GdP GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

C. CORDELLI, *THE PRIVATIZED STATE*, PRINCETON UNIVERSITY PRESS, PRINCETON-OXFORD, 2020, 1-346

RECENSIONE
LIMITI ALLA PRIVATIZZAZIONE E TEORIA DELLA COSTITUZIONE (IN DIALOGO CON CHIARA CORDELLI)*

ANTONIO IGNAZIO ARENA

SOMMARIO: 1. Introduzione alla teoria politica di Chiara Cordelli e al suo background politologico. – 2. Eguale libertà e democratizzazione della pubblica amministrazione. – 3. Quale concezione dei diritti fondamentali? – 4. Libertà e autorità pubblica. – 5. L'impostazione di Cordelli e le sue implicazioni per il diritto costituzionale: considerazioni generali sull'importanza del dialogo interdisciplinare. – 6. Esistono limiti costituzionali alla privatizzazione nella Costituzione italiana? – 7. Cenni sulla parola "utilità" nella Costituzione italiana. – 8. Costituzionalismo e utilitarismo sono compatibili?

1. *Introduzione alla teoria politica di Chiara Cordelli e al suo* background *politologico*

L'opera che qui si recensisce è uno studio monografico di rilievo nel panorama culturale internazionale, non a caso premiato nel 2021 come miglior primo libro di filosofia politica dall'*European Consortium for Political Research*.

Va subito precisato che non si ha la pretesa di ricordare tutti gli aspetti salienti del testo in commento. Si focalizzerà l'attenzione su alcuni soltanto di questi, con dei richiami anche ad altro libro, di poco successivo e scritto in lingua italiana[1], nel quale in modo più agile pure si esprime, sul medesimo tema, il punto di vista di Chiara Cordelli.

---

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Ricercatore a tempo determinato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Messina.

[1] Il riferimento è a C. CORDELLI, *Privatocrazia. Perché privatizzare è un rischio per lo Stato democratico*, Milano, 2022, 3-128.

La tesi centrale del lavoro è formulata nei termini del "repubblicanesimo kantiano"[2] e quindi a partire dalla concezione della libertà come autonomia che notoriamente lo caratterizza. La libertà si realizza unicamente nella soggezione al diritto (come insegna Kant[3]), un diritto – bisogna aggiungere – generato democraticamente[4].

La privatizzazione di determinati beni e di certe attività costituisce un rischio per la democrazia – argomenta Cordelli – precisamente perché determina il passaggio da uno stato di soggezione al potere pubblico (nel quale «nessuno può costringere alcun altro se non per mezzo della legge pubblica»[5]) e, dunque, in democrazia, di soggezione alla legge della quale ciascun cittadino – per il tramite dei propri rappresentanti – può considerarsi "autore" (auto-nomia), a una soggezione al "potere" privato e cioè a una "legge" (in senso a-tecnico) che è del tutto eteronoma e pertanto arbitraria.

Tale soggezione al "potere" privato, quando si realizza, riduce l'uomo alla condizione pre-civile, nella quale – secondo Cordelli (e in termini kantiani) – non possono propriamente ritenersi esistere diritti o libertà. Ciò per via dell'assenza di un'autorità politica legittima, in presenza della quale soltanto può discutersi di libertà come autonomia (o indipendenza).

Pertanto, se una società deve definirsi giusta, in essa devono essere riconosciuti limiti costituzionali alla privatizzazione: in altre parole, la privatizzazione dovrebbe considerarsi costituzionalmente illegittima tutte le volte in cui, ove venga realizzata, si traduca, per l'appunto, nel venir meno dell'autonomia di ciascuno dei componenti della comunità.

Questa è una conclusione cui si perviene nel quadro di una ricerca di ragioni normative indipendenti dall'analisi dei singoli ordinamenti positivi, ma che – come si cercherà di mostrare – ha grande rilievo anche sul terreno dell'interpretazione giuridica.

La tesi ospita i lineamenti di una teoria politica di ordine generale (sui quali v. ancora *infra*) e riposa su alcune importanti premesse di carattere sociologico e politologico.

A tale ultimo riguardo, Cordelli sottolinea esattamente come la privatizzazione non comporti necessariamente una riduzione, ma spesso anzi un'espansione del ruolo del "governo" (inteso come potere pubblico)[6].

---

[2] Per riprendere J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, trad. it. a cura di M. Carpitella, Roma-Bari, 2006, 6, che definisce il "repubblicanesimo kantiano" come una forma di "liberalismo politico" e come «una giustificazione non religiosa e post-metafisica dei fondamenti normativi dello Stato costituzionale democratico». In proposito v. anche ID., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Milano, 2008, 63 ss., anche per un confronto con l'impostazione teorica di J. RAWLS.

[3] I. KANT, *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, in ID., *Scritti di storia, politica e diritto*, trad. it. a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, 2006, 136 ss.

[4] C. CORDELLI, *The Privatized State*, Princeton-Oxford, 2020, 61 ss.

[5] I. KANT, *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, cit., 139.

[6] S. CASSESE, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, in *Stato e mercato*, 2/1992, 239 ss. Con rif. all'ordinamento italiano v. ancora ID., *La nuova costituzione economica*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2021, part. 394 s. e G. MAJONE, A. LA SPINA, *"Deregulation" e privatizzazione: differenze e convergenze*, in *Stato e mercato*, 2/1992, 249 ss. In una prospettiva teorica v., altresì, H. FARRELL, *Privatization as State Transformation*, in J. KNIGHT, M. SCHWARTZBERG (a cura di), *Privatization*, New York, 2019, 171 ss., spec. 178 («*Privatization has not led to a retreat of the State so much as its transformation*»).

La privatizzazione determina, cioè, un'estensione dell'attività pubblica. Non una sua contrazione, ma un incremento e, al contempo, una sua trasformazione con allocazione di attività in precedenza qualificate come "funzioni pubbliche" o "servizi pubblici" a enti privati *for profit* e *non profit* (dal punto di vista di Cordelli, limiti alla privatizzazione dovrebbero esistere, infatti, anche in relazione ai casi in cui, all'esito del processo di de-pubblicizzazione, l'attività in precedenza affidata all'ente pubblico sia rimessa a realtà filantropiche, quando la sostituzione degli agenti di queste ultime agli organi pubblici determini il dominio di privati su altri privati, con conseguente ritorno alla condizione pre-civile di incertezza e precarietà nel godimento dei diritti[7]).

Se Habermas ha messo in luce la feudalizzazione/privatizzazione della sfera pubblica nel corso del Novecento, e cioè il venir meno di quelle caratteristiche che consentirebbero alla società di configurarsi come luogo entro il quale le questioni di interesse collettivo vengono discusse mediante il metodo dell'argomentazione[8], Cordelli pone in risalto la (correlata) feudalizzazione/privatizzazione dello Stato. La trasformazione della sfera pubblica, il rischio che il pubblico non sia più uno "spazio" di confronto critico, ma solo la dimensione del "consenso coatto" e delle "pubblicità" (in senso mediatico e consumistico[9]), rischia di essere (e talvolta è stata), per l'appunto, la premessa per un ritorno a sistemi di gestione privata di attività d'interesse collettivo che – secondo una concezione moderna e di derivazione illuministica – non possono, invece, che essere pubbliche (cioè rimesse alla legittima autorità pubblica, distinta dai centri di potere privati).

2. *Eguale libertà e democratizzazione della pubblica amministrazione*

Da un certo punto di vista, si potrebbe ritenere che i soggetti privati – in quanto "autorizzati" o "delegati" dallo Stato a offrire determinati beni e servizi – possano sempre operare in modo legittimo. Dopotutto gli interventi più rilevanti orientati alla privatizzazione di attività (o beni) sono realizzati tramite leggi o comunque sulla base di leggi.

Tuttavia, Cordelli si interroga sulla legittimità di queste leggi. Ritiene che esse non siano legittime se la scelta di privatizzare viola l'eguale libertà dei componenti della comunità politica; eguale libertà intesa non come situazione individuale di garanzia dalle interferenze altrui, ma come reciproca indipendenza.

Come detto, la privatizzazione illegittima è quella (e solo quella) che rende le persone sistematicamente dipendenti dalla unilaterale volontà di attori privati. Ciò in

[7] C. CORDELLI, *Privatocrazia. Perché privatizzare è un rischio per lo Stato democratico*, cit., 59 ss. Cfr. altresì ID., *Privatization without Profit?*, in J. KNIGHT, M. SCHWARTZBERG (a cura di), *Privatization*, cit., 113 ss. («*In some States, nonprofit associations can control up to ninety percent of overall social service delivery and up to seventy-five percent of State benefits delivery* […] *Therefore it is worth asking whether the only reasons to object to privatization are market-centered, or whether there are important market-independent reasons as well*»).

[8] J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it. a cura di A. Illuminati, F. Masini, W. Perretta, Roma-Bari, 2006, 67 ss.

[9] J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit., 225 ss.

quanto – si può adesso aggiungere – agli stessi siano rimesse determinazioni di notevole impatto sull'esercizio dei diritti. Tanto notevole da poter sostenere che agli stessi soggetti privati siano attribuiti *quasi-legislative powers*[10].

La privatizzazione, oltre una certa soglia, equivale ad abdicare al diritto della collettività di autogovernarsi democraticamente. Una comunità politica, anche tramite i propri rappresentanti democraticamente eletti, non è legittimata a rinunciare all'autogoverno e a rimettere la perimetrazione del riconoscimento e del godimento dei diritti a soggetti non pubblici[11].

Cordelli, però, non si limita a sostenere che dovrebbero esistere dei limiti costituzionali alla privatizzazione. Poiché nella sua concezione un ruolo di rilievo non può che essere assegnato, entro una società giusta, alla pubblica amministrazione, l'A. sostiene altresì l'esigenza di una maggiore democratizzazione della stessa[12].

Per questo aspetto, la tesi di Cordelli va incontro a una tendenza che nelle democrazie contemporanee è già in atto, anche se prevalentemente attraverso una valorizzazione del contributo offerto dagli enti del terzo settore[13]. La proposta di democratizzazione che si rinviene nell'opera in commento è critica nei confronti delle realtà filantropiche (quando queste operano in sostituzione del "pubblico")[14] e punta, invece, su moduli organizzativi in grado di assicurare un maggior coinvolgimento dei cittadini nell'attività amministrativa e una maggiore responsabilizzazione dei dirigenti e dei funzionari pubblici dinanzi ai primi.

Serve, al contempo, secondo Cordelli, riscoprire (hegelianamente) l'etica del servizio pubblico[15] e far acquisire consapevolezza, a livello sociale, che potere pubblico e attività private – per così dire, "leggi" e "contratti" – non sono intercambiabili.

Sul piano della filosofia politica, la tesi di Cordelli è sorprendentemente attenta al ruolo della pubblica amministrazione, generalmente lasciato in disparte nelle teorie della giustizia (le quali si soffermano fondamentalmente su problematiche che, in termini giuridici, attengono alla legislazione, costituzionale e ordinaria). Si tratta di una

[10] C. CORDELLI, *The Privatized State*, cit., 12. Cfr. altresì K.S. RAHMAN, *Reconstructing the Administrative State in an Era of Economic and Democratic Crisis*, in *Harvard Law Review*, 6/2018, 1688, che scrive di come la privatizzazione massiva possa conferire a soggetti privati un potere "quasi-sovrano" («*quasi-sovereign*») sul benessere delle persone senza le responsabilità connesse generalmente al ricoprire un ufficio pubblico.

[11] Pare di poter notare un collegamento con la tradizione repubblicana dell'autogoverno che ha in Italia uno dei suoi massimi interpreti, sul piano politico, in G. MAZZINI, *I doveri dell'uomo*, Milano, 1908, 70 ss. (*ivi* si qualifica espressamente la libertà politica non solo come diritto, ma anche come dovere del cittadino e si afferma che la libertà «non è negazione di ogni autorità; è la negazione d'autorità che non rappresenti lo scopo collettivo della nazione, e che presuma impiantarsi e mantenersi sovr'altra base che su quella del libero spontaneo […] consenso»).

[12] C. CORDELLI, *Privatocrazia*, cit., 113 ss.

[13] Quanto all'ordinamento italiano v. M. CLARICH, B. BOSCHETTI, *Ai confini del terzo settore (e del suo diritto)*, in A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020, 97 ss.; P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, il Mulino, Bologna, 2018, 135 ss.; L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, 207 ss.; F. SANCHINI, *Profili costituzionali del terzo settore*, Milano, 2021, 105 ss. Con riguardo alla realtà di altri Paesi, *ex plurimis* v. H.K. ANHEIER, M. LANG, S. TOEPLER, *Comparative Nonprofit Sector Research: A Critical Assessment*, in W.W. POWELL, P. BROMLEY (a cura di), *The Nonprofit Sector. A Research Handbook*, Stanford, 2020, 648 ss.

[14] C. CORDELLI, *Privatocrazia*, cit., 59 ss.

[15] C. CORDELLI, *The Privatized State*, cit., 287 ss.

proposta teorica che quindi va oltre i tradizionali confini del dibattito politico-filosofico non solo per l'attenzione ai poteri privati, ma anche per il riferimento alla pubblica amministrazione.

3. *Quale concezione dei diritti fondamentali?*

Si è notato come la teoria politica generale di Cordelli ruoti intorno a una ricostruzione dello stato di natura che è di matrice kantiana: per un verso, come in Hobbes, non ci sono veri e propri diritti prima della nascita dello Stato[16]; per altro verso, diversamente da Hobbes, lo stato di natura non è uno stato di guerra di tutti contro tutti[17], ma semplicemente uno stato nel quale qualsiasi diritto, (a torto o a ragione) invocato da una persona, è privo di adeguata tutela e, perciò, esposto al mancato riconoscimento (e alla conseguente violazione) da parte di altri.

Una simile condizione non è concepita come un inconveniente che può essere risolto sia attraverso la nascita dello Stato sia altrimenti (come nelle concezioni libertarie): essa può essere rimossa unicamente attraverso l'abbandono dello stato di natura e la nascita di una comunità politica contraddistinta da un'autorità legittima.

Questo è uno degli aspetti di maggior interesse della teoria di Cordelli. Nasce dall'esigenza di confrontarsi con interpretazioni libertarie (o addirittura ultra-libertarie) di Locke, che si potrebbero definire, seguendo il lessico tipico del dibattito nord-americano (e impiegato da Cordelli), "neo-lockiane"[18]. Esse assumono che la fornitura di ogni servizio o bene, purché efficiente, possa essere rimessa – nel pieno rispetto dei diritti fondamentali concepiti come diritti pre-esistenti allo Stato (e che lo Stato deve riconoscere) – tanto a soggetti pubblici quanto a soggetti privati, *indifferentemente*.

In Locke, in effetti, nello stato di natura può discutersi dell'esistenza di veri e propri diritti inviolabili in quanto non è impossibile che la garanzia di questi diritti passi attraverso l'esercizio degli stessi (e, in particolare, del diritto alla legittima difesa e del diritto di punire le offese ricevute – da sé o anche da altri – in modo proporzionale al danno)[19]. Secondo Locke, però, nello stato di natura è facile che sorgano inconvenienti

[16] Cfr. T. HOBBES, *Leviatano*, trad. it. a cura di G. Micheli, Milano, 2012, 132 («A questa guerra di ogni uomo contro ogni altro uomo, consegue anche questo, che niente può essere ingiusto. Le nozioni di ciò che è retto e di ciò che è torto, della giustizia e dell'ingiustizia non hanno luogo qui. Dove non c'è potere comune, non c'è legge; dove non c'è legge, non c'è ingiustizia»).

[17] In HOBBES (*Leviatano*, cit., 130), invece, come noto, si legge: «Durante il tempo in cui gli uomini vivono senza un potere comune che li tenga tutti in soggezione, essi si trovano in quella condizione che è chiamata guerra e tale guerra è quella di ogni uomo contro ogni altro uomo».

[18] C. CORDELLI, *The Privatized State*, cit., 47 («*The most powerful defence of what I called "the interchangeability assumption" comes, I believe, from neo-Lockeans*»). Il riferimento è part. alle tesi espresse da A.J. SIMMONS, *Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations*, Cambridge, 2001, 154 s.

[19] J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, trad. it. a cura di L. Pareyson, Torino, 2010, 231 s. («Come ciascuno è tenuto a conservare se stesso e non abbandonare volontariamente il suo posto, così, per la medesima ragione, quando non sia in gioco la sua stessa conservazione, deve, per quanto può, conservare gli altri, e non può, se non nel caso di far giustizia d'un offensore, sopprimere o menomare a un altro la vita o quanto contribuisce alla conservazione della vita, come la libertà, la salute, le membra del corpo o i beni. E perché tutti siamo trattenuti dal violare i diritti altrui e dal far torto ad altri, e sia osservata la legge

tali da rendere non effettivo il godimento dei diritti. Di qui egli concede che il rimedio *debba* essere la nascita dello Stato[20].

Anche Nozick, sia pur dopo una articolata disamina di tutte le eventualità intermedie tra stato di natura e società civile[21], arriva a riconoscere il carattere *ineluttabile* del passaggio allo Stato (sia pur minimo) per assicurare la garanzia dei diritti fondamentali[22] (che egli intende come vincoli all'attività altrui, posta in essere sia da privati sia dal potere pubblico)[23].

I neo-lockiani, però, assumono che il passaggio dallo stato di natura allo Stato dipenda unicamente da ragioni utilitaristiche: ragionano, cioè, in termini di mera efficienza. Se le condizioni di contesto lo consentissero, e ciò fosse conveniente, dello Stato si potrebbe (anzi, si dovrebbe) anche del tutto fare a meno. In questa prospettiva, la scelta di privatizzare una qualsiasi attività (di fornitura di beni o servizi) deve essere considerata secondo una logica consequenzialista, e cioè muovendo dall'idea che, purché gli inconvenienti dello stato di natura siano risolti, è indifferente che il servizio o il bene sia offerto da un soggetto pubblico o da un soggetto privato[24].

Ecco perché Cordelli deve ricercare una formula teorica in grado di affermare il carattere necessario (in senso non strumentale) dello Stato per una società giusta, senza

---

di natura, che vuole la pace e la conservazione di tutti gli uomini, l'esecuzione della legge di natura è, in questo stato, posta nelle mani di ciascuno, per cui ognuno ha il diritto di punire i trasgressori di questa legge, in misura tale che possa impedirne la violazione»).

[20] J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., 241 ss. («Uomini che vivono insieme secondo ragione, senza un superiore comune sulla terra, che abbia autorità a giudicare fra di loro: questo è propriamente lo stato di natura. Ma la forza, o un'intenzione dichiarata di forza sulla persona di un altro, quando non vi sia sulla terra un superiore comune a cui appellarsi per soccorso, è lo stato di guerra […] La necessità di evitare questo stato di guerra – in cui non v'è altro appello che al cielo, e in cui ogni menoma divergenza è subito risolta, non essendovi autorità che decida fra i contendenti – è l'unico fondamentale motivo del fatto che gli uomini si pongono in società e abbandonano lo stato di natura, perché dove c'è un'autorità, un potere sulla terra da cui per appello si può ottenere soccorso, lì è esclusa la permanenza dello stato di guerra, e la controversia è decisa da questo potere»).

[21] R. NOZICK, *Anarchia, Stato e utopia*, trad. it. a cura di G. Ferranti, Milano, 2008, 33 («Per intendere con precisione di cosa sia il rimedio il governo civile, dobbiamo fare qualcosa di più che ripetere la lista lockiana degli inconvenienti dello stato di natura. Dobbiamo anche prendere in considerazione il tipo di intese che si potrebbero raggiungere entro lo stato di natura per far fronte a questi inconvenienti – per evitarli o renderli meno probabili o meno gravi quando insorgono»).

[22] Se è vero, infatti, che per R. NOZICK (*Anarchia, Stato e utopia*, cit., 163) «lo Stato minimo è lo Stato più esteso che possa essere giustificato» e che «qualsiasi Stato più esteso viola i diritti delle persone», lo è nondimeno che, per lo stesso A., «lo Stato minimo è auspicabile oltre che giusto» (*ivi*, 17), che la «transizione da un sistema di agenzie protettive private a uno Stato ultraminimo, avviene mediante un processo a mano invisibile in forme moralmente permissibili che non violano i diritti di nessuno» e, infine, che «la transizione da uno Stato ultraminimo a uno Stato minimo *deve verificarsi per ragioni morali*. Sarebbe moralmente inaccettabile per le persone sostenere il monopolio dello Stato ultraminimo senza fornire servizi protettivi per tutti, anche se ciò esige una specifica "ridistribuzione"» (*ivi*, 72, corsivi aggiunti).

[23] Secondo R. NOZICK (*Anarchia, Stato e utopia*, cit., 52) la concezione dei diritti come vincoli riflette l'impostazione kantiana («i vincoli collaterali sull'azione riflettono il principio kantiano di base che gli individui sono fini e non semplicemente mezzi; non possono essere sacrificati o usati per il conseguimento di altri fini senza il loro consenso»).

[24] C. CORDELLI, *The Privatized State*, cit., 48 («*The Lockean argument* […] *provides strong philosophical support to the claim that, depending on empirical circumstances, justice itself may require us to slowly move from a public system to a private system of enforcement, from public to private adjudication, and from taxation to philanthropy. Therefore, those who want to resist the progressive privatization of the public should have a persuasive answer to the Lockean argument*»).

ricadere nelle argomentazioni tipiche di un approccio essenzialista[25]: vale a dire, senza affermare che certe attività devono essere pubbliche per essenza[26] (quando, invece, potrebbe obiettarsi che ogni servizio o bene, in astratto, può essere pubblico o privato e che la privatizzazione non "corrompe" – nell'accezione tipica delle teorie comunitariste[27] – il significato sociale di beni o servizi, ma – se si vuole impiegare questi termini – "corrompe" piuttosto il significato sociale delle relazioni generate dall'erogazione dei servizi e dalla gestione dei beni)[28].

La concezione kantiana dei diritti, sposata da Cordelli, è una risposta efficace.

Si legge in *The Privatized State*: «*Where Kantians depart from Lockeans is on the possibility of acquiring conclusive rights in the state of nature (rights that impose binding and enforceable obligations on others)*»[29].

Per Kant, nello stato di natura, nessuno può legittimamente essere esecutore della legge di natura e quindi non può discutersi in senso proprio di diritti e di giustizia prima dello Stato: le inclinazioni degli uomini «fanno sì che essi non possano stare a lungo l'uno accanto all'altro in selvaggia libertà. Solo in un tale recinto, qual è l'unificazione civile, queste medesime inclinazioni producono il migliore effetto»[30].

Se ciascuno fosse esecutore della legge di natura, imporrebbe arbitrariamente la sua interpretazione della stessa agli altri.

In questo senso, gli inconvenienti dello stato di natura non sono solo "pratici" (legati cioè al fatto che chi subisce un danno potrebbe non essere nelle condizioni di reagire o al fatto che, in mancanza di un'autorità costituita, il trasgressore della legge di natura potrebbe non essere punito o, viceversa, punito in modo più che proporzionale all'offesa, ecc.)[31], ma impediscono, in radice, che si possa discutere di titolarità di diritti.

I diritti, insomma, non sono tali perché ognuno li reclama. Esistono solo entro il contesto di una società civile che (mediante procedure democratiche) li garantisce[32]. Il governo (potere pubblico) è legittimo solo se può dirsi agire "in nome del popolo" (e quindi nell'interesse pubblico) e, se lo è, è differente dai poteri privati che possono esprimere solo "volontà particolari".

---

[25] C. CORDELLI, *The Privatized State*, cit., 39 ss.

[26] Cfr., per tutti, A. HAREL, *Why Privatization Matters: The Democratic Case against Privatization*, in J. KNIGHT, M. SCHWARTZBERG (a cura di), *Privatization*, cit., 52 ss.

[27] Si v. part. M. SANDEL, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, trad. it. a cura di C. Del Bò, Milano, 2017, 114.

[28] C. CORDELLI, *The Privatized State*, cit., 38.

[29] C. CORDELLI, *The Privatized State*, cit., 49.

[30] I. KANT, *Idee per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in ID., *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., 35.

[31] Tali inconvenienti (e altri) sono oggetto di attenta considerazione in R. NOZICK, *Anarchia, Stato e utopia*, cit., 35 ss.

[32] Benché in J. LOCKE (*Due trattati sul governo*, cit., 326 s.) si ritrovi, al contrario, l'affermazione che l'uomo nello stato di natura è titolare di diritti inviolabili, pure per questo A. la garanzia dei diritti è rimessa alle determinazioni del potere legislativo, e quindi implica, di necessità, la presenza di un'autorità pubblica legittima. La legge, in particolare, deve essere approvata in forme tali che si possa ritenere che essa esprima il «consenso della società». Infatti, il potere legislativo incontra dei limiti, e tra questi, anzitutto, quello per cui non può configurarsi come un potere «arbitrario sulle vite e sugli averi del popolo».

Ciò non toglie, peraltro, che in termini kantiani debba considerarsi "preesistente" allo Stato l'autonomia morale di ciascuna persona umana[33]. Ciò nondimeno, entro lo stesso orizzonte teorico, senza autorità politica legittima, le rivendicazioni dei diritti naturali sono esse stesse incompatibili con l'idea di libertà (intesa come non dominio).

Cordelli scrive infatti: «*A right, definitionally, entails the legitimate authority to impose binding and enforceable obligations on others*»[34].

4. *Libertà e autorità pubblica*

Piuttosto che ostinarsi ad affermare, nella prospettiva libertaria, che l'effettiva garanzia dei diritti nello stato di natura non è impossibile, ma solo difficile (essendo rimessa al diritto di punire il trasgressore in modo proporzionale all'offesa), e che pertanto è criticabile affermare che "nello stato di natura" non esistano diritti, si potrebbe forse, con maggior costrutto, distinguere tra la titolarità del diritto (che reclama di essere riconosciuto da ogni autorità che voglia reputarsi legittima e si ricollega, in ultima analisi, all'autonomia morale propria della persona umana) e la garanzia del diritto (conseguibile solo tramite l'autorità pubblica).

Ciò che, ad ogni modo, pare si debba condividere nell'impostazione patrocinata da Cordelli, è senz'altro l'assunto di base per il quale *solo* tramite l'autorità pubblica può aversi la garanzia dei diritti fondamentali.

In questi termini, la distanza tra l'impostazione lockiana (intesa in senso differente, però, da quello tipico dei libertari e, *a fortiori*, dei neo-lockiani) e quella kantiana si riduce: anzi, la lettura di Kant proposta da Cordelli serve a chiarire come il passaggio dallo stato di natura allo Stato, quando pure si affermi la preesistenza dei diritti all'autorità pubblica, sia ineludibile, perché la garanzia dei diritti è indisgiungibile dalla soggezione a una volontà impersonale (e cioè dalla non soggezione a unilaterali decisioni di particolari persone in ordine alle condizioni di godimento degli stessi). In altre parole, la libertà richiede l'autorità, perché si realizza non mai nell'anarchia, ma sempre nella soggezione alla legge (*rule of law*) – più precisamente, alla legge "giusta" (conforme a costituzione).

Come visto, procedendo oltre le ambiguità in proposito rinvenibili in Kant[35], Cordelli afferma limpidamente che la tutela dei diritti si realizza non nella soggezione a qualsiasi diritto, ma solo a un diritto prodotto democraticamente, generato cioè con modalità compatibili con la libertà intesa come non dominio.

In parte, dunque, Cordelli sembra rifarsi a concezioni proceduraliste[36] (come quella di Raz[37]), perché le ragioni per le quali il vincolo prodotto dall'esercizio del

[33] I. KANT, *Critica della ragione pratica*, trad. it. a cura di F. Capra, Roma-Bari, 2008, 34 ss.

[34] C. CORDELLI, *Privatization*, cit., 58.

[35] In I. KANT (*Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, cit., 144) la costituzione dovrebbe «obbligare ogni legislatore ad emanare le sue leggi così come esse sarebbero potute nascere dalla volontà riunita di un intero popolo, e considerare ogni suddito, in quanto voglia essere cittadino, come se avesse dato il suo assenso ad una tale volontà».

[36] C. CORDELLI, *Privatization*, cit., 67.

potere pubblico democraticamente legittimato risulta diverso da vincoli determinati da soggetti non pubblici (non legittimati democraticamente) non attengono al merito della decisione, ma alla forma mediante la quale essa è presa.

La limitazione dei diritti differisce dalla violazione dei diritti proprio perché (come del resto già sostenuto da Locke[38]) si assume che le limitazioni siano il frutto di decisioni adottate in modo giusto.

La prospettiva di Cordelli, però, come si è visto *supra*, non è *meramente* proceduralista. Infatti, la sua concezione presuppone, al tempo stesso, che le procedure siano strutturate a partire dal riconoscimento della libertà (indipendenza) e dell'eguaglianza di tutti i componenti della comunità politica[39]. Anzi, può pure dirsi che tali procedure sottintendano una concezione dell'eguaglianza sostanziale senza la quale la libertà non potrebbe dirsi effettiva: «*What makes a will omnilateral is not only its procedural form but also its substantive aim. This is to say that it must be a will, the exercise of which makes possible the free choice of each to accord with the freedom of all. Now, in order for the free choice of each person to accord with the freedom of others, people must be guaranteed, beyond equal formal freedoms, the* material *means necessary to exercise those freedoms*»[40]. Viene così riconosciuta, sul piano filosofico-politico, l'esistenza di un nesso tra le forme mediante le quali si esercita il potere pubblico e, più in generale, si disciplina lo svolgimento della vita democratica di un Paese, da un lato, e i principi fondamentali e i diritti inviolabili cui si conforma l'ordinamento giuridico, avendo riguardo al complesso delle relazioni sociali ritenute rilevanti per il diritto, dall'altro. Un nesso che, in contesto liberaldemocratico, sembra potersi, in effetti, individuare anche in sede di interpretazione giuridica.

5. *L'impostazione di Cordelli e le sue implicazioni per il diritto costituzionale: considerazioni generali sull'importanza del dialogo interdisciplinare*

Come si vede, dunque, sono molti i pregi e gli aspetti di interesse della teoria formulata da Cordelli, la quale va oltre il tema della privatizzazione e presuppone una lettura critica del contesto sociale contemporaneo.

Di seguito, si sviluppano alcune riflessioni relative alle possibili implicazioni della teoria nello studio del diritto costituzionale.

Una prima è di ordine molto generale e attiene all'importanza del dialogo tra filosofia politica e diritto costituzionale[41].

---

[37] Cfr. J. RAZ (*Practical Reason and Norms*, Londra, 1975, 58 s.) per il quale, come noto, le norme giuridiche costituiscono ragioni per agire "escludenti", cioè tali da implicare l'esclusione di ogni altra ragione per agire diversa dalle stesse ragioni giuridiche (e, in particolare, il ricorso a ragioni morali).

[38] J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., 328 ss.

[39] In tal senso, sembra che in Cordelli, come in J. HABERMAS (*L'inclusione dell'altro*, cit., 86), l'autonomia pubblica e l'autonomia privata reciprocamente si presuppongano.

[40] C. CORDELLI, *The Privatized State*, cit., 69.

[41] In generale, sull'importanza del dialogo interdisciplinare per tutti v. S. CASSESE, *L'educazione del giurista*, in *Nuova Antologia. Rivista di lettere, scienze ed arti*, n. 2265/2013, 36 ss.

Infatti, (fermo restando il carattere intersoggettivo dell'interpretazione e dunque la necessità di considerare determinante per l'interprete l'ancoraggio al dato positivo) sembra che i giudizi soggettivi di valore siano ineliminabili nell'interpretazione giuridica e, specialmente, costituzionale[42]. Dal momento che la Costituzione dev'essere vista (almeno anche) come un documento politico[43] (cioè come un documento giuridico e, al contempo, politico), questi giudizi (nei quali, tuttavia, l'interpretazione non può risolversi) implicano, in misura preponderante (ancorché non esclusiva), prese di posizione teorico-politiche. Pertanto, l'approfondimento delle questioni filosofico-politiche risulta essere di speciale importanza nell'interpretazione costituzionale.

Al tempo stesso, il dialogo tra i due settori disciplinari non può che essere particolarmente proficuo per ragioni che attengono alla storia della scienza del diritto costituzionale[44] (di sicuro, il più "politico" tra i diritti: di qui, anche, l'antica – problematica – denominazione di "diritto politico", particolarmente diffusa nei Paesi di lingua spagnola) oltreché alla storia della dottrina dello Stato (disciplina alla quale non pochi scienziati del diritto costituzionale hanno, come noto, apportato decisivi contributi, e che nasceva, per l'appunto, all'insegna della interdisciplinarietà, intrecciando considerazioni di carattere storico, giuridico-costituzionale e, per l'appunto, filosofico-politico)[45].

Inoltre, sia lo studioso del diritto costituzionale (se non si vuole limitare al descrittivismo[46]) sia quello di filosofia politica (sia pur ciascuno in modo differente) *possono* ritenersi accomunati dall'impegno per lo sviluppo del costituzionalismo, inteso come movimento storico e di pensiero che, a partire dal XVII-XVIII secolo, ha trasformato la realtà istituzionale e sociale, dapprima in Europa e in Nord America, e poi in molti altri Paesi in tutto il resto del mondo[47].

Ed è precisamente in questo orizzonte di fecondo dialogo (nel quale non v'è rischio di confusione tra i settori disciplinari e le rispettive metodologie) che si apprezza, dal punto di vista costituzionalistico, il libro di Chiara Cordelli, il quale offre all'interpretazione costituzionale e allo sviluppo del costituzionalismo liberaldemocratico innovativi e importanti elementi di chiarificazione.

Per converso, pare che anche lo studio del diritto costituzionale possa offrire contributi d'interesse filosofico-politico: dopotutto il diritto costituzionale, almeno in

---

[42] E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Milano, 1990, 792.

[43] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 321 s.

[44] Il riferimento è all'emancipazione del diritto costituzionale, quale scienza rigorosamente giuridica, da altri ambiti del sapere (non propriamente giuridici): in proposito, per tutti v. M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, 2001, spec. 327 ss., 371 ss.

[45] Cfr. part. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Torino, 2009, 11 ss.

[46] G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Milano, 2018, 171 ss.

[47] P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, 130 ss.; sul rilievo delle dottrine filosofiche per l'affermazione del modello di democrazia costituzionale v., per tutti, A.A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in A.A. BARBERA, G. ZANETTI (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2012, 3 ss. e G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, 73 ss.

contesto liberaldemocratico, è il diritto che limita (e orienta) la politica e, non a caso, i principi di giustizia (vero cuore della riflessione filosofico-politica) sono limiti (e fini) invocati sul piano teorico che, in ultima analisi, ove accolti, dovrebbero tradursi – come sottolineato esplicitamente da Cordelli – in limiti (e fini) costituzionali[48].

6. *Esistono limiti costituzionali alla privatizzazione nella Costituzione italiana?*

È chiaro che l'opera di Cordelli solleva anzitutto, per lo studioso del diritto costituzionale italiano, l'interrogativo relativo all'esistenza di limiti alla privatizzazione nella Costituzione italiana.

Il discorso, in proposito, è complesso e può a esso farsi in questa sede soltanto un cenno.

Risulta particolarmente controverso, infatti, se dalla Carta fondamentale possano dirsi discendere limiti alla privatizzazione (la stessa Cordelli, pur non volendo entrare nel merito dell'interpretazione di costituzioni vigenti, e di quella italiana in ispecie, esprime perplessità in proposito[49]).

È da ritenere che sia preliminarmente necessario distinguere tra una privatizzazione meramente formale e una privatizzazione sostanziale, la quale può realizzarsi (e spesso si realizza) gradualmente, e con modalità differenti, tanto che può discorrersi della privatizzazione sostanziale come di un "processo multiforme"[50].

Sembra opportuno riferirsi qui unicamente alla privatizzazione sostanziale.

È inoltre necessario limitare la riflessione alle funzioni e ai servizi pubblici[51], includendo, però, i casi nei quali la privatizzazione di beni e risorse equivale alla privatizzazione dei correlati servizi (ed escludendo, invece, le privatizzazioni che, avendo riguardo al valore economico dei beni coinvolti, possono definirsi di medio-piccola entità).

Ebbene, fatte queste premesse, la privatizzazione pare possa dirsi aprioristicamente esclusa in relazione all'esercizio dei poteri/delle funzioni pubbliche che la Costituzione assegna esplicitamente a organi o enti pubblici o, comunque, per le

[48] Cfr. C. CORDELLI, *Privatocrazia*, cit., 30: «In quanto il compito supremo della costituzione di ogni Stato democratico è proteggere le condizioni di possibilità e l'integrità della democrazia stessa, se il mio ragionamento è corretto, ne consegue che ogni costituzione dovrebbe contenere limiti espliciti alla privatizzazione di funzioni pubbliche».

[49] C. CORDELLI, *Privatocrazia*, cit., 101 ss.; ID., *The Privatized State*, cit., 284 ss.

[50] La privatizzazione sostanziale può essere preceduta dalla privatizzazione meramente formale e si può realizzare in modo "obliquo" (mediante esternalizzazione o *outsourcing*); inoltre, si può realizzare gradualmente, sia nel senso che l'ente può assumere una configurazione intermedia, o d'incerta qualificazione, sia nel senso che può essere solo parzialmente privatizzato. Pertanto bisogna distinguere, volta per volta, se davvero (cioè in termini sostanziali) si è avuta una privatizzazione. Naturalmente, ove si accogliesse la tesi per la quale dalla Costituzione discendono limiti alle privatizzazioni (sostanziali), questi ultimi dovrebbero valere anche per i casi di privatizzazione formale attuata con *modalità* tali da non escludere, attraverso attività di diritto privato, la successiva privatizzazione sostanziale (*quali* potrebbero essere, invece, a titolo esemplificativo, le cc.dd. "*golden share*" o i cc.dd. "*golden power*").

[51] Sulla (problematica) nozione di "servizio pubblico", per tutti v. M.S. GIANNINI, *Il potere pubblico. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 69 s.

funzioni spettanti a organi pubblici per le quali possa predicarsi anche un implicito fondamento costituzionale.

Ciò, almeno in Italia, è pacifico. Per fare solo alcuni esempi, mentre è possibile ammettere che all'esercizio di funzioni giurisdizionali da parte dei magistrati ordinari e speciali si affianchino, alle condizioni stabilite dalla legge e nel rispetto della Costituzione, forme arbitrali di soluzione delle controversie tra privati, non è possibile immaginare una privatizzazione *tout court* del sistema giustizia, la quale sarebbe incostituzionale (persino ove venisse realizzata ricorrendo al procedimento aggravato di cui all'art. 138 Cost.). Similmente non si potrebbe privatizzare la formazione delle leggi: il che, per un verso, è scontato, mentre, per altro verso, solleva interrogativi in ordine ai poteri regolatori di soggetti privati (si pensi alle multinazionali e ai "giganti" del *web*). E, ancora, non è possibile immaginare un sistema nel quale privati (anche *non profit*) espropriino del tutto il potere pubblico della scelta di dove allocare le risorse pubbliche…

Il vero nodo della questione è, però, quello di capire se vi siano anche elementi per sostenere che dalla Costituzione derivino ulteriori limiti, in riferimento all'erogazione di servizi pubblici.

Ora, secondo l'impostazione che pare da preferire, non è del tutto da escludere che si possano ricavare dalla Costituzione dei limiti alla privatizzazione sostanziale delle imprese o categorie di imprese (sostanzialmente pubbliche) che si riferiscano a situazioni di monopolio, servizi pubblici essenziali o fonti di energia e abbiano carattere di preminente interesse generale. Naturalmente, il riferimento è a quelle imprese che, rientrando nel campo di applicazione dell'art. 43 Cost., sono suscettibili di pubblicizzazione in via autoritativa con legge (o atto equiparato) e la cui privatizzazione, pertanto, dovrebbe avvenire nelle medesime forme.

La praticabilità dell'interpretazione appena riferita risulterebbe da una lettura dell'art. 43 Cost. che può essere sinteticamente riassunta così: per un verso, (unicamente) nei casi indicati da questo articolo, la pubblicizzazione sarebbe costituzionalmente non solo possibile, ma anche doverosa (sebbene non vi siano strumenti per costringere in senso proprio il legislatore a ricorrervi[52]); per altro verso, e conseguentemente, (solo) nei casi indicati dal medesimo articolo, non potrebbe legittimamente procedersi alla privatizzazione[53] (affermazione quest'ultima che, però, andrebbe intesa interpretando restrittivamente le ipotesi rientranti nel campo di

[52] Sia consentito, per ragioni di brevità, rinviare a A.I. ARENA, *Un tentativo di individuare limiti alla privatizzazione nella Costituzione italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2020, 12 s., 16, 34 ss.; per i profili relativi alla possibilità di conciliare tale interpretazione con il diritto dell'Unione europea v. part. 27 ss.; per il rapporto con le ricostruzioni dottrinali relative alla controversa categoria dei cc.dd. "beni comuni" v. 29 ss.

[53] La logica di tale interpretazione – si può anche dire – è quella della sussidiarietà: se in certi casi si deve pubblicizzare, e quindi non si può privatizzare, ciò è in quanto gli obiettivi economico-sociali che lo Stato democratico si prefigge non potrebbero essere raggiunti altrimenti, in forme meno invasive (rispetto alla gestione pubblica) dell'autonomia sociale. Laddove, infatti, queste forme meno invasive fossero praticabili, la pubblicizzazione non dovrebbe essere realizzata. Le privatizzazioni dovrebbero servire a eliminare, tenendo anche conto delle trasformazioni del contesto economico e sociale, le pubblicizzazioni divenute eccessive (o – ma di ciò qui non si discute – riferirsi a imprese pubbliche, non riservate o trasferite autoritativamente, non rientranti nelle ipotesi di cui all'art. 43 Cost.).

applicazione dell'art. 43 Cost., onde evitare che ne derivino vincoli eccessivamente stringenti e fondamentalmente non rispettosi della discrezionalità del legislatore; discrezionalità che – in considerazione dei molteplici interessi pubblici in gioco nel campo delle politiche economiche – è particolarmente importante salvaguardare[54]). Una legge (così come un atto equiparato) che disponesse o consentisse la privatizzazione nei casi predetti risulterebbe, dunque, in contrasto con l'art. 43 Cost.

Tale interpretazione, come altrove si è sostenuto[55], non pare essere in contrasto con il tenore letterale dell'art. 43 Cost. o con l'*original intent*[56] e potrebbe essere difesa attraverso una lettura storico-sistematica delle disposizioni costituzionali[57], che tenga conto della stessa necessità dell'intervento pubblico in campo sociale e (in particolare) economico per assicurare, anzitutto, l'effettiva libertà dello stesso mercato[58] (evitando così che la privatizzazione, come altrove rilevato[59], determini un'abdicazione, da parte dello Stato, ai compiti di programmazione economica costituzionalmente previsti) e, più ampiamente, l'effettiva possibilità di partecipazione, da parte di tutti i componenti della comunità, alle diverse "sfere" (culturale, economica, politica e, in ultima analisi, istituzionale) entro cui si articola la convivenza associata.

---

[54] L'elenco di cui all'art. 43 Cost. – contrariamente a quanto pure si è sostenuto per ampliare la sfera delle pubblicizzazioni in via autoritativa costituzionalmente ammissibili (per tutti, v. A. PREDIERI, *Collettivizzazione*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, 423) – è tassativo. Il riferimento al carattere di preminente interesse generale vale dunque a restringere ulteriormente il campo di applicazione dell'art. 43 Cost., dovendo essere inteso a partire dall'idea che gli interventi di pubblicizzazione devono aver di mira i «risultati di carattere economico e sociale che lo Stato democratico si prefigge» (C. cost., sent. n. 58 del 1965, p. 4 *cons. in dir.*). Sulla natura eccezionale delle pubblicizzazioni cfr., per tutti, F. GALGANO, *Art. 43*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1982, 195. Se eccezionali sono le pubblicizzazioni *ex* art. 43 Cost., conseguentemente – accolta l'interpretazione indicata nel testo – eccezionali dovrebbero considerarsi anche i limiti costituzionali alla privatizzazione desumibili da tale articolo.

[55] Ancora una volta, solo per brevità, sia consentito rinviare a A.I. ARENA, *Un tentativo di individuare limiti alla privatizzazione nella Costituzione italiana*, cit., 13 ss.

[56] Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, terza sottocommissione, resoconto stenografico della seduta pomeridiana del 15 ottobre 1946 e Assemblea costituente, resoconto stenografico della seduta pomeridiana del 13 maggio 1947.

[57] È appena il caso di rilevare che – peraltro anche ove non si accedesse all'interpretazione dell'art. 43 Cost. prospettata nel testo – sanità, istruzione, assistenza e previdenza sono settori nei quali l'erogazione di pubblici servizi, dunque la presenza delle istituzioni pubbliche, appare costituzionalmente irrinunciabile; per cui una privatizzazione massiva in tali ambiti risulterebbe incostituzionale (v. artt. 32, 33, 34, 38 Cost.). A questi temi C. CORDELLI (*Privatocrazia*, cit., 33 ss. e 81 ss.) dedica acute riflessioni spiegando per quali ragioni nel contesto di una liberaldemocrazia non si possa fare a meno del *welfare* pubblico. Ciò sembra poter corroborare la lettura dell'art. 43 Cost. per la quale da esso discenderebbero limiti alla privatizzazione di imprese o categorie di imprese. Una lettura sistematica dell'art. 43 Cost. non potrebbe non considerare poi l'art. 41, comma I, Cost., specialmente per quanto attiene all'individuazione del significato del riferimento ai monopoli, e in generale dovrebbe armonizzarsi con l'ideale "alto" di società democratica delineato fin dai primi articoli della Carta e specialmente dall'art. 3, comma II: la privatizzazione, corretta l'interpretazione prospettata nel testo, non è in linea con la Costituzione quando de-pubblicizzare imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali, fonti di energia, situazioni di monopolio, determina la creazione (in luogo della rimozione) di ostacoli di ordine economico e sociale alla libertà e all'eguaglianza di tutti. Si pensi al caso in cui, per via della privatizzazione, categorie svantaggiate finiscono per essere escluse dalla possibilità effettiva di accedere a un servizio.

[58] Cfr. M. CLARICH, *Privatizzazioni, regole di mercato e controlli*, in *Banca Impresa Società*, 1/1998, 186.

[59] A.I. ARENA, *Un tentativo di individuare limiti alla privatizzazione nella Costituzione italiana*, cit., 39.

Una simile interpretazione, peraltro, potrebbe dirsi volta a scongiurare una privatizzazione delle responsabilità inerenti all'esercizio di fondamentali funzioni pubbliche quando, come sostenuto anche da Cordelli, la de-pubblicizzazione risultasse incompatibile con il principio democratico[60].

Ebbene, pare evidente che le riflessioni dell'A., sia pur attraverso un percorso argomentativo che, per ovvie ragioni, è diverso da quello sviluppato a partire dalla lettura delle disposizioni costituzionali, finiscano per approdare a una conclusione che pare si possa raggiungere (benché, certo, ciò rimanga controverso) pure in termini di interpretazione del dato costituzionale: e cioè che, in una liberaldemocrazia, la privatizzazione non può essere sempre riguardata secondo logiche meramente efficientistiche.

Il legislatore, a ragionare nei termini predetti, non potrebbe quindi ritenersi del tutto libero di privatizzare questo o quel servizio pubblico, e la privatizzazione non sarebbe in linea con la Costituzione, precisamente, quando incompatibile con la forma di Stato democratica e con la concezione della libertà (effettiva) che essa presuppone (v. part. art. 3, comma II, Cost.).

Accogliendo le indicazioni provenienti dallo studio di Cordelli, potrebbe ulteriormente aggiungersi che la privatizzazione di attività, ove ritenuta incostituzionale, compromette, in ultima analisi, l'indipendenza di ciascun componente della comunità, assoggettandolo a decisioni non legittime dal punto di vista democratico (e che lo condizionano nel godimento dei suoi diritti fondamentali). Con ciò, risulterebbe particolarmente enfatizzato il nesso tra l'illegittima privatizzazione e gli effetti negativi dalla stessa prodotti in ordine all'effettiva possibilità, per tutti i componenti della comunità, di prendere parte alle dinamiche *politiche e istituzionali* (artt. 1, comma II, e 3, comma II, Cost.). Potrebbe dirsi che i diritti di partecipazione all'organizzazione politica e istituzionale del Paese sono parzialmente svuotati di contenuto allorché la privatizzazione di determinate attività (funzioni e servizi) equivalga a rimessione di cruciali scelte politiche a soggetti privati non responsabili democraticamente e, pertanto, a una estraneazione del cittadino dalle scelte medesime; scelte che, invece, dovrebbero vederlo partecipe, nel quadro del processo decisionale democratico.

7. *Cenni sulla parola "utilità" nella Costituzione italiana*

A dimostrazione di quanto osservato in precedenza sulla proficuità del dialogo interdisciplinare, l'opera di Cordelli interroga, a sua volta, direttamente il

[60] Nei casi di cui all'art. 43 Cost., giusta in ipotesi l'interpretazione qui proposta, un cittadino scontento della gestione dell'impresa dovrebbe poter esercitare un controllo, anche solo nella forma della critica e, sia pur indirettamente, del voto, che rispettivamente non avrebbe lo stesso senso/non potrebbe esercitare nei confronti del privato. Cfr. altresì C. CORDELLI (*Privatocrazia*, cit., 125) che, in ordine alla «partecipazione diretta dei cittadini nel processo amministrativo», scrive: «Per poter svolgere la sua funzione legittimante, tale partecipazione deve fornire un potere di controllo effettivo ai cittadini, allo stesso tempo però essa non deve soppiantare il ruolo dell'amministratore pubblico poiché […] ai cittadini non può essere richiesto di assumere quelle competenze specifiche e quella disposizione all'assoluta imparzialità che sono invece requisiti propri del buon funzionario».

costituzionalista e ciò, oltreché per quanto già si è visto, particolarmente, ancora, in ordine all'impiego all'interno della Carta costituzionale della parola "utilità"[61].

Tale vocabolo ricorre solo due volte in Costituzione.

All'art. 41, laddove si legge che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. E all'art. 43 Cost., laddove, come visto, si stabilisce che la pubblicizzazione (mediante riserva originaria o espropriazione) di imprese o categorie di imprese, nei casi ivi indicati, può avvenire unicamente "a fini di utilità generale".

Vien da chiedere se questi riferimenti all'utilità non siano indicativi del fatto che la Costituzione ha, relativamente ai rapporti economici, accolto una qualche versione dell'utilitarismo.

Premesso che, anche in questo caso, non sembrano esistere risposte immediate o facili, può osservarsi in proposito quanto segue.

All'art. 41 Cost., si stabilisce non solo che l'attività economica privata non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e cioè con la produttività del sistema economico nel suo insieme[62], ma anche che essa non possa arrecare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

Ciò sembra indicare che dall'art. 41 Cost. non si possa ricavare alcuna rimessione della determinazione dei limiti dell'attività economica privata a una logica meramente utilitaristica o efficientistica[63]. La recente modifica dell'art. 41 Cost.[64], peraltro, corrobora questa affermazione, in quanto rafforza proprio l'idea che la disciplina dell'attività economica privata non possa essere ispirata unicamente da valutazioni utilitaristiche. Una legge che disciplinasse l'iniziativa economica privata con l'intento di massimizzare l'utilità sociale a discapito dei diritti inviolabili (danneggiando l'ambiente, offendendo la salute, la libertà, la dignità umana) sarebbe costituzionalmente illegittima.

Sebbene la formula linguistica impiegata dall'art. 43 Cost. non sia – se paragonata a quella di cui all'art. 41 Cost. – altrettanto chiara, una medesima conclusione pare di poter raggiungere già a partire dal suo tenore letterale. Infatti, il riferimento all'utilità generale di cui all'art. 43 Cost. non implica che il legislatore possa, sulla base di mere considerazioni utilitaristiche, decidere arbitrariamente se ricorrere o meno alla pubblicizzazione.

Infatti, la pubblicizzazione è legittima solo ove le imprese o categorie di imprese non solo rientrino in uno dei tre tipi individuati dall'art. in commento, ma anche "abbiano carattere di preminente interesse generale": in altre parole, solo quando la loro natura sostanzialmente pubblica risulti indispensabile per soddisfare l'interesse della generalità dei consociati.

---

[61] C. CORDELLI, *Privatocrazia*, cit., 102.

[62] G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, 269.

[63] Cfr. G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, 2019, 16.

[64] Come noto, l'art. 41 Cost. è stato modificato dall'art. 2 della legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1.

Di modo che vien da domandare che cosa si debba intendere per "preminente interesse" della generalità dei consociati. Orbene, in uno Stato costituzionale (nel quale, cioè, la Costituzione è concepita come *higher law* cui le scelte del legislatore sono sempre tenute ad attenersi) tale "carattere di preminente interesse generale" non può essere inteso come un concetto completamente indeterminato, la cui concreta definizione sarebbe rimessa a un apprezzamento di volta in volta del tutto discrezionale. Se così fosse, si dovrebbe ritenere che qualsiasi pubblicizzazione (giudicata) utile (atta a massimizzare l'utilità generale) sia per questo solo ammissibile, quand'anche non coerente con la cornice costituzionale e cioè pure nel caso in cui fosse realizzata in violazione dei diritti fondamentali.

In altre parole, la precisazione che le imprese pubblicizzabili (o, secondo l'interpretazione qui suggerita come possibile, da pubblicizzare) devono avere "carattere di preminente interesse generale" equivale all'affermazione che la scelta di pubblicizzare deve essere coerente sia con i valori racchiusi nei principi costituzionali (in ultima analisi, con la concezione della libertà come effettiva partecipazione che contraddistingue la forma di Stato) sia con la situazione di fatto rispetto alla quale l'intervento del potere pubblico deve risultare congruo (non sproporzionato). Il riferimento all'utilità generale di cui all'art. 43 Cost. non può dunque essere inteso nel senso che la legittimità della pubblicizzazione sia da valutare solamente in termini utilitaristici, men che mai ricondotto a una accezione dell'utilitarismo grettamente monetaristica.

8. *Costituzionalismo e utilitarismo sono compatibili?*

In generale, pare poi, conclusivamente, di poter esprimere dubbi sulla conciliabilità tra il costituzionalismo, la teoria per la quale è giusta solo la costituzione che riconosca e garantisca i diritti inviolabili dell'uomo (e per salvaguardarli delinei un sistema istituzionale informato al principio della separazione dei poteri), e l'utilitarismo (quale che sia la versione di esso che si predilige).

Anche se si prendesse in esame una prospettiva utilitaristica particolarmente "illuminata" – come quella, ad esempio, di Stuart Mill[65] – si dovrebbe comunque rilevare – contro le premesse teoriche dell'utilitarismo – che il rispetto della dignità di ciascuna persona umana costituisce un fine in sé, indipendente da ogni valutazione in termini di utilità[66]. I diritti della persona umana sono inviolabili non (solo) perché questo risulta utile, se così si vuol dire, ma (primariamente) perché ciò è ritenuto giusto.

[65] In J. STUART MILL (*L'utilitarismo*, trad. it. a cura di E. Mistretta, Milano, 2007, 309 s.), come noto, ciò che si può indicare con la parola "giusto", in senso proprio, è l'utilità di un comportamento (cioè il fatto che esso massimizzi l'utilità). La parola "giustizia" aggiunge al concetto di utilità solo l'espressione emotiva di un "sentimento di rivalsa" («proprio della natura animale»). In J. BENTHAM (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, New York, 2010, 17 ss.), invece, la parola giustizia rientra tra i "pomposi nonsensi" del lessico comune. Sulle differenze tra Bentham e Stuart Mill, per tutti v. M.C. NUSSBAUM, *Mill between Aristotle & Bentham*, in *Daedalus Spring*, 2/2004, 65 ss.

[66] Nella più classica impostazione utilitaristica si fornisce una definizione di "bene" indipendente da quella di "giusto" (il "bene" coincide con il "piacere", con la soddisfazione di desideri o di preferenze

In disparte ogni altro elemento di attrito, sul quale non è indispensabile intrattenersi in questa sede, il costituzionalismo si basa sull'idea che la persona umana sia titolare di diritti inviolabili[67] e questa idea limita le scelte che possono essere giustificate in termini utilitaristici. Nella prospettiva costituzionalistica, ciò che è giusto, in un certo senso, è ritenuto sempre "utile" (quantomeno nel lungo periodo e sempre che si voglia far uso di questa parola), ma ciò che è utile, secondo un qualche calcolo utilitaristico, non è sempre giusto.

In termini più precisi, la giustizia richiede di essere realizzata attraverso il diritto e il diritto deve sì risultare, oltreché giusto, anche utile. Ma non tutto ciò che secondo il legislatore (o *qualsiasi* soggetto deputato all'esercizio di funzioni pubbliche) è utile, per questo solo, è conforme a diritto (né tanto meno a costituzione) e pertanto non tutto ciò che è utile è giusto. L'utilitarismo presuppone, invece, l'identità di giusto e utile, o per meglio dire che la giustizia sia un concetto incomprensibile se non nei termini dell'utilità. Presuppone una definizione previa del bene, inteso come massimizzazione dell'utile, e una identificazione del giusto con il bene così definito.

L'antitesi tra costituzionalismo e utilitarismo colloca i difensori del primo sulla stessa sponda di quanti – con varietà di argomentazioni – hanno difeso versioni del liberalismo incentrate sull'idea che la persona umana sia titolare, in quanto tale, di diritti fondamentali.

In altre parole, il costituzionalismo implica che il giusto non si identifichi con l'utile e un approccio non meramente consequenzialista alle questioni di giustizia[68].

Naturalmente, come l'opera di Cordelli ricorda, è sempre aperto il dibattito sul modo di concepire i diritti e il loro carattere inviolabile. Tuttavia non sono soltanto le conseguenze dei comportamenti a risultare determinanti, perché il rispetto della dignità della persona umana è sempre costituzionalmente dovuto.

In tal senso, la discrezionalità del legislatore non è da intendersi, in contesto liberaldemocratico, come il potere di scegliere la soluzione normativa considerata più utile, e per questo solo da ritenere anche la più giusta. Il legislatore è chiamato a scegliere sì la soluzione che ritenga più opportuna, più utile, ma pur sempre nel rispetto

---

razionali ecc.) e si definisce quindi "giusto" ciò che massimizza il "bene" così inteso: cfr., per tutti, J. RAWLS, *Lezioni di storia della filosofia politica*, trad. it. a cura di V. Ottonelli, Milano, 2012, 188.

[67] Cfr. R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, trad. it. a cura di L. Cornalba, Milano, 2007, 28 ss. per il quale nel contesto di una democrazia liberale non possono non essere condivisi, e quindi sanciti a livello costituzionale, due basilari principi: il principio del valore intrinseco di ogni vita umana e il principio della responsabilità di ciascuna persona per la propria vita e le proprie azioni.

[68] Cfr., però, per tutti, J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it. a cura di U. Santini, Milano, 2010, 130 ss. Benché sulla questione non sia possibile intrattenersi, lo stesso paradigma teorico rawlsiano è stato accusato di non essersi del tutto distaccato dal (pur criticato) utilitarismo (v. part. M.J. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge-New York, 2010, 166). Come le teorie utilitaristiche, anche il contrattualismo rawlsiano è una teoria consequenzialista, mentre l'approccio del costituzionalismo non sembra poter essere consequenzialista, perché i diritti sono intesi come limiti *ex ante* alle azioni (e quindi la violazione dei diritti non può essere giustificata *ex post* in ragione delle conseguenze prodotte). La teoria rawlsiana è, però, deontologica, mentre non lo sono le teorie utilitaristiche in quanto identificano il giusto come una concezione previamente definita del bene. In proposito, è sufficiente osservare che, in ogni caso, per il costituzionalismo il giusto non sembra potersi identificare con la massimizzazione dell'utile.

(sotto il profilo formale-procedurale e sostanziale-contenutistico) dei diritti inviolabili della persona. Ciò vale anche per le scelte che il legislatore deve compiere in ordine all'erogazione di servizi dai quali dipende il godimento effettivo dei diritti e, in genere, per tutte le decisioni da assumere in relazione alla sfera economica.

Il rifiuto, che si rinviene in Cordelli, dell'efficientismo, quale unica logica che presiede alle scelte di politica economica e, particolarmente, alla decisione se privatizzare o meno un'attività, è del tutto condivisibile e costituisce un contributo importante offerto (anche) al dibattito costituzionalistico perché consente di mettere in luce come un approccio consequenzialista rischi di minare la stessa distinzione tra pubblico e privato, facendo venir meno le ragioni normative indipendenti (non strumentali), in altre parole le motivazioni di valore, a sostegno dell'allocazione di determinate funzioni e di determinati servizi al primo (o la rimessione di determinate attività al secondo); conducendo, così, ad affermare la fungibilità piena dell'uno rispetto all'altro, con i correlati rischi (tanto nel caso della pubblicizzazione senza limiti quanto in quello della privatizzazione senza limiti) per la salvaguardia dei diritti fondamentali.

REPLICA
LEGITTIMITÀ DEMOCRATICA E LIMITI COSTITUZIONALI ALLA PRIVATIZZAZIONE (REPLICA AD ANTONIO IGNAZIO ARENA)*

CHIARA CORDELLI

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. – 2. *I limiti della logica efficientistica e il problema della legittimità democratica*. – *3. Limiti costituzionali e giustificazione normativa.*

1. *Introduzione*

Ringrazio Antonio Ignazio Arena per aver scritto una recensione di *The Privatized State* che oltre a fornire una ricostruzione fedele e lucida dei suoi argomenti principali, apre ampi spunti di riflessione sul rapporto tra filosofia politica, filosofia del diritto e diritto costituzionale[1]. Arena non si limita ad illuminare i contenuti del libro, bensì sviluppa un percorso argomentativo autonomo, fondato su un'interpretazione olistica della Costituzione, in difesa della stessa conclusione raggiunta dalla sottoscritta, ossia della necessità di imporre limiti costituzionali alla privatizzazione di servizi e funzioni pubbliche e di giustificare tali limiti indipendentemente da considerazioni utilitaristiche. L'importante contributo di Arena è quello di aver suggerito come tale giustificazione si possa ritenere già presente nelle disposizioni costituzionali vigenti. Come egli stesso sostiene, «pare evidente che le riflessioni dell'A., sia pur attraverso un percorso argomentativo che, per ovvie ragioni, è diverso da quello sviluppato a partire dalla lettura delle disposizioni costituzionali, finiscano per approdare a una conclusione che pare si possa (benché, certo, ciò rimanga controverso) raggiungere pure in termini di interpretazione del dato costituzionale: e cioè che, in una liberaldemocrazia, la privatizzazione non può essere sempre riguardata secondo logiche meramente efficientistiche»[2].

Non essendo una studiosa di diritto costituzionale e non avendo ragioni per dubitare la validità della lettura proposta da Arena, non proverò a sviluppare interpretazioni alternative del documento costituzionale. Mi limiterò invece a chiarire ulteriormente quali siano a mio avviso le carenze della logica efficientistica e quali

---

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Professoressa del "Department of Political Science" presso la "University of Chicago".

[1] Il riferimento è a A.I. ARENA, *Limiti alla privatizzazione e teoria della costituzione*, in *Rivista Gruppo di Pisa* (questo fascicolo). Il libro recensito è C. CORDELLI, *The Privatized State*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2020, 1-346. Per una versione molto ridotta e destinata ad un pubblico più ampio si veda C. CORDELLI, *Privatocrazia. Perché privatizzare è un rischio per lo Stato democratico*, Mondadori, Milano, 2022, 3-128.

[2] A.I. ARENA, *Limiti alla privatizzazione e teoria della costituzione*, cit.

considerazioni etico-normative debbano guidare la riflessione sui limiti costituzionali alla privatizzazione.

2. *I limiti della logica efficientistica e il problema della legittimità democratica*

In un recente articolo pubblicato sulla rivista *Erasmus Journal for Philosophy and Economics*, il filosofo politico canadese Joseph Heath ha fornito un chiaro esemplare dell'approccio efficientistico alla questione di cosa e quanto privatizzare – approccio senz'altro dominante non solo in economia ma anche nelle scienze politiche[3]. Heath sostiene che «L'intervento dello stato nell'economia dovrebbe essere guidato principalmente dalla norma dell'efficienza, cioè dall'obiettivo di correggere i fallimenti del mercato» («*the state involvement in the economy should be guided primarily by the norm of efficiency, which is to say, the objective of correcting market failure*»)[4]. Nel caso specifico delle privatizzazioni, ciò significa, in primis, che le scelte di privatizzare dovrebbero essere valutate caso per caso («*each case must be evaluated on its merits*») e, secondo, che il criterio di valutazione dovrebbe essere fornito dal principio di efficienza: quando il mercato fallisce da entrambi i lati della domanda e dell'offerta, lo stato dovrebbe agire sia come acquirente che come fornitore. Quando invece il fallimento del mercato si verifica solo da un lato, è solamente da quel lato che lo stato dovrebbe intervenire[5].

Si noti che l'approccio efficientistico presuppone una concezione meramente strumentale delle istituzioni pubbliche: il ruolo principale delle istituzioni è quello di risolvere problemi di azione collettiva; le istituzioni pubbliche e private sono mezzi intercambiabili per la risoluzione di tali problemi o per il raggiungimento di fini prestabiliti. Secondo tale approccio, dunque, l'operato delle istituzioni, proprio come quello delle imprese, può essere valutato quasi esclusivamente in base a una logica consequenzialista e orientata all'efficienza.

Per le ragioni ben spiegate da Arena, la concezione, di matrice kantiana, dello stato da me difesa nasce dal rifiuto di una visione puramente strumentale del ruolo delle istituzioni pubbliche[6]. Il ruolo principale dello stato non è quello di coordinare, bensì quello di costituire e garantire una relazione di indipendenza reciproca, e dunque di libertà e giustizia, tra i cittadini. Lo stato è necessario a costituire una tale relazione perché solamente un'autorità politica propriamente costituita può superare il problema del dominio che necessariamente rende lo stato pre-civile una condizione di giustizia meramente provvisoria[7]. In altre parole, è solamente all'interno di uno stato

[3] J. HEATH, *Anodyne privatization*, in *Erasmus Journal for Philosophy and Economics*, 2/2023, 25–65. Per una mia replica ad Heath si veda C. CORDELLI, *Privatization, Structural Dependence, and the Problem of Legitimacy*, in *Erasmus Journal for Philosophy and Economics*, 2/2024, 66-84.

[4] J. HEATH, *Anodyne privatization*, cit., 60.

[5] J. HEATH, *Anodyne privatization*, cit., 41.

[6] Approfondisco questo punto in CORDELLI, *The Privatized State*, secondo capitolo.

[7] I diritti rimangono necessariamente provvisori nello stato di natura kantiano perché nessun privato può godere dell'autorità legittima di imporre obblighi vincolanti su altri privati. Tale imposizione

appropriatamente costituito che i nostri diritti e doveri, e dunque la giustizia, possono essere definiti e resi effettivi senza che nessun individuo debba dipendere dalla volontà meramente privata ed arbitraria di un altro. Per poter risolvere il problema del dominio, tutte le decisioni concernenti la giustizia, ossia la forma e sostanza dei diritti dei cittadini e delle condizioni della loro libertà, devono soddisfare determinate richieste normative. *In primis*, esse devono essere autorizzate democraticamente. Nell'assenza di autorizzazione democratica, i cittadini si troverebbero dipendenti per quanto riguarda il godimento dei propri diritti da una volontà aliena e meramente privata, proprio come nello stato di natura. Per ragioni simili, tali decisioni devono anche essere rappresentative della volontà dei cittadini, concepiti come un corpo collettivo, ed eseguite in loro nome, invece di essere rappresentative di una volontà meramente privata ed eseguite in nome di interessi particolari. In fine, le decisioni di cui sopra devono sostenere l'indipendenza reciproca dei cittadini, assicurando che nessun cittadino debba sottomettersi alla volontà privata di un altro per assicurare la propria sopravvivenza in società e per usufruire pienamente dei propri diritti. Tali condizioni mirano dunque ad assicurare che il processo giuridico, politico ed amministrativo tramite cui i diritti e doveri vengono trasformati da universali a particolari e resi effettivi sia espressione di una volontà "onnilaterale", anziché unilaterale. Il venir meno di queste condizioni riprodurrebbe il problema del dominio all'interno della società civile.

Focalizzandosi su istanze singole di privatizzazione prese "caso per caso" e orientandosi quasi esclusivamente al valore dell'efficienza, l'approccio efficientistico perde di vista gli effetti aggregativi e strutturali della privatizzazione sull'equilibrio del potere tra pubblico e privato; e sul rapporto tra i cittadini e le istituzioni pubbliche. Così facendo la logica efficientistica oscura il processo tramite cui la privatizzazione compromette le condizioni di legittimità democratica, finendo per riprodurre all'interno dello stato stesso il problema del dominio – la sottomissione dei cittadini ad una volontà meramente unilaterale, anziché propriamente onnilaterale.

A tale riguardo va notato che l'estensione complessiva delle privatizzazioni, al di là del tipo particolare di funzioni privatizzate, influisce sulla capacità dello stato di regolare e controllare il settore privato e di evitare pressioni indebite da parte di esso. Più un governo privatizza, più esso diventa dipendente dal privato per il soddisfacimento di bisogni essenziali. A sua volta, maggiore è la sua dipendenza dal settore privato, più lo stato sarà vulnerabile e impotente di fronte alle pressioni provenienti da tale settore, un settore popolato da attori con ingenti risorse economiche e, in un contesto di concorrenza internazionale, con il potere di minacciare il trasferimento delle proprie risorse altrove[8]. Il problema della dipendenza è ulteriormente aggravato da un corollario frequente della privatizzazione – la cosiddetta "fuga di cervelli" dal settore pubblico a quello privato, che ulteriormente indebolisce le capacità

violerebbe sia la richiesta normativa di indipendenza reciproca, sia il principio fondamentale di eguaglianza morale ("*inner equality*").

[8] H. FARRELL, *Privatization as State Transformation*, in J. KNIGHT, M. SCHWARTZBERG (a cura di), *Privatization*, New York, 2019, 171 ss., spec. 175; J. HEATH, *Anodyne privatization*, cit., 25-65.

di azione e di controllo delle istituzioni pubbliche[9]. A ciò si aggiunge il fatto che i governi che privatizzano perché non hanno né le competenze né le risorse per risolvere determinati problemi, spesso non hanno neppure (o progressivamente tendono a perdere) le capacità e le risorse sufficienti per coordinare, pianificare, supervisionare e regolamentare, in modo effettivo, coloro ai quali tali funzioni sono delegate[10]. Pertanto, quanto più ampia è la portata delle funzioni privatizzate, tanto minore è il grado di controllo che uno stato democratico mantiene sullo svolgimento da parte di attori privati di tali funzioni e sugli esercizi di discrezionalità che accompagnano tale svolgimento.

Inoltre bisogna sottolineare che la privatizzazione dei servizi pubblici oscura il ruolo giocato dalle istituzioni pubbliche nel processo di erogazione di beni essenziali ai cittadini. In questo senso la privatizzazione forma parte di quello che Suzanne Mettler ha definito "stato sommerso"[11]. Nella misura in cui i cittadini si relazionano alle istituzioni pubbliche principalmente attraverso l'erogazione di beni e servizi, quali istruzione e sanità, in contesti in cui il volto di tali istituzioni è privatizzato, l'interesse dei cittadini nella cosa pubblica tende a diminuire (come conferma la letteratura empirica sullo Stato sommerso) e l'apatia civica a crescere[12].

I processi di privatizzazione della cosa pubblica finiscono così per generare un problema di legittimità democratica che la logica efficientistica ha difficoltà a captare. Il processo democratico è sempre di più dominato da interessi privati e dunque incapace di esprimere o rappresentare una volontà generale o, per dirla con Kant, onnilaterale. Si assiste inoltre alla violazione del principio di uguaglianza politica: i privati che beneficiano delle privatizzazioni finiscono per godere di opportunità di influenza politica molto superiori a quelle di altri cittadini. Il progressivo indebolimento delle capacità istituzionali di controllo e regolamentazione finisce per assoggettare i cittadini all'esercizio arbitrario e meramente unilaterale, per dirla con Kant, di poteri discrezionali da parte di privati - poteri che spesso concernono la garanzia di diritti fondamentali. Vengono inoltre meno le condizioni necessarie per l'autogoverno democratico[13]: eguaglianza politica, vigilanza civica e responsabilità pubblica ("accountability"). Se da un lato si assiste al dominio delle istituzioni pubbliche da parte di privati, dall'altro sono i cittadini ad essere dominati da un apparato istituzionale ed amministrativo esso stesso privatizzato.

Ecco dunque perché si può dire che i processi di privatizzazione, se non propriamente vincolati, sovvertono la giustificazione normativa dello stato (democratico) di diritto. Se lo scopo principale delle istituzioni è quello di assicurare una relazione di giustizia reciproca tra i cittadini, superando il problema del dominio

[9] J. FREEMAN, M. MINOW, *Reframing the outsourcing debates*, in J. FREEMAN, M. MINOW (a cura di), *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, Cambridge, 2009; P. VERKUIL, *Outsourcing sovereignty*, Cambridge, 2007; P. VERKUIL, *Outsourcing and the duty to govern*, in J. FREEMAN, M. MINOW (a cura di), *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, cit.; J. MICHAELS, *Constitutional coup*, Cambridge, 2017.

[10] J. FREEMAN, M. MINOW, *Reframing the outsourcing debates*, cit.

[11] S. METTLER, *The Submerged State: How Invisible Government Policies Undermine American Democracy*, Chicago, 2017.

[12] S. METTLER, *The Submerged State: How Invisible Government Policies Undermine American Democracy*, cit.

[13] C. CORDELLI, *The Privatized State*, capitolo 4.

che caratterizza lo stato di natura, la privatizzazione, riproducendo tale problema all'interno dello stato stesso, ne inficia la ragion d'essere e relega la giustizia ad una condizione di mera provvisorietà. In quanto espressione dello stato di diritto e garante della democrazia, la costituzione dovrebbe quindi porre limiti chiari ai processi di privatizzazione.

3. *Limiti costituzionali e giustificazione normativa*

L'analisi di cui sopra fornisce ragioni per limitare la scelta di privatizzare a funzioni ausiliari, evitando invece le esternalizzazioni di servizi pubblici essenziali quali la sanità, poiché tali esternalizzazioni spesso delegano poteri decisionali significativi ai privati, poteri che influiscono sulla garanzia effettiva di diritti fondamentali (es. il potere di decidere di fatto quali servizi sanitari fornire). Inoltre, andrebbero limitate le esternalizzazioni di servizi sociali ed educativi che svolgono un ruolo significativo nella formazione e nel mantenimento di un attaccamento affettivo alle istituzioni pubbliche da parte dei cittadini. Bisognerebbe poi limitare l'estensione generale della privatizzazione, poiché come si è visto non è importante solamente ciò che si privatizza ma come le privatizzazioni, in aggregato, inficiano a lungo andare il funzionamento e la legittimità delle istituzioni democratiche.

Da qui si possono dedurre alcune considerazioni generali sui principi normativi che dovrebbero giustificare i limiti costituzionali alla privatizzazione. Tali principi, per le ragioni ben illustrate da Arena, non vanno concepiti in chiave meramente utilitaristica; non dovrebbero però neppure limitarsi a considerazioni dignitarie. A tele riguardo, si consideri, per esempio, una decisione relativamente recente della Corte Suprema israeliana che ha sostenuto la non costituzionalità della privatizzazione delle carceri in Israele (privatizzazione che è invece ritenuta essere perfettamente costituzionale in altri paesi quali gli Stati Uniti)[14]. La Corte ha fatto appello al valore dei diritti umani, sostenendo che le entità private a scopo di lucro hanno maggiori incentivi ad abusare della forza fisica e del potere di imporre sanzioni disciplinari nelle carceri, e che l'esercizio di tale forza da parte di entità a scopo di lucro è intrinsecamente irrispettoso della dignità umana. Tale argomento, per quanto congruo, oscura il fatto che anche qualora i privati fossero fermamente disposti a rispettare la dignità umana, la privatizzazione di funzioni pubbliche essenziali potrebbe tuttavia generare un problema di legittimità democratica. Va notato inoltre che la compatibilità della condotta di un privato con il rispetto della dignità umana è insufficiente a superare il problema del dominio: l'essere soggetti a volontà private e meramente unilaterali per il godimento dei propri diritti viola il requisito normativo di indipendenza, e dunque di libertà, indipendentemente dal contenuto sostanziale di tali volontà (per esempio, se la forza in un carcere privato sia usata nel rispetto o meno di un principio di proporzionalità o con buone motivazioni).

[14] B. MEDINA, *Constitutional limits to privatization: The Israeli Supreme Court decision to invalidate prison privatization*, in *International Journal of Constitutional Law*, 4/2010, 690-713.

Se letti alla luce del percorso argomentativo fin qui sviluppato, l'art. 3 e l'art. 41 della Costituzione italiana, come ben sottolineato da Arena, sembrerebbero giustificare l'imposizione di limiti alla privatizzazione. Per quanto riguarda l'art. 3 Cost.**,** la privatizzazione verrebbe considerata come uno degli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono […] l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica […] del Paese"». L'art. 41, invece, imporrebbe di limitare la privatizzazione in quanto «iniziativa economica» che spesso si svolge «in modo da recare danno […] alla libertà umana», ove tale libertà andrebbe intesa in chiave repubblicana come indipendenza ed assenza di dominio. Sono lieta che Arena, in quanto studioso di diritto costituzionale, sembri sostenere che una lettura olistica della Costituzione, la quale tenga conto anche dell'evoluzione storica del documento, possa supportare una simile interpretazione. Lascio ad altri costituzionalisti il compito di giudicare la validità di una tale lettura.