

Effettività

1. Regole e fatti

Il problema dell'effettività è il rapporto tra regole e fatti: riescono le regole a tradursi in fatti? È fondata la loro pretesa di porsi come guida *effettiva* dei comportamenti delle persone? Come è stato messo in luce (Ferrajoli), il problema si scompone in due quesiti: se vi sia un grado accettabile di rispetto delle regole da parte dei cittadini; se i casi di mancato rispetto siano perlopiù accertati e puniti dagli apparati dello Stato.

I due profili sono strettamente connessi. Anche se molte regole vengono generalmente seguite senza che vi sia bisogno di minacciare e applicare sanzioni esemplari, non c'è dubbio che l'inefficienza dell'apparato repressivo dello Stato rischia di rendere scarsamente effettivo il rispetto delle leggi. Che l'evasione fiscale sia in Italia particolarmente elevata nei settori in cui l'accertamento dei redditi è più difficile è un fatto notorio e costituisce un esempio evidente. D'altra parte, se le leggi sono particolarmente complicate e slegate dal senso comune, dalla percezione immediata di ciò che è lecito e ciò che non lo è, diventa inevitabile che i casi di infrazione si moltiplichino, sfuggano agli accertamenti della polizia oppure intasino le aule giudiziarie.

È opinione diffusa che le leggi in Italia incontrino notevoli problemi di effettività. Le cause sono fatte risalire a fenomeni assai diversi: la proliferazione delle leggi e la loro scarsa qualità, la complessità quasi irraggiungibile dei temi da regolare, l'inefficienza della macchina amministrativa, la crisi di efficienza della giustizia e l'infinita lunghezza dei procedimenti giudiziari, l'incertezza della pena. Queste sono le cause interne che rendono critica l'applicazione delle leggi, ma ad esse si aggiungono cause esterne, dipendenti soprattutto dalla sovrapposizione degli ordinamenti europei e internazionali a quello nazionale, che complica ancor più il sistema giuridico, e dalla globalizzazione, che rende sempre più ristretto lo stesso campo di applicazione del diritto nazionale e la sua capacità di imporsi come regola dei comportamenti.

Sono tutti fenomeni vistosi e incontestabili: alcuni sono comuni a tutti gli Stati, altri più specifici dell'Italia.

2. Effettività delle regole e efficienza della giustizia

Sicuramente nostro è il problema della scarsa funzionalità della giustizia e dell'incertezza delle sanzioni. La cattiva organizzazione degli uffici giudiziari (la cui responsabilità è dalla Costituzione attribuita per intero al ministro della giustizia) si somma alla faragginosità delle procedure (la cui responsabilità è da attribuirsi per intero alla leggi processuali) e ad un'attenuata responsabilità dei magistrati (anche

in questo caso siamo davanti ad un fenomeno di scarsa effettività delle regole sulla responsabilità, che pur ci sono): ma il problema non è tutto qui, perché la scarsa funzionalità della giustizia dipende anche, se non soprattutto, dalla proliferazione di leggi e dalla loro scarsissima qualità. Come diceva Ludovico Muratori duecentocinquant'anni orsono, dei tanti difetti che possono essere imputati alla giustizia, "il primo vien dalle leggi stesse".

Anche in questo caso però il fenomeno è tipicamente italiano. Le leggi sono fatte male non perché al parlamento (o al governo) manchino strutture tecniche adeguate: ci sono e sono di eccellente qualità. Ma esse non vengono sufficientemente ascoltate in fase di approvazione delle leggi, perché vige un accordo tacito e deleterio che separa nettamente la "sovranità" del corpo politico dalle responsabilità tecniche dei funzionari: i politici vogliono essere liberi di decidere quello che vogliono, i funzionari sono ben felici di non dover esprimere posizioni critiche che ne potrebbero danneggiare la carriera (sono molto ben pagati ma ben poco garantiti nei confronti del loro datore di lavoro, che è il politico). Il risultato è che le leggi escono senza una seria revisione tecnica, senza una perfetta conoscenza dei loro effetti nel "sistema delle leggi", della loro coerenza con il complesso delle leggi e delle competenze, della loro esatta copertura finanziaria, della loro effettiva possibilità di essere applicate: la "sovranità del parlamento" vuole potersi esprimere libera da ogni sorta di controllo o di vincolo.

Tutto il peso del compito di dotare le leggi di un senso compiuto e di riportarle alla necessaria coerenza sistematica si scarica sui soggetti dell'applicazione del diritto, pubblici amministratori e giudici. Ogni giudice ragiona con la testa sua (non c'è un ordine gerarchico tra i tribunali) per cui l'interpretazione delle leggi varia da giudice a giudice. Questo metodo di produzione delle regole è altamente inefficiente, dispendioso e pessimo per le ricadute sulla certezza del diritto. In Italia, come è noto, il diritto è incerto, e lo sforzo di individuarlo, capirlo, renderlo coerente e applicarlo costa moltissimo in termini di tempo.

Ogni tanto qualche ministro prende l'iniziativa di riunificare la legislazione vigente nel suo settore in un codice o in un "testo unico". Ma questo resta unico solo per pochi giorni, perché poi leggi e leggine riprendono a modificare più o meno consapevolmente singole parti della materia, ricreando i problemi iniziali. Di recente il ministro "per la semplificazione" Calderoli ha proceduto al "taglia-leggi": l'abrogazione espressa di decine di migliaia di leggi succedutesi dall'unificazione del Regno d'Italia in poi, per ridurre il complesso delle leggi effettivamente in vigore. La gran parte di queste leggi erano già da tempo considerate abrogate e nessuno si sognava più di applicarle da anni, decenni, secoli; ma nel mezzo c'erano anche leggi utili, tanto utili che la legislazione successiva al loro "taglio" ha ripreso a farvi richiamo. Il risultato è che il sistema normativo oggi è ancora più complicato di prima.

Naturalmente la risposta sarebbe semplice: fare come in altri paesi, in cui le leggi si pubblicano dopo un serio controllo tecnico e inserendole in una raccolta sistematica, da cui vengo espunte le leggi precedenti non compatibili con le nuove. Ma questo imporrebbe di partire dalla testa, da come la politica concepisce la propria funzione e la propria "sovranità". Bisogna ricordare tuttavia che la conoscibilità della legge e la prevedibilità della sua applicazione, la sua "effettività", sono tra i pilastri dello Stato di diritto, cioè del modello di organizzazione dei rapporti tra poteri pubblici e società civile che abbiamo ereditato dall'epoca liberale.

3. Effettività delle regole e certezza della sanzione

La seconda causa tutta italiana della scarsa effettività delle leggi è l'incertezza della sanzione. Condoni, amnistie, prescrizioni, e solo in seconda linea l'inefficienza di alcuni apparati a cui sono affidati i controlli e la persecuzione degli illeciti fanno sì che l'evasione dagli obblighi di legge sia in molti settori la regola.

Anche in questo caso la principale responsabilità è del potere politico, a cui spetta decidere quali comportamenti siano penalmente più rilevanti. Se le nostre carceri sono piene di stranieri irregolari e quelle tedesche invece di evasori fiscali, questo non dipende certo dal fatto che da noi ci sia più immigrazione e in Germania più evasione. La realtà è l'esatto opposto. Il sistema italiano non ricollega all'evasione fiscale un disvalore sociale così elevato da colpirlo con la minaccia di serie conseguenze penali. Evadere le tasse, così come inquinare o costruire abusivamente, sono comportamenti che spesso convengono, nel senso che il ricavo sicuro che da essi deriva supera di molto il rischio della sanzione. Ognuno dei tanti condoni concessi è servito a confermare la giustezza di questo calcolo razionale.

Come si vede l'ineffettività delle regole appare talvolta persino programmata. Una certa morbidezza nell'applicazione della legge nei confronti di alcuni crimini costituisce in fondo uno dei modi con cui abusivamente si trasferiscono risorse pubbliche ai privati. La mancata o debole applicazione della legge consente all'evasore di trattenere le risorse finanziarie che spetterebbero all'erario pubblico; non perseguire duramente abusi ecologici o edilizi significa concedere al privato l'uso e l'abuso di risorse naturali collettive; non impedire (e persino proteggere con norme di legge) ad un imprenditore privato di occupare tutte le reti pubbliche televisive violando le leggi (e disapplicando le sentenze), oppure non reprimere l'abuso delle concessioni di beni demaniali (le spiagge, gli alvei dei fiumi, le miniere ecc.) ai privati, sono modi per fare dell'ineffettività della legge uno strumento di governo degli interessi, dando prevalenza a quelli privati su quelli pubblici. Inutile aggiungere che così viene meno un altro caposaldo dello Stato di diritto, il principio di eguaglianza. Del resto la forte presenza di avvocati, e di penalisti in particolare, nelle commissioni legislative e nel governo – avvocati che non sospendono affatto la loro professione durante il mandato politico, anzi talvolta la rafforzano - induce a

sospettare che si crei un perenne conflitto di interessi che spinge verso l'allentamento delle maglie della legge e l'indebolimento della possibilità di farla valere.

4. *Effettività e qualità delle regole*

La terza causa dell'ineffettività delle leggi, forse non solo italiana ma da noi presente in modo particolarmente accentuato, è l'uso simbolico che vien fatto delle leggi. Queste non vengono prodotte con l'intenzione di predisporre uno strumento *efficiente* rispetto alla soluzione di un problema, ma solo per annunciare pubblicamente che il potere politico si è accorto del problema e si è dato da fare per affrontarlo. L'effetto ricercato è quello pubblicitario. Il deficit di *effettività* della legge si salda qui con il deficit di *efficacia*. Il problema nasce dall'incapacità del potere politico (il governo e la maggioranza parlamentare) di perseguire un indirizzo preciso o una politica pubblica definita che siano rivolti ad uno scopo determinato: ciò può avvenire sia perché il problema è troppo complicato e non si dispone di strumenti conoscitivi o operativi sufficienti, oppure perché per perseguire un obiettivo preciso bisogna rinunciare ad altri e sacrificare interessi antagonisti. La legislazione italiana è piena di annunci e di "lanci" pubblicitari sottoforma di legge: si pensi alla questione dell'energia e del rilancio del nucleare, alla riforma dell'università in nome della meritocrazia oppure al c.d. *federalismo fiscale*. Sono esempi recenti di tre grandi questioni affrontate con enorme fracasso pubblicitario, ma producendo complesse cattedrali normative (leggi il cui funzionamento è condizionato da un numero difficilmente calcolabile di decreti legislativi e regolamenti d'attuazione) che portano alla fine a risultati modestissimi, cioè a mutamenti nella realtà di scarso rilievo. Viviamo nel mito che le "riforme" si possano fare attraverso le leggi, che esse siano necessarie e sufficienti a modificare i fatti: e si fanno leggi che nei fatti non producono mutamenti di rilievo.

Prendiamo il federalismo fiscale come esempio. La riforma costituzionale del 2001 – un'altra riforma che guardava più ai simboli che alla soluzione dei gravi problemi di funzionamento del sistema multilivello di governo - aveva scelto di elencare le funzioni trattenute dallo Stato, non quelle delle regioni e degli enti locali, ai quali spettano tutte le competenze che non sono espressamente riservate allo Stato. Un obiettivo dall'alto valore simbolico (enumerare le funzioni attribuite al governo centrale è tipico delle classiche costituzioni federali), ma molto difficilmente praticabile. Ci sarebbero voluti comportamenti coerenti e atteggiamenti rivolti a rendere effettivi i nuovi assetti costituzionali: i comportamenti che esse avrebbero dovuto guidare erano esclusivamente quelli del governo, del parlamento e delle regioni, non altro. E invece, anche per ragioni di schieramento politico, le nuove regole sono state totalmente disattese: pur promettendo la piena realizzazione del federalismo attraverso nuove "riforme" (e

quella fiscale in particolare), le forze politiche *nei fatti* si sono mostrate centralistiche come non mai nella storia d'Italia. L'attuazione della riforma sul piano finanziario - attesa per ben dieci anni - avrebbe potuto seguire la traccia scritta in costituzione e realizzare il sogno federalista (e liberale) di mettere sotto controllo i "costi" dello Stato centrale. Visto che la costituzione elenca le funzioni dello Stato, sarebbe bastato quantificare il costo di esercizio di ognuna di esse (e di tutte quelle che comunque gravitano sulle amministrazioni centrali, a partire dalla gestione del debito pubblico). Invece si è scelto di percorrere a ritroso la strada imboccata nel 2001 per andare alla ricerca delle funzioni fondamentali degli enti autonomi, lasciando lo Stato padrone di tutto il resto. Come si dice e ripete da tanto tempo, sono i ministeri e gli enti pubblici nazionali la gruviere in cui sparisce la finanza pubblica: non sarebbe stata la grande occasione per mettere in chiaro, e quindi delimitare, il fabbisogno delle amministrazioni centrali? Sarebbe stata la missione storica di un movimento "federalista" e di una maggioranza autenticamente liberale. E tecnicamente sarebbe forse stato anche un compito più semplice da svolgere.

Il c.d. federalismo fiscale muove in direzione esattamente opposta: si pretende di individuare per ogni ente le funzioni fondamentali e poi quotarle in termini finanziari, lasciando solidamente nelle mani dello Stato il controllo della oscura massa delle finanze pubbliche. Così si sono persi di vista gli obiettivi autenticamente "federalisti" e si è rispolverata al suo posto una tradizione ben nota alla storia patria delle istituzioni, cioè la logica della contrapposizione tra "spese obbligatorie" e "spese facoltative" che aveva ispirato la legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia del 1865!

Incapacità tecnica? Forse, ma non solo: è che di federalismo si parla e tanto, ma non lo si pratica affatto. Le leggi parlano di federalismo, i fatti no. I fatti di questo periodo dicono che si sono tolte alle regioni e agli enti locali le poche leve di autonomia fiscale: si è cancellata l'ICI, la più "federale" delle tasse, e si sono ripetutamente congelati le addizionali IRPEF e i tributi di pertinenza locale. Nei fatti non sono state le collettività locali a pagare i disavanzi prodotti dagli amministratori da esse scelti, ma il governo è corso in soccorso ripianando i deficit di Catania, di Palermo, del Lazio con i soldi di tutti noi. Nei fatti si sono approvati leggi e decreti che hanno riportato le funzioni amministrative e le gestioni finanziarie in capo alle strutture ministeriali, provocando la reazione unanime delle regioni. Nei fatti si sono bloccate tutte le leggi regionali minimamente significative, impugnandole davanti alla Corte costituzionale. La decisione di impugnare una legge regionale spetta all'organo politico, al Consiglio dei ministri: come mai i tanti federalisti che siedono al governo non si sono opposti alla deriva centralistica del governo stesso? Perché evidentemente non si vuole affatto che le "riforme" cambino i fatti. Lo dimostrano anche i decreti di attuazione del "federalismo", la cui incidenza sulla realtà si preannuncia modestissima, quando pur ci sia.

5. Effettività delle leggi nazionali e globalizzazione dei mercati

Poi ci sono i problemi più veri, quelli che non toccano solo l'Italia. La globalizzazione ha tolto alla legislazione degli Stati molta della capacità regolativa, quindi dell'effettività. Ma la regolazione pubblica da cosa è stata sostituita? Chi disciplina i comportamenti degli operatori? La risposta è: il mercato.

È il mercato, il mercato globale, il nuovo produttore delle regole. Il fatto si converte in diritto: quello che viene continuamente ripetuto è che sono i comportamenti degli operatori economici a scrivere le "nuove" regole del mercato. Il che significa che lo spazio privato si è sostituito allo spazio pubblico.

È il *mercato*, con le sue regole, le sue istituzioni, le sue forme di produzione normativa, le sue promesse di libertà e di autonomia a sostituirsi alla *democrazia*, intesa come forma regolata e garantita di governo della società. Di questa si sottopongono a revisione tutti i capisaldi: la rigida distinzione tra il "pubblico" e il "privato"; la centralità della legge, come atto pubblico la cui autorità trae legittimazione dalla rappresentanza politica, cui si contrappongono regole negoziate o autoprodotte; la centralità del *cittadino*, la cui titolarità di diritti s'irradia in ogni direzione e al quale ora si sostituisce il *consumatore*, figura proiettata sull'unica dimensione del mercato; l'assoluta prevalenza dell'efficienza economica, a cui ormai è piegata qualsiasi esigenza di coesione sociale.

Il fenomeno è impressionante. Sulla netta separazione della sfera privata da quella pubblica si era fondata l'intera teoria dello Stato di diritto, ma ora questa separazione è denunciata come proiezione dello "statalismo" da cui bisogna liberarsi: lo Stato dev'essere ricacciato dal mercato, al quale va riconosciuto il potere di autoregolamentarsi e deve essere restituita ogni risorsa economica che gli apparati pubblici pretendono ancora di governare.

Il mercato esercita una pressione osmotica sulla sfera pubblica, che viene penetrata da scelte, moduli organizzativi e regolazioni normative prodotte dagli operatori economici: autorità "indipendenti" dalle scelte pubbliche regolano i rapporti tra gli operatori e tra questi e i consumatori, norme di *soft law* sostituiscono il vecchio *hard law* prodotto dalle istituzioni politiche, la razionalità di mercato non solo sostituisce ogni tipo di visione politica, ma diviene il principale strumento di valutazione e di interpretazione delle regolazioni vigenti (come l'*analisi economica del diritto* da anni suggerisce). Alcune funzioni secolari delle istituzioni politiche vengono reclamate dal mercato: in primo luogo i *servizi pubblici*, compito storico delle istituzioni locali e motore del processo di democratizzazione a cui esse sono state sottoposte. Perché ai servizi pubblici è strettamente e funzionalmente legato l'insieme dei beni e delle risorse degli enti locali, che rappresentano il frutto di investimenti voluti e pagati dalla collettività; sicché la "restituzione" dei servizi pubblici al mercato comporta anche un processo di privatizzazione delle stesse risorse pubbliche.

L'effettività e l'efficienza sono la dimensione naturale del mercato e delle sue regole. Il mercato non ha il problema della *validità* o della *legittimità* dei modelli di comportamento che impone, quei concetti sono il retaggio di una visione statalista che si ritiene ormai consunta. Ma in quella visione occupava una posizione centrale la tutela dei diritti e la sua effettività: i requisiti della validità e della legittimità sono funzionali alla garanzia di quei diritti, condizionano e limitano il potere di introdurre nuove regole che possono compromettere l'effettività della loro tutela. Quale tutela hanno i diritti nel mercato globale?

Il rifiuto della sfera pubblica ha prodotto una distorsione della prospettiva storica, come se fossero lo Stato e i suoi apparati la minaccia più imminente per i diritti degli individui. Questa è l'eredità ideologica del liberalismo, ma non è l'origine storica del nostro modo di concepire lo Stato e la sua funzione. Come ha osservato Ernst Forsthoff (*Der Staat der Industriegesellschaft*, München 1971, 21-26), prima che il liberalismo economico volgesse la teoria dello Stato di diritto *contro* lo Stato, richiedendo la stretta delimitazione della sua ingerenza nella società civile, il dualismo Stato – società civile era stato esaltato come il principio che prometteva ai cittadini di trovare *nello Stato* quelle garanzie di eguaglianza e di garanzia dei diritti che la società civile negava, essendo dominata dal potere economico e dai privilegi cetuali. Lo Stato di diritto veniva invocato come baluardo della sicurezza degli individui, perché non il potere pubblico (o non solo quello), ma il potere privato rappresentava la vera minaccia.

Questo è vero anche oggi: il sistema giuridico ci offre ormai una complessa e completa strumentazione di difesa contro gli apparati pubblici se minacciano i nostri diritti, ma siamo molto meno "armati" nei confronti dei grandi potentati economici privati. Vogliamo contestare le clausole contrattuali di Microsoft, che tranquillamente sottoscriviamo con un click? Contrattiamo alla pompa il prezzo o la qualità della benzina? Possiamo fare causa alle imprese della Repubblica popolare cinese per concorrenza sleale? I diritti che lo Stato ci riconosce come "consumatori" – abitanti del mercato – sono pateticamente ineffettivi quando abbiamo di fronte un'organizzazione economica appena più complessa del bottegaio sottocasa. L'effettività delle regole del mercato ci opprime, come opprimevano i nostri avi gli editti del sovrano assoluto prima dell'avvento dello Stato di diritto.

6. Leggi dello Stato e autonomia del privato

Che il mercato sia il tempio della libertà di scelta dei cittadini e quindi il luogo in cui si realizza la vera democrazia, quella "effettiva", è falso: è l'immagine deformata proiettata dall'ideologia che predica l'estromissione della politica come fosse "il nemico numero uno della democrazia", mentre invece quello che pratica è l'interruzione della tendenza storica "che ha guidato l'epoca moderna, cioè l'espansione della partecipazione politica" (Z. BAUMAN, *Homo consumens*, Gardolo

2007, 39). È vero il contrario invece, è nella partecipazione politica che si realizzano le condizioni di effettività non solo della democrazia, come metodo di governo, ma anche delle sue leggi e dei diritti che esse riconoscono.

Il fatto è che il “pubblico” e il “privato” sono sfere distinte sì, ma non perfettamente divise né divisibili. Le inefficienze del “pubblico” dipendono dalla scarsa presenza del controllo da parte dei “privati” e dal cattivo funzionamento dei modi con cui si può far valere la responsabilità di chi amministra il “pubblico”. Ma nella nostra architettura istituzionale il pubblico è sottoposto al controllo dei cittadini e deve essere legittimato dal loro consenso: se questo circuito, che inizia e finisce con il voto e scambia il consenso con la responsabilità, funziona male – e in Italia funziona malissimo – va rimesso in sesto, non sostituito. Non esistono alternative credibili: la pretesa efficienza del privato non solo è tutta da dimostrare nei *fatti* (esistono amministrazioni locali ai cui sportelli la fila è molto inferiore a quella che si forma nelle banche o agli sportelli delle società private che gestiscono servizi pubblici), ma soprattutto non ci sono modi *effettivi* per sanzionarla. Che il mercato sia un sistema bilanciato che provvede a cacciare chi non è efficiente è ancora un’ideologia, perché non sempre il privato opera in condizioni di mercato (il concessionario del servizio di trasporto di solito non lo fa, per esempio, così come cercano in tutti i modi di non farlo i concessionari delle frequenze televisive), ma soprattutto perché l’efficienza è misurata sulla base di fattori estranei al principio di responsabilità nei confronti dei cittadini. Di fronte al gestore privato del servizio pubblico (sia la società telefonica, la compagnia dell’acqua, la televisione “privata”, il titolare del bar all’aperto o il bagnino che gestisce gli ombrelloni) non c’è il cittadino, ma semmai il consumatore.

Le due figure non sono affatto sovrapponibili (ecco un’altra immagine distorta!): i diritti e gli interessi del *cittadino* s’irradiano in ogni direzione, la figura del *consumatore* è proiettata sull’unica dimensione del mercato. In esso si muovono i produttori, i lavoratori, gli utenti, i consumatori, le associazioni ambientaliste, quelle del “terzo settore”, tutti sottoinsiemi che fanno valere interessi specializzati, spesso “monointeressi” assunti come “valori non negoziabili”. Non è certo il mercato che si preoccupa di trovare i punti di mediazione tra questi singoli interessi e tutti gli altri interessi concorrenti. Proprio i servizi pubblici sono un ottimo esempio di come la sostituzione dei cittadini con i consumatori crei un profondo squilibrio. Se la compagnia ferroviaria discute con gli utenti del servizio di trasporto, non sono più le collettività a occupare il centro del dibattito, ma le singole associazioni dei consumatori. A me, come utente dell’Alta velocità, che importa dei treni dei pendolari, e a questi che importa dell’Alta velocità? Né agli uni né agli altri importa poi dei “rami secchi”, cioè delle ferrovie dismesse perché non più economicamente efficienti. L’unità d’Italia deve moltissimo all’investimento pubblico sulla rete ferroviaria, ma oggi larga parte di quella rete è stata abbandonata. Chi è che porta la voce delle frange di popolazione che hanno perso il collegamento pubblico con la

collettività nazionale? Non sono più “utenti”, neppure “consumatori”, ma semplici cittadini, i cui diritti però hanno perso ogni effettività. È chiaro che chi compra o paga le tariffe voglia avere costi più bassi e quindi accetti che vengano eliminati i rami secchi, le inefficienze, gli sprechi (purché, ovviamente, non lo tocchino direttamente). Questo rende naturale una certa solidarietà tra gestore e utente di un servizio anche e persino attorno ad un programma di riduzione del servizio pubblico stesso. Costi e profitto: dove sono finite le garanzie di eguaglianza e la tutela dei diritti, compresi quelli politici che servono a concorrere a guidare le scelte strategiche?

La retorica del mercato, dell'efficienza del privato, dell'invasività dell'intervento pubblico tacciono su tutto questo. E di questo silenzio sono corresponsabili anche coloro che invocano maggior spazio per il privato, in nome della *sussidiarietà orizzontale*, pur essendo mossi da ragioni diverse da quelle del profitto. È forte l'idea che lo Stato sociale possa essere rigenerato da un *welfare mix* in cui uno spazio rilevante sia attribuito al terzo settore, che contrappone l'etica del dono alla logica del profitto. Non c'è dubbio che oggi i diritti sociali siano resi effettivi da un'intensa opera di volontariato, spesso neppure riconosciuta (si pensi a quanta parte dell'assistenza a bambini, malati e anziani pesi sulla famiglia). Ma altra cosa è propugnare un modello in cui l'effettività dei servizi sociali sia fatta retrocedere allo stadio ancestrale di beneficenza, pubblica o privata che sia. Anni di lotte hanno portato la Costituzione – e la giurisprudenza costituzionale – ad istituirli come diritti veri e propri, limitati sì dalle disponibilità finanziarie dello Stato, ma comunque rivendicabili, almeno nella loro parte essenziale, non comprimibile, come qualsiasi altro diritto. I diritti sociali sono necessariamente a carico dell'erario pubblico, cioè della collettività: e non possono essere che i poteri politici ad individuare il punto di equilibrio tra il soddisfacimento dei diritti e il sacrificio fiscale imposto alla collettività in nome della solidarietà. Il che è naturalmente ben presente a chi invoca la “sussidiarietà orizzontale”, perché infatti, per sostenere l'iniziativa privata, allo Stato si chiedono privilegi fiscali e contributi finanziari: il privato chiede allo Stato di non fare ciò che il privato può fare - che può fare però con i soldi pubblici. Ancora una volta dunque la spinta del “sociale” è verso la privatizzazione: dei servizi, ma anche delle risorse pubbliche.

7. Il privato assicura ai diritti una tutela effettiva?

La logica della privatizzazione corre per molti rivoli: il mito dell'efficienza del privato, la strenua rivendicazione della libertà d'impresa, il mito della concorrenza di mercato come regolazione spontanea che produce i servizi migliori, la strenua rivendicazione della liberalizzazione dei settori economici occupati dallo Stato e dai pochi che ne godono i favori, il mito della spontanea solidarietà sociale, la strenua rivendicazione del ruolo delle formazioni sociali. L'alternanza di miti e rivendicazioni

non è casuale, i primi servono a giustificare le seconde, a trasformarle in “diritti”. Perché la Costituzione vigente non apre molti spiragli a queste rivendicazioni. Sì, la libertà d’impresa vi è sancita, ma accanto non c’è l’inno alla autoregolamentazione del mercato, ma la previsione di limiti imposti dallo Stato per tutelare gli interessi collettivi. Ed è vero che l’art. 2 riconosce il ruolo delle formazioni sociali, ma non ne fa il titolare di diritti: questo è uno degli equivoci insinuati dall’interpretazione di comodo della carta costituzionale. L’art. 2 Cost. non proclama affatto i diritti delle formazioni sociali, ma quelli dell’*individuo*, a cui è garantita la possibilità di goderne anche “nelle formazioni sociali” - nel doppio senso di “attraverso” e di “contro” di esse (anche nella famiglia o nell’organizzazione religiosa ci dev’essere il rispetto dell’eguaglianza, della libertà personale ecc.). E allora è dall’individuo che bisogna partire, è dal punto di vista della realizzazione dei *suoi* diritti, dei suoi interessi che bisogna considerare quale sia la soluzione organizzativa migliore. È non vi è ragione di credere aprioristicamente che essa sia quella privata, ma semmai il contrario.

Lo Stato, almeno nella sua versione moderna di Stato costituzionale di diritto, è stato “inventato” proprio per questo obiettivo, assicurare strumenti effettivi di tutela dei diritti degli individui. Questi diritti non devono essere rivendicati soltanto nei confronti dei pubblici poteri, ma ancor prima nei confronti dell’ordinamento sociale, del privato. Tutte le istanze sociali che hanno segnato la storia costituzionale degli ultimi due secoli hanno portato a scrivere in Costituzione le regole che servono da presidio nei confronti della strutturale ingiustizia della società. Senza la garanzia dello Stato nei confronti dell’ordine consolidato dei rapporti sociali – quella garanzia che inizia con il principio di eguaglianza sostanziale (“È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana...”), si articola nell’elenco dei diritti sociali e si chiude con il principio di progressività della tassazione – la “spontaneità” dell’ordine sociale allargherebbe le differenze, renderebbe più drammatiche le diseguaglianze e minerebbe alle basi la stessa coesione politica e sociale.

Si spiega bene così perché siano tanto forti e pericolose le pressioni per riformare il testo della Costituzione: non si fa che ripetere che bisogna rafforzare la libertà d’impresa e liberarla da lacci e laccioli, bisogna rafforzare il ruolo delle formazioni sociali e il principio di sussidiarietà (che già è riuscito a fare breccia con la riforma del 2001), bisogna porre severi limiti all’imposizione fiscale, specie a quella diretta che è vincolata ad essere progressiva. Tutta questa insistenza sulle modifiche della Costituzione e sull’esigenza di riforme radicali rivela in fondo un aspetto forse inatteso: che, nonostante tutto quello che si dice, anche il privato più “orientato” verso il mercato, le liberalizzazioni e l’anti-statalismo resta saldamente convinto dell’effettività della regolazione pubblica e della tutela che essa conferisce ai diritti.

8. Si può migliorare l’effettività delle regole?

Migliorare l'effettività delle regole è un obiettivo sensato. Significa migliorare la certezza dei rapporti sociali e la tutela dei diritti fondamentali. Avendo elencato le principali cause che, specialmente in Italia, minano l'effettività le leggi, si è implicitamente indicata anche la via per migliorare la situazione: basta fare il possibile per rimuoverle. Migliorare le prestazioni della giustizia non è affatto un obiettivo difficile da raggiungere, se c'è la volontà politica di farlo: ma è invece sicuramente allontanato se la legislazione dello Stato si propone solo obiettivi punitivi nei confronti dei magistrati e fa il possibile per difendere gli imputati dal processo, in nome di un malinteso garantismo che manda immune il presunto colpevole per poi alimentare il senso di insicurezza della potenziale vittima. Migliorare la qualità delle leggi è un obiettivo a portata di mano, ma diventa un miraggio se la politica non vuole o non è capace di superare l'attuale diletterismo legislativo e non dà a se stessa regole inderogabili.

Certo i problemi derivanti dalla perdita di sovranità degli Stati a causa della globalizzazione e dall'incontrollabile autonomia che hanno raggiunto i mercati internazionali sono assai più difficili: osservava Constant quasi due secoli fa (1819) che "il commercio dà alla proprietà una qualità nuova, la circolazione: senza circolazione, la proprietà non è che usufrutto; l'autorità può sempre influire sull'usufrutto perché può toglierne il godimento; ma la circolazione mette un ostacolo invisibile e invincibile a questa azione del potere sociale". Oggi l'apertura dei mercati, e la smaterializzazione della proprietà (ai tempi di Constant la proprietà "vera" era fondiaria, oggi è finanziaria), rendono quelle parole profetiche: l'internazionalizzazione dei mercati crea davvero un ostacolo "invisibile e invincibile" a qualsiasi ambizione degli Stati. Però, siccome questo è un problema mondiale di cui si sono accorti tutti gli Stati, è a livello mondiale che i rimedi vengono ricercati. Questa è la vera sfida dei nostri tempi ed è ormai iscritta all'ordine del giorno delle organizzazioni che contano sul piano globale.

In attesa che il mondo risolva il suo problema, è bene che gli Stati risolvano i loro. In Italia c'è molto da fare. Anzitutto rafforzare la sfera pubblica e non cedere alla tentazione di ritenere che alle inefficienze di questa si possa rimediare rafforzando l'autonomia privata. La sfera pubblica funziona se funziona la politica, ed è proprio la crisi del sistema politico italiano la vera causa della scarsa effettività delle regole che esso cerca di imporre. È nella politica dunque che bisogna investire.

Una delle decisioni che hanno avuto le conseguenze più gravi appare *a posteriori* quella assunta dal popolo italiano con il *referendum* del 1993 che ha abrogato il finanziamento pubblico dei partiti. Sull'onda dello scandalo di Tangentopoli, il 90,3% degli elettori votanti (pari al 77% del corpo elettorale) ha voluto eliminare la vecchia legge, senza offrire però una risposta al problema fondamentale: può la politica non costare? Una politica che non costa è una politica fatta di diletteranti, e il diletterismo può andare bene forse per governare un piccolo

comune, non certo per governare un paese grande e complesso come l'Italia. Il dilettantismo politico è in fondo ancora una volta il prodotto dell'ideologia che esalta la sfera privata contro la sfera pubblica: il privato "imprestato" alla politica. Poi i "dilettanti" hanno trovato rapidamente il modo di retribuirsi: oggi la politica costa più di prima, ma i finanziamenti sono erogati sotto forma di compensi per i singoli politici (e i loro uffici) e di rimborsi delle spese elettorali. Ad essere andati persi sono i finanziamenti forniti alle strutture "pensanti" dei partiti, che hanno dovuto chiudere i loro centri studio, le loro riviste e le case editrici che concorrevano a produrre idee, a mettere a punto strategie sufficientemente corroborate da dati e dibattiti. Essere pro o contro l'energia nucleare non può essere un'opzione ideologica del singolo, ma il frutto di un'informazione scientifica, una valutazione seria dei costi e dei rischi, una riflessione "politica": le sedi dove tutto questo poteva prodursi non ci sono più, e sono state sostituite dai *talk show* in cui i singoli politici si permettono di prendere posizione, in non più di tre minuti, non si sa in base a quali informazioni e con quale retroterra di dibattito democratico.

Già, il dibattito democratico. Che non è lo spettacolo di *wrestling* politico messo in onda quasi ogni sera. Il dibattito democratico è la principale condizione dell'effettività delle regole. Non è la minaccia della sanzione a rendere le regole effettive, ma anzitutto il consenso. La sanzione ci deve essere, ma è l'*extrema ratio*: le regole funzionano se la collettività le accetta e non le considera un corpo estraneo, un'imposizione a cui sottrarsi appena possibile. E perché la collettività accetti le regole bisogna che queste siano condivise. È quello che ha intuito l'ideologia del mercato, che fa del consumatore "informato" il cittadino ideale che con le sue scelte autonome, basate sull'informazione commerciale, regola l'equilibrio del sistema. Ma questa è solo un'ideologia, dietro alla quale c'è il sopruso dei forti sui deboli. Solo in uno spazio pubblico che riscopra le regole della democrazia, cioè della partecipazione e del consenso, le regole possono davvero essere effettive – effettive per la normalità dei casi, perché per gli altri ci dev'essere la giustizia e la sanzione.

PER SAPERNE DI PIÙ

Per la nozione di "effettività" applicata al diritto si vedano P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, *Encicl. Dir.* XIV (1965), 420 ss. e G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani.

Sui problemi dell'effettività delle regole nello Stato moderno si veda L. FERRAJOLI, *Effettività primaria e effettività secondaria. Prospettive per un*

costituzionalismo globale, in *Dimensioni dell'effettività, tra teoria generale e politica del diritto*, a cura di A. Catania, Milano 2005, 129 ss. e, con particolare attenzione all'effettività delle norme europee, P. BILANCIA, *L'effettività nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, ivi, 3 ss.

Le critiche più profonde alla sostituzione della politica con il mercato si trovano negli scritti di Z. BAUMAN (cfr. in particolare *Homo consumens*, Gardolo 2007) e di J.P. FITOUSSI (cfr. in particolare *La democrazia e il mercato*, Milano 2004); la ricostruzione della storia di questa ideologia è offerta da P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Paris 1993³. Mentre per la tesi che l'economia di mercato funzioni meglio della democrazia cfr. per es. B. CAPLAN, *The Myth of the Rational Voter - Why Democracies Choose Bad Policies*, Princeton University Press, 2007.

Chi fosse interessato agli effetti della sostituzione del cittadino con il consumatore sul piano dei diritti può leggere R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, a cura di Giovanni Cocco, Milano 2010, 95-107 (che si può leggere in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0159_bin.pdf).

Sui temi della democrazia e della partecipazione la letteratura è infinita: una lettura stimolante e riferita ai problemi italiani sono i saggi raccolti in M. Bovero e V. Pazé in *La democrazia in nove lezioni*, Laterza Bari-Roma, 2010.