

LUCA R. PERFETTI

Direttore scientifico di PA Persona e Amministrazione

luca.perfetti@belex.com

## EGUAGLIANZA VS. DISUGUAGLIANZE

### L'EGUAGLIANZA COME «*COMPITO DELLA REPUBBLICA*», LA FONDAZIONE DELL'EGUAGLIANZA NEI DIRITTI E LE CONTRASTANTI EVOLUZIONI DELL'ORDINAMENTO REPUBBLICANO

#### EQUALITY VS. INEQUALITIES

#### EQUALITY AS '*DUTY OF THE REPUBLIC*', ITS GROUNDS ON FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE INCONSISTENT OUTCOME OF THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

##### SINTESI

Il principio di uguaglianza, come largamente accettato, contiene sia il profilo dell'uguaglianza formale – vale a dire il divieto di discriminazioni ingiustificate – che quello sostanziale, sostanzialmente coincidente con la realizzazione delle condizioni di emancipazione dei soggetti svantaggiati. In questa seconda prospettiva, il principio di uguaglianza è stato enfatizzato più per il suo rilievo politico che di costruzione dei compiti dello Stato e di regime dell'attività dei soggetti privati.

Tramontate, con l'affermazione dell'ideologia neoliberale, della globalizzazione del mercato e della tecnologia, le spinte politiche che sostenevano la domanda di uguaglianza come pretesa nei confronti dello Stato ed a fronte della crisi fiscale dello Stato, il principio di uguaglianza ha sofferto una radicale eclissi.

Si tratta di un dato confermato dall'affermarsi della riflessione sulle singole disuguaglianze. Queste ultime identificano la persona sulla base dei suoi

rapporti economici o dei suoi specifici ruoli sociali, spezzandone l'unità. L'uguaglianza sostanziale smette, quindi, di essere una pretesa generale della persona, centrale nell'ordinamento, per lasciare posto ad azioni positive rispetto ad alcuni ruoli specifici che la persona recita nei rapporti sociali ed economici.

Il dibattito giuridico ha seguito puntualmente questa nuova direzione; chi si è dedicato al tema dell'uguaglianza sostanziale lo ha fatto ponendo il tema come domanda politica.

Sembra necessario, invece, porsi il problema del rilievo del principio di uguaglianza sostanziale come norma giuridica.

Metodologicamente, ci si propone di indicare quali siano gli elementi di cambiamento dell'ordinamento di rilievo ed indicarne il ruolo quanto al problema dell'uguaglianza.

Lo scopo del saggio è quello di indicare il rilievo propriamente giuridico dell'uguaglianza, collocandolo nella dinamica dei diritti fondamentali nella loro relazione con la Repubblica. In questa prospettiva, se nei diritti fondamentali si trattiene permanentemente una porzione della sovranità, l'uguaglianza è la misura del compito – dell'insieme degli enti pubblici e privati – di rendere disponibili prestazioni necessarie al godimento dei diritti fondamentali. Ne derivano conseguenze chiare sul regime giuridico dell'attività dei privati, sull'organizzazione e sul potere pubblico, ed una riaffermazione del ruolo centrale dei diritti fondamentali nella Costituzione e come punto di tenuta rispetto all'impoverimento delle garanzie – dei diritti e dell'uguaglianza – che la trasformazione dell'ordinamento ha portato con sé.

#### ABSTRACT

The principle of equality, as widely accepted, contains both the profile of formal equality - i.e. the prohibition of unjustified discrimination - and the substantial one, essentially coinciding with the realization of the conditions of emancipation of disadvantaged subjects. In this second perspective, the princi-

ple of equality has been emphasized more for its political importance than for the construction of the tasks of the State and the regime of the activity of private subjects.

With the affirmation of the neo-liberal ideology, the globalization of the market and technology and in the face of the fiscal crisis of the State, the political impulses that sustained the demand for equality as a claim on the State has suffered a radical eclipse.

This is confirmed by the emergence of reflection on individual inequalities. The latter identify the person since his economic relations or of his specific social roles, breaking the unity of person itself. Substantial equality, therefore, ceases to be a general claim of the person, central to the legal system, to make way for positive actions with respect to some specific roles that the person plays in social and economic relations.

The legal debate has punctually followed this new direction; those who have dedicated themselves to the theme of substantial equality, have done so by posing the theme as a political question.

On the other hand, it seems necessary to pose the problem of the importance of the principle of substantive equality as a pure legal norm.

Methodologically, the aim is to indicate which elements of change in the legal system are important and to indicate their role in the problem of equality.

The aim of the essay is to indicate the properly juridical importance of equality, placing it in the dynamics of fundamental rights in their relationship with the Republic.

In this perspective, if a portion of sovereignty is permanently retained in fundamental rights, equality is the measure of the task - of all public and private bodies - of making available the services necessary for the enforcement of fundamental rights.

This has clear consequences on the legal regime of the activity of private individuals, on the organization and mightiness of public powers, and a reaffir-

mation of the central role of fundamental rights in the Constitution and as a holding point with respect to the impoverishment of guarantees - of rights and equality - that the transformation of the system has brought with it.

PAROLE CHIAVE: eguaglianza – diseguaglianze – ordinamento – Costituzione – neoliberalismo – diritti fondamentali – diritto amministrativo

KEYWORDS: equality - inequalities – legal system – Constitution – neoliberalism – fundamental rights – administrative law.

INDICE: 1. La trappola del plurale. – 2. Il dibattito internazionale nella trappola del plurale. – 3. Trasformazioni dell'ordinamento ed il problema del principio di eguaglianza nella crisi della democrazia. – 4. L'affermazione dell'eguaglianza sostanziale come parte della dogmatica dei diritti fondamentali in un ordinamento pluralista. – 5. Brevi osservazioni finali sui critici.

### **1. La trappola del plurale.**

Ci sono termini che, declinati al plurale, perdono una parte essenziale della loro sostanza; basterebbe pensare alla parola “Dio”. Mi pare che la parabola dell'eguaglianza come regola giuridica – e del suo correlativo di diseguaglianza – patisca questa sorte, forse non del tutto casualmente.

In altri termini, quel che mi pare debba essere chiarito fin dappprincipio è che – come le norme della Costituzione Italiana mostrano in modo chiarissimo – l'eguaglianza è un compito delle istituzioni che importa un raggiungimento, un'azione; non si tratta di una condizione statica. E' un dovere <sup>(1)</sup> della Repubblica. La diseguaglianza <sup>(2)</sup>, per converso, è l'ostacolo che è doveroso rimuovere, è un fatto esistente, non richiede alcuna azione per venire in essere ed, anzi, ne domanda una perché sia rimossa.

Entrambe attengono alla persona, come soggetto che avanza la pretesa all'eguaglianza ed alla rimozione delle condizioni che la impediscono. Tuttavia, la pretesa all'eguaglianza è della persona, come centro unitario di rapporti, diritti ed obblighi, di rango costituzionale; le disuguaglianze, invece, indicano solo specifiche condizioni, comportamenti, attitudini, estirpando dalla persona la

<sup>1</sup> Per un maggiore chiarimento sul senso di questa affermazione, M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in questa Rivista, VII (2/2020), 543 e, se si crede, di chi scrive, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 3965.

<sup>2</sup> E' più che nota l'analisi di A. SEN, *Inequality Reexamined*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1992.

pretesa all'eguaglianza in quanto tale e segmentandola in una serie di pretese, non necessariamente tra loro coerenti o, almeno, tra loro potenzialmente incoerenti.

Naturalmente, come per le libertà, la profonda sostanza giuridica del concetto di eguaglianza richiede una coerente azione politica – della società, primariamente – perché le istituzioni repubblicane adempiano quel dovere. Una società ed individui che non pretendono l'adempimento di quel dovere, potrebbe non vedere le istituzioni concretamente impegnate ad adempiervi ed il compito del giurista – di costruzione del sistema, di critica delle decisioni pubbliche, legislative o amministrative – non potrà, comunque, essere assolto senza uno sguardo realistico sulla situazione dell'ordinamento nel momento storico dato <sup>(3)</sup>. Non credo, quindi, che un discorso strettamente giuridico sulle disuguaglianze – e, quindi, sull'eguaglianza nel senso costituzionale – possa andare disgiunto dal disvelamento dell'evoluzione dell'ordinamento in concreto e dei dispositivi che in esso sono chiaramente in atto.

Ciò che a me pare di dover notare è che il problema dell'eguaglianza, nelle diverse declinazioni <sup>(4)</sup> che hanno caratterizzato lo Stato contemporaneo e

---

<sup>3</sup> Per un maggiore chiarimento su questi elementi di metodo, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Is there no alternative?*, in *Power and Democracy*, v. III, (1/2021), 92.

<sup>4</sup> E' noto come ci si sia provati, a proposito di disuguaglianze (o differenze) ed eguaglianza, a categorizzare le diverse tipologie di rapporti – in tal senso, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2007, 793. Quanto all'interpretazione del principio di eguaglianza nel nostro ordinamento costituzionale, restano fondamentali C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 30; L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965 (nonché, successivamente, ID., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, 645); A. AGRÒ, *Commento all'art. 3*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, 133; M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1991, specialmente da 34 per la ricostruzione del dibattito.

Più recentemente, si possono vedere i saggi raccolti da F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, fas. 3; M. CARTABIA E T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, Giuffrè, 2009; A. CERRI, *Eguaglianza giuridica e giustizia politica*, Roma, Il Cigno, 2003; F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003; G. U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Annuario 1998 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova, Cedam, 1999, 94.

l'interpretazione in concreto della nostra Costituzione, negli ultimi decenni sia sostanzialmente scomparso.

La progressiva affermazione della visione neo-liberale dell'ordinamento – sui cui caratteri si tornerà più innanzi, per chiarezza e per evitare fraintendimenti – e della costruzione della società, ha reso marginale la questione dell'attuazione dell'eguaglianza – sia essa da intendersi relativa ai “punti di partenza”<sup>(5)</sup>, a quelli “di arrivo”<sup>(6)</sup> o di possibile conseguimento delle *chance*<sup>(7)</sup> – come precetto costituzionale caratterizzato da una dimensione statica, sostanzialmente coincidente con la parità di trattamento, ed una dinamica, tale da ri-

---

<sup>5</sup> Ci si intende riferire a quella che R. Dworkin chiama «*starting-gate theory of fairness*», vista da Dworkin come «*very far from equality of resources*», vale a dire la teoria per la quale l'eguaglianza (o la giustizia) richiedono che le condizioni iniziali siano uguali per tutti, per poi accettare la regola del *laissez-faire*; cfr. R. DWORKIN, *What is equality? Part 2: equality of resources*, in *Philosophy & Public Affairs*, X (1981), 283 (sul quale, comunque, A. BROWN, *Ronald Dworkin's Theory of Equality*, London, Macmillan, 2009).

<sup>6</sup> Si tratta, in generale, delle concezioni di ispirazione marxista o che guardano – come avvenuto diffusamente nel nostro Paese a cavallo del passaggio di secolo – al neocontrattualismo ispirate da J. Rawls. E' noto che l'idea di J. Rawls (ID., *A theory of justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, vale a dire l'edizione rivisitata rispetto a quella originaria del 1971; ma anche ID., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 2005), la sua «*general conception of justice*» consiste nel fatto che «*all social values – liberty and opportunity, income and wealth, and the social bases of self-respect – are to be distributed equally unless an unequal distribution of any, or all, of these values is to everyone's advantage*» sicché «*is simply inequalities that are not to the benefit of all*» (*A theory of justice*, 24). Ciò si regge su due postulati (*Political Liberalism*, 5 e 6; sul quale le osservazioni critiche di J. HABERMAS, *Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls' Political Liberalism*, in *Journal of Philosophy*, 92 (1995), 128; J. RAZ, *Disagreement in Politics*, in *American Journal of Jurisprudence*, 43 (1998), 45), vale a dire (i) ogni persona ha un diritto uguale a pari diritti e libertà fondamentali, che sia compatibile con lo stesso regime per tutti gli altri e, (ii) le disuguaglianze sociali ed economiche, per poter essere accettabili, debbono soddisfare due condizioni: in primo luogo, a tutti ed in egual misura deve essere garantito l'accesso a posizioni ed uffici; in secondo luogo, devono essere previste regole che avvantaggino i membri svantaggiati della società (garantendosi in via tendenziale la condizione di uguaglianza dei punti di arrivo. Per la critica a queste opinioni, tra i molti, J. HARSANYI, *Morality and the theory of rational behavior*, in *Social Research*, 1977, 44 ora in A. SEN, B. WILLIAMS (a cura di), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, 39; E. J. ROEMER, *Theories of Distributive Justice*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1996. Radicale è la nota critica di Nozick (e celebre è l'esempio relativo al giocatore di basket Wilt Chamberlain), che si regge sull'idea che sia sufficiente la correttezza dei modi con i quali si acquista ricchezza e la si trasferisce da parte di chi la possiede legittimamente (R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1974).

Una diversa versione è ancora nella teoria – che ha trovato riscontro in Italia, sia pure non sempre consapevolmente, nel dibattito sui beni comuni – di H. STEINER, *An Essay on Rights*, Cambridge (MA), Blackwell, 1994.

<sup>7</sup> Per tutti, A. SEN, *The Idea of Justice*, Cambridge (MA), Belknap Press, 2009.

chiedere, invece, disparità di trattamento dirette a rimuovere ostacoli al pieno compimento della personalità ed al godimento dei diritti fondamentali <sup>(8)</sup>.

Per conseguenza, il dibattito del diritto pubblico ha sostanzialmente cessato di porsi il problema del superamento della diseguaglianza, per dedicarsi a singole – tra loro disomogenee – disuguaglianze. Nella declinazione al plurale non v'è solo la possibilità di una maggiore determinazione dell'oggetto dell'indagine – la singola diseguaglianza – ma la fondamentale perdita della sostanza dell'oggetto della riflessione.

Infatti, le singole disuguaglianze segmentano il referente concettuale dell'eguaglianza in singole dimensioni funzionali ad un rapporto economico o sociale. Solo per esemplificare, non è difficile comprendere come la diseguaglianza che la modifica dell'art. 147 *ter*, Testo Unico della Finanza (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), introdotta dalla l. 27 dicembre 2019, n. 160, intende rimediare – in tema di differenze di genere nella composizione degli organi di amministrazione di società quotate – sia di sostanza molto differente dalle previsioni della direttiva 2000/43/CE <sup>(9)</sup>, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. E' altresì facilmente comprensibile come le disuguaglianze determinate dall'orientamento sessuale possano avere natura e sostanza diversa da quelle relative all'accesso ai diritti fondamentali per il cittadino ed il migrante extra-europeo.

Tuttavia, una volta sottratta all'eguaglianza la relazione, che costituisce una precisa regola costituzionale, con la dimensione normativa della persona

---

<sup>8</sup> Per una compiuta trattazione, sia pure nella prospettiva della proporzionalità e non propriamente dell'eguaglianza, è sempre importante la lettura di S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2010, specialmente da 32 a 169.

<sup>9</sup> Per maggiori indicazioni, Commissione Europea, *Beyond formal equality. Positive Action under Directives 2000/43 and 2000/78/EC*, 2007, a cura di M. DE VOS, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1679&langId=en>; D. SCHIEK, V. CHEGE, *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality*, Routledge-Cavendish, 2009; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli, 2011; E. HOWARD, *The EU Race Directive: Developing the Protection against Racial Discrimination within the EU*, Routledge, 2009; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello 'europeo' dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padova, 2008.

umana, la perdita di significato del principio costituzionale architrave del sistema appare evidente. Non è dubbio che l'ordinamento possa riequilibrare discriminazioni tra generi, accesso alla tecnologia, fruizione di servizi pubblici, aree geografiche e via enumerando. Ma se la diseguaglianza smette di riguardare la persona e diviene profilo del consumatore, dell'amministratore di società, dell'utente di servizi, dell'utilizzatore di reti telematiche, e così via, non si può che perdere il valore di regola di distribuzione delle misure a garanzia del godimento dei diritti.

E' la persona umana che, nella sua complessità e dimensione normativa, pretende per precetto costituzionale l'eguaglianza sostanziale ed impone l'adempimento del dovere di rimuovere gli ostacoli al pieno dispiegarsi della sua personalità; è la persona umana il referente concettuale dell'eguaglianza ed il luogo – giuridico – di bilanciamento <sup>(10)</sup> delle misure a sostegno dei diritti.

Su questo punto, al giurista positivo, non è lecito nutrire dubbi. L'art. 3 Costituzione, mentre assicura «*pari dignità sociale*» ed eguaglianza «*davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*», assegna un «*compito*» (e, dunque, un *dovere*) alla Repubblica, vale a dire «*rimuovere gli ostacoli*» che limitano «*la libertà e l'eguaglianza*» ed, impediscono, quindi «*il pieno sviluppo della persona umana*»; per altro verso, tutte le libertà e diritti della Parte Prima della Costituzione sono primariamente pretese della «*persona umana*» - sicché, ad esempio, «*la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*»; ed, ancora, per «*promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni*» (art. 119), con previsione evidentemente coerente con l'attuazione del principio di eguaglianza sostanziale.

---

<sup>10</sup> Sulla distinzione tra ponderazione e bilanciamento, si veda S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit.

Ad avere la pretesa alla rimozione degli ostacoli al pieno sviluppo della personalità, a trattenere stabilmente porzioni essenziali della sovranità nell'ordine dei diritti fondamentali <sup>(1)</sup>, a legittimare le istituzioni e renderle funzionali al pieno godimento dei (suoi) diritti fondamentali è la «*persona umana*», non il maschio o la femmina, l'omosessuale o l'eterosessuale, il settentrionale o meridionale, l'abitante della metropoli o il provinciale, l'utente svantaggiato di servizi pubblici o il fruitore limitato di tecnologie, il migrante o il cittadino, e così via.

Segmentare la diseguaglianza nelle diseguaglianze è un'operazione per nulla neutra, che – per un lato – rimuove il dovere di superare i fattori che impediscono l'effettiva eguaglianza come «*compito*» della Repubblica e – per l'altro – sottrae all'eguaglianza la funzione di regola di distribuzione delle misure – sociali (soggette a regolazione) o pubbliche – dirette a «*favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona*».

---

<sup>11</sup> Per maggiori considerazioni su questa affermazione, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, ESI, 2011, 653; ID., *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 850 – 875; ID., *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziari nell'Unione Europea e l'emergere del diritto comune europeo*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore della cultura e dello spettacolo*, XXI, Milano, Giuffrè, 2012, 338; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, 61; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 299; ID., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 53; ID., *Sistematica giuridica e controllo razionale del potere. Osservazioni intorno al problema del metodo nel pensiero di Antonio Romano Tassone e proposta in base all'ordine giuridico della società*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 803; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, 1153; ID., *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, minori trattenuti e potere pubblico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016 (X), 393; ID., *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 117 (2016), 195; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017 (LXVII), 99; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappicchelli, 2017, 119; ID., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in questa *Rivista*, I (2017), 3; ID., *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2019, 199; ID., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, LXV (2019), n. 98 (1/2019), 43; ID., *L'attitudine della giraffa. Per una teoria dei diritti sociali come esercizio della sovranità, nella stagione della crisi del welfare pubblico*, in M. FRANCESCA E C. MIGNONE (a cura di) *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 6; ID., *La pubblica amministrazione come dovere*, cit.

## 2. Il dibattito internazionale nella trappola del plurale.

Non è difficile rendersi conto della circostanza per la quale il dibattito giuridico si sia mosso, negli ultimi decenni, entro i confini della trappola delle disuguaglianze, al plurale. Questo profilo è molto chiaro nella letteratura giuridica nazionale.

Anche se si allarga lo sguardo fuori dei confini italiani, la realtà non muta in modo decisivo.

### 2.1. Alcune riflessioni dogmatiche.

Vi sono state, in tempi recenti, riflessioni estremamente importanti sul tema dell'eguaglianza in quanto tale. Sono disponibili sia ricostruzioni storiche sull'evoluzione del principio<sup>(12)</sup>, sia indagini molto serie che collegano la disuguaglianza sociale e l'affermazione del diritto del più forte all'emergere della violenza come strumento privilegiato di azione sociale e politica<sup>(13)</sup>; non manca chi<sup>(14)</sup>, rispetto alla pretesa all'eguaglianza, abbia messo in luce il rilievo – declinazione necessaria dell'eguaglianza nel pluralismo sociale ed istituzionale proprio della nostra struttura costituzionale<sup>(15)</sup>, a mio modo di vedere – del correlativo diritto alla diversità, che non può non collegarsi al rispetto della persona come titolare della pretesa all'eguaglianza, così come sono state recentemente poste in luce adeguata le differenze geografiche nel godimento dei diritti umani fondamentali<sup>(16)</sup>: si tratta, nel caso di Moyn, di lavori di densa prospettiva storica, che mettono in luce il rilievo della costruzione dello Stato sociale

---

<sup>12</sup>Ad esempio, G. DEHM, *Highlighting Inequalities in the Histories of Human Rights: Contestations over Justice, Needs and Rights in the 1970s*, in *Leiden Journal of International Law*, 2018, 1, <https://doi.org/10.1017/S0922156518000456>.

<sup>13</sup>F. MÜLLER, *Recht - Sprache - Gewalt: Elemente einer Verfassungstheorie*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008

<sup>14</sup>In questo senso si possono leggere i saggi raccolti in C. BRAUNER, A. FLÜCHTER, *Recht und Diversität*, Bielefeld University Press, 2020.

<sup>15</sup>Da questo punto di vista resta imprescindibile, G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, Vita e pensiero, 1980, ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2010, 275.

<sup>16</sup>S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2018.

dalla metà del Novecento e la sua progressiva crisi – culminata nel fallimento delle potenzialità redistributive della globalizzazione – e che pongono, ad esempio rispetto al mio modo di pensare, il problema della ridotta capacità dei diritti fondamentali, in questo secolo, di porre argine alle politiche neo-liberiste ed alla loro capacità di acuire le disuguaglianze<sup>(17)</sup>; tuttavia, la critica al rilievo dei diritti fondamentali, per assumere come centrale l'egualitarismo a base economica e la necessità di redistribuzione del reddito<sup>(18)</sup>, non sembra colpire nel segno, per un lato perché non riesce chiaro – da un punto di vista pratico – per quali ragioni quest'alternativa sia destinata a maggiore successo rispetto a quella fondata sui diritti, per l'altro, da un punto di vista giuridico, perché non sembra esservi alcuna seria contraddizione tra protezione dei diritti fondamentali ed equa distribuzione della ricchezza; piuttosto, se per un verso il giurista non può prescindere dalla comprensione della situazione storica concreta in cui opera, sembra non dover nemmeno cadere nel contestualismo, limite che – invece – queste riflessioni sembrano patire.

Piuttosto, le prospettive più rigorosamente giuridiche non trascurano la dimensione propriamente legale dell'eguaglianza e l'esame degli strumenti normativi e giurisdizionali<sup>(19)</sup> diretti a rimuovere la diseguaglianza<sup>(20)</sup>, l'individuazione di diseguaglianze rispetto al potere pubblico ed a quello economico ed il rilievo degli strumenti di diritto civile<sup>(21)</sup>, la centralità delle Costituzioni dal punto di vista metodologico ed interpretativo – e con chiarezza nell'uso del linguaggio<sup>(22)</sup> –, la profonda relazione tra diseguaglianza strutturale e metodo

<sup>17</sup> Sul libro in questione, si vedano le riflessioni di I. KAMPOURAKIS, *Samuel Moyn, Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, in *Modern Law Review*, 229 (2020) 83; J. PITTS, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, by Samuel Moyn, in *Political Theory*, 267 (2019), 47; M. VERSTEEG, *Can Rights Combat Economic Inequality?*, in *Harvard Law Review*, 133 (2020), 2017.

<sup>18</sup> Tesi, questa, che appariva meno centrale in S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 2010.

<sup>19</sup> C. FRANCK, *Le principe d'égalité*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, 191.

<sup>20</sup> N. BURGI-GOLUB, *Égalité, équité. Les catégories idéologiques des politiques publiques*, in *Politix. Revue des sciences sociales du politique*, 34 (1996), 47.

<sup>21</sup> F. GIROUX, *De la société civile à l'État : l'irruption de l'inégalité*, in *Philosophiques*, 1984, 2.

<sup>22</sup> In argomento, R. G. MANRIQUE, *La semántica confusa de la igualdad*, in *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33 (2010), 591.

giuridico utilizzato, a seconda che si ricorra alla sistematica individualista <sup>(23)</sup> o alla prospettiva relazionale propria del quadro costituzionale <sup>(24)</sup>.

## 2.2. Le disuguaglianze.

Tuttavia, il dibattito si è largamente concentrato su singoli profili della disuguaglianza.

In questo senso vanno considerati i contributi concentrati sulle disuguaglianze che l'ordinamento obiettivamente <sup>(25)</sup> presenta nei confronti dei migranti, con il rilievo del problema del multiculturalismo <sup>(26)</sup>, ovvero delle minoranze religiose <sup>(27)</sup>.

Allo stesso modo, anche con riguardo alle discriminazioni tra uomo e donna tra i migranti <sup>(28)</sup>, la letteratura si è dedicata alle disuguaglianze di genere

---

<sup>23</sup> Sull'eguaglianza come questione fondamentale di metodo anche J. ROSENSTOCK, *Vom Anspruch auf Ungleichheit: über die Kritik am Grundsatz bedingungsloser Menschengleichheit*, Velbrück Wissenschaft, 2015, che bene illustra come la riflessione critica sul principio di eguaglianza sia sostanzialmente mancata.

<sup>24</sup> C. RÖHNER, *Ungleichheit und Verfassung: Vorschlag für eine relationale Rechtsanalyse*, Velbrück Wissenschaft, 2019.

<sup>25</sup> Ci si è permessi di concentrarci su questi profili nei lavori di chi scrive *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, minori trattenuti e potere pubblico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016 (X), 393; *Migrant's fundamental rights and public power under the Italian legal framework*, con F. ROTA, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, 919; *Massnahmevorschriften and Emergency powers in contemporary Public Law*, in *The Lawyer Quarterly, Institute of State Law of Czech Academy of Science*, X (n. 1/2020), 23; *I migranti portatori di una domanda di legalità*, in *Giustamm*, XV, Agosto 2018, n. 8 - 2018 [5916].

<sup>26</sup> S. COURTOIS, *Égalité de traitement et multiculturalisme*, in *Revue Philosophique de Louvain*, 2010, 205.

Sulle questioni poste dal multiculturalismo in relazione alla garanzia dei diritti individuali, deve essere considerato D. LAMBELET COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: the Liberal's Dilemma*, in *Columbia Law Review*, 1996, 1093.

<sup>27</sup> In argomento, S. PEI, *Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights*, in *Yale Law Journal*, 122 (2012), 1089, che esamina la tendenza a promulgare leggi proibitive dell'uso del velo islamico nei luoghi pubblici, con particolare considerazione dei problemi che si pongono alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed alla sua nascente giurisprudenza in tema di non discriminazione su base religiosa.

<sup>28</sup> Y. RIANO, *Inégalité des chances entre femmes et hommes, entre migrants et non-migrants. Une perspective intersectionnelle*, in *Terra Cognita, Swiss Journal of Integration and Migration*, 2021, 24.

(<sup>29</sup>), anche con riferimento all'elaborazione giurisprudenziale (<sup>30</sup>), ovvero di orientamento sessuale (<sup>31</sup>).

Particolarmente nella letteratura nord americana è sempre presente la riflessione sulle diseguaglianze razziali, vuoi in relazione a provvedimenti puntuali (<sup>32</sup>), vuoi mettendo in luce la possibile funzionalizzazione delle misure a vantaggio delle minoranze all'interesse della maggioranza (<sup>33</sup>) e, comunque, la persistenza dei meccanismi di vantaggio per le maggioranze (<sup>34</sup>).

Si correla alla questione delle disuguaglianze su base razziale anche quella concernente l'accesso all'istruzione – che, a sua volta, involge altri due tipi di discriminazioni settoriali, vale a dire quelle su base territoriali ed in relazione alle possibilità economiche. I temi si possono collegare per via della differente capacità dei diversi territori di attrarre risorse economiche da dedicare all'istru-

---

<sup>29</sup> C. KULLER, *Ungleichheit der Geschlechter*, H. G. HOCKERTS, W. SÜSS (Hrsg.), *Soziale Ungleichheit im Sozialstaat: Die Bundesrepublik Deutschland und Großbritannien im Vergleich*, Oldenbourg Verlag München 2010, 65.

<sup>30</sup> S. DZIOBON, *Genre, inégalité et limites du droit*, in *Droit et Société*, 1997, 277, prevalentemente concentrata sui precedenti giurisprudenziali.

<sup>31</sup> D. NEJAIME, *Marriage Inequality: Same-Sex Relationships, Religious Exemptions, and the Production of Sexual Orientation Discrimination*, in *California Law Review*, 100 (2012), 1169, prevalentemente sui matrimoni omosessuali.

<sup>32</sup> Come il recente Lavoro di E. MACHEFSKY, *The California Act to Save [Black] Lives? Race, Policing, and the Interest-Convergence Dilemma in the State of California*, in *California Law Review*, 109 (2021), 1959, principalmente dedicato al California Act to Save Lives del gennaio 2020, limitando il diritto della polizia di uccidere persone alle ipotesi in cui ciò sia «*necessary in defense of human life*», ponendolo in relazione alla diversa applicazione che se ne fa nei confronti di neri e latini.

E' anche interessante il recente studio di S. TOFIGHBAKSH, *Racial Gerrymandering after Rucho v. Common cause: untangling Race and Party*, in *Columbia Law Review*, 120 (2020), 1885.

<sup>33</sup> Così A. RAHIM, *Diversity to Deradicalize*, in *California Law Review*, 108 (2020), 1423, che sostiene – nella sostanza – che le misure di integrazione universitaria delle minoranze razziali siano decisamente influenzate dai «*benefici educativi della diversità*», vale a dire nel vantaggio che le maggioranze avrebbero nell'esposizione alla relazione con le minoranze razziali, che conferisce ai bianchi il vantaggio dell'esposizione alle opinioni degli studenti di colore, necessaria per conservare la leadership efficace in una società sempre più multirazziale.

<sup>34</sup> R. R.W. BROOKS, *The Banality of Racial Inequality*, in *Yale Law Journal*, 124 (2015), 2626, Recensione a D. ROITHMAYR, *Reproducing Racism: How Everyday Choices Lock in White Advantage*, New York, New York University Press, 2014.

zione<sup>(35)</sup>, restando rilevanti le differenze di classe e censo<sup>(36)</sup> e provenienza etnica<sup>(37)</sup>.

Allo stesso modo, le disuguaglianze territoriali mettono in luce l'asimmetria tra la globalizzazione economica relativa al capitale ed agli investimenti e la ridotta mobilità delle persone – senza che ordinariamente si consideri la violenta limitazione imposta dalle legislazioni nazionali alla migrazione<sup>(38)</sup>. In generale, come il documento dei direttori di questa *Rivista* pubblicato in apertura si sforza di porre in luce, le disuguaglianze territoriali hanno rilievo da molti punti di vista. Evidente quello tra Nord e Sud del Paese<sup>(39)</sup>, ed, in generale, in tutte le ipotesi di discriminazioni nell'allocazione delle risorse, delle infrastrutture, delle possibilità educative, di trasporto, economiche, di assistenza sanitaria, tra aree geografiche della stessa nazione o tra nazioni.

Non deve essere trascurato il profilo – recentemente avvertito sul fronte della disuguaglianza digitale e tecnologica<sup>(40)</sup> – della discriminazione tra città e provincia, tra centri e periferia; siamo, con tutta evidenza, di fronte ad un fenomeno mondiale di concentrazione della popolazione nelle città e questo feno-

---

<sup>35</sup> M. RAZZANO, *Unequal Access: How Debt Exacerbates Inequality in Education Financing*, in *California Law Review*, 108 (2020), rispetto alle disparità geografiche nel finanziamento delle scuole e accesso ad esse.

<sup>36</sup> R. SAGELSDORFF, *Soziale Ungleichheit in der flexibilisierten Berufsbildung Erweiterte Kompetenzanforderungen und milieuspezifische Passungsverhältnisse in Lehrbetriebsverbänden*, Budrich UniPress Ltd., Opladen Berlin, 2018.

<sup>37</sup> K. COOPER, *Why and how U.S. Law schools ought to promote inclusion of black scholars and legal practitioners in chinese legal studies programs*, in *Columbia Law Review*, 120 (2020), 250.

<sup>38</sup> E' il tema affrontato da S. SARKAR, *Capital Controls as Migrant Controls*, in *California Law Review*, 109 (2021) che mette in luce il trattamento differenziato del capitale e del lavoro, giacché la legge permette al capitale finanziario, ma non alle persone, di muoversi liberamente attraverso le frontiere; gli studiosi, contentandosi del profilo della libera circolazione delle persone all'interno dell'economia dell'Unione Europea o degli Stati Uniti, hanno del tutto trascurato le restrizioni legali sui migranti, in particolare quando i migranti stessi sono considerati illegali.

<sup>39</sup> La questione meridionale non ha trovato, da un punto di vista giuridico, grande attenzione negli ultimi decenni. Fanno eccezione le *Lezioni sul meridionalismo. Nord e Sud nella storia d'Italia*, Bologna, Il Mulino, 2016, raccolte da S. CASSESE, che, tuttavia, affrontano il tema più dal punto di vista storico e politico.

Il tema è stato recentemente affrontato da A. ROMEO, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario Nord Sud nell'Italia del nuovo millennio*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 807.

<sup>40</sup> Sulla quale, N. ZILLIEN, *Digitale Ungleichheit: neue Technologien und alte Ungleichheiten in der Informations- und Wissensgesellschaft*, VS Verl. für Sozialwiss., Wiesbaden, 2006.

meno si collega ad una mobilità sociale, economica, educativa delle città che non solo le rende attrattive, ma che conforma l'organizzazione sociale in modo estremamente più aperto, solidale, orientato al futuro rispetto a territori, anche strettamente contigui, che, invece, avvertono la loro esclusione dall'insieme di queste possibilità, unita alla perdita di possibilità economiche, all'idea che in queste aree siano prevalentemente dislocate le funzioni meno desiderabili nella metropoli, determinando strutture sociali e loro espressioni politiche quasi opposte. Questi fenomeni non sembrano affrontati con adeguate politiche redistributive <sup>(41)</sup>.

Egualmente rilevanti – e collegati non di rado alle diseguaglianze territoriali – sono i profili relativi alla diseguaglianza previdenziale <sup>(42)</sup>, concernente l'assistenza sanitaria – con conseguenze evidenti sulla qualità e speranza di vita<sup>(43)</sup> – ovvero la disabilità <sup>(44)</sup>.

Infine, soprattutto nella letteratura nord-americana, sulla base della sua lunga tradizione di analisi del concreto equilibrio tra Federazione e singoli Stati, è profonda l'attenzione sulle diseguaglianze finanziarie e fiscali, sia ricercando soluzioni per superarle <sup>(45)</sup>, sia ponendo la debita attenzione all'orientamento

---

<sup>41</sup> Sul problema della redistribuzione della ricchezza, in generale, S. KRÜGER, *Soziale Ungleichheit: private Vermögensbildung, sozialstaatliche Umverteilung und Klassenstruktur*, VSA Verlag, Hamburg, 2017.

<sup>42</sup> In argomento, L. LEISERING, C. MARSCHALLEK, *Zwischen Wohlfahrtsstaat und Wohlfahrtsmarkt Alterssicherung und soziale Ungleichheit*, in H. G. HOCKERTS, W. SÜSS (Hrsg.), *Soziale Ungleichheit im Sozialstaat: Die Bundesrepublik Deutschland und Großbritannien im Vergleich*, Oldenbourg Verlag München 2010, 89.

<sup>43</sup> S. TRABANINO, *Health, Law, And Ethnicity: The Disability Administrative Law Judge And Health Disparities For Disadvantaged Populations*, in *California Law Review*, 108 (2020), ad esempio, mette in luce come le disuguaglianze relative alla disponibilità di servizi sanitari siano fattori determinanti la qualità della vita e la speranza ch'essa sia lunga; mentre la *Social Security Administration* (SSA) pubblica dati inequivoci sul punto e realizza programmi diretti a ridurre le diseguaglianze, Trabanino lamenta la completa disattenzione dei giuristi su queste questioni.

<sup>44</sup> A.D. MARRA, *Anti-discrimination Law In Italy: Five Years Later*, in *Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, VI (2012), 251.

<sup>45</sup> R. A. SCHAPIRO, *States of Inequality: Fiscal Federalism, Unequal States, and Unequal People*, in *California Law Review*, 108 (2020), 5, dedicato alle possibili soluzioni per superare l'ineguaglianza fiscale tra gli Stati dell'Unione, mettendo in luce i difetti dei sistemi attualmente teorizzati o utilizzati, preferendovi un sistema di finanziamenti di scopo.

alla sostenibilità ed all'impatto sociale degli investimenti <sup>(46)</sup>, sia proponendo argomentate critiche al legislatore <sup>(47)</sup>.

### **2.3. Disuguaglianze e democrazia.**

L'idea stessa di democrazia si collega strutturalmente sia con il principio di eguaglianza – inteso come divieto di discriminazione – sia con la pretesa giuridica all'eguaglianza.

Tuttavia, è un fatto largamente riconosciuto che proprio nelle democrazie occidentali avanzate, i livelli – anche endemici <sup>(48)</sup> – di disuguaglianza si siano ampliati negli ultimi decenni, in contraddizione aperta con l'aspettativa propria dei regime democratico; allo stesso modo, proprio questi Stati hanno per lo più limitato – quando non negato – condizioni di eguaglianza ad intere categorie di nuovi arrivati entro le loro giurisdizioni, sia per ragione delle norme dettate relativamente ai migranti, sia in considerazione delle limitazioni alle libertà personali, che si sono concentrate talora rispetto a gruppi sociali, etnici o religiosi, che sono contenute nelle varie normative in materia di sicurezza o emergenza <sup>(49)</sup>.

Naturalmente, si potrà sostenere che la più generale crisi della democrazia negli Stati occidentali conduce con sé fatalmente il depotenziamento dell'azione pubblica per l'affermazione del principio di eguaglianza sostanziale, così come, invece, si potrà ritenere che la diversa strutturazione della società – derivata dalla globalizzazione del mercato e dalla centralità organizzativa, comunicativa e valoriale, della tecnologia – abbia indebolito la stessa pretesa

---

<sup>46</sup> Di recente, C. M. SHELBY, *Profiting from our pain: privileged access to Social Impact Investing*, in *California Law Review*, 109 (2021), 101

<sup>47</sup> C. ONDERSMA, *Borrowing equality: dispossession and the need for an abolitionist approach to survival debt*, in *Columbia Law Review*, 120 (2020), 299, ove si critica la distinzione, operata dal Congresso, tra “credito” e “debito”, incoraggiando il primo e scoraggiando il secondo, cercando di dimostrare che le misure concretamente adottate, di fatto, consolidano i sistemi di emarginazione che presumibilmente sono concepiti per alleviare.

<sup>48</sup> Per questi profili, F. GALLO, *potestà normativa di imposizione, mercato e giustizia sociale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, 371.

<sup>49</sup> Per una più ampia discussione di questi temi, sia consentito il rinvio al mio *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2021.

all'eguaglianza, sicché proprio la fragilità della società, unita alla concentrazione della ricchezza e del controllo delle risorse (in senso oligopolistico) ed al neoliberismo degli Stati (sicché vi sarebbe più mercato nello Stato ma assai meno nel mercato stesso, concentrata la ricchezza in poche mani), abbia contribuito decisamente alla crisi della democrazia. La soluzione del problema non spetta al giurista: se, infatti, sarebbe ottuso amministrare i principi di diritto senza comprendere in quale contesto storico si operi la costruzione dogmatica, d'altro canto, non spetta allo studioso di diritto risolvere problemi economici, storici o politologici. Si tratta di un dato ancor più chiaramente avvertito in relazione alla pandemia ed all'uso dell'emergenza come regola di sistema; sul punto, la letteratura giuridica è così estesa da non sembrare utile darne conto in questa sede.

Il dato, tuttavia, del coesistere della crisi della democrazia e della riduzione della pretesa all'eguaglianza e delle politiche pubbliche dirette alla sua attuazione, non può essere trascurato. Il tema è ampiamente studiato dai politologi e, soprattutto, dagli economisti, mentre non sembra avere attirato la dovuta attenzione dei giuristi.

Sembra, invece, di dover indicare questo elemento come non secondario nell'analisi del tema. Le concomitanti crisi della democrazia e contrazione dell'attuazione del principio di eguaglianza determinano un'alterazione del disegno costituzionale non trascurabile.

Per lo studioso della relazione tra potere pubblico e pretese individuali, qual è l'amministrativista, la questione non è trascurabile, perché determina una trasformazione critica della relazione tra società e Stato, tra comunità locali e potere centrale, tra rappresentanza ed attivazione diretta dei diritti fondamentali. E pone in modo chiaro la criticità già indicata, vale a dire se sia il terreno di questi stessi diritti fondamentali della persona (come singolo e nelle formazioni sociali nelle quali si sviluppa la sua personalità) ad essere il fattore fondativo di una pretesa all'organizzazione ed azione dei poteri pubblici funzionali ad essi —

e, quindi, al loro godimento pieno ed uguale – ovvero anche questa linea ricostruttiva vada ripensata o integrata.

Si colloca qui il problema della critica all'enfasi delle diseguaglianze in relazione alla centralità dell'eguaglianza, come tra poco ci si proverà ad argomentare.

### **3. Trasformazioni dell'ordinamento ed il problema del principio di eguaglianza nella crisi della democrazia.**

Quanto particolarmente al diritto all'eguaglianza (ovvero, più precisamente al diritto ad essere trattati con «*pari dignità sociale*» ed eguaglianza «*davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*»), per un lato ed al dovere, il «*compito*», della Repubblica di «*rimuovere gli ostacoli*» che limitano «*la libertà e l'eguaglianza*» ed, impediscono, quindi «*il pieno sviluppo della persona umana*»), è difficile ragionare di un suo possibile concreto regime senza tenere conto delle reali tendenze in atto nell'ordinamento; naturalmente si può teorizzare quel che si crede intorno ad esso, ma il dovere del giurista è quello della «*ricerca, riconsiderazione e svelamento delle ragioni del diritto in ogni momento storico*»<sup>(50)</sup>, sicché non si vedono ragioni per trascurare proprio quest'ultimo aspetto.

**3.1.** Laddove si consideri l'eguaglianza come diritto alla non discriminazione – e, nel caso dell'esercizio del potere amministrativo, pretesa all'imparzialità, con il suo necessario effetto sull'organizzazione pubblica oltre che, evidentemente, sull'attività amministrativa di decisione e materiale – non vi sono serie ragioni di preoccupazione rispetto alla vigenza ed alla concreta applicazione del precetto nel nostro ordinamento. Non solo il portato di trent'anni di legislazione sul procedimento amministrativo ha rafforzato l'effettività di imparzialità ed eguaglianza, ma il precetto costituzionale trova concreta applicazione da parte dell'amministrazione e della giurisdizione.

---

<sup>50</sup> G. PASTORI, *Intervento*, in *Il ruolo dei docenti di diritto nell'Università del domani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 75.

Se si osserva il problema sul versante – più immediato (e per certi versi meno impegnativo rispetto al diritto all'eguaglianza) – dell'imparzialità, sarà agevole cogliere il progredire dalla non discriminazione alla necessità strutturale d'imparzialità dell'amministrazione (parte, ma imparziale), all'affermazione della sua natura di dovere dell'ente pubblico, all'emersione del suo rilievo organizzativo, al valore di limite alla discrezionalità ed all'indirizzo politico, fino all'idea che si tratti dell'essenza stessa del modo di essere dell'amministrazione e diritto del cittadino; al tempo stesso, regole non scritte sono divenuti precetti costituzionali, dapprima depotenziati dagli interpreti per poi trovare la loro centralità precettiva e sistematica, le conferme nelle norme ordinarie ed in quelle dell'Unione<sup>(51)</sup>. Al tempo stesso, oltre i confini del diritto amministrativo, l'eguaglianza (formale) è regola sempre applicata dalla Corte Costituzionale, riferimento sistemico ormai in tutti i settori del diritto.

**3.2.** Molto diverso, invece, il profilo dell'eguaglianza in senso sostanziale, vale a dire della pretesa (a mio modo di vedere diritto fondamentale, azionabile nei confronti di qualunque autorità secondo le diverse tecniche di tutela utilizzabili) all'adempimento del dovere (anch'esso coercibile, senza che per ciò solo si manifesti come una semplice obbligazione), che grava su qualunque soggetto costitutivo della Repubblica, di «rimuovere gli ostacoli» che limitano «la libertà e l'eguaglianza» ed, impediscono, quindi «il pieno sviluppo della persona umana».

Per un verso, infatti, l'assolvimento di questo dovere non può prescindere da azioni espressamente dirette a questo scopo – mentre l'eguaglianza formale è norma di comportamento di qualunque azione o scelta organizzativa, anche se posta in essere per scopi del tutto differenti dall'affermazione dell'eguaglianza stessa; non è quindi irrilevante se, in concreto, l'ordinamento

---

<sup>51</sup> Senza indulgere in ricostruzioni che possono presumersi più che note, per una recente rivisitazione in funzione dell'affermazione del diritto all'imparzialità e corrispondente obbligo dell'amministrazione, con tutti i rinvii necessari, si può rimandare certamente a I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2021, *passim*.

mostri norme ed organizzazioni dirette a questo obiettivo o non, piuttosto, larga trascuratezza, se non proprio abbandono.

Per altro verso, poiché si tratta di un dovere che grava sull'insieme dei soggetti che costituiscono la Repubblica, l'individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie doverosa e la stessa possibilità di azionare la correlativa pretesa non possono sussistere adeguatamente se non attraverso la definizione di regimi e di raccordi tra l'azione della società civile e quella dei poteri pubblici, in un contesto pluralista e orientato alla sussidiarietà orizzontale (per come resa in Costituzione dall'ultimo comma dell'art. 118, vale a dire «*l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*»).

Trattare questi profili significa porre questioni non secondarie, che naturalmente potrebbero legittimare una trattazione sensibilmente vasta, del tutto incompatibile con l'ordine del discorso. Con estrema sintesi – e necessariamente rinviando per i riferimenti – sembra però utile (i) fornire alcune indicazioni sui tratti di evoluzione dell'ordinamento (almeno lungo l'ultimo trentennio) per quanto d'interesse rispetto al tema che qui ci si pone ed individuare alcuni fattori critici, che emergono dall'evoluzione dell'ordinamento o che ad essa sono collegati; (ii) conseguentemente, indicare le ragioni per le quali si avverte la necessità di una netta presa di posizione dogmatica sull'eguaglianza e (iii) sui regimi che – pur presenti nell'ordinamento – possono contribuire alla sua attuazione in una prospettiva non più “Stato-centrica”.

**3.2.1.** Dal primo punto di vista, alcuni elementi caratterizzanti l'ultimo trentennio e rilevanti rispetto al tema dell'eguaglianza in senso sostanziale possono essere agevolmente indicati.

Occorre partire dalla premessa che il compito (il dovere, più tecnicamente) di porre in essere quelle misure che consentono in concreto il superamento delle disuguaglianze o, più precisamente, la rimozione degli ostacoli ad una pie-

na eguaglianza, durante il Novecento è (sostanzialmente) sempre coinciso con l'attribuzione di questo ruolo allo Stato.

**3.2.1.1.** *Innanzitutto*, allora, non serve molto per convincersi che, dalle teorizzazioni ed applicazioni del *Welfare* in poi, la rimozione degli ostacoli all'eguaglianza sostanziale sia stato sostanzialmente un compito degli Stati nazionali. Prescindendo per un momento rispetto alla coincidenza tra quest'ideologia e la struttura della nostra Costituzione repubblicana <sup>(52)</sup>, è agevole osservare come la crisi fiscale degli Stati (ed il conseguente ridimensionamento dei sistemi di *Welfare* pubblici), la cessione di sovranità da parte degli Stati europei a vantaggio dell'Unione (con le sue politiche di rigore relativamente al debito pubblico) e, soprattutto, la globalizzazione dei mercati, abbiano determinato una crisi strutturale di questo modello <sup>(53)</sup>.

Se, quindi, lo strumento per la rimozione degli ostacoli all'eguaglianza sostanziale vengono fatti coincidere con l'intervento pubblico attraverso il *Welfare* e quest'ultimo entra in una crisi strutturale, è chiaro che lo stesso destino è segnato all'azione di rimozione degli ostacoli che limitano libertà e eguaglianza.

**3.2.1.2.** *Ancora*: è sostanzialmente mutato il segno dell'intervento pubblico sul processo economico; semplificando in modo eccessivo, dall'intervento economico diretto dei poteri pubblici e dalla programmazione economica, si è passati attraverso un'epoca di privatizzazioni e regolazione nell'interesse della

---

<sup>52</sup> Per osservazioni nettamente in senso opposto alla coincidenza, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.; ID., *Persona, società e amministrazione pubblica*, cit; ID., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit; ID., *L'attitudine della giraffa. Per una teoria dei diritti sociali come esercizio della sovranità, nella stagione della crisi del welfare pubblico*, cit.

<sup>53</sup> Su tutti questi temi, si può leggere – anche per i necessari riferimenti – M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, in *Europa e Diritto Privato*, 2020, 757.

concorrenza di mercato, attuando il disegno ordoliberal<sup>(54)</sup> – con conseguente profonda revisione delle letture dell'art. 41 Cost. <sup>(55)</sup>.

Di nuovo, in quanto si faccia coincidere con l'intervento pubblico l'attuazione dell'eguaglianza, ne deriva che il suo radicale mutamento di segno conduce a conseguenze dirette sulla capacità di assolvere al dovere in questione.

**3.2.1.3.** In *terzo* luogo occorre osservare come l'ordinamento sia intervenuto sul versante stesso dei diritti (o, in generale, delle posizioni soggettive) della persona. Non è seriamente discutibile che nell'ultimo trentennio si sia assistito ad una proliferazione straordinaria di interventi legislativi <sup>(56)</sup>, senza precedenti.

Tuttavia, questa proliferazione della legislazione si è accompagnata, per un lato, alla deformazione della teoria delle fonti – sicché ogni atto a contenuto normativo proveniente dal potere pubblico risulta cogente, poco importa se sia rispettato il disegno costituzionale sulle fonti di produzione (il fenomeno, contestato, della proliferazione della decretazione d'urgenza è solo un esempio, tra i più macroscopici) – e, quindi, in ultima analisi, dalla perdita del significato della legge <sup>(57)</sup> come garanzia e luogo di composizione non effimero di interessi – tant'è che sulle principali vicende sociali ed economiche del Paese si sono avute leggi-provvedimento, la cui compatibilità perfino con il principio di eguaglianza è assai dubbia, di sostanziale ratifica parlamentare di iniziative governative.

Per altro lato, però, ed è quel che maggiormente interessa, questa sovrapproduzione legislativa ha scomposto il soggetto in una pluralità di figure pro-

---

<sup>54</sup> Per una adeguata analisi, T. BIEBRICHER, F. WOGELMANN, *The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*, London, Rowman & Littlefield, 2017; per un'illuminata considerazione dell'ordoliberalismo, resta imprescindibile M. FOCALTY, *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France (1978-1979)*, Parigi, EHESS/Gallimard/Seuil, 2004, anche se con importanti imprecisioni nella relazione tra ordoliberalismo e neoliberalismo, in particolare con riguardo al ruolo dello Stato.

<sup>55</sup> Per una discussione circa le diverse interpretazioni dell'art. 41 Cost., sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001

<sup>56</sup> F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in AA.VV., *Regole e Mercato*, II, Torino, Giappicchelli, 2017, in numerazione romana propria dell'introduzione, da XV, con ricca bibliografia cui si rinvia.

<sup>57</sup> Resta sempre imprescindibile, F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità* II ed., Torino, Giappicchelli, 2007.

prie del processo economico (consumatori, commercianti, risparmiatori, investitori, consumatori, professionisti, imprese dominanti e dipendenti, le più varie categorie di lavoratori, e via enumerando), perdendo completamente la centralità del titolare di diritti (fondamentali, costituzionalmente garantiti) e scomponendo le pretese modellandole secondo il tipo di relazione descritto dalla legge.

**3.2.1.4.** Anzi, le stesse categorie giuridiche fondamentali hanno iniziato ad assumere una quantità di significati possibili, a seconda del contesto in cui venivano assunte; basterebbe pensare al concetto di controllo societario (che muta contenuto a seconda che ci si riferisca al codice civile o al suo rilievo per Agcm o per Consob) o a quelli, più vicini ancora alla sensibilità dell'amministrativista, di impresa pubblica o pubblico servizio.

Questa radicale relativizzazione degli istituti giuridici rispetto al contesto, ha naturalmente riguardato anche l'interesse pubblico. Ci si è sforzati altra volta sia di proporre un concetto di pubblico interesse oggettivato e sindacabile di pubblico interesse, sia di criticarne la varietà degli usi, sia la frequente interposizione nella fattispecie allo scopo di ritrarne i precetti più diversi<sup>(58)</sup>, sia la contrastante pluralità di significati che la stessa normativa di settore – si pensi solo a quella delle gare contrattuali pubbliche<sup>(59)</sup> – presenza, senza fornire alcuna gerarchizzazione dei diversi significati.

Non sembra difficile cogliere come la segmentazione del soggetto, delle sue pretese e dell'interesse pubblico rendano perfino difficile misurare il concetto di eguaglianza. Per discutere del superamento degli ostacoli che si frappongono a libertà ed eguaglianza, infatti, occorre muovere dalla persona, dal soggetto cui sono riconosciuti i diritti fondamentali. Se si disintegra il soggetto in una molteplicità di aspetti, se si moltiplicano i significati degli istituti giuridici a seconda del contesto, se – infine – si rende l'interesse pubblico un concetto

<sup>58</sup> Sia consentito riferirsi al mio, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 429.

<sup>59</sup> Per brevità, sia consentito rinviare alle riflessioni svolte in *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Giappichelli, Torino, 2021, II, 888.

*bonne à tout faire*, vengono meno le condizioni di base per discutere dell'eguaglianza.

Ed, infatti, come s'è provato a sostenere nelle pagine che precedono, il dibattito giuridico perde di vista il tema in sé, polverizzandosi nell'osservazione delle disuguaglianze.

Né questa frantumazione è senza logica: il soggetto in sé, il portatore dei diritti fondamentali in quanto tale, appare come un ostacolo (tendenzialmente egoistico, geloso delle sue prerogative e libertà), che si oppone alla realizzazione della razionalità sociale da conseguire – nel fallimento delle garanzie del diritto ed in quello, persino più grave, della politica, entrambi colpevoli di non avere saputo evitare la tragedia delle dittature continentali e della guerra – attraverso il funzionamento del mercato come criterio ordinante la società.

**3.2.1.5.** Inoltre, sempre ponendo attenzione solo ai profili che rilevano rispetto alla questione dell'eguaglianza e collegandosi a quanto appena riferito, insieme alla proliferazione di norme di dettaglio, che relativizzano il soggetto al rapporto, la legislazione nazionale – anche in relazione a quella europea – trova il frequente utilizzo di clausole generali, per un lato, e di norme emergenziali, per l'altro. Entrambe rilevano sul versante dell'eguaglianza.

Infatti, per il primo versante, la previsione di una pluralità di clausole generali <sup>(60)</sup>, non sempre coerenti tra loro e prive di gerarchizzazione, riduce la

<sup>60</sup> Per maggiori considerazioni, sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 1213. In ogni caso, sulle clausole generali, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 8 (ma anche ID., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, 9 che poneva in luce come, in ordine alla buona fede, «il riferimento alle norme costituzionali ha avuto una funzione di rinnovamento della precomprensione della dottrina del diritto privato che nei primi commenti al nuovo codice civile (anteriori alla Costituzione repubblicana) aveva giudicato l'art. 1175 un flatus vocis o un inutile orpello» e ID., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, nel volume collettaneo, *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 317); C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 29; un approccio differente – nella direzione della valorizzazione della decisione legislativa diretta a procurare un sistema di produzione normativa – è in S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 1987, 709 (ma, ancor prima, ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1967 e ID., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1969, 132); per l'idea che le clausole generali rinvino a sottoinsiemi culturali (tecnica, arte, etica, etc.) M. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza. I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, ESI, 2007; nel senso opposto dell'introversione delle clausole – in considerazione

garanzia del principio di legalità e scarica l'effettivo contenuto della regola di diritto sull'applicazione giurisprudenziale <sup>(61)</sup>.

Per altro verso, si accompagna – e collega intimamente – all'ormai straordinariamente diffusa adozione di dispositivi emergenziali (essendo l'emergenza stessa, clausola generale, ed essendolo non di meno l'ordine pubblico, la sicurezza ed altre clausole potentemente eversive della legalità) <sup>(62)</sup>.

**3.2.1.6.** Non devono essere trascurati due ulteriori elementi che hanno significativamente agito sull'ordinamento ed i mutamenti fin qui troppo succintamente indicati.

Anzitutto, la globalizzazione dell'economia e la centralità del capitale finanziario, ha direttamente influito sulla capacità degli Stati di intervenire sulla redistribuzione della ricchezza in funzione egualitaria; il risultato è quello di una concentrazione di ricchezza senza precedenti <sup>(63)</sup> e di una perdita di legittimazione degli Stati nei confronti dei cittadini e di autonomia nella formazione del-

---

dell'autonomia del sistema giuridico rispetto a quello sociale – P. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2006. Più di recente il tema è stato nuovamente affrontato da V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, lavoro al quale interamente si rinvia per ogni indicazione ulteriore (ma si vedano anche ID., *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, in *Ordines*, 2/2018, 18; ID., *L'alogia "occultata" e l'alogia "negata": spunti giurisprudenziali per l'analisi del ragionamento analogico*, in questa *Rivista*, III (2/2018), 515).

<sup>61</sup> Ad esempio, per restare nel campo del diritto amministrativo, non sfugge a nessuno come l'ingiustizia manifesta sia sempre stato un elemento sintomatico del vizio di eccesso di potere; tuttavia, la sua natura residuale ed ancillare lo ha sempre posto al confine con il merito (tema sul quale, comunque, per tutti, B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, *passim*); altro è che, invece, vi sia un diritto positivo ad un trattamento equo (per una più ampia trattazione, sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, ESI, 2011, 653) da parte della pubblica amministrazione, come deriva diritto ad una buona amministrazione stabilito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (sul quale sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione ed equità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, 789).

<sup>62</sup> Per maggiori considerazioni sia consentito rinviare di nuovo al mio *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, cit.

<sup>63</sup> Se ne trova una rappresentazione affidabile in E. BRANCACCIO, R. GIAMMETTI, M. LOPREITE, M. PULIGA, *Monetary Policy, Crisis and Capital Centralization in Corporate Ownership and Control Networks: a B-Var Analysis*, in *Structural Change and Economic Dynamics*, Volume 51, (2019), 55.

le decisioni pur di loro competenza<sup>(64)</sup> nonché di competenza a decidere a vantaggio di soggetti sovranazionali (di varia natura, tra pubblico e privato) <sup>(65)</sup>.

Da un secondo punto di vista, è stato sapientemente notato come lo Stato liberale (di diritto, classico), nell'affermare eguaglianza (rispetto al diritto) e libertà, «*supponeva, anzi faceva corpo unico con, lo Stato, al quale era assegnato di garantire i presupposti dello scambio e del mercato. Questi presupposti, però, non si limitavano alla emissione e regolazione della moneta (che non è poco), ma includevano il territorio e i cittadini, i quali, a loro volta, definivano lo spazio del mercato ed i suoi attori. In questo spazio e tra questi attori aveva da svolgersi, perciò, la partita della concorrenza tra imprese e dello scambio tra imprese e lavoro. A questa partita lo Stato si manteneva estraneo, di essa si presentava come mero arbitro. Un arbitro, però, che custodiva i limiti del campo di gioco (rispetto a sconfinamenti dei giocatori e invasioni esterne) e assicurava la composizione delle squadre che in esso si affrontavano (offerta e domanda di merci e, soprattutto offerta e domanda di lavoro). Per questo verso quel diritto includeva uno Stato, che operava come garante non solo formale (curando il rispetto delle regole formali dello scambio) ma anche spaziale e – per così dire – umano del mercato*» <sup>(66)</sup>.

Questo assetto, già radicalmente mutato a fronte dell'affermazione del Welfare, è stato completamente stravolto negli ultimi decenni, riuscendone del tutto trasformato il ruolo ed il volto dello Stato. L'autorità pubblica non si colloca più sul versante (liberale) della formazione delle regole dell'attività economica (libera), né su quello (proprio dello Stato sociale) dell'ingresso nel processo economico con programmazioni, indirizzi, controlli ed interventi diretti, quanto piuttosto come attore che ha ceduto porzioni significative della sovranità (intesa in senso classico, statalistico), che negozia con il mercato (nel processo globale di allocazione, con le politiche fiscali, con le condizioni dettate al

<sup>64</sup> Per maggiori considerazioni sia consentito rinviare di nuovo a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, cit.

<sup>65</sup> Per un'indagine non recentissima ma pregevole e accurata, M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012

<sup>66</sup> La citazione nel testo è molto estesa ma il lavoro da cui è tratta impone di essere letto nella sua interezza, ci si riferisce a M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, cit., 757, con il quale in più parti del testo ci si confronta, ove consentendo ed ove discostandosi motivatamente.

proprio debito pubblico, con soggetti sovranazionali – spesso non pubblici – che regolano mercato o risorse) contenuti della legislazione, della politica economica e del lavoro, degli interventi di welfare in relazione al debito. Ancora: lo Stato non solo ha ceduto sovranità (sempre in senso statalistico) ad organizzazioni (pubbliche o private) sovranazionali, ma esso stesso ha importato strutture, procedure e regole aziendali (ad esempio: nei rapporti di lavoro; quanto alla natura di soggetti amministrativi fondamentali nell'assicurare il godimento di diritti – come nella sanità pubblica o nella regolazione farmaceutica <sup>(67)</sup>–, di garantire la legalità – come nell'organizzazione pubblica dei giochi leciti – ovvero realizzare opere o servizi essenziali – com'è per le strade di rilievo nazionale con ANAS; quanto al regime della dirigenza pubblica; etc.), divenendo un attore di mercato che negozia con esso porzioni della sua attività, ovvero che regola quello realizzato dai privati con funzioni indipendenti (dalla politica, come avviene per le autorità di regolazione indipendente) la cui finalità primaria è l'assicurazione della concorrenza come interesse pubblico essa stessa.

In altri termini, se si sovrappone – come è stato largamente fatto e tutt'ora troppo spesso accade – al concetto di Repubblica quello di Stato, se ne ottiene che il ritirarsi di quest'ultimo (in senso classico, come soggetto) ovvero delle sue forme e procedure autoritative, si avvertirà il corrispondente avvizzire delle garanzie e dei servizi che lo Stato assicurava o prestava.

L'errore, tuttavia, è metodologico: l'eguaglianza è compito della Repubblica (non dello Stato) e questa è data dall'insieme dei soggetti istituzionali e non che concorrono all'attuazione dei fini costituzionali – il che significa che, in un ordinamento nel quale il principio di sussidiarietà orizzontale ha rango costituzionale (art. 118 Cost.), «*l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*» è adempimento dei fini costituzionali tanto quanto quella dello Stato e degli enti pubblici.

---

<sup>67</sup> Nello specifico di AIFA ma, molto più largamente, in relazione all'assenza di modello coerente nelle aziende pubbliche nel nostro ordinamento, per tutti, M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione: il caso dell'Agenzia italiana del farmaco*, Torino, Giappichelli, 2018.

Per conseguenza, rilevano anche i dispositivi e regimi che, in concreto, disciplinano l'attività economica dei privati; si pone qui il problema del superamento della crisi del *Welfare* a fronte di quella fiscale dello Stato: se lo Stato dispone di minori risorse da rivolgere all'attività di prestazione (di servizi) ciò non significa affatto necessaria contrazione delle garanzie e delle prestazioni, sol che si regoli l'attività economica privata (in forza dell'art. 41 Cost.) in modo adeguato <sup>(68)</sup>.

Solo per esemplificare attraverso un tema che mi sono trovato a frequentare intensamente in passato <sup>(69)</sup>, ove si configurino i servizi pubblici <sup>(70)</sup> come attività di prestazione aggettivabili come tali (pubblici) solo se assunti da un ente pubblico, è fatale che alla compressione della capacità di questi soggetti di provvedere prestazioni, il regime di servizio pubblico si conserverà nella sua originaria (ed autoritaria, a mio modo di vedere) concezione, ma si comprimerà progressivamente; al contrario, se – come credo – si qualifichi servizio pubblico qualunque attività economica laddove (ed è questo il fine del pubblico servizio) produca beni o servizi necessari al godimento dei diritti fondamentali quanto alle pretese che non trovano soddisfazione in una semplice astensione (dell'autorità pubblica o di qualunque privato) dalla loro compressione o limitazione, allora l'area del servizio pubblico sarà molto ampia ed, anzi, più estesa che non in passato; ne conseguirà che il loro regime consisterà nella libera prestazione delle attività economiche in questione per la porzione in cui esse raggiungano spontaneamente il fine del pubblico servizio ovvero, nell'intensa regolazione perché ciò accada – correggendo normativamente o convenzional-

---

<sup>68</sup> Per un'argomentazione più distesa ed i necessari argomenti sistematici, sia consentito – per brevità – rinviare a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.

<sup>69</sup> Primariamente, L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit.

<sup>70</sup> Mi pare necessario osservare come la teoria che prova a spiegare i servizi pubblici tradizionalmente intesi che mi sono permesso di proporre ha trovato significative estensioni ed applicazioni a quelli educativi (sul punto, si rinvia interamente a F. MIDIRI, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, Torino, Giappicchelli, 2004), ai servizi bancari e finanziari (cfr., R. CALDERAZZI, *L'organizzazione del capitale nell'impresa bancaria*, in questa *Rivista*, VI (1/2020), 143) e, mi parrebbe, possa trovarla agevolmente anche in relazione a quelli sanitari ed assistenziali.

mente l'autonomia privata – oppure, ove ciò non sia adeguato, nella riserva dell'attività alla mano pubblica. Non è difficile rendersi conto, esaminando il dato normativo, di quanto questa spiegazione abbia trovato sempre più estese conferme nella legislazione nazionale ed europea.

Ebbene, ai fini che qui interessano, il rilievo della «*autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*» ai fini del «*rimuovere gli ostacoli*» che limitano «*la libertà e l'eguaglianza*» ed, impediscono «*il pieno sviluppo della persona umana*» non può essere taciuto. Sono cambiati – strutturalmente, a mio modo di vedere – il ruolo, l'organizzazione, la disciplina, dell'autorità pubblica (lo Stato, primariamente) ma ciò non significa che non continui a spettare alla «*Repubblica*» il compito di dare attuazione all'eguaglianza.

**3.2.1.7.** L'ultimo profilo di mutamento strutturale che mi pare vada richiamato ed è quello della natura ordinariamente emergenziale della legislazione nazionale. Si tratta di un profilo relativamente al quale è immediata la percezione della rilevanza per l'eguaglianza in quanto tale: se per la legge-provvedimento è inevitabile il contrasto con il principio di eguaglianza <sup>(71)</sup>, l'organizzazione <sup>(72)</sup> e la legislazione dell'emergenza <sup>(73)</sup> mostrano sicuri elementi di criticità rispetto al nostro tema.

Non è questa la sede per una sua trattazione estesa <sup>(74)</sup> e, tuttavia, conviene non trascurare alcuni profili.

<sup>71</sup> Per i necessari riferimenti, L. R. PERFETTI, *Massnahmenvorschriften and Emergency powers in contemporary Public Law*, cit.

<sup>72</sup> P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il diritto dell'economia*, 2020 (fas. 101), 125.

<sup>73</sup> C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario AIPDA, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005, 5; E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, BUP, 2019; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a funzione normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 37; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 377; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990; G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Nov.mo dig. it.*, XII, Torino, Utet, 1965, 89.

<sup>74</sup> Per brevità, mi sia permesso rinviare a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, cit. e, più recentemente, ID., *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in questa *Rivista*, VII (2/2020), 51.

Anzitutto, vi sono buone ragioni per ritenere che non si tratti di evenienze occasionali, ma di una trasformazione non effimera dell'ordinamento. Certamente la globalizzazione dei mercati e la fine delle grandi divisioni ideologiche sono fattori imponenti in questa direzione; tuttavia, l'elemento decisivo appare essere quello dello sviluppo della tecnica – e della digitalizzazione in specie <sup>(75)</sup>.

Se è difficile fare riposare l'ordinamento sulle “certezze” della scienza – e coltivare sinceramente l'idea che la norma di legge sia il frutto della razionalità oggettiva <sup>(76)</sup> – è, invece, chiaro che il rapido progredire della tecnica <sup>(77)</sup>, delle abilità pratiche, mette in seria difficoltà la legge come prodotto del Parlamento, come luogo di composizione razionale degli interessi. La legge, piuttosto, viene soppiantata dall'iniziativa governativa, sostituita, per quanto possibile senza violare le regole sulle fonti di produzione giuridica, dal prodotto normativo dell'esecutivo. Già in questo, strutturale, spostamento di competenze e trasformazione di contenuti, c'è un tema che riguarda l'eguaglianza. Perché vi sia diseguaglianza legittima o superamento di quella che legittima non è, occorre un quadro stabile di comparazione, occorre un sistema retto da principi tra loro coordinati; l'andamento emergenziale della legislazione, invece, interviene assai

---

<sup>75</sup> Ai nostri fini non serve spingersi fino a teorizzarne compiutamente la capacità di modificare stabilmente il modo di essere della civiltà; tuttavia, deve essere letto M. FERRARIS, *Filosofia del mondo nuovo*, Bari – Roma, Laterza, 2021.

<sup>76</sup> E' noto che la tesi fondamentale dello studio orlandiano *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* (V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. Brunialti, Torino 1890, 919), configura la legge come cosa ben diversa dal «semplice prodotto di un puro principio di maggioranza, di una volontà politica disciplinata nelle forme dalla costituzione, essa era piuttosto la manifestazione più alta di una razionalità di tipo oggettivo, il riflesso di un ordine profondo e storicamente fondato nella collettività» (M. FIORAVANTI, *Le dottrine dello Stato e della Costituzione*, in R. Romanelli (a cura di), *Storia dello Stato italiano*, Roma, Donzelli, 1995, 408 – la citazione è a p. 425)

<sup>77</sup> Sulla questione occorre rammentare – per rendere evidente come la questione del potere della tecnica non sia neutrale ed anzi interroghi sovranità popolare e natura incompressibile dei diritti della persona – perché la tecnica è una modalità di relazione, che lega insieme l'essere quale evento (*Ereignis*) e l'esistente umano in quanto singolo esserci (*Dasein*), attraverso la riduzione dell'intero essente *Bestand*; sicché il dominio della tecnica determina che ogni realtà sia resa funzionale alle disposizioni manipolative dettate da chi dispone della tecnica, che potrà abusare indiscriminatamente di ciò che è, nella tendenza a rendere utilizzabile sia il pensiero che ciò a cui si rivolge. Per tale ragione, la tecnica è una forma di pensiero, creatrice di pensiero ed un modo di stare al mondo, M. HEIDEGGER, *Die Frage nach der Technik e Wissenschaft und Besinnung*, in *Vorträge und Aufsätze*, Klostermann, Frankfurt a.M. 2000, 7-65 (ora trad. it. *La questione della tecnica*, goWare, Firenze 2017).

spesso sul singolo accadimento, fronteggia un'evenienza, adatta le regole alla realtà in mutamento con novelle, modifiche o aggiunzioni di disposizioni. La stessa drammatica moltiplicazione delle norme di legge dipende dal rapido mutamento dei fatti e dalla necessità di disciplinarli come singoli, perduto il sistema. Ricostruire un sistema di fonti in un quadro così mutato è uno dei compiti di chi si pone l'esigenza dell'eguaglianza.

In secondo luogo, proprio la tirannia dell'emergenza consente di mettere in luce come lungo una pluralità di crinali si siano progressivamente accumulate discipline derogatorie, clausole generali – come la sicurezza o l'ordine pubblico – che consentono rapide dilatazioni del potere esecutivo, attivato dall'evento singolo o dalla convenienza politica <sup>(78)</sup>, riducendo le garanzie di controllo giurisdizionale in ragione dell'accoppiarsi del dispositivo derogatorio e dell'evento (qualificato come urgente, emergenziale, rischioso). Vi sono ragioni serie, quindi, per considerare come la deformazione della tradizionale teoria delle fonti di produzione giuridica sia un profilo rilevante per l'affermazione dell'eguaglianza.

**3.3.** L'insieme di questi fattori, quindi, per un lato mi pare confermi che la concentrazione relativamente alla singola diseguaglianza non consente di mettere a fuoco il problema dell'eguaglianza in quanto tale e, semmai, rischia di essere controproducente rispetto ad essa perché coerente con la frantumazione del soggetto nella singolarità dei suoi rapporti (e, quindi, anche nei rapporti di

<sup>78</sup> Sul rilievo della paura popolare sui meccanismi democratici, U. BECK, *Politik in der Risikogesellschaft - Essays und Analysen*, Berlin, Suhrkamp, 1991; sul tema anche C.R. SUSTEIN, *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, ove si mette in evidenza che negli ordinamenti democratici il bisogno di protezione, legato al consenso elettorale, agisce anche di fronte a bassi livelli di rischiosità: «*a democratic society, following popular views, will embody a form of risk aversion for low-probability risks that might result in serious harms*» (26) (ma, già prima, ID., *Beyond the precautionary principle*, in *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, 38 (2003), e, più recentemente, ID. (ed.), *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*, New York, Dey Street, 2018).

Esempio efficace del diritto della paura e dell'uso politico dell'emergenza si trova nelle recenti legislazioni anti-terrorismo, sulle quali S. N. HERMAN, *Taking Liberties: The War on Terror and the Erosion of American Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2011; L.A. DICKINSON, *Using legal process to fight terrorism: Detentions, military commissions, international tribunals, and the rule of law*, in *S. Cal. L. Rev.*, 75 (2001-2002), 1407; L. N. SADAT, *Terrorism and the Rule of Law*, in *Global Stud. L. Rev.*, 2004, 135; al più diffuso studio di R. ABEL, *Law's Wars: The Fate of the Rule of Law in the US 'War on Terror'*, Cambridge University Press, 2018; in Italia, G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016.

potere, pubblico o privato che questo sia); da altro lato, mi sembra richiedere una forte presa di posizione dogmatica, evitando l'esercizio – così diffuso relativamente al cambiamento in atto ed in generale alla profonda obsolescenza delle certezze (giuridiche, per quel che ci riguarda) del passato anche recente – della semplice critica lamentosa o dell'evocazione (delusa e deludente) di ciò che è andato perduto, incapaci di provare a sperimentare la necessità di proteggere la libertà ed i diritti della persona nel nuovo contesto che ci si presenta.

#### **4. L'affermazione dell'eguaglianza sostanziale come parte della dogmatica dei diritti fondamentali in un ordinamento pluralista.**

Nella sostanza, non vi sono ragioni per tentare una forte presa di posizione dogmatica rispetto ai profili dell'eguaglianza formale (e, quindi, al dovere di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. – sicché «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*» - ovvero del divieto di discriminazione «*davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*» previsto dall'art. 3 Cost.). Naturalmente, questo non significa che discriminazioni indebite possano sussistere; tuttavia, esse sono semplicemente invalide.

Diverso è il profilo del «compito» alla Repubblica a «*rimuovere gli ostacoli*» che limitano «*la libertà e l'eguaglianza*» ed, impediscono, quindi «*il pieno sviluppo della persona umana*» (art. 3, Cost.) e di «*promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni*» (art. 119, Cost.), nonché di determinare ed assicurare i «*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*» (art. 117, co. 1, lett. m).

Riprendendo i termini della discussione fin qui compiuta, si possono porre alcuni punti fermi, utili alla costruzione di una possibile posizione dogmatica.

Anzitutto, (I) appare chiaro che far coincidere questo compito con l'azione dello Stato (o, in generale di enti pubblici) come soggetto che rende prestazioni, in una stagione di non effimera compressione della spesa pubblica, significa andare incontro ad un fallimento. Inoltre, se il soggetto gravato da questo compito fossero i soli poteri pubblici, in un'epoca come la nostra caratterizzata dal maggiore rilievo di poteri privati, si finirebbe per costruire un dispositivo ulteriormente fallimentare (*id est*: la norma grava i poteri pubblici di un compito che non assolvono o non sono in grado di assolvere, con le conseguenti responsabilità giuridiche e politiche, perché non dispongono della forza e della competenza necessaria per governare poteri privati concentrati che, invece, sono del tutto esenti da quel compito). Peraltro, se questo vale in prospettiva sistemica di politica del diritto, con maggiore rilievo dal punto di vista del giurista positivo, si deve sottolineare come nulla nella disciplina in vigore giustifichi questa coincidenza (il compito è della Repubblica, i livelli essenziali delle prestazioni debbono essere garantiti ma in nessun luogo si dice che ciò debba avvenire con intervento diretto dei poteri pubblici, etc.).

Infatti, (II) nulla nelle previsioni della nostra Costituzione legittima l'idea che questo «*compito*» spetti allo Stato (o ad enti pubblici) in via esclusiva – anzi, a fronte della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni che corrispondono al godimento dei diritti civili e sociali, queste ultime potranno essere rese da soggetti privati regolati dalla legge, non essendo affatto detto (contrariamente a quanto la dottrina sostanzialmente unanime (erroneamente) ritiene; allo stesso modo il «*compito*» di rimuovere gli ostacoli è – testualmente – della Repubblica (che, come ognuno sa, nel linguaggio della Costituzione non coincide con le sole istituzioni pubbliche) e non dello Stato.

Inoltre, (III) il «*còmposito*» coincide con la realizzazione di azioni dirette alla rimozione degli ostacoli che limitano «*la libertà e l'eguaglianza*» impedendo «*il pieno sviluppo della persona umana*», sicché (IV) il referente della pretesa all'adempimento del «*còmposito*» è la «*persona umana*», colta nella sua dimensione normativa di sovrano dell'ordinamento costituzionale (art. 1, Cost.) e del permanente trattenersi dei diritti fondamentali nell'ambito della sovranità (art. 2, Cost.).

In altri termini, la pretesa all'eguaglianza (art. 3, Cost.) costituisce la misura di distribuzione del godimento dei diritti fondamentali, trattenuti nell'ambito costituente della sovranità.

L'eguaglianza sostanzia la dimensione normativa della persona umana come titolare dei diritti fondamentali, che – trattenendo in essi, in modo permanente, una porzione della sovranità – determina la funzionalizzazione di tutti i poteri pubblici al godimento di quei diritti fondamentali, dimensioni normative del suo «*pieno sviluppo*».

Per conseguenza, «*l'eguaglianza*» si misura sulla base dell'apprestamento delle condizioni per il «*pieno sviluppo*» della persona. Questa è la misura dei diritti fondamentali segnata in Costituzione e costitutiva del «*còmposito*» delle istituzioni della «*Repubblica*».

Su queste basi, quindi, è ben possibile provare a fissare i contenuti della dogmatica dell'eguaglianza nel nostro ordinamento.

Naturalmente, il nostro discorso aspira – come tutti gli approcci dogmatici – a trattenersi nel puro diritto positivo, proponendo solo una spiegazione delle norme in vigore (ovvio che come ogni interpretazione delle norme positive essa risente del quadro di valori del suo interprete e, quindi, non si pretende neppure per un momento che sia l'unica possibile – anche perché se ciò fosse, non vi sarebbe affatto necessità di proporre una dogmatica).

**4.1.** Anzitutto, il dovere di «*rimuovere gli ostacoli*» che limitano «*la libertà e l'eguaglianza*» che impediscono «*il pieno sviluppo della persona umana*» e di «*promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri econo-*

*mici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona»* connota il criterio di distribuzione, la misura, dell'azione diretta a rendere pieno ed effettivo il godimento ed esercizio dei diritti fondamentali della persona previsti in Costituzione.

I diritti fondamentali, che in base all'art. 2 Cost. sono «*inviolabili*», attraverso il precetto dell'eguaglianza vengono assicurati quanto alla misura del loro godimento. Il semplice riconoscimento del diritto inviolabile, senza il dovere di rimuovere le condizioni che ne ostacolano il godimento, sarebbe contraddittorio con la sua natura fondamentale o inviolabile.

S'è già più volte sostenuto che i diritti inviolabili, in quanto riconosciuti dalla Costituzione come entità giuridiche definite (diritti), non possono che essere prodotti dalla medesima capacità giuridica che pone in essere la Costituzione (che non li crea, ma riconosce), sicché sono oggetto di un riconoscimento in sede di esercizio del potere costituente poiché sono permanentemente trattenuti nella sovranità – quanto alla loro dimensione inviolabile. Il riconoscimento della sovranità al popolo, tra i suoi vari significati, ha certamente anche quello di conservare in capo alla persona il godimento dei diritti fondamentali come esercizio diretto della sovranità; poiché, poi, per la dimensione non inviolabile, non essenziale, il diritto fondamentale deve essere bilanciato con i diritti altrui, la seconda dimensione costituzionale della sovranità consiste nella legittimazione delle assemblee rappresentative, alle quali (prevalentemente attraverso la legge) è assegnato il compito di operare questo bilanciamento; ulteriormente, la terza dimensione della sovranità popolare è quella di funzionalizzare interamente le decisioni pubbliche (anche quelle legislative) all'interesse pubblico costituzionale della massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali, cui i poteri e l'organizzazione pubblici sono, quindi, strumentali – ed in questo senso una chiara conferma è nelle previsioni relative alla sovranità statale di cui all'art. 11 Cost.

In altri termini, la sovranità popolare opera in tre vie: per sottrazione (è esclusa ogni possibilità di violare, anche in via di omissione, il contenuto essenziale, e perciò inviolabile, dei diritti fondamentali, permanentemente trattenuto nella sovranità); per attribuzione (attraverso la legittimazione degli organi pubblici, affinché esercitino le funzioni che la Costituzione assegna loro, prima tra tutte assicurare che i diritti fondamentali siano goduti pienamente e nel rispetto dell'eguaglianza, attraverso il razionale bilanciamento delle loro componenti e pretese non essenziali, non inviolabili); per funzionalizzazione (perché ogni potere pubblico è reso funzionale – ed in questo si sostanzia l'interesse pubblico – all'assicurazione del godimento pieno ed eguale dei diritti fondamentali, tra i quali quelli sociali).

In questo senso, il principio di eguaglianza come dovere di rimozione degli ostacoli che, «*di fatto*», limitano libertà ed eguaglianza e «*impediscono il pieno sviluppo della persona umana*», è parte integrante del precetto costituzionale che trattiene la corrispondente pretesa della persona permanentemente nell'ambito della sovranità.

In questi termini, quindi, si tratta di una regola che opera lungo tutte e tre le direttrici della sovranità popolare.

Anzitutto, per *sottrazione*, quanto ai poteri pubblici, impedendo ad essi l'esercizio di qualunque potestà o competenza che possa incidere sulla dimensione inviolabile dei diritti fondamentali, tanto più in modo incoerente con il compito di rimuovere gli ostacoli al loro pieno godimento.

Conviene chiarire che quest'opinione non coincide con la tradizionale concezione della libertà negativa – vale a dire nel senso che rispetto ad alcune libertà che ricevono protezione fin dagli ordinamenti borghesi post-rivoluzionari, lo Stato ha il dovere di astenersi e consentirne l'esercizio, salvi alcuni limiti generali. Anzitutto, la protezione di queste libertà – per come storicamente è stata presentata – soffre deroghe ed eccezioni (sorte nello Stato autoritario ma largamente praticate anche oggi) come accade per le sospensioni o limitazioni

per ragione d'urgenza, ordine pubblico, sicurezza o sanità pubblica, etc. – limitazioni che contraddicono la natura inviolabile dei diritti e delle libertà e compatibili solo con l'idea della spettanza della sovranità allo Stato, che qui si nega per ragione della precisa disposizione costituzionale. Ma non è questo il punto centrale.

La questione risiede nel fatto che la stessa distinzione tra libertà (cosiddette negative) e diritti sociali non convince affatto <sup>(79)</sup>. Infatti, entrambe le pretese costituzionalmente tutelate presentano sia dimensioni incomprimibili che richiedono un'astensione dei poteri pubblici (e privati) <sup>(80)</sup> sia pretese che, invece, possono essere soddisfatte solo a fronte di prestazioni o dell'approntamento di mezzi <sup>(81)</sup>. Libertà (negative) e diritti sociali, a mio modo di vedere, presentano – sempre – pretese direttamente opponibili a chiunque (pubblico o privato) si provi a limitarle ed altre che, invece, per la loro soddisfazione, richiedono mezzi, beni o servizi. Si tratta di una considerazione utile, chiaramente, a concludere che anche in ordine ai diritti sociali costituzionalmente protetti esistono pretese che impongono un'astensione diretta al rispetto del loro godimento – è il tema della *unmittelbare Drittwirkung*.

Ma non basta, almeno a mio modo di vedere. Una volta che si sia condiviso che il principio di eguaglianza è parte del dispositivo dei diritti fondamentali e che il godimento della loro dimensione incomprimibile deve essere assicurato in modo eguale, si potranno trarre conseguenze ulteriori. Infatti, sulla scia

---

<sup>79</sup> Per una maggiore spiegazione, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit. e, ancor più precisamente, ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit., e ID., *L'attitudine della giraffa. Per una teoria dei diritti sociali come esercizio della sovranità, nella stagione della crisi del welfare pubblico*, cit.

<sup>80</sup> Non serve un'argomentazione estesa per indicare dimensioni immediatamente opponibili a qualunque potere pubblico o privato, ad esempio, del diritto alla salute personale ed anche i richiami di dottrina e giurisprudenza sarebbero scontati; per maggiori esemplificazioni, sia consentito il rinvio ai lavori già citati.

<sup>81</sup> Anche in questo caso, ci si permette di rinviare ai lavori già citati; essendo meno scontato il concetto, basterà osservare che la libertà di circolazione, se contiene una dimensione negativa (vale a dire il divieto di limitare la scelta del privato di dove recarsi o non) ne presenta anche di positive, giacché a poco vale essere liberi di circolare senza che siano disponibili affidabili ed economicamente accessibili mezzi di trasporto; allo stesso modo, la libertà di comunicazione e corrispondenza sembra valere a poco senza che sussistano servizi telefonici, telematici, postali; gli esempi possono naturalmente continuare.

di una parte del costituzionalismo nordamericano <sup>(82)</sup>, ritengo che sia i diritti fondamentali che gli elementi basilari del sistema istituzionale debbano essere sottratti alla libertà della scelta politica, affinché non vengano prevaricati dall'esercizio del potere governativo, con il risultato di negare i diritti o alterare la democrazia.

Si colloca qui la separazione tra diritti fondamentali e scelte politiche. Poiché queste seconde possono venire assunte per ragioni di convenienza, di conquista del consenso o per semplice pressione irrazionale a fronte di eventi, nonché a vantaggio di una maggioranza a scapito delle minoranze, è necessario che siano sottratti all'arbitrio della politica i diritti costituzionali essenziali, così com'è necessario che la decisione intorno ad essi in caso di conflitto sia assegnata ad un controllo di costituzionalità spettante a corti supreme non (troppo) politicizzate.

Se, quindi, l'eguaglianza è – come credo – parte del dispositivo complessivo della Costituzione circa i diritti fondamentali (libertà e diritti sociali) ed essi si trattengono permanentemente (quanto alla loro dimensione inviolabile) nella sovranità (popolare), è da escludere che il legislatore sia libero nelle sue scelte intorno ad essi (e, solo per fare un esempio rispetto al quale sono certo di trovare ridotto consenso, deve essere escluso che possa programmare la spesa pubblica in modo tale da far venire meno le prestazioni relative a codeste dimensioni essenziali, se un intervento pubblico sia necessario per mancanza di risposte adeguate dalla società). Per conseguenza, lungo il versante della sottrazione, poteri pubblici e privati non possono, con la loro azione, pregiudicare in alcun modo il godimento, in termini di eguaglianza, di diritti sociali e libertà per la posizione nella quale essi possono essere liberamente fruiti senza che si richieda alcuna azione, prestazione, servizio.

---

<sup>82</sup> L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964; J. SHKLAR, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1964.

4.2. Meno complesso convincersi che l'eguaglianza operi nel dispositivo giuridico relativo ai diritti fondamentali per via di attribuzione e funzionalizzazione.

4.2.1. E' compito attribuito ai poteri pubblici e privati quello di rimuovere gli ostacoli al pieno – e, quindi, per tutti egualmente pieno – godimento dei diritti fondamentali ed, anzi, questo compito funzionalizza interamente il quadro dei poteri pubblici, sicché – a mio modo di vedere – l'interesse pubblico non è se non il punto di massimizzazione del godimento pieno ed uguale dei diritti fondamentali quanto alle pretese non inviolabili e che, quindi, richiedono un bilanciamento razionale.

Si apprezza su questo versante il profilo pluralistico dell'ordinamento che rileva per un discorso sull'eguaglianza. Infatti, se si assume la prospettiva dei diritti fondamentali e del loro godimento in modo eguale, la natura – pubblica o privata, nazionale o locale – del soggetto gravato dell'obbligo non presenta alcun rilievo – si tratta della questione di fondo che rileva quanto al concetto di pubblico servizio, vale a dire se a dover essere (diretto al) pubblico sia il servizio, funzionale al godimento dei diritti sociali e delle libertà (come io penso) ovvero sia la qualificazione del soggetto titolare del servizio. In questa prospettiva, è proprio il pluralismo sociale ed istituzionale che deve concorrere alla realizzazione dell'insieme delle prestazioni necessarie a soddisfare le pretese contenute nel diritto sociale o libertà.

L'attribuzione del compito di rimuovere gli ostacoli all'effettivo godimento dei diritti in modo eguale, infatti, assegna all'autorità il compito di regolare, indirizzare, sostenere, dettare «*i programmi e i controlli*» sull'attività economica, necessariamente attraverso la legge, che consentano alla società, nel suo ambito, di produrre servizi e beni necessari alla soddisfazione delle pretese che corrispondono all'esercizio dei diritti fondamentali.

E' la disciplina dello spontaneo processo sociale che costituisce la fondamentale dimensione di esercizio del potere pubblico per l'assolvimento del

compito costituzionale dell'uguaglianza come funzione della rimozione degli ostacoli al godimento pieno di quei diritti.

**4.2.2.** Il che contiene con chiarezza la dimensione pluralista dell'eguaglianza. L'eguaglianza, come parte del dispositivo giuridico dei diritti fondamentali, non è una pretesa da agire nei confronti dei pubblici poteri soltanto, ma è destinata a valere in qualunque rapporto si formi nell'ambito dell'ordinamento.

Una volta che l'attività economica sociale sia stata regolata in funzione dell'eguaglianza – ovvero, per l'ipotesi in cui nessuna regolazione sia necessaria perché spontaneamente l'attività economica raggiunge l'obiettivo in modo ritenuto adeguato (per come l'adeguatezza è intesa dall'art. 118 Cost.)<sup>(83)</sup> – la pretesa sarà rivolta direttamente nei confronti dell'operatore economico.

Vi sono, nelle disposizioni costituzionali, motivi testuali inequivoci che fanno ritenere per nulla convincente l'orientamento tradizionale che fa coincidere con lo Stato e gli enti pubblici il soggetto gravato da questo «compito». Vi sono motivi di politica del diritto che fanno facilmente intendere la completa inattualità di quest'interpretazione. Soprattutto, dal mio punto di vista, c'è un dato dogmatico complessivo che mina queste letture “stataliste” o “pan-pubblicistiche”: la pretesa all'eguaglianza è un dato essenziale della sovranità per come essa si esprime permanentemente nell'ordinamento, sicché è il dato costitutivo di quest'ultimo e non potrà che valere nei confronti di qualunque soggetto in esso operante.

Il che conduce a conseguenze assai chiare sul regime. Credo di dover riprendere alcune idee che ho già provato a sostenere in relazione alla natura e regime sia dei diritti sociali che del pubblico servizio<sup>(84)</sup>. I diritti fondamentali, come osservato, contengono pretese che richiedono, per la loro soddisfazione,

<sup>83</sup> Sul problema, in generale, P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, CEDAM, 2004.

<sup>84</sup> Sia consentito ancora rinviare a L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit. e ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.

di poter disporre di beni, servizi, prestazioni. Come ho appena rammentato, queste pretese operano in un dispositivo giuridico di cui è parte essenziale la regola dell'eguaglianza – giacché il loro godimento pieno ed eguale è parte essenziale del compito costituzionale assegnato alla Repubblica.

Per conseguenza, la persona è titolare di diritti fondamentali, la cui dimensione inviolabile si trattiene permanentemente nell'ambito della sovranità, mentre quella che inviolabile non è richiede prestazioni, beni, servizi e pretende che l'accesso ad essi sia regolato (dalla legge) nel senso dell'eguaglianza, vale a dire in modo tale che sia assolto il compito di rimuovere gli ostacoli al pieno sviluppo della persona.

Esempio particolarmente evidente di questa spiegazione è quello dei «*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*» (art. 117, co. 1, lett. *m*). La più parte della letteratura giuridica nazionale ha ritenuto che la norma si riferisca alle prestazioni che debbono essere assicurate dallo Stato, dalle Regioni, città metropolitane, Comuni, enti pubblici.

Da un punto di vista di puro diritto positivo questa spiegazione mi pare incomprensibile. Infatti, la Costituzione si limita a prevedere che sia la legge dello Parlamento a provvedere alla «*determinazione dei livelli essenziali*». L'unico compito di cui sia gravata l'autorità pubblica è quello della determinazione legislativa dei livelli di prestazione ed in nessun luogo si legge che a questa definizione dei livelli consegua anche l'assegnazione del compito di provvedervi attraverso organizzazioni pubbliche. Del resto, anche ad osservare la realtà, una simile spiegazione si regge solo sulla pretermissione del rilievo delle prestazioni rese da organizzazioni, profittevoli o meno, private che operano che nelle più diversi settori di rilievo – basterebbe pensare all'istruzione, anche universitaria, alla sanità, all'assistenza, e via enumerando.

La soddisfazione della pretesa che rientra nei «*diritti civili e sociali*» e che richieda l'accesso a «*prestazioni*» garantite «*su tutto il territorio nazionale*» potrà deri-

vare dall'azione di qualunque soggetto nell'ordinamento, anche interamente da parte di organizzazioni private – profittevoli o meno –, sicché nulla legittima l'idea che codeste prestazioni debbano essere rese da organizzazioni pubbliche. L'eguaglianza opera in via di attribuzione perché assegna allo Stato il compito di determinarne «i livelli» attraverso legge del Parlamento.

Poiché è compito di tutti gli attori della Repubblica la rimozione degli ostacoli all'uguaglianza ed essa richiede che i livelli di godimento delle prestazioni siano determinati dalla legge ed, una volta determinati, siano effettivamente fruibili, lo Stato e gli enti territoriali non potranno venire meno a questo compito e dovranno provvedere che le prestazioni siano rese a fronte del fallimento del mercato regolato dalla legge; ma solo in questa ipotesi. La piana lettura degli artt. 41, 43 e 118 Costituzione portano a questa semplice conclusione.

**4.3.** Il puro esercizio sistematico relativamente al diritto positivo descrive un potere pubblico che assume la programmazione come metodo essenziale di governo. Spetta (41 Cost.) all'autorità la programmazione delle risorse e dei servizi, attraverso la considerazione di ciò che spontaneamente viene dalla società, di ciò che deriverà da un'adeguata regolazione e, semmai, dai necessari sostegni ed incentivi, dimodoché solo sussidiariamente ed eccezionalmente (art. 43 Cost.) debba verificarsi l'ipotesi dell'intervento diretto di soggetti pubblici nell'attività di erogazione delle «prestazioni».

In questa ipotesi rileva il profilo della funzionalizzazione – generale per ogni attività direttamente posta in essere da autorità pubbliche – giacché anche l'attività di prestazione è geneticamente funzionale al conseguimento del pubblico interesse, da intendersi come il conseguimento della massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali, per la parte di prestazioni in essi contenuti che non possono trovare diretta ed immediata soddisfazione, in modo pieno ed eguale.

4.4. Proprio la collocazione dell'eguaglianza nella dinamica dei diritti fondamentali – come luogo giuridico in cui permanentemente si trattiene la sovranità – nella dinamica della loro relazione con i poteri (pubblici e privati), costituisce la risposta efficace ai problemi dell'influsso neo-liberale sull'ordinamento.

Infatti, finché l'uguaglianza si confronta con queste evoluzioni del sistema dei poteri come pretesa politica, come esigenza di giustizia, essa si muove sullo stesso livello dei suoi avversari. Non mi pare serva un'articolata osservazione per rendersi conto del fatto che, nell'organizzazione politica della società, prima ancora che nella sua rappresentanza istituzionale, la domanda di uguaglianza sembra da decenni piuttosto offuscata, le organizzazioni politiche che a questa pretesa si richiamano sono scomparse o poco rilevanti, profonde dimensioni strutturali – cui s'è fatto cenno – contraddicono le esigenze del Welfare e, più ancora della presenza di una significativa presenza statale fuori degli ambiti della garanzia delle funzioni statali minime dell'amministrazione della giustizia, della realizzazione delle infrastrutture necessarie, della garanzia dell'ordine pubblico, della sicurezza e della legalità. Mi pare più che chiaro che in una società a forte concentrazione della ricchezza, delle decisioni e delle conoscenze strategiche ed a contestuale adeguato benessere minimo della generalità, la domanda di uguaglianza appare recessiva rispetto a quella di protezione della sicurezza, dell'ordine e della condizione di relativo benessere sussistente.

In altri termini, finché si consideri l'eguaglianza come un'istanza politica non ci si potrà lamentare della circostanza ch'essa subisca le sorti naturali delle questioni che appartengono all'ambito politico, con il risultato di apparire dominanti o recessive di tempo in tempo.

A me pare, invece, che la dogmatica costituzionale dell'eguaglianza imponesse di considerarla una pretesa giuridica, che si colloca all'interno della dinamica della sovranità e, come tale, a seguire l'ordine di idee che mi pare di dover pro-

porre, è strutturalmente sottratta alla scelta politica, all'ambito di discrezionalità del legislatore – e per conseguenza, a quello dell'amministrazione pubblica.

Mi pare, altresì, chiaro come in questa prospettiva diritti fondamentali ed eguaglianza sono strumenti giuridici destinati a rivolgersi prevalentemente contro i poteri (pubblici e privati), piuttosto che attendersi affermazione politica al loro interno. Naturalmente, non è affatto escluso che ciò possa avvenire – come mostrano alcune tendenze recenti del mercato, come per il caso degli ESG investments <sup>(85)</sup>.

**4.5.** Infine, tratto essenziale del regime costituzionale dell'eguaglianza, è quello dell'azionabilità delle pretese che ad essa corrispondono. In questo senso, a fornire l'*actio utilis* di caso in caso necessaria, varrà l'art. 24 Cost., che assicura la tutela processuale delle posizioni soggettive riconosciute dall'ordinamento (e non di nutrono più dubbi da decenni circa il fatto che i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione siano posizioni soggettive) attraverso le tecniche di tutela, anche atipiche, disponibili.

## **5. Brevi osservazioni finali sui critici.**

Si è fatto già riferimento alle opinioni che ritengono fallimentare una strategia di protezione dell'uguaglianza fondata sui diritti fondamentali.

**5.1.** Si tratta di posizioni che attengono alla politica del diritto e non alla ricostruzione dogmatica del diritto positivo; come tali, sono irrilevanti per il nostro discorso che, invece, si svolge esattamente nel perimetro del diritto positivo. Tuttavia, conclusivamente, mette conto occuparsene per due ragioni: anzitutto, non si può essere *naïve* rispetto alla costruzione del sistema del diritto positivo, trascurando – soprattutto rispetto ad un tema come quello che qui si affronta – la reale sostanza dell'ordinamento e della società; in secondo luogo,

---

<sup>85</sup> Per maggiori informazioni, S. RATHNER, S. The Influence of Primary Study Characteristics on the performance Differential between Socially Responsible and Conventional Investment Funds: A Meta-Analysis, in *Journal of Business Ethics*, 118/2 (2013), 349 (consultabile in <http://doi.org/http://dx.doi.org/myaccess.library.utoronto.ca/10.1007/s10551-012-1584-z>) ; P. KRÜGER, *Corporate goodness and shareholder wealth*, in *Journal of Financial Economics*, 115/2 (2015), 304 (consultabile in doi:10.1016/j.jfineco.2014.09.008)

perché anche le tesi di politica del diritto sono utili a mettere in tensione le categorie del diritto positivo ed a comprenderne limiti e potenzialità.

Ci si intende, primariamente, riferire alla tesi di Moyn<sup>(86)</sup> circa l'inadeguatezza dei diritti fondamentali a generare eguaglianza; si afferma che la posizione di chi voglia fondarsi sui diritti fondamentali sarebbe «*inambitious in theory and ineffectual in practice to face of market fundamentalism's success*»<sup>(87)</sup>; la tesi si fonda su un'ampia ricostruzione storica, che finisce per contrapporre i diritti fondamentali alle strategie politiche (prima tra tutte, il socialismo), di affermazione dell'uguaglianza sociale ed economica, sicché si instaura un parallelo tra uguaglianza, *welfare*, socialismo e, dall'altro lato, «*individualistic and often antistatist basis, that human rights share with their market fundamentalist Doppelgänger*»<sup>(88)</sup> e compatibilità tra piena attuazione dei diritti fondamentali e «*radical inequality*»<sup>(89)</sup>. Nella sostanza, la strategia di conseguire uguaglianza attraverso la piena attuazione dei diritti fondamentali sarebbe del tutto inadeguata perché – consapevolmente o meno – strutturalmente coerente con il fondamentalismo del mercato (entrambi sono individualistici e anti-statalisti), del tutto compatibile con la più radicale disuguaglianza e priva di strumenti efficaci – giacché il suo massimo sforzo di richiesta di giustizia sociale consisterebbe nell'azione legale per l'ottenimento dell'eguaglianza nel godimento dei diritti, che sarebbe «*simply not fit for use*»<sup>(90)</sup>. La conclusione è che «[a] *critical reason that human rights have been a powerless companion of market fundamentalism is that they simply have nothing to say about material inequality*»<sup>(91)</sup>.

Ciò che sarebbe necessario, invece, è una profonda redistribuzione della ricchezza attraverso una massiccia riforma fiscale, la ricostruzione della classe media attraverso un significativo intervento diretto dello Stato e l'implementa-

---

<sup>86</sup> S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit.

<sup>87</sup> S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit., 216.

<sup>88</sup> S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit., 218.

<sup>89</sup> S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit., 213.

<sup>90</sup> S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit., 218.

<sup>91</sup> S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit., 216.

zione del *Welfare*, nonché l'introduzione di nuove regole *antitrust* per spezzare gli oligopoli che concentrano la ricchezza <sup>(92)</sup>.

**5.2.** Si tratta di affermazioni smentite dai fatti.

In particolare, collegandosi a quanto detto al paragrafo 4.5. appena sopra, vale la pena di osservare che una ricognizione non limitata all'Italia – Paese nel quale le Corti più elevate appaiono ingiustificatamente prudenti nella protezione dei diritti fondamentali, per quanto non manchi significativa giurisprudenza favorevole <sup>(93)</sup> – o agli Stati Uniti, metterà in luce una pluralità di casi di notevole importanza, nei quali le Corti supreme, costituzionali o di vertice della giurisdizione nazionale hanno sia applicato direttamente i diritti fondamentali per annullare decisioni ovvero imporre il conseguimento di risultati o l'adempimento di compiti agli Stati nazionali, così come hanno concretamente assunto decisioni in grado di proteggere (primariamente) le classi deboli o (più debolmente) quelle medie dall'ampliarsi della diseguaglianza economica e sociale <sup>(94)</sup>.

**5.3.** La semplice smentita sulla base delle evidenze di fatto, per quanto dirimente per un giurista (e probabilmente per qualunque categoria di intellettuali), non sembra sufficiente. Sembra utile, invece, cogliere alcuni punti della critica.

Anzitutto, è da osservare che – almeno nella mia prospettiva – non v'è alcun sospetto di individualismo estremo nella costruzione teorica: la Costituzione italiana protegge «i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.) e non ci si è mai discostati da questo schema nella proposta dogmatica formulata in questa sede (o in al-

---

<sup>92</sup> S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit., da 213 a 221.

<sup>93</sup> Sul punto, manca un'analisi accurata – ed, anzi, sembra urgente provvedervi; importanti indicazioni sono, comunque, in M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, cit.

<sup>94</sup> Un'analisi molto documentata e puntuale – distinta lungo i due versanti della critica di Moyn, vale a dire l'inadeguatezza della leva giurisdizionale attivata sulla base di azioni dirette a far valere diritti fondamentali ovvero della capacità di questa stessa leva di assicurare protezione differenziata alle classi medie o modeste – si legge opportunamente in M. VERSTEEG, *Can Rights Combat Economic Inequality?*, cit (ma si veda anche A. CHILTON, M. VERSTEEG, *How Constitutional Rights Matter*, Oxford University Press, 2020, ove una serie di casi tratti dalla prassi di Colombia, Myanmar, Polonia, Russia, Tunisia, Turchia e Stati Uniti).

tre). La dimensione normativa della «*persona umana*» come referente dei diritti fondamentali garantisce l'assenza di individualismo e la dimensione pluralista della proposta conferma questa conclusione. Il tema è rilevante anche in termini sistemati, perché è noto a tutti come il personalismo di cui è intrisa la nostra Costituzione costituisce una reazione seria alla debolezza del singolo individuo rispetto al potere (e l'isolamento del singolo in confronto al potere è largamente stato utilizzato in passato e chiaramente evidente nei dispositivi dettati dal legislatore o dall'amministrazione nelle recenti emergenze, così come ampiamente vi ricorrono le concentrazioni oligopolistiche di potere finanziario e tecnico). In altri termini, nessuna proposta dogmatica che fondi le funzioni pubbliche, i loro doveri e finalità sul solo individuo isolato potrà avere successo né da un punto di vista sistematico (per il potenziale contrasto tra i portatori dei diritti nell'individualismo radicale), né pratico.

In secondo luogo, queste critiche pongono in luce la necessità di concentrare l'attenzione relativamente alla capacità della giurisdizione di assicurare protezione alle pretese che si accompagnano con l'attesa di azioni (di programmazione, di regolazione) pubbliche e della disponibilità (non importa se da produttore pubblico o privato) di prestazioni. Le tecniche di tutela sono certamente disponibili e più volte utilizzate dalla giurisprudenza nel passato recente; tuttavia, l'attento monitoraggio culturale delle decisioni giurisdizionali è un compito al quale attendere con impegno.

Infine, la posizione di Moyn è rilevante nel nostro dibattito per un'ultima ragione. Si tratta di una proposta che guarda al passato – e che nei modelli del passato fonda la sua proposta su tassazione, intervento pubblico, ampliamento del *Welfare* pubblico. Naturalmente il punto debole maggiormente evidente di questo tipo di proposte è che non spiegano affatto come possano essere realizzabili: è piuttosto chiaro che la situazione presente è determinata da rapporti di forza esistenti tra componenti della società, tra politica, potere economico e tecnologico, tra sistemi economici continentali tra loro, tra persone e gestione

del potere tecnologico e delle informazioni. Come una determinata realtà storica possa produrre il contrario di ciò che ha generato fin qui solo per ragioni politiche opposte a quelle interpretate negli ultimi decenni resta del tutto misterioso (e privo di qualunque realismo).

Ma il punto rilevante non è questo (anche perché è talmente evidente da non mettere conto di sottolinearlo). Piuttosto, questa tesi – nel suo essere tagliente con gli avversari e totalmente velleitaria nella parte propositiva – mette in luce, in modo salutare, ciò che posizioni meno nette tendono a nascondere, vale a dire la continua riproposizione del passato come situazione ideale alla quale ritornare. Si tratta di posizioni largamente diffuse nella dottrina italiana di diritto pubblico, ad esempio rispetto all'uso dell'emergenza – rispetto al quale non è affatto raro leggere la nostalgia del ruolo del Parlamento, la legittimazione dell'abuso di decisioni amministrative miscelato con la debole raccomandazione del rispetto della teoria delle fonti, la nostalgia per la partecipazione attraverso i partiti unita alla svalutazione del ruolo dei diritti individuali, la doglianza verso la concentrazione del potere economico e tecnico accompagnata dalla speranza di un maggiore intervento pubblico proprio dello Stato sociale senza nessuna considerazione del rilievo della crisi fiscale degli Stati e senza accogliere alcun limite in capo al legislatore della legge di bilancio, e molto altro ancora. Si tratta di posizioni che segnano uno smarrimento, a fronte del quale non si sa che guardare al passato ma che scontano la difficoltà di analisi del presente, la mancata comprensione della natura strutturale del mutamento intervenuto, in una parola la rinuncia al compito del giurista, alla *«ricerca, riconsiderazione e svelamento delle ragioni del diritto in ogni momento storico»* <sup>(95)</sup>.

---

<sup>95</sup> G. PASTORI, *Intervento*, cit.