del processo perché prima di applicare la normativa di tutela era necessaria un'istruttoria per superare le contestazioni preliminari (non è un rapporto di lavoro subordinato, il contratto a termine è lecito, l'appalto è lecito ecc.); una spinta culturale fortissima sulla magistratura ad arretrare la cognizione anche da ambiti in cui era ancora possibile e un poderoso disincentivo per i lavoratori all'accesso alla tutela giurisdizionale ogni qualvolta il rischio della soccombenza (intrinsecamente connesso a ogni diritto fondato su circostanze di fatto da accertare) con condanna alle spese a favore del datore di lavoro o anche solo il rischio di una compensazione parziale non fosse giustificato in relazione a retribuzioni mensili medie inferiori a quello che è l'importo di una parcella professionale calcolata al minimo e sulle quali non vi sono margini di risparmio (pur non dando possibilità di accedere al gratuito patrocinio).

Alcuni di questi interventi hanno avuto come spiegazione quella della reazione a un cattivo funzionamento della giurisdizione, perché non è ragionevole pretendere che una attività imprenditoriale non abbia, ad esempio, certezza per anni della composizione del proprio organico; cattivo funzionamento che però gli stessi interventi avevano contribuito a creare. Altri, la quasi totalità, hanno avuto la finalità di ampliare i margini di non sindacabilità delle determinazioni datoriali, di disincentivare l'accesso alla giustizia e quindi il controllo e in definitiva di sottrarre la cognizione del conflitto alla giurisdizione.

6. Segue: la magistratura

Con il passare degli anni è mutata la composizione culturale della magistratura del lavoro.

Innanzi tutto va considerata la magistratura del lavoro per l'aspetto organizzativo degli uffici. L'assegnazione del posto di giudice del lavoro con nomina del Csm, concepita a tutela della indipendenza del giudice, ha determinato dei ritardi talora gravissimi. A una scopertura seguiva e segue un periodo di vacanza nella funzione che può durare anni. Il ruolo, ossia l'insieme di cause assegnate su quel posto, rimane fermo o viene ripartito tra gli altri giudici del lavoro dello stesso ufficio (se ve ne sono), con aggravio del lavoro di questi ultimi. Gli uffici meno ambiti

---

della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti». Questo ulteriore limite è stato ritenuto costituzionalmente illegittimo (Corte cost., 19 aprile 2018 n. 77).

per ragioni geografiche o perché negli anni si sono via via accumulati ruoli ingestibili rimangono vacanti e vengono coperti solo con l'assegnazione di giudici al primo incarico costretti in quei posti per ragioni di graduatoria. Queste le ragioni principali di una situazione disomogenea sul territorio quanto a capacità di risposta in tempi ragionevoli. Chi arriva e si trova un ruolo vecchio e gravato da numeri nel frattempo aumentati da smaltire, rispetto al quale l'interesse delle parti non è più quello della immediatezza della decisione o rispetto al quale la decisione ha conseguenze inique per il ritardo maturato, deve fronteggiare situazioni davvero difficili da ogni punto di vista e del tutto demotivanti.

La diversa composizione culturale trova spiegazione sia nel ricambio generazionale, sia in un diverso orientamento da parte di quella magistratura che, sensibile ai mutamenti di clima politico, è incline a condividere il pensiero dominante.

Spesso la scelta della funzione risponde non a una opzione per il contenuto della funzione, ma ad esigenze personali (alla necessità di avvicinarsi a una sede o di attendere che si liberi un posto in funzioni più gradite) o a valutazioni più generali di stabilità e autonomia di programmazione della propria vita professionale, essendo quella del giudice del lavoro l'unica funzione del Tribunale ordinario per la quale non è previsto un cambiamento obbligatorio ogni dieci anni.

È una magistratura che molto spesso, oltre non essere motivata sulla funzione, è giovane, inesperta, poco propensa al ruolo, e con una sensibilità lontana dalle problematiche del lavoro, sempre più composta in primo grado da giudici che hanno avuto accesso alla carriera come minimo dopo sette anni di studio, più frequentemente dopo nove o dieci anni, e di tentativi di superare il concorso, frequentando scuole post laurea costose ed elitarie e quindi con una provenienza di ceto molto ben definita. È una magistratura che organizza la propria agenda secondo schemi da processo civile ordinario e la propria formazione prevalentemente su un piano di conoscenza teorica, mentre sarebbe assolutamente necessaria una formazione non solo sul sapere ma anche sul saper fare, sul saper organizzare il proprio lavoro secondo criteri di priorità e di gestione razionale dei tempi e sul saper accedere alla conoscenza della realtà esterna su cui incidono le decisioni. Una magistratura il cui tirocinio risponde molto spesso a criteri di assegnazione che soddisfano il magistrato di affidamento piuttosto che le esigenze formative del tirocinante.

In conclusione una magistratura ben diversa da quella che si era sentita soggetto attivo nella realizzazione di un progetto di attuazione dei valori costituzionali, che spesso, non sentendo la specificità della funzione, ed è questo lo snodo che segna il cambiamento, tende a interpretarla in termini di neutralità del diritto del lavoro svuotandone la vocazione di tutela e assumendo un atteggiamento formale e rigido, refrattario all'uso dei poteri di approfondimento, che tende a non dare ingresso all'accertamento del fatto, momento nel quale si esprime invece il conflitto dei valori in gioco. La neutralità è solo apparente. Impedire al conflitto di emergere significa assecondare la posizione della parte più forte e respingere la domanda di tutela.

7. Segue: la giurisprudenza

La giurisprudenza è il risultato e c'è da riflettere criticamente sulla capacità di rimanere aderente alla realtà economico sociale sulla quale va a incidere.

Emblematiche, davvero esplicative del ragionamento interpretativo, sebbene non più di attualità, sono le pronunce sulla differenza tra lavoro subordinato e collaborazioni coordinate e continuative, specchio delle difficoltà e dell'involuzione che via via prende piede. Sono sentenze aggrovigliate su indici e parametri tutti frutto di elaborazioni logico giuridiche che ignorano il contenuto economico del rapporto, il modo in cui si manifesta, gli interessi che va a soddisfare, i valori che entrano in gioco.

Dopo iniziali resistenze per la palese funzione elusiva della maggior parte di questi contratti, in concomitanza con la trasformazione della composizione culturale della magistratura e della spinta alla liberalizzazione dei rapporti di lavoro, si producono fiumi di sentenze sulla esistenza in ogni singolo caso di indici significativi di subordinazione, sul loro significato in concorso con clausole scritte di diverso contenuto, sulla quantità degli stessi e così via fino a dibattersi in contraddizioni non superabili e a giungere nella maggior parte dei casi a respingere la domanda per non essere stato soddisfatto l'onere della prova.

Lo schema elaborato dalla giurisprudenza di legittimità è questo: il lavoratore afferma la natura subordinata del rapporto contestata dal datore di lavoro, è il lavoratore che deve dimostrare i fatti che allega;

la prova ha per oggetto l'esistenza di indici significativi della subordinazione (orario di lavoro, periodicità della retribuzione e così via). Il problema si pone quando questi indici ricorrono solo parzialmente o non sono immediatamente significativi. Allora si argomenta che ciò che caratterizza la subordinazione è la gerarchia che si esprime con il potere disciplinare. Il potere disciplinare però non si manifesta se il lavoratore è puntuale e diligente o si manifesta nella sua massima espressione ossia con il recesso dal rapporto senza nessuna gradualità, recesso che nel rapporto di lavoro subordinato si chiama licenziamento ed è la massima sanzione, mentre nel contratto di collaborazione è libero e immotivato e dunque non qualificante. Oppure si dice che la volontà delle parti non può avere finalità classificatorie per sottrarre le tutele perché si tratta di norme inderogabili, quindi deve essere accertata la vera natura del rapporto, ma nell'incertezza a quella volontà si può fare riferimento. La contraddizione è palese perché se si tratta di disposizioni non derogabili non sono appunto derogabili per una volontà delle parti, di cui oltretutto non si è ancora stabilito se sia o no elusiva.

Non mi risultano sentenze che abbiano affrontato diversamente la questione partendo proprio da questo rilievo: la normativa non è derogabile, ha una base costituzionale negli artt. 36 e 41 della Costituzione, il contratto di collaborazione sottrae il rapporto alla normativa inderogabile, è quindi imprescindibile definire qual è l'interesse sottostante che rende il rapporto diverso e legittima l'esclusione dal campo di applicazione delle tutele, se è un interesse lecito e bilaterale e quali sono gli indici che ricorrono che esprimono non la subordinazione ma l'effettiva autonomia di organizzazione del prestatore d'opera, che possano richiamare la *ratio* della normativa sul lavoro autonomo del Codice civile. E nel contesto così delineato sarebbe stata diversa la ripartizione dell'onere della prova: nel momento in cui la fattispecie elaborata dalla prassi si pone come possibile elusione di norme imperative, l'onere sarebbe gravato sul soggetto che si giova della diversa natura del rapporto per sottrarsi alle norme imperative. Partendo dall'affermazione della giurisprudenza di legittimità (peraltro discutibile e frutto di pura astrazione) che qualsiasi prestazione di lavoro può essere oggetto di lavoro subordinato o autonomo, a fronte di una prestazione continuativa con parametri compatibili con una subordinazione anche se non strettamente probanti, la sussistenza di un diverso rapporto avrebbe

dovuto essere dimostrata da chi se ne avvantaggiava con una riduzione di costi e sottrazione dall'applicazione delle norme di tutela[7].

Queste riflessioni hanno trovato riscontro quanto a fondatezza proprio in quella che è stata la storia delle collaborazioni coordinate e continuative (co.co.co.): dopo tutte le contraddizioni anche normative per il palese e innegabile abuso (ammesse, vietate, sostituite dal contratto a progetto, ammesse con minimi retributivi mai applicati ecc.), una volta data una protezione contributiva seria dal 2004, tolta la tutela forte per il licenziamento illegittimo, e quindi depotenziato l'interesse alla distinzione, è emanata in contemporanea una disposizione, ossia l'art. 2 del decreto legislativo n. 81 del 2015[8], che fa quello che la giurisprudenza pur potendo non ha fatto ossia individua nell'interesse economico che viene soddisfatto con le modalità di esecuzione della prestazione, l'etero organizzazione, l'unico elemento rilevante per l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato. E su questa disposizione, a parte i rider, non vi è sostanzialmente giurisprudenza perché ormai la distinzione non è più funzionale all'interesse dell'impresa alla flessibilità, assicurato dalla normativa che ha depotenziato se non addirittura tolto la tutela. Non solo, ma vi sono fortissime spinte fiscali soprattutto per le professionalità più formate ad avere rapporti non di lavoro subordinato, pensiamo alle cosiddette partite Iva e alla cosiddetta *flat tax*.

E questo è l'atteggiamento culturale che si è espresso su ogni altra questione, con una evoluzione sempre più spiccata nel tempo verso schemi formali di decisione, salvo forse per certi aspetti, sia pure in modo disomogeneo sul territorio nazionale, per l'abuso del contratto a termine, dilagato anche presso le imprese, gli enti e le amministrazioni pubbliche.

Un atteggiamento che si può apprezzare sotto vari profili, compreso quello della interpretazione e applicazione delle norme processuali, con conseguenze che giustificano, come osservato, interventi legislativi quali quello dell'art. 1 comma 66 della legge n. 92 del 2012[9]. L'allungamento dei tempi del processo non solo non garantisce l'effettività dei diritti ma porta a distorsioni nelle dinamiche aziendali non accettabili in imprese di piccole o medie dimensioni. L'ostinazione della

---

[7] L'impostazione formale ha del resto trovato pieno avallo in Corte cost., 24 luglio 1995 n. 365.

[8] A cui fa da specchio l'art. 15 lett. a legge n. 81 del 2017.

[9] Abrogato dal decreto legislativo n. 149 del 2022.

gran parte dei giudici del lavoro a negare la tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c., quando i tempi di fissazione delle prime udienze nell'ufficio territorialmente competente sono molto lunghi, nei casi di licenziamento (e talora anche nei casi di trasferimento), con l'affermazione che non è ravvisabile un danno irreparabile essendovi un risarcimento del danno, da un lato ignora completamente l'aspetto di sofferenza della persona, il danno esistenziale non risarcibile, dall'altro determina le condizioni perché tra primo e secondo grado una azienda dopo anni possa trovarsi ad avere un onere economico di risarcimento lievitato a livelli sentiti come non accettabili e un organico stravolto.

Anche la giurisprudenza ha quindi depotenziato la giurisdizione del lavoro come momento di controllo, emersione del conflitto e garanzia di effettività dei diritti attraverso la decisione giudiziaria. Si è spontaneamente ritratta dai margini di possibile intervento lasciati da una normativa palesemente diretta a ridurre il sindacato giurisdizionale. Soprattutto viene persa la prospettiva della centralità del fatto. Si cercano soluzioni formali per non aprire istruttorie, ci si sottrae all'accertamento, le sentenze sono fiumi di parole, di copia incolla dalla giurisprudenza di legittimità, di illustrazione di principi e ben poco si capisce delle caratteristiche del fatto da cui origina il conflitto, esposto sommariamente. Il fatto è frequentemente reso uno stereotipo che consente un passaggio applicativo quasi automatico, senza necessità di motivazione.

La soluzione formale è favorita dalla normativa e sollecitata dalle pressioni dei capi degli uffici per lo più indifferenti alla qualità del lavoro e che spingono verso la quantità, il fare numero, che è risultato che si raggiunge molto più facilmente con la soluzione formale, magari dialetticamente elegante (secondo lo schema: anche se tu avessi provato ti avrei comunque dato torto), senza aprire istruttorie, che nega alla radice che il fatto che ha originato il conflitto sia rilevante.

Il tutto esasperato da un mutamento dell'approccio anche da parte dell'avvocatura soprattutto di parte datoriale, che ha trascinato il processo in tempi più lunghi, più funzionali a composizioni extra giudiziarie, con eccezioni defatiganti dirette a impedire l'accertamento dei fatti e a ottenere soluzioni formali della controversia, con fiumi di parole e inutili pagine e pagine di atti che sicuramente non aiutano la celerità del procedimento.

Un ruolo decisivo in questa direzione viene svolto dalla giurisprudenza di legittimità, che evolve decisamente, assecondando la sensi-

bilità politica dominante, verso il formalismo, apertamente teorizzato da alcuni consiglieri, proposti e scelti come relatori in varie occasioni di formazione professionale. I mutamenti di orientamento culturale, di approccio alla professione, di sensibilità verso i temi del lavoro riguardano contemporaneamente tutta la magistratura del lavoro. È però indubbio che le statuizioni del giudice di legittimità siano riferimenti obbligatori, dai quali il giudice di merito tende a non discostarsi se non ha argomenti forti di dissenso da offrire per un mutamento di indirizzo. E sono riferimenti comodi e rassicuranti se autorizzano o addirittura sollecitano decisioni che eludono la necessità di dare conto con la motivazione di comparazioni e bilanciamento di interessi alla luce dei valori costituzionali.

8. Gli orientamenti della Corte di cassazione

Due sono le sentenze della Corte di cassazione citate come paradigmatiche, entrambe in materia di licenziamento, l'una sul giustificato motivo oggettivo e l'altra sul licenziamento disciplinare.

La prima sentenza, sul recesso per giustificato motivo oggettivo[10], non dà alcun elemento per capire quale sia la fattispecie concreta di cui si occupa, declama principi senza un substrato di fatto rispetto al quale possano essere apprezzati non in astratto ma per le loro conseguenze nel caso concreto. Una mancanza questa che nulla ha a che fare con i limiti del giudizio di legittimità; piuttosto autorizza ad affermare che si pone in una prospettiva di indifferenza rispetto a un approccio delle questioni in materia di lavoro che diano la dimensione del conflitto sottostante.

Oltre rimanere silente sul fatto che origina la controversia, che avrebbe dato a qualsiasi lettore una dimensione dei principi che si vogliono affermare, la sentenza richiama precedenti conformi di cui solo uno è veramente pertinente[11]. Tutte le altre sentenze citate a conforto si riferiscono a fatti di riorganizzazione aziendale effettiva e non consistente e coincidente nella mera soppressione di un unico posto di lavoro; il punto cruciale per la giurisprudenza precedente è l'individuazione di quale sia l'esigenza esterna all'impresa che rende necessaria la riorganizzazione: se la situazione sfavorevole non temporanea debba essere intesa come crisi o come necessità oggettiva di

[10] Cass. Sez. lav., 7 dicembre 2016 n. 25201.

[11] Cass. Sez. lav., 18 novembre 2015 n. 23620 con una motivazione di una paginetta e mezza.

adeguare la propria organizzazione alle mutate circostanze esterne, da non confondere con la mera riduzione dei costi per aumentare l'utile. In questo contesto, nonostante vi sia una giurisprudenza di diverso avviso del tutto preponderante, la questione non viene rimessa alle sezioni unite e viene decisa con una affermazione di principio che si può sintetizzare in questi termini: l'art. 3 della legge n. 603 del 1966 non indica l'esistenza di una situazione sfavorevole non transitoria come presupposto del licenziamento; l'art. 41 della Costituzione garantisce la libertà d'impresa; il legislatore è rimasto indifferente rispetto agli interessi in conflitto; non essendovi limiti espressi non può introdurli l'interprete; l'esigenza tecnica organizzativa o produttiva può consistere nella mera scelta non sindacabile di sopprimere un posto di lavoro anche solo al fine di incrementare il profitto. Passaggio fondamentale a giustificazione di questo argomentare è il seguente:

> Chi legifera può diversamente ritenere che l'interesse collettivo dell'occupazione possa essere meglio perseguito salvaguardando la capacità gestionale delle imprese di far fronte alla concorrenza dei mercati e che il beneficio attuale per un lavoratore a detrimento dell'efficienza produttiva possa piuttosto tradursi in un pregiudizio futuro per un numero maggiore di essi… la Costituzione investe i poteri pubblici del compito di perseguire l'interesse collettivo dell'occupazione, tenuto altresì conto che la prospettiva individuale della difesa del singolo rapporto di lavoro potrebbe anche pregiudicare, come già è stato osservato da Cass. n. 23620 del 2015 cit., l'intera comunità dei lavoratori dell'azienda interessata.

È la traduzione in una sentenza del pensiero economico dominante, secondo il quale i limiti alla libertà d'impresa si traducono in danno per l'insieme dei lavoratori incidendo sui livelli di occupazione; il perseguire più alti profitti dà benefici alla comunità dei lavoratori (indistintamente considerata). Un assunto indimostrato, smentito come già osservato dagli studi internazionali e marcatamente ideologico.

Ciò che va evidenziato in questo modo di procedere della giurisprudenza di legittimità è l'interpretazione secondo il solo canone dell'argomento letterale, sia nella variante letterale in senso stretto (non si interpreti nei casi chiari), sia nella variante *a contrario* (data una previsione espressa ne sono esclusi i casi non contemplati), che oltre ad avere un alto grado di arbitrarietà perché desume da ciò che non è detto una regola che non necessariamente è implicita, preclude l'accesso a criteri di

interpretazione tratti dai valori costituzionali. È palese l'arretramento nella costruzione dei diritti in attuazione dei valori costituzionali che ha caratterizzato la precedente giurisprudenza, che aveva assunto quale criterio quello sistematico, della coerenza razionale con i principi che reggono quella parte dell'ordinamento giuridico (a struttura gerarchica) in cui le norme oggetto di interpretazione sono inserite.

Viene posto uno schermo non superabile dato dall'atto di legge ordinaria; è il legislatore ordinario che interpreta i principi costituzionali e nel suo silenzio non è dato al giudice di scegliere, fra le più possibili, un'interpretazione che inveri la norma costituzionale se non strettamente aderente alla lettera della disposizione. In realtà dalla lettura della sentenza, nonostante gli argomenti spesi, un po' ripetitivi e di varia natura, emerge con chiarezza l'operazione inversa ossia un bilanciamento sui valori costituzionali a favore del primo comma dell'art. 41 della Costituzione. Il fare coincidere il motivo legittimo di licenziamento con il semplice fatto della soppressione del posto di lavoro, finalizzata anche a un fatto possibile futuro come l'incremento del profitto, senza che vi sia una correlazione con una esigenza di riorganizzazione determinata da fattori esterni, significa semplicemente svuotare di contenuto l'art. 3 della legge n. 604 del 1966 o quanto meno proporne una lettura talmente riduttiva da marginalizzare il controllo di legittimità sul licenziamento per motivi economici a casi residuali, quali, come precisa la sentenza, la sostituzione di un lavoratore con altro a minor costo (e la precisazione è pleonastica perché in questa ipotesi non vi sarebbe nemmeno la soppressione del posto di lavoro).

Altrettanto se non ancor più significativa di una opzione culturale precisa di assecondamento acritico della volontà politica contingente di riduzione dei diritti, e con essi dell'ambito di cognizione della giurisdizione, quale si esprime negli interventi normativi, è una decisione del 2019[12].

A seguito della riforma dell'art. 18 legge n. 300 del 1970 ad opera della legge n. 92 del 2012 (legge Fornero), il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro per il licenziamento disciplinare illegittimo viene limitato alle ipotesi in cui il fatto contestato non sussiste e a quelle in cui per la condotta i contratti collettivi o i codici disciplinari prevedano una sanzione conservativa, essendo sanzionata ogni altra ipotesi di illegittimità per sproporzione con la sola tutela indennitaria. Poiché i contratti

[12] Cass. Sez. lav., 9 maggio 2019 n. 12365.

collettivi e i codici disciplinari sono meramente esemplificativi di condotte punibili con le diverse sanzioni, non essendo dato nemmeno ai codici penali la possibilità di esaurire ogni possibile atteggiamento della condotta umana illecita, ed essendo per lo più stati concepiti questi testi in un sistema in cui la valutazione della gravità nel caso concreto era rimessa al giudice, la prevalente giurisprudenza di merito ha adottato nelle prime pronunce un'interpretazione di razionalità del sistema e ha inteso la norma nel senso della indicazione di parametri di gravità per condotte analoghe per disvalore, così evitando l'assurdità di negare la reintegrazione per condotte di modesta importanza non espressamente contemplate e meno gravi rispetto ad altre espressamente previste come punibili con la sanzione conservativa.

La sentenza del 2019 afferma esattamente il contrario, sempre con l'uso del solo argomento letterale, affermando che questa è la volontà del legislatore (inteso come legislatore storico per la ricostruzione della cui volontà viene a sproposito richiamato il criterio di interpretazione sistematica), completamente indifferente alla irrazionale disparità di trattamento quale sarebbe vietata dall'art. 3 della Costituzione, gerarchicamente sovraordinato a una norma di legge ordinaria che definisce il suo contenuto precettivo attraverso il richiamo di un testo contrattuale.

Il passaggio più significativo è questo:

> Una tale possibilità è negata, del resto, dalla lettera del comma 4, della legge n. 300 del 1970, art. 18, che vieta operazioni ermeneutiche che estendano l'eccezione della tutela reintegratoria alla regola rappresentata dalla tutela indennitaria nonché, dal punto di vista sistematico, in quanto violerebbe la chiara *ratio* nel nuovo regime in cui la tutela reintegratoria presuppone l'abuso consapevole del potere disciplinare, che implica una sicura e chiaramente intellegibile conoscenza preventiva, da parte del datore di lavoro, della illegittimità del provvedimento espulsivo derivante o dalla insussistenza del fatto contestato oppure dalla chiara riconducibilità del comportamento contestato nell'ambito della previsione della norma collettiva fra le fattispecie ritenute dalle parti sociali inidonee a giustificare l'espulsione del lavoratore. L'apertura all'analogia o a un'interpretazione che allargasse la portata della norma collettiva oltre i limiti sopra delineati, invece, produrrebbe effetti esattamente contrari a quelli chiaramente espressi dal legislatore in termini di esigenza di prevedibilità delle conseguenze circa i comportamenti tenuti dalle parti del rapporto.

Chiunque legga il comma 4 dell'art. 18 legge n. 300 del 1970 può constatare che non vi è alcun riferimento all'elemento soggettivo del datore di lavoro. È assolutamente irrilevante la consapevolezza di avere intimato un licenziamento per un fatto insussistente, che non costituisce illecito disciplinare, o per una condotta per la quale il contratto collettivo prevede una sanzione conservativa (anche perché non tutti i datori di lavoro aderiscono a organizzazioni firmatarie e applicano il contrato collettivo, che ben possono ignorare). Anzi, generalmente l'eventuale utilizzo strumentale doloso della sanzione viene considerato indizio di un motivo illecito o ritorsivo.

La ricostruzione della volontà del legislatore è un'interpretazione e ricostruzione della volontà politica contingente di alcune forze politiche e nemmeno del Parlamento. Lo sforzo di proporre un'interpretazione restrittiva, invocando un'interpretazione formale a giustificazione di una irrazionalità evidente, si traduce in un'interpretazione contraria proprio alla lettera della disposizione ossia proprio in quella interpretazione che nella sentenza sopra citata sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo viene invece affermata come invalicabile nel senso che non può essere tratta dalla disposizione una regola non espressamente scritta.

Non ci si ferma al principio per il quale il giudizio di gravità è rimesso alla contrattazione collettiva secondo una scala di valori che il giudice in base al contratto deve ricostruire, anche se non condividere, disponendo in quest'ultimo caso solo la tutela indennitaria. Non ci si pone il problema, se non si vuole condividere questa interpretazione, che quella letterale portando a irrazionalità, impone l'intervento di un controllo di legittimità da parte del giudice delle leggi. Si aderisce completamente a una visione politica così come ricostruita nella stessa sentenza. E l'arresto è ancor più significativo dell'atteggiamento culturale di questa giurisprudenza di legittimità, perché nel licenziamento disciplinare non viene in considerazione la libertà di iniziativa economica quanto al dimensionamento della propria impresa (quel posto di lavoro nell'organico aziendale verrà coperto con altro lavoratore), ma l'arbitrio del datore nel modo di intendere il contenuto dell'obbligo che grava sul lavoratore e agevola un reingresso della nozione di subordinazione intesa non sul piano oggettivo dell'interesse da soddisfare, ma di sottomissione personale. L'asticella della tutela della dignità si abbassa man mano si amplia il margine di discrezionalità non sindacabile del datore di lavoro, da cui viene a dipendere la stabilità del posto di lavoro.

La via aperta da queste pronunce dirette ad ampliare la discrezionalità non sindacabile, seguita da buona parte della giurisprudenza di merito, riduce corrispondentemente il contenuto dei diritti e quindi lo spazio per portare il conflitto in ambito giurisdizionale. È palese la rotazione di centottanta gradi rispetto alla giurisprudenza precedente. Si giunge fino al punto di utilizzare arresti degli anni precedenti a tutela del lavoratore, nella specie il principio della non modificabilità della contestazione disciplinare, a favore del datore di lavoro per escludere la rilevanza di circostanze dimostrative di motivi discriminatori, oltretutto in una fattispecie in cui una pronuncia di questo contenuto non sarebbe stata nemmeno necessaria[13]. Oppure si afferma per ridurre ulteriormente i diritti che l'obbligo di reintegrazione, in caso di licenziamento economico senza presupposti, è per il giudice facoltativo[14].

È una giurisprudenza di legittimità che esclude la possibilità di pronunce costituzionalmente orientate, dovendo essere il principio costituzionale affermato dalla Corte deputata, attraverso una formale rimessione della questione. Una giurisprudenza che si rifiuta addirittura di operare attraverso la disapplicazione delle norme in contrasto con le direttive dell'Unione dopo il pronunciamento della Corte di Giustizia Ue, fino al paradosso di farsi dichiarare inammissibile una ordinanza di remissione alla Corte costituzionale[15]. Una giurisprudenza di legit-

---

[13] Cass. Sez. lav., 20 marzo 2019, n. 7851.

[14] Cass. Sez. lav., 2 maggio 2018 n. 10435.

[15] Corte cost., 11 marzo 2022 n. 67. Questa vicenda riguarda la giurisprudenza di legittimità in materia di previdenza e assistenza, nel cui ambito si è determinato un indirizzo altrettanto restrittivo dei diritti senza nemmeno modifiche di testi legislativi o rimessione alle sezioni unite della Corte essendo pronunce che si sono espresse in difformità da consolidati orientamenti e principi e così: negando il diritto ai contributi omessi dal datore di lavoro, sostenendo che non esiste l'azione di regolarizzazione dei contributi nei confronti dell'Inps, ancorché non prescritti, anche in presenza di una condanna al pagamento pronunciata ex art. 18 dello Statuto; affermando la necessità di integrare il litisconsorzio con l'Inps nella domanda contrattuale di regolarizzazione contributiva svolta dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro, con effetto di annullamento di migliaia di processi rispondenti ai principi sanciti dalle sezioni unite; negando al collaboratore coordinato e continuativo il diritto all'automatismo delle prestazioni argomentando dalla disciplina dell'accollo privativo del tutto estranea al diritto previdenziale e rimanendo indifferente alla non praticabilità della soluzione proposta (che contempla la possibilità di chiedere ogni mese all'Inps un estratto contributivo al solo fine di verificare il versamento da parte del datore di lavoro); affermando la necessità della spunta della domanda amministrativa per poter erogare una specifica prestazione assistenziale; negando al lavoratore agricolo a tempo determinato i contributi parametrati sull'orario contrattuale in forza del minimale legale sostenendo che i contributi debbano versarsi solo sulle ore di lavoro effettivamente lavorate (che di fatto diventano solo quelle

timità che con la riforma dell'ordinamento giudiziario, che consente di prescindere nella nomina dall'anzianità dei concorrenti, è fatta sempre più da magistrati che percorrono carriere parallele, transitando da uffici come il massimario dediti solo alla ricerca o da incarichi extragiudiziari; viene privilegiata la formazione teorica e dottrinale rispetto all'esperienza del merito che è invece il momento della emersione del conflitto, il momento in cui il giudice dovrebbe sentirsi costretto a una conoscenza il più possibile completa della realtà concreta esterna sulla quale le sue decisioni vanno a incidere.

E per chiudere una Corte costituzionale ondivaga, che per quanto riguarda il tema in trattazione arriva all'apoteosi del formalismo nella sentenza del 2018 dove sostanzialmente afferma la legittimità di una completa equiparazione delle parti, con l'unica eccezione di ragioni gravi ed eccezionali, rispetto alla condanna del soccombente alla rifusione delle spese, con un'interpretazione strettamente formale del principio di parità delle parti di cui all'art. 111 della Costituzione ritenuto all'evidenza plusvalente rispetto al principio di parità sostanziale di cui all'art. 3 comma 2 e al principio di effettività del diritto di accedere alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24[16]. Una pronuncia che ignora volutamente la disparità sostanziale di partenza rispetto alla esecuzione del rapporto, la disparità di posizione rispetto alla necessità di accedere alla tutela giurisdizionale, la talora enorme disparità di potenza economica e di capacità di resistenza economica alla lite, la diversità e difficoltà della prova rispetto alla esecuzione quotidiana della prestazione es. per i crediti, la enorme disparità di trattamento fiscale. E ignora volutamente tutte le Carte e convenzioni internazionali che affermano l'obbligo degli Stati di realizzare le condizioni per l'effettività dell'accesso alla giurisdizione[17].

---

denunciate dal datore di lavoro); negando l'effetto verticale del diritto comunitario e delle sentenze della Cgue in materia di diritti sociali ai lavoratori immigrati pur dopo aver sollevato, come evidenziato, la questione pregiudiziale avanti alla stessa Corte europea (Cass. n. 6722 del 2021, n. 8956 del 2020, ord. n. 29637 del 2021, ord. n. 11431 del 2021, ord. n. 17764 del 2018 poi superata, ord. 13185 del 2022). Per una analitica disamina di queste e altre pronunce: R. Riverso, *Il processo previdenziale ed il suo giudice a 50 anni dalla legge n. 533/1973*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2023, p. 237 ss.

16 Corte cost., 19 aprile 2018 n. 77.

17 Per tutti artt. 6, 13 e 14 Cedu e artt. 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il risultato lo si può desumere dai dati Sicid del Ministero della giustizia, relativi alle iscrizioni a ruolo nelle Corti d'appello, dal 2016 al 2022, che attestano una riduzione del contenzioso del lavoro pari al 35,8% (-36,7% nord Italia, -49,6% centro Italia, -25,7% sud Italia e isole)[18], percentuale che, se depurata dall'incidenza del pubblico impiego che è contenzioso con caratteristiche di non desistenza per la natura del rapporto di lavoro, per l'impiego privato è probabilmente di molto superiore. Indubbiamente l'obiettivo di riduzione dell'accesso alla tutela giurisdizionale, assunto dalla Corte costituzionale come obiettivo legittimo del legislatore in un regime di risorse scarse, è stato raggiunto, quello dell'effettività dei diritti molto meno.

9. I segnali di una inversione di tendenza

Le sentenze citate coronano un periodo in cui i tre fattori, dagli anni Novanta e con maggior vigore dall'inizio degli anni Duemila, hanno operato tutti nella stessa direzione: riduzione dei diritti, ostacoli formali, costi e tempi non sostenibili, riduzione dei diritti a somme di danaro talvolta veramente modeste se non irrisorie soprattutto se paragonate ai costi del processo e al rischio che comporta, conseguente riduzione dell'interesse a impugnare e ad accedere alla tutela. Non è che il conflitto sia venuto meno, gli si è tolta voce nella giurisdizione, depotenziata nella cognizione, ricondotta a un esercizio sempre più formale e conformista, indifferente all'effettività del diritto. Nascondere il conflitto, non farlo emergere: una scelta prima di tutto normativa e poi giurisprudenziale che in realtà definisce a monte il conflitto stesso assecondando la parte più forte.

Ciò nonostante negli ultimi anni l'atteggiamento della giurisprudenza ha iniziato a mutare. Sollecitata da un lato dalla nuova frontiera del diritto antidiscriminatorio[19] dell'Unione che, contrariamente alle previsioni degli artt. 30 legge n. 183 del 2010 e 1, comma 43 legge n. 92 del 2012, impone al giudice l'esame nel merito delle scelte datoriali e chiamata dall'altro a confrontarsi con le questioni irrisolte e le

---

[18] Tabella di elaborazione in calce allo scritto A. Terzi, *I costi del processo*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2023, p. 162.

[19] Le direttive 2000/43/Ce, 2000/78/Ce e 2006/54/Ce e i decreti legislativi n. 215 del 2003, n. 216 del 2003 e n. 198 del 2006 di attuazione chiedono al giudice valutazioni di merito sugli atti datoriali attraverso il riferimento ai concetti di ragionevolezza e proporzione.

contraddizioni di sistema, una parte della giurisprudenza appare oggi orientata, sia pure con qualche titubanza, a una rilettura delle norme secondo i principi costituzionali.

E poi soprattutto la realtà è prepotente e il conflitto soffocato è riemerso costringendo a uscire dalle vie tradizionali, come è avvenuto con le sentenze che in base all'art. 36 della Costituzione hanno ritenuto illegittimi e disapplicato i contratti collettivi, compresi quelli sottoscritti dalle organizzazioni maggiormente rappresentative. Indubbiamente si è tornati alla questione salariale come cinquant'anni fa, risultato riscontrato e preannunciato dagli studi Ocse Fmi e Banca mondiale richiamati, cosa che non è certo indice di progresso. La questione, che è oggetto anche di procedimenti penali, ha però imposto alla giurisprudenza di valutare la rispondenza delle condizioni salariali del cosiddetto lavoro povero ai principi costituzionali, obbligandola a prendere posizione e a uscire dalla nicchia di comodo conformismo in cui si era rifugiata.

L'accertamento del fatto concreto della insufficienza della retribuzione ha portato a una definizione del contenuto del rapporto per via giurisprudenziale con una ricostruzione normativa che riafferma il principio costituzionale di cui all'art. 36. Dalla norma costituzionale, sviluppando gli argomenti già presenti negli arresti in materia, datati i primi negli anni Sessanta, viene tratto e riaffermato l'obbligo per il giudice non solo di individuare il parametro esterno per la determinazione della retribuzione, come era sempre avvenuto facendo riferimento al contratto collettivo applicabile al rapporto, ma anche la legittimazione e con essa l'obbligo a definire direttamente il contenuto dell'obbligo retributivo sindacando la congruità del parametro e scegliendo quello ritenuto rispondente al precetto costituzionale. Questo indirizzo di una sola, piccola, parte della giurisprudenza di merito è stato confermato dai giudici di legittimità[20], che hanno cassato le sentenze d'appello di contrario avviso o che avevano malgovernato la valutazione dei fatti alla luce dell'art. 36 della Costituzione. Una rinnovata assunzione di ruolo da parte della giurisprudenza che in precedenza non si era quasi mai dovuta porre il problema di superare la considerazione che la giusta retribuzione era quella definita dalle parti sociali con il contratto collettivo applicato al rapporto.

Altri fronti si sono aperti nella giurisprudenza di merito e di legittimità soprattutto nella materia dei licenziamenti, essendo evidente

[20] Nelle recentissime Cass. Sez. lav., 2 ottobre 2023, nn. 27713, 27769 e 27771.

che in assenza di una tutela che sia un efficace deterrente a recessi illegittimi ogni altro diritto perde di effettività. E così vi è un riaggiustamento della giurisprudenza di legittimità sul licenziamento disciplinare[21], la Corte Costituzionale dichiara illegittime le derive neo liberiste della Corte di cassazione[22] e del legislatore[23], i giudici di merito si attivano per proporre nuove eccezioni rispetto a norme che si ritengono lesive di principi costituzionali[24].

Ci si chiede se si apre una via per un ritorno al riconoscimento della esistenza e della centralità del conflitto in sede giurisdizionale. Può essere, il progressivo degrado delle condizioni di lavoro in ampi settori, anche di lavoro intellettuale e non solo di lavoro subordinato, non sono più negabili.

Pensiamo al problema delle esternalizzazioni attraverso gli appalti per risparmiare sul costo del lavoro e ridurre le tutele o ai rapporti in mono committenza (art. 2 decreto legislativo n. 81 del 2015): se si affermasse in modo esteso l'opinione di chi sostiene che l'applicazione dell'art. 36 della Costituzione sotto il profilo della proporzione alla qualità del lavoro prestato (richiamato con forza nelle sentenze della Corte di cassazione sopra citate) non consente di retribuire meno i lavoratori dell'appaltatore rispetto a quelli dell'appaltante per i medesimi profili professionali, si aprirebbe nuovamente un conflitto su valori costituzionali; quel conflitto che si era tentato di elidere in via di legge ordinaria, facendo scomparire (art. 29 decreto legislativo n. 276 del 2003) l'obbligo della parità retributiva qual era previsto dalla legge 1369 del 1960 art. 3. È interessante che la questione si affacci nella disamina dei profili applicativi dell'art. 36 della Costituzione svolta dalla Corte di cassazione.

È però difficile che il conflitto emerga in tutta la sua dimensione e rilevanza politica se non riprende vigore una organizzazione di interessi collettivi riconosciuti come tali dai soggetti che ne sono portatori, attraverso un passaggio di acquisizione di consapevolezza dell'essere, indipendentemente dalla qualifica professionale o dalla qualificazione del rapporto, inseriti in un rapporto di dipendenza economica che determina aspetti fondamentali dell'esistenza, sul quale non è possibile incidere individualmente.

---

21 Cass. Sez. lav., 11 aprile 2022 n. 11665.

22 Corte cost., 1 aprile 2021 n. 59 del 2021 e 19 maggio 2022 n. 125.

23 Corte cost., 8 novembre 2018, 16 luglio 2020 n. 150 e 22 luglio 2022 n. 183.

24 Ord. Trib. Ravenna, Rg 2022/123.

Invadenza dei mercati, sovranità degli algoritmi e nuovi populismi

Sirio Zolea

1. Introduzione

Il presente contributo[25] ha come obiettivo esplorare il fenomeno populista al tempo della società liquida, dell'invadenza dei mercati e dell'intermediazione algoritmica, interrogandosi sulle interrelazioni tra questi fenomeni e le problematiche del costituzionalismo contemporaneo. Per fare ciò, prima di tutto, nel paragrafo 2, si focalizza lo sguardo sulle varie ricostruzioni offerte da studiosi di teoria politica sulla natura e sulle caratteristiche del populismo. Si dedica particolare attenzione alle impostazioni che qualificano lo stesso non alla stregua di una specifica ideologia, con contenuti peculiari che lo contraddistinguono da altre ideologie, bensì come un particolare stile del politico, uno dei possibili approcci alla politica, che in questa fase storica è in grado di riscuotere particolari successi in conseguenza del fatto che le società sono stravolte in profondità dall'invadenza del paradigma totalizzante dei mercati, dalla liquefazione sociale e dalla concentrazione di potere economico, e di conseguenza politico sociale, ingenerato dal capitalismo dell'informazione e della sorveglianza. Nel paragrafo 4 si cerca inoltre di rispondere alla domanda se il populismo sia piuttosto una causa o una conseguenza della crisi delle democrazie costituzionali.

In un concomitante quadro di crisi dell'essere sociale, di conflittualità internazionale permanente, di riaccendersi di velleità imperialistiche, di riaffiorare di antidemocratici fantasmi del passato, le modalità del fare politica cambiano, entrano in conflitto con la forma e la sostan-

[25] Questo contributo riprende e sviluppa l'omonima relazione presentata al congresso *Cuba con-para, I congreso internacional de derecho comparado y constitucional*, L'Avana, 4-6 aprile 2023.

za di quell'equilibrio sociale avanzato che si era espresso nelle costituzioni democratico sociali novecentesche. Queste costituzioni, frutto di un compromesso tra capitale e lavoro che nasceva dall'intento di non ricadere negli errori che avevano portato alle guerre mondiali e ai fascismi, si fondavano sul riconoscimento della pluralità degli interessi delle varie classi sociali e sulla contendibilità democratica del potere (economico, sociale e politico) tra queste, organizzate in corpi intermedi, tra cui, *in primis*, sindacati e partiti di massa. Ma oggi l'assetto produttivo egemone in Occidente crea l'illusione di un'individualizzazione del processo di produzione, che spezza questo circuito di attivazione democratica. Nella società informatizzata, il ruolo dei corpi intermedi viene meno e si crea una nuova e differente intermediazione, quella algoritmica, che modella il processo di consumo secondo gli schemi desiderati dai gestori delle grandi piattaforme digitali.

La pervasiva ideologia dominante in Occidente implica dunque una visione del mondo sempre più lontana dai valori solidaristici e inclusivi del costituzionalismo democratico sociale originatosi dalla sconfitta dei fascismi nella Seconda guerra mondiale. Le piattaforme digitali, governate da un implacabile meccanismo di intermediazione algoritmica secondo istruzioni funzionali agli interessi economici e alla propagazione della visione del mondo di chi le controlla, rinsaldano una forma di pensiero unico, rispetto a cui ogni tentativo di resistenza è sempre più relegato nella marginalità, tanto più quanto più la funzione informativa, nelle società, è affidata in misura via via crescente alle piattaforme stesse. Con lo sgretolarsi dei corpi intermedi, il dissenso sistemico, con la sua attitudine a farsi alternativa generale, è radicalmente compresso e, all'interno di società in crisi materiale (disoccupazione di massa, salari bassi, precarizzazione del lavoro, nessuna aspettativa diffusa di miglioramento delle condizioni di vita) e di identità, è conseguenza naturale che il senso diffuso di esclusione e frustrazione si esprima difficoltosamente, in fiammate ondivaghe e contingenti, dall'incerto profilo strategico.

Si assiste al farsi sempre più aspro dello scontro geopolitico tra Occidente, portatore di una visione dello sviluppo tecnico scientifico asservito alla volontà cieca del capitale, e altri progetti di società maggiormente incentrati sull'essere umano. Il Sud del mondo è stato a lungo terreno di conquista per disegni stranieri, ma oggi, finalmente, in un mondo multipolare, riprende parola, per esempio

con le esperienze del neocostituzionalismo latinoamericano, e si fa coprotagonista globale consapevole, cercando anche nelle culture dei popoli indigeni ispirazione per una propria originale via alla modernità, imperniata sulla comunità. Questo processo avviene non senza attriti e passi indietro, nel quadro di una lotta egemonica globale tra visioni della società e del diritto imperniate sui principi personalistici e solidaristici e visioni ultraindividualistiche che coniugano l'alienazione della fredda logica dei profitti con l'alienazione imposta dall'algoritmo sovrano.

Ci si propone, nel presente saggio, di analizzare i complessi fenomeni menzionati con interdisciplinarità e multidisciplinarità, come gli approcci giuscomparativi più all'avanguardia sollecitano[1], prendendo in prestito e combinando spunti da diversi campi del sapere e facendo dialogare le riflessioni di pensatori di politologia, filosofia politica, sociologia, ecc., di ieri e di oggi, con il dibattito giuridico dei costituzionalisti contemporanei. In effetti, il pensiero di alcuni grandi autori di un secolo attraversato da crisi di legittimazione del potere, come fu il Novecento, può essere di ausilio nel tentativo di comprendere i pericoli, ma anche le speranze, di un nuovo momento storico turbolento come il nostro.

I paragrafi da 3 a 6 analizzano pertanto il ruolo dei fenomeni populisti e le più profonde radici delle minacce al costituzionalismo in relazione alle evoluzioni economiche (egemonia mercatista) e sociali (liquefazione dei rapporti umani e loro ulteriore rarefazione sotto l'influsso della nuova sovranità digitale). Il paragrafo 7, conclusivo, è infine diretto a raccogliere alcuni più ottimistici spunti dalle esperienze sociali e giuridiche del Sud del mondo, da cui anche lo studioso occidentale potrebbe trarre ispirazioni, in una prospettiva non certo di ripudio della contemporaneità digitale, bensì di riattivazione consapevole della linfa vitale dei principi personalistici e solidaristici che sono alla base della nostra stessa esperienza costituzionale, sussumendo a tale preminente quadro giuridico valoriale le potenzialità dello sviluppo tecnico informatico: per migliorare, potenziare e valorizzare l'essere umano, nelle sue dimensioni individuale e collettiva, non per opprimere e alienare lo stesso.

---

[1] Si vedano, per es., N.H.D. Foster, M. F. Moscati e M. Palmer (a cura di), *Interdisciplinary Study and Comparative Law*, London, 2016 e G. Resta, A. Somma e V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Sesto San Giovanni, 2020.

2. Populismo: una nozione controversa

La nozione di populismo è oggetto di frequenti discussioni, prestandosi a interpretazioni spiccatamente eterogenee[2].

L'accezione negativa oggi prevalente anche in Europa ha preso piede soprattutto dal severo giudizio che gli storici statunitensi di metà Novecento della scuola del *consensus history* attribuivano, a posteriori, all'esperienza di fine Ottocento del *People's party*, improntato a un ruralismo radicale: essi infatti, nella loro peculiare tendenza a esaltare il ruolo dei valori comuni condivisi nella società americana e a minimizzarne le vicende più conflittuali, vedevano nella breve ondata populista una pericolosa deviazione dalla strada del consenso nazionale, perniciosamente ispirata all'antagonismo e alla rottura sociale[3]. Dalla denominazione di uno specifico partito, il termine si è in questo modo generalizzato, dalla storiografia alla pubblicistica, quasi a diventare sinonimo di plebiscitarismo e demagogia, per indicare le più varie tendenze politiche accomunate da un rifiuto radicale del pluralismo liberale attraverso un appello diretto al popolo.

Pure tra gli studiosi di scienze politiche e sociali sussistono letture molto diverse dei fenomeni populisti, nell'arduo tentativo di raggruppare e definire percorsi concreti molto variegati. Alcune interpretazioni[4] sono dirette più a denigrare e mettere in ridicolo che a comprendere il populismo, considerandolo una forma di degenerazione e corruzione del processo democratico attraverso tecniche di manipolazione del consenso; tali attacchi polemici, a volte, appaiono un modo per legittimare una più profonda ostilità verso l'idea stessa di sovranità popolare e il relativo ruolo attivo delle masse nella vita pubblica[5]. Le carenze di questo tipo di letture sono testimoniate dalle difficoltà con cui esse si scontrano

---

[2] Per il contenuto di questo paragrafo, vedi, *amplius*, S. Zolea, *Law, Populism and Common Sense: the Democratic Theory towards the Age of Populisms*, in *Soft Power*, 2020, 2, p. 233 ss.

[3] A. Jäger, *The Semantic Drift: Images of Populism in Post-war American Historiography and their Relevance for (European) Political Science*, in 24 *Constellation*, 2017, p. 310 ss.

[4] Si vedano, per esempio, R. Hofstadter, *The Paranoid Style in American Politics*, in Id., *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, New York, 1965; D. MacRae, *Populism as an Ideology*, in G. Ionescu e E. Gellner (a cura di), *Populism: Its Meaning and National Characteristics*, London, 1969; P. Wiles, *A Syndrome, Not a Doctrine: Some Elementary Theses on Populism*, in G. Ionescu e E. Gellner (a cura di), *Populism: Its Meaning and National Characteristics*, London, 1969; B.-H. Lévy, *La pureté dangereuse*, Paris, 1994 e A. Martinelli, *Mal di nazione: contro la deriva populista*, Milano, 2013.

[5] V. W.H. Riker, *Liberalism Against Populism. A Confrontation between the Theory of Democracy ant the Theory of Social Choice*, Prospect Heights, 1982.

ogniqualvolta cerchino di fissare le caratteristiche distintive del fenomeno in discorso, sicché le concrete esperienze storiche, nella loro eterogeneità, rimangono distanti dai modelli teorici. Queste idee sono riprese da alcuni giuristi, che, con diverse sfumature, riscontrano nell'ampia nozione di populismo un insieme di patologie del processo democratico fondate su tecniche varie di manipolazione del consenso, sorta di sintesi delle più disparate minacce alla democrazia costituzionale[6].

In alcuni altri autori è possibile trovare spunti per un'analisi alternativa del populismo, più adeguata a comprenderne la natura profonda, così da ottenere spunti teorici indispensabili per scrutare i motivi per cui proprio nel periodo attuale tali fenomeni attecchiscano ricorrentemente nelle democrazie costituzionali di questa parte del mondo. Voci varie hanno pertanto messo in risalto come il populismo sia piuttosto un approccio, uno stile o una dimensione della cultura politica in generale che un tipo specifico di ideologia o di organizzazione politica[7]; come esso sia qualcosa che da sempre si accompagna alla democrazia[8], in una permanente tensione tra componente di sistema pragmatico e componente redentiva[9]; come il concetto stesso di popolo sia da leggere in termini dinamici e relazionali[10].

Sviluppando questi stimoli e cercando di sintetizzare gli stessi nel quadro di una visione unitaria, la teoria populista di Laclau e Mouffe risulta di particolare interesse. Essi sviluppano la concezione gramsciana di egemonia culturale, innestandovi l'ipotesi che l'identità sociale e il soggetto rivoluzionario si formino in un sistema aperto di

---

6 A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo (sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *Studi in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009. V. anche A. Voßkuhle, *Demokratie und Populismus*, in *Der Staat*, 2018, 2, p. 119 ss.; P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018 e C. Pinelli, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2019, 1, p. 29 ss.

7 P. Worsley, *The Concept of Populism*, in G. Ionescu ed E. Gellner (a cura di*), Populism: Its Meaning and National Characteristics*, London, 1969, p. 245 ss.; A. Knight, *Populism and Neo-Populism in Latin America, Especially Mexico*, in 30 *Journal of Latin American Studies*, 1998, p. 223 ss. ed E. Capozzi, *Democrazia incompiuta, partitocrazia, antipolitica: una prospettiva interpretativa della storia italiana*, in Id. e M. Griffo (a cura di), *Cercare la democrazia. Un itinerario tra politica e storia*, Napoli, 2010, p. 115 ss. V. anche J. W. Müller, *What Is Populism?*, Philadelphia, 2016, *passim*.

8 Y. Mény e Y. Surel, *Par le peuple, pour le peuple. Le populisme et les démocraties*, Paris, 2000.

9 M. Canovan, *Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy*, in 47 *Political Studies*, 1999, p. 15 s.

10 M. Saward, *The Representative Claim*, in 5 *Contemporary Political Theory*, 2006, p. 297 ss.

relazioni mutevole, senza corrispondere in maniera immediata a un sostrato oggettivo nei rapporti di produzione, discostandosi così dalla più ortodossa tradizione marxista. In tale analisi, si pone l'accento sulla dimensione discorsiva della politica: l'indeterminatezza della sua sfera è il riflesso di una realtà sociale fluttuante, fatta di antagonismi, in cui gli elementi del discorso e le identità acquistano senso nelle loro relazioni di differenze ed equivalenze reciproche, ed è in questo quadro, da un processo di formazione e dissoluzione continua di agenti sociali, che un nuovo blocco storico può prendere forma[11].

Laclau torna ancora sul tema, precisando e completando l'esposizione della sua teoria populista[12]. Partendo proprio dalla già osservata tendenza degli accademici alla denigrazione e alla definizione in negativo del populismo, nell'intento di circoscrivere lo stesso nella marginalità, nell'indeterminatezza, nella retorica, nell'irrazionalità e nella manipolazione, così da contrapporlo alla sfera legittima della politica "normale", l'autore riscontra in ciò una più profonda, malcelata, attitudine alla denigrazione della mobilitazione popolare ogniqualvolta non sia incanalata nelle strutture e istituzioni sociali esistenti. Secondo Laclau, l'indeterminatezza della sfera politica altro non è che lo specchio dell'indeterminatezza della realtà sociale sottostante. Gli elementi del discorso, in particolare le identità, acquistano un significato solo nel loro reciproco rapporto di differenze ed equivalenze. Anche il (senso di appartenenza a un) popolo, in questa prospettiva, non è né precostituito in una realtà economico sociale esterna, né il mero prodotto di un'ideologia astratta, bensì una relazione concreta tra agenti sociali, una delle articolazioni possibili di una molteplicità di domande sociali, dalla cui interconnessione in un sistema può formarsi un senso di identità.

L'insoddisfazione derivante dall'incapacità del sistema esistente di assorbire in maniera "differenziale" (l'una separatamente dalle altre) le istanze sociali, accumulatesi nel corso del tempo mentre il sistema istituzionale si allontana sempre più dalla sua presunta base popolare, è la condizione che permette la formazione di una relazione, una "catena", di equivalenza tra esse, e intorno a questa relazione la formazione simbolica di un "popolo", un attore potenziale della storia, in rapporto di opposizione al sistema vigente, al potere, all'"élite". Una

---

[11] E. Laclau e C. Mouffe, *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*, London e New York, 2001.

[12] E. Laclau, *On Populist Reason*, London e New York, 2005.

volta raggiunto un certo livello di mobilitazione, le diverse ed eterogenee domande possono giungere a saldarsi in un orizzonte stabile di significati, coalizzate intorno a una domanda di qualsivoglia natura, spesso anche giuridica. Essa diviene un significante vuoto che, nella specifica configurazione, acquista (o, meglio, esprime l'aspirazione ad acquistare, sia pure provvisoriamente) un ruolo unificatore universale, assurgendo a simbolo totalizzante di ogni altro anello della catena e determinando la frontiera dicotomica di senso che aggrega il "popolo" e lo distingue dall'avversario.

Il "populismo" è allora non un'ideologia, ma una logica della politica – una delle sue possibili logiche – una strategia suscettibile di associarsi ai più vari contenuti concreti. Si contrappone pertanto non a qualche altra specifica ideologia, bensì a un altro approccio, l'"istituzionalismo": se quest'ultimo è caratterizzato dalla predominanza di una logica differenziale all'interno della comunità, nella visione populista è invece predominante una logica di equivalenza, tale da dividere la società in due campi, un "noi" e un "loro", quest'ultimo visto come il campo dell'oligarchia che detiene il potere e che deve essere rovesciata.

3. Invadenza dei mercati e populismo

L'opposizione concettuale totale tra populismo e costituzionalismo[13] trova probabilmente origine da letture del fenomeno costituzionale improntate a staticità, mentre, in una fase storica caratterizzata dall'onnipresenza del senso di crisi, la costituzione è piuttosto un terreno di scontro aperto tra più logiche istituzionaliste e populiste, peraltro non sempre e non necessariamente quelle istituzionaliste più vicine alla sostanza del messaggio democratico sociale costituzionale, che, in Italia, è nato dalla lotta di Liberazione, ma anche dall'intento di superare i mali della fase liberale in cui il fascismo si era generato. Il punto è che oggi, ancora una volta, come al tempo del sorgere dei fascismi novecenteschi, una minaccia esistenziale alla democrazia costituzionale sorge dalla pretesa di primato del mercato nella società, al disopra della sfera democratico politica, impostazione supportata dall'ideologia del mercato che si autoregola: come evidenzia l'analisi di Polanyi, una pretesa talmente aggressiva da essere percepita come un pericolo dal corpo diffuso della società stessa, ingenerando in seno

[13] A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo*, cit.

a essa, in un intento di autoconservazione, reazioni di rigetto, di protezione dal mercato e di sua risocializzazione[14]. L'accumularsi di queste tensioni, oggi come allora, travasa dalla sfera del mercato a quella politica, sicché di nuovo, in risposta a ciò, con modalità confuse ma già sintomatiche, «all'interno delle nazioni assistiamo ad uno sviluppo nel quale il sistema economico cessa di dare legge alla società e la priorità su quel sistema è assicurata. Questo può accadere in una grande varietà di modi, democratici ed aristocratici, costituzionalisti ed autoritari, forse anche in un modo del tutto imprevisto»[15].

Come si approfondirà nel prossimo paragrafo, il parallelismo del nostro tempo con il periodo burrascoso da cui sono sorti i fascismi si estende al dato della sostanziosa dose di corresponsabilità di classi dirigenti miopi nell'affermazione e nel sostentamento dell'egemonia mercatista e dell'ideologia del mercato che si autoregola. A permettere e incentivare il (ri)formarsi di questa minaccia nella società non è stato infatti certamente il populismo, bensì le istituzionalissime classi dirigenti occidentali, che delle costituzioni democratico sociali si sono dimostrate cattive custodi. Pertanto, il populismo può, in primo luogo, interpretarsi come una forma "naturale" (di reazione) della politica al tempo dell'invadenza dei mercati, azione autoconservatrice di una società in cui il mercato pretende di assorbire ogni paradigma relazionale, annullando o confinando tutte le altre istanze di relazione in quell'incertezza e in quella precarietà che di riflesso – come un effetto collaterale – le espongono a legarsi proprio in configurazioni (catene di equivalenza) populiste.

Il populismo è, in definitiva, un campanello d'allarme, un'espressione della necessità storica di rimettere al centro il politico[16] rispetto a un malinteso canone di oggettività economica; sostanzia una manifestazione dell'artificiosamente rimossa attualità di bisogni identitari e di una rinnovata eccedenza del simbolico[17]; rappresenta un intento di

---

[14] V., diffusamente, K. Polanyi, *La grande trasformazione* (1944), Torino, 2010.

[15] *Ivi*, p. 313.

[16] Cfr. C. Galli, *Ideologia*, Bologna, 2022, p. 157: «Il populismo che spesso è definito, e si è percepito, come antipolitico ha invece in sé una miscela assai potente, quasi giacobina, di moralismo e di politica. Ma è un giacobinismo senza illuminismo: il populismo non ha retroterra culturale e non aspira a riplasmare l'umanità; esprime una reazione tanto viscerale quanto incerta nella sua direzione».

[17] G. Preterossi, *Teologia politica e diritto*, Roma e Bari, 2022, p. 13; v. anche p. 3: «Insieme alle derive del "politicamente corretto", l'umanitarismo giuridico può forse essere letto come la copertura illusoria di un vuoto di senso, di quanto

rimettere in discussione gli equilibri laddove il pensiero unico dominante vuole presentare gli stessi come dati, spoliticizzati e intangibili. A questo proposito, una delle ragioni della perdurante attualità dell'opera di Polanyi risiede «nel fatto che essa induce a vagliare in maniera critica, e dunque relativizzare, il peso degli argomenti "economicistici", i quali sono spesso presentati come assiomi neutrali, apolitici e dotati di valenza universale, mentre rappresentano in realtà il prodotto specifico di una particolare fase storica del capitalismo»[18].

Anche a seconda di quali attori politico sociali si servano concretamente di strategie populiste e di quanto le classi produttive riescano a esercitare un ruolo ovvero siano ormai completamente relegate nell'inerzia e nella passività, fenomeni populisti possono preludere agli esiti più diversi, non scritti in partenza, in un ampio ventaglio di scenari che variano da un'opportuna ripresa di parola dei subalterni nella società, con una riaffermazione del progetto costituzionale profondo di superamento dell'alienazione sociale e di protagonismo del lavoratore e della persona, fino alle più funeste nuove possibili forme di estirpazione di tutte le istituzioni democratiche come prezzo imposto per rispondere alla richiesta diffusa di protezione dal mercato[19], sulla falsariga di ciò che avvenne con l'avvento dei fascismi.

"manca" dal punto di vista etico politico nelle società contemporanee. Si è secolarizzato e spoliticizzato troppo, aderendo acriticamente a un globalismo senza forma politica, che è entrato in crisi proprio perché ingovernabile?… Non casualmente, teologia economica e teologia giuridica emergono quando la teoria politica del diritto pubblico entra in crisi, ad opera del globalismo neoliberale. Ma interpretare quella crisi come tramonto o scomparsa sarebbe ingenuo. Piuttosto, con la teologia economica e quella giuridica si assiste alla riproposizione in forme rovesciate, spesso ostili al primato del "politico", dei problemi di legittimazione e delle esigenze ordinative che sono alla base del nucleo teologico politico moderno e del suo lascito paradossale. Anche perché, nel frattempo, in crisi è entrata l'idea stessa di un irenico ordine globale post-politico, e ciò ha riproposto i fantasmi dell'origine».

18 G. Resta, *L'istituzionalismo di Karl Polanyi e il suo valore attuale*, in *Politica & Società*, 2020, p. 288.

19 K. Polanyi, *La grande trasformazione*, cit., p. 297; subito di seguito, alla stessa pagina, l'Autore prosegue così la sua riflessione: «Il sistema economico che era in pericolo di disfacimento veniva così revitalizzato mentre i popoli stessi venivano sottoposti a una rieducazione destinata a snaturalizzare l'individuo e a renderlo incapace di funzionare come unità responsabile del corpo politico».

4. Crisi organica e populismo

Con queste parole Antonio Gramsci, nei suoi *Quaderni del carcere*, descrive il concetto di «crisi organica»:

> Si verifica una crisi, che talvolta si prolunga per decine di anni. Questa durata eccezionale significa che nella struttura si sono rivelate (sono venute a maturità) contraddizioni insanabili e che le forze politiche operanti positivamente alla conservazione e difesa della struttura stessa si sforzano tuttavia di sanare entro certi limiti e di superare. Questi sforzi incessanti e perseveranti (poiché nessuna forma sociale vorrà mai confessare di essere superata) formano il terreno dell'"occasionale" sul quale si organizzano le forze antagonistiche che tendono a dimostrare… che esistono già le condizioni necessarie e sufficienti perché determinati compiti possano e quindi debbano essere risolti storicamente (debbano, perché ogni venir meno al dovere storico aumenta il disordine necessario e prepara più gravi catastrofi)[20].

Occorre riconoscere e mettere in luce il carattere organico, e non meramente occasionale, della crisi in corso, evidenziandone le cause economiche e sociali profonde e gli sconquassi tecnologici in atto, che accelerano e moltiplicano l'apertura di contraddizioni. È in questi processi di crisi irrisolta che si devono rinvenire i pericoli per la democrazia costituzionale, dei quali il populismo è piuttosto un indizio che una manifestazione: per una valida ricostruzione di tali pericoli, e per capire quale antidoto opporvi, è fondamentale non confondere la Luna con il dito che la indica.

Sul palcoscenico della politica, il ruolo e le potenzialità di strategie populiste, quale che ne sia il contenuto politico sociale effettivo, sono minime quanto più il sistema gode di consenso diffuso ed è capace di assorbimento differenziale delle domande, mentre si massimizzano in fasi storiche di crisi organica, d'insieme, in cui si accumula insoddisfazione per l'incapacità del regime vigente di accogliere un insieme via via crescente di istanze sociali[21]. Ciò rende possibile, persino probabile, che una diversa relazione di equivalenza – la fondazione simbolica di un "popolo" – si formi tra queste domande, in un rapporto di antagonismo col potere: un antagonismo contingente, di pura opportunità,

---

[20] A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, Q13 (1932-34), Par. 17, vol. 3, Torino, 1975, p. 1579 s.

[21] S. Guerra e S. Zolea, *Populism and Constitutional Democracy in Times of Crisis*, in *La cittadinanza europea*, 2023, 1, p. 159 ss.

quando tale strategia è perseguita da un diverso segmento di classe dirigente solo per sostituirsi a quello attualmente dominante, ma anche, potenzialmente, di natura strutturale e realmente sovversiva quando a servirsene è effettivamente una formazione politica espressione delle istanze delle classi subalterne e degli esclusi sociali. In un periodo, come il nostro, di crisi generale, la formula "populismi" finisce per racchiudere, nell'uso corrente abbastanza indiscriminatamente, la varietà delle nuove forme del fare politica, aderenti a un mondo in cui (quasi) tutti i significanti si fanno flottanti e le formule hanno la meglio sui contenuti, quali che essi siano: un paradigma con cui tutte le forze politiche – anche progressiste, e non necessariamente solo quelle estreme e radicali[22] – sono chiamate a fare i conti, pena la scomparsa.

Nella comunità italiana dei costituzionalisti, si sono criticate le elaborazioni di Laclau e Mouffe in quanto generatrici di «molta confusione»:

> Il loro limite di fondo è ravvisabile nella loro sostanziale estraneità alla cultura istituzionale e costituzionalistica. Il fatto che una società debba organizzarsi in istituzioni e ordinamenti sembra rimanere sempre sullo sfondo, anzi si avverte un chiaro disinteresse, se non un fastidio, verso questa tematica in quanto espressione del tentativo di razionalizzare e moderare il conflitto. Le modalità secondo cui debba essere organizzata una società in cui il conflitto è regolato non sembrano costituire un interrogativo pressante. Viceversa, noi costituzionalisti sappiamo bene che il conflitto, culturale, politico o sociale che sia, per potersi esprimere liberamente deve essere regolato, altrimenti il più forte prevale sul più debole e il conflitto "finisce". Per tale ragione è necessario creare sistemi ordinamentali che garantiscano la libera espressione delle idee e degli interessi, dunque il conflitto, ma in un ambiente ispirato alla tolleranza e finalizzato alla mediazione[23].

Queste affermazioni – pur astrattamente condivisibili nel rimarcare, nell'ordinarietà della vita democratica, l'opportunità di incanalare il conflitto in meccanismi di mediazione che ne evitino la conflagrazione – probabilmente non colgono pienamente nel segno per comprendere le evoluzioni in atto, poiché sembrano eludere il nodo del rapporto tra costituzione e crisi strutturale di legittimazione. Diversamente dalla tendenza a cui Habermas si riferiva negli anni Settanta, la crisi di le-

---

[22] S. Zolea, *Law, Populism and Common Sense*, cit.

[23] P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, 2018, 2, p. 4 s.

gittimazione del nostro tempo trova origine non da una tendenza alla ripoliticizzazione dei rapporti di produzione[24], bensì – con una sorta di salto all'indietro – dall'opposta spoliticizzazione dell'ordine economico di mercato, supportata in Europa dall'architettura dei Trattati Ue, fino a entrare in collisione con i valori ispiratori della costituzione sociale, trascinandosi dietro, attraverso l'erosione carsica di quest'ultima, la conseguente erosione di quella democratica.

L'equilibrio costituzionale sancito nel secondo dopoguerra, in Italia come in altri Paesi europei a capitalismo avanzato, si reggeva infatti su un sottostante patto sociale di lungo periodo in nome di cui le classi produttive rinunciavano alla prospettiva rivoluzionaria della sovversione in cambio di un quadro giuridico sociale idoneo a favorire che, sotto la spinta continua del conflitto sociale organizzato nei corpi intermedi, la diseguaglianza economica e sociale sarebbe andata sempre più assottigliandosi, con l'edificazione di una vera società di liberi ed eguali, in cui la persona umana avrebbe potuto trovare pieno sviluppo ed emancipazione e i lavoratori partecipare effettivamente all'organizzazione del Paese. Lo Stato e, in generale, i pubblici poteri erano chiamati ad assumere un ruolo attivo nella realizzazione delle diverse tappe di questo disegno. La Costituzione esprimeva pertanto una sintesi programmaticamente aperta, tale da lasciare al succedersi delle maggioranze politiche, espressione della volontà popolare quale cristallizzatasi nell'occasione di ogni appuntamento elettorale generale, oltre che ai limitati strumenti di democrazia diretta previsti, la strada dischiusa a una molteplicità di scelte, oscillanti tra un sistema di mercato temperato da un audace interventismo economico redistributivo per opera delle pubbliche autorità e un vero e proprio superamento della logica di mercato come principale paradigma ordinatore dell'economia nazionale[25].

---

[24] V. J. Habermas, *Legitimation Crisis*, London, 1976, p. 36: «With the appearance of functional weaknesses in the market and dysfunctional side effects of the steering mechanism, the basic bourgeois ideology of fair exchange collapses. Re-coupling the economic system to the political – which in a way repoliticizes the relations of production – creates an increased need for legitimation».

[25] V. P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in Id., *Scritti e discorsi politici*, vol. 2 (*Discorsi parlamentari e di politica costituzionale*), Firenze, 1966, p. 461; U. Natoli, *La proprietà: appunti delle lezioni*, vol. 1, 2. ed., Milano, 1976, p. 185; C. Salvi, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, p. 61 s. e S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, 3. ed., Bologna, 2013, pp. 175 ss. e 273 ss.

L'inversione di tendenza implicata dal ritorno "all'indietro" da un'economia mista, con una funzione di programmazione (in Italia: Cipe, Iri, ecc.) esplicitamente assegnata ai pubblici poteri, e la capacità di garantire alti livelli di crescita economica, a un paradigma (neo/ordo)liberale, che ha completamente disarmato il decisore pubblico della possibilità di gestire e indirizzare secondo il sistema valoriale costituzionale l'evoluzione economica e sociale innescata dalle grandi innovazioni tecnologiche della rivoluzione informatica, non è stata certamente un evento caduto dal cielo, bensì fortemente voluto e attivamente realizzato da quella classe politica – a sua volta incapace di assumere una posizione di almeno parziale terzietà rispetto alla "vera" élite economico finanziaria – che del patto costituzionale era la presunta custode: un disciplinamento delle classi subalterne perseguito e imposto al caro costo dell'accettazione di una (quasi) perenne stagnazione economica, di una perdita quasi totale di sovranità e di un ruolo sempre più marginale nelle catene globali del valore[26].

Dunque, di fronte a quanto accaduto dall'indomani della fine della Guerra fredda, con il sistematico cedere terreno delle conquiste sociali (sui piani del lavoro, della salute, ecc.) e delle disposizioni economico sociali della Costituzione a una triviale costituzione economica "reale" – scritta nei Trattati europei[27] e ancor più, a latere, nelle sedi decisionali informali della *governance* continentale e transnazionale[28] da cui promana l'opaca *soft law*[29] –: di fronte a tutto ciò, appare riduttivo limitarsi a proclamare fiducia nell'ormai fallito, e sepolto dai Trattati europei (mobilità dei capitali, vincolo esterno[30], ecc.), disegno istituzionalista di assorbimento graduale delle istanze dei subalterni attraverso un conflitto pacatamente mediato e regolato. Anzi, per molti versi, al giorno d'oggi, è la piena difesa dei valori economici e sociali sanciti dalla

---

[26] Cfr. le riflessioni di S. Cesaratto, *Sei lezioni di economia. Conoscenze necessarie per capire la crisi più lunga (e come uscirne)*, nuova edizione, Santarcangelo di Romagna, 2019 e A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018.

[27] V. Giacché, *Costituzione italiana contro trattati europei. Il conflitto inevitabile*, Reggio Emilia, 2015.

[28] Cfr. Y. Varoufakis, *Adults in the Room. My Battle with Europe's Deep Establishment*, London, 2018.

[29] Si vedano, ampiamente, i saggi contenuti nel collettaneo A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009.

[30] Su cui v. E. Diodato, *Il vincolo esterno. Le ragioni della debolezza italiana*, Milano, 2014 e A. Somma, *Inasprire il vincolo esterno. Il Meccanismo Europeo di Stabilità e il mercato delle riforme*, in *Economiaepolitica*, 8 gennaio 2020.

Costituzione repubblicana ad apparire una posizione quasi sovversiva, indicibile, "populista": espulsa al difuori di un dibattito dell'"arco costituzionale" sempre più incentrato sulle mere questioni effimere e contingenti, che alle sedi decisionali della *governance* transnazionale non interessa regolare.

Questo è dunque un motivo per cui, per chi ancora crede in una piena applicazione della Costituzione, additare il populismo come pericolo *par excellence* per il costituzionalismo appare un approccio fuorviante, o, quantomeno, gravemente carente, laddove il populismo altro non è che il vagito di una politica non più sovrana, strategicamente espropriata della sfera politica (cioè, del potere di assumere le decisioni fondamentali di indirizzo strategico della comunità). Su ciò si tornerà nel paragrafo conclusivo.

5. Società liquida e populismo

La crisi globale della nostra epoca ha origini profonde. Alla crisi del primato economico e politico (militare) occidentale sul mondo, su cui si tornerà nel paragrafo conclusivo, si affianca la crisi profonda del suo stesso modello di vita.

L'equilibrio avanzato tra individuo e società e tra società e mercato espresso dalle costituzioni del dopoguerra è stato travolto dall'ondata neoliberista e dal miraggio tracotante della «fine della storia»[31]. La nuova ideologia dominante, che all'indomani della fine della Guerra fredda percepiva se stessa come ormai incontrastata e quindi imperitura, implicava lo sforzo di «liquefare» la società[32], i relativi punti di riferimento (posto di lavoro stabile[33], regole di *bon ton*, tessuto relazionale di classe, di quartiere, di paese, di famiglia, con i valori propri di tali forme di comunità, ecc.) e i diritti collettivi faticosamente conquistati (tutela da

---

31 V. F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, 1992.

32 Precorrendo di poco i tempi che sarebbero presto sopravvenuti, diceva Margaret Thatcher negli anni Ottanta: «They are casting their problems on society. And, you know, there is no such thing as society. There are individual men and women and there are families. And no government can do anything except through people, and people must look after themselves first».

33 Cfr. L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011, p. 35: «Il peggio, come scriveva Hannah Arendt oltre mezzo secolo fa, è trovarsi a far parte di una società in cui le motivazioni, il senso di identità, il riconoscimento sociale, i percorsi di vita, sono stati interamente costruiti attorno al lavoro, in specie attorno al lavoro dipendente salariato, nell'età in cui questo viene a mancare».

licenziamenti arbitrari, salari e pensioni sufficienti a far fronte alle esigenze di vita materiale e culturale, sanità pubblica di qualità, ecc.), e lo faceva nel nome dell'individuo[34] – rinnovato mito dell'*homo oeconomicus* – nel tentativo di dissolvere le identità di classe, con la relativa conflittualità, rimpiazzate dalla figura passiva e inoffensiva del consumatore, resiliente invece che resistente, con il suo permanente ingurgitare[35], la sua vocazione alla superficialità e il suo effimero eterno presente costellato di incertezze[36]. In una frenesia di atomizzazione dei rapporti umani, si è ridisegnata la società in senso nichilista nel nome della supremazia del capitale, immaginando di poter chiudere i conti, una volta per tutte, con il potenziale sovversivo dell'autocoscienza del lavoro.

I Paesi occidentali hanno così rigettato quel paradigma di compromesso capitale-lavoro che avevano precedentemente accolto, insieme all'idea dirompente che il lavoro è un diritto fondamentale e non una semplice merce[37], quale espressa nella Dichiarazione di Filadelfia del 1944, riguardante gli scopi e gli obiettivi dell'Organizzazione internazionale del lavoro. Non a caso, la pubblicistica e i testi normativi stessi – sempre più improntati, almeno come tendenza generale, alla deregolamentazione – tornano oggi a riferirsi, impudentemente, a un "mercato del lavoro".

La dissoluzione dei corpi intermedi e il regresso verso l'individualizzazione di ogni conflittualità collettiva, alla lunga, hanno finito per pregiudicare radicalmente il successo del modello occidentale, prima indiscusso da secoli, riducendone il fascino non solo agli occhi del resto del mondo, ma anche dei suoi stessi cittadini, rimasti orfani di ideologie for-

---

[34] V. Z. Bauman, *Liquid Modernity*, Cambridge, 2000 e Id., *The Individualized Society*, Cambridge, 2001.

[35] Si pensi alla metafora della canzone di G. Gaber *L'obeso* (2001, album *La mia generazione ha perso*): «L'obeso mangia idee mangia opinioni/computer, cellulari/dibattiti e canzoni/mangia il sogno dell'Europa/le riforme, i parlamenti/film d'azione e libri d'arte/mangia soldi e sentimenti/e s'ingravida guardando e mangiando/gli orrori del mondo./L'obeso è ormai un destino senza scampo/è la follia del nostro tempo… L'obeso mangia gruppi finanziari/mangia spot e informazioni/aiuti umanitari/mangia slogan e ideologie/vecchie idee e nuovi miti/mangia tutti i bei discorsi/dei politici e dei preti/e s'ingurgita la pace, la guerra/la pace, la guerra».

[36] V. Z. Bauman, *Liquid Times. Living in an Age of Uncertainty*, Cambridge, 2007 e Id., *Living on Borrowed Time*, Cambridge, 2009.

[37] Ciò «in quanto è un elemento integrale e integrante del soggetto che lo presta, dell'identità della persona, dell'immagine di sé, del senso di autostima, della posizione nella comunità, della sua vita familiare presente e futura»: L. Gallino, *Il lavoro non è una merce: contro la flessibilità*, Roma e Bari, 2007, p. 59.

ti e partiti di massa, in una desertificazione delle relazioni e delle identità sociali che può ricordare, in una maniera più sottile, senza rivestire le stesse forme tragiche – ma forse con risultati persino più radicalmente passivizzanti – quanto messo in opera col terrore dalle dittature fasciste latinoamericane degli anni Settanta e Ottanta. Da quanto detto non può che derivare, come conseguenza, anche l'erosione della sfera politica, il suo slegarsi dalla dimensione di classe, il suo focalizzarsi sul contingente invece che sullo strutturale, escluso quest'ultimo più o meno radicalmente dal contendibile, relegando nel (quasi) indicibile tutto ciò che non è compatibile con l'onnipresente vincolo esterno.

Scivolano così fuori o ai margini del dibattito pubblico: il sistema di alleanze internazionali (e, con l'incrollabile adesione a esso da una posizione subordinata, la rinuncia a una piena sovranità in politica estera); l'accettazione della mobilità dei capitali e l'abbandono di una politica monetaria (quindi, la perdita di sovranità economica); il paradigma del lavoro flessibile, resiliente (quindi, la piena riaffermazione della subordinazione del lavoro al capitale); la liberalizzazione e la privatizzazione dei settori economici strategici (quindi, la rinuncia a una politica industriale fondata sul protagonismo dello Stato attraverso le sue società partecipate e una programmazione strategica dell'economia), ecc., escludendo insomma dall'orizzonte della politica tutto quanto sarebbe indispensabile e necessario per realizzare il disegno socio economico costituzionale.

È pertanto conseguenza anche di tutto ciò il cambiar vesti della politica e il suo riorganizzarsi sotto le forme del populismo. Si è osservato come, nelle configurazioni populiste, quantomeno secondo l'analisi laclausiana, l'indeterminatezza della sfera politica è il riflesso di una realtà sociale fluttuante: quanto più l'ideologia dominante e la classe dirigente fanno propri, invece che contrastare, rivendicano ed esaltano, esplicitamente o implicitamente, il nichilismo della dissoluzione sociale, tanto più, entro un breve lasso di tempo, la politica assorbirà questa indeterminatezza dalla sfera sociale – così come, si è scritto nel paragrafo precedente, la assorbe parallelamente pure dai mutamenti della sfera economica. Il populismo non è pertanto, in sé, la minaccia al costituzionalismo democratico, bensì solo un indice rivelatore della reale minaccia: lo sfaldamento del tessuto sociale e dei diritti sociali dovuto alla liquefazione della società stessa, elemento cruciale del disegno di riaffermazione del dominio del capitale sul vivo lavoro, rispetto a cui il ceto politico dagli

anni Novanta in poi si è quasi sempre mostrato supino, accondiscendente e complice, finendo di screditarsi agli occhi delle masse popolari. In altre parole, il populismo è, in secondo luogo, la forma naturale della politica al tempo della società liquida.

6. Intermediazione algoritmica e populismo

Quanto si è appena illustrato appare accelerato dall'avvento del digitale, che, a dispetto delle originarie promesse di democrazia e orizzontalità, ha intensificato il confluire della realtà sociale nel vicolo cieco della società liquida, potenziandone la pretesa autoreferenziale di universalità. L'idea di ordine dell'antropologia capitalistica

> si è evoluta dalla stabilità (lo Stato) alla "mobilitazione totale", e di qui alla fluidità (l'incessante metamorfosi delle forme di vita richiesta dal nuovo paradigma economico, e la smaterializzazione del mondo, il suo progressivo trasformarsi in realtà virtuale – il tradursi dell'universo nel "metaverso" e dei soggetti in *avatar*, in icona elettronica), mentre il progresso si è mutato in velocità: la storia è andata perduta come dimensione oggettiva dell'esistenza collettiva, per la quale bastano "memorie" soggettive[38].

Già a inizio Novecento, Gabriel Tarde vedeva nel pubblico, piuttosto che nella folla, il gruppo sociale del futuro[39]. Cornelius Castoriadis, negli anni Settanta, rimarcava l'attitudine dell'età contemporanea a porre esplicitamente ed effettivamente in ogni campo il grande problema politico: non soltanto come lotta per il potere entro istituzioni politiche date, e neanche per la mera trasformazione di queste ultime in altre e diverse istituzioni, bensì come un ancor più ampio problema di ricostruzione totale della società[40]. Oggi, la rivoluzione informatica cambia i modi di esistere dell'umanità, schiudendo grandi potenzialità, ma al tempo stesso anche grandi rischi, e ridisegnando i modi di essere gruppo sociale e le mappe del potere. Il capitalismo cerca di sussumere le dirompenti novità tecnico scientifiche al proprio paradigma di estrazione di plusvalore, e lo fa sviluppando due fondamentali ideeguida: l'appropriazione sistematica di tutti i dati raccolti e il control-

---

38 C. Galli, *Ideologia*, Bologna, 2022, p. 136.

39 G. Tarde, *L'opinion et la foule*, Paris, 1901.

40 C. Castoriadis, *Technique*, in *Encyclopaedia Universalis*, vol. 15, Paris, 1973.

lo dell'intermediazione algoritmica su tutte le interazioni umane del pubblico degli utenti[41].

Per capire il funzionamento del costrutto digitale, è fondamentale cogliere le implicazioni della sequenza dati-algoritmi-piattaforme che ne è il fulcro, che i principali attori in gioco (multinazionali con fatturati paragonabili a Pil nazionali e, in Occidente solo in seconda battuta, al rimorchio, più tradizionali entità sovrane e poteri politici sovranazionali come l'Ue) competono per dominare:

> i dati come risorsa fondamentale dell'economia e della società digitale; gli algoritmi come strumenti capaci di estrarre valore da tali dati (anche per finalità analitiche, predittive e decisionali); le piattaforme come luoghi virtuali nei quali avvengono – intermediati in via algoritmica e con costante profusione di dati, riutilizzati per aumentare il potere delle piattaforme medesime – buona parte degli scambi e delle interazioni sociali contemporanee[42].

La combinazione di questi fattori dà luogo a un sistema di sorveglianza e controllo del tutto inedito, che permette, per esempio attraverso forme personalizzate di pubblicità, un sempre crescente orientamento algoritmico dei comportamenti: il consumo, il lavoro, gli stili di vita, le dinamiche elettorali, ecc.[43].

Gli algoritmi, sequenze di istruzioni che si traducono in sofisticati programmi per calcolatori, consentono l'automatizzazione delle soluzioni di problemi complessi, fornendo un'ossatura tecnica al processo di elaborazione che consente il funzionamento dell'economia e della società digitale. Solo apparentemente essi sembrano degli strumenti "neutri", laddove il potere di impartire le istruzioni dei procedimenti, selezionando quindi i quesiti da risolvere secondo i propri obiettivi, è un potere intrinsecamente e basilarmente politico, che, visto il carattere transfrontaliero delle reti digitali, sfida agevolmente, con una *governance* impalpabile e onnipresente, gli strumenti e le istanze di governo democratico costituzionale, potendo rivendicare un livello generale di effettività della *compliance* degli utenti della *community* spesso più alto di

---

41 Cfr. S. Grumbach, *L'empire des algorithmes. Une géopolitique du contrôle à l'ère de l'anthropocène*, Malakoff, 2022, p. 13.

42 G. Resta, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Rivista trimestrale di dritto pubblico*, 2022, p. 972.

43 R. Curcio, *L'algoritmo sovrano. Metamorfosi identitarie e rischi totalitari nella società artificiale*, Roma, 2018, p. 82.

quello che le entità sovrane tradizionali riescono a imporre alle proprie norme, e facendolo con costi perlopiù minori rispetto all'organizzazione e al mantenimento di apparati di polizia e di polizia segreta, ma con una tutela assai affievolita e aleatoria dei diritti, anche fondamentali, dei soggetti lesi dall'applicazione delle regole di *soft law*. La capacità di imporre il rispetto delle norme della *governance* digitale si serve peraltro non soltanto – e non principalmente – di sanzioni, bensì in primo luogo del controllo di formidabili strumenti per veicolare un sistema di valori, facendolo entrare nel senso comune della società e declinandolo in maniera personalizzata per ogni individuo, attraverso l'abilità – derivante dall'accesso, dall'elaborazione e dalla rielaborazione quasi istantanee di grandi quantità di dati – di conoscerne le preferenze e differenziare *ad personam* l'esperienza digitale che gli viene offerta.

Le nuove forme di controllo e influenza di massa, tanto più ove in mano ad attori privati estranei al circuito democratico, e le nuove forme di intermediazione, in mano alle grandi piattaforme digitali private (di commercio, di comunicazione, di interrelazione, ecc.) ridisegnano rapidamente e in profondità relazioni sociali di primo piano come il lavoro, l'informazione, i rapporti negoziali, l'associazionismo, e lo fanno essenzialmente dal punto di vista di un cosmopolitismo asettico e totalizzante che è quello del grande capitale, cercando di affermare globalmente, al di là delle frontiere, una vera e propria sovranità *de facto*, poco permeabile e insofferente ai valori costituzionali, ai percorsi di solidarizzazione del diritto civile, al pluralismo democratico, alle storie e alle peculiarità delle diverse culture sociali, politiche e giuridiche, alle rivendicazioni delle classi subalterne.

Il discorso dominante, nell'esaltare l'individuo come un'entità monadica, chiamata a interconnettersi col prossimo soltanto con l'intermediazione virtuale delle piattaforme digitali e delle loro intelligenze artificiali, finisce per svilire l'individuo stesso e per interdirne di fatto, con la condanna alla solitudine reale, l'esercizio dei diritti fondamentali, che non possono pienamente dispiegarsi in uno spazio sociale che si fa sempre più rarefatto, incomprensibile, incomunicabile, impermeabile al pensiero critico: la complessità è bandita dalla comunicazione e, più in generale, dalla presentazione del reale quale veicolata nel mondo digitale intermediato dalle piattaforme, nel tentativo di escludere non solo le risposte complesse, ma persino le domande complesse.

Tra i tanti utilizzi possibili del digitale, i nuovi "padroni del vapore" selezionano e cercano di generalizzare quelli più funzionali a rafforzare la presa del proprio dominio sociale, comprimendo e limitando invece quelli che meglio potrebbero potenziare l'esperienza e le ambizioni dell'umanità. Invece che emancipare e portare la società verso nuove frontiere, si cerca così di rinchiudere le persone in nuove gabbie, sia pure dorate, in nuove forme di alienazione funzionali al dominio dell'uomo sull'uomo. La complessità dei sistemi di elaborazione è paradossalmente utilizzata per rendere più banale, più frammentaria, più autoreferenziale, invece che più completa, la visione del mondo delle persone, specialmente in seno alle masse popolari.

Ciò si riflette sulla sfera politica, accompagnando e facilitando il processo di risoluzione/dissoluzione della "teologia politica" nella teologia tecno economica e in quella giuridico morale[44], processo legittimato e propagandato nel nome di una presunta, fallace, oggettività, rispetto a cui il conflitto sociale e la lotta emancipativa/trasformativa sono escluse per fare posto a opposizioni triviali e non dialettiche: buoni vs cattivi, democrazie vs dittature, istruiti vs ignoranti, persone civili vs *haters*, verità vs *fake news*, libero mercato vs inefficienza, ecc. Così, il populismo è, in terzo luogo, la forma naturale della politica al tempo dell'intermediazione algoritmica sussunta alla volontà del (grande) capitale transnazionale.

7. Conclusione. Pericoli e speranze per una nuova umanità: ispirazioni dal Sud del mondo

In conclusione, la contemporaneità pone la comunità umana di fronte a sfide storiche, con nuove minacce e speranze. In Occidente, la gestione mercatista della rivoluzione informatica ha creato i presupposti per una concentrazione del potere in sedi sempre più lontane dal controllo democratico e per uno svilimento del compromesso sociale costituzionale. Questa digitalizzazione ha fatto da catalizzatore e acceleratore di un'implosione della società e della politica che già era in corso: l'illusione di domare le stesse attraverso un isterilimento e una semplificazione radicali delle loro funzioni ha ingenerato una crisi irreversibile tanto di legittimazione interna quanto di influenza

[44] Il riferimento è nuovamente alla recente rielaborazione della riflessione schmittiana in G. Preterossi, *Teologia politica e diritto*, cit., p. 3 ss.

sul mondo. L'Occidente vede insidiato, per la prima volta da molto tempo, il proprio primato egemonico mondiale, nell'economia, nella capacità di creare un orizzonte ideologico simbolico e, ormai, persino nel predominio militare, sicché possono ingenerarsi scenari associabili alla cosiddetta «trappola di Tucidide»[45], di scontro mortale tra potenze emergenti (oggi, in primis, la Cina) e in declino (in primo luogo gli Usa, per non parlare dell'ormai da tempo vacillante Europa).

Tale quadro di incertezza e di transizione, pur presentando aspetti drammatici e inquietanti, ha permesso al tempo stesso il rifiorire autonomo, in un mondo multipolare, di nuove potenze economiche, e con esse di una moltitudine di paradigmi sociali e giuridici. Merci, persone, valute alternative al dollaro, conoscenze e forme di ibridazione giuridica circolano lungo assi inediti, che hanno modo di svilupparsi nel quadro della cooperazione orizzontale inaugurata dall'esperienza di successo e in espansione dei Brics: le potenze emergenti unite, al di là delle rispettive rivalità, dalla prospettiva di un mondo multipolare, in cui il dialogo politico e lo scambio commerciale non devono necessariamente passare per gli Usa o per l'Europa e non richiedono a nessuno di piegarsi ai modelli economici, sociali e politici degli altri.

Il socialismo di mercato cinese sperimenta nuove sinergie di successo tra programmazione economica e mercato[46] e nuove forme di legalità socialista – tra cui la recente codificazione civile, di ispirazione romanistica – per offrire certezza del diritto agli investitori mantenendo al tempo stesso il timone saldamente in mano al decisore politico, nell'interesse generale del Paese. La Nuova via della seta è probabilmente la più importante iniziativa commerciale che si sviluppa in questo quadro, su iniziativa della Cina, che, a tale disegno globale in campo economico, accompagna, come visione di politica e diritto internazionali, l'idea – confermata dalle scelte effettuate al tempo della crisi pandemica – di una «comunità di destino condiviso per l'umanità», nocciolo di un nuovo umanesimo giuridico improntato a rispetto reciproco, sviluppo dei diritti umani, equità, solidarietà, giustizia,

---

45 V. G. Allison, *Destinati alla Guerra: possono l'America e la Cina sfuggire alla trappola di Tucidide?*, Roma, 2017.

46 Su cui v., da ultimo, il recente A. Gabriele e E. Jabbour, *Socialist Economic Development in the 21st Century: a Century after the Bolshevik Revolution*, London, 2022.

protezione delle risorse naturali, sviluppo umano e cooperazione *win-win* reciprocamente vantaggiosa[47]. In tale prospettiva

> la Cina attribuisce un nuovo quadro di senso all'umanesimo attraverso una nuova missione umanista condivisa, capace di allineare le democrazie occidentali, che oggi soffrono una crisi strutturale economica, sociale e culturale, e il Sud globale, che aspira a una rinascita per migliorare la vita dei suoi popoli, intendendo l'essere umano non in termini antropocentrici ma come *Humus*, indissolubilmente legato all'ambiente[48].

Una rinnovata attenzione per la persona, non riducibile ai rapporti di mercato, si esprime in una tendenza ormai comune a tutta l'America latina – pur non senza contraddizioni e battute d'arresto – con la spinta di un nuovo costituzionalismo di trasformazione e di rottura[49], che, recependo l'idea di base di un impegno, fondativo del patto sociale, di vivere in armonia con la comunità e con la natura, mette al centro i diritti fondamentali, la comunità, la solidarietà, la partecipazione democratica, un allargamento della legittimazione democratica dei processi decisionali a tutti i gruppi sociali, la pluralità di culture, il riconoscimento e la valorizzazione del patrimonio di saggezza ancestrale dei popoli nativi, il rispetto per la madre terra e le generazioni future[50].

La nozione del *vivir bien* implica la necessità di soddisfare l'istanza all'autodeterminazione, anche economica, passando per il protagonismo delle nazioni indigene nell'elaborazione di modelli di sviluppo propri, fondati su concezioni non antropocentriche del rapporto tra uomo e na-

---

47 M.F. Staiano, *La Comunità di destino condiviso per l'umanità come espressione di un nuovo umanesimo giuridico cinese: elementi interni e dimensioni internazionali*, in *Tigor*, 2021, 2, p. 185 ss.

48 *Ivi*, p. 192.

49 V. R. Viciano Pastor e R. Martínez Dalmau, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Revista general de derecho público comparado*, 2011, 9, p. 1 ss.. V. anche A. von Bogdandy et al. (a cura di), *Transformative Constitutionalism in Latin America: the Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, 2017.

50 *Ex ceteris*, v., in proposito, S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir: innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013; E. Buono, *Questione linguistica, questione indigena e paradigma plurinazionale nell'esperienza latinoamericana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, p. 1189 ss.; M. Carducci e L.P. Castillo Amaya, *Nature as 'Grundnorm' of Global Constitutionalism: Contributions from the Global South*, in *Revista Brasileira de Direito*, 2016, 2, p. 154 ss.; S. Baldin, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino*, Torino, 2019 e A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2020, 2, p. 317 ss.

tura, contrarie allo sfruttamento capitalistico delle risorse naturali[51]. In questo quadro, si affermano la cultura dei beni comuni e la concezione di Stato ambientale di diritto, con radici nell'arcana visione del mondo dei popoli indigeni, come dimensione altra del possedere opposta al paradigma mercatista e improntata alla tutela del bene comune collettivo e del pubblico interesse nell'avvicendarsi delle generazioni[52].

Inoltre, il neocostituzionalismo latinoamericano si caratterizza altresì per un'"ansia democratica" inclusiva dalla forte carica simbolica, rivolta a intensificare gli spazi di partecipazione popolare, nel tentativo di rinnovare e rinsaldare il legame tra governo e sovranità popolare, accogliendo rivendicazioni e conflitti in precedenza soffocati e respinti dalla dimensione giuspubblicistica[53]. Lungi da visioni costituzionali, da noi diffuse, improntate a staticità e, spesso, a difesa conservativa della forma anche a discapito del contenuto economico sociale e della carica simbolico dinamica del bisogno di democrazia, il neocostituzionalismo latinoamericano afferma una prospettiva per cui

> se supera el concepto de Constitución como limitadora del poder (constituido) y se avanza en la definición de la Constitución como formula democrática donde el poder constituyente – la soberanía popular – expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado pero también de la propia sociedad[54].

Con l'incedere del multilateralismo nel mondo – sia pure contrastato dal tentativo occidentale di abbarbicarsi a una versione digitale del suo vecchio dominio coloniale[55] – potrebbe instaurarsi una nuova e diversa globalizzazione del diritto, più rispettosa delle sovranità popolari, che veda i modelli virtuosi circolare in tutte le direzioni, tra il

---

51 E. Buono, *"Chile, la alegría ya viene?": la Ley de escaños reservados para pueblos originarios e la composizione "plurinazionale" della Convenzione costituente cilena*, in *Dpce online*, 2021, p. 881.

52 M. Foroni, *Beni comuni e diritti di cittadinanza. Le nuove costituzioni sudamericane*, Vignate, 2014.

53 A. Mastromarino, *La costituzione cubana del 2019 nel contesto del nuevo constitucionalismo latinoamericano: un dialogo regionale possibile?*, in *Dpce online*, 2020, p. 473.

54 R. Viciano Pastor e R. Martínez Dalmau, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in Corte Constitucional del Ecuador (a cura di), *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, 2010, p. 16.

55 Cfr. K. Anastácio, *A View from the Cheap Seats: Internet and Colonialism*, in *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, XI Annual Symposium* (Guadalajara, dicembre 2016), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2909369.

Sud e il Nord del mondo, risollecitando anche quest'ultimo a tornare a valorizzare lo spirito personalista, solidaristico e partecipativo delle sue bistrattate costituzioni.

Condizione necessaria e indispensabile per essere in grado di raccogliere queste ispirazioni è il rigetto del provincialismo culturale, oggi imperante nel mondo intellettuale italiano, che, incurante di come è cambiato il mondo e di come si sono moltiplicati e differenziati i suoi centri di potere, continua a guardare a un orizzonte limitato all'Occidente, una piccola porzione della popolazione del globo e certamente non quella dove si trovano gli attori politico economici più dinamici, dimenticando peraltro la proiezione mediterranea del nostro Paese che ne farebbe naturalmente – e ne ha già fatto nella storia – un ponte tra tre continenti. L'esistenza, nel mondo, di forme e modelli di modernità alternativi[56] è semplicemente ignorata, assente dal nostro dibattito, in cui le scelte pubbliche rinunciano a ogni ambizione perché sempre dettate dall'infinita ripetizione dei dischi rotti "non c'è alternativa" e "l'Europa ce lo chiede", in cui la politica è ridotta ad amministrazione (fallimentare) dell'esistente e le vere scelte strategiche, assunte in sedi opache, informali, si limitano ad assecondare i diktat del capitale finanziario transnazionale.

Per recuperare la democrazia, appare indispensabile recuperare la sovranità, il solo spazio entro cui un *demos* può avere dei punti di riferimento, esprimersi compiutamente, lottare per la realizzazione del progetto costituzionale – che legittima l'operare stesso dello Stato e cementa la coesione della società – nonché può relazionarsi da pari, orizzontalmente, in termini di solidarietà e amicizia, con gli altri *demoi*, prendendo parte a esperienze orizzontali e multidirezionali di ibridazione giuridica. «Di qui il rigetto della costruzione europea in quanto ostacolo allo sviluppo della "forma politica di una società", non certo ispirato dalla volontà di difendere identità forti ed escludenti»[57]. Di qui la possibilità, facilitata dalla geografia e dalla storia, di una posizione di non allineamento, che permetta buoni rapporti e proficui scambi commerciali con tutti i blocchi geopolitici, candidandosi, quando necessario, a mediare proficuamente nelle controversie che possono mettere a repentaglio la

---

[56] Con particolare riferimento alla Cina, si vedano a tale proposito le riflessioni di M. Jacques, *When China Rules the World. The Rise of the Middle Kingdom and the End of the Western World*, 2. ed., London, 2012.

[57] A. Somma, *Per un costituzionalismo resistente alla normalità capitalistica*, in C. Formenti (a cura di), *Dopo il neoliberalismo. Indagine collettiva sul futuro*, Milano, 2021, p. 232.

pace nel mondo. Di qui l'aspirazione a uno Stato democratico costituzionale in grado di inserire nel disegno di società dei padri costituenti – e nel relativo compromesso sociale all'insegna di una strada di riforme per l'eguaglianza e la solidarietà – una visione umanistica del progresso tecnico informatico, improntata alla volontà di utilizzare lo stesso per potenziare la persona, soddisfare meglio i suoi bisogni materiali e spirituali e la sua innata sete di conoscenza, superare l'alienazione.

La fuoriuscita dalla gabbia (neo/ordo)liberale europea è la precondizione per rinnovare il rapporto tra Stato, società e grandi multinazionali del digitale[58], in quanto l'egemonia del mercato nel cyberspazio è

[58] Si potrebbe a ciò obiettare che, anche nel quadro istituzionale europeo dato, vi sono in atto importanti evoluzioni nella direzione di normare dapprima una più intensa protezione dei dati personali, più di recente di incentivare la condivisione dei dati nella società, di escludere o limitare gli utilizzi socialmente più rischiosi dell'Intelligenza artificiale e di tutelare i diritti degli utenti e un'equa concorrenza nel campo della fornitura di servizi digitali. Si tratta di legislazioni corpose di cui non è possibile dare compiutamente conto in questa sede. Si osservi però come queste regole non possano prescindere dal – anzi si fondino sul – paradigma mercatista ordoliberale che caratterizza i trattati europei, potendo cercare blandamente di opporre un protezionismo regolatorio (sul quale si veda V. Zeno-Zencovich, *Data Protection(ism)*, in *Media Laws*, 2022, 2, p. 11 ss.) alle multinazionali del digitale, tendenzialmente straniere, ma con ben pochi spunti (tra i pochi, si veda la proposta di Regolamento detta *Data Act*, Com/2022/68 final, artt. 14 ss., concernenti un obbligo di mettere a disposizione i dati sulla base di necessità eccezionali) di messa in discussione profonda della concezione dell'internet come spazio dominato dal capitale transnazionale e dal suo sistema valoriale. Anzi, in certe disposizioni del recentissimo Regolamento Ue 2022/2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali, sembra persino cogliersi – anche in spregio della libertà di manifestazione del pensiero presidiata per esempio dall'art. 21 della nostra Costituzione – l'intento di cercare un'alleanza con le grandi multinazionali del digitale per rinsaldare il dogmatismo autistico del pensiero unico occidentale ed espellerne ogni reminiscenza di dissenso in vista di un ulteriore accentuarsi dello scontro geopolitico; in proposito, si veda per esempio il considerando 91 di tale Regolamento: «In tempi di crisi, potrebbe essere necessario adottare con urgenza determinate misure specifiche da parte dei fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi… A tale riguardo, si dovrebbe considerare che si verifichi una crisi quando si verificano circostanze eccezionali che possano comportare una minaccia grave per la sicurezza pubblica o la salute pubblica nell'Unione o in parti significative della stessa. Tali crisi potrebbero derivare da conflitti armati o atti di terrorismo, compresi conflitti o atti di terrorismo emergenti, catastrofi naturali quali terremoti e uragani, nonché pandemie e altre gravi minacce per la salute pubblica a carattere transfrontaliero. La Commissione dovrebbe poter chiedere ai prestatori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e ai prestatori di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, su raccomandazione del comitato europeo per i servizi digitali (comitato), di avviare con urgenza una risposta alle crisi. Le misure che tali prestatori possono individuare e considerare di applicare possono includere, ad esempio, l'adeguamento dei processi di moderazione dei contenuti e l'aumento delle risorse destinate alla moderazione dei contenuti, l'adeguamento delle condizioni generali, i sistemi algoritmici e i sistemi pubblicitari pertinenti, l'ulteriore

in realtà solo uno dei vari possibili modelli di organizzazione di questo nuovo spazio dell'esistenza, come testimonia la presenza di diverse esperienze nel mondo come quella cinese – non certo da seguire nel merito di alcune soluzioni operative che possono essere improntate a una cultura dei diritti fondamentali differente dalla nostra, ma comunque preziosa perché mostra la realizzabilità di altri equilibri possibili tra società e mercato nell'internet – oltre al dibattito che attraversa un'altra potenza emergente come l'India[59]. Da un rinnovato dialogo tra i popoli del mondo, a partire dalle sedi Onu e da altre forme di cooperazione orizzontale, può essere possibile trovare i semi comuni per un nuovo costituzionalismo globale, con la vocazione di sussumere la rivoluzione informatica non più al capitale, bensì alla persona umana: un principio da declinarsi poi in ciascun Paese conformemente alla relativa prospettiva costituzionale dei diritti fondamentali.

In definitiva, troppe volte, anche tra i costituzionalisti, si sente porre la domanda sbagliata: come reagire al dilagare dei populismi? Da una domanda sbagliata, non possono che conseguire risposte sbagliate. La questione fondamentale mi sembra, invece, come reagire alla diseguaglianza, all'alienazione, all'esclusione sociale, al predominio della fredda logica dei mercati, alla dissoluzione del sociale e del collettivo nell'individuo (isolato e sconfitto), alla negazione della sovranità democratica ai tempi dell'internet, alla negazione della variopinta complessità del reale. Di tutti questi disagi, il populismo è soltanto un indice, un sintomo. La Costituzione resta la miglior bussola, e difenderne i valori contro il nichilismo sociale dilagante è il compito principale del giurista democratico dei nostri tempi. D'altronde, il cambiamento sociale non può ovviamente essere realizzato dal solo scienziato del diritto – che pur può contribuire a gettarne i semi – ma passa imprescindibilmente per un'effettiva ripresa di protagonismo collettivo delle masse popolari silenziate e marginalizzate. Ciò è ancora possibile, nel nostro secolo, in Occidente? Le recenti mobilitazioni popolari che, nella vicina Francia, hanno risposto alla proposta governativa di riforma (ovviamente, *in peius*) delle pensioni sono, in tal senso, un segnale incoraggiante di ottimismo.

---

intensificazione della cooperazione con i segnalatori attendibili, l'adozione di misure di sensibilizzazione, la promozione di informazioni affidabili e l'adeguamento della progettazione delle loro interfacce online».

[59] V. A. Bhatt, *Data Sovereignty: the Quintessential Model for the New Order*, in *Ili Law Review - Indian Law Institute*, summer issue 2021, p. 385 ss.

Gli autori e le autrici di questo volume

Alessandra Algostino è professoressa ordinaria di Diritto costituzionale presso l'Università di Torino. Fra i temi di ricerca: democrazia, diritti, migranti, lavoro, partecipazione e movimenti, fonti del diritto, Europa, diritto ed economia. Tra le sue pubblicazioni: *L'ambigua universalità dei diritti* (Jovene 2005), *Democrazia, rappresentanza, partecipazione* (Jovene 2011), *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto* (Giappichelli 2018), *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti* (in *Costituzionalismo.it* 2021), *Pacifismo e movimenti fra militarizzazione della democrazia e Costituzione* (in *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?* 2022) e *Relocation of Torture and 'State Torture'. Readmission Agreements, Externalisation of Borders and Closure of Ports* (in *Migration and Torture* 2023). Fra le collaborazioni: *il manifesto* e *Volere la luna*.

Gaetano Azzariti è professore ordinario di Diritto costituzionale presso la Sapienza Università di Roma. Direttore di *Politica del Diritto* e di *Costituzionalismo.it*. Presidente dell'associazione *Salviamo la Costituzione*. Editorialista del quotidiano *il manifesto*. Tra le sue pubblicazioni: *Diritto e conflitti* (Laterza 2010), *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* (Laterza 2013), *Contro il revisionismo costituzionale* (Laterza 2016), «È dell'uomo che devo parlare». Rousseau e la democrazia costituzionale (Mucchi 2020) e *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio* (Laterza 2021).

Roberto Bin è stato professore ordinario di Diritto costituzionale nelle Università di Macerata e Ferrara. Tra le sue pubblicazioni: *A discrezione*

del giudice (Franco Angeli 2013), *Profili costituzionali dell'Unione europea* (2. ed. con P. Caretti e G. Pitruzzella, il Mulino 2015), *Critica della teoria dei diritti* (Franco Angeli 2018), *Diritto regionale* (2. ed. curata con G. Falcon, Il Mulino 2018), *Critica della teoria delle fonti* (Franco Angeli 2021), *Diritto costituzionale* (24. ed. con G. Pitruzzella, Giappichelli 2023), *Diritto pubblico* (21. ed. con G. Pitruzzella, Giappichelli 2023) e *Come ragionano i giuristi (e come imparare a farlo)* (Giuffrè 2024). Dirige *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale* (edita da Franco Angeli).

Marco Bona è dottore di ricerca in Diritto privato comparato e avvocato in Torino. Esperto dalla parte dei danneggiati in controversie nazionali ed internazionali in materia di responsabilità, civile e penale, per danni alla persona. Coautore dello studio *Eu Harmonisation of Limitation Periods for Claims Arising out of Cross-Border Road Traffic Accidents* (2016) commissionato dal Parlamento europeo. Coordinatore del *Tort Reform & Access to Justice Group* di Peopil. Autore di oltre duecentocinquanta pubblicazioni su responsabilità civile e penale, risarcimento, prescrizione, processo civile, class action, mediazione, diritto Ue e Cedu, diritto internazionale privato e processuale, lavoro, mobbing e vittime di reato.

Remo Caponi è Consigliere della Corte di cassazione per meriti insigni. Dal 2001 al 2022 è stato professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Firenze. Ha insegnato anche nelle Università di Bielefeld, Siena, Colonia ed Heidelberg. Nel 2022 ha conseguito il Premio Enrico Redenti per il diritto processuale civile. Tra le sue pubblicazioni: *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile* (Giuffrè 2022), *Specialismo e politica nella scienza giuridica* (in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2022), *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica* (in *Questione giustizia* 2023), *Oralità e scrittura del diritto, intelligenza artificiale* (in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2024), *Organizzazione delle corti e dei pubblici ministeri in Germania* (in *Ensaios para Daniel Mitidiero* 2024).

Marco Dani è professore associato di Diritto pubblico comparato nell'Università di Trento ed è componente dell'editorial board di *European Law Open*. Tra le sue pubbicazioni: *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti* (Cedam 2013) e *Costituzionalismo europeo. Per*

una ricostruzione demistificatoria del processo di integrazione europea (con A.J. Menéndez, Esi 2022).

Marco Goldoni è professore ordinario di Filosofia del diritto nell'Università di Glasgow. È condirettore della rivista *Jurisprudence* (Taylor & Francis) ed ha fondato e co-dirige la collana *Law & Politics: Continental Perspectives* (Routledge). È membro del comitato editoriale della collana *Ius* (Quodlibet). Fra le sue pubblicazioni: *The Legacy of Pluralism* (con M. Croce, Stanford University Press 2020), *The Materiality of the Legal Order* (Cambridge University Press 2022) e *Cambridge Handbook on the Material Constitution* (co-curato con M. Wilkinson, Cambridge University Press 2023).

Andrea Guazzarotti è professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Ferrara, membro dell'Associazione italiana dei costituzionalisti e dell'*Academic Network on the European Social Charter and Social Rights*. Già assistente di studio alla Corte costituzionale, collabora con la redazione di *Fuoricollana.it* ed è autore di numerosi saggi e monografie, tra cui *Crisi dell'euro e conflitto sociale* (Franco Angeli 2016) e *Neoliberismo e difesa dello Stato di diritto in Europa* (Franco Angeli 2023).

Giulia Marzia Locati è magistrato ordinario, dapprima presso il Tribunale di Milano (dal 2013 al 2018) e poi presso il Tribunale di Torino. È docente presso la Scuola superiore della magistratura e presso la Scuola delle professioni legali dell'Università di Torino; è relatrice in numerosi convegni. Tra le sue pubblicazioni: *Il contributo della giurisprudenza alla dimensione non indulgenziale della sospensione condizionale della pena* (in *Diritto penale e processo* 2022) e *Indicazione nell'atto di nascita del genitore intenzionale* (in *Questione giustizia* 2023).

Maria Rosaria Marella è professoressa ordinaria di Diritto privato nell'Università di Roma Tre, dove insegna *Critical perspectives on private law*, Diritto delle famiglie e *European international bio law*. È direttrice responsabile della *Rivista critica del diritto privato* e socia fondatrice dell'associazione femminista GiudIT – Giuriste d'Italia. I suoi lavori più recenti sono dedicati ai temi della famiglia, della *feminist legal theory*, del biodiritto, della proprietà e dei beni comuni.

Giovanni Marini è professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università di Perugia e membro dell'*Académie internationale de droit comparé*. È stato Visiting professor in diverse università europee e nordamericane fra cui la Harvard Law School, la McGill Law School di Montreal e la Faculté de Sciences Po di Parigi. Le sue pubblicazioni sono dedicate prevalentemente all'analisi critica del diritto ed alle metodologie del diritto comparato. Tra le sue pubblicazioni: *Di che cosa si parla quando si parla di famiglia* (Laterza 2014) e *Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico* (Edizioni Scientifiche 2023).

Edmondo Mostacci è professore associato di Diritto comparato nell'Università di Genova. Tra le sue pubblicazioni: *Il diritto pigro. Appunti per una metodologia di analisi del testo giuridico quale macchina presupposizionale corale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2021), *La costituzione finanziaria europea e il paradigma di Pangloss* (in *Dpce online* 2023) e *Gli Stati Uniti e il loro diritto* (con A. Somma, Giappichelli 2024).

Pasquale Nappi è professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Ferrara, della quale è stato Rettore, e membro dell'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile. Tra le sue pubblicazioni: *Osservazioni sulla domanda di accertamento incidentale di questioni pregiudiziali* (in *Il giusto processo civile* 2017), Voce *Riconvenzionale (dir. proc. civ.)* (in *Enciclopedia italiana Treccani - Diritto on line* 2019), *I primi dieci anni della mediazione delle controversie civili e commerciali in Italia: riflessioni e proposte* (in *Il giusto processo civile* 2020), *Riflessioni sul «rispetto della non illimitata risorsa giustizia» come principio processuale* (*ivi* 2021) e *La legge delega di riforma degli strumenti complementari. Note a prima lettura* (*ivi* 2022).

Massimo Papa è Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università di Roma Tor Vergata, dove dirige il Centro Interdisciplinare di Studi sul Mondo Islamico "Francesco Castro" e insegna Diritto musulmano e dei Paesi islamici. Tra le sue pubblicazioni: *Afghanistan: tradizione giuridica e ricostruzione dell'ordinamento tra šarī'a, consuetudini e diritto statale* (Giappichelli 2006), *Shari'a. La legge sacra dell'Islam* (con L. Ascano, il Mulino 2014), *Development and Perspectives of Ethical Finance in Iran* (con F. Petrucciano, in *European Journal of*

Islamic Finance 2019) e *Il fiqh al-aqalliyy¯at e il proselitismo islamico* (in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 2020).

Gianmatteo Sabatino è ricercatore strutturato e Lecturer (jiangshi) di diritto comparato presso l'Istituto di Diritto ed economia della Zhongnan University of economics and law di Wuhan, ove ha svolto, tra il 2017 e il 2020, attività di visiting scholar e di research fellow. È autore di diversi articoli in tema di diritto cinese e diritto comparato dell'economia, con uno speciale interesse nei confronti delle implicazioni giuridiche dei processi di pianificazione e programmazione economico-sociale. Fra le sue pubblicazioni: *I paradigmi giuridici della pianificazione per lo sviluppo* (Editoriale scientifica 2022).

Lorenzo Serafinelli è assegnista di ricerca in Diritto privato comparato nella Sapienza Università di Roma La. Tra le sue pubblicazioni: *U.S. Law Schools. Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti* (Giuffrè 2023) e *How We Defeated Shell. Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell - Uno sguardo dietro le quinte* (Sapienza Università Editrice 2024).

Alessandro Somma è professore ordinario di Diritto privato comparato nella Sapienza Università di Roma e membro dell'*Académie internationale de droit comparé*. È giornalista pubblicista e direttore responsabile de *La Fionda*. Tra le sue pubblicazioni: *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea* (Imprimatur 2017), *Sovranismi. Stato popolo e conflitto sociale* (Derive Approdi 2018), *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia* (Laterza 2021), *Contro Ventotene cavallo di Troia dell'Europa neoliberale* (Rogas 2021), *Abolire il lavoro povero. Per la buona e piena occupazione* (Laterza 2024) e *Introduzione al diritto comparato* (3. ed. Giappichelli 2024).

Anna Terzi è magistrato, attualmente in quiescenza. Ha prestato servizio quale giudice del lavoro presso la Pretura di Brescia e successivamente presso i Tribunali di Brescia, Cremona, la Corte d'Appello di Brescia e da ultimo presso la Corte d'Appello di Trento, specializzandosi nelle funzioni di giudice del lavoro. Relatrice in numerosi convegni e incontri di studio, ha collaborato e collabora con riviste giuridiche, tra le quali *Questione giustizia*. Tra le sue pubblicazioni: *I costi del*

processo del lavoro (in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 2023), *Il danno ulteriore, patrimoniale e non patrimoniale, da licenziamento illegittimo nella recente giurisprudenza della Cassazione e nelle riforme legislative in materia* (in *Questione Giustizia* 2024), *Strumenti informatici e corrispondenza privata in una sentenza della Cassazione sull'art. 4 dello Statuto dei lavoratori* (*ivi* 2022), *I giudici del lavoro, l'udienza da remoto e la conciliazione giudiziale* (*ivi* 2020).

Sirio Zolea è ricercatore senior di Diritto privato comparato nell'Università Roma Tre, dove insegna Diritto comparato dei dati e dell'intelligenza artificiale. Tra le sue pubblicazioni: *Il diritto di superficie nei sistemi delle regole di appartenenza* (Eum 2020), *Esplorazione spaziale e nuove forme di appartenenza: spunti comparativi* (in *Cardozo Electronic Law Bulletin* 2020), *Law, Populism and Common Sense: The Democratic Theory towards the Age of Populisms* (in *Soft Power* 2020), *Pubblicità e accesso alle decisioni giudiziarie alla prova delle nuove tecnologie* (in *Politica del diritto* 2022), *European Courts and Predictive Justice: a Feasible Symbiosis?* (con S. Benvenuti, in *Opinio Juris in Comparatione* 2023).

Consiglio Scientifico-Editoriale
Sapienza Università Editrice

Presidente

Augusto Roca De Amicis

Membri

Marcello Arca
Orazio Carpenzano
Marianna Ferrara
Cristina Limatola
Enrico Rogora
Francesco Saitto

Comitato Scientifico
Collana Scienze Giuridiche

Membri

Luisa Avitabile
Marcello Clarich
Claudio Consolo
Enrico del Prato
Andrea Di Porto
Laura Moscati
Giuliana Scognamiglio

Opera sottoposta a peer review. Il Consiglio scientifico-editoriale assicura una valutazione trasparente e indipendente delle opere sottoponendole in forma anonima a due valutatori, anch'essi anonimi. Per ulteriori dettagli si rinvia al sito: www.editricesapienza.it

This work has been subjected to a peer review. The Scientific-editorial Board ensures a transparent and independent evaluation of the works by subjecting them anonymously to two reviewers, anonymous as well. For further details please visit the website: www.editricesapienza.it

Collana Scienze Giuridiche

1. Serrao e Talamanca
   Una stagione della romanistica
   a cura di Andrea Di Porto e Luigi Capogrossi Colognesi
2. La diseguaglianza nei contratti
   Esperienze straniere e diritto comparato
   a cura di Michaela Giorgianni
3. L'efficacia estintiva del licenziamento ingiustificato
   Matteo Verzaro
4. Bibliografia sommariamente ragionata di diritto
   della navigazione e dei trasporti
   Leopoldo Tullio
5. L'evasione fiscale
   Ricerca su natura giuridica e dimensione quantitativa
   a cura di Pietro Boria
6. La tutela giurisdizionale delle *chances* illegittimamente perdute
   Sara Barone
7. Le garanzie dei diritti fondamentali e le trasformazioni costituzionali
   nel Regno Unito
   Corti e Parlamento tra common law e Human Rights Act
   Federico Nania
8. How We Defeated Shell. Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell
   Uno sguardo dietro le quinte
   trad. it. a cura e saggio introduttivo di Lorenzo Serafinelli
9. Esperienze giuridiche in dialogo
   Il ruolo della comparazione
   a cura di Michele Graziadei e Alessandro Somma
10. Diritti fondamentali e conflitto sociale
    Un dialogo tra le discipline
    a cura di Alessandro Somma

Scienze
giuridiche

I diritti sono il prodotto di un conflitto e lo stesso vale per la loro effettività. C'è un futuro per il costituzionalismo se la società e il mercato sono spoliticizzati? Quali sono i fronti e i temi di un rinnovato conflitto all'epoca della fine dello Stato e del lavoro? Si possono combinare i conflitti per la redistribuzione e il riconoscimento e che ruolo ha nel merito il processo? Attorno a queste domande, un gruppo di qualificati giuristi, avvocati, magistrati e accademici, hanno dato vita a un appassionato dibattito.

Alessandro Somma è professore ordinario di Diritto privato comparato nella Sapienza Università di Roma. Tra le sue pubblicazioni: *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia* (Laterza 2021), *Abolire il lavoro povero. Per la buona e piena occupazione* (Laterza 2024) e *Introduzione al diritto comparato* (3. ed. Giappichelli 2024).

ISBN 978-88-9377-334-8

www.editricesapienza.it

Opera diffusa in modalità *open access*
e sottoposta a licenza Creative Commons
Attribuzione – Non commerciale
Non opere derivate (CC BY-NC-ND), 3.0 Italia