

Ius hominum causa constitutum

Studi in onore di Antonio Palma

Tomo I

a cura di

Francesco Fasolino



Giappichelli

Sezione di apertura

GIUSEPPE VALDITARA

Università di Torino
Ministro dell'Istruzione e del Merito

Cittadini di uno Stato. In onore di un amico

1. La mia consuetudine con Antonio Palma è di lunga data, alimentata in origine dai suoi rapporti con la scuola torinese di diritto romano e con il Professore Filippo Gallo, in particolare.

Vi è tuttavia un passaggio della sua vita accademica che ci unisce in modo particolare. Nel 2005 fui incaricato di costituire la facoltà di Giurisprudenza dell'Università Europea di Roma. Suggesti di invitare ad insegnare Lelio Lantella, a cui venne poi affidato il corso di Tecnica del linguaggio giuridico, Sandro Schipani, che diede vita al corso di Fondamenti romanistici del diritto europeo, e Antonio Palma che copri l'insegnamento di Istituzioni di diritto romano. A me fu affidato il corso di Diritto pubblico romano.

Nacque così un dialogo intenso, costante, che portò alla creazione di una rivista, *Studi giuridici europei*, che nel nome intendeva rilanciare la vocazione continentale dello studio del diritto romano, quale strumento per favorire l'unità giuridica delle nazioni europee, per individuare momenti di coesione fra i Paesi partecipanti dell'Unione. Ricordo le numerose riunioni, nella sala dei professori dell'Università vaticana, per approfondire i temi dei numeri della rivista: il contributo di Antonio era sempre stimolante, creativo, tratto tipico della sua vivace personalità.

Nel primo numero (2011-2012, edito tuttavia nel 2014) Antonio pubblicò un articolo dal titolo *Le identità e le cittadinanze nell'esperienza giuridica contemporanea: profili problematici*. Un tema a lui particolarmente caro, non casualmente declinato al plurale.

E proprio il tema della identità e della cittadinanza, ripreso nel suo *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza a Roma* (Torino, 2020), è stata l'occasione per tornare a dialogare, anche se a distanza, partendo dal mio *Civis Romanus Sum* (Torino, 2018)¹. Antonio è poi ritornato sull'argomento con *La costruzione dell'identità: dalla narrazione storica dell'individuo alle moderne istan-*

¹ Da ultimo v. anche G. VALDITARA, *Civis Romanus Sum: Citizenship and Empire in ancient Rome*, London-Washington, 2020.

ze nazionalistiche, articolo pubblicato nel 2021 in *Cittadinanza, identità, confini*, a cura di Umberto Vincenti (Napoli, 2021).

2. Alcune posizioni ci accomunano, nell'ambito della sua visione della cittadinanza romana: penso in particolare al ruolo dell'autonomia, ai municipi come momento straordinario di unificazione nel rispetto delle diversità, così come all'idea (quanto meno per principio, non sempre nella pratica) non esclusivista della *civitas*.

Su altre abbiamo probabilmente riferimenti diversi. Per Palma² «L'impero non ha un territorio, perché per avere un territorio bisogna avere dei confini. L'impero infatti non ha confini riconoscibili perché non riconosce dei confinanti come interlocutori. Inoltre, l'impero non è una forma di organizzazione territoriale che possa prescindere dalle città» e ancora «L'impero nei primi tre secoli d.C. era una forma organizzativa del potere anche politico con pochi punti di contatto con quella forma di 'Stato' che è venuta ad evolversi soprattutto dalla pace di Westfalia». E infine: «La cittadinanza romana non si costruisce né come cittadinanza identitaria né come cittadinanza esclusiva»³.

Il discorso di Antonio Palma è coerente e lancia una sfida culturale di straordinaria attualità che si indirizza verso il superamento della statualità, entro uno scenario tendenzialmente cosmopolita, in cui la cittadinanza appare fluida e i confini ormai superati, ed in cui emerge prepotente la centralità dei diritti umani, rispetto ai diritti di cittadinanza, con una vocazione solidaristica delle istituzioni.

Facendo eco a Bergson⁴, per lo studioso napoletano il diritto procederebbe per avanzamenti interpretativi, secondo «un fluido processo di continuità», il diritto, insomma, come «un universo inflazionario» che ingloba nella continuità la novità⁵. In questa ottica diventa decisivo individuare gli elementi di continuità all'interno della stessa esperienza romana, dalle origini fino a Caracalla, che nel discorso di Palma possono essere ravvisati nella apertura e nella filantropia⁶.

3. Ho in verità qualche perplessità su alcuni dei punti richiamati. Se è vero che Roma nasce come città aperta, non lo è certamente per filantropia, ma piuttosto per una straordinaria concretezza che faceva dell'*utilitas* uno dei pilastri valoriali della sua storia.

Roma sviluppa progressivamente una tendenza universalista, che la porta ad estendere i suoi valori a chiunque rientri nell'orbita del suo *imperium*, a prescindere dalla razza, dall'etnia o dalla religione, ma non fu mai cosmopolita, il romano non si considerò dunque mai "cittadino del mondo".

² Cfr. A. PALMA, *La costruzione dell'identità*, cit., 18.

³ Cfr. A. PALMA, *op. ult. cit.*, 21.

⁴ Ma si potrebbe anche evocare Catone nel *De re publica* ciceroniano: 2.1.2.

⁵ Cfr. A. PALMA, *La costruzione dell'identità*, cit., 17.

⁶ Cfr. A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi*, cit., 8 s.

La stessa cittadinanza ha un forte carattere identitario, quanto meno per tutta l'epoca repubblicana e per il primo periodo del principato. Il legame fra *ius civile* e *civitas*, ed il rilievo del *mos*, come radice unificante la *civitas*, il rifiuto del principio della doppia cittadinanza e l'orgoglio delle istituzioni civiche e della propria identità culturale, rivendicate come superiori, ne sono una evidente conferma. Ne discende dunque un concetto di cittadinanza che non è astratto, non è "mondialista", non ha cioè per patria il mondo, rifiuta l'idea stessa di *civitas mundi*, ma che è semmai universale, estensibile cioè a chiunque si sottometta all'*imperium Romanum* e si riconosca nei suoi valori. La stella polare della politica romana su cittadinanza e immigrazione è ancora una volta l'*utilitas publica* ovvero l'interesse nazionale.

Quanto ai confini, se l'esistenza di linee di demarcazione giuridica, prima ancora che fisica, del territorio romano è senz'altro evidente in età monarchica e repubblicana, anche nell'impero i Romani avevano ben chiara l'esistenza di confini che «hanno due lati», ovvero «a linear, fixed boundary» che identifica un territorio direttamente amministrato da Roma, entro cui vige la legge o comunque si impone l'*imperium* di Roma, rispetto al territorio appartenente a popoli stranieri.

4. La riflessione sullo Stato è senz'altro più complessa e vanta teorizzazioni di grande rilievo culturale. Parto dal convincimento personale della naturalità dello Stato, come strumento necessario di ordine e giustizia per realizzare quelle stesse esigenze che già Lucrezio, 5.1147 ss. considerava alla base della creazione di un potere capace di sconfiggere il caos e la violenza anarchica, dando agli esseri umani magistrati, leggi e sanzioni (e dunque quello che oggi definiremmo un potere esecutivo, un potere legislativo e un potere giudiziario) per rispettare *communia foedera pacis*.

Al di fuori dello Stato, con i suoi Parlamenti rappresentativi, le sue leggi scritte, i suoi confini, posti a proteggere la proprietà e gli interessi dei suoi cittadini, i suoi tribunali, preposti ad applicare leggi votate da rappresentanti di un popolo, l'individuo non conta più niente.

Taluni romanisti, anche recentemente, hanno rigettato l'impiego di questo termine. È fra l'altro opinione diffusa che il nome "Stato" sarebbe stato introdotto dalla trattatistica politica moderna per la "necessità di trovare un nome nuovo per una realtà nuova", vale a dire lo Stato moderno sarebbe da considerarsi «una forma di ordinamento tanto diverso dagli ordinamenti che lo avevano preceduto da non poter essere più chiamato con gli antichi nomi».

Come è ben noto, il concetto moderno di Stato affonda il suo concepimento teorico nel XVI secolo, trovando ne *Il principe* di Machiavelli la sua prima, compiuta affermazione e venendo poi scolpito nel trattato di Westfalia del 1648.

Quali sarebbero dunque le caratteristiche dello Stato moderno?

Partiamo innanzitutto da Machiavelli: «tutti li Stati, tutti e domini che hanno avuto et hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati». Intanto risulta immediatamente evidente come per lo storico fiorentino la

repubblica romana e il principato erano considerati “Stati”. Cosa intende Machiavelli per “Stato”? Un ente dotato di imperio, vale a dire di potere sovrano, sopra una comunità umana.

Veniamo alla concezione di Stato che affiora dal Trattato di Westfalia. Come è stato efficacemente riassunto, la qualifica di Stato presupporrebbe nel Trattato una società politica territoriale e sovrana, contraddistinta da una assoluta indipendenza verso qualunque altro ente (nella specie Impero e Papato).

Questi sono dunque i fondamenti su cui la dommatica moderna ha poi costruito il concetto di Stato. Elementi essenziali per la sua individuazione non sono altro che un potere organizzato, su un determinato popolo che ne costituisce la cittadinanza ed entro un determinato territorio.

Al di là pertanto del fatto che non vi sia mai stata una concettualizzazione romana dello “Stato”, occorre piuttosto osservare se ne sussistessero gli elementi qualificanti, se cioè esistesse a Roma un governo caratterizzato da un potere sovrano che si esplicava su un popolo, entro confini ben determinati.

Indubbiamente la *res Romana* era una comunità politica: lo scolpisce Cicerone nel celebre passo del *De re publica*, 1.25.39.

L’esistenza a Roma di un governo caratterizzato da “strutturalità” e “impersonalità” è ricollegabile alla riconosciuta distinzione fra *magistratus* come carica istituzionale e come persona fisica che rivestiva quella carica.

Imperium e *potestas* hanno poi un rilievo astratto a prescindere dalla connessione con uno specifico soggetto che li esercita, ciò è indicato dalle espressioni “*imperium regium, consulare, dictatorium*”.

Quanto a *populus* che esso abbia un contenuto plurale, è espresso inequivocabilmente dall’endiadi *populus Romanus Quirites*, ove *Quirites*, cioè l’insieme di *viri*, spiega la composizione di *populus*: sul punto ritengo che Pierangelo Catalano abbia prodotto risultati significativi. Ciò non toglie che quell’insieme di *viri* avesse una sua sintesi proprio nel riferimento unitario di *populus*, che a differenza dell’inglese *people*, si declina al singolare. E purtuttavia proprio l’esempio americano dimostra come il concetto plurale di popolo sia pienamente compatibile con una concezione unitaria del medesimo, elemento fondativo dello Stato: “*we the people*” è il preambolo della costituzione americana, “*ex pluribus unum*” è il motto nazionale degli Stati Uniti, inciso sullo stemma della federazione, ed è ben nota l’influenza romana sul costituzionalismo americano.

Questo concetto di *populus* era del resto già ben presente nella metafora organicistica ricordata da Tito Livio a proposito del famoso apologo di Menenio Agrippa: *omnia in unum consentiunt, omnes corporis partes*: i singoli cittadini come parti di un tutto unitario, che è poi l’*ex pluribus unum* del principio fondante americano.

Sulla individuazione di un territorio su cui si esplicava l’*imperium Romanum* e da cui era esclusa l’interferenza di potenze straniere, si è già detto, qui basti concludere che l’idea di confini ideali che separavano la terra e il popolo di Roma da terre su cui le autorità romane non esercitavano *potestas* e *imperium* era già ben

presente nel concetto risalente di *finis*. Come si è affermato con pluralità di argomentazioni, le stesse opere che contrassegnavano la frontiera romana, nell'età repubblicana come nel Principato, non erano destinate tanto a proteggere i confini quanto piuttosto ad identificarli potendosi così concludere che «It will not do therefore to regard linear frontiers as a product of the nation states of the nineteenth century» (G. Greatrex). Crolla dunque il pregiudizio che collega le frontiere agli Stati nazionali ottocenteschi.

È vero, non fu mai acquisito il concetto di un ente, sovraordinato o comunque distinto da *populus* e *princeps*, giuridicamente capace di essere titolare di diritti e di obblighi e quindi dotato di personalità giuridica, ma questo perché i rapporti giuridici necessari per lo svolgimento di funzioni statuali rimontavano di volta in volta o al *populus* o al *princeps*.

Orestano descrive lo Stato moderno «come un super-soggetto, sovraordinato ai suoi componenti e distinto da essi, avente esistenza fini mezzi e attributi propri, dotato nei limiti del suo territorio di un diritto d'imperio originario e sovrano su tutto e su tutti e quindi fonte unica del proprio diritto positivo, al quale tuttavia "egli" stesso come ogni altro soggetto sarebbe sottoposto, fornito di più organi costituzionali e amministrativi, ciascuno provvisto di competenze e di legittimazioni proprie e distinte, i quali lo reggono, ne esprimono e ne attuano la volontà, ma tutti subordinati alla "sua" legge, che li crea e disciplina, e da cui anch'essi traggono la loro legittimità e la loro norma di condotta: lo "Stato-ente", lo "Stato-persona giuridica"».

Questa concezione "strutturata", che non è quella di Machiavelli, ma che è il frutto di una graduale costruzione operata dalla dommatica pubblicistica in specie sette e ottocentesca, presuppone un affinamento reso necessario dallo sviluppo di funzioni statuali sempre più complesse ed efficaci (così come in parallelo evolve la funzione giudiziaria da compito del popolo riunito nei comizi giudiziari a competenza di organi dello Stato persona, i giudici appunto) e si fonda sulla pari rilevanza dei suoi tre elementi costitutivi, governo, popolo, territorio. Ciò ben si concilia con l'affermarsi dell'equilibrio dei poteri tipico dello Stato liberale, per cui il popolo non può prevalere sul governo e viceversa.

Si può dunque concludere che lo Stato nell'esperienza romana repubblicana aveva un indubbio contenuto pluralistico legato al ruolo decisivo dei *co-virites*, e tuttavia aveva tutti gli elementi costitutivi propri della statualità moderna. L'esistenza dello Stato è invero in qualche modo conforme con esigenze primordiali di mantenimento dell'ordine interno e della difesa verso l'esterno che sono alla base della unificazione di quella *multitudo quoquo modo congregata*, e cioè con quelle esigenze che caratterizzavano l'*utile* collettivo (*utilitatis communione*) e legittimavano la condivisione delle norme fondamentali dell'ordinamento romano (*iuris consensu*).

5. Antonio è stato, ed è, anche un grande avvocato, un aspetto per niente marginale del suo ruolo di giurista e di studioso. Ho altrove definito l'università del

XXI secolo come post-humboltiana, sempre più orientata al rapporto con i territori e con la società, una università in cui il trasferimento di conoscenza (la cosiddetta terza missione) assume un ruolo egualmente importante rispetto a didattica e ricerca. In questo contesto diventa decisivo lo svolgimento di attività professionali, di consulenze destinate a trasmettere conoscenze e competenze non solo al servizio degli studenti, o dello sviluppo astratto della scienza, ma funzionali alla crescita della società. La dimensione pratica della ricerca e della didattica è poi, per molte aree disciplinari, un complemento fondamentale per un innalzamento della qualità complessiva dell'attività del professore universitario. Non casualmente in alcuni ordinamenti l'esercizio di attività professionali è incoraggiato. L'aspetto pratico dello studio del diritto era del resto già teorizzato dai Romani, basti citare qui l'esempio di Sesto Elio. È del resto partendo dalla sua dimensione pratica che nasce lo studio del diritto nelle università medioevali.

Antonio Palma è infine un amico, uno studioso mai perduto innamorado delle sue opinioni, sempre pronto ad ascoltare e a discutere. Un ricercatore dunque a tutto tondo con cui è stimolante e produttivo confrontarsi, consapevole che solo dal dialogo fra diversi, conoscendo e rispettando le diversità, cresce e matura la scienza.

FILIPPO PATRONI GRIFFI
Giudice della Corte Costituzionale

Dal “luogo delle regole” alla cittadinanza “sovranaazionale”: itinerario di pensiero di un giurista

1. Questi scritti in onore del prof. Antonio Palma sono un omaggio doveroso: perché ci porgono l’itinerario del pensiero di un giurista e di uno storico del diritto che ha ben presente la lezione di un esimio storico, Edward Carr¹, secondo il quale “la funzione dello storico non consiste né nell’amare il passato né nel liberarsi del passato, bensì nel rendersene padrone per giungere così alla comprensione del presente”.

Antonio Palma – in particolare, nei suoi due volumi sul processo² e sulla cittadinanza³ –, nell’approfondire tematiche di interesse storico-giuridico, ci fornisce una chiave di lettura e ci suggerisce spunti di riflessione anche sistematica su temi attuali, che l’approccio e il metodo dello storico del diritto aiutano a comprendere al di là di schematismi ideologici o pre-giudizi dogmatici. È così che la funzione dello studioso del passato si sostanzia nell’offrire gli strumenti per far fronte alla complessità del presente, mantenendo vivo un dialogo tra ciò che è stato e ciò che sarà foriero di speranza nell’affrontare il futuro, di per sé ignoto.

Individuare un filo conduttore nell’itinerario di pensiero di un giurista è inevitabilmente arbitrario. Ma, se è vero che “ogni conoscenza è conoscenza problematica”⁴, Antonio Palma esamina i due temi che richiamavo – processo e cittadinanza – con un approccio problematico che ci consente di riflettere su di essi oggi senza trascurarne la collocazione storica nell’epoca di riferimento. Il valore della dimensione relazionale sulla logica dell’appartenenza identitaria nello studio sulla cittadinanza e l’approccio “rimediabile” (diremmo oggi) al sistema delle tutele delle situazioni soggettive (e anche dello *status civitatis*) costituiscono il perno dei due volumi di riferimento e, già nella proposizione delle tematiche, ce ne restituiscono il senso dell’attualità.

¹ E.H. CARR, *Sei lezioni sulla storia*, 1961, trad. it. Torino, 1976, 31.

² A. PALMA, *Il luogo delle regole*, Torino, 2016.

³ A. PALMA, *Civitas romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, Torino, 2020.

⁴ S. CASSESE, *Itinerario di un amministrativista*, in *Quad. fior.*, XXXIX, 2010, 529 ss., spec. 532.

2. Il processo come “luogo delle regole” muove dall’esperienza giusromanistica, riguardata con l’approccio dello storico e collocandosi quindi nell’analisi di antichi sistemi, da “una sapienza antica”⁵, per attualizzare poi la riflessione su temi contemporanei, ma direi piuttosto ricorrenti nella storia del pensiero giuridico e delle istituzioni pubbliche, quali: il ruolo del giudice, il rapporto tra legislazione e giurisdizione, la portata e i limiti dell’*interpretatio*, il ruolo della scienza giuridica e dei giuristi nel processo, il senso dei “diritti” tra piano sostanziale e processo.

Assumiamo come chiave di lettura dello studio sul processo, tra le tante possibili, quella del processo che costituisce il luogo, cioè l’unità di spazio tempo e azione, in cui le “regole” trovano attuazione, sono “garantite” (nell’accezione che Calamandrei dà della giurisdizione come “garanzia”, del diritto oggettivo e dei “diritti” riconosciuti dall’ordinamento); ma anche come luogo in cui le regole, al tempo stesso, si formano. Due temi che, in una lettura attuale, possono essere denominati come effettività della tutela e diritto giurisprudenziale.

Temi che erano, rispetto al dibattito attuale, assai meno distanti e antitetici tra loro nel diritto romano, quanto meno nell’età preclassica (in cui dominavano *ius honorarium* e processo formulare) e nella giurisprudenza classica, in cui cominciava ad avvertirsi l’influenza del *princeps*, che avviava un processo destinato a concludersi con la codificazione giustiniana in età imperiale.

3. L’attualizzazione della ricerca romanistica – cui facevo cenno all’inizio – si rinviene nella vicenda “parabolica” del rapporto tra diritto di origine “statale” (*leges* e fonti *ex auctoritate principum*) e cd. diritto giurisprudenziale. E il connotato giurisprudenziale del diritto romano è frutto di una sintesi in cui gli “oracoli del diritto” sono il giudice (o i giudici: *praetor* e *iudex*) e il giurista, con i suoi *responsa*.

Ius controversum o *dubium* è il punto di diritto oggetto di discussione. Nel mondo romano classico è raro che la regola sia chiaramente predeterminata. Sicuramente le varie forme di *leges* assicurano “diritti” ai cittadini, ma l’origine consuetudinaria del diritto arcaico spiega la sua perdurante influenza; e il ruolo del pretore, centrale ma ridotto in spazi angusti dalla sacralità del sistema *per legis actiones*, si espanderà con l’editto pretorile, incentrato sui mezzi di tutela che il pretore si impegna a garantire sia alle posizioni (già) di diritto sia a quelle posizioni di fatto che diventano “giuridiche” proprio in forza della tutela loro “promessa” nell’editto pretorile.

Palma mi sembra ponga in risalto due aspetti dello *ius controversum*, che egli traduce come “diritto della controversialità”.

Il primo è il collegamento tra diritto e fatto nell’ordinamento romano: l’ordine legale, che non si fa sistema, è costituito dalla “dinamica interazione tra legislazione, giurisdizione e comportamenti sociali, all’interno di un circuito nomopoie-

⁵ A. PALMA, *Il luogo*, cit., 74.

tico recettivo delle istanze della comunità”⁶. E senza richiamare i “*nomoi agrafoi*” – che, nella visione di Pericle, costituiscono il limite alla libertà individuale e la cui violazione arreca vergogna ai trasgressori – il principio di *bona fides*, che impedisce a Gellio di mandare assolto un debitore (un farabutto) per mancanza di prova a supporto dell’azione del creditore (un galantuomo) e lo fa rifugiare in un *non liquet*, costituisce la prova del forte ancoraggio del giudice romano al sentire della società. In termini moderni, diremmo un forte ancoraggio non solo alla *quaestio facti*, come avviene sempre per il giudice, ma anche al fatto come “generatore” di diritto, cioè alla fattualità del diritto.

Il secondo aspetto del diritto giurisprudenziale evidenziato da Palma è la relazione dinamica che intercorre tra *interpretatio* dei giurisperiti e prassi giudiziale. In questo passo è da ammirare la sintesi dei concetti: “Lo *ius controversum* generava *disputatio fori* risolta con la *sententia iudicis*”. Poi, dal ripetersi di sentenze similari nasceva una prassi giudiziale che rendeva “*recepta*” la regola disputata.

La “controversia” dunque è il luogo in cui si forma la regola secondo il metodo confutatorio con la finalità di soluzione del conflitto. È in questa sede che si forma quello che oggi chiameremmo il precedente. Ed è un precedente assai più simile alla nostra attuale concezione, che non a quella dell’ordinamento di *common law*. Si tratta, infatti, di un precedente che acquista forza dalla sua *auctoritas*, intesa come autorevolezza, e non dall’*imperium*, che è caratteristica propria dell’autorità di governo e quindi della legge. Significativamente – ci ricorda ancora l’Autore – la *iurisprudencia* non è mai posta tra le “fonti” del diritto, proprio per il carattere orientativo e non precettivo dei *responsa*; ma tanti *responsa* condivisi formano “precedente” e quindi generano diritto, un diritto applicato che, nel mondo romano, trova una collocazione non meno autorevole e rilevante del diritto *ex auctoritate principum* e, in generale, delle varie forme di *leges*. È così che l’enunciato del *responsum*, una volta condiviso, si trasforma da esito di un giudizio in premessa di futuri giudizi.

4. Anche la riflessione sul rapporto tra diritto e azione – al pari della precedente riflessione sulla relazione tra diritto positivo e diritto giurisprudenziale (semplificato in modo impreciso perché i due termini non hanno lo stesso significato che noi vi attribuiamo oggi) – si presenta come una vicenda parabolica.

Il positivismo giuridico, specie nella versione della pandettistica tedesca e nella lettura che questa dà del diritto romano postclassico, presuppone che vi sia sempre una situazione espressamente protetta a livello sostanziale; che tale riconoscimento debba provenire dalla legge; che l’accesso al giudice sia un diritto consequenziale e strumentale alla tutela e che il giudice, mediante la tecnica di sussunzione del caso nella fattispecie, affermi (*si paret*) o neghi (*si non paret*) l’esistenza del diritto.

Si assiste dunque alla configurazione dell’azione come un diritto soggettivo,

⁶ A. PALMA, *op. ult. cit.*, 13.

posto a tutela dell'effettività e della garanzia di altri diritti soggettivi e comunque di situazioni giuridiche sostanziali pre-date. E a tale impostazione si collega lo stesso divieto di *non liquet*, corollario della teoria del giudice "bocca della legge" (ben diverso dal giudice "oracolo del diritto") e del dogma della completezza dell'ordinamento giuridico.

Nell'ordinamento romano preclassico e classico (diversa la situazione nel periodo postclassico e segnatamente in quello imperiale), troviamo una impostazione assolutamente differente.

Secondo un'autorevole corrente dottrina, condivisa da Antonio Palma, mentre nel diritto moderno il processo civile può essere distinto dal diritto sostanziale, nel senso che noi siamo in grado di analizzare gli istituti civilistici e le situazioni sostanziali in modo statico, il diritto romano, quanto meno in alcune sue rilevanti manifestazioni, prende le mosse "piuttosto dal mezzo di tutela di chi si trovasse in determinate situazioni anziché dai rapporti di diritto materiale considerati in sé medesimi"⁷. Sicché, se è vero che la situazione soggettiva è presa in alcuni casi direttamente in considerazione sul piano diremmo sostanziale (come avviene per l'*obligatio*, in cui peraltro all'*oportet* del debitore corrisponde una situazione del creditore definita in termini di *actio*), in altri casi, e in deroga al principio di tipicità delle *actiones*, i pretori e gli altri magistrati ben potevano "tutelare una situazione giuridica nuova", ossia "rapporti ... considerati di mero fatto"⁸ perché estranei sia allo *ius civile* sia allo *ius honorarium*: "in quest'ultimo caso, i mezzi procedurali non sono un *posterius* rispetto a norme primarie da essi difese, ma sono il *prius*, e ... vengono assumendo, attraverso la protezione giudiziaria, l'aspetto di negozi e rapporti giuridici". In altri termini, la giurisprudenza classica "non usa domandarsi se sussista l'uno o l'altro diritto od obbligo, ma se e quale mezzo giudiziario competa a chi abbia ricevuto questo o quel torto"⁹.

Siamo ben lontani dalla concezione del diritto di azione consegnataci dalla scuola tedesca e dal positivismo giuridico; e siamo ancor più lontani da una teoria che, anche sul piano positivo, è riuscita a configurare in termini di autonomo diritto soggettivo perfino il diritto al risarcimento del danno, il più tipico dei *rimedi* a un *torto*, che di diritto soggettivo sostanziale, anche nell'ottica contemporanea, mi sembra abbia ben poco. Ma, per assumere una qualche consapevolezza di ciò, abbiamo dovuto aspettare, tanto per citare le due tappe storicamente significative, la sentenza della Corte di cassazione n. 500 del 1999 e la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004.

Siamo invece sicuramente più vicini all'evoluzione del nostro sistema di giustizia amministrativa quanto meno dall'Unità in poi, cioè paradossalmente dall'abolizione del contenzioso amministrativo e dall'iniziale opzione per la giurisdi-

⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1954, 108.

⁸ G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 284, 285.

⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 108, 109.

zione unica: l'inversione logica tra *posterius* e *prius* descritta da Arangio-Ruiz ci riconduce, sul piano dottrinario, a quella inversione che viene a delinearci agli albori del sistema attuale della giustizia amministrativa ed è sviluppata, tra il 1865 e il 1889, dalla giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al re, in forza della quale, in molte situazioni correlate all'esercizio del potere (concorsi, autorizzazioni di polizia, ecc.), dal riconoscimento di tutela in via pretoria (perché in assenza di un "diritto civile o politico") si perviene alla creazione (*rectius*: individuazione) di situazioni sostanziali correlate all'esercizio di un potere, che verranno poi denominate interessi legittimi.

5. La crisi della *res publica* e la variabilità dei *responsa* conducono a una *intrinseca* situazione di incertezza dello *ius controversum*: ben dice Palma¹⁰, il diritto è controverso non solo sul piano retorico, ma lo è anche in senso oggettivo, anzi il suo essere controverso ne è carattere costitutivo e "la controvertibilità del diritto assume rilievo sistematico".

L'attenzione al caso concreto esponeva ogni *iudicatum* al rischio di un contrasto (quand'anche solo apparente) con un altro *iudicatum* originato da un caso simile. In più, progressivamente, la ricerca di una stabilità, e oggi diremmo di una prevedibilità del giudicare, conduce a un processo di progressiva riduzione dei poteri del giudice: attraverso istituti quali lo *ius publice respondendi*, l'obbligo per lo *iudex* di rispettare l'interpretazione concorde dei *prudentes* e, infine, il ricorso al principe (antesignano del *reféré au législatif* dell'ordinamento napoleonico), si perviene al trionfo, in nome della certezza e della stabilità, della codificazione giustiniana e del giudice-funzionario imperiale.

Ma si assiste a un processo inverso rispetto al fenomeno contemporaneo: da una parte, infatti, la democrazia a Roma coincide con la massima espansione del diritto della giurisprudenza e la crisi di quest'ultima porta alla codificazione; dall'altra, oggi, da noi, figli della illusione illuministica e del positivismo giuridico, la crisi delle istituzioni rappresentative (negli ordinamenti nazionali come in Europa) e la "crisi della legge" portano con sé l'espandersi del diritto delle Corti, le quali anzi sembrano essere le sole idonee, nell'ambito di un "diritto senza confini" cui non corrispondono istituzioni rappresentative del non-territorio, a regolare rapporti giuridici nuovi, per i singoli ordinamenti e talvolta per gli ordinamenti sovranazionali e internazionali. La crisi della legge, particolarmente accentuata in singoli Stati, tra cui il nostro, è anche il portato, non solo di una cattiva qualità dalla legislazione a fronte della quale l'interpretazione è gioco-forza che assuma connotati "creativi", ma anche della incapacità della politica di addivenire a scelte chiare e condivise anche su valori e aspetti fondamentali della vita della comunità.

Rinunciare ai valori del positivismo giuridico e conclamare un diritto dei giudici oppure crogiolarsi in una irreal e sicuramente inattuale visione illuministica

¹⁰ A. PALMA, *Il luogo*, cit., 31, 32.

di un legislatore che tutto può e di un giudice bocca della legge mi sembrano entrambe posizioni poco utili.

Illusioni positiviste e soggettivismo giudiziario non conducono da nessuna parte. La certezza del diritto esprime l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e il diritto dei giudici non può essere assolutamente imprevedibile. Dobbiamo, d'altro canto, prendere atto che il legislatore non tutto può (e soprattutto non tutto fa in concreto), per cui il giudice avrà sempre un ruolo più o meno "creativo" del diritto o meglio, per dirla con Palma, "ordinante"; allo stesso tempo, il rafforzamento dell'autorevolezza del precedente delle Corti Supreme contribuisce a dare all'applicazione del diritto una "variabile prevedibilità"¹¹.

Ecco, un positivismo temperato e una variabile prevedibilità delle decisioni delle Corti costituiscono un percorso lungo cui incamminarsi con determinazione e fiducia, magari traendo insegnamento dalla complessa e mutevole esperienza giuridica romanistica, sempre capace di adattarsi ai mutamenti in atto nella società.

6. Il sistema delle tutele è centrale anche nella riflessione di Palma sulla cittadinanza, della quale viene posto in luce il connotato di strumento di garanzia volto a contenere l'esercizio del potere, prima dei magistrati della Repubblica e poi dei signori dell'Impero. Lo *status civitatis* non è dunque una situazione identitaria di appartenenza; anzi, secondo l'approccio inclusivo e non escludente scelto dai romani come strumento di dominio di un vasto impero, le situazioni inerenti a tale *status* sono proprie della persona per il fatto di essere abitante di un dato territorio e non richiede la contemporanea assunzione dello *status* di cittadino nazionale (cioè, romano); il che, d'altra parte, è coerente con la connotazione universalistica e cosmopolita, anziché identitaria e provinciale, su cui i romani, in particolare con l'editto di Caracalla che estese la cittadinanza a tutti i sudditi dell'impero, puntarono per assicurare unità a un vasto impero. Scrive Palma¹²: "Il problema posto dalle pulsioni globalizzanti della modernità risiede nella necessità di coniugare cosmopolitismo e provincialismo, di non omogeneizzare le comunità territoriali bensì di *cosmopolitizzarle* dal loro interno. In tal modo, il cosmopolitismo non si sovrappone in modo egemonico alle singole identità territoriali, ma, sulla scorta di una logica includente, si apre alle interdipendenze dei differenziati poteri che esso viene così a coordinare. Gli Stati nazionali si trasformano per tale via in entità politiche più ampie che mutuano la forza dell'idea dell'Impero non come forma autoritativamente sovrana di statualità, bensì nell'opposta funzione di superamento della sovranità stessa. Il sistema post-sovrano, infatti, distribuisce la sovranità e la rende condivisa".

Partendo dalla cittadinanza romana dipinta da Palma come titolarità di tutele piuttosto che come *status* identitario, non posso non notare come, coniugandosi

¹¹ A. PALMA, *Il luogo*, cit., 19.

¹² A. PALMA, *Civitas romana*, cit., 20, all'inizio del paragrafo tre, significativamente intitolato "sovranità, post-sovranità e nazionalismo: tra l'antico e il moderno".

con la tradizione "pretoria" del diritto romano classico, in parte trasfusa nel diritto "comune", ancor oggi le tutele garantite dal sistema di giustizia, soprattutto quello delle Corti costituzionali e amministrative, più centrate sui rapporti tra individuo e potere, contribuiscano all'edificazione di una vera e propria *cittadinanza* che mi sentirei di definire, nei suoi rapporti con il potere ma soprattutto nelle sue dimensioni relazionale e sociale, *amministrativa*. Con questa espressione mi riferisco allo *status* di diritto pubblico consistente: nel riconoscimento dei diritti di prestazione collegati ai servizi pubblici per la collettività; nella pretesa giuridicamente tutelata ad una qualità della vita *sostenibile*, sotto il profilo ambientale e intergenerazionale; negli strumenti giuridici che limitano l'interferenza dei pubblici poteri sullo svolgimento delle attività private secondo canoni di proporzionalità e sussidiarietà. Si tratta di situazioni soggettive riconducibili all'individuo per il fatto di essere abitante di un determinato territorio, senza richiedere la contemporanea assunzione dello *status* di cittadino nazionale. Assistiamo così al trascorrere da una cittadinanza civile e politica ad una cittadinanza sociale, nella quale, secondo una interessante impostazione teorica¹³, il «*denizen*» (e cioè l'abitante) prende il posto del «*citizen*». Diventa d'impressionante attualità la riscoperta della cittadinanza romana calata in una dimensione a-statuale che viene concessa al fine di garantire a tutti i soggetti che si trovano a convivere nel territorio imperiale uguali garanzie nei confronti del potere del principe e dei suoi funzionari. Una cittadinanza sovranazionale – diremmo oggi – sulla quale si addensano aspetti identitari solo se reintrodotta nel perimetro della città di Roma, come *origo*.

Oggi nella creazione di una cittadinanza sovranazionale, europea, i giudici hanno un ruolo cruciale: perché possono perseguire, attraverso l'unione delle tutele, una effettiva unione di popoli. Ed è proprio sul terreno delle tutele che l'ordinamento europeo, non unico ma unificante, diventa uno *ius commune* applicato da Corti di nazioni diverse, i cui popoli però reclamano gli stessi diritti fondamentali, di libertà, della persona, sociali, economici. Questi diritti non conoscono i confini degli Stati membri e non sono più solo situazioni giuridiche soggettive nazionali, ma vere e proprie situazioni giuridiche soggettive europee. Sono elementi fondanti di una comune cittadinanza europea. Una cittadinanza che abbia alla base i valori di libertà individuale, solidarietà, tolleranza, inclusione, apertura al confronto. Nel riconoscere queste tutele, nell'affermare questi diritti, le Corti, europee e nazionali, "sintetizzano" l'universo frammentato e composito di regolamenti e direttive e lo trasformano in un vero e proprio ordinamento giuridico: il diritto dell'Unione.

Lo scenario europeo induce a rimarcare il ruolo e la responsabilità delle Corti nazionali ed europee a garanzia dei diritti e degli interessi in uno spazio sempre più indifferente ai territori nazionali, in cui di fatto si muovono persone, imprese, organizzazioni, merci. Un luogo di attuazione della *iurisdictio* che sia sovranazio-

¹³ T. HAMMAR, *Democracy and the Nation State: Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, Aldershot, 1990.

nale e per ciò stesso diffuso il più possibile. Se la Politica è chiamata a governare questi fenomeni e regolarli, costituendo servizi idonei a costruire una rete “amministrativa” tra spazio europeo e territori nazionali, le Corti sono chiamate, nello spazio europeo ma anche e soprattutto nei territori nazionali, a garantire la protezione dei diritti e l’applicazione del diritto, per tutti coloro che in quello spazio si muovano. Un diritto sovranazionale tanto più nazionale quanto più ciascuna Corte nazionale saprà farsi carico delle esigenze di tutela di coloro che si muovono nello spazio europeo, che non è una realtà virtuale bensì un luogo di vita e di comunità. Si delinea un itinerario di tutele fatto di crescenti convergenze, più che volute, imposte dalla realtà dei fatti, alle quali le Corti nazionali devono saper rispondere adeguatamente. Non è possibile, infatti, che la creazione di uno spazio comune a più Paesi e a più popolazioni non si traduca in uno spazio regolato dal diritto. E dove c’è il diritto c’è la garanzia giudiziaria. Le Corti nascono in ordinamenti nazionali e a quel diritto si rifanno come espressione di sovranità nell’accezione schmittiana del termine. Ma se la sovranità si fa diffusa e condivisa o se alla sovranità nazionale si affianca una sovranità europea è gioco forza che la cittadinanza amministrativa di un individuo debordi i confini nazionali e che a essa si affianchi una cittadinanza europea fatta di diritti e interessi che è compito delle Corti tutelare. Da questo punto di vista, non mi pare esagerato affermare che il progetto per l’Europa è un progetto per la democrazia, di cui il diritto e la giustizia costituiscono pilastri imprescindibili, e che il giudice è tenuto a porsi quale guardiano dei valori che sono alla base di tale progetto.

7. Il processo non è il luogo di mere regole formali; la cittadinanza, intesa come insieme di diritti e interessi nei confronti del potere pubblico, fa di ogni “abitante” una persona e di ogni potere uno strumento di servizio per la comunità.

È una lezione attuale che ci viene da un sapere antico.

NATALINO IRTI

Professore emerito nell'Università di Roma 'La Sapienza'
Socio nazionale dell'Accademia dei Lincei

Il 'dove' del diritto¹

SOMMARIO: 1. La sfera attuale. – 2. Territorio e confine. – 3. Confine: la funzione escludente. – 4. Confine: la funzione includente. – 5. Il centro della sfera: politica e diritto. – 6. Il rovesciamento teorico di Carl Schmitt. Il diritto come un essere pieno. – 7. Le potenze della sconfinatezza: tecnica ed economia. – 8. Globalizzazione: il 'dovunque'. – 9. Intermezzo fichtiano. – 10. Le risposte: la pluralità delle sedi giuridiche. – 11. Le risposte: il dominio imperiale. – 12. Le risposte: gli accordi inter-statali. – 13. Artificialità e coestensione tra regola e regolato. – 14. Il nuovo significato del 'dove' giuridico. – 15. L'includibile alternativa.

1. *La sfera statale.*

La norma giuridica, al pari di altre specie di norma, presenta un duplice vincolo di luogo. Essa è emanata in un luogo; essa è eseguita in un luogo. Vi è un 'dove' di posizione e un 'dove' di applicazione. Chiamiamo geo-diritto lo studio delle relazioni tra norme giuridiche e luoghi. Poco o nulla questa denominazione ha da vedere con la *Geojurisprudenz*, introdotta in Germania, allo scorcio degli Anni Venti, dal controverso Karl Haushofer. L'accento non cade più sulle scelte di politica estera e sulla mitica o mistica connessione tra suolo razza popolo, ma sullo *status* spaziale del diritto.

Nella storia del pensiero giuridico, il duplice vincolo viene, o veniva, raccolto ed enunciato nel concetto di *territorio statale*. Una parte della superficie terrestre, divisa e separata dalle altre, è assunta come luogo di posizione e luogo di applicazione di norme. In antica tradizione di dottrina, non ancora spenta ed esaurita, il territorio è, insieme con il popolo e con la potestà d'imperio, uno degli elementi dello Stato. Si moltiplicano le *metafore spaziali*, che mirano tutte a descrivere il necessario e vicendevole implicarsi di Stato e territorio. Lo Stato poggia sul suolo; lo Stato riempie lo spazio; lo Stato abita la terra. Sempre ritorna, suggestiva di

¹ Le posizioni dell'autore sono più largamente svolte in N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001.

geometrica precisione, l'immagine della 'sfera': figura, in sé conchiusa, in cui tutti i punti sono equidistanti da un centro.

La sfera include ed esclude, identifica e distingue: traccia una rigida linea fra il *dentro* e il *fuori*, tra chi le appartiene e chi le è estraneo.

2. Territorio e confine.

Il territorio calcola la dimensione spaziale dello Stato. Ma che cosa è propriamente 'territorio'? e come si isola e individua sulla piatta superficie del globo?

I dizionari della nostra lingua ne indicano l'ètimo nel latino 'terra'. Non so se sia esatto, ma preferisco di seguire la pagina di un grande studioso del diritto internazionale, Tomaso Perassi: «*Territorium* deriva da *terreo* o *territo*. *Jus terrendi* si trova usato come sinonimo di *jus imperii*. Il significato letterale di *territorium*, come la desinenza stessa rivela, è ambito di signoria» (in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, p. 103, nt. 8). Il territorio ci appare come il luogo, in cui il potere atterrisce e suscita spavento; in cui il 'signore' detta norme, minaccia ed applica sanzioni.

Ciò, che costituisce un territorio e lo fa luogo di una data signoria, è il *confine*. Non c'è territorio senza confini. La superficie terrestre, in un'alba originaria e primordiale, si presenterebbe nuda liscia indistinta. *Uni-forme*, di una sola ed unica forma, poiché non ancora ci sono le plurime e diverse forme, introdotte dalla storia umana. Il confine (ancorché coincida con limiti naturali: corsi di fiumi, gioaie di monti, rive di laghi ecc.) è sempre innaturale: creatura di storia, che spezza l'originaria uni-formità e determina l'individualità dei luoghi. Non c'è luogo senza confini; i confini isolano e determinano i luoghi: l'un concetto implica l'altro.

3. Confine: la funzione escludente.

Il confine – si è di sopra accennato – svolge duplice funzione: escludente e includente. Esso esclude, poiché divide e separa me e l'altro. Altro è ciò che è di là dal confine: l'arcano, il misterioso, il pericolo. Ci sono caratteri profondi e affini tra proprietà e sovranità. L'*esclusività* è comune ad ambedue. L'art. 832 del codice civile italiano, raccogliendo secolare tradizione, definisce la proprietà come «diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed *esclusivo*». In difesa della proprietà, l'art. 950 accorda l'azione di regolamento di *confini*; e l'art. 951, l'azione per apposizione di *termini*, cioè dei segni materiali e visibili onde il mio si distingue dall'altrui.

Parimenti esclusiva è la sovranità statale. Non è concepibile un concorso di sovranità, una pluralità di signorie sul medesimo territorio. Qui vige l'aut-aut, o la sovranità di uno Stato o la sovranità di altro Stato. Se guardiamo gli Stati dal-

l'alto, quasi spettatori di un paesaggio, essi ci appaiono l'uno accanto all'altro; se invece – come sempre accade nella nostra esperienza di giuristi – ci collochiamo all'interno di uno Stato, questo è unico ed esclusivo. Nel valutare le nostre azioni, nel giudicarne legalità o illegalità, non possiamo adottare, con simultaneità logica, punti di vista diversi e discordanti, ma un solo ed unico punto di vista: quello, appunto, dello Stato, o del qualsiasi ente sovra-statale o inter-statale, a cui vogliamo e sentiamo di appartenere.

4. *Confine: la funzione includente.*

Il confine, esercitando la funzione includente, stabilisce unità e identità di ciò che è dentro. Lingua costumi tradizioni concorrono nell'individuare questo luogo, e nel separarlo dagli altri. Così si determina l'*appartenenza*, il sentirsi parte di un tutto, di quel mondo in cui i confini ci chiudono e rinserrano.

Il simbolo dell'inclusione – simbolo, mostrò Tullio Gregory, denso di sacralità e di mistero – è la '*porta*': porta della città o della casa, limite oltre il quale vive l'altro. Questi viene da fuori, forestiero, e chiede di passare la porta o l'aggira o l'abbatte con violenza di guerra. Escludere o includere – le due funzioni del confine – si richiamano con profonda reciprocità: qui nascono le idee di dentro e fuori, di appartenenza ed estraneità.

5. *Il centro della sfera: politica e diritto.*

Il centro della sfera statale è costituito da politica e diritto. Le due forze sono interne e territoriali. Le frontiere statali chiudono in sé conflitti ideologici, lotte della politica, urto di proposte legislative. Nel conchiuso luogo dello Stato si esprime la cittadinanza come partecipazione al destino di un popolo, o, più semplicemente, ai problemi di una collettività organizzata. Vi nascono pure le norme giuridiche. La lotta politica conosce, al pari di ogni altra, vincitori e vinti; e i primi stabiliscono la disciplina normativa degli interessi. Dietro qualsiasi ordinamento giuridico sempre s'intravede una presa di potere. Nello Stato territoriale, come si è venuto formando nella storia moderna d'Europa, il potere politico-giuridico è, anch'esso, stretto nei confini, spazialmente definito. In questa fase del pensiero giuridico, il territorio prende *carattere fisico-geografico*. I confini sono detti 'naturali', quasi che diritto e politica, vita dello Stato e rapporti della società, siano orientati da estrinseche condizioni di natura.

I concetti di teoria generale dello Stato vengono tradotti in *figure geografiche*. si pensi al territorio come sede o base d'appoggio; o alla 'impenetrabilità' delle frontiere come modo d'esprimere l'esclusività del diritto. Il naturalismo permea la dottrina dello Stato, e influisce sulla formazione o sulla enunciazione dei suoi dogmi.

6. *Il rovesciamento teorico di Carl Schmitt. Il diritto come un essere pieno.*

Codesto vincolo di diritto e territorio, oscillante tra metafore spaziali e figure geometriche, subisce un vigoroso rovesciamento nel pensiero di Carl Schmitt. Il vincolo perde ogni carattere di naturalità fisica: si storicizza; acquista la concreta e specifica singolarità degli eventi umani. «All'inizio della storia dell'insediamento di ogni popolo, di ogni comunità e di ogni impero – leggiamo in una tra le pagine più lucide e nette del grande libro del 1950 (*Il nomos della terra*) – sta sempre in una qualche forma il processo costitutivo di un'occupazione di terra. Ciò vale anche per ogni inizio di un'epoca storica. L'occupazione di terra precede l'ordinamento, che deriva da essa non solo logicamente, ma anche storicamente. Essa contiene in sé l'ordinamento iniziale dello spazio, l'origine di ogni ulteriore ordinamento concreto e di ogni ulteriore diritto. Essa è il 'mettere radici' nel regno della terra».

La terra non è più semplice base o piano di sostegno, ma oggetto d'un atto storico – l'occupazione e distribuzione primeva –, che istituisce su essa e per essa un concreto ordine di rapporti umani. Il diritto è tutt'uno con questo evento storico: non ha bisogno di altro: non richiede la posizione di comandi; **non è ideale dover essere, ma un essere già pieno e solido**. Il 'nomos della terra' non è norma, che dall'esterno regoli e disciplini la terra, ma quell'occupare e dividere, quel 'metter radici', capace di conferire senso a un ordine di rapporti. Lo spazio non è categoria omogenea e indifferente: esso si frange e divide nella storica identità dei luoghi. Questi attribuiscono 'senso' al diritto; un diritto, sradicato dai luoghi, è insensato. Ecco l'endiadi schmittiana, '*Ordnung und Ortung*', dove *Ortung* significa localizzazione e radicamento al suolo.

Il bersaglio critico di Schmitt non tanto è nelle ingenuie metafore spaziali della tradizione, quanto nella riduzione dello spazio a campo applicativo di norme, a mera sfera di competenza. Sta soprattutto nel positivismo della legge: in quella *posizione* di comandi, i quali, per così dire, scendono su uomini e cose, su terre e mari, come da un'arbitraria ed estrinseca volontà. Il *nomos* ha invece la forza delle radici, la costrizione di un'intima ed elementare necessità.

La terra, già classificata dalle scuole tra gli elementi dello Stato, acquista per il giurista di Plettenberg la grandezza di un *fondamento costitutivo*; la presa di possesso della terra instaura un ordine; quest'ordine, così determinato e localizzato, è diritto. Egli era giunto a scrivere già nel 1941 – e la frase gli verrà imputata a colpa inescusabile e atto di suprema viltà –: «Tutti i docenti ebraici di diritto, a qualsiasi partito politico essi appartenessero, tanto Kelsen quanto Nawiasky, non hanno saputo fare altro del territorio quale elemento del concetto di Stato o della terra appartenente ad un popolo determinato, che una mera 'sfera di competenza' ».

7. *Le potenze della s-confinatezza: tecnica ed economia.*

Quella rappresentazione – costruita, con accenti tra mitici e mistici, intorno a

uno *spatium terminatum*, cioè ad un luogo di politica e diritto, isolato e identificato dai confini – viene lacerata e sconvolta da due immani potenze. Le quali non conoscono termini, non hanno patria, si espandono ovunque. Potenze della sconfinatezza, tecnica ed economia, che, insieme congiunte e alleate, generano la tecno-economia del nostro tempo.

L'essenza della tecnica, come volontà di sfruttare e manipolare il mondo; e l'essenza dell'economia (parliamo – è ovvio – dell'economia di mercato), come insoddisfatta e indefinita volontà di profitto; queste essenze, o forme della volontà, rifiutano la chiusura dei confini e la determinatezza dei luoghi. Esse sono radicalmente **a-topiche**, senza luogo, e perciò possono diffondersi e impiantarsi dovunque. «La civilizzazione – leggiamo in una pagina precorritrice di Giacomo Leopardi – tende naturalmente a propagarsi, e a far sempre nuove conquiste, e non può star ferma, né contenersi dentro alcun termine, massime in quanto all'estensione ...».

I traffici economici ignorano i confini. Mentre le tribù sono in guerra, tra l'una e l'altra, nella complice oscurità della notte, si aggirano i mercanti, che offrono beni e negoziano, e si sentono fuori da qualsiasi patria. Bene ha scritto Piero Zanini, in un libro ricco e suggestivo sui *'Significati del confine'*: «La terra di nessuno è ciò che sta tra le due sponde, tra i margini di due paesi, di due spazi differenti. È il luogo dove la norma, la regola che il confine stabilisce non vale più, la terra selvaggia dove ognuno deve badare a se stesso e tutto diventa possibile». Il 'dovunque' dell'economia è (o aspira ad essere) un'indefinita terra di nessuno. Nel 'dovunque' della tecno-economia (dove imperano, insaziate e sempre insoddisfatte, volontà di profitto e volontà manipolatrice del mondo) gli individui perdono ogni identità di cittadini, ogni vincolo di appartenenza terrestre. Essi si distinguono soltanto per diversità di **funzioni**, per la parte svolta da ciascuno negli apparati tecnico-produttivi o nelle attività di mercato. La funzione non richiede individualità, ed anzi teme e rifiuta attriti soggettivi e psicologici. Il 'funzionare' è garantito da prestazioni anonime e fungibili: nelle industrie, nei grandi magazzini, nei rapporti di massa, ed ora anche in campi professionali in cui vigevo prestigio dei singoli e onore di ceto; da per tutto intorno a noi si aggira la spersonalizzata 'efficienza', priva di volto e di nome.

La rete telematica è il simbolo estremo dell'alleanza tecno-economica: spazio artificiale senza confini, non luogo, dove la volontà di profitto, sradicata e deterritorializzata, si esprime oltre gli Stati e oltre il diritto degli Stati. **Si determina così un divario, una 'rottura' di estensione: tecnica ed economia non sono coestensive a politica e diritto: quelle, indefinitamente spaziali; questi, definitamente territoriali.**

8. Globalizzazione: il 'dovunque'.

I fenomeni, che oggi si riassumono sotto il nome di 'globalizzazione', sono il punto più maturo di questo *processo deterritorializzante*. Vi concorrono taluni

fattori. In primo luogo, l'unificazione di scienza e tecnica: scoperte, invenzioni, applicazioni non appartengono più a questo od a quel paese, ma alle singole discipline del sapere. C'è un avverbio, che, così insistito ed usato nei nostri discorsi, sembra raccogliere il significato di questa generale fruibilità della tecnica: *'dovunque'*, derivante da *dove* e *unquam*: in ogni luogo, da per tutto (almeno nel mondo occidentale), i risultati teorici ed applicativi della scienza appartengono a tutti. Il secondo fattore è nell'espansione planetaria di economia e finanza: i *mercati* non sono veri e determinati luoghi, ma spazi astratti, puri ambiti di scambio e di profitto. Alla definita territorialità degli Stati (ossia, alle sfere antiche della politica e del diritto) si contrappone l'aperta *spazialità* dei mercati. Non a caso i trattati europei mirano a creare uno 'spazio senza frontiere interne': formula illuminante che indica, non un territorio più vasto ed esteso, ma uno 'spazio' transterritoriale, un non-luogo dello scambio e della moneta unica. E non a caso il viaggiare per le vie del commercio elettronico ha nome di *'navigazione'*: un andare non terrestre, aperto a venti e mete imprevisi.

C'è, nei fenomeni così semplificati e riassunti, una *sradicante de-storicizzazione*, lo smanioso svincolarsi dai luoghi, dalle antiche case degli uomini. Fenomeni, che, potendo accadere *dovunque*, non abitano in alcun luogo. E qui interviene l'ultimo fattore: l'egemonia dell'economia di mercato, stabilitasi, ormai da un trentennio, dopo il crollo del socialismo reale. L'unificazione ideologica del mondo spiega l'unificazione tecnica ed economica, ed a sua volta ne viene spiegata. Spento il conflitto, l'ideologia vincitrice ha preso veste di oggettiva e neutrale verità: di una 'natura' delle cose e degli uomini, la quale, appunto per esser natura, si de-storicizza, e si pone al riparo da dispute politiche e da lotte degli Stati. Al dualismo di Occidente e Oriente è subentrato il monismo globale. Nessuno di noi è ormai chiamato a prender posizione, perché non c'è più conflitto tra ideologie nemiche. Esso si cela ed occulta.

9. *Intermezzo fichtiano.*

Il problema della co-estensività – tra diritto e tecno-economia –, oggi venuto in piena luce, fu già colto da ingegni penetranti e presaghi. Come non rammentare il libro di Johann Gottlieb Fichte, risalente al 1800, su *'Lo Stato secondo ragione o lo Stato commerciale chiuso'*? Il grande filosofo sospinge alle estreme conseguenze il principio di territorialità: nulla può uscire dai confini dello Stato: "... lo Stato – egli scrive – si chiuda completamente ad ogni commercio con l'estero, e formi d'ora in poi un corpo commerciale così separato, come finora ha formato un separato corpo giuridico e politico". Vietata la moneta comune, non ammesso il commercio del cittadino con lo straniero, lo Stato si chiude in se stesso; economia politica diritto tornano a co-estendersi, e tutti assumono l'identica misura spaziale: "... uno stato secondo ragione – chiarisce Fichte – è appunto uno stato commerciale chiuso, come è, del resto, uno stato chiuso rispetto alle leggi e agli individui che lo compongono".

Siamo tornati al pensiero di Fichte, non già per specifiche soluzioni o proposte di soluzione, ma per la lucida consapevolezza del problema: come rendere co-estensive forze, che hanno una diversa misura spaziale? come ricondurre ad unità la confinatezza di politica e diritto e la s-confinatezza della tecno-economia?

10. *Le risposte: la pluralità delle sedi giuridiche.*

Una soluzione del problema è in ciò: che *la tecno-economia scelga, essa, il suo proprio diritto*; e che gli Stati offrano, quasi in una 'corsa al ribasso', i rispettivi ordinamenti. Le imprese, poste dinanzi al mercato degli ordini giuridici, scelgono l'ordine più vantaggioso e conveniente. Il 'dove giuridico' è determinato dalle imprese, che possono ben moltiplicarli o combinarli: l'uno, per acquisire risorse finanziarie; l'altro, per il costo della manodopera; e poi, ancora, uno diverso, per benefici fiscali o emissioni di bonds; e l'ultimo, infine, per la disciplina del fallimento. Il 'dovunque' del mercato globale permette alle imprese di scegliere – in ragione di diverse fasi dell'attività economica – una **pluralità di sedi giuridiche**. Come remota, quasi di una sperduta lontananza, la 'sede del rapporto giuridico' teorizzata da Savigny!

Il mercato degli ordini giuridici non sorge spontaneo e naturale. Esso trova fondamento in una decisione politica, quella, appunto, di favorire la volontà di profitto e di lasciare alle imprese la scelta della sede giuridica. Si tratta, come è ovvio, di una decisione abdicativa, con cui la classe politica rinuncia a governare l'economia, e si fa governare da essa.

11. *Le risposte: il dominio imperiale.*

Altra soluzione (soluzione – si ripete – del problema della co-estensività) è nel **dominio imperiale di uno Stato**, il quale, non soltanto occupi mercati sempre più vasti, ma pure istituisca un nuovo ordine. Il principio, a cui tutti gli altri si riconducono, è nella sicurezza, nella garanzia di funzionamento dei mercati. È l'*Impero*, dominante la moltitudine dei diseredati, nel controverso libro di Michael Hardt e Antonio Negri.

La difesa della sicurezza degrada ogni nemico a criminale, e converte la guerra in operazione di polizia. La potenza imperiale non dichiara guerra ad altri Stati (com'era in uso nelle cancellerie diplomatiche degli ultimi secoli), ma provvede senz'altro – in linea preventiva o repressiva – a difendere la propria sicurezza.

La co-estensione è raggiunta attraverso l'impero politico-militare su un grande spazio, il quale abbraccia la territorialità degli Stati membri, e li piega al dominio dello Stato egemone. Il nuovo ordine accompagna l'apertura dei mercati, e li protegge contro minacce ideologiche e religiose, economiche e finanziarie. Lo stesso Schmitt, avvertendo la crisi dello Stato territoriale e dei *nomoi* fondativi, si fece

teorizzatore del grande spazio, enunciò la *Grossraumtheorie*, e sostituì alla terrestrità del diritto il principio della ‘occupazione industriale’.

12. *Le risposte: gli accordi inter-statali.*

Viene, da ultima, la ***soluzione degli accordi inter-statali***, cioè delle intese, con cui una pluralità di Stati – ciascuno nell’esercizio della propria sovranità – si ingegna di catturare la tecno-economia e di collegarne le vicende a singoli e specifici luoghi. Mentre le imprese mirano a scegliere, esse, la sede dei rapporti giuridici, qui è il diritto che determina la sede giuridica degli affari. Non il mercato degli ordini giuridici, ma l’ordine giuridico del mercato: ordine, raggiunto dagli Stati nell’esercizio della sovranità e garantito dalla loro forza coercitiva.

Alla soluzione fichtiana dello ‘Stato commerciale chiuso’; al dominio politico-militare dell’impero; gli accordi inter-statali contrappongono pluralità di territori e uniformità di disciplina giuridica. I territori restano diversi e molteplici, come molteplici e diversi sono gli Stati; ma la disciplina giuridica si fa uni-forme, ossia prende il medesimo contenuto. *Unità come pluralità di diritti identici.*

13. *Artificialità e coestensione tra regola e regolato.*

La soluzione degli accordi inter-statali (le altre due, dello ‘Stato commerciale chiuso’ e del dominio imperiale, potrebbero dirsi intra-statali), quella soluzione esige che il ***diritto assuma un alto grado di artificialità***.

Il punto è di straordinaria importanza. Il rapporto profondo, che Carl Schmitt denominava ‘nomos della terra’, congiunge il diritto a luoghi storicamente determinati. La genesi del diritto è in un ordine concreto, nella primeva occupazione e distribuzione di terra. Le norme vengono dopo. Il diritto ha un’esistenza terrestre; è un modo di ordinare lo spazio. Terra popolo diritto si costituiscono in concreta unità spaziale.

Ma come può il diritto, legato alla storicità di un popolo e alla determinatezza di un luogo, inseguire e catturare gli affari della tecno-economia, i quali non hanno né patria né confini? ***come può la regola rendersi conforme al regolato?***

Non c’è altro modo che il dolore dello s-radimento, l’assunzione dell’artificialità come essenza costitutiva del diritto. L’artificialità, l’arte-fatto, è il carattere fondamentale della tecno-economia, della volontà, cioè, di manipolare il mondo e di conseguire indefiniti profitti. Se la norma giuridica si scioglie dal vincolo terrestre, dalla connessione genetica con singoli luoghi; se essa si riconduce per intero alla volontà dell’uomo; allora si pone in grado di fronteggiare la tecno-economia. Di affrontarla, non già da un piano diverso, ma sul suo stesso piano, che è quello di volontà, s-radimento, s-confinatezza. È la fraternità tra le potenze del nostro tempo.

14. *Il nuovo significato del 'dove' giuridico.*

Il 'dove' giuridico acquista così un nuovo e inaudito significato. Ancora si parte e si ritorna al territorio degli Stati (di quegli Stati, appunto, che hanno concluso accordi di 'uni-formizzazione'), ma *l'uni-formità di disciplina esige il sacrificio dell'identità storica del diritto. Qui nasce, o può nascere, una sorte di populismo giuridico, che si rivela e definisce come la sola 'forma di resistenza' al processo di globalizzazione e al metodo dell'artificialità.*

Bisogna convertire i luoghi da fondamenti costitutivi in pure *dimensioni* della norma; degradarli, per così dire, da fonti generatrici del diritto a campi di vigenza. Sostituire alla *necessità di un inizio*, all'originario destino di un concreto ordine, *l'arbitrarietà delle scelte normative*, l'artificialità del volere umano.

Queste parole lasciano già intravedere la teoria normativistica di Hank Kelsen. Dove il territorio perde qualsiasi fisicità geografica o determinatezza storica: esso è semplice *modalità* della norma. La quale, poiché prescrive comportamenti umani destinati a tenersi in un dato tempo e in un dato luogo, ha bisogno di una sfera di validità temporale e di una sfera di validità spaziale. Se pur torna l'immagine della sfera, essa non indica più un concreto luogo, assegnato al diritto dalla natura o dalla storia d'un popolo, ma un *arbitrario ambito applicativo*: una sede di rapporti giuridici, decisa dalla volontà umana.

Qui, nella sobria e scarna pagina di Kelsen, non ci sono confini naturali ed eventi storici: «la fatticità – egli scrive – è giuridicamente muta». E non ci sono *nomoi* della terra, che prendano senso dalle radici spaziali, ma *nomoi* come leggi, come volontà che pongono e impongono. La determinazione artificiale dei luoghi applicativi non trova alcun ostacolo. Il diritto è in grado di raggiungere il 'dovunque' della tecnica e dell'economia.

L'alto grado di artificialità, rendendo il diritto fraterno all'essenza della tecno-economia, restaura la co-estensione fra politica diritto economia. La politica, che non voglia piegarsi alla volontà di profitto ed offrire gli ordini giuridici al calcolo di vantaggio o svantaggio delle imprese; che si tenga lontana e dalla chiusura fictiana e dal dominio imperiale; non ha altra strada da quella degli accordi inter-statali. E, dunque, ha bisogno di profonda e lucida coscienza dell'artificialità giuridica, di volontà capace di stabilire lo spazio applicativo del diritto. Soltanto s-radicansi, sciogliendosi dai confini territoriali, la volontà normativa può raggiungere quel grado di artificialità, che, per l'identica essenza di regola e regolato, le permetta di dominare o orientare la tecno-economia.

15. *L'ineludibile alternativa.*

Quanto più il diritto rimane legato, in suoi modi e contenuti, alla genesi terrestre, al *nomos* storico, tanto meno esso è in grado di pareggiare l'orizzonte globale della tecno-economia. Quanto più, invece, si distacca dai luoghi originari, e pren-

de caratteri di artificialità, tanto più entra nella medesima natura della tecno-economia e acquista il potere di orientarla o governarla.

La s-confinatezza del regolato (degli interessi, cioè, che sono materia di disciplina giuridica) *esige e invoca la s-confinatezza della regola*; e quest'ultima, per raggiungere tale grado di corrispondenza e adeguazione, deve affrancarsi dall'abbraccio terrestre, dal fondo originario del *nomos*. Il diritto – in forza di accordi inter-statali – scende, per così dire, sui territori dei singoli Stati, e detta regole uniformi, le quali sono dimentiche di ogni ordine e connessione storica. Bene fu notato da Massimo Cacciari: «La libertà commerciale, finanziaria, economica che fa di ogni luogo e di ogni tempo una 'globale Zeit', sta in irrimediabile conflitto col positivismo del diritto collegato allo Stato». La soluzione di questo conflitto non esige l'oltrepassamento o l'abbandono del positivismo giuridico (e che altro mai sarebbe pronto a sostituirlo ed a prenderne il luogo?), ma piuttosto il suo estremo e radicale impiego. Soltanto l'artificialità del diritto, come prodotto dell'umano volere, arbitrario e incondizionato, può sciogliere il rapporto fra norma e terrestrità. Soltanto essa può determinare, di volta in volta, la dimensione spaziale del diritto.

L'alternativa è ineludibile: o il diritto, fedele alle antiche radici, si ritira nell'ombra, spaurito e inerme dinanzi all'immane potenza della tecno-economia, la quale sceglierà, essa, la sede giuridica dei singoli affari o provvederà da sola a darsi le proprie regole; ovvero il diritto, nelle forme del dominio imperiale o degli accordi inter-statali, sarà capace di raggiungere quella potenza e di piegarla alla propria disciplina.

Sta alla volontà umana di definire il 'dove' del diritto.

Altro il giurista non può dire; altro il giurista non sa prevedere.

SANDRO STAIANO

Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Napoli Federico II

La questione del regionalismo differenziato *

SOMMARIO: 1. Lo stato delle cose. – 2. Scopo della differenziazione. – 3. Premesse della dislocazione differenziata. – 4. La perdurante carenza: analisi delle funzioni e determinazione dei Lep. – 5. Quanto ai modi. – 6. Silloge.

1. *Lo stato delle cose.*

La questione del regionalismo differenziato, che si ripresenta di nuovo sotto le specie del conflitto politico-ideologico, restituito in proposte di soluzioni normative sempre molto controverse, ha ormai un suo certo sviluppo storico, una certa sedimentazione, a un lustro dai referendum del 2017 in Veneto e Lombardia, adottati poi a fattore legittimante le richieste avanzate, nel 2019, da quelle Regioni, oltre che dall'Emilia-Romagna, che invece non intese seguire la via della consultazione referendaria.

Nel dipanarsi di tale vicenda si sono evidenziati tutti i nodi giuridici e, più in generale, ordinamentali, che devono essere sciolti volendo conseguire l'obiettivo della differenziazione: nodi procedimentali, di contenuto, di allineamento al quadro costituzionale.

Ed è mutato il contesto, perché, perdurando la mancata attuazione della legge n. 42 del 2009 attraverso l'espedito, di assai dubbia conformità agli artt. 76 e 77 Cost., di procrastinare, con decreto-legge, la produzione degli effetti della legislazione delegata (per quanto riguarda le Regioni, l'efficacia del quadro normativo definito dagli artt. 1-15 del d.lgs. n. 68 del 2011 è stata rinviata al 2023), la stessa legge sul "federalismo fiscale" è stata modificata più volte, nella parte direttamente applicabile, come è stato modificato taluno tra i decreti delegati prodotti. In

* Antonio Palma ha sempre avuto a cuore la questione meridionale e frequentato il tema delle asimmetrie sistemiche. Questo lavoro, pubblicato in versione meno estesa e sotto diverso titolo nella rivista *federalismi.it*, corrisponde dunque a una comune sensibilità.

particolare, l'art. 22 della legge n. 42 del 2009 è stato oggetto di modifica dapprima con la legge di bilancio 2021 (legge 30 dicembre 2020, n. 178, art. 1, c. 815), in sede di istituzione del Fondo perequativo per il finanziamento delle infrastrutture, ove si è stabilito di compiere la ricognizione delle infrastrutture esistenti e di definire gli standard per la perequazione su base territoriale, avendo riguardo alla dotazione dei servizi minimi da assicurare. Poi l'art. 15 del “decreto infrastrutture” (d.l. 10 settembre 2021, n. 121, convertito nella legge 9 novembre 2021, n. 156) ha di nuovo modificato il medesimo art. 22, riferendosi anch'esso a un'esigenza perequativa, ma attenuando il riferimento ai territori in ritardo nello sviluppo e facendo cadere il richiamo esplicito al Mezzogiorno.

Nella serie degli inadempimenti e degli interventi in sospeso, si colloca la mancata istituzione dei fondi perequativi, per il finanziamento delle spese Lep e delle spese non fondamentali, in ambito regionale. E si colloca la mancata definizione dei Lep e dei fabbisogni standard (al di fuori del settore sanitario).

Tuttavia, per quanto rileva quando si intenda fare il punto sulla questione del regionalismo differenziato, non tutto è immobilità in questo scenario, poiché, dalle sedi tecniche in più diretto rapporto con il decisore politico (il quale rimane peraltro in prevalenza refrattario), sono venuti nuovi apporti alla conoscenza del quadro delle funzioni, delle competenze e delle modalità di esercizio di esse nell'integrazione tra i livelli territoriali, conoscenze che hanno fatto definitivamente giustizia di molti assunti apodittici dai quali il dibattito politico-istituzionale è stato contaminato.

Inoltre, il PNRR fissa tra i traguardi qualitativi (*milestone*) il completamento del “federalismo fiscale”, soprattutto al livello regionale (M1C1-119), entro il 2026, fondato sull'aggiornamento della normativa entro il 2023. E il PNRR è improntato (e la sua attuazione dovrebbe rigorosamente tenersi coerente) alla perequazione territoriale.

2. *Scopo della differenziazione.*

Ciò premesso, forse non è tentativo inane – come finora invece è stato nella tempesta di *bias* cognitivi che ha segnato il dibattito politico-istituzionale in tema – quello di ricondurre la differenziazione, come fattore di razionalizzazione e di efficienza nell'esercizio delle funzioni, nelle sue giuste dimensioni.

Infatti, se la differenziazione fosse tenuta, entro i confini del suo scopo, nel quadro costituzionale – dopo il superamento, con la revisione nel 2001 del Titolo V della Parte II, del principio del parallelismo delle funzioni – andrebbe, in via preliminare, esplorata la strada, sempre aperta e sempre insufficientemente utilizzata (anche da parte di chi oggi rivendica poteri), del trasferimento (anche differenziato, e non solo uniforme, come sempre si è fatto) di funzioni amministrative sulla base dell'art. 118, c. 1, Cost. («Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province,

Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza»), il quale consente la differenziazione sia “perimetrando” le funzioni amministrative proprie delle Regioni, delle quali non si renda necessario l’esercizio uniforme tra gli enti di pari livello, sia conferendo ulteriori e specifiche funzioni amministrative attraverso la traslazione verticale di esse tra i livelli di governo. E, quando si tratti del conferimento di funzioni ulteriori nelle materie di legislazione esclusiva dello Stato, la dislocazione di esse verso la Regione può essere accompagnata dalla delega della corrispondente potestà regolamentare (art. 117, c. 6), integrando a livello regionale funzione amministrativa e funzione normativa, benché di rango sub-legislativo. Tale dislocazione della funzione normativa potrebbe essere molto ampia, se fosse accompagnata da una contestuale corrispondente opera di delegificazione.

A questo punto, e solo a questo punto, potrebbe venire in discorso una possibilità di dislocazione differenziata delle competenze legislative, secondo l’art. 116, c. 3, Cost.: si può procedere a tanto solo se, ai fini di un migliore esercizio delle funzioni (cioè meglio corrispondente a un principio di efficienza-adequatezza), si renda necessario accompagnare alla dislocazione di funzioni amministrative (anche di tipo normativo e anche rifluite in ambito regolamentare a seguito di delegificazione), dallo Stato verso singole Regioni, la dislocazione di una quota di potestà legislativa. Alla dislocazione delle funzioni, amministrative e legislative, dovrebbe accompagnarsi la devoluzione delle risorse finanziarie corrispondenti, in conformità all’art. 119 Cost., e in consonanza con la legge n. 42 del 2009.

Se ne deve inferire: la dislocazione differenziata di funzioni legislative in singole Regioni non è affatto un adempimento costituzionalmente necessario, o addirittura un “diritto” di alcune Regioni (o dei loro “popoli”); è invece una possibilità di adeguamento del quadro dei poteri, ove preme l’esigenza di una più piena attuazione del principio di sussidiarietà verticale e dei suoi corollari. E tale adeguamento induce un moto di allocazione delle competenze non necessariamente monodirezionale, dal centro verso i soggetti di autonomia, ma anche contrario, dai soggetti di autonomia verso il centro, quando si ravvisi che il migliore esercizio al livello più vicino *possibile* alla comunità governata sia quello statale, e che dunque ciò conduca a una riattrazione delle competenze dislocate. Una opzione, questa, che potrebbe sembrare puramente astratta (e la cui prospettiva non ha probabilmente speranza di essere considerata dai decisori politici, se non per essere fatta oggetto di anatema, nell’attuale temperie), ma che è invece molto concretamente emersa, sotto la pressione della pandemia, in un ambito chiave quale la sanità: volendo trarre la lezione dei fatti, sarebbe razionale riattrarre verso lo Stato una quota di competenze fino al punto di precludere alle Regioni di potere autonomamente dare luogo a politiche di privatizzazione e di soppressione dei servizi territoriali, spinti fino a provocare la rimarchevole regressione delle tutele del diritto alla salute.

3. *Premesse della dislocazione differenziata.*

Nessuna dislocazione di funzioni verso le Regioni (e, più in generale, verso il sistema delle autonomie territoriali: sarebbe, invero, assai utile costruire un assetto complessivo, integrato e coerente dei poteri locali) dovrebbe avvenire senza un'adeguata analisi preliminare delle funzioni e senza un'analisi di impatto (AIR), specie con riferimento agli effetti dell'attribuzione delle nuove competenze sull'organizzazione e sul funzionamento delle singole Regioni destinatarie, valutandone in via preventiva la capacità di esercitare ogni funzione da trasferire in maniera più efficiente e più corretta di quanto possa avvenire nell'opzione alternativa della conservazione alla sfera d'azione dello Stato.

Sul terreno delle acquisizioni preliminari dovrebbe collocarsi anche la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (Lep), ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. m), Cost., poiché l'art. 116, c. 3, Cost. stabilisce che la devoluzione differenziata alle Regioni deve compiersi «nel rispetto dei principi di cui all'art. 119», cioè con esiti di perequazione; e il finanziamento dei LEP dev'essere integrale (il principio è affermato in più luoghi dalla legge n. 42 del 2009: art. 9, c. 1; art. 11, c. 2).

Questo approccio, che si allinea al quadro costituzionale, è molto lontano e non compatibile con quello che si manifesta nella richiesta di trasferimento generalizzato, e non giustificato né motivato, del massimo numero possibile di «materie» (in sé irricevibile, poiché, a poter essere trasferite sono semmai le funzioni, e non per “blocchi” tanto ampi da esaurire l'ambito materiale in cui si collocano, la cui spettanza è definita inderogabilmente dall'art. 117, cc. 2 e 3 Cost.), ma inteso a “trascinare” le risorse corrispondenti, nel vagheggiamento dell'obiettivo di “trattenere” sul territorio delle singole Regioni quote delle entrate erariali statali colà realizzate quanto più vicine alla totalità.

La richiesta collide, per propria natura, con il principio di progressività, cui deve ispirarsi il sistema tributario per dettato dell'art. 53, c. 2, Cost., inteso come specificazione del più generale principio di eguaglianza sostanziale, realizzato attraverso la redistribuzione della ricchezza da chi ha maggiore a chi ha minore capacità contributiva: essa, invero, si muove in senso esattamente inverso, cristallizzando la diseguaglianza e, in ultima istanza, aggravandola, piuttosto che rimuovendola attraverso meccanismi di perequazione territoriale.

Essa è “fondata” su un assioma: in alcune Regioni del Nord – efficienti e virtuose – si rileva un saldo positivo tra la somma dei tributi pagati da cittadini e imprese e spesa pubblica erogata al medesimo livello territoriale. I tributi pagati eccedono cioè largamente la spesa. Tale differenza – si dice – è il «residuo fiscale», che corrisponde a quanto le Regioni del Sud hanno sottratto e sottraggono alle Regioni del Nord (più esattamente: alle Regioni del Nord più «ricche e produttive»), non curandosi gli assertori del regionalismo nell'accezione invalsa a quelle latitudini delle asimmetrie interne al Nord, pur esistenti e non trascurabili), e che devono «restituire», in nome della «giustizia territoriale».