

GIUSTIZIA SOCIALE O GIUSTIZIA DEL MERCATO? LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA ALLE PRESE CON LA RAZIONALITÀ ECONOMICA

DOI: 10.7413/18281567090

di Sergio Marotta

Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli

Social Justice or Market Justice? The Italian Constitutional Court Rules Against Economic Rationality

Abstract

Recent rulings made by the Italian Constitutional Court invite reflection on the ongoing conflict between the austerity policies implemented in countries with high public debt and the protection of rights that are fundamental to citizens' quality of life and to workers' dignity.

Keywords: Fiscal compact; social justice; market justice; Foucault; Teubner.

Premessa

Alcune recenti sentenze della Corte costituzionale inducono alla riflessione sul conflitto in atto tra le politiche di austerità attuate nei Paesi con un forte indebitamento pubblico e la difesa dei diritti fondamentali collegati, in generale, alla sfera patrimoniale. La riforma costituzionale del 2012,

approvata in esecuzione degli obblighi derivanti dall'adesione italiana al *fiscal compact*¹, ha modificato l'articolo 81 della Costituzione, introducendo il principio del pareggio di bilancio e acuendo la tensione esistente tra un legislatore impegnato a recuperare risorse nel tentativo di uscire dalla crisi e la Corte costituzionale schierata in difesa dei parametri costituzionali posti a garanzia dei diritti a una retribuzione che assicuri un'esistenza libera e dignitosa, alla tutela delle libertà sindacali, a una tassazione equa e progressiva basata sulla diversa capacità contributiva.

Le quattro sentenze esaminate nel corso del presente lavoro contribuiscono in modo significativo a definire i contenuti di quello che a tratti si presenta come un vero e proprio scontro tra legislatore e Giudice delle leggi. In particolare con la prima è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disciplina che nel 2008 aveva introdotto nell'ordinamento italiano un'addizionale dell'imposta sul reddito delle società (Ires) a carico delle imprese commerciali del comparto petrolifero, passata agli onori della cronaca con il nome di *Robin Hood Tax*. Con la seconda è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disciplina che, nel 2011, aveva negato la rivalutazione al costo della vita per gli anni 2012 e 2013 delle pensioni che superassero di tre volte il minimo. La terza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del blocco della contrattazione nel pubblico impiego che ha determinato un risparmio per le casse dello Stato a spese dei diritti patrimoniali e sindacali dei lavoratori del settore pubblico. Mentre con la quarta la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate contro le norme contenute nella legge di stabilità 2014 che stabilivano il cosiddetto "contributo di solidarietà" sulle pensioni più alte a favore di quelle più basse e dei lavoratori esodati.

Queste sentenze sono la materia viva dalla quale partire per alcune riflessioni sulla persistenza di una funzione allocativa del diritto alternativa rispetto a quella dell'economia e, in generale, sui rapporti tra economia e diritto, o meglio, tra razionalità economica e razionalità giuridica, così come sono andati configurandosi nei contenuti e negli effetti della legislazione dell'austerità che è stata introdotta in Italia come conseguenza della crisi finanziaria globale del 2008.

¹ Come è noto il trattato cosiddetto sul *fiscal compact* prevedeva, tra l'altro, l'inserimento all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, del principio dell'equilibrio di bilancio, da attuarsi con disposizioni *preferibilmente* costituzionali. Altri Stati hanno inserito il principio in questione nel proprio ordinamento a mezzo di leggi organiche (come ad esempio la Spagna e la Francia) non ritenendosi vincolate alla positivizzazione del principio per mezzo di disposizioni di rango costituzionale (si veda la *decision* n. 653 del 2012 del *Conseil constitutionnel* francese). L'Italia, in quel momento sull'orlo di una crisi debitoria, ha inteso invece inserire il principio in questione nel proprio ordinamento a mezzo di una riforma costituzionale.

L'obiettivo dell'indagine è stato, inoltre, quello di individuare il ruolo effettivo della giustizia costituzionale all'interno della regolazione sociale e, in particolare, in relazione all'interpretazione in termini di costituzione materiale (nell'accezione datane dal neocostituzionalismo²) del diritto della crisi, cercando di individuare alcune tendenze dell'evoluzione del sistema giuridico italiano e dei rapporti tra decisore politico e giudice che appaiono nell'attuale contesto storico particolarmente significative³.

Gli strumenti teorico-interpretativi adoperati sono, in buona sostanza, il funzionalismo teubneriano nei suoi più recenti sviluppi e le classiche considerazioni foucaultiane sul neoliberalismo contenute nel corso al *Collège de France* del 1978-1979 sulla nascita della biopolitica.

Le conclusioni tratte configurano, nelle grandi linee, il dispiegarsi della nuova disciplina costituzionale sul pareggio di bilancio come un sintomo della crisi profonda del *Welfare State* che si concretizza in una sorta di 'tirannia' della razionalità economica anche in settori tradizionalmente sottratti al libero mercato e sottoposti alla regolazione statale dell'economia.

Le sentenze della Corte costituzionale

Nella prima sentenza, la n. 10 dell'11 febbraio 2015, quella sulla cosiddetta *Robin Hood Tax*, la Corte costituzionale, in ragione della violazione del principio di eguaglianza stabilito dall'art. 3 e di quello sulla capacità contributiva stabilito dall'art. 53 della Costituzione, ha dichiarato illegittima la norma che imponeva un'addizionale dell'imposta sul reddito Ires delle società che operavano nel settore del commercio dei prodotti petroliferi e dei suoi derivati e che avevano dei ricavi superiori ai 25 milioni di euro. Questa addizionale era stata introdotta dal governo con decreto-legge n. 112/2008 in ragione degli eccezionali livelli che le quotazioni dei prodotti energetici avevano

² Il neocostituzionalismo identifica la costituzione materiale «non con principi che esprimono una situazione determinata dalla forza, ma con la morale sociale, intesa come un insieme diffuso e condiviso di principi di giustizia» (M. Dogliani, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale. A proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2009, pp. 295-315: 295).

³ Come ha ricordato di recente Alberto Febbrajo richiamandosi a un'opera di Niklas Luhmann del 1993, «la Corte costituzionale può [...] essere vista come l'organo più politico del sistema giudiziario e l'organo più giudiziario del sistema politico. Essa non solo mantiene costanti contatti tra sistema giuridico e sistema politico, ma tende ad esercitare complesse funzioni di selezione, stabilizzazione e variazione affidando il proprio aggiornamento ad una sorta di "dialogo costituzionale" che si colloca ormai a un livello interstatale ed è, nei relativi ambiti di competenza, non solo influenzato da altri sistemi giuridici ma anche da sistemi non giuridici come quelli della economia o della religione» (A. Febbrajo, "Dal diritto riflessivo al diritto frammentato", in *Il diritto frammentato* a cura di A. Febbrajo e F. Gambino, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 167-213: 191).

raggiunto nell'estate del 2008 ed era stata mantenuta nell'ordinamento tributario a causa delle condizioni di emergenza economica verificatesi a seguito della crisi di quello stesso anno⁴.

L'aspetto più interessante nella prospettiva dell'analisi del rapporto tra diritto ed economia, è quello relativo alla decisione della Corte di far decorrere gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Tale decisione è fondata su considerazioni di carattere esclusivamente economico in relazione alla prefigurazione da parte dei giudici dell'impatto della propria decisione sul bilancio dello Stato nel caso di applicazione del normale effetto retroattivo che, tra l'altro, andrebbe, secondo la Corte, a realizzare un'irragionevole redistribuzione della ricchezza dal momento che la tassa, nonostante il divieto imposto dal legislatore, era stata traslata dalle imprese del comparto sul prezzo dell'energia venduta ai consumatori. La norma è illegittima, ma l'effetto di una dichiarazione di incostituzionalità sarebbe quello di imporre al governo e al Parlamento una manovra di bilancio che andrebbe addirittura a mettere a rischio i principi di eguaglianza e di solidarietà sociale.

La Corte, inoltre, richiamandosi a una precedente giurisprudenza, ricorda che il suo compito istituzionale richiede che la Costituzione sia garantita come un tutto unitario, in modo da assicurare «una tutela sistemica e non frazionata» (sentenza n. 264 del 2012) di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione. Pertanto la Corte deve operare un ragionevole bilanciamento tra i valori coinvolti nella norma sottoposta al suo giudizio per impedire che l'espansione di un diritto rispetto agli altri possa trasformarsi in una sorta di tirannia⁵.

La seconda sentenza, la n. 70 del 30 aprile 2015, ha deciso l'illegittimità costituzionale del blocco della rivalutazione al costo della vita per il 2012 e il 2013 delle pensioni superiori a tre volte il minimo. Anche in questo caso si tratta di un provvedimento urgente assunto nel 2011 dal governo con decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, giustificato dal decisore politico in base alla situazione

⁴ Tra i molti commenti alla n. 10 dell'11 febbraio 2015 si segnala L. Sica, "Genesi, applicazione e dichiarazione di incostituzionalità della Robin Hood Tax. Note a margine di alcune mutazioni", in *Diritto Pubblico*, 2, 2015. Sul tema si veda anche E. De Mita, *Sulla Robin tax una bocciatura assai discutibile*, il Sole 24 ore, 8 marzo 2015; A. Morelli, *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il caso come occasione della tutela sistemica della legalità costituzionale e la forza politica del giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015)*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 27 aprile 2015; I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it* n. 1 2015.

⁵ Cfr. Corte cost. 2 febbraio 2015, n. 10, punto 7 delle Considerazioni in diritto.

finanziaria contingente, e dunque alla necessità di non aggravare ulteriormente il deficit nel bilancio dello Stato.

La Corte chiarisce che il provvedimento d’urgenza del governo è «un atto autoritativo di carattere ablatorio, destinato a reperire risorse per l’erario», che si discosta oltretutto da quanto era avvenuto in passato, allorché il legislatore aveva colpito solo le pensioni più alte, e dichiara che la norma che impedisce la rivalutazione è costituzionalmente illegittima dal momento che il meccanismo di rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici «si prefigge di tutelare i trattamenti pensionistici dalla erosione del potere di acquisto della moneta, che tende a colpire le prestazioni previdenziali anche in assenza di inflazione»⁶.

A differenza del caso precedente, la Corte decide di non limitare gli effetti retroattivi della propria sentenza, determinando l’obbligo di restituzione ai pensionati di quanto non versato negli anni 2012 e 2013. Questa sentenza è stata accolta con una certa ostilità da parte di coloro che hanno accusato la Corte di aver determinato in capo alle finanze pubbliche un obbligo di spesa, sottraendo risorse a alla discrezionalità politica del Governo in sede di approntamento della manovra finanziaria⁷. A questa necessità ha risposto ancora una volta il Governo, con il decreto-legge del 21 maggio 2015, n. 65, modulando il diritto al rimborso in un sistema di somme fisse – e invero piuttosto basse – crescenti al crescere del trattamento sottostante che si andava a reintegrare.

Tralasciando altri aspetti della decisione meno significativi ai fini del presente lavoro, è sufficiente ricordare che essa si fonda sul criterio di proporzionalità alla quantità e qualità del lavoro prestato (art. 36, primo comma, Cost.), oltre che sul criterio di adeguatezza (art. 38, secondo comma, Cost.) della prestazione previdenziale e, dunque, sull’obbligo per il legislatore di rispettare le esigenze minime di protezione della persona e di tutela dei lavoratori.

La terza sentenza riguarda un altro intervento del legislatore diretto alla compressione dei diritti dei lavoratori del settore pubblico giustificata, ancora una volta, dalla particolare gravità della situazione economica e finanziaria. In particolare la Corte ha ritenuto ragionevole e costituzionalmente legittima l’introduzione di un sistema di misure volte a limitare i diritti patrimoniali e non patrimoniali, legati alla dinamica sindacale, dei lavoratori del pubblico impiego

⁶ Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70, punto 5 delle Considerazioni in diritto.

⁷ Su questa linea A. Barbera, “La sentenza relativa al blocco pensionistico, una brutta pagina per la Corte”, in *Rivista Aic*, 15 maggio 2015.

in ragione della tutela del superiore interesse della tenuta dei conti pubblici. La situazione economica contingente giustifica, dunque, il blocco stipendiale per i dipendenti pubblici deciso da Governo e Parlamento anche alla luce della nuova formulazione dell'art. 81 della Costituzione, con esclusione del recupero delle procedure negoziali degli anni precedenti. La Corte, dunque, non ravvisa nelle disposizioni di legge sottoposte al suo giudizio una lesione del diritto dei dipendenti pubblici a una retribuzione che ne assicuri un'esistenza libera e dignitosa per sé e per la propria famiglia, tanto più se si considera che la dinamica retributiva pubblica si attestava su valori più sostenuti di quanto registrato nei settori privati dell'economia.

Il blocco degli stipendi può essere legittimo in circostanze eccezionali, mentre non lo è, a giudizio della Corte, il blocco protratto troppo a lungo della contrattazione collettiva nel pubblico impiego. In altri termini, se non è incostituzionale sotto il punto di vista della violazione dell'art. 36 Cost., la norma esaminata dalla Corte risulta censurabile dal punto di vista della violazione del diritto alla libertà sindacale. Tale diritto può essere compresso in ragione di esigenze di ordine superiore – come le esigenze di tenuta dei conti pubblici –, ma solo per periodi di tempo limitati. Il blocco della contrattazione deciso dal governo viene, dunque, giudicato incostituzionale in quanto tende a protrarre il blocco per un tempo eccessivamente lungo configurando un carattere sistematico della sospensione che sconfinava «in un bilanciamento irragionevole tra libertà sindacale [...] ed esigenze di razionale distribuzione delle risorse e controllo della spesa, all'interno di una coerente programmazione finanziaria (art. 81, primo comma, Cost.)»⁸.

La quarta sentenza riguarda il cosiddetto 'contributo di solidarietà' stabilito dalla legge di stabilità 2014 a carico delle pensioni più alte pagate dall'INPS, quelle che superano da quattordici a trenta e più volte il trattamento minimo pensionistico. La Corte ritiene costituzionalmente legittimo, l'intervento del legislatore in quanto esso non ha natura tributaria ma costituisce appunto un contributo di solidarietà che rimane all'interno dei conti dell'INPS e serve a intervenire anche per risolvere il problema dei cosiddetti 'esodati', cioè di quei lavoratori che pur non lavorando più non godono ancora del trattamento pensionistico per un 'errore' contenuto nella legge di riforma delle pensioni. Secondo la Corte, il contributo di solidarietà è legittimo anche perché incidendo sulle pensioni più alte in base ad aliquote crescenti (del 6, 12 e 18 per cento) rispetta il criterio di

⁸ Corte cost. 23 luglio 2015, n. 178, punto 17 delle Considerazioni in diritto.

proporzionalità e, inoltre, esso non è permanente ma temporaneo e quindi costituisce un sacrificio sostenibile per i titolari di siffatte pensioni. Per il Giudice delle leggi «l'intervento legislativo di cui al denunciato comma 486, nel suo porsi come misura contingente, straordinaria e temporalmente circoscritta, supera lo scrutinio "stretto" di costituzionalità»⁹.

In queste quattro sentenze il Giudice costituzionale interviene su provvedimenti dettati da un legislatore avente il solo scopo di fare cassa aumentando le imposte sul reddito di alcune imprese o tagliando con decisione la spesa pubblica al fine di evitare il *default* delle casse pubbliche senza premurarsi di valutare approfonditamente l'impatto dei provvedimenti adottati sui loro destinatari alla luce dei principi costituzionali.

Se nel primo caso i provvedimenti del Governo entrano in conflitto, da un lato, con il principio del libero mercato e, dall'altro, con il principio della progressività dell'imposizione tributaria, nel secondo entrano in conflitto con i diritti dei lavoratori a ricevere una pensione adeguata alla quantità e qualità del lavoro svolto. Nel terzo, i provvedimenti che prevedono il taglio della spesa per gli stipendi pubblici entrano in contrasto con i diritti sindacali dei lavoratori alla contrattazione collettiva mentre, nel quarto caso, i provvedimenti del Governo colpiscono le pensioni più alte imponendo un contributo di solidarietà a favore delle pensioni più basse e, in generale, a favore del sistema complessivo della previdenza.

La motivazione adottata dal legislatore alla base della legge del 2008, quella sulla *Robin Hood Tax*, è ancora di carattere redistributivo di tipo tradizionale: dovendo far cassa, il governo decide di colpire una categoria di contribuenti che in un periodo di crisi generalizzata avevano mantenuto – e forse accresciuto – i propri profitti, e dunque la propria capacità contributiva, in quanto la domanda di prodotti petroliferi è rigida e ineliminabile anche nei periodi di crisi¹⁰. Negando la Costituzionalità della norma, la Corte boccia l'operato del decisore politico, ma sancendo l'irretroattività della dichiarazione di incostituzionalità attraverso il bilanciamento dei valori in

⁹ Corte cost. 13 luglio 2016, n. 173, punto 11.2 delle Considerazioni in diritto.

¹⁰ Se le argomentazioni addotte dal legislatore, e in particolare dal Ministro Giulio Tremonti, principale *sponsor* dell'iniziativa, erano state sostenute da un afflato redistributivo, ben altra sorte era toccata alla dinamica applicativa della disciplina in esame. Accompagnata da un divieto di traslazione non sanzionabile in alcun modo, il tributo era stato per lo più trasferito dalle imprese sottoposte a tassazione sui consumatori finali, attraverso l'aumento dei prezzi dei prodotti. La vicenda è perfettamente ricostruita nella successione annuale delle relazioni prodotte in tema dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico. Le relazioni sono consultabili sul sito istituzionale dell'Autorità (<http://www.autorita.energia.it/it/index.htm>).

gioco sembra farsi scudo proprio del vincolo di bilancio stabilito dal nuovo testo dell'art. 81: se si realizzasse l'effetto di dover restituire le somme pagate dai petrolieri si dovrebbe fare addirittura una nuova manovra finanziaria con effetti devastanti per il bilancio pubblico.

La seconda sentenza colpisce un provvedimento destinato a far cassa, ma in questo caso la Corte, considerata la lesione del diritto delle persone a una retribuzione differita in grado di assicurare loro una vita dignitosa, non attua il principio dell'irretroattività della dichiarazione di incostituzionalità e costringe il decisore politico a intervenire per ristabilire il rispetto dei diritti dei pensionati. Il successivo intervento del governo realizza solo parzialmente le indicazioni della Corte data l'esiguità delle somme corrisposte.

La terza sentenza riguarda un altro intervento del legislatore diretto alla compressione dei diritti dei lavoratori del settore pubblico giustificata, ancora una volta, dalla particolare gravità della situazione economica. In questo caso la Corte ritiene ragionevole il sacrificio economico dei lavoratori data l'eccezionalità della situazione finanziaria, mentre ritiene incostituzionale il protrarsi del blocco della contrattazione collettiva sia nella sua parte retributiva che in quella normativa, se questo tende a configurarsi come un blocco permanente nel tempo.

La quarta sentenza riguarda il cosiddetto "contributo di solidarietà posto a carico delle pensioni più elevate che la Corte ritiene costituzionalmente legittimo purché operi all'interno del complessivo sistema della previdenza, sia imposto dalla crisi contingente e grave del sistema, incida sulle pensioni più elevate e costituisca, per queste ultime, un sacrificio sostenibile.

In generale, le sentenze esaminate costituiscono una sorta di riapertura – o di chiusura –, ad opera della Corte costituzionale, dei cordoni della borsa della spesa pubblica con dei criteri diversi da quelli usati dai Governi per mettere in campo urgenti misure anticrisi nel periodo successivo al 2008.

Quella dei rapporti tra Corte costituzionale e spesa pubblica è la storia di una relazione tormentata nella vicenda costituzionale italiana, che ha visto molto spesso la Corte artefice di un'espansione o, piuttosto, riespansione, del volume della spesa attraverso lo strumento delle sentenze additive. Il fenomeno è stato inquadrato – nell'esperienza più risalente, come in quella più recente – in maniera piuttosto problematica, perché rompe il circuito tra decisione di spesa e meccanismo democratico rappresentativo, che è – attraverso il principio dell'autoimposizione – insito nel modello contrattualistico dominante nella descrizione del funzionamento e delle ragioni della forma dello

Stato democratico. L'idea che alcune spese divengano costituzionalmente obbligatorie o direttamente, in quanto doverose rispetto alla tutela di diritti costituzionalmente garantiti, o indirettamente, in quanto discriminatoriamente pretermesse dal legislatore rispetto a prestazioni invece previste per situazioni non ragionevolmente diverse, è da sempre stato un tema che ha reso complessa e incerta la linea di confine tra la funzione della giustizia costituzionale e quella della discrezionalità legislativa¹¹.

Teubner e Foucault

Parlando a Napoli in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici, Günther Teubner ha affermato che oggi ci troviamo dinanzi al problema di dover affrontare l'estendersi molto oltre i propri confini della razionalità economica. Il sociologo tedesco, ha ricordato che nella sua impostazione teorica basata sulla teoria dei sistemi del suo maestro Niklas Luhmann, ogni teoria settoriale «avanza una pretesa di validità universale in quanto unica teoria della società»¹². E gli ultimi trent'anni sono stati caratterizzati dalla tendenza delle varie teorie economiche a 'colonizzare' il sistema giuridico: «la teoria dei costi di transazione, la teoria dei diritti di proprietà, della *public choice* e l'analisi economica del diritto sono correnti diverse della teoria economica, che vorrebbero sostituire nel sistema giuridico l'asfittico concetto della giustizia con l'ideale dell'efficienza»¹³.

A differenza di altri studiosi che hanno chiarito come il neoliberismo abbia resistito anche alla crisi economica continuando a porsi come parametro di riferimento dell'azione politica¹⁴, per Teubner non è ancora chiaro se la crisi finanziaria del 2008 abbia determinato il crollo del monopolio interpretativo dell'economia.

In ogni caso i rimedi suggeriti dal sociologo tedesco per evitare la vera e propria «catastrofe teorica», potenzialmente simile a quella che in passato ha visto soccombere il diritto di fronte alla

¹¹ Si veda tra tutti gli atti del seminario tenuto presso il palazzo della Consulta dal titolo *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione* l'8 e il 9 novembre del 1991.

¹² G. Teubner, *I rapporti precari tra diritto e teoria sociale*, Relazione tenuta in occasione dell'Inaugurazione dell'Anno accademico dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici, Napoli, 20 novembre 2014, p. 2.

¹³ G. Teubner, *I rapporti precari tra diritto e teoria sociale*, cit., p. 5.

¹⁴ Si veda ad es. C. Crouch, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberismo*, Laterza, Roma-Bari, 2012 e W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013.

tragedia del totalitarismo politico, risiedono nell'applicazione di tre condizioni al rapporto tra diritto e teoria sociale: la trasversalità, consistente nel fatto che il diritto presceglie i punti di contatto tra le diverse teorie sociali percorrendole "trasversalmente"; la responsabilità, che insiste sull'autonomia della dogmatica giuridica che deve, però, essere aperta alle formazioni normative che vengono fuori dalla società; l'autonormatività, secondo cui il diritto acquisisce orientamenti normativi solo dai processi interni al diritto stesso o dall'autonormatività elaborata dalle dogmatiche riflessive di altri sistemi sociali¹⁵. Attraverso queste tre condizioni il diritto dovrebbe riuscire a controllare le tendenze espansive della razionalità economica e a mantenere la propria identità.

L'approccio sistemico à la Teubner è ancora caratterizzato da una prospettiva autoreferenziale del diritto che ha radici nella dogmatica giuridica dominante in Germania nella seconda metà del Novecento.

Per Teubner sono ancora i diritti fondamentali a porre «limiti alle tendenze totalitarie della matrice politica all'interno della società»¹⁶, mentre l'idea, tratta dal costituzionalismo sociale di David Sciulli¹⁷, è che ogni sistema sociale può darsi una propria autonoma «costituzione civile», poiché «a dispetto del diritto di eguaglianza sancito dalla Costituzione, il diritto costituzionale giustifica trattamenti disuguali se questi sono giustificati dai cosiddetti "ragionevoli criteri", in conformità alle scienze pedagogiche, scientifiche, mediche, ecc.»¹⁸.

Cambiando prospettiva teorica, e ponendoci in un'ottica foucaultiana, vorremmo ricordare come Foucault, in *"Bisogna difendere la società"*, nell'elaborare criticamente un'analisi conflittuale, e dunque non economica e non giuridica del potere, ha individuato nell'«economicismo» il punto d'incontro tra la concezione liberale del potere politico (identificata sostanzialmente con quella giuridica) e la concezione marxista in senso ampio, in quanto «la costituzione del potere politico si realizza sulla base del modello di un'operazione giuridica che sarebbe dell'ordine dello scambio contrattuale. Ci troviamo di conseguenza di fronte a un'analogia manifesta, e che intercorre

¹⁵ G. Teubner, *I rapporti precari tra diritto e teoria sociale*, cit., p. 19.

¹⁶ G. Teubner, "Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali", in *Il diritto frammentato*, a cura di A. Febbrajo e F. Gambino, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 375-395: 386.

¹⁷ Vd. D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of a non-Marxist critical theory*, Arnold and Caroline Rose Monograph Series of the American Sociological Association, Cambridge University Press, Cambridge-New York-Port Chester-Melbourne-Sidney, 1992.

¹⁸ G. Teubner, *La Giustizia autosovversiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto*, a cura di A. Rufino e A. Zotti, La Città del Sole, Napoli, 2008, p. 40.

attraverso tutte queste teorie, fra il potere e i beni, il potere e la ricchezza»¹⁹, con la differenza che nel primo caso si ha un «potere politico che troverebbe nel processo dello scambio [...] il suo modello formale», mentre nel secondo «un potere politico che avrebbe nell'economia la sua ragion d'essere storica, il principio della sua forma concreta e del suo funzionamento attuale»²⁰.

Sebbene disconoscesse l'utilità di questi dispositivi teorici a render conto dell'esercizio del potere, ciò non gli ha impedito successivamente, in *Nascita della biopolitica*, di mostrare in che modo il costituirsi di una razionalità di tipo economico sia stata decisiva in relazione ai nostri modi di essere soggetti e di costituirci in quanto tali, e di presentare un'altra genealogia del liberalismo, intendendolo non tanto come caratterizzato dal riconoscimento giuridico delle libertà o dei diritti *naturali* degli individui, quanto piuttosto come un'arte di governo rispettosa della 'naturalità' dei processi economici. Insomma anche per il filosofo francese il problema del prevalere dell'economia all'interno della società è un'eventualità che si è effettivamente fatta storia, con la nascita di una forma di governo che ha assunto una funzione dominante all'interno dei dispositivi di regolazione sociale operando una continua e progressiva desovranizzazione delle istituzioni. Basti ricordare come nella lezione al *Collège de France* del 4 aprile 1979 Foucault individui nella costruzione della nozione di «società civile» il problema della presenza al di sopra del sovrano di «qualcosa che continua nondimeno a sfuggirgli, ma non si tratta più dei disegni della Provvidenza o delle leggi di Dio, bensì dei labirinti e dei meandri del campo economico»²¹. Ciò che può inverarsi tanto nella versione totalizzante dei fisiocrati secondo cui «il sovrano dovrà passare dall'attività politica a quella che potremmo chiamare la passività teorica, rispetto al processo economico» dovendo limitarsi come un semplice geometra a descriverne la morfologia²², tanto in quella di una versione del neoliberalismo in cui il problema della società civile si presenta nella forma dell'«economia giuridica di una governamentalità ancorata all'economia economica» che, come spiega subito dopo significa che «la società civile – che si chiamerà ben presto società, e che alla fine del XVII secolo si chiamava nazione – sia ciò che consentirà a una pratica di governo e a un'arte di governare, e

¹⁹ M. Foucault, *“Bisogna difendere la società”*, sotto la direzione di François Ewald e Alessandro Fontana, a cura di M. Bertani e A. Fontana, Feltrinelli, Milano 1998, p. 21.

²⁰ *Ibid.*

²¹ M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, trad. it. di M. Bertani e V. Zini, Feltrinelli, Milano, 2012, p. 238.

²² *Ibid.*

dunque a una tecnologia governamentale, un'autolimitazione che non infrange le leggi dell'economia, né i principi del diritto, e neppure la sua esigenza di generalità governamentale o la necessità di un'onnipresenza del governo»²³.

Insomma, uno degli intrecci tra giurisdizione e veridizione che ha costituito uno dei fenomeni fondamentali dell'Occidente, e che continua a costituire un elemento della nostra attualità, è stata la trasformazione del mercato da oggetto della pratica di governo a sua verità, a suo principio. Il liberalismo, ci ha mostrato Foucault, si è costituito, infatti, come un'arte del governo esercitantesi e regolantesi su quei fenomeni di cui l'economia politica scopre al contempo la natura, vale a dire il mercato, la popolazione etc. Questo ha comportato l'ingresso nella sfera politica di uno specifico ordine di realtà costituito dalla 'naturalità' dei processi economici e dal loro correlato soggettivo (l'*homo oeconomicus*), assumendo appunto il mercato a criterio di verità dell'azione di governo, come luogo di verifica e di falsificazione per la pratica di governo: «È il mercato, di conseguenza, a far sì che ora il governo, per essere un buon governo, debba funzionare secondo la verità»²⁴. L'economia politica non dice la verità al governo ma, indicando al governo il luogo in cui andare a cercare il principio di verità della sua pratica specifica, costituisce un'autolimitazione della pratica di governo non giuridica. E tuttavia, se il diritto si presenta, nella ricostruzione di Foucault, tra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX secolo, come una forma di limitazione esterna²⁵ all'esercizio del potere, l'autolimitazione economica dell'arte di governo liberale, strettamente legata al concetto di utilità o inutilità dell'intervento del governo, ha comunque bisogno di formularsi in termini di diritto, sebbene nei termini di un diritto strumentale, garante del funzionamento dell'ordine economico.

Per Foucault, in altri termini, se il diritto che si definisce «rivoluzionario», quello che nasce dalle grandi rivoluzioni europee, continua a percorrere la via dell'individuazione dei diritti originari e del

²³ M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, cit., p. 238.

²⁴ Ivi, p. 39.

²⁵ Come ha rilevato Michel Senellart, mai Foucault, nella sua analisi dello stato classico, riconosce la possibilità di una limitazione interna del potere per il tramite del diritto, sostenendo che esso funziona «o come principio interno di illimitatezza del potere (il sovrano che non ha altro scopo se non quello di rafforzare la propria sovranità), o come suo principio esterno di limitazione (la ragion di stato che autorizza se stessa, in nome della necessità, della salvezza o dell'urgenza dello stato, a trasgredire le leggi naturali o positive)» (M. Senellart, *La questione dello stato di diritto in Michel Foucault*, in M. Foucault, *La strategia dell'accerchiamento. Conversazioni e interventi 1975-1984*, a cura di S. Vaccaro, Duepunti Edizioni, Palermo 2009, p. 248).

modo in cui «li si possa far valere davanti a qualsiasi sovrano», l'economia contribuisce, al contrario, a fissare il limite di competenza del governo «definito dai confini dell'utilità di un suo intervento»²⁶, e costituisce il fondamento, il principio dell'istituzione dello stato neoliberale.

Considerazioni conclusive

La nuova formulazione dell'art. 81 della Costituzione sancisce il passaggio da una visione procedimentale del pareggio di bilancio, propria dei costituenti (sebbene vi fosse chi ne auspicava un'interpretazione più rigida, come ad es. il liberale Einaudi), a una visione contenutistico-sostanziale dell'obbligo del pareggio che si potrebbe definire di stampo fortemente normativistico²⁷. Derivante dal patto *Euro Plus*, approvato dai Capi di Stato e di Governo della zona euro l'11 marzo 2011, nonché dal cosiddetto *Fiscal Compact*, sottoscritto a Bruxelles il 2 marzo 2012 e in vigore dal 1° gennaio 2013, questa impostazione che determina la crisi del decisore statale (schiacciato dalla crisi e dalla forza del mercato), e il ruolo di correzione della Corte attuato alla luce di un principio che potremmo ancora definire con la locuzione 'inviolabilità dei diritti sociali' (tesi estrema sostenuta in un volume di qualche anno fa)²⁸, è l'espressione più completa della crisi del *Welfare State* per come l'abbiamo conosciuto finora.

Si tratterebbe, cioè, di una fase di effettiva realizzazione del passaggio «da un sistema predominato dall'erogazione statale» a un sistema «nel quale lo Stato interagisce e organizza l'intervento di agenzie private, del volontariato, delle famiglie»²⁹.

Appare pertanto condivisibile la tesi dell'ultimo epigono della Scuola di Francoforte, Wolfgang Streeck, per il quale la crisi sarebbe frutto essenzialmente di una mancata redistribuzione del reddito, mentre i capitalisti sarebbero ormai pronti per parte loro a procedere a un effettivo smantellamento dello stato sociale contro il quale bisogna agire per tempo³⁰.

²⁶ M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 241 s.

²⁷ C'è chi ha parlato di una vera e propria subordinazione dell'equilibrio del bilancio statale alle fluttuazioni speculative della finanza globalizzata (Cfr. G. Di Gaspare, "L'art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?", in *Amministrazione in cammino*, 15.06.2015).

²⁸ D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003.

²⁹ C. Pennisi, *Istituzioni e cultura giuridica*, Giappichelli, Milano, 1998, p. 121.

³⁰ Vd. W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, Feltrinelli, 2013.

Ad ogni modo, va segnalato che se il principio della stabilità finanziaria è stato utilizzato dalla Corte per evitare un effetto ingiusto e irrazionale della pronuncia di accoglimento, portare all'estremo la sua applicazione, anche in deroga ad altri principi costituzionali, potrebbe essere particolarmente doloroso, potendo arrivare a incidere pesantemente sui diritti sociali³¹.

La sentenza n. 70 del 2015 sembra, però, segnalare un'effettiva controtendenza e dunque smentire l'idea espressa recentemente da Gunther Teubner secondo cui siamo già dinanzi al problema di dover affrontare un'invasione della razionalità economica capace di sostituire – come sopra ricordato – il concetto stesso di giustizia.

Eppure, siamo certi che questa sentenza invalidi le tesi teubneriane? Proviamo ad abbandonare la prospettiva funzionalista e a ragionare in una prospettiva governamentale, seguendo alcune intuizioni di Michel Foucault, dalle cui lezioni sul neoliberalismo, come visto sopra, abbiamo appreso quanto il mercato sia diventato un luogo di veridizione delle pratiche di governo³². Ora, sappiamo che l'art. 81 cost. prevede al suo primo comma che: «Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico». Ebbene, anche se, a differenza di altre sentenze in cui la corte ha in qualche modo sacralizzato il pareggio di bilancio, nella sentenza n. 70/2015 i diritti sociali sono stati protetti, è possibile sostenere che questo è avvenuto perché la Corte ha ritenuto di trovarsi in un ciclo economico favorevole? Ciò ci porterebbe legittimamente a chiederci come la Corte nei casi da noi esaminati, stabilisca la negatività o la positività di un ciclo economico. Foucaultianamente possiamo chiederci cioè quale tipo di sapere economico, nella vasta platea delle teorie economiche, tutte epistemologicamente fragili, com'è noto, la Corte ha adottato per assumere le sue decisioni. Se una simile ipotesi è plausibile, allora bisognerebbe lavorare per individuare in che misura il sapere economico contribuisca a costituire un oggetto di giudizio, e dunque vedere in che misura la

³¹ A. Marcheselli, "Dalla Robin Tax allo Sceriffo di Nottingham. I possibili rischi della enfaticizzazione del pareggio di bilancio", in *Questionegiustizia.it*, 13.02.2015 (http://questionegiustizia.it/articolo/dalla-robin-tax-allo-sceriffo-di-nottingham_13-02-2015.php).

³² «Il mercato deve dire il vero, e deve farlo in relazione alla pratica di governo. È il suo ruolo di veridizione che d'ora in poi, e in modo chiaramente indiretto, lo porterà a comandare, dettare, prescrivere i meccanismi giurisdizionali, sulla cui presenza o assenza il mercato dovrà articolarsi» (M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, cit., p. 42).

giurisprudenza costituzionale è subordinata o meno a questo sapere e al mercato in generale come criterio di veridizione³³.

Ciò non toglierebbe vigore all'interpretazione teubneriana sopra richiamata, relativamente alla subordinazione del diritto all'economia, anzi la confermerebbe. Eppure, sappiamo che per Foucault il diritto opera sempre strategicamente in un quadro sociale, nulla impedendogli di contrastare la razionalità efficientistica che sta travolgendo la sfera pubblica, nulla impedendogli di selezionare, nella platea delle teorie economiche, quella che risulta più favorevole all'ampliamento dei diritti e riattivare un'istanza di giustizia o nuove politiche redistributive.

Ad ogni modo, se le sentenze analizzate oscillano tra queste due opposte forme di razionalità, almeno potenzialmente, resta il fatto che con qualche ragione si può affermare infine che il progressivo espandersi delle regole del capitalismo globale sta radicalmente trasformando i rapporti tra diritto ed economia tanto da rendere ancora attuali le parole scritte da Karl Renner all'inizio del Novecento: «invero il diritto e l'economia, se vengono osservati staticamente in un determinato momento storico, appaiono legati indissolubilmente l'uno all'altra, ma [...] essi nel corso della storia hanno un ritmo di sviluppo ineguale, sviluppano contraddizioni e contrasti e non di rado rovesciano i loro rapporti reciproci nel loro contrario»³⁴.

³³ Sul punto si vedano le interessanti considerazioni di M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016

³⁴ K. Renner, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale. Un contributo alla critica del diritto civile* (1929), Bologna, Il Mulino, 1981, p. 197.



Sesto San Giovanni (MI)
via Monfalcone, 17/19

© Metabasis.it, rivista semestrale di filosofia e comunicazione.
Autorizzazione del Tribunale di Varese n. 893 del 23/02/2006.
ISSN 1828-1567



Quest'opera è stata rilasciata sotto la licenza Creative Commons Attribuzione- NonCommerciale-NoOpereDerivate 2.5 Italy. Per leggere una copia della licenza visita il sito web <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/> o spedisci una lettera a Creative Commons, 559 Nathan Abbott Way, Stanford, California 94305, USA.