Vol. XVIII

P.A.
Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050

1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti

Comitato di direzione

Antonio Barone, Università di Catania; Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Antonio Cassatella, Università di Trento; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Vera Fanti, Università di Pescara; Christine Ferrari-Breeur, Université Lyon III Jean Moulin; Francesco Follieri, Università LUM Giuseppe Degennaro; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Marco Magri, Università di Ferrara; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid; Massimo Monteduro, Università del Salento; Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Nicola Pignatelli, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Ewald Wiederin, Universität Wien.

Redattori centrali

Marina Roma, Università di Genova
Donato Vese, Università di Pisa

Comitato di redazione

Filippo Alario; Adrian Bedford, Noelia Betetos Agrelo; Angelo Bonaiti; Edoardo Caruso; Raffaella Dagostino; Giovanni D'Elia; Maximilian Denicolò; Alice De Nuccio; Viviana Di Capua; Biagio Gianluca Di Mauro; Andrea Gemmi; Cosimo Gravili; Aldo Iannotti Della Valle; Alberto Marcovecchio; Clara Napolitano; Marta Pecchioli; Nicoletta Pica; Antonio Saporito; Franco Sciarretta; Gloria Sdanganelli; Jacopo Vavalli.

Comitato internazionale scientifico e di referaggio

Marcos Almeida Cerreda, Universidad de Santiago de Compostela; Sandro Amorosino, Università di Roma "La Sapienza" (emerito); Fabio Giuseppe Angelini, Università Telematica Internazionale Uninettuno; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Antonella Brozzetti, Università di Siena;

Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid; Andrea Carbone, Università “La Sapienza” di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloefisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre (emerito); Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University; Mariaconcetta D'Arienzo, Università di Napoli "Parthenope"; Maurizia De Bellis, Università di Roma “Tor Vergata”; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco; Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Federico Dinelli, Università telematica “Pegaso”; Tamara Favaro, Università di Pisa; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Edoardo Giardino, Libera Univ. "Maria SS. Assunta" - LUMSA (Roma); Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Univ. Telematica "Universitas MERCATORUM; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole; Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani; Salvatore La Porta, Università degli studi di Milano-Bicocca; Pierdomenico Logroscino, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole; Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Francesca Mite, Università Pegaso; Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense; Sergio Perongini, Università di Salerno; Aristide Police, Luiss Guido Carli; Pier Luigi Portaluri, Università del Salento; Michel Prieur, Université de Limoges; Anikó Raisz, Miskolci Egyetem; Renato Rolli, Università della Calabria; Margherita Ramajoli, Università di Milano; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio di Benevento; Stefano Salvatore Scoca, Università di Teramo; Saverio Sticchi Damiani, Univ. Telematica PEGASO; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem; Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University Tokyo; Dirk Uwer, Freien Universität Berlin; Diego Vaiano, Università della Tuscia; Caterina Ventimiglia, Università di Palermo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Catòlica de Chile; Stefano Villamena, Università di Macerata; Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines; Alberto Zito, Università di Roma "Tor Vergata".

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Managing Editor

Giovanni D'Elia

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione
Prof. Alberto Clini
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza
via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)
Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230
email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Urbino University Press
Settore Biblioteche di Ateneo
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo
e-mail: uup@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell'Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Settore Biblioteche di Ateneo.
ISSN 2610-9050. Registrata al Tribunale di Urbino.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale.

SOMMARIO

SEZIONE I - MONOGRAFICA

Bernardo Sordi, Stato-comunità: un paradigma per l'ordine repubblicano (Spunti per uno studio della transizione costituzionale)..... 1

Aldo Schiavello, Una vita difficile. Riflessioni sparse sulla Repubblica italiana in occasione dei suoi ottant'anni..... 15

Guido Corso, Libertà fondamentali..... 37

L.R. Perfetti, Le autonomie sociali e territoriali nella Repubblica..... 51

Laura Buffoni, La rappresentanza del popolo sovrano..... 89

Fabio Giglioni, I raccordi del sistema repubblicano..... 149

Sandro Staiano, La forma repubblicana. Originarietà, Originalità, Trasformazione..... 183

Fulvio Cortese, La Repubblica nella comunità internazionale e sovranazionale..... 233

SEZIONE II – CONTRIBUTI DA ALTRI ORDINAMENTI

Haideer Miranda Bonilla, La corte interamericana dei diritti umani. Alcune questioni attuali e sfide..... 277

SEZIONE III – ALTRI SGUARDI SUL POTERE

Matthias Theodor Vogt, Böckenförde revisited..... 299

SEZIONE IV – DIBATTITI

Maurizio Cafagno, I comportamenti tra fini ed effetti del diritto ambientale..... 331

Eugenio Picozza, Esistono ancora fini ed effetti nel diritto?..... 353

Nino Paolantonio, I bias del giardiniere. Diritto amministrativo dell'ambiente, razionalità limitata e beahvorial insights..... 361

Alberto Zito, Scienze comportamentali e diritto: considerazioni di metodo sull'uso di tali scienze da parte del giurista..... 391

SEZIONE V - STUDI

Andrea Carbone, Considerazioni generali sulla discrezionalità amministrativa..... 403

Barbara Mameli, Merito, arbitrio e etica: politica, tecnica e mercato..... 545

Fabio G. Angelini, Il servizio di cold ironing tra concessione portuale e regolazione del settore elettrico..... 581

Biagio G. Di Mauro, La dimensione "transnazionale" dei servizi pubblici: 655

un'introduzione.....

Francesco Conte, Beni pubblici ed equilibrio di bilancio: una lettura costituzionale della nuova governance europea..... 729

Luca Bordin, La sanzione amministrativa nella prospettiva del rapporto giuridico e delle situazioni giuridiche soggettive (sostanziali)..... 789

Ruben Aparo Migneco, Nota a Consiglio di Stato – Sezione terza. Sentenza n. 7839/2025 del 07.10.2025..... 839

Kamal Yazzif et Al., The New public management and its practices: case of the Urban Agencies in Morocco..... 857

Olha Sliusarenko et Al., A Model of Public-Law Support for the Reintegration of Veterans through Military Mediation Mechanisms..... 883

Ngo Ngan Ha et Al., Institutional Fragmentation and Administrative Coordination in Vietnam's Green and Digital Transformation: A Legal and Governance Analysis..... 919

SEZIONE VI - MISCELLANEA

Luca R. Perfetti, La torsione securitaria. Cronache di diritto positivo della regolazione dell'economia, nella stagione neoliberale del diritto pubblico del conflitto..... 959

Giuseppe Tropea. La solidarietà climatica alla prova del potere: amministrazione, cittadinanza attiva e nuove forme di governo dell'ambiente..... 999

Patrik Hajdu, The Presidential Office as a Public Administration Institution: A Comparative Analysis of the Italian Quirinale and the Slovak Presidential Chancellery 1015

I
Sezione Monografica

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Bernardo Sordi
Professore ordinario in Storia del diritto medievale e moderno, Università di Firenze
bernardo.sordi@unifi.it

Stato-comunità: un paradigma per l'ordine repubblicano (Spunti per uno studio della transizione costituzionale)

State-as-community: a paradigm for the republican order (Points for a study of the constitutional transition)

Sintesi

Il contributo ricostruisce la genesi, l'evoluzione dottrinale e il successivo declino del paradigma dello «Stato-comunità» nella giuspubblicistica italiana del secondo dopoguerra. Muovendo dalla frattura introdotta dalla Costituzione repubblicana rispetto allo statualismo liberale e al totalitarismo fascista, l'analisi ripercorre il ruolo svolto da tale formula — nelle elaborazioni di Costantino Mortati, Vezio Crisafulli e, più compiutamente, di Feliciano Benvenuti — per decifrare il nuovo assetto pluralistico, la centralità della persona e delle formazioni sociali, nonché la distinzione tra la Repubblica e lo Stato-apparato. Dopo averne indagato gli antecedenti teorici nel dibattito degli anni Trenta (in particolare in Carlo Esposito), il saggio evidenzia i limiti concettuali che portarono, dalla fine degli anni Ottanta, al progressivo abbandono del sintagma in favore della categoria dello «Stato costituzionale». Infine, di fronte alle attuali trasformazioni indotte dalla tecno-economia globale e alla crisi delle tradizionali tecniche di limitazione del potere, l'autore richiama l'urgenza di elaborare un nuovo paradigma ancorato ai principi della forma repubblicana.

Abstract

This paper traces the origins, doctrinal evolution, and eventual decline of the "State-as-community" (Stato-comunità) paradigm in post-war Italian public law scholarship. Starting from the rupture introduced by the Republican Constitution against both liberal statism and fascist totalitarianism, the essay examines

how this concept—developed by Costantino Mortati, Vezio Crisafulli, and most fully by Feliciano Benvenuti—served to interpret the new pluralistic order, the centrality of the human person and social formations, and the distinction between the Republic and the "State-as-apparatus" (Stato-apparato). After exploring its theoretical roots in the 1930s debate (notably in Carlo Esposito's work), the study highlights the conceptual limitations that led, from the late 1980s onward, to its gradual replacement by the notion of the "Constitutional State". Finally, facing the current challenges posed by global techno-economy and the erosion of traditional limits on power, the author underscores the urgent need for a renewed paradigm grounded in the republican constitutional order.

PAROLE CHIAVE: Stato-comunità; Stato-apparato; Transizione costituzionale; Repubblica; Pluralismo giuridico; Sovranità popolare; Dottrina dello Stato.

KEYWORDS: State-as-community; State-as-apparatus; Constitutional transition; Republic; Legal pluralism; Popular sovereignty; Doctrine of the State

INDICE: 1. La frattura costituente e l'emersione del paradigma dello Stato-comunità. - 2. Le radici dottrinali della dicotomia. - 3. Dalla funzione didascalica alla maturità pluralistica. - 4. Il declino del sintagma e le sfide contemporanee

1. La frattura costituente e l'emersione del paradigma dello Stato-comunità

Giovanni Miele lo aveva denunciato per tempo, già da un accorato intervento del 1945. La scienza giuridica non aveva esitato, sino a un attimo prima del crollo del regime, a condurre «la lotta contro il diritto soggettivo» e aveva continuato a circondare lo Stato di «tutti gli attributi della divinità, enfiato, pletorico, ma terribilmente vuoto entro le sue colossali dimensioni, perché scisso senza rimedio dalla massa dei suoi cittadini», sino a ridurre l'ordinamento giuridico «a pura espressione del volere statale»[1].

In parallelo al cammino costituente, alle sue scelte sofferte, al suo processo di instaurazione della democrazia repubblicana e dell'età dei diritti, l'una e l'altra assolutamente inedite per l'ordinamento italiano, urgeva dunque mettere al passo le consuete formule di connotazione, i descrittori correnti della comunità politica

1 G. Miele, *Umanesimo giuridico*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1945, ora in Miele, *Scritti giuridici,* Milano, Giuffrè, 1987, tm. II, p. 447.

e dei correlati apparati di potere pubblico.

Non solo il totalitarismo fascista, ma lo stesso statualismo liberale e l'intero modello giuridico ottocentesco erano stati bruscamente accantonati dalla Costituzione.

Per Costantino Mortati, tra gli assoluti protagonisti di quel percorso costituente, non c'erano dubbi.

Il varo della costituzione repubblicana aveva dato corpo a una costituzione materiale affatto nuova, le cui coordinate erano state tracciate nei principi fondamentali, espressi nei primi 5 articoli della Carta: principi, che quand'anche "formulati in modo generico e in funzione programmatica", possedevano "carattere direttamente normativo": ora come preciso criterio direttivo dell'interprete, se già oggetto di svolgimento in altre disposizioni costituzionali o di legge ordinaria; ora come specifica direttiva nei confronti del legislatore se non ancora svolti[2].

Nell'articolato normativo di questi principi, era la *Repubblica* a occupare il proscenio, a coniugarsi con la democrazia e il principio di sovranità popolare; a riconoscere i diritti fondamentali e il diritto al lavoro; a proteggere, oltre la dimensione individualistica, un articolato tessuto di formazioni sociali; a reclamare i doveri inderogabili di solidarietà; a impegnarsi, infine, in un complesso e certo futuribile compito di rendere effettivi quei diritti, realizzando più avanzate basi di uguaglianza sostanziale. Il termine *Stato* vi compariva a stento, in posizione subordinata, nell'articolo 5, dopo che di bel nuovo era la *Repubblica* a riconoscere e promuovere le autonomie locali, nella dialettica tra le doverose esigenze di unità e indivisibilità della comunità politica nazionale e le ragioni del pluralismo territoriale. Uno *Stato*, non solo spogliato delle consuete sovradeterminazioni e *ridimensionato* alle sue sole articolazioni amministrative, ma pure scalzato dal suo radicato centralismo, e proiettato verso un ampio decentramento amministrativo e una dislocazione capillare dei suoi apparati su di una superficie territoriale, non più avvertita e imposta come liscia e uniforme, ma al contrario articolata e pulsante di individualità irriproducibili.

Si farà fatica a interiorizzare cambiamenti così profondi: lenta e contrastata l'attuazione costituzionale; contestato il carattere precettivo delle sue disposizio-

2 C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II edizione, Padova, Cedam, 1952, cap. VI, I, § 1, p. 471.

ni. Persino i singoli rami dell'ordinamento appariranno, a lungo, affatto impermeabili alle novità del progetto costituente e del tutto autosufficienti, ora nelle proprie architetture codicistiche; ora, come nell'ordinamento amministrativo, in orditure sistematiche, di stampo prevalentemente dottrinale, che risalivano alla fine dell'Ottocento.

La stessa, plurale, nomenclatura utilizzata dalla Carta viene, non di rado, derubricata a mera sinonimia, ritenendo che salvo "pochissimi articoli", ritenuti per altro privi di sostanziale contenuto normativo, tutti gli altri si riferiscono, "in tutti i passi in cui si parla di Stato o di Repubblica", "alla disciplina e alla posizione dello Stato governo"[3].

I costituzionalisti, anche se non tutti con la stessa intensità, avvertono però immediatamente la secca frattura che l'ordinamento repubblicano ha interposto con il passato statutario e fascista.

È ancora Mortati a registrarlo. Intanto, nel volume del 1945 che immediatamente mette a fuoco la questione costituente, accompagnando il percorso della "prima assemblea popolare della storia d'Italia"[4] e la rottura del precedente ordinamento, operata da una "volontà assolutamente primaria" che sta erigendo il "gradino primo" di una nuova comunità politica.

Per poi seguirlo, a processo costituente concluso, nelle prime edizioni delle sue fortunate *Istituzioni,* che escono sin dalla versione litografata del *Corso* del 1949. Qui già compare il nostro paradigma, cui Mortati dedica un lungo paragrafo dal titolo *Stato apparato e Stato comunità*[5]*,* e che ha il compito preciso di deci-

3 Così, un pur attento e partecipe lettore delle novità costituzionali come C. Lavagna, Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana, Padova, Cedam, 1953, p.62, estratto da Studi Economico-Giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari, vol. XXXVI.

4 Mortati, *La costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma, Darsena, 1945, p.VIII. Una recente, parziale, riedizione dell'opera, che isola la teorizzazione mortatiana del potere costituente, in Mortati, *La teoria del potere costituente*, a cura di Marco Goldoni, Macerata, Quodlibet, 2020. Più ampiamente sul punto, Sordi, Mortati e i 'grandi weimariani', in Nomos. Le attualità nel diritto, n.3(2025).

5 Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II edizione, 1952, cit., cap. I, § 8, pp. 62-75. Il paragrafo verrà solo parzialmente riprodotto nelle successive edizioni, ove si darà conto che i due termini sono pur sempre "nomi convenzionali". Crescerà invece nel tempo lo spazio dedicato alla "trattazione delle parti dedicate allo stato-comunità ed alle garanzie, considerando il rilievo che, nella funzionalità degli ordinamenti contemporanei, assumono i rapporti tra stato e cittadini,

frare una realtà dello Stato che "non può esaurirsi nel mero complesso normativo", svelando un profondo sostrato istituzionale e una raggiera di interessi che "fanno capo a distinte organizzazioni, titolari di distinte sfere di poteri, le quali a volte si fanno valere nei loro rapporti reciproci attraverso *procedimenti dialettici di contrapposizione*"[6]. Più avanti lo *Stato comunità* sarà definito come "l'insieme dei soggetti distinti dal primo (lo stato-apparato), forniti di propria organizzazione per l'esercizio dei poteri di autonomia dei quali sono titolari"[7].

Sta iniziando a emergere il senso di una costituzione che muove dalla indivisibilità dei diritti e dal pluralismo delle persone, delle comunità, dei gruppi e che in loro funzione appresta (e delimita) la sovranità e le finalità di governo espresse dal duro nucleo istituzionale ancora definibile come *Stato apparato*.

Gli fa presto eco Vezio Crisafulli, tra i primi a confrontarsi con l'art. 1 della Carta e con il principio, rivoluzionario, per la storia costituzionale italiana[8], che "la sovranità appartiene al popolo" e che "questo *la esercita* 'nelle forme e nei limiti della Costituzione'". Da semplice elemento costitutivo dello Stato, da mero destinatario passivo della sovranità, il popolo diventa ora il soggetto sovrano dal quale scaturisce l'intero ordinamento: "la fonte dello stesso testo costituzionale e dell'intero ordinamento della Repubblica"[9]. Le conseguenze nell'articolazione dei poteri sono rilevanti e molteplici, nella funzione elettorale, negli istituti di democrazia diretta, nella esplicazione delle libertà politiche e di talune libertà civili da parte dei cittadini[10].

Non solo. Il popolo concorre all'*esercizio* della sovranità; ma "non come organo tra gli altri organi dello Stato-persona, ma precisamente come collettività di soggetti distinta da questo ed esplicante in proprio nome certe manifestazioni

---

singoli o associati" (Presentazione della settima edizione, Padova, Cedam, 1967, vol. I, p. V).

6 *Ibid.*, p.64 (corsivo nostro).

7 Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, VII edizione, cit., vol. I, cap. II, § 23, p.42.

8 Senza dimenticare l'articolo I della Costituzione della Repubblica romana del 3 luglio 1849: "La sovranità è per diritto eterno nel popolo. Il popolo dello Stato romano è costituito in Repubblica democratica".

9 V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)*, 1954, ora in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p.98.

10 *Ibid.,* p.119.

della potestà di governo ad essa costituzionalmente attribuite"[11].

Diventa così, ancora una volta, rilevante e preliminare la modificazione del tradizionale paradigma statualista: lo *Stato* non può più essere l'alfa e l'omega dell'intero ordinamento ed è costretto ad aprirsi a schematizzazioni di tipo binario, ora identificandosi con "l'intera comunità politica organizzata, nella sua unità dialettica di governanti e governati, di autorità e libertà"; ora riducendosi – come nell'art.5 – a "quel determinato apparato che, all'interno del gruppo politico, esercita la potestà d'impero, governa, amministra, legifera, entra in rapporti determinati e giuridicamente regolati con altri soggetti"[12].

Da questo punto di vista il testo di Crisafulli è emblematico, sia per "l'impegno per l'attuazione della costituzione"[13], sia – sul piano sistematico – per il netto superamento delle impostazioni monistiche e organicistiche. Mentre contemporaneamente, da Hegel a Marx, da Duguit a Gramsci, tornano a essere spendibili autori, per lunghissimo tempo, banditi dalla dottrina dello Stato.

L'assillante problema dell'unità, perennemente ricorrente in tutti i modelli statocentrici, viene accantonato e affidato alle tecniche del libero confronto, del metodo democratico, del principio di maggioranza. Mentre il *popolo* della tradizione, da tunica inconsutile, viene sostituito da un tessuto articolato e eminentemente plurale, da un panorama non più piatto e uniforme, ma pullulante di soggetti, di gruppi, di "formazioni particolari", di "formazioni di origine volontaria", della più diversa natura e ispirazione, in cui i soggetti "variamente si raggruppano", e pure di "organismi politico-territoriali e amministrativi"[14].

Il paradigma dello *Stato-comunità* assolve proprio a questo compito: esprime il tessuto, eminentemente plurale, dei soggetti pubblici e privati che compongono il nuovo ordinamento costituzionale. Diventa il *trait-d'union* tra la libertà e il potere; tra le persone, i gruppi, le formazioni sociali, e la comunità; tra una riscoperta pluralità territoriale e l'unità indivisibile della Repubblica.

---

11 *Ibid.,* p.119.

12 *Ibid.,* p.99.

13 Nell'accorata lettura di L. Carlassare, *L'impegno per l'attuazione della costituzione. Dalle norme programmatiche alla sovranità popolare*, in *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1994, pp. 47-66.

14 Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., pp.123-27.

2. Le radici dottrinali della dicotomia

Non si trattava di un conio originale[15]. Crisafulli lo aveva esplicitamente riconosciuto, Nessuna "nuova scoperta". Al contrario, la distinzione aveva "lontane origini nella dottrina" ed era "stata ripetutamente presentata sotto forme diverse a seconda delle scuole e degli indirizzi rispettivi"[16].

La necessità di presupporre, accanto allo *Stato apparato*, uno *Stato-ordinamento*, uno *Stato-comunità*, veniva infatti da lontano e, per quanto riguarda i percorsi della giuspubblicistica italiana, era già ampiamente emersa nel dibattito degli anni Trenta sulla rappresentanza nello Stato fascista, a partire in particolare dalla riflessione di Carlo Esposito.[17]. .In una serie di saggi pubblicati tra la fine degli anni Trenta e l'inizio degli anni Quaranta, Esposito si era a più riprese interrogato sulla relazione esistente tra la nazione e lo Stato persona giuridica, all'esito delle profonde trasformazioni imposte dal regime fascista, incanalando quella relazione sul terreno della rappresentanza, sia pur generale e permanente, addirittura attributiva "ad un soggetto della qualità di persona"[18], e quindi peculiare e distinta dalla rappresentanza civilistica.

Il fenomeno statuale andava letto sotto due angoli distinti, quello della soggettività organica, unitaria e politica della nazione e quello della soggettività giuridica dello Stato persona, limitato dal diritto. Le due facce del fenomeno collettivo non si contrapponevano, ma rivelavano, secondo i dettami del regime, elementi di forte e inossidabile unità identitaria, e proprio per questo tra di esse si instaura-

---

15 Sul fatto che i modelli dualistici degli anni Cinquanta rappresentassero "una conferma di continuità" nella testualità giuspubblicistica, anche se questa è ormai chiamata a ordinare i nuovi enunciati fissati nella Carta, P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, pp.120-22.

16 Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p.101.

17 Su questi precedenti, le autorevoli opinioni di L. Paladin, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1972, vol. II, pp. 851-90; F. Modugno, *La dicotomia "Stato ordinamento" – "Stato soggetto" nel pensiero dei tre maestri*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*. Atti del Convegno di studio per celebrare la casa editrice Cedam nel I centenario dalla fondazione 1903-2003, a cura di Lorenza Carlassare, Padova, Cedam, 2004, pp.35-50.

18 C. Esposito, *La rappresentanza istituzionale,* in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1939, ora in *Id., Scritti giuridici scelti*, a cura di Jean Pierre Berardo, vol. II, *Teoria generale dello Stato e Diritto costituzionale prerepubblicano*, Napoli, Jovene, 1999, p. 365.

va un legame, profondo e permanente, di *rappresentanza istituzionale,* che vedeva lo Stato persona rappresentare lo Stato nazione, "nell'esercizio della potestà di imperio ed in genere nello svolgimento giuridico della sua attività"[19].

Frutto di un'analisi raffinata e complessa, non priva di elementi di contemperamento del totalitarismo fascista e di superamento del rozzo organicismo del regime[20], la tesi di Esposito continuava a muovere tuttavia da logiche monistiche di sovradeterminazione, appena sfumate dagli approdi dualistici di modellizzazione, che negavano in radice ogni forma di pluralismo. Nonostante gli spazi dialettici dischiusi dallo schema bipolare, si tornava a concepire il polo nazionale come "unità e totalità non scomponibili": un polo, perciò, del tutto indisponibile a "ospitare enunciati relativi ai gruppi sociali, sia pur corporativamente unificati"[21].

Questo modello dualistico a stento, quindi, riusciva a celare il suo "aspetto di mero espediente verbale"[22]. Soprattutto, questa declinazione di *Stato duale*[23] era ancora ben lungi dal poter diventare un paradigma per l'ordine repubblicano. Quel paradigma doveva almeno essere riplasmato, attraverso nuovi contenuti e nuove formule lessicali, in grado di trasportare all'interno della statualità il nucleo ruotante intorno a persona e comunità[24] e dunque l'intrinseco pluralismo istituzionale e sociale che la Carta portava con sé.

---

19 C. Esposito, *Lo Stato e la Nazione italiana, in Archivio di diritto pubblico*, 1937, ora in *Id., Scritti giuridici scelti*, vol. II, cit., p.258.

20 Lo sottolineano A. Pace, *Esposito Carlo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013, vol. I, p.806, con riferimento all'affermata subordinazione del duce del fascismo al re, come supremo rappresentante della nazione; M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, pp.263-72, che valorizza il recupero della prospettiva dualistica Stato-società in un contesto, come quello del regime, fortemente ostile a rompere il guscio organicistico.

21 Come chiarisce, in una pagina di lucida analisi, Costa, *Lo Stato immaginario,* cit., pp.107-108.

22 Paladin, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, cit., p.853.

23 Nella celebre definizione di Paladin, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, cit., p. 861.

24 Impossibile non ricordare la voce di uno straordinario civilista, appena scomparso, che trasporta, di forza, il *collettivo* nel più munito baluardo dell'individualismo giuridico, nel diritto privato: P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, Il Mulino, 1966.

3. Dalla funzione didascalica alla maturità pluralistica

In realtà, in questa contrastata fase di transizione costituzionale, l'affinamento della nostra formula – occorre riconoscerlo – fu relativo. Arrestatasi di fronte all'identificazione kelseniana tra Stato e ordinamento, indisponibile a liberarsi sino in fondo della ingombrante persona soggettiva dello Stato sovrano e costretta quindi a condividere lo spazio del paradigma concettuale, in uno schema rigidamente binario, già ampiamente occupato dallo *Stato apparato*, a sua volta difeso da una inossidabile tradizione testuale, la formula, relativamente nuova, dello *Stato-comunità* non riusciva ad assurgere a una piena dimensione di teoria generale.

Così che la sua piena leggibilità si conservava in una dimensione prevalentemente comunicativa della novità repubblicana, in una dimensione didattica, nella quale riusciva almeno a dare un senso alla transizione costituzionale, esprimendo e condensando quell'ansia palingenetica che aveva voluto anteporre la persona allo Stato, proclamando una "socialità dello Stato" che prendesse seccamente le distanze dal totalitarismo fascista e dall'algido individualismo ottocentesco.

Come aveva puntualizzato Aldo Moro in un celebre intervento in plenaria del 13 marzo 1947: "certamente la rivendicazione della libertà della persona, dell'autonomia delle formazioni sociali, della democraticità e socialità dello Stato, sono rivendicazioni che noi facciamo di fronte al fascismo e contro il fascismo; sono quelle da cui emergiamo per creare un avvenire più degno"[25].

Così rivitalizzata, messa definitivamente al riparo dal rischio di assonanze con precedenti sintagmi, non sempre illustri[26], la nostra formula si candidava al-

---

25 Intervento di Aldo Moro, 13 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati – Segretariato Generale, Roma, 1976, vol. I, p. 2044.

26 Precedenti che potevano spaziare dal Volksstaat composto da "uomini socializzati", proprio del comunitarismo weimariano, alla "democrazia integrale" dello "Stato di popolo" fascista, o addirittura alla Volksgemeinschaft, individuata come nuovo Ausgangspunkt della dottrina dello Stato nazista, su cui, rispettivamente, P. Grossi, L'Europa del diritto, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 232-38; Costa, Lo Stato immaginario, cit., pp. 422-27; M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, III, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945, München, Beck, 1999, pp. 325-30.

meno a essere, appunto, un paradigma per l'ordine repubblicano.

E chi fece dello *Stato-comunità*, come Feliciano Benvenuti, l'asse portante della descrizione delle novità dell'ordinamento repubblicano, della stessa *forma repubblicana,* indubbiamente riuscì a estrarre dal progetto costituente un condensato di scelte marcatamente lontano dalla consueta tradizione statualista.

Si confermava l'intuizione di Crisafulli: *Stato-comunità* era organizzazione comunitaria, esprimeva "il Popolo nella sua unità di individui conviventi in un unico ordinamento"[27], non mero elemento costitutivo dello Stato, destinatario passivo della sovranità, ma presenza costante e attiva, di uomini in carne e ossa, all'interno del gioco istituzionale, in grado di trascendere il mero corpo elettorale e quindi i soli meccanismi della rappresentanza politica.

Anche il lessico della Carta veniva, dopo le iniziali prudenze esegetiche, definitivamente finalizzato. La *Repubblica* continuamente evocata nel testo corrisponde ormai senza incertezze, per l'interprete, allo *Stato-comunità*, visto nella sua intrinseca pluralità, come "un insieme dato da tutti i soggetti, dotati di personalità giuridica, e da tutte le società o associazioni o organismi non dotati di personalità giuridica, che agiscono nell'ordinamento" [28]. Mentre lo Stato, pur sempre il soggetto più importante dell'ordinamento, è costretto ad arretrare a "ente esponenziale della Repubblica"[29]. La Repubblica, dunque, come "complesso di tutti gli ordinamenti"[30].

Stato-comunità iniziava quindi ad essere declinato in una accezione piena e consapevole di pluralismo giuridico; diveniva veicolo concettuale per decifrare una Repubblica che si era caricata di precisi contenuti sostanziali, diventando lo strumento e la trama costitutiva di un disegno ordinamentale che affondasse nella ricchezza del sociale, che liberamente ne leggesse la complessità, la sua stessa conflittualità: senza che le istituzioni dovessero porsi, come nel passato liberale e

---

27 F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Libreria Universitaria Editrice, 1975, p.11. Citiamo dalia quinta edizione aggiornata.

28 *Ibid.,* p.53.

29 *Ibid.,* p.17.

30 R. Ruffilli, *Piero Calamandrei e la costituzione italiana*, 1987, ora in R. Ruffilli, *Istituzioni, società e Stato*, vol. III, *Le trasformazioni della democrazia: dalla Costituente alla progettazione delle riforme istituzionali*, a cura di Maria Serena Piretti, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 842.

fascista, compiti di ricomposizione autoritaria di un pluralismo, istituzionale e sociale, che diventava invece soggiacente e integrante l'intero ordinamento repubblicano.

La progressiva attuazione dell'ordinamento, a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta, rinvigoriva anche il modello autonomistico, che il disegno della Carta avrebbe voluto sostituire al radicato centralismo dello Stato unitario. Si confermava in particolare che la Regione, "forma nuova e molto interessante di ampliamento dell'area democratica", costituiva "un elemento della struttura dello Stato-Comunità"[31].

In questo senso e nelle sue accezioni più tarde e complete, come quella benvenutiana, la distanza del nostro costrutto dalle sue radici e dallo stesso costituzionalismo europeo del primo Novecento, si faceva più netta. E a suo modo contribuiva a far emergere la circostanza che, "per la Costituzione il pluralismo" non era più "un *problema* da risolvere, ma una *risorsa* da sfruttare"[32]. Secondo una linea progettuale che, messe nel conto le rispettive differenze, potremmo ascrivere, più che a Santi Romano, Carl Schmitt, Rudolf Smend, invece, ad Hans Kelsen, Hermann Heller, Georges Gurvitch e, appunto, ai nostri costituenti.

4. Il declino del sintagma e le sfide contemporanee

A partire dalla fine degli anni Ottanta, pur mantenendo una tralatizia e non irrilevante presenza nelle parole-chiave di corsi e manuali[33], l'espressione stessa progressivamente spariva dal lessico corrente.

Intanto, se ne iniziavano a svelare i limiti concettuali, se Giorgio Berti vi poteva ormai vedere una mera ridislocazione concettuale della statualità, un semplice "spostamento di figure"[34], che non riusciva a scalzare lo Stato "dal piedistal-

---

31 Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, cit., pp.64-65.

32 Così, lucidamente, M. Luciani, La Costituzione e il pluralismo, in Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei, a cura di Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2023, p.214; Id., Il mondo vuoto. L'ordine sociale nel crepuscolo del soggetto, Roma-Bari, Laterza, 2026, pp.105-110.

33 Per tutti, L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1991, pp.9-14, che sulla "odierna" formula bipolare dello *Stato duale* continua a costruire l'intera struttura del lavoro che, con questa prima edizione, sedimentava versioni precedenti di *Lezioni*.

34 G. Berti, *La parabola dello Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* XI-XII(1982-83), p.1021.

lo della sua autolegittimazione" e non lo lasciava mai interamente "penetrare dalla società"[35]. Sulle dialettiche tra *Stato-persona* e *Stato-comunità* incombeva ormai *la parabola dello Stato e dei suoi organi*.

Al suo posto si imporrà presto il nuovo descrittore dello *Stato costituzionale*, certo forte di una più sistematica sequenza tipologica, che poteva prendere le mosse dallo *Stato giurisdizionale* di antico regime, per poi iniziare ad assumere, con il tornante rivoluzionario-napoleonico, le linee dello *Stato di diritto* ottocentesco. E ormai più consono ad una stagione della statualità per più aspetti lontana dalla temperie repubblicana e dalla sua costituzione materiale, apertasi definitivamente ai processi di globalizzazione e di costruzione degli ordinamenti sovranazionali e ormai pesantemente scandita da una progressiva perdita di centralità dell'atto legislativo, e dalla corrispondente, impetuosa, crescita di un formante giurisprudenziale, frutto di un *gouvernement des juges* neppure ipotizzabile negli anni centrali della transizione costituzionale[36].

La consolante quiete del *diritto mite* è però solo temporanea. Le trasformazioni incalzano e aprono ormai a scenari distopici, mentre premuto dalla "potenza planetaria della *tecno-economia*", lo sguardo del giurista abbandona le dicotomie consolidate e disserra un inedito "*diritto diviso*": il diritto del soprassuolo, il diritto *dell'ordine* economico, in cui "il diritto prova a raggiungere le macchine della tecno-economia", e un diritto del disordine individuale, che "pur chiede una forma, e perciò si converte in diritto del sottosuolo" [37].

L'urgenza di un nuovo paradigma repubblicano, che poggi sulla "immutabilità della *forma repubblicana*"[38], si fa pressante, per arginare la deriva dello stesso ordine giuridico e il rischio concreto di disperdere, definitivamente, di fronte all'incombere di spazi di prerogativa sovrana che ormai accomunano e intersecano, con pericolose eccedenze, gli universi del pubblico e del privato[39], tecniche se-

35 Berti, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, pp.14-18.

36 Inaugura, emblematicamente, questa stagione la riflessione di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

37 Così gli amari, disincantati, *ultima verba* di un grande, maestro: N. Irti, *Sguardi nel sottosuolo. Prose di diritto*, Milano, La nave di Teseo, 2025, pp.11-13.

38 Nel senso di Luca R. Perfetti, in questa *Rivista*.

39 Sordi, *Il mobile confine tra pubblico e privato*, in G. Morbidelli-O. Roselli (a cura di), *La società in affanno. La dimensione della sostenibilità nelle società contemporanee*, Bologna, Il Mulino, in corso di stampa.

colari di limitazione del potere.

Aldo schiavello
Professore ordinario di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo
aldo.schiavello@unipa.it

Una vita difficile. Riflessioni sparse sulla Repubblica italiana in occasione dei suoi ottant'anni

A difficult life. Random reflections on the Italian Republic on the occasion of its 80th anniversary

Sintesi

Il saggio propone una riflessione sugli ottant'anni della Repubblica italiana, prendendo spunto dal film Una vita difficile di Dino Risi come chiave di lettura degli ideali repubblicani nati dal referendum del 1946. Viene ripreso un recente pamphlet di Luciano Canfora, che individua nell'art. 3, comma 2, della Costituzione – e nel principio di eguaglianza sostanziale – il nucleo dei valori fondativi della Repubblica, ricostruendone il dibattito in Assemblea Costituente, nonché un importante confronto fra Luigi Ferrajoli e Riccardo Guastini sulla modificabilità della Carta.

Pur condividendo l'idea che l'essenza della Repubblica risieda nei diritti inviolabili sanciti in Costituzione, il saggio contesta la tesi secondo cui la storia repubblicana possa essere ricostruita come una lotta manichea fra difensori e nemici di tali valori. Viene messa in discussione, in particolare, l'illusione – diffusa nella cultura dei diritti del secondo dopoguerra – secondo cui sarebbe possibile accantonare la questione del fondamento filosofico dei diritti, limitandosi al problema pratico della loro protezione. Tale rimozione è ritenuta insostenibile alla luce di cinque ordini di ragioni, comunque non esaustivi: l'indeterminatezza del linguaggio dei diritti, la loro potenziale conflittualità, il costo economico della loro tutela, la complessa e irrisolta relazione fra diritti e democrazia, ulteriormente complicata dal pluralismo e dal multiculturalismo contemporanei.

Nelle conclusioni, richiamando la distinzione di Carlo Levi fra "contadini" e "luigini", si sostiene che la Costituzione debba essere intesa come un testo in continua evoluzione – un "romanzo a più mani" – la cui difesa richiede non l'invoca-

zione rituale del testo, ma l'esercizio responsabile e consapevole della discrezionalità interpretativa che l'attuazione dei diritti costituzionalmente riconosciuti inevitabilmente comporta.

Abstract

The essay offers a reflection on the eightieth anniversary of the Italian Republic, taking as its starting point Dino Risi's film Una vita difficile as a lens through which to read the republican ideals born of the 1946 referendum. It draws on a recent pamphlet by Luciano Canfora, which identifies in Article 3, paragraph 2, of the Constitution – and in the principle of substantive equality – the core of the Republic's founding values, reconstructing the debate within the Constituent Assembly as well as an important exchange between Luigi Ferrajoli and Riccardo Guastini on the amendability of the Constitution.

While sharing the view that the essence of the Republic lies in the inviolable rights enshrined in the Constitution, the essay challenges the thesis that republican history can be reconstructed as a Manichean struggle between defenders and enemies of these values. It questions, in particular, the illusion – widespread in the postwar culture of rights – that the question of the philosophical foundation of rights can be set aside in favor of the merely practical problem of protecting them. This removal of the question is held to be untenable in light of five, by no means exhaustive, sets of reasons: the indeterminacy of rights language, their potential for conflict, the economic cost of protecting them, and the complex and unresolved relationship between rights and democracy, further complicated by contemporary pluralism and multiculturalism.

In its conclusions, drawing on Carlo Levi's distinction between "contadini" (peasants) and "luigini" (a term coined by Levi for petty bureaucrats and hierarchs), the essay argues that the Constitution should be understood as a text in continuous evolution – a "novel written by many hands" – whose defense requires not the ritual invocation of the text itself, but the responsible and conscious exercise of the interpretive discretion that the implementation of constitutionally recognized rights inevitably entails.

Parole chiave: Diritti inviolabili; eguaglianza sostanziale; costituzione (costituzionalismo); discrezionalità interpretativa; Repubblica Italiana.

KEYWORDS: Inviolable Rights; Substantive Equality; Constitution (Constitutionalism); Interpretive Discretion; Italian Republic.

INDICE: 1. Premessa. 2. Repubblica e diritti inviolabili: la parabola della Repubblica. 3. La questione del fondamento dei diritti. 4. Diritti e disaccordi. 5. Conclusione.

Ma è che tutti, anche quelli che saprebbero pensare e vedere, sono su una falsa strada,
così, per forza di cose: come certi pittori di provincia, anche delle migliori epoche,
che sarebbero forse stati ben dotati dalla natura,
ma che erano costretti a continuare a dipingere secondo vecchi schemi ritardatari,
che non dicevano più nulla a nessuno, se non ai professori di qualche secolo dopo.
[Carlo Levi, L'orologio (1950), Torino, Einaudi, 2025, pp. 185-186]

1. Premessa

In *Una vita difficile*, capolavoro di Dino Risi del 1961, c'è una scena che fa parte dell'immaginario collettivo degli italiani. Il 5 giugno del 1946, giorno in cui furono resi noti i risultati del referendum tra Monarchia e Repubblica[1], i due protagonisti del film, Silvio Magnozzi (interpretato da Alberto Sordi) ed Elena Pavinato (impersonata da Lea Massari), vengono invitati a cena da un gruppo di nobili monarchici.

Silvio Magnozzi, ex partigiano, è un giornalista idealista che scrive per *Il Lavoratore*, un giornale comunista, accontentandosi di un salario da fame pur di non tradire i propri ideali. Per molti versi, Magnozzi appare come un antesignano del Nicola Palumbo (interpretato da Stefano Satta Flores) di *C'eravamo tanto amati* (1974), forse il film più riuscito di Ettore Scola. Elena Pavinato, che aveva letteralmente salvato la vita a Silvio durante la guerra partigiana, è la sua devota compagna e futura moglie.

La cena comincia con i nobili che guardano con sospetto i due inattesi e scalcinati ospiti. L'anziana seduta a capotavola, noncurante di essere udita da loro, rimprovera il figlio di avere invitato degli sconosciuti. La risposta del figlio, an-

1 I dati del 5 giugno a cui si fa riferimento nel film sono quelli non ufficiali comunicati dal ministro dell'interno Giuseppe Romita. In questa prima fase, alla Repubblica furono attribuiti 12.718.019 voti e alla Monarchia 10.709.423. Esiti non molto diversi da questi furono proclamati dalla Corte di Cassazione il 10 giugno 1946 (risultati provvisori) e, infine, il 18 giugno del medesimo anno.

che questa a portata di udito dei due protagonisti del film, è emblematica: "Mamma, eravamo in tredici a tavola".

Non appena la prima pietanza viene servita e i due, affamati, si avventano su di essa, si ode la radio che comunica i risultati del referendum: "Monarchia dieci milioni...". A questo punto, i nobili prendono vigore, certi della vittoria della monarchia, mentre Silvio ed Elena si guardano intorno circospetti e preoccupati. La soddisfazione dei nobili dura però lo spazio di un attimo: "Repubblica dodici milioni...". La scena si conclude con i nobili che si alzano da tavola, disperati, e i due protagonisti felici che si godono, dopo tanto tempo, un pasto come si deve. Sembra che un mondo sia finito e un mondo nuovo sia cominciato. Sembra.

Senza volere svelare troppo, il resto del film si incarica di mostrare che il mondo nuovo non è poi tanto dissimile dal vecchio e che gli ideali repubblicani, mai traditi da Silvio, fanno fatica a tradursi da ideali di carta a ideali reali. La causa della vita difficile di Silvio ed Elena è proprio il rimanere ostinatamente fedeli ai propri ideali.

Il film termina, con un salto temporale di più di dieci anni, nel 1961. Dopo tutte le traversie, che hanno portato Silvio ed Elena a imboccare strade diverse, Silvio si presenta al funerale della madre di Elena con un gran macchinone e convince Elena a tornare insieme. I tempi difficili di Silvio sembrano un ricordo del passato. Alla fine, Silvio ha chinato il capo e ha accettato di diventare un giornalista prezzolato al servizio del commendator Bracci, un editore senza scrupoli.

Stupefacente la capacità di Risi di prevedere, agli albori degli anni Sessanta del secolo scorso, tempi e situazioni assai vicini a quelli attuali.

La scena conclusiva del film – anch'essa celebre – rappresenta una festa a casa di Bracci, alla quale partecipano, insieme a imprenditori, aristocratici e vescovi, Silvio ed Elena. Silvio viene umiliato in tutti i modi dal suo datore di lavoro, anche di fronte a Elena. Tra le altre cose, l'editore sgrida Silvio per avere sostituito, sul suo giornale, "un paginone di prìncipi con delle fotografie di braccianti calabresi". Alle rimostranze di Silvio, che rivendica il suo essere un giornalista e, quindi, di avere la libertà di decidere a quali notizie dare risalto, il commendatore replica in modo *tranchant*: "Lei era un giornalista, adesso non lo è più. Lei è uno

dei miei segretari e, per questo, la pago profumatamente. In secondo luogo, le dico che lei è anche un cretino. Non prenda mai più iniziative; si dimentichi di essere stato un giornalista, dimentichi di avere delle idee personali e faccia soltanto quello che le dico io". Tutto questo, di fronte allo sguardo esterrefatto e dispiaciuto di Elena.

Alla fine, un moto d'orgoglio e il ricordo dei suoi ideali di gioventù spingono Silvio a schiaffeggiare Bracci e a scaraventarlo in piscina, sotto lo sguardo d'approvazione di Elena.

Ma quali sono questi ideali "repubblicani" che hanno indirizzato buona parte della vita di Silvio Magnozzi e hanno guidato la sua mano nella scena finale del film di Risi?

2. Repubblica e diritti inviolabili[2]: la parabola della Repubblica

Una risposta plausibile alla domanda con cui si conclude il paragrafo precedente è quella rilanciata da Luciano Canfora in un recente *pamphlet*, pubblicato proprio per celebrare gli ottant'anni della Repubblica[3].

Questi ideali non sarebbero altro che: «una summa di principi e di propositi, sanciti nella Carta costituzionale, i quali rispecchiano la sintonia stabilitasi nella *élite* dei costituenti (Dossetti, Lelio Basso, Moro, Togliatti)...»[4].

Il precipitato di questi "principi e propositi" è, sempre secondo Canfora, l'art. 3, comma 2 della nostra Costituzione. È il caso di seguire da presso le sue considerazioni: «Era la prima volta che in un articolo costituzionale (non in un preambolo!) si sanciva la distinzione tra libertà formale e libertà sostanziale, tra uguaglianza solo formale e uguaglianza effettiva [...]. Era stata una pietra tombale sulla visione liberale-formalistica, una opzione netta e inequivocabile per la visione sostanzialistica ("di fatto", "effettiva") della democrazia e della libertà. Con in più l'assunto che realizzare ciò fosse "compito della Repubblica". *[...Questo] era il fulcro concettuale, politico, programmatico, dell'intera Costituzione*»[5].

---

2 Ai fini di questo saggio non è necessario distinguere tra "diritti umani", "diritti fondamentali", "diritti inviolabili". Tali espressioni vengono pertanto utilizzate qui in modo intercambiabile.

3 L. Canfora, *La parabola della Repubblica*, Palermo, Sellerio, 2026.

4 L. Canfora, *La parabola della Repubblica*, cit., p. 73.

5 L. Canfora, *La parabola della Repubblica*, cit., p. 74-75, corsivo aggiunto.

Secondo Canfora, in Assemblea costituente vi erano tre posizioni riconoscibili circa l'introduzione dell'art. 3 in Costituzione e, in particolare, del secondo comma di tale articolo. La prima posizione, condivisa da liberali e monarchici, era nettamente contraria. La seconda posizione, condivisa, fra gli altri, da Dossetti, La Pira, Fanfani, Mortati (Dc), Basso (Psi) e Togliatti (Pci), ribadiva la necessità di prevedere in Costituzione che il perseguimento dell'eguaglianza sostanziale fosse un obiettivo o, meglio, uno dei compiti principali della nascente Repubblica. L'ultima posizione era difesa da Piero Calamandrei, il quale proponeva di inserire il riferimento all'eguaglianza sostanziale in un preambolo e non in un articolo vero e proprio in quanto, sulla scorta di una concezione moderna e non contemporanea del costituzionalismo, una costituzione non può prescrivere al futuro legislatore cosa deve fare. È però significativo che, come ricorda Canfora, appena dieci anni dopo, nel celebre discorso per i dieci anni dalla Liberazione, Calamandrei si allinei alla seconda posizione[6].

Canfora coglie non solo un valore cardine della nostra Repubblica ma anche un aspetto cruciale del costituzionalismo contemporaneo.

I diritti umani sono la risposta dell'umanità all'orrore della Shoah[7].

Per usare le parole di Isaiah Berlin, ciò che caratterizza la prima parte del secolo breve è «la divisione dell'umanità in due gruppi – gli uomini propriamente detti e un qualche altro ordine di esseri di rango più basso, razze inferiori, culture inferiori, creature, nazioni o classi subumane, condannate dalla storia. [...] Questo nuovo atteggiamento permette agli uomini di guardare a molti milioni di loro

6 Nel Discorso sulla Costituzione ai giovani di Milano tenuto da Calamandrei il 26 gennaio 1955 presso la Società Umanitaria c'è il seguente passaggio inequivocabile: «Se voi leggete la parte della Costituzione che si riferisce ai rapporti civili e politici, ai diritti di libertà, voi sentirete continuamente la polemica contro quella che era la situazione prima della Repubblica quando tutte queste libertà, che oggi sono elencate e riaffermate solennemente, erano sistematicamente disconosciute. Quindi polemica nella parte dei diritti dell'uomo e del cittadino contro il passato. Ma c'è una parte della nostra Costituzione che è una polemica contro il presente, contro la società presente, perché quando l'articolo 3 vi dice: "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana", riconosce con questo che oggi questi ostacoli ci sono di fatto e che bisogna rimuoverli».

7 Scrive Michael Ignatieff: «L'Olocausto dimostra sia la necessità dei diritti umani dettata dalla prudenza sia la loro sostanziale fragilità» [M. Ignatieff, Una ragionevole apologia dei diritti umani (2001), Milano, Feltrinelli, 2003, p. 83].

simili come ad esseri non completamente umani, e di massacrarli senza scrupoli di coscienza, senza che avvertano il bisogno di salvarli o di metterli in guardia»[8]. In sedicesimi, questa divisione dell'umanità in due gruppi è ciò che viene rappresentato in *Una vita difficile*.

Paradigmatico è il racconto che Primo Levi fa del suo incontro ad Auschwitz con il dottor Pannwitz, capo del reparto di chimica. L'aspetto dell'incontro che più colpisce Levi è che non sembra un incontro tra esseri umani ma tra «... due esseri che abitano mezzi diversi» e che si scambiano sguardi «...come attraverso la parete di vetro di un acquario»[9].

Si può ricordare anche il celebre dialogo tra la zia Sally e Huckleberry Finn. Quest'ultimo, per trarsi d'impaccio, giustifica così il proprio ritardo: «Non è stato perché ci siamo incagliati [...] quello ci ha fatto perdere poco tempo. È scoppiata la testa di un cilindro». La zia Sally, preoccupata, domanda: «Santo cielo! S'è fatto male qualcuno?». La risposta di Huck è perentoria: «Nossignora. È morto un negro». «Be', è una fortuna, perché a volte la gente si ferisce», commenta sollevata la zia Sally[10].

I diritti umani, dunque, rappresentano un baluardo contro ciò che è insopportabilmente sbagliato. Tutto questo può essere riassunto dicendo che i diritti umani tutelano la dignità di tutti gli esseri umani; impediscono che alcuni individui possano guardare altri individui come attraverso il vetro di un acquario. In definitiva, il progresso morale promesso dai diritti umani consiste nel rendere le nostre comunità sempre più inclusive ed egualitarie.

Non è un caso che gli eroi della prima fase della Repubblica siano individui come Silvio Magnozzi; individui che non sono disposti a chiudere gli occhi di fronte alle ingiustizie, che credono nella eguaglianza fra tutti gli esseri umani e che mostrano una predisposizione a schierarsi dalla parte degli umili e degli svantaggiati.

---

8 I. Berlin, *L'unità dell'Europa e le sue vicissitudini*, in Id., *Il legno storto dell'umanità. Capitoli di storia delle idee*. A cura di H. Hardy (1990), Milano, Adelphi, 1992, pp. 247-287, la citazione è a p. 253.

9 P. Levi, *Se questo è un uomo* (1958), in Id. *Se questo è un uomo/La tregua*, Torino, Einaudi, 1992, in particolare pp. 91-97, entrambe le citazioni riportate nel testo sono a p. 95.

10 M. Twain, *Le avventure di Huckleberry Finn* (1884), Milano, Rizzoli, 2007, le citazioni riportate nel testo sono a p. 277.

Merita di essere ricordato, a titolo esemplificativo, che Ronald Dworkin, uno degli autori giustamente più celebrati del costituzionalismo contemporaneo, pone al centro della sua prospettiva giusfilosofica proprio l'eguaglianza (*equal concern and respect*), considerata un meta-valore alla luce del quale ricondurre a unità i vari pezzi del diritto e contemperare i valori confliggenti in caso di conflitto[11]. L'idea di fondo è che tutti gli esseri umani sono eguali nella titolarità dei diritti. Un esempio è la norma "tutti gli individui hanno il diritto di esprimere le proprie idee". Questa concezione — secondo cui il diritto istituisce l'eguaglianza attribuendo a tutti i medesimi diritti — è ad esempio teorizzata da John Rawls, il quale afferma che «...le istituzioni sono giuste quando non viene fatta alcuna distinzione arbitraria tra le persone nell'assegnazione dei diritti e doveri fondamentali, e quando le norme determinano un appropriato equilibrio tra pretese contrastanti riguardo ai vantaggi della vita sociale»[12].

In modo simile, Tecla Mazzarese osserva che: «[...] nell'ordinamento giuridico di uno stato costituzionale di diritto il "che cosa" dell'eguaglianza giuridica consiste nell'attuazione e nella tutela dei diritti fondamentali, *nella molteplicità e varietà di forme in cui, l'una e l'altra, possono configurarsi, nella molteplicità di forme, cioè, che l'una e l'altra, possono richiedere*»[13].

Anche Luca Perfetti, adottando l'angolo visuale del giuspubblicista, avvalora una prospettiva di questo tipo: «[...] i diritti inviolabili sono riconosciuti come "diritti", come entità giuridiche – non, quindi, come valori o altro d'analogo. Questi diritti costituiscono un ordine extrastatale ed extralegale e, tuttavia, pienamente giuridico. *Poiché la sovranità è trasferita alle istituzioni repubblicane solo parzialmente ed in parte si trattiene, permanentemente, nell'ordine (giuridico) dei diritti inviolabili, non sembra arbitrario concludere che l'intero sistema dei poteri pubblici è funzionale alla massimizzazione del godimento di quei diritti della*

---

11 Per una ricostruzione della prospettiva giusfilosofica di Dworkin, mi permetto di rinviare al recente A. Schiavello, *Cosa resta dell'impero? Fare i conti con Ronald Dworkin, oggi*, in *Lo Stato*, n. 26, 2026

12 J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), Milano, Feltrinelli, 1989, p. 23.

13 T. Mazzarese, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ragion Pratica*, 2, 2006, pp. 399-419, la citazione è a p. 413, corsivo aggiunto.

persona»[14].

Sulla natura del legame tra diritti fondamentali e Repubblica è utile riprendere un confronto di più di trent'anni fa – per molti versi emblematico – tra Luigi Ferrajoli e Riccardo Guastini, a proposito della possibilità di modificare la Costituzione prevista dall'articolo 138 della stessa carta costituzionale[15].

Com'è noto, questo articolo indica una procedura aggravata rispetto a quella prevista per le leggi ordinarie. Le leggi di revisione della Costituzione e le nuove leggi costituzionali sono approvate a seguito di una duplice deliberazione di ciascuna Camera. Tra la prima e la seconda deliberazione deve trascorrere un periodo non inferiore a tre mesi e nella seconda votazione è richiesta la maggioranza assoluta. Le leggi in questione sono sottoposte a referendum se, entro tre mesi dalla pubblicazione, ne fanno richiesta un quinto dei membri di una delle due Camere, o cinquecentomila elettori o, infine, cinque Consigli regionali. È inibito il ricorso al referendum se nella seconda votazione entrambi i rami del Parlamento approvano la nuova legge a maggioranza di due terzi.

Il problema, avvertito da entrambi gli studiosi, è che le garanzie previste da questo articolo non costituiscono un baluardo affidabile contro possibili colpi di mano della maggioranza, in particolare dopo la modifica del sistema elettorale italiano da proporzionale a maggioritario.

Ferrajoli affronta questo problema dalla prospettiva del costituzionalismo contemporaneo[16]. In particolare, egli sembra presupporre una connessione necessaria tra teoria del diritto e teoria politica e, dunque, molti degli argomenti portati a sostegno delle sue tesi sarebbero definiti extra-giuridici dai giuspositivisti ortodossi (come Guastini, tra gli altri) nonché non idonei a determinare che cosa

---

14 L. R. Perfetti, *L'amministrazione repubblicana. Un percorso di ricerca attraverso potere pubblico, sovranità, diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2025, p. 51, corsivo aggiunto.

15 Cfr. L. Ferrajoli, *Democrazia e costituzione*, in *Ragion Pratica*, n. 3, 1994, pp. 227-244 e R. Guastini, *Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza*, in *Ragion Pratica*, n. 3, 1994, pp. 245-255.

16 Non mancano le assonanze tra la concezione del diritto di Ferrajoli e quella di Dworkin. Cfr. L. Gianformaggio, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in Id. (a cura di), *Le ragioni del garantismo discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 25-48, in particolare pp. 34-38. Tra le prospettive dei due autori vi sono tuttavia anche differenze rilevanti, cfr. A. Schiavello, *Il c.d. neocostituzionalismo e la conoscenza del diritto*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 16, 2016, pp. 83-97.

prescriva il diritto nel caso in questione (cfr. par. 3, *infine*). Ferrajoli è convinto che le moderne democrazie si caratterizzino per la presenza di due elementi: un elemento formale, rappresentato dal potere della maggioranza, e uno sostanziale che consiste nel fatto che i diritti dei cittadini rappresentano un limite al potere della maggioranza. Questi due elementi devono essere precisati da regole sancite dalla Costituzione. È importante che le regole di un gioco siano stabilite da tutti i giocatori e non solo dai più forti: ciò garantisce il rispetto del principio di eguaglianza. La *ratio* dell'articolo 138 della Costituzione è proprio quella di preservare il principio secondo il quale la maggioranza non può cambiare le regole del gioco a proprio piacimento. Per tale ragione, intendere questo articolo in modo restrittivo è un errore: bisogna ritenere preclusi dall'articolo 138 tutti quei cambiamenti che vanno a vantaggio di una parte politica e a detrimento di altre e che, quindi, violano il principio di eguaglianza. Questo non significa, spiega Ferrajoli, che la Costituzione debba rimanere costantemente identica a sé stessa, ma che sono concessi, se non addirittura auspicati, quei cambiamenti che intendono rafforzare le garanzie (formali e/o sostanziali) di tutti gli individui.

Guastini predilige un'interpretazione più attenta al testo della disposizione e ritiene che l'unica modifica della Costituzione non permessa sia quella espressamente prevista dall'articolo 139, laddove è fatto divieto di rinunziare alla forma repubblicana dello stato. Questa disposizione è intesa da Guastini in modo restrittivo e, cioè, nel senso che l'unico cambiamento che la nostra Costituzione non ammette è quello di reintrodurre la monarchia. Guastini addirittura rifiuta la tesi – pacifica per Ferrajoli e accolta anche dalla Corte costituzionale – dell'immodificabilità dei diritti inviolabili.

Il punto di Guastini è che, sebbene l'articolo 2 della Costituzione faccia riferimento "ai diritti inviolabili dell'uomo", non è corretto attribuire a questa espressione un senso prettamente tecnico-giuridico, soprattutto perché non esiste un elenco di tali diritti; considerare immodificabili i diritti inviolabili è un modo per accrescere i poteri della Corte costituzionale. Egli distingue il punto di vista giuridico, che, a suo avviso, consente un'ampia e non troppo complicata modifica della Costituzione, dal punto di vista filosofico-politico, che attribuisce un valore negativo a tutti i cambiamenti che, anziché modificarla, introducono sur-

rettiziamente una nuova Costituzione e principi diversi da quelli originari. È importante, sempre secondo Guastini, distinguere accuratamente il piano giuridico da quello politico in quanto, se è vero, come egli ritiene, che sarebbe legittimo, rispettando la procedura, abrogare anche il principio di eguaglianza, allora nel caso in cui il "senso" della nostra Costituzione venisse stravolto non si dovrebbe ricorrere alla Corte costituzionale ma, casomai, prendere le armi per difendere i principi in cui si crede.

Le diverse prospettive giusfilosofiche di Ferrajoli e Guastini possono qui essere esemplificate ricorrendo a una storiella vera e a un esempio letterario.

Oliver Wendell Holmes, un celebre giudice statunitense vissuto a cavallo tra il XIX e il XX secolo, un giorno si imbatte in Learned Hand, un giovane giurista che diverrà a sua volta celebre. Holmes ferma la carrozza con cui si stava recando alla Corte Suprema dove esercitava il suo ufficio di giudice e offre un passaggio all'amico. Giunto a destinazione, Hand saluta Holmes con queste parole: "fa' giustizia, giudice!". La carrozza riparte spedita ma si arresta quasi subito e inverte la marcia; una volta raggiunto il suo giovane amico, Holmes si sporge dal finestrino e ribatte: "non è quello il mio lavoro!"[17]. L'intento di Holmes non è, come una lettura malevola vorrebbe fare intendere, sostenere che il suo compito sia quello di "non fare giustizia", bensì ribadire che i giudici applicano il diritto in modo stringente e che non spetta a loro stabilire se il diritto sia giusto o meno. Holmes presuppone una certa idea di diritto e dei rapporti che lo collegano alla morale. Non è difficile comprendere che Ferrajoli sta dalla parte di Hand mentre Guastini sposa la posizione di Holmes.

L'esempio tratto dalla letteratura è *Porte aperte* di Leonardo Sciascia[18]. Lo scrittore siciliano racconta le vicende di un giudice – un "piccolo giudice" – che, alla fine degli anni '30 del secolo scorso, in pieno periodo fascista, si trova a dover giudicare un triplice omicida e a dover fare i conti con la possibilità di comminare la pena di morte, prevista allora dall'ordinamento, pur essendo egli profondamente contrario, per ragioni morali, a questa pena. Il modo più ovvio di presentare il conflitto consiste nel collocare il diritto e la morale l'uno di fronte all'altra e

17 Riprendo questo aneddoto da R. Dworkin, *La giustizia in toga* (2006), Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 4.

18 L. Sciascia, *Porte aperte* (1987), Milano, Adelphi, 2021.

nel porre il giudice di fronte alla scelta tra rimanere fedele al proprio ruolo e, dunque, al diritto o alle proprie convinzioni morali. Questa ricostruzione, tuttavia, secondo Sciascia, sottovaluta la discrezionalità dell'interprete del diritto, distorce la realtà dei fatti e impedisce di cogliere il legame, complesso e articolato, che sussiste fra diritto e morale. Il "piccolo giudice" affronta il caso da un punto di vista giuridico, guidato però anche dalla sua convinzione morale che la pena di morte non sia mai giustificabile. E così riesce a evitare di condannare l'imputato a morte, "assumendo i tre omicidi nella continuità di un unico disegno criminale". In questo modo, il protagonista del romanzo di Sciascia può affermare di avere fatto il suo dovere di uomo e di giudice. In conclusione, si potrebbe dire che il "piccolo" giudice di Sciascia abbia adottato la "strategia di Porzia"; come osserva Tullio Ascarelli, comparando le figure di Antigone e Porzia, ne *Il mercante di Venezia*: «Il contrasto tra il patto e un'esigenza morale che lo condanna non viene risolto rivoluzionariamente negando il patto; viene, direbbe qualcuno, aggirato attraverso l'interpretazione»[19].

In questo caso, Ferrajoli darebbe ragione al giudice di Sciascia, mentre Guastini riterrebbe che la decisione del giudice – moralmente corretta – sarebbe stata tuttavia ottenuta violando il diritto.

Tornando a Canfora: perché "parabola della Repubblica"?

La tesi di Canfora è che questi ottant'anni di vita sono stati inizialmente caratterizzati da un impegno a realizzare i valori repubblicani (*in primis*: l'eguaglianza sostanziale) e, poi, soprattutto dopo l'autodistruzione dei partiti che avevano fondato la Repubblica, dal declino di questo impegno[20].

---

19 T. Ascarelli, *Antigone e Porzia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1955, pp. 756-766.

20 «Tutta la successiva vicenda della Repubblica, fino all'autodistruzione dei partiti che l'avevano fondata, fu una lotta volta ad applicare e inverare i "valori" [...] espressi [nell'art. 3] che, a sua volta, condensa – con la decisa opzione per libertà e uguaglianza "sostanziali" – tutto ciò che è affermato nei due articoli che lo precedono e nei due che lo seguono. Ed evoca, in brevi parole, secoli di lotte sociali e di contrastate conquiste. [...] Lo Statuto dei Lavoratori [...] segnò forse il punto più alto, accanto alla creazione di un Sistema Sanitario Nazionale. Il declino ebbe inizio, ed è tuttora in atto, con la progressiva destrutturazione di quei due cardini [...]: cardini la cui difesa è divenuta vieppiù ardua con lo stringersi dei vincoli, piovuti dall'alto, imposti dall'Unione Europea» [L. Canfora, *La parabola della Repubblica*, cit., p. 77-78].

L'idea che l'essenza della Repubblica sia rappresentata dai valori che sono stati concretizzati in norme nella Costituzione mi sembra difficilmente contestabile. Su questo, ritengo che Ferrajoli, Gianformaggio, Mazzarese e Perfetti (per limitarsi agli autori citati nel testo) abbiano ragione e Guastini torto.

Più controversa mi sembra la tesi che si possa ridurre la storia della Repubblica a una lotta tra i difensori dei valori della Costituzione e i nemici di questi valori. Proteggere i diritti inviolabili è cosa complessa che presuppone l'esercizio di discrezionalità e l'adozione di scelte opinabili. Si tratta di un'attività politica in senso stretto (anche se alta e nobile) e non di un'attività sottratta alla politica come vorrebbe certa retorica. E, su questo, tendo a riconoscere le ragioni di Guastini.

L'idea che sia possibile tracciare una netta linea di demarcazione tra gli amici e i nemici della Repubblica è un'idea manichea che si fonda su un presupposto errato, vale a dire che sia possibile mettere tra parentesi la questione del fondamento dei diritti. A questa illusione, centrale per la cultura contemporanea dei diritti, è dedicato il prossimo paragrafo. Nel quarto paragrafo vengono presentate e approfondite alcune cause delle controversie che si agitano intorno ai diritti e alla loro tutela. Nel quinto paragrafo provo a trarre alcune conclusioni.

3. La questione del fondamento dei diritti

Un aspetto cruciale della cultura dei diritti che si è imposta all'indomani della Seconda guerra mondiale è la fiducia nel fatto che i diritti rappresentino una tappa importante del progresso morale dell'umanità[21]. Tale fiducia si fonda sulla convinzione che il riconoscimento dei diritti umani introduca uno spartiacque nella storia dell'umanità tra un "prima", caratterizzato da conflitti, atrocità e sopraffazione, e un "dopo", in cui vige la pace e l'armonia tra gli esseri umani.

Un presupposto della fiducia che connota l'età dei diritti è l'idea che una volta riconosciuti i diritti, il più fosse stato fatto. La questione più difficile da risolvere consisteva nel trovare un accordo universale su quali diritti riconoscere. Una volta trovato l'accordo, rimane soltanto il problema, pratico, di proteggerli. Questa idea è il punto di partenza inespresso dell'analisi di Canfora su cui mi so-

21 Per un'analisi più approfondita di questi temi mi permetto di rinviare a A. Schiavello, *Ripensare l'età dei diritti*, Modena, Mucchi, 2016.

no soffermato nel paragrafo precedente. Schierarsi dalla parte della Repubblica significa difendere la Costituzione italiana e, in particolare, i diritti da essa riconosciuti. Difendere i diritti è un'attività pratica (da "azione politica", se si vuole) che presuppone che siano stati risolti tutti i problemi teorici a monte. Implica, in altri termini, che vi sia un accordo "robusto" su quali siano questi diritti.

La centralità dell'accordo sui diritti è testimoniata anche dal fatto che la letteratura filosofico-giuridica e filosofico-politica contemporanea evita consapevolmente di ricercare una giustificazione in grado di fondare il consenso universale sui diritti umani. Il timore è che la ricerca di una fondazione filosofica per i diritti potrebbe condurre a divisioni radicali e, dunque, potrebbe inficiare l'accordo, faticosamente raggiunto, sui diritti. Insomma: «da quando [...] i diritti umani hanno avuto la loro consacrazione positiva nella Dichiarazione universale del 1948, il problema del fondamento ha perduto – si dice – gran parte del suo interesse»[22].

La rimozione sistematica della questione del fondamento dei diritti è rivendicata da più parti come la strategia da seguire.

Jacques Maritain, nell'introduzione a un volume sui diritti umani patrocinato dall'Unesco nell'occasione della promulgazione della Dichiarazione universale e pubblicato originariamente nel 1949, nota con ottimismo come esponenti di ideologie radicalmente contrapposte siano d'accordo sui diritti umani, ma solo a condizione di non domandarsi il perché. I diritti umani sono espressione di una convergenza pratica delle più diverse ideologie e delle più svariate tradizioni spirituali. Non è possibile, e neppure opportuno, sperare in qualcosa di più di questa convergenza pratica[23].

Se l'osservazione di Maritain può essere considerata come una espressione di entusiasmo per la conclusione del conflitto mondiale e per l'imminente promulgazione della Dichiarazione universale, più difficile appare applicare la medesima chiave di lettura all'osservazione analoga di Norberto Bobbio – tratta da una relazione sul tema del fondamento dei diritti tenuta a un Convegno nel 1964 – che «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*. È un problema non filosofico ma

22 B. Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 15.

23 Cfr. J. Maritain, *Introduction*, in Aa.Vv., *Human Rights. Comments and Interpretations* (1949), Westport, Greenwood Press, 1973, pp. 9-17.

politico»[24].

A trent'anni di distanza dalla riflessione di Bobbio, Richard Rorty ripercorre il medesimo sentiero. Egli riprende dal filosofo argentino Eduardo Rabossi l'espressione "cultura dei diritti umani" – espressione che ricorda da vicino la bobbiana "età dei diritti" – e afferma che questa cultura è «un evento nuovo e positivo del mondo del dopo-olocausto». Nel medesimo saggio, citando Rabossi, Rorty osserva che «il mondo è cambiato, e che il fenomeno dei diritti umani rende superata e irrilevante la ricerca del loro fondamento filosofico»[25].

A poco più di dieci anni da Rorty, Amartya Sen rileva come vi sia «...qualcosa di profondamente seducente nell'idea che ogni persona in ogni parte del mondo, a prescindere dalla sua cittadinanza e dalla legislazione del suo paese, sia titolare di alcuni diritti fondamentali che gli altri devono rispettare»[26].

L'idea che sia possibile aggirare la questione del fondamento dei diritti è presupposta anche da Ferrajoli quando si preoccupa di mostrare che una concezione giuspositivistica del diritto non è messa in difficoltà dal passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale[27].

Un elemento centrale del giuspositivismo di Ferrajoli è una concezione della validità giuridica che rispetta la separazione tra diritto e morale: una questione è la validità di una norma, altra la sua correttezza morale e la sua giustizia. Ciò in perfetta linea con il motto giuspositivista *auctoritas non veritas facit legem*.

Tale versione non riduzionista della validità stride però con le ben note riflessioni di Ferrajoli sul mutamento che il passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale avrebbe prodotto sulla nozione giuspositivista di validità. Nello stato costituzionale, alla validità formale (o vigore) si aggiunge anche una dimensione sostanziale (validità in senso pieno). La validità formale presuppone il ri-

---

24 N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo* (1964), ora in Id., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 5-16, la citazione è a p. 16, corsivi dell'autore.

25 R. Rorty, *Diritti umani, razionalità e sentimento* (1993), in S. Shute e S. Hurley (a cura di), *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures*, Milano, Garzanti, 1994, pp. 128-151, la citazione è a p. 132, ora in R. Rorty, *Verità e progresso. Scritti filosofici* (1998), Milano, Feltrinelli, 2003, pp. 157-174.

26 A. Sen, *Elements of a Theory of Human Rights*, in *Philosophy & Public Affairs*, 32, no. 4, 2004, pp. 315-356, la citazione è a p. 315.

27 Cfr. almeno L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

spetto delle metanorme procedurali e di competenza relative alla produzione della legge, mentre la validità sostanziale richiede che vi sia coerenza e compatibilità tra le norme infracostituzionali e le norme costituzionali che, secondo Ferrajoli, sono concretizzazioni normative di principi etico-politici. L'accertamento della validità sostanziale impone che si realizzi un'attività interpretativa complessa che riguarda sia la disposizione infracostituzionale che quella costituzionale e il cui esito sarà la produzione delle norme N_1 (infracostituzionale) e N_2 (costituzionale) nonché la valutazione circa la coerenza e la compatibilità tra queste due norme. Questa complessa attività interpretativa che coinvolge – è bene ribadirlo – principi etico-politici, chiama in causa valutazioni sostanziali che «contrariamente a quanto afferma Ferrajoli, non possono essere di tipo prettamente ed esclusivamente giuridico, ma saranno anche – e necessariamente – di carattere etico-politico: proprio perché etico-politica è la sostanza delle norme in considerazione»[28].

Ritenere, come fa Ferrajoli, che le questioni di legittimità costituzionale non coinvolgano valutazioni etico-politiche ma solo valutazioni giuridiche significa, ancora una volta, condividere l'idea che l'unico problema rimasto sul tappeto sia quello di proteggere i diritti.

Nel prossimo paragrafo provo a spiegare perché non è così.

4. Diritti e disaccordi

Il desiderio di mettere tra parentesi il problema del fondamento filosofico dei diritti è comprensibile; soddisfare questo desiderio, tuttavia, è illusorio[29]. Vari argomenti possono essere addotti a sostegno di questa conclusione. Senza alcuna pretesa di esaustività, mi limito a indicarne alcuni tra i principali.

Innanzitutto, il linguaggio dei diritti è indeterminato e, di conseguenza, l'attività interpretativa volta a individuare il significato o il contenuto dei diritti è caratterizzata da una discrezionalità molto ampia. Decidere di attribuire a una disposizione che esprime un diritto un significato piuttosto che un altro richiede

28 G. Pino, *Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 14, 2014, pp. 57-110, la citazione è a p. 84.

29 Seguo qui, quasi alla lettera, A. Schiavello, *Ripensare l'età dei diritti*, cit., pp. 25-32.

che ci si impegni in un'attività di tipo argomentativo-giustificativa che difficilmente può eludere la questione filosofica del fondamento.

Per rimanere all'eguaglianza, che Canfora mette – giustamente – al centro del "progetto repubblicano", è agevole rilevare che, sebbene tutti consideriamo l'eguaglianza un valore e siamo disposti a sottoscrivere il diritto di ciascuno a essere trattato con eguale considerazione e rispetto, tuttavia, questa condivisione unanime del valore dell'eguaglianza non impedisce che ci si divida in modo radicale quando si tratta di stabilire in concreto come tutelare il diritto di ciascuno a essere trattato in modo eguale. A questo riguardo è abbastanza condivisibile l'osservazione di Douglas Rae secondo cui: «...un'idea ben più potente di quella di ordine, efficienza e libertà nel contrastare l'eguaglianza è l'eguaglianza stessa»[30].

In secondo luogo, i diritti sono molti. Ciò implica la possibilità di antinomie (se non in astratto, almeno in concreto) tra i diritti rivendicati da individui diversi. Si pensi, ad esempio, ai possibili conflitti tra il diritto all'identità personale, riconducibile all'art. 2 della Costituzione italiana, e il diritto di cronaca riconosciuto dalla stessa Costituzione all'art. 21. La molteplicità dei diritti produce dei problemi: quale diritto deve prevalere (a seguito di un bilanciamento)? Qual è il corretto contemperamento (ove possibile) dei diritti in conflitto? Anche in questo caso, il problema del fondamento è ineludibile[31].

In terzo luogo, un altro aspetto al quale non sempre si tributa l'attenzione che merita è che tutelare i diritti – tutti i diritti, sia quelli di libertà sia quelli sociali – costa. Per usare le parole di un fortunato libro dal significativo titolo *Il costo dei diritti*: «I diritti [...] non sono un regalo del cielo, né un frutto della natura; non si impongono da sé e non si possono garantire in modo affidabile se lo stato è senza soldi o troppo debole; non necessariamente producono egoismo e irresponsabilità; non implicano affatto che ciascuno possa tutelare la propria libertà senza la collaborazione altrui, e non danno luogo a pretese irrefutabili»[32].

---

30 D. Rae, D. Yates, J. Hochschild, J. Morone, C. Fessler, *Equalities*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1981, p. 151.

31 Per una presentazione di ulteriori problemi connessi alla proliferazione dei diritti cfr. A. Facchi, *Diritti fantasma? Considerazioni attuali sulla proliferazione dei soggetti*, in *Ragion pratica*, 31, 2008, pp. 313-335.

32 S. Holmes, C. R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), Bologna, Il Mulino, 2000, p. 231.

Dworkin sostiene che i diritti sono carte vincenti nelle mani degli individui, i quali possono servirsene anche contro il benessere collettivo, lo stato e il governo[33]. Questo è vero solo in parte. L'esercizio di ogni diritto da parte dei cittadini presuppone che lo stato abbia previsto delle politiche di spesa che garantiscano la loro tutela. Scrivono a questo proposito ancora Holmes e Sunstein: «la tutela dei diritti presuppone l'esistenza di uno stato che funzioni perché solo attraverso lo stato una società moderna può raggiungere il livello di collaborazione sociale che serve a trasformare in libertà suscettibili di essere efficacemente rivendicate quelle che sono altrimenti affermazioni sulla carta. Una cosa è certa: i diritti possono essere dipinti come situazioni giuridiche di vantaggio dirette contro lo stato, come barriere erette per difendersi dallo stato, solo se si trascura, senza alcuna ragione, l'indispensabile concorso dell'autorità statale alla costruzione e alla salvaguardia di quelle barriere»[34]. È bene precisare che la connessione necessaria tra diritti e risorse non riguarda soltanto i diritti sociali, ma anche i diritti di libertà[35]. Il fatto che i diritti costino impone di compiere delle scelte e queste ultime richiedono di essere giustificate. La giustificazione di scelte politiche inerenti alla tutela dei diritti (o, meglio, alla tutela di un diritto a discapito di un altro) è, almeno in una certa misura, interna al "linguaggio dei diritti" e, dunque, presuppone un'attività interpretativa volta alla determinazione del contenuto dei diritti, una qualche forma di bilanciamento o contemperamento e così via. Ciò chiama in causa la questione del fondamento e impone di compiere scelte politiche in senso stretto.

In quarto luogo, una questione collegata indirettamente al problema del fondamento filosofico dei diritti riguarda la complessa relazione tra diritti e democrazia. Innanzitutto va presa sul serio la tesi, sostenuta da una minoranza combattiva, che il proliferare delle Carte di diritti, il conseguente aumento del numero e dell'importanza dei diritti e il ruolo di custode di tali diritti attribuito prevalentemente alla giurisdizione, siano, in ultima analisi, anti-democratici (ov-

33 Cfr. R. Dworkin, *Cosa sono i diritti umani?*, in *Ragion pratica*, 29, 2007, pp. 469-480.

34 S. Holmes, C. R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, cit., p. 242, corsivo aggiunto.

35 Ciò è mostrato chiaramente in E. Diciotti, *Limiti ragionevoli delle libertà: un quadro concettuale*, in *Ragion Pratica*, 20, 2003, pp. 111-148 e Id., *Il mercato delle libertà*, Bologna, Il Mulino, 2006.

viamente intendendo 'democrazia' come 'democrazia procedurale' e non come 'democrazia dialogica o deliberativa') perché riducono, al limite anche fino a farlo scomparire, l'ambito delle materie oggetto di una scelta discrezionale da parte della maggioranza. Anna Pintore, ad esempio, critica proprio la tendenza "oggi molto diffusa" «...a fare dei diritti uno strumento *insaziabile*, divoratore della democrazia, dello spazio politico e, alla fin dei conti, della stessa autonomia morale da cui li facciamo scaturire»[36].

È interessante rilevare, al riguardo, che Canfora considera, ad esempio, le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori introdotte dal *Jobs Act* nel 2015, non una legittima, per quanto senz'altro criticabile, scelta politica, bensì un attacco frontale alla Costituzione e alla Repubblica (cfr. par. 2, n. 20). Pur senza voler entrare troppo nel merito della questione specifica, è evidente che questo modo di ragionare riduce lo spazio di ciò che può essere deciso a maggioranza. Se a ciò si aggiunge che il disaccordo etico sui diritti è strutturale (così come, più in generale, il disaccordo sulla giustizia, sulla politica e sul diritto)[37], allora la convinzione che i diritti delimitino un ambito sottratto alla decisione si presenta come una finzione (pericolosa) nella misura in cui decisioni prese a maggioranza (o da una "aristocrazia giurisdizionale")[38] vengono "travestite" da mero riconoscimento di diritti preesistenti.

Infine, una sfida particolarmente impegnativa all'idea rassicurante che esiste un consenso universale sui diritti umani è quella che proviene dal pluralismo e dal multiculturalismo. Elena Pariotti osserva che «i diritti umani e i diritti fondamentali risultano oggi esposti ad una crisi di giustificazione e di legittimazione an-

---

36 Cfr. A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 179-200, la citazione è a p. 179, corsivo dell'autrice. L'espressione 'diritti insaziabili' si deve a da A. J. Sebok, *The Insatiable Constitution*, in *Southern California Law Review*, 70, 1996-1997, pp 417-471.

37 Cfr. J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* (1999), Milano, Giuffrè, 2001; Id. *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999; Id., *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in R. P. George (edited by), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 158-187.

38 Cfr. U. Scarpelli, *Dalla legge al codice, dal codice ai principî* (1987) e Id., *Il positivismo giuridico rivisitato* (1989), entrambi ora in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, rispettivamente alle pp. 96-103 e 104-113. Cfr. anche A. Pintore, *Scarpelli e l'aristocrazia giuridica*, in *Politeia*, anno xx, n. 73, 2004, pp. 125-136.

che negli Stati costituzionali e liberal-democratici, principalmente per effetto del carattere multiculturale assunto dalle società contemporanee. Il multiculturalismo, sia come mero fatto che come condizione giudicata meritevole di tutela, è all'origine di numerosi dibattiti concernenti i diritti, non solo per quanto riguarda la necessità o l'opportunità di un loro ampliamento, nel numero e nella titolarità, ma anche rispetto alla determinazione del loro contenuto»[39].

Il pluralismo evoca l'idea di incommensurabilità. Il fatto che vi siano opinioni divergenti sul bene, di per sé, non produce incomunicabilità né, *a fortiori*, una incomunicabilità assoluta. In molti casi, le diverse posizioni sono tra loro comparabili – ad esempio, sulla base di un linguaggio comune, come quello dei diritti – e, talvolta, l'esito di tale comparazione consente di stabilire che una tra le due posizioni è corretta, mentre l'altra è scorretta (ad esempio, perché si tratta di una posizione incoerente o fondata su presupposti di fatto falsi). Tuttavia, a me sembra che una società genuinamente pluralista sia una società in cui si danno istanze di divergenze genuine, divergenze cioè non componibili razionalmente. Per dirla con Amy Gutmann, il pluralismo implica che «...su molte [...] questioni di giustizia sociale, la nostra migliore buona volontà nel riflettere sulle considerazioni più rilevanti non ci porta che a riconoscere l'esistenza di dissensi morali non conciliabili. Un dissenso morale fondamentale è un conflitto fra due posizioni morali ponderate che al momento non è componibile ragionando sulle considerazioni rilevanti»[40].

Le questioni e i problemi ai quali si è accennato in questo paragrafo dovrebbero indurci a guardare in modo più disincantato ai diritti umani e a ricostruire in modo meno manicheo gli ottant'anni della nostra Repubblica.

5. Conclusione

Carlo Levi ne *L'orologio* introduce la distinzione tra due categorie di persone: i "contadini" e i "luigini". I contadini sono «tutti quelli che fanno le cose, che

39 E. Pariotti, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Milano, Utet, 2008, p. 150.

40 A. Gutmann, *La sfida del multiculturalismo all'etica politica*, in *Teoria politica*, 3, 1993, pp. 3-40, la citazione è alle pp. 25-26. Cfr. anche G. Zanetti, *Ma che razza di pluralismo. Autonomia e "opzioni disponibili alla scelta"*, in *Ragion pratica*, 26, 2006, pp. 101-112; F. Belvisi, *I diritti fondamentali nella società multiculturale*, in *Diritto & società*, 1, 2012, pp. 1-18.

le creano, che le amano, che se ne contentano»[41]. I luigini «sono quelli che dipendono e comandano; e amano e odiano le gerarchie, e servono e imperano. Sono la folla dei burocrati, degli statali, dei bancari, degli impiegati di concetto, dei militari, dei magistrati, degli avvocati, dei poliziotti, dei laureati, dei procaccianti, degli studenti, dei parassiti»[42].

Il Silvio Magnozzi partigiano e giornalista per *Il Lavoratore* è senz'altro un contadino. Quello che si rassegna a lavorare alle dipendenze del commendator Bracci è un luigino.

Commentando il libro di Carlo Levi, Giovanni De Luna riflette su questa distinzione e sostiene che l'essenza della categoria dei contadini è rappresentata dal senso di responsabilità personale[43].

Questa osservazione ci indica la strada da seguire per tirare le fila del discorso.

C'è un accordo ampio sul fatto che l'essenza della Repubblica vada ricercata nei diritti inviolabili riconosciuti dalla Costituzione.

Tali diritti, tuttavia, non possono essere indicati in una lista esaustiva né il loro contenuto può essere considerato pienamente determinato. Inoltre, i diritti possono confliggere tra loro – se non in astratto, in relazione a casi concreti – e bisogna trovare il modo di contemperarli o di stabilire quale debba prevalere. Contemperare e bilanciare i diritti implica l'esercizio di un'ampia discrezionalità.

Tutto questo significa che è illusorio, per quanto possa essere consolatorio, ritenere che basti evocare la Costituzione per alzare un argine contro i "nemici" della Repubblica e della democrazia.

Nei paragrafi precedenti ho tentato di spiegare che le cose sono più complicate e che, se è vero che la prima parte della Costituzione si presta a diverse letture, anche tra loro confliggenti, allora non è detto che chi interpreta i "valori" della Repubblica in modo diverso da *noi* debba, solo per questo, essere annoverato tra i suoi nemici.

---

41 Carlo Levi, *L'orologio*, cit., p. 188.

42 Carlo Levi, *L'orologio*, cit., p. 189.

43 G. De Luna, *Presentazione de* L'orologio *di Carlo Levi*, https://www.youtube.com/watch?v=UTOXMiZGH_A.

La storia della Repubblica non è segnata sin dal momento della sua nascita, ma può intraprendere strade diverse, tutte legittime (alcune possono piacere di più, altre meno). Sfruttando l'idea dworkiniana del romanzo scritto a più mani, si potrebbe dire che la Costituzione è un testo in continua evoluzione, che si arricchisce sempre di nuovi capitoli, la cui plausibilità dipende (anche, ma non solo) dalla loro congruenza con i capitoli precedenti. Il costituzionalismo contemporaneo propone una immagine del diritto come una pratica sociale costruita intorno a principi e valori (che possono essere intesi come) congruenti a seguito di una attività interpretativa improntata al valore dell'integrità del diritto: «ne consegue che l'integrità fonde tra loro la vita morale e quella politica dei cittadini: essa chiede al buon cittadino, che deve decidere come trattare il proprio prossimo quando i loro interessi entrano in conflitto, di interpretare il modello comune di giustizia a cui entrambi devono sottostare in virtù della loro comune cittadinanza»[44].

Ciascun individuo è chiamato ad adottare un "atteggiamento protestante" nei confronti della Costituzione: è compito di tutti contribuire a fare in modo che i nuovi capitoli della storia della Costituzione repubblicana siano i migliori possibili. C'è bisogno di tanti contadini con uno spiccato senso di responsabilità personale.

44 R. Dworkin, L'impero del diritto (1986), Milano, Il Saggiatore, 1989.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Guido Corso
Professore straordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università Europea di Roma
guido.corso@uniroma3.it

Libertà fondamentali

Fundamental freedoms

Sintesi

In occasione dell'ottantesimo anniversario della Repubblica italiana, il saggio esamina il sistema delle libertà fondamentali nella prospettiva della democrazia liberale, evidenziando la tensione complementare tra il principio democratico della regola di maggioranza e gli istituti liberali posti a salvaguardia del singolo e delle minoranze. L'analisi si articola lungo tre direttrici principali. In primo luogo, l'autore ricostruisce lo schema di protezione delle libertà contro i pubblici poteri delineato dagli artt. 13-21 della Costituzione — imperniato su riserva di legge, riserva di giurisdizione, limiti sostanziali al legislatore (diritto penale del fatto e divieto di trattamenti inumani) e sindacato di costituzionalità — fino all'attuale tutela multilivello garantita dalla Carta di Nizza e dalla CEDU. In secondo luogo, il contributo indaga la protezione dell'autonomia personale nei rapporti interprivati (famiglia, lavoro subordinato, iniziativa economica e mercato concorrenziale), unitamente ai contrappesi istituzionali volti a limitare il potere della maggioranza (durata delle cariche, separazione dei poteri e maggioranze qualificate). Infine, contrapponendo la visione unitaria della «libertà» propria della tradizione filosofica all'approccio pragmatico del diritto costituzionale, l'autore sottolinea come l'ordinamento giuridico operi declinando «le libertà» al plurale, differenziandone le garanzie e i limiti in ragione degli specifici interessi pubblici e della tutela dei soggetti deboli.

Abstract

On the occasion of the eightieth anniversary of the Italian Republic, this essay examines the system of fundamental freedoms from the perspective of liberal democracy, highlighting the complementary tension between the democratic

majority rule and the liberal safeguards designed to protect individuals and minorities. The analysis unfolds along three main lines. First, the author reconstructs the framework protecting freedoms against public authorities under Articles 13–21 of the Italian Constitution—centered on statutory and judicial reserves, substantive limits on the legislature (criminal law of the act and prohibition of inhuman treatment), and constitutional review—up to the current multilevel protection ensured by the EU Charter of Fundamental Rights and the ECHR. Second, the paper explores the safeguarding of personal autonomy in private relationships (family law, employment, private enterprise, and market competition), alongside the institutional checks limiting majority power (fixed terms of office, separation of powers, and qualified majorities). Finally, contrasting the unitary notion of "freedom" in philosophical thought with the pragmatic approach of constitutional law, the author emphasizes how the legal order operates by declensing "freedoms" in the plural, tailoring limits and protections to specific public interests and the defense of weaker parties.

Parole chiave: Libertà fondamentali; Democrazia liberale; Riserva di legge; Riserva di giurisdizione; Autonomia privata; Tutela delle minoranze; Garanzie costituzionali.

Keywords: Fundamental freedoms; Liberal democracy; Statutory reserve; Judicial reserve; Private autonomy; Protection of minorities; Constitutional guarantees.

Indice: 1. Repubblica, democrazia e liberalismo: la tutela del singolo e delle minoranze di fronte alla regola di maggioranza. - 2. Le libertà fondamentali nei confronti dei pubblici poteri: riserva di legge, riserva di giurisdizione, garanzie costituzionali e tutela sovranazionale. - 3. L'autonomia personale nei rapporti tra privati: famiglia, lavoro, autonomia contrattuale e tutela della concorrenza. - 4. I limiti istituzionali al potere della maggioranza: durata delle cariche, separazione dei poteri e maggioranze qualificate. - 5. Dall'idea filosofica unitaria alle «libertà» al plurale nel diritto costituzionale.

1. Repubblica, democrazia e liberalismo: la tutela del singolo e delle minoranze di fronte alla regola di maggioranza

L'Italia è una repubblica democratica fondata sul lavoro (art. 1 Cost.).

Nella dottrina e nel dibattito politico l'enfasi è stata posta sulla democrazia, mentre l'idea di repubblica è rimasta in ombra. Questo è lo spunto da cui parte il direttore della rivista per sottoporlo alla riflessione dei colleghi che sono invitati a celebrare gli ottant'anni della repubblica. Una riflessione sulla repubblica, più che sulla democrazia.

Per repubblica Luca intende più che il complesso delle istituzioni elencate nell'art. 114 Cost. (comuni, province, città metropolitane, regioni e Stato), la società complessivamente considerata, articolata in sfere di autonomia personale, sociale, territoriale. Come se il vuoto fra società e stato, teorizzato da Max Weber, fosse stato colmato.

Non mi sento di condividere questa conclusione. Ma penso che la proposta di Luca di celebrare la repubblica a partire dagli elementi in cui si articola la società meriti la massima considerazione.

La società è composta da individui titolari di libertà fondamentali, di formazioni sociali nei quali gli individui svolgono la propria personalità, di gruppi territoriali riuniti attorno a specifiche istituzioni - regioni, province, comuni.

Il suggerimento di Luca io lo leggerei in questo modo.

L'Italia non è solo democrazia. È, secondo la Costituzione, una democrazia liberale: un regime in cui convivono democrazia e liberalismo e a ciascuna delle due componenti corrispondono congegni giuridici diversi e garanzie giuridiche diverse.

Anche se sono entrambi presenti nelle società occidentali, democrazia e liberalismo rispondono a domande diverse, e in un certo senso opposte.

La democrazia, intesa come regola di maggioranza – è il criterio usato da Aristotele per distinguerla dalla monarchia e dalla aristocrazia – consente a un popolo, a un'assemblea, a un qualsiasi gruppo umano di almeno tre persone (*duo non faciunt collegium*) di prendere una decisione che riguarda tutti. Poiché l'unanimità è l'eccezione, ed è tanto più rara quanto più ampie sono le dimensioni del gruppo, si decide a maggioranza. La decisione della maggioranza vale come la decisione di tutti, e quindi, come decisione per tutti. Nel dissenso, i più prevalgono sui meno. È meglio contare le teste che romperle.

La regola maggioritaria è quindi un'alternativa alla violenza.

Il liberalismo è, in un certo senso, l'opposto.

Consiste in un complesso di congegni giuridici posti a tutela delle minoranze – le minoranze che in base al principio democratico sono destinate a soccombere; e prevede un complesso di congegni giuridici posti a tutela del singolo, ossia del soggetto indifeso di fronte ad una maggioranza.

2. Le libertà fondamentali nei confronti dei pubblici poteri: riserva di legge, riserva di giurisdizione, garanzie costituzionali e tutela sovranazionale

Il titolo I della Costituzione ha una rubrica fuorviante: "rapporti civili".

Gli artt. 13-21 Cost. non riguardano i rapporti tra i *cives*, riguardano il rapporto tra il *civis*, o meglio l'uomo, e i poteri pubblici.

È vero che le libertà possono essere sacrificate anche da privati.

All'operaio che lavora sotto l'occhio delle telecamere installate dal datore di lavoro, e che rischia di venire licenziato se si iscrive a un determinato sindacato, vengono negate la privacy e la libertà di associazione. Ma non sono quelle le situazioni prese in considerazione dagli artt. 15 (libertà e segretezza della corrispondenza) e 18 (libertà di associazione). È una legge ordinaria – lo statuto dei lavoratori – che vieta l'uso di impianti audiovisivi e altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori; e considera nulli i patti e gli atti che subordinano l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte (artt.- 4 e 15 L. 300/1970).

Sono i pubblici poteri, invece, i soggetti contro i quali gli artt. 13-21 Cost. assicurano una difesa. Anche se con la teoria della Drittwirkung si è cercato di estendere la portata degli articoli citati e di utilizzarli anche nei rapporti tra privati.

L'art. 13 Cost., che riguarda la libertà personale, delinea uno schema di protezione di portata tendenzialmente generale, applicabile anche ad altre libertà.

a) La libertà personale – la libertà degli arresti – può essere limitata solo nei casi e modi previsti dalla legge.

Una legge che prevede il fatto posto in essere dall'individuo, che giustifica la restrizione, e stabilisce il modo con cui la libertà può essere ristretta (carcerazione, arresti domiciliari, destinazione ai servizi sociali, divieto di soggiorno, obbligo di firma etc. etc.)

Che occorra una legge (principio di legalità o riserva di legge) è implicito nel principio di sovranità popolare: sovranità che in una democrazia rappresentativa si esprime soprattutto nel parlamento, e quindi nella legge. Ma la legge è ri-

chiesta comunque dal principio di certezza del diritto, la cui funzione di garanzia è universale e prescinde dalla natura del regime politico. La certezza del diritto è un valore anche in un regime non democratico. Il singolo deve sapere che, se compie quell'atto, è destinato a subire una restrizione della libertà.

E può saperlo se c'è una legge previa (art. 25 co. 2 Cost.) che egli conosce, ed è comunque tenuto a conoscere (art. 5 cod. pen.).

b) La libertà personale può subire una restrizione solo con un atto motivato dall'autorità giudiziaria.

La garanzia è duplice. È data dalla qualità del soggetto competente a provvedere e dal contenuto del provvedimento.

Il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.). Non è soggetto, quindi, al governo, il potere più temibile perché espressione della maggioranza. Fa parte, inoltre, di un ordine – l'ordine giudiziario – che è autonomo e indipendente da ogni altro potere (art. 104 Cost.) e quindi anche dal potere legislativo. Il giudice è soggetto alla legge, ma non al legislatore.

L'altra garanzia consiste nella motivazione dell'atto del giudice. La motivazione riconduce il provvedimento giudiziario ai casi e ai modi indicati dalla legge, invera il principio di legalità in fase di applicazione. L'individuo ha diritto di conoscere le ragioni per cui viene privato della libertà. La restrizione gli viene imposta sulla base di una legge che egli, come cittadino elettore, ha idealmente voluto, nell'esercizio della sovranità popolare; una legge alla quale ha comunque accettato di sottoporsi, in quanto partecipe della sovranità popolare di cui quella legge è espressione.

c) Ci sono dei "casi straordinari di necessità e urgenza" in cui l'attesa del provvedimento del giudice pregiudicherebbe l'interesse alla sicurezza. Un atto delittuoso verrebbe commesso o portato a compimento, se l'autore non fosse arrestato immediatamente.

In questi casi la competenza a provvedere si sposte temporaneamente dal giudice all'autorità di pubblica sicurezza. L'arresto deve essere convalidato dall'autorità giudiziaria entro 96 ore e se ciò non avviene, perde efficacia ab origine. Con la convalida il giudice accerta l'esistenza di uno dei casi previsti dalla legge e anche della situazione di straordinaria necessità e urgenza che giustifica la sostituzione del giudice con l'autorità di polizia. Egli compie un accertamento som-

mario per effetto del quale viene disposta una carcerazione preventiva entro i limiti della durata massima stabilita della legge (art. 13 co. 5). Un accertamento ben diverso – perché più elementare - dell'accertamento definitivo della colpevolezza che sta a base della condanna (art. 27 co. 2 Cost.).

Per effetto della convalida giudiziaria, la restrizione finisce con l'essere imputata all'autorità giudiziaria.

d) Il legislatore non è libero nella indicazione dei "casi" che autorizzano la restrizione della libertà personale. Non possono configurarsi come reati atti e comportamenti che costituiscono espressione delle libertà fondamentali diverse dalla libertà personale. Non può la legge punire l'atto di professione della fede islamica o la propaganda di ateismo in un ordinamento che riconosce la libertà religiosa (art. 19). Né può punire i gesti, anche collettivi, propri della liturgia del fascismo perché la Costituzione vieta la riorganizzazione del partito fascista, ma non la professione di fascismo (art. 21). Né può vietare l'iscrizione alla massoneria perché, pur essendo questa una associazione segreta, non lo è nel senso dell'art. 18 Cost., che garantisce la libertà di associazione. Non può neppure subordinare ad autorizzazione dell'autorità amministrativa l'esercizio delle libertà fondamentali (per la libertà di manifestazione del pensiero, v. art. 21). La necessità di un permesso costituisce pur sempre una limitazione perché subordina al volere altrui la possibilità di fare quel che potrei far senza permesso.

Si legge nella stampa di riunioni non autorizzate. Come se la libertà di riunione in luogo pubblico fosse soggetta a autorizzazione di polizia. La Costituzione, invece, richiede solo un "preavviso": per consentire all'autorità di polizia di vigilare sull'andamento della riunione ad evitare che essa metta in pericolo la sicurezza e l'incolumità pubblica; e per mettere in condizione la stessa autorità di conciliare l'esercizio del diritto di riunione di alcuni con il diritto di circolazione degli altri.

e) I casi che la legge indica, autorizzando una restrizione della libertà personale sono "fatti". Non fatti naturali, dei quali il soggetto non può essere chiamato a rispondere (a meno che non sia stato lui a provocarli, volontariamente o per incuria: un incendio, il crollo di un edificio etc.). Devono essere fatti umani: fatti, non "stati", come lo status di ebreo o di nero o di immigrato. Si può punire qual-

cuno per quello che fa, non per quello che è. Il nostro sistema costituzionale, e penale, rigetta il "diritto penale d'autore", e opta per il diritto penale del fatto: come dimostra la disciplina del tentativo (art. 56 c.p.) e del reato impossibile (art. 49 c.p.).

L'altra caratteristica del sistema, che si risolve in un limite alla potestà legislativa, risiede nei principî di personalità e di colpevolezza. Non è ammessa la responsabilità per fatti altrui (art. 27 Cost.) né è ammessa la punizione dell'incapace (art. 85 c.p.): proprio perché questi non può essere chiamato a rispondere delle sue azioni.

f) Ci sono due libertà che non sono coperte da riserva di giurisdizione. La libertà di circolazione può subire limitazioni per motivi di sanità o di sicurezza (art. 16): si pensi agli anni della pandemia. La libertà di riunione può essere limitata per motivi di sicurezza e incolumità (art. 17). Nell'uno come nell'altro caso, può intervenire l'autorità amministrativa o, direttamente, il legislatore (come è avvenuto durante il covid).

La deroga alla riserva di giurisdizione si giustifica perché le due libertà in questione comportano (quando vengono esercitate), o possono comportare, la presenza simultanea di più persone, e il contatto tra spese fisiche di tali dimensioni che l'intervento del giudice sarebbe inappropriato o intempestivo.

Il giudice può essere chiamato, una volta che l'atto restrittivo viene adottato dall'autorità amministrativa – il sindaco che chiude alla circolazione un quartiere cittadino, il questore che vieta una riunione della quale gli è stato anticipato lo svolgimento perché c'è il rischio concreto di disordini. Il giudice, con intervento ex post, è chiamato a sindacare la legittimità del provvedimento. Un intervento postumo sull'atto che produce la restrizione, un intervento che ha natura diversa dalla convalida ex art. 13 Cost.

g) Spetta sempre alla legge determinare i modi con cui la libertà personale (ma anche le altre libertà coperte da riserva di giurisdizione) può subire una restrizione.

È punita ogni violenza fisica e morale sulla persona ristretta (art. 13 co. 3 Cost.).

La pena che viene inflitta alla persona in conseguenza della accertata sua responsabilità non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità (art.

27 co. 3).

Trattamenti del genere – contrari al senso di umanità possono essere praticati senza ricorrere alla violenza: per es. con un regime carcerario non degno di un essere umano (eccessivo affollamento delle celle, promiscuità, abolizione della privacy e, a mio avviso, anche il carcere duro ex art. 41 bis).

h) Non basta che il legislatore (e quindi la maggioranza parlamentare, espressione a sua volta di una maggioranza elettorale) incontri limiti nella determinazione dei casi che giustificano la restrizione della libertà personale (e delle altre libertà fondamentali).

Occorrono "garanzie costituzionali" per assicurarne l'osservanza. Un organo capace di annullare la norma di legge che supera quei limiti.

Le costituzioni del XX secolo hanno integrato le dichiarazioni dei diritti del diciottesimo secolo con l'istituzione di un organo munito di quel potere. Nel nostro ordinamento spetta alla Corte Costituzionale il potere di "togliere effetti" alle norme di legge contrarie alla Costituzione (art. 136). Il sindacato di costituzionalità delle leggi chiude e suggella il complesso delle garanzie di libertà offerte dalla Costituzione.

i) La Costituzione, nella sua formulazione originaria prevede che l'Italia, in condizioni di parità con gli altri Stati, consente alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (art. 11). Dopo la riforma costituzionale del 2001 (L. Cost. n. 3/2001) si legge nell'art. 117 che la potestà legislativa si esercita nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Ciò comporta che il legislatore, sottoposto ai Trattati europei TUE e TFUE, è tenuto ad osservare le disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in materia di libertà (artt. 6-19): disposizioni che hanno lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE). L'Italia è anche parte della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (alla quale anche l'Unione europea aderisce, art. 6 TUE cit.).

I due testi - la Carta di Nizza e la CEDU - contengono disposizioni sulle libertà che in parte sono sovrapponibili a quelle contenute negli artt. 13-21 Cost. Ma in parte sono diverse. La violazione di queste ultime è accertata da due giudici

sovranazionali, la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo: per effetto dell'applicazione di norme sulle libertà contenute in due testi che vincolano la potestà legislativa del legislatore italiano (art. 117 co. 1 Cost.), le leggi italiane che toccano le libertà fondamentali sono oggi esposte al sindacato di tre giudici supremi (la Corte costituzionale, la Corte di Giustizia UE, la Corte Edu).

3. L'autonomia personale nei rapporti tra privati: famiglia, lavoro, autonomia contrattuale e tutela della concorrenza

L'autonomia personale, come la chiama Luca, può essere menomata, ferita, umiliata anche nei rapporti tra privati.

Si è accennato alle limitazioni che il lavoratore subordinato può subire, e subisce nei rapporti con il padrone. Lo stesso può accadere tra coniugi, tra genitori e figli, tra il compagno e la compagna, fra docente e allievi, e, più generalmente, nei rapporti economici.

Le tutele, in tutti questi casi, sono offerte dal codice civile, dalle leggi sul lavoro, dalle leggi penali, dalla legislazione antitrust. La Carta del 1948 enuncia alcuni principi che danno una base costituzionale a tutte queste leggi.

Partiamo dai rapporti tra coniugi. Secondo il codice civile, prima della riforma del diritto di famiglia (L. 151/1975) la moglie era obbligata ad accompagnare il marito "ovunque egli decidesse di fissare la residenza": obbligata perché il marito è " il capo della famiglia" (art. 144 c.c., testo originario).

La Costituzione dice una cosa diversa. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 co. 2). Il codice civile viene così riformato: i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa (così l'art. 144 nel testo vigente, come sostituito dall'art. 26 della L. 151/1975). Se i coniugi sono uguali, moralmente e giuridicamente, la famiglia non ha più un capo: dopo il 1975 è acefala o bicefala.

Veniamo ai rapporti di lavoro. Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione che deve essere comunque "sufficiente ad assicurare a lui e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa".

L'esistenza del lavoratore è libera se, al di fuori del rapporto di lavoro (e dell'orario di lavoro), egli non è tenuto a quella obbedienza che invece è dovuta alle direttive del datore di lavoro nell'ambito del rapporto di lavoro. Un rapporto che viene creato con un contratto attraverso una manifestazione reciproca di volontà (art. 1321 c.c.). Volontà libera. Se viene piegata dalla violenza, o carpita con la frode o indotta in errore, il contratto è nullo o annullabile (artt. 1418 ss. C.c.).

Se gli vengono assegnate mansioni superiori a quelle della qualifica indicata nel contratto, e tale situazione si protrae per oltre tre mesi, il lavoratore ha diritto non solo alla differenza retributiva, ma anche alla qualifica superiore (art. 2103 c.c.). A conferma che la subordinazione è dovuta solo nei limiti delle pattuizioni fra le parti.

Il contratto di lavoro non è che una delle manifestazioni della libertà di contratto: di quella autonomia contrattuale, che attribuisce alle parti il potere di determinare liberamente il contenuto del contratto, anche utilizzando schemi "che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare" (i c.d. contratti atipici: art. 1322 c.c.).

L'autonomia contrattuale o autonomia privata ha una consacrazione costituzionale nell'art. 41 Cost, L'iniziativa economica privata è libera: libera non solo dai vincoli che il potere pubblico può imporre, solo nel perseguimento delle finalità di cui ai commi 2 e 3 dello stesso art. 41: ma libera anche dalle limitazioni che altri privati possono causare, con pregiudizio di quella "tutela della concorrenza" che il legislatore statale deve garantire (art. 117 lett. e) Cost.).

Una indebita limitazione della sua libertà (libertà di consumo) la subisce anche il consumatore quando l'impresa è monopolistica e ricorre a pratiche anticoncorrenziali che sottraggono, a chi acquista un bene o un servizio, la possibilità di scegliere tra offerte provenienti da una pluralità di imprese (e quindi di avvalersi dei benefici che, in termini di qualità e di prezzo, sono propri della concorrenza).

4. I limiti istituzionali al potere della maggioranza: durata delle cariche, separazione dei poteri e maggioranze qualificate

I limiti al potere della maggioranza sono posti dal complesso delle libertà fondamentali. Ma svolgono la stessa funzione alcune delle "forme" e alcumi "li-

miti" entro i quali viene esercitata la sovranità popolare (art. 1 co. 2 Cost.).

La prima limitazione è data dalla durata predeterminate delle cariche fondamentali: camera dei deputati, senato (art. 60), presidente della Repubblica (art. 85), giudici della Corte Costituzionale (art. 135 co. 3). Una durata non è prestabilita per il Governo: ma è implicita nella condizione alla quale è subordinato l'esercizio delle sue funzioni, ossia la fiducia di entrambe le camere. Che deve essere richiesta dopo ogni tornata elettorale.

Che governo e parlamento abbiano una durata predeterminata non è una garanzia per le minoranze. Ogni nuova elezione offre loro l'opportunità di divenire maggioranza. Sono le dittature il regime in cui il capo lo è a vita (o dura sino a quando non viene sbalzato dal trono da una rivoluzione).

Una seconda cruciale garanzia è data dalla separazione dei poteri tra governo e parlamento. I padri costituenti hanno scavato un solco, fra i due organi, limitando al massimo i poteri normativi del governo (artt. 76 e 77 Cost.): anche se la prassi ha alterato profondamente il senso della decretazione d'urgenza, che da decenni viene utilizzata dal governo in assenza di quei "casi straordinari di necessità e urgenza" alla presenza dei quali l'art. 77 subordina il potere legislativo del governativo. Mentre il governo è espressione della maggioranza parlamentare (e, prima, elettorale), il parlamento dà voce anche alla minoranza.

Una terza garanzia è data dalle norme costituzionali che, per determinate deliberazioni parlamentari, prescrivono maggioranze speciali: dalla maggioranza dei due terzi (e poi assoluta, dopo il terzo scrutinio) richiesta per l'elezione del Presidente della Repubblica (art. 83 co. 3), alla maggioranza assoluta (ma in due successive deliberazioni distanziate da almeno tre mesi) richiesta per le leggi di revisione costituzionale. E se la maggioranza è di due terzi, alla legge di riforma costituzionale non può essere sottoposta a referendum (art. 138 Cost.).

Sono espedienti per evitare che certe scelte fondamentali siano rimesse ad una maggioranza semplice di votanti, ossia a un numero di voti inferiore alla metà più uno dei componenti di ciascuna Camera.

5. Dall'idea filosofica unitaria alle «libertà» al plurale nel diritto costituzionale

I filosofi e i letterati hanno tutti un'idea di libertà. Diversa per ciascuno di loro.

Per Diogene la libertà consiste nell'affrancarsi dai bisogni. Vedendo un fanciullo che beve alla fontana con le mani, getta via la ciotola. Ne posso fare a meno.

Esattamente il contrario del personaggio descritto da William Blake. È meglio soffocare un bambino nella culla che lasciare un desiderio insoddisfatto.

Per Spinoza la libertà è una meta alla quale si perviene a conclusione di un percorso in cui l'uomo si libera dalle passioni, che altro non sono che idee confuse, formando idee chiare e distinte.

Per Kant la libertà è uno dei tre postulati della ragion pratica: la quale ha come necessario presupposto l'indipendenza dal mondo sensibile e la capacità di determinare la propria volontà secondo la legge di un mondo intellegibile.

Per Hegel la libertà coincide col diritto. Il diritto è la libertà in quanto idea: a partire dalla sua determinazione più povera e astratta – la libertà giuridico-formale della persona – la libertà viene progressivamente a realizzarsi come spiritualità oggettiva nella storia del mondo.

Per Benedetto Croce la libertà è l'essenza dell'uomo, che inerisce a lui nella sua qualità stessa di uomo. Sicché non gli si può "dare libertà" perché l'ha già in sé, né si può neanche togliergliela. Gli sforzi della violenza, invece di distruggerla, la rinsaldano e, dove era indebolita, la restaurano.

Concezioni diverse da filosofo a filosofo. Ma ciascuno ha una sola idea di libertà.

Nel diritto costituzionale non c'è la libertà, ci sono le libertà: garantite al singolo contro lo Stato, nei rapporti familiari, nei rapporti di lavoro, nei rapporti economici fra imprenditori, fra imprenditori e consumatori etc.

Le libertà vengono distinte perché diversi sono i modi con i quali possono essere sacrificate e diversi gli interessi pubblici che giustificano la restrizione. Distinte, innanzitutto, perché diverse per ciascuna sono le modalità di esplicazione.

La libertà domiciliare, ad es., viene vissuta fra le mura domestiche. È violata quando la polizia irrompe a casa mia senza mandato, o quando vi si insinua in mia assenza per piazzarvi una microspia. Ci sono dei casi, tuttavia, in cui queste operazioni sono ammesse: per es. per recuperare la refurtiva di una rapina o, in generale, acquisire le prove di un crimine.

La libertà di espressione viene esercitata, come si legge nell'art. 21, con la parola, lo scritto e altro mezzo di diffusione. Ha uno statuto particolare quando ha per oggetto l'insegnamento che viene impartito agli allievi, dagli scolari agli studenti universitari (art. 33 co. 1).

Gli interessi pubblici che giustificano una restrizione sono, in certi casi, indicati dalla Costituzione. La libertà di circolazione può essere limitata per ragioni sanitarie o di sicurezza (art. 16); la libertà di riunione per ragioni di sicurezza o di incolumità pubblica (art. 17). Per le altre libertà è la legge che indica i casi in cui la limitazione è ammessa (è lo schema delineato dall'art. 13 Cost.).

Nei rapporti privati la restrizione che la Costituzione prevede, o direttamente o rinviando alla legge, colpisce la parte forte del rapporto, a tutela del contraente debole. Come nella relazione tra datore di lavoro e lavoratore, in cui i vincoli sono posti sul primo (retribuzione proporzionata e sufficiente, durata massima della giornata lavorativa, riposo settimanale, ferie annuali).

Nei rapporti familiari la libertà di ciascun coniuge, con il solo vincolo dell'unità della famiglia, è implicita sull'eguaglianza di marito e moglie.

Nei rapporti tra imprenditori e consumatori e fra imprenditori fra loro, la protezione della parte debole è affidata al principio di concorrenza (art. 117 co. 2 lett. e): che garantisce il consumatore contro il potere monopolistico (il cui esercizio riduce l'offerta e fa salire il prezzo) e garantisce il piccolo imprenditore contro il grosso.

È l'approccio proprio del diritto. Le libertà sono un presupposto. Il diritto interviene a proteggerle stabilendo i casi, e disciplinando i modi in cui ciascuno può subire una limitazione quando un interesse pubblico indicato dalla legge lo richiede.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Luca R Perfetti
professore ordinario di diritto amministrativo
lucaraffaello.perfetti@unipegaso.it

Le autonomie sociali e territoriali nella Repubblica

Social and Territorial Autonomies within the Republic

Sintesi

La struttura della Repubblica non coincide con quella dei pubblici poteri, né la sovranità popolare si esaurisce nella rappresentanza. Muovendo da questa premessa, il contributo ricostruisce il fondamento costituzionale delle autonomie sociali e territoriali, riconducendole al permanere della sovranità nel popolo. La rappresentanza costituisce soltanto una delle forme nelle quali quest'ultima si esprime; altrettanto essenziali sono il suo trattenersi nei diritti fondamentali della persona, nella libera espressione della soggettività sociale e nel principio autonomistico. Ne deriva un disegno nel quale lo Stato non fonda l'unità politica, non concede libertà e diritti, non dispone originariamente dei fini della convivenza; è, invece, uno dei livelli istituzionali della Repubblica, funzionale alla persona e al suo pieno sviluppo.

Il punto di avvio è il riconoscimento, operato dall'art. 2 Cost., dei diritti inviolabili e delle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità umana. Quel riconoscimento non istituisce una libertà disponibile per il legislatore: prende atto di una soggettività che permane nella sfera della sovranità, distinta dal circuito di legittimazione dell'autorità. Il pluralismo sociale non coincide, quindi, con quello politico o istituzionale. Esprime l'autonomia della società rispetto al potere pubblico, la sua capacità di organizzarsi, trasformarsi, collaborare e contestare. L'ordinamento costituzionale non protegge soltanto la società dall'interferenza statale; assegna alla sua autonoma articolazione un rilievo costitutivo della forma repubblicana, rendendo i pubblici poteri serventi rispetto alla libertà e ai bisogni delle persone.

Una medesima direttrice collega pluralismo e autonomismo. Il riconoscimento delle autonomie locali, disposto dall'art. 5 Cost., adegua l'organizzazione pubblica alla struttura sociale, superando l'opposizione tra società e Stato propria della tradizione. Occorre, tuttavia, distinguere il principio autonomistico dalla sua articolazione istituzionale. Quest'ultima, disciplinata dall'art. 114 e dal Titolo V, appartiene al costituito e può essere modificata mediante revisione costituzionale; il primo, radicato nella sovranità popolare e nella forma repubblicana, non è disponibile nello stesso modo. L'autonomia non si identifica, pertanto, con la conservazione di ciascun livello di governo. Esige, piuttosto, il permanere di istituzioni territoriali politicamente autonome, prossime alla società e capaci di esprimerne anche il dissenso, l'innovazione, la funzione di contro-potere.

La diffusione della sovranità non determina la dissoluzione dell'unità politica. A ricomporla non è la supremazia statale, ma il regime costituzionale comune alle sue diverse manifestazioni. Garanzia della persona, democraticità, sussidiarietà, solidarietà ed eguaglianza qualificano tanto l'organizzazione pubblica quanto l'autonoma soggettività sociale. Quest'ultima non riceve dalla Costituzione soltanto protezione, ma anche un ordine; la sua libertà non vale come sottrazione ai diritti altrui o alle condizioni democratiche della convivenza. La sussidiarietà, orizzontale e verticale, deriva dalla stessa struttura della sovranità: dalla persona alle formazioni sociali, alle autonomie territoriali, allo Stato, sino all'apertura internazionale orientata alla pace e alla giustizia.

Al centro di questo continuum si colloca la persona, intesa come relazione e apertura all'alterità, non come individuo separato dalla comunità. Il riconoscimento dei diritti e l'adempimento dei doveri inderogabili appartengono alla medesima struttura: i secondi consentono la composizione e il pieno godimento dei primi. Lo sviluppo della persona determina il progresso sociale, mentre la società progredisce nella misura in cui rende possibile quello sviluppo. La democrazia non descrive, quindi, un assetto concluso, ma un metodo e un processo. Le stesse formazioni sociali non sono riducibili a un catalogo definitivo: la libertà conserva una capacità creativa incompatibile con la fissazione delle proprie espressioni in forme immutabili.

L'effettività di questo disegno richiede, tuttavia, di osservare le condizioni storiche della sua attuazione. Rinviandone la ricostruzione analitica a una successiva indagine, il contributo individua tre movimenti: negazione, attuazione, dissoluzione. Alla persistenza iniziale delle strutture autoritarie e dell'accentramento segue una stagione di partecipazione, conflitto e riconoscimento dei diritti, capace di trasformare relazioni sociali, servizi e istituzioni. L'attuazione regionale, le riforme degli enti locali e l'espansione degli organismi partecipativi accompagnano l'emergere di una società plurale. Il movimento più recente presenta, invece, l'indebolimento delle solidarietà, l'individualizzazione dei percorsi, la precarizzazione delle condizioni materiali e la perdita di consistenza della partecipazione; sul versante territoriale, il deperimento dell'autonomia politica e delle capacità istituzionali.

La forza della mobilitazione democratica aveva consentito, nella stagione espansiva, di rendere l'autorità concretamente funzionale alle domande sociali senza ripensarne sino in fondo la struttura. La democrazia alimentava la rappresentanza e qualificava l'esercizio del potere, colmando la distanza tra società e istituzioni. Restava, tuttavia, operante una lettura tradizionale: sovranità statale, diritti condizionati dall'intervento legislativo, amministrazione servente l'indirizzo dell'esecutivo. Il venir meno di quella spinta rende visibile la debolezza della costruzione. Non basta qualificare democraticamente il potere se la sua struttura continua a presupporre la subordinazione della società e la disponibilità dei diritti da parte dell'autorità.

Il capovolgimento contemporaneo viene ricostruito attraverso i dispositivi della globalizzazione e della successiva deglobalizzazione. La concorrenza tra ordinamenti, l'internazionalizzazione delle regole, la liberalizzazione e la privatizzazione riducono gli spazi della decisione politica, trasformano il fruitore di prestazioni corrispondenti a diritti fondamentali in consumatore, sottopongono persone e territori alla competizione. Alla disarticolazione sociale si accompagna la concentrazione di ricchezza, tecnologie, dati e influenza. Nella fase successiva, il paradigma della sicurezza sostituisce progressivamente quello concorrenziale: emergenza, organizzazioni derogatorie, concentrazione esecutiva, alterazione delle fonti e contrazione del controllo giurisdizionale consolidano una distanza crescente dal modello costituzionale.

La risposta viene cercata nella forma repubblicana, non nell'attesa che le istituzioni responsabili di quei processi ne producano autonomamente il superamento. La Repubblica contiene i pubblici poteri, ma non si esaurisce in essi. Il suo nucleo, sottratto a revisione dall'art. 139 Cost., conserva spazi di autonomia personale e sociale nei quali la sovranità può essere esercitata direttamente: attraverso i diritti, la tutela giurisdizionale, la partecipazione, la costruzione di relazioni e forme produttive alternative, l'espressione del pensiero e della creatività. L'autonomia non vale soltanto come difesa, ma come capacità di iniziativa e trasformazione.

Tornare alla Costituzione significa, pertanto, prendere sul serio il rovesciamento della sovranità che essa dispone. Le istituzioni sono legittime in quanto organizzate e operanti per la libertà, l'eguaglianza, la solidarietà e il pieno sviluppo di ogni persona. Il permanere della sovranità nei diritti e nel pluralismo costituisce un limite a ogni potere, anche privato, e rende possibili resistenza, bilanciamento e azione autonoma. La democrazia è carattere della Repubblica; la Repubblica, assicurandone le condizioni personali e sociali, è il campo nel quale essa può svilupparsi nuovamente.

Abstract

The structure of the Republic does not coincide with that of public authorities, nor is popular sovereignty exhausted by representation. Starting from this premise, the article reconstructs the constitutional foundations of social and territorial autonomy through the continuing presence of sovereignty within the people. Representation is only one of the forms through which sovereignty is exercised. Equally constitutive are its permanent retention in fundamental rights, the free expression of autonomous social subjectivity, and the principle of territorial autonomy. The State consequently neither constitutes political unity nor grants rights and freedoms. It is one institutional level within the Republic, serving the human person and the conditions for their full development.

The argument begins with Article 2 of the Constitution, which recognises inviolable rights and the social groups within which human personality develops. Recognition does not establish a freedom subsequently available for legislative disposal. It acknowledges a sphere that remains within popular sovereignty, di-

stinct from the mechanisms legitimising public authority. Social pluralism must therefore be distinguished from political and institutional pluralism. It expresses society's autonomy vis-à-vis the State: its capacity to organise and transform itself, to cooperate, and to challenge authority. The Constitution does not merely protect society against public interference. It recognises autonomous social organisation as constitutive of the republican form, while directing public powers towards personal freedom and human needs.

Pluralism and territorial autonomy follow a common constitutional trajectory. The recognition of local autonomy under Article 5 adapts public organisation to society's structure, overcoming the traditional opposition between society and the State. A distinction is nevertheless necessary between the principle of autonomy and its institutional configuration. The latter, governed by Article 114 and Title V, belongs to the constituted order and may be changed through constitutional amendment. The former is rooted in popular sovereignty and the republican form and cannot similarly be disposed of. Protecting autonomy does not therefore require preserving every existing tier of government. It requires politically autonomous territorial institutions, close to social life and capable of expressing dissent, institutional innovation, and a countervailing power.

The dispersal of sovereignty does not entail the dissolution of political unity. Unity is secured not by State supremacy but by the constitutional framework governing sovereignty's different manifestations. Protection of the person, democratic character, subsidiarity, solidarity, and equality shape both public institutions and autonomous social organisation. The Constitution provides social pluralism not only with guarantees but also with a normative order. Autonomy does not authorise disregard for others' rights or the democratic conditions of collective life. Horizontal and vertical subsidiarity follow from sovereignty's structure: from the person to social groups, territorial institutions, and the State, extending to international arrangements directed towards peace and justice.

The human person occupies the centre of this continuum. Personhood means relationship and openness to others, rather than individual separation from the community. Inviolable rights and binding duties belong to the same relational structure: duties enable conflicting rights to be reconciled and their full enjoyment secured. Personal development directs social progress; society progresses in-

sofar as it enables persons to develop. Democracy consequently describes a method and an unfolding process, not a completed institutional arrangement. Social groups themselves cannot be confined to a definitive classification. Freedom remains creative, generating historically changing forms of association that cannot be reduced to fixed structures without losing their constitutional significance.

The effectiveness of this design nevertheless depends on the historical conditions of its implementation. While reserving detailed reconstruction for subsequent research, the article identifies three movements: denial, implementation, and dissolution. The initial persistence of authoritarian structures and administrative centralisation gives way to participation, conflict, and the recognition of rights, transforming social relations, public services, and institutions. Regional government, local government reform, and participatory bodies accompany the emergence of a plural society. More recently, weakening solidarities, increasingly individualised trajectories, insecure material conditions, and declining participation undermine social autonomy. Territorial autonomy follows a corresponding course, from deferred implementation through institutional expansion to the erosion of political independence and governing capacity.

During the expansive democratic phase, popular mobilisation made authority responsive to social demands without requiring a thorough reconsideration of its underlying structure. Democracy sustained representation and qualified the exercise of power, bridging the distance between society and institutions. Traditional assumptions nevertheless survived: sovereignty attributed to the State, rights dependent on legislative intervention, and public administration serving executive policy. Once democratic mobilisation weakened, the fragility of this construction became apparent. Describing power as democratic is insufficient if its underlying conception continues to presuppose society's subordination and the dependence of fundamental rights on decisions taken by public authority.

The contemporary reversal is examined through the legal mechanisms associated with globalisation and subsequent deglobalisation. Competition between legal systems, internationalisation, liberalisation, and privatisation restrict political decision-making and recast those entitled to essential services as consumers. Indivi-

duals and territories are increasingly placed in competition, while wealth, technology, data, and influence become concentrated. Social fragmentation is accompanied by the weakening of representative institutions and the centralisation of executive decisions. In the subsequent phase, security progressively displaces competition as the dominant organising paradigm. Emergency powers, exceptional administrative arrangements, changes to the system of legal sources, and restrictions on judicial scrutiny consolidate an increasing distance from the constitutional model.

The response is sought within the republican form, rather than in the expectation that institutions implicated in these processes will independently reverse them. The Republic includes public authorities but extends beyond them. Its core, protected against constitutional amendment by Article 139, preserves spaces of personal and social autonomy in which popular sovereignty remains directly exercisable. Rights, judicial protection, participation, autonomous social organisation, alternative productive arrangements, thought, and creative expression provide possibilities for action. Autonomy is therefore not merely defensive. It enables initiative, institution-building, and transformation, while establishing counterweights to public and private concentrations of power.

Returning to the Constitution accordingly means taking seriously its reversal of the traditional conception of sovereignty. Public institutions are legitimate insofar as their organisation and action serve freedom, equality, solidarity, and the full development of every human person. Sovereignty permanently retained in rights and social pluralism provides a limit to all power, including private power, and sustains capacities for resistance and autonomous action. Democracy is a defining characteristic of the Republic; the Republic, by securing democracy's personal and social conditions, constitutes the ground on which democracy may develop again.

Parole chiave: Repubblica – Persona – Pluralismo – Autonomia – Democraticità Sussidiarietà – Solidarietà – Eguaglianza – Autonomie sociali – Autonomie territoriali – Regioni.

Keywords: Republic – Human being – Pluralism – Autonomy – Democracy – Subsidiarity – Solidarity – Equality – Social groups – Autonomous territorial entities – Regions.

Indice: Sezione I. Pluralismo e autonomismo nella struttura della Repubblica – I.1. Ordine dei problemi. – I.2. Pluralismo e autonomismo nel sistema costituzionale. – I.3. Autonomia, democraticità,

sussidiarietà, solidarietà, eguaglianza. – Sezione II. Il pluralismo e l'autonomismo nell'esperienza della Repubblica (rinvio) – II.1. Il *continuum* repubblicano nel disegno costituzionale: persone ⇔ formazioni sociali ⇔ autonomie territoriali. – II.2. Tratti essenziali di un percorso. – Sezione III. Le prospettive del pluralismo e dell'autonomismo nell'evoluzione della Repubblica – III.1. Pluralismo, autonomismo e democrazia. – III.2. Il capovolgimento. – III.3. Tornare alla Costituzione.

Sezione I – Pluralismo e autonomismo nella struttura della Repubblica

I.1. Ordine dei problemi

La struttura della Repubblica non coincide con quella delle autorità pubbliche che costituiscono la forma attraverso la quale si esprime la rappresentanza; non solo la rappresentanza è solo una delle "forme" in cui si manifesta la sovranità popolare; non soltanto l'autonomismo della struttura della Repubblica fa sì che lo Stato sia solo uno dei livelli nei quali si esprime l'autorità; più ancora, la sovranità popolare si trattiene permanentemente nelle autonomie personali e sociali e, quindi, nei diritti fondamentali (quanto alle prime) e nel pluralismo (per le seconde).

Detto in altri termini, quel che si vorrebbe in primo luogo porre in luce è che la sovranità popolare (art. 1, Cost.) si esprime nella Repubblica in diverse "*forme*": sia trattenendosi permanentemente, per un lato, nelle libertà e diritti fondamentali della persona e, per l'altro, nella soggettività sociale pluralista; sia esprimendosi con la rappresentanza, legittimando i diversi livelli autonomi di autorità pubblica; sia orientando l'azione dei diversi soggetti che compongono la Repubblica, non solo attraverso la rappresentanza ma, non di meno, sulla base delle direttrici costituzionali, fissate nell'atto costituente ([1]).

Questa dimostrazione – necessaria a contrastare l'identificazione tra sovranità (popolare) e Stato, anche attraverso la rappresentanza ([2]), come unica "*for-*

1 Per una diffusa considerazione ed i riferimenti in letteratura, di recente, sia consentito rinviare a M. Monteduro, *Dietro il potere. Le matrici costituzionali dell'amministrare*, in A. Carbone (a cura di), *Potere e diritto amministrativo. Saggi per una ricostruzione del sistema*, Pisa, ETS, 2026, 109.

2 Sulla rappresentanza, per tutti, la notevole riflessione di L. Buffoni, *La rappresentanza del popolo sovrano*, in questo stesso fascicolo della *Rivista*, saggio rispetto al quale si nutrono profondissime consonanze ed alcune ragioni di dissenso facilmente riconoscibili sulla base di quanto si sostiene nel testo.

ma" nella quale la prima si esprime – raccoglierà l'attenzione nella prima parte di questo contributo.

Tuttavia, non si può nascondere che l'attuazione costituzionale – in questi ottant'anni – sia stata insufficiente, concentrandosi soprattutto – e, comunque, in modo insoddisfacente, viste le difficoltà delle autonomie istituzionali locali e regionali – sul versante dell'autorità pubblica. Serve, quindi, tracciare brevemente la parabola dell'attuazione del pluralismo sociale e dell'autonomia della società rispetto al (e nei confronti del) potere pubblico nonché delle autonomie locali, per coglierne potenzialità ed insufficienze. Si tratta di un lavoro necessario; tuttavia, poiché la sezione monografica del prossimo volume della *Rivista* – il XIX – sarà interamente dedicata a queste ricostruzioni, non sembra opportuno – per economia di discorso, provvedervi qui.

Infine, poiché la soggettività sociale, i diritti fondamentali, le autonomie, non possono dirsi adeguatamente esistenti come espressione della sovranità solo perché previsti nella struttura della Costituzione, dovendosi – invece – osservare anche le condizioni storiche e politiche in cui si muovono, sembra opportuno – nella parte finale di questo lavoro – tracciare le linee evolutive possibili (e, per certi versi, necessarie ed urgenti) nel contesto attuale.

I.2. Il pluralismo e l'autonomismo nel sistema costituzionale

I.2.1. Sul pluralismo. Per inquadrare il tema occorre muovere dal problema della sovranità popolare, superando le letture tradizionali ed assai diffuse – anche solo per implicito – ([3]), che sostituiscono all'espressione "popolare" l'enunciato

3 V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana: note preliminari*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, I, Padova, 1957, poi in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 91., da ultimo ripubblicato in *Bilancio Comunità Persona*, n. 2/2024, 288 (con introduzione di G. Verde).

Crisafulli (p. 296), a proposito della "*disposizione della seconda parte dell'art. 1 della Costituzione, che troppo spesso invece viene superficialmente relegata tra le vuote enunciazioni rettoriche*", osservava: "*non sembra, invece, corretto il metodo di svuotare di contenuto normativo una disposizione costituzionale, senza prima essersi seriamente impegnati nel tentativo di riconoscerle viceversa un senso preciso e una concreta rilevanza giuridica. La Costituzione è una legge, un atto normativo; si deve perciò presumere in partenza che tutte le sue disposizioni pongano norme giuridiche, e non all'opposto che siano formule puramente moralistiche, didascaliche e decorative. Relegare nel limbo la disposizione del secondo comma dell'art. 1, si potrebbe dunque soltanto in*

"dello Stato", che viene considerata l'unica forma di sovranità realmente esistente; per vero, ordinariamente, non si legge neppure lo sforzo di giustificare questa lettura abrogativa dell'art. 1 Cost.; semplicemente (e, appunto, per implicito), ci si dimentica il contenuto della disposizione a vantaggio del lascito della tradizione. Al massimo, ci si preoccupa di dire che siccome la sovranità popolare si esprime nelle "*forme*" costituzionali, essa non potrà che coincidere con la (ed esaurirsi nella) espressione della rappresentanza popolare ([4]).

Il punto del fondamento delle autonomie sociali nella sovranità, invece, è

---

estrema ipotesi, qualora un'attenta indagine avesse dovuto convincere l'interprete della impossibilità di attribuirle un contenuto giuridico normativo [...] Ma nulla di tutto questo può dirsi per il secondo comma dell'art. 1. La formulazione testuale ne è, viceversa, compiuta e perspicua quanto e forse più di quella di tante altre disposizioni generali enuncianti norme-principio. Non si esaurisce in una retorica affermazione di sovranità popolare, ma si sofferma a precisare, alludendo e alla spettanza e all'esercizio della sovranità e determinando anche le forme e i limiti di tale esercizio: con linguaggio univoco e tecnicamente corretto".

Stigmatizzando una certa pigrizia concettuale della dottrina, Crisafulli aggiungeva (*ivi*, p. 290): "*si ha talora l'impressione che certe affermazioni del testo costituzionale, a cominciare proprio da quella dell'art. 1 relativa alla sovranità popolare, siano apprese come scomode disturbatrici di una* routine *dottrinale, che tende in generale a proseguire sul binario tracciato dalla giuspubblicistica italiana anteriore [...] avviene così che al principio della seconda parte dell'art. 1, per cui* "la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione"*, ci si ostini spesso a contrapporre tranquillamente il "dogma" della esclusiva sovranitâ dello Stato, al quale viene data la preferenza, sbarazzandosi con espedienti vari della disposizione dell'art. 1, per la semplicistica ragione che essa non rientra negli schemi tradizionalmente derivati dal "dogma" [...] all'ingrosso, il ragionamento comune è molto curioso: sovrano è solo lo Stato, perché così risulta, non già – si badi – da un qualsiasi testo di diritto vigente, ma ... dalla dottrina (anteriore); se, dunque, la Costituzione sembra dire il contrario o almeno cosa diversa, è la Costituzione che ha torto, perché non sta alle regole (ai "dogmi") della dottrina, e tanto peggio per la Costituzione! È invece proprio il "dogma" [...] deve oggi essere riveduto criticamente [...] perché in contrasto con una norma della Costituzione vigente, quale quella della seconda parte dell'art. 1*".

4 Assai più articolata è la riflessione di L. Buffoni, *cit.* (ma già prima, Id., *Valore di legge*, Giappichelli, Torino, 2023 – lavoro cui si rinvia anche per la discussione della dottrina rilevante). Si tratta di un ragionamento con il quale serve confrontarsi, perché accetta le due premesse metodologiche dalle quali muovono anche queste pagine, vale a dire l'approccio di puro diritto positivo (che, strategicamente, viene da noi assunto perché sembra più agevole costringere l'acritica e superficiale riconduzione della sovranità popolare allo Stato smentendolo sulla base delle disposizioni di diritto costituzionale vigente) e la consapevolezza di trattare di concetti ed enunciati per i quali non è neutro l'assunto di teoria generale dal quale si muove, sicché conviene esplicitarlo e non nasconderlo. Correttamente, l'Autrice smentisce l'approccio (teologico) della rappresentanza come metodo per rendere presente l'assente e dare figura politica al popolo, altrimenti moltitudine – giacché da queste letture deriva la necessità che sia il rappresentante a dar forma politica al

cruciale dal punto di vista giuridico.

A lato delle riflessioni propriamente giuridiche, si può condividere l'idea che la democrazia ([5]) sia energia politica infondata e semplicemente agente nel corpo sociale, rimuovendo ogni *archè* preesistente; così per eguaglianza ed autonomie.

Dal punto di vista giuridico, invece, resta il tema di fornire un regìme a queste pretese, non sembrando sufficiente accontentarsi di una teoria della validi-

---

popolo rappresentato, dunque preesistendogli e contenendo il non-democratico; il che è incompatibile con il diritto costituzionale positivo).

Se la rappresentazione teologica non è democratica e la rappresentanza descrittiva è antiparlamentare, la rappresentanza come forma di espressione della sovranità popolare sembra una finzione ma non lo è, perché si riferisce non ad un popolo mitico ed inesistente come unità, ma al conflitto (politico) della molteplicità pluralista, che si esprime politicamente trattenendo il politico esattamente nell'autonomia della società come luogo di produzione della soggettività sociale; e, quindi, politica; e, quindi, rappresentativa. È procedimento formale, giuridico, nel quale confluisce il plurale e conflittuale che si manifesta in una regola deliberativa, costituendo come rappresentanza del popolo l'assemblea eletta e la sua volontà espressa a maggioranza e senza vincolo di mandato. Donne e uomini, loro organizzazioni, concrete – collaborative o conflittuali – restano il sovrano, e si esprimono nella rappresentanza secondo regole elettive e rappresentative costituite e non costituenti.

Tuttavia, ciò non significa che la rappresentanza sia "*il modo di esistere e di agire del popolo sovrano dell'art. 1*" (L. Buffoni, *La rappresentanza del popolo sovrano*, *cit.*). A nostro modo di vedere, infatti, essa è solo una delle "*forme*" cui l'art. 1 riferisce l'espressione della sovranità del popolo. Ed è proprio il trattenersi permanentemente dei diritti fondamentali e del pluralismo nella sovranità che spiega la limitazione strutturale (e costituzionale) del potere dello Stato – nei suoi diversi "poteri" –, il fatto che l'amministrazione pubblica (e l'esecutivo in genere in quanto lo si distingua dal Governo come organo politico) non costituisce un "potere" dello Stato ma una funzione della società (G. Berti, *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 455), il motivo per ragione del quale tutti i poteri pubblici (e, quindi, la nozione di "interesse pubblico" in senso giuridico – per maggiori considerazioni, L. R. Perfetti, *L'amministrazione repubblicana*, Padova, Cedam, 2025 e per alcune precisazioni, anche critiche, M. Monteduro, *Dietro il potere. Le matrici costituzionali dell'amministrare*, in A. Carbone (a cura di), *Potere e diritto amministrativo*, Pisa, ETS, 2026, 109) sono funzionali solo al pieno godimento dei diritti fondamentali, all'espressione del pluralismo sociale e delle autonomie locali, nonché all'eguaglianza – tutto ciò che è, appunto, permanentemente trattenuto nella sovranità del popolo e mai delegato attraverso la rappresentanza (più ampiamente, di nuovo, L. R. Perfetti, *L'amministrazione repubblicana*, *passim*).

In questo senso non si sente il bisogno di un'unità politica che si personifica nell'*archè* statale ("*Se lo Stato è stato di qualcosa, lo Stato italiano è stato del popolo che ha autorizzato la persona rappresentativa e che costituisce un popolo proprio perché la moltitudine che naturalmente lo compone ha autorizzato la stessa persona rappresentativa. È un popolo già rappresentato, la cui unità politica*

tà ([6]) che presupponga il costituzionalismo (la sovranità popolare, il trattenimento di diritti fondamentali – pluralismo e autonomie – eguaglianza nel perimetro della sovranità non trasferito attraverso la rappresentanza, non sono sufficientemente garantiti dall'invalidità del comando pubblico, dovendo poter essere agiti e soddisfatti anche in sua assenza o in contrasto aperto).

Poiché i diritti fondamentali – come quello alla soggettività sociale – debbono poter essere agiti in concreto contro gli abusi o le omissioni della maggioranza parlamentare, serve un regìme di diritto positivo, suscettibile di essere fatto valere secondo le diverse declinazioni proprie dei diritti. Il che non vale certo ad escludere la rilevanza del contesto politico e storico, né delle teorie costituzionali. Serve, però, sicuramente ad opporre i riduzionismi del giuspositivismo, che finiscono per travolgere gli stessi controlimiti e rigidità delle garanzie costituzionali, derubricate a procedure ([7]).

Non resta, quindi, che rivolgersi al diritto positivo. Il riferimento, chiarissimo, è all'art. 2 Cost., con il riconoscimento (da parte della Repubblica, non dello

---

si costruisce rappresentativamente e non esiste immediatamente, economicamente, ma è un popolo reale e non ideale. Cosicché la forma rappresentativa che costituisce l'unità politica è la norma dell'esistente, ma la normatività non può essere separata dall'esistente, come non si dà dover essere senza essere"; L. Buffoni, *op. ult. cit.*), perché l'esistente trattiene permanentemente il dover essere infondato (sia pure in un senso differente rispetto a G. Negri, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Roma, ManifestoLibri, 2002, non disponendo qui dello spazio per discuterne pienamente la tesi) se non nella libertà politica del conflitto e della cooperazione tra persone e gruppi sociali che trattengono la sovranità e tuttavia (ed in questo v'è una differenza assiologica rispetto a Negri, appena citato) la esprimono anche costituendo un ordine statale ad esse funzionale. In questo senso, non si ritiene che "*l'azione politica, l'organizzazione del popolo, è sempre rappresentativa*" (L. Buffoni, *op. ult. cit.*), giacché resta politica l'autoorganizzazione della società, l'espressione ed azione diretta dei diritti, la stessa loro titolarità (sovrana) – come definizione della posizione (sovrana) della persona nella vita privata e pubblica.

5 *Funditus*, D. Di Cesare, *Democrazia e anarchia. Il potere nella* polis, Torino, Einaudi, 2024, *passim*. Resta necessario, comunque, riferirsi anche a V. Azoulay, *Repolitiser la cité grecque, trente ans aprées*, in *Annales HSS*, 69-3 (2014), 689, ora anche in V. Segreto (a cura di), *La fondazione della politica,* Milano - Udine, Mimesis, 2020; per un testo rispetto al quale si nutrono profondissime convergenze ed altrettanto significative divergenze, A. Negri, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, cit.

6 L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013

7 Ad esempio, R. Guastini, *Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza*, in *Ragion Pratica*, n. 3, 1994, 245-255

Stato) delle "*formazioni sociali ove si svolge la sua* (della persona) *personalità*". Vi si legge con chiarezza che l'atto costituente "*riconosce*" come elemento costitutivo della Repubblica la libertà ed autonomia della società di organizzarsi in modo plurale come manifestazione sociale della personalità umana. Si tratta di un riconoscimento del tutto autonomo e di diversa sostanza rispetto a quello del pluralismo politico ed istituzionale ([8]), per lo più caratteri della rappresentanza e dell'organizzazione dell'autorità. Per la porzione che, invece, si trattiene nella sovranità – perché riconosciuto e, quindi, esistente come diritto indipendentemente dall'ordine costituzionale costituito –, l'autonoma capacità di esprimere soggettività sociale come libera espressione di sé resta strutturalmente nel costituente, nella sovranità ([9]), nell'irretrattabilità della "forma repubblicana" ([10]).

L'appartenenza del pluralismo sociale alla sfera della sovranità trattenuta permanentemente al di fuori del circuito di legittimazione dell'autorità politica è confermata dalla lettura generale che si è data dell'art. 2, fin dapprincipio – sia pure con riferimento prevalente ai diritti fondamentali ([11]).

Ulteriormente, è confermata dalla lettura attenta della giurisprudenza costituzionale ([12]).

---

8 Largamente, 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, poi in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2010, 275.

9 Per più ampie considerazioni, sia consentito rinviare nuovamente a L. R. Perfetti, *L'amministrazione repubblicana, cit. passim*. Per più importanti considerazioni sullo specifico del pluralismo, V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, *passim*, ma soprattutto 1 – 68.

10 Per considerazioni non superate circa il valore dell'art. 139, di nuovo V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, *cit.*, da 69.

11 A. Barbera, *L'articolo 2 della Costituzione* (in forma autonoma estratta dal *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca), Zanichelli, Bologna 1975.

12 La giurisprudenza della Corte costituzionale non mostra di dare una reale autonomia al pluralismo come principio supremo, giacché le "*formazioni sociali*" sono considerate forma di espressione e compimento dei diritti fondamentali e quindi attratte nella loro garanzia (cfr., sentenza n. 1146 del 1988). Già questo basterebbe a ritenerle parte della sovranità trattenuta nell'autonomia della società rispetto allo Stato ed all'autorità pubblica in generale. Tuttavia, a ben guardare, fin dalla sentenza n. 11 del 1956, la Corte afferma che l'art. 2 "*indica chiaramente che la legge statutaria eleva a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretrattabile della personalità umana*"; per quanto ci si collochi nella relazione tra "*la collettività e i singoli*" e non tra Stato e società, il pluralismo è parte del patrimonio della persona.

Più ancora, però, v'è il rilievo dell'autonomia della società nei confronti dello Stato ([13]), profilo qualificante della "*forma repubblicana*". È la struttura del potere pubblico che traccia l'art. 2 Cost. ad essere decisiva per la forma repubblicana, giacché la complessità del sistema sociale, delle autonome forme di espressione di soggettività sociale, sono garantite rispetto all'autorità pubblica ed, anzi, non solo la fondano e funzionalizzano, ma rispetto ad essa si trattengono permanentemente nella propria sfera, rivelando uno spazio creativo, distinto, contestativo; "*nella Costituzione* (..) *la società non ha uno Stato che la governa, non è nep-*

Anche la sentenza n. 54 del 1974, nell'escludere che sia incostituzionale la disposizione che legittima all'azione per condotta antisindacale solo gli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali, di nuovo qualifica le formazioni sociali come luogo inviolabile di declinazione dei diritti (la limitazione "*non colpisce in alcun modo né limita i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità*") – anche la sentenza n. 334 del 1988 cica la maggiore rappresentatività confederale per la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali, la Corte richiama e conferma i principi già espressi nella sentenza n. 54 del 1974 (serve richiamare anche la sentenza n. 52 del 2023, per quanto si pronunzi nel senso dell'inammissibilità e, quindi, con minore interesse ai nostri fini; sempre sull'autonomia organizzativa sindacale, si veda anche la sentenza n. 156 del 2025).

L'autonomia della garanzia della soggettività sociale rispetto ai diritti fondamentali che vi si accompagnano sembra emergere anche dalla sentenza n. 461 del 2000, nella parte in cui riconosce il diritto del convivente alla pensione di reversibilità: mentre il trattamento pensionistico di reversibilità non rientra certamente tra i diritti inviolabili, la formazione sociale della coppia convivente è garantita dall'art. 2 Cost. – allo stesso modo, la coppia di fato è considerata formazione sociale a termini dell'art. 2 pur quando le viene negato il diritto ad adottare – cfr. sentenza n. 281 del 1994; allo stesso modo, la sentenza n. 221 del 2019, pur criticabile da vari punti di vista (cfr. L. R. Perfetti, *L'amministrazione repubblicana*, cit.), riconosce che "*ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico*" (salvo poi negare alla coppia omosessuale il diritto alla procreazione medicalmente assistita).

L'identificazione tra personalità umana, suoi diritti inviolabili e loro espressione nel pluralismo è chiara nella sentenza n. 75 del 1992, nella quale si qualifica il volontariato come "*la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale*", derivante "*dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità*", ma, più ancora, si chiarisce l'autonomia del pluralismo, "*posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico*", giacché è garantito "*insieme*" ai diritti inviolabili "*come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente*" – poiché è garantito "*insieme*", mostra una chiara connessione e, tuttavia, autonomia e, essendo fondante l'ordinamento giuridico, non si vede come possa essere escluso dai principi supremi di cui all'art. 139 Cost.; ed, infatti, le organizzazioni di volontariato debbono essere regolate in modo che sia garantita "*l'essenziale e irrinunciabile autonomia che deve caratterizzare le stesse organizzazioni di volontariato e le loro attività istituzionali*" – autonomia, quindi, "*irrinunciabile*"; la sentenza n.

pure una società che conquisti democraticamente lo Stato che a sua volta la governi, ma una società invece che si fa Stato, che si organizza cioè per governarsi" ([14]).

L'autogoverno è segmento qualificante della forma di Stato, della "*forma repubblicana*", perché nella struttura della Costituzione non solo l'art. 2 (ed il conseguente 118, co. IV) rappresentano la garanzia inviolabile dell'autonomia della società rispetto al potere, ma perché tutte le disposizioni che riguardano le relazioni personali, sociali ed economiche manifestano la stessa struttura, l'identica conservazione di libertà ed autonomia inviolabile in capo alla società.

---

185 del 2018 – in materia di centri di servizio per il volontariato – è chiara nel qualificare quest'attività nell'àmbito "*delle libertà sociali garantite dall'art. 2 Cost., in quanto poste in essere da soggetti privati che operano per scopi di utilità collettiva e di solidarietà sociale*"; in questa stessa prospettiva, notissima è la sentenza n. 239 del 1984, che sancisce l'illegittimità costituzionale della norma che imponeva l'appartenenza automatica e obbligatoria dell'israelita alla comunità di riferimento, affermando la natura inviolabile del diritto di aderire o meno – infatti, per quanto l'accento cada sulla libertà dell'individuo rispetto alla formazione sociale, esso presuppone e rafforza, specularmente, l'autonomia della formazione sociale medesima quale sede di libera auto-organizzazione, sottratta a imposizioni autoritative dello Stato che ne alterino la natura; allo stesso modo, la sentenza 131 del 2020, traccia un quadro sistematico anche alla luce dell'art. 118, co. IV, Cost., sulla base delle "*implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della «profonda socialità» che connota la persona umana*" e del conseguente diritto di realizzare una "*azione positiva e responsabile*", richiamando ancora la sentenza n. 75 del 1992. Afferma che si è così identificato "*un àmbito di organizzazione delle «libertà sociali» [...] non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle «forme di solidarietà» che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»*": l'autonomia organizzativa della società è, quindi, ribadita tra i valori fondanti dell'ordinamento, in diretta connessione con i diritti inviolabili dell'art. 2 Cost.

Di notevole valore sistematico è la sentenza n. 141 del 2019, in materia di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, giacché chiarisce il rapporto tra diritti inviolabili, valore della persona e dimensione relazionale: per la Corte l'art. 2 Cost. è "*strettamente connesso" all'art. 3, co. II, Cost., collegando "dunque, i diritti inviolabili al valore della persona e al principio di solidarietà*", sicché si "*fa riferimento non all'individuo isolato, ma a una persona titolare di diritti e doveri e, come tale, inserita in relazioni sociali*".

In conclusione, l'autonoma soggettività sociale è qualificata come "*essenziale e irrinunciabile*", si pone tra i "*valori fondanti dell'ordinamento giuridico*" sullo stesso piano dei diritti inviolabili, essa stessa esprimendo in "*diritto inviolabile*" (come per la libertà di adesione) ed essendo l'organizzazione sociale "*nucleo irriducibile*" di autonoma sfera giuridica sottratto alla disponibilità del legislatore. Se è vero che il pluralismo sociale viene colto nella sua dimensione di luogo di espressione dei diritti inviolabili come parte della "*forma repubblicana*" quale limite alla revisione costituzionale (tra le altre, sentenze n. 238/2014; n. 18/1982; n. 125/2025), è pur altrettanto vero che vi rientra non solo come parte della tutela di quei diritto, ma anche come

Non è un caso che democraticità, solidarietà, eguaglianza, garanzia della persona e dei suoi diritti inviolabili siano precetti che riguardano certo l'azione dei poteri pubblici ma, allo stesso modo, quella della spontanea ed autonoma organizzazione della società – dai rapporti personali a quelli politici, dalle organizzazioni valoriali a quelle economiche; perché la Costituzione chiede "*prima che alle istituzioni, alla società di governare e trasformare sé stessa e conseguentemente ai pubblici poteri di farsi interpreti e tramite di questa trasformazione*" ([15]) – con le notevoli conseguenze che derivano dal prender sul serio la sovranità popolare, che si trattiene nei diritti fondamentali e nell'autonoma soggettività sociale e politica delle loro manifestazioni collettive o anche solo relazionali ([16]).

In altri termini, la sovranità si mantiene nei diritti fondamentali e nel pluralismo sociale senza concentrarsi nello "Stato sovrano" senza entropia, senza la sparizione del politico; e ciò accade non solo perché il diritto positivo indica con chiarezza che ciò accade, sia qualificando la rappresentanza – ed i poteri rappresentanti – solo una delle "*forme*" in cui la sovranità popolare si articola, ma non di meno per ragione del fatto che la dissipazione del politico che conseguirebbe alla sua consegna al magmatico (e creativo) permanere nella moltitudine è rimediato dalla disciplina – sempre di diritto positivo – di quest'ultima; le "*formazioni sociali*", la creazione sociale di soggettività, infatti, riceve dalla Costituzione non solo una garanzia, ma un ordine: garanzia della persona e dei suoi diritti inviolabili, democraticità, solidarietà, eguaglianza, costituiscono non solo precetti di diritto positivo che riguardano espressamente l'autonoma soggettività sociale, ma il suo regime.

A contornare la dissipazione del centro (e del politico), in passato concentrati nello "Stato sovrano", la sovranità popolare è riunificata dal regime dei suoi

---

fondazione dell'ordinamento.

13 Su queste questioni, per tutti, B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, Il Mulino, 2020

14 G. Pastori, *Stato e società in Italia dal 1948 ad oggi*, in *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, ora in *Scritti scelti*, *cit.*, 303.

15 G. Pastori, *Stato e società in Italia dal 1948 ad oggi*, *cit.*, 308.

16 Per la discussione circa le conseguenze in ordine ai concetti di Stato-persona e Stato-comunità, alla teoria delle fonti, alla Costituzione dei poteri, di nuovo V. Angiolini, *op. ult. cit.,* da 296. Fondamentali, le considerazioni di B. Sordi, *Stato-comunità: un paradigma per l'ordine repubblicano. (Spunti per uno studio della transizione costituzionale)*, in questo stesso fascicolo

modi di essere, sicché che si trattenga nel pluralismo e nei diritti fondamentali o che si declini, attraverso la rappresentanza, legittimando le strutture di potere delle istituzioni pubbliche, a permanere sono gli attributi e le "*forme*", sicché garanzia della persona e dei suoi diritti inviolabili, eguaglianza e solidarietà definiscono la sovranità popolare in ognuna di esse.

I.2.2. Sull'autonomismo.

I.2.2.1. Autonomismo e pluralismo. Quanto alla struttura autonomistica della Repubblica, debbono essere fatte considerazioni in parte molto simili (con il che la scelta di trattare i due temi congiuntamente), sia pure con differenze strutturali. Infatti, nella struttura profonda del disegno politico del testo costituzionale, i due argomenti dipanano una medesima linea; tanto che le autonomie locali, come quelle sociali, sono "riconosciute". Per altro verso, però, le autonomie locali sono parte della struttura dei poteri, sono costituzionalmente necessitate quanto alla loro forma e struttura, difettano della potenza creativa del pluralismo sociale, necessariamente trattenuto nel perimetro (costituente, generativo) della libertà – delle forme e dei modi, salvo quel che si dirà nel paragrafo che segue.

La sostanza di continuità tra pluralismo ed autonomismo è còlta sùbito da chi più autorevolmente ha riflettuto sull'art. 5 Costituzione, che "*vuole rappresentare l'adeguamento dell'organizzazione pubblica all'assetto sociale*", collegamento "*necessario tra la società e le sue* (dello Stato, ndr) *strutture*" ([17]). Dei molti meriti (da più parti riconosciuti) di quell'elaborazione, quello che sembra dover sottolineare maggiormente in questo discorso – e che prelude all'idea che l'intera amministrazione pubblica non sia un potere dello Stato ma un'organizzazione della società ([18]) – v'è per certo quello di aver impostato il problema delle autonomie nella dialettica tra società e Stato, tra libertà e potere – individuandovi, quindi, le ragioni del fallimento dei modelli pre-costituzionali; risiedono nell'opposizione weberiana tra società e Stato; nel fondamento dell'unità politica in questo secondo, a negazione della prima; nell'equivalenza tra Stato e diritto, sicché il pri-

17 G. Berti, *Art. 5*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Bologna – Roma, 1975, 277; ma, più profondamente e prima, Id., *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, Cedam, 1969.

18 G. Berti, *Amministrazione e costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, 455.

mo si sostanzia nella produzione normativa, "*dopodiché c'è soltanto l'amministrazione*" ([19]) – sicché spetterebbe esclusivamente allo Stato l'organizzazione della società ed il soddisfacimento dei suoi bisogni ([20]), giustificandosi così la sua supremazia. Ne deriva che, prima dell'art. 5 Cost., "*la condizione degli enti territoriali viene ad essere molto prossima a quella degli individui: essi godono della stessa tutela giuridica in quanto sottomessi alle regole e ai poteri dello Stato*" ([21]).

I.2.2.2. Autonomismo ed unità politica (indivisibilità della Repubblica). Ecco perché il rovesciamento della sovranità che si legge nel testo della Costituzione determina la medesima liberazione sia per le autonomie personali e sociali che per quello locali. L'unità politica, la soddisfazione dei bisogni, la funzione del potere non spettano più allo Stato ma si trattengono permanentemente nella sovranità popolare, che costituisce (con le precisazioni di cui al successivo paragrafo) l'unità politica; l'organizzazione dell'autonoma soddisfazione dei bisogni e la funzionalizzazione dell'organizzazione, delle risorse e dei poteri pubblici all'assicurazione di ciò che non è direttamente prodotto dalla società; determinando la completa funzionalizzazione dei poteri pubblici alla massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali e dell'eguaglianza.

Non è un caso che ad essere "*una e indivisibile*", sia la Repubblica, non lo Stato (come pure si continua ad affermare largamente, facendo coincidere il contenuto delle due espressioni). Una e indivisibile è l'identità politica; ma essa risiede nell'articolato disegno della Repubblica e, quindi, nel perdurare della sovranità popolare ([22]), non nello Stato – sicché non v'è ragione alcuna della supremazia di quest'ultimo e del suo potere – che non è, secondo l'art. 114 Costituzione, se non uno dei livelli istituzionali che compongono la Repubblica.

---

19 G. Berti, *Art. 5*, cit., 279.

20 Per lo sviluppo di questi temi sul versante del servizio pubblico, per giungere alla sottrazione alla legge del còmpito di definirli – a differenza dell'unica altra dottrina oggettivistica prospettata, nel coro quasi unanime del soggettivismo ancora imperante – sia consentito il rinvio a L. R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001.

21 G. Berti, *Art. 5*, cit., 280.

22 Nel commento all'art. 5, Berti non giunge ancora a porre in discussione la sovranità dello Stato ("*l'autonomia diventa espressione di un modo di essere della Repubblica, quasi la faccia interna della sovranità dello Stato*", *op. ult. cit*., 284), per quanto ciò sia necessitato dal testo della Costituzione e dalla sua stessa constatazione per la quale le autonomie e l'assetto pluralista ed autonomo della società siano espressamente "riconosciuti".

I.2.2.3. Autonomismo e autonomie. Qui è l'altro elemento da porre in luce. Se la "*Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato*" (art. 114 Costituzione), diversamente da quanto che si ritiene normalmente ([23]), ciò non equivale ad una struttura immutabile, costituzionalmente necessitata.

Infatti, l'articolazione dei livelli istituzionali – nonché, in quanto disciplinati dal Titolo V, loro organi e competenze – appartiene certamente alla disciplina costituzionale delle autonomie e, tuttavia, è mutabile con la revisione costituzionale.

In altri termini, il "riconoscimento" delle autonomie locali è *altro* dalla loro articolazione istituzionale, disposta dall'art. 114 Cost. Quella strutturazione appartiene sicuramente all'àmbito del costituito, suscettibile di revisione costituzionale – sicché si potrà certamente modificare il testo costituzionale eliminando o aggiungendo un livello di entificazione dell'autonomia o diversamente articolandolo.

Poiché, invece, rispetto alle autonomie in quanto tali si opera un "riconoscimento" – come avviene per i diritti fondamentali e, nei termini di cui s'è detto, dell'autonoma soggettività sociale in quanto espressione necessitata dei primi – l'articolazione del potere pubblico nella sua organizzazione istituzionale non potrà, comunque, contrastare con il riconoscimento del principio dell'autonomia politica degli enti territoriali giacché essa è, come i diritti fondamentali, permanentemente trattenuta nella sovranità popolare perdurante.

L'autonomismo, quindi, come tale, non è suscettibile di revisione costituzionale perché radicato nella "forma repubblicana", perché trattenuto permanentemente nel costituente – che non è un momento virtuale o esaurito. L'articolazione istituzionale (di cui al capo V), potrà, invece, mutare nel tempo (sia pure attraverso la revisione costituzionale, come già accaduto).

La circostanza è rilevante non solo perché evita l'identificazione semplificante tra autonomie locali e livelli istituzionali di governo, ma anche perché i se-

23 Per la dottrina in argomento, basterà rinviare a R. Bifulco, *Art. 5*, in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), I, Milano, UTET, 2006, 136 ed a G. Rivosecchi, *Articolo 5*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa (a cura di), *La Costituzione italiana, Commento articolo per articolo*, I, Bologna, il Mulino, 2018, 41.

condi sono soggetti alla concreta evoluzione della società (essendone la prima solidificazione istituzionale) e, quindi, a quel processo non necessariamente solo evolutivo, quanto piuttosto circolare, fatto di evoluzioni e crisi, che è stato sapientemente descritto di recente ([24]) – e che, come tale, può richiedere semplificazioni o adattamenti rispetto alla prospettazione originaria.

I.2.2.5. Autonomismo e contro-potere.

Proprio il radicamento nella sovranità, fa delle autonomie locali un naturale momento di contro-potere, come storicamente è avvenuto ([25]).

Per un lato, come si coglie agevolmente, la disarticolazione del potere centrale con il riconoscimento delle autonomie, consente la diversità di orientamento all'interno delle istituzioni ed andamenti politicamente contrastanti tra identici livelli di governo, se guidati con programmi ed azioni diversi tra loro.

Per l'altro, proprio la maggiore vicinanza al tessuto sociale, determina la maggiore capacità rappresentativa del dissenso e delle tendenze evolutive della società. Anzi, è sembrato dover mettere in luce come proprio la chiusura istituzionale degli enti che compongono le autonomie locali, la loro incapacità di abbracciare la capacità contestativa della società ove si esprime, sia una delle maggiori cause della perdita di innovazione istituzionale e vivacità di governo delle istituzioni locali, di legittimazione ([26]); tant'è che la loro crisi è così palese da non dover essere argomentata.

I.3. Autonomia, democraticità, sussidiarietà, solidarietà, eguaglianza

Occorre, quindi, affrontare un tema fondamentale.

Se le autonomie (personali, sociali, locali) si trattengono, attraverso il loro riconoscimento costituzionale, in modo permanente nella sovranità, occorre dare una spiegazione adeguata della sopravvivenza dell'unità politica nazionale.

---

24 S. Staiano, *Costituzione italiana: Art. 5*, Roma, Carocci, 2017.

25 G. Berti, *op. ult. cit.*, 280: "*sul piano politico, il discorso delle autonomie continua, con varietà di intonazioni, in tutto il periodo che va dalla legge comunale e provinciale del 1865 all'avvento della Repubblica e alla costituzione italiana. Qualsiasi dissenso che assuma una qualche consistenza sembra puntare sulla contrapposizione tra potere centrale e potere locale; sul potere locale fa leva chi rivendica una maggiore partecipazione alle decisioni politiche*".

26 Maggiori considerazioni in questo senso in L. R. Perfetti, *Le Regioni tra poteri e società: Percorsi partecipativi e contestativi possibili*, in *questa Rivista*, vol. XVI (1/2025), 17 – 37

Chiunque mantenga l'idea (a nostro modo di vedere difficilmente compatibile con il diritto positivo) dell'appartenenza allo Stato della sovranità, va incontro a molti problemi ma non a questo: lo Stato costituisce l'unità politica, sicché in qualche modo si colloca prima e soprastante la società, che senza l'identità che l'autorità le fornisce non sarebbe se non una moltitudine indistinta e priva di identità politica.

Se, come noi facciamo, si consegna la sovranità al popolo (come previsto in Costituzione) e la vi si trattiene permanentemente (come deriva dai "riconoscimenti" di cui agli artt. 2 e 5 Costituzione), non si può non affrontare la questione di come sia possibile fondare l'unità politica del Paese e quella dell'ordinamento giuridico. Per quanto si possa aderire alle tesi della natura infondata (se non nel continuo fluire della vita delle persone cui spetta la porzione trattenuta della sovranità e la funzionalizzazione del diritto e del potere al pieno sviluppo della personalità – art. 2 Cost.) della democrazia, delle istituzioni e dell'ordinamento, proprio il pluralismo radicale cui si aderisce, si espone all'eccezione che una simile costruzione non sia se non un accozzaglia di dissensi e conflitti, senza un punto ordinante.

Per la verità, si tratta di un'obiezione che presuppone che di un simile punto ordinante vi sia davvero bisogno – e su questo si potrebbe ampiamente discutere, giacché sarebbe altrettanto lecito affermare che fondamento ed ordine non risiedano se non nel costante fluire della vita e delle persone. Ma, fortunatamente, si tratta di una discussione che potrà essere evitata trattenendosi nel puro dato testuale della Costituzione.

Il pluralismo repubblicano, quindi, non è solo una riserva di potere libero, creativo, antagonista o collaborativo, che si esprime spontaneamente nella società.

È caratterizzato dalla piena autonomia, radicata nell'art. 2 Cost. e confermata dalle norme che riguardano le relazioni personali, sociali, economiche, che, infatti, incontrano limiti esterni (il non contrastare con l'utilità sociale o altri diritti fondamentali, l'ordine pubblico, e via enumerando)

È altrettanto qualificato dalla necessaria democraticità non appena assuma su di sé la pretesa di integrare il processo di decisione pubblica (com'è testualmente, per la partecipazione, l'asilo, il sindacato, i partiti, le forze armate) e, comun-

que, in ogni sua espressione propriamente sociale, sulla base della natura "*democratica, fondata sul lavoro*" (che non è certo un attributo dello Stato-persona) della Repubblica nel suo complesso.

È caratterizzato dalla sussidiarietà non solo per ragione della previsione espressa di cui all'art. 118, co. IV ([27]), ma più ancora a motivo della struttura della sovranità, che si trattiene nei diritti fondamentali, si distende nelle relazioni delle autonomie sociali eppoi di quelle locali, per declinarsi nello Stato ed aprirsi "*in condizioni di parità con gli altri Stati*" (l'eguaglianza torna) "*alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*" (art. 11). Alla gradualità di questa scansione corrisponde la necessarietà della sussidiarietà (sia orizzontale che verticale) quanto all'esercizio delle funzioni di rilievo pubblico (e non solo di quelle pubbliche in senso soggettivo).

Proprio questo riferimento all'art. 11 Cost. consente di richiamare l'art. 3 Cost., che la Corte costituzionale (si veda la nota n. 11) ha saldato con il pluralismo. L'autonoma soggettività sociale è struttura della Repubblica e luogo di trattenimento della sovranità se ed in quanto sia impregnata dello spirito democratico, rispettosa dell'eguaglianza, orientata alla solidarietà.

Problemi assai minori si pongono per l'autonomismo. È vero che s'è appena sostenuto che il riconoscimento delle autonomie territoriali non coincide con la garanzia dell'articolazione istituzionale al momento vigente. Tuttavia, siccome si tratterà sempre e comunque di istituzioni – anche quando non fossero articolate come oggi, anche qualora sperimentassero modelli organizzativi assai differenti da quelli in essere – riesce difficile pensare che si tratti di soggetti che possano prescindere dai principi che si sono ritenuti qualificanti dell'autonomia della società. In altri termini, se si disegnassero livelli istituzionali, comunque organizzati, anche assai distanti dalla forma oggi in essere, non potrebbero comunque caratterizzarsi se non per la loro autonomia e democraticità, nonché essere improntati a sussidiarietà, solidarietà ed eguaglianza.

---

27 Per tutti i necessari riferimenti, B. N. Romano, *Sussidiarietà orizzontale e nuovi modelli di cooperazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2025, da 25 a 157.

Sezione II. Il pluralismo e l'autonomismo nell'esperienza della repubblica (rinvio)

II.1. *Il continuum* repubblicano nel disegno costituzionale: persone ⇔ formazioni sociali ⇔ autonomie territoriali

La persona è relazione ed integrazione con l'alterità, a differenza dell'individuo che si presenta come scissione dalla comunità e dall'altro. Nel primato della persona, nella costruzione dell'ordinamento – a partire dalla sovranità e dalle sue declinazioni – si irradia tutto il disegno delle autonomie (e dei loro diritti e poteri) e delle istituzioni rappresentative. In questo disegno che muove dall'essere – infondato, immanente, giuridico per esistenza e non per legittimazione – il dover essere – del rilievo giuridico dei diritti, delle autonomie e della funzionalizzazione delle istituzioni rappresentative alla pienezza del godimento dei diritti fondamentali e della soggettività sociale pluralista – riguarda sia la dimensione della persona (rilevante in quanto giuridicamente rilevante in quanto aperta all'altro) che delle sue proiezioni sociali (nei diritti fondamentali e nel pluralismo) ed istituzionali (a cominciare dalle autonomie territoriali). Proprio per questa dimensione necessariamente relazionale, i doveri inderogabili conseguono il riconoscimento dei diritti fondamentali e sono funzionali alla loro composizione (in caso di contrasto o conflitto) o al loro pieno godimento. La pretesa, inconfutabile, al pieno svilupparsi e svolgersi della persona, definisce – determina, indirizza – il progresso della società – nella dialettica tra gli artt. 2 e 3 Cost. – sicché la prima è necessariamente sociale e la seconda progredisce se le persone conseguono il loro sviluppo, svolgimento. In un processo che non può negare il fatto, la realtà, che non ricerca fondazioni o *archè* diversi dall'essere (dalla profonda realtà dell'essere e dei suoi bisogni).

Per questa ragione l'aggettivazione democratica della Repubblica non definisce una regola ma un metodo, esclude la fissità, descrive un processo, fa emergere la realtà. Una realtà nella quale il trattenersi della sovranità nel popolo – salvo ciò che si delega con la rappresentanza, necessariamente funzionale ai bisogni del sovrano, vale a dire il godimento pieno ed eguale dei diritti e del pluralismo sociale, la soddisfazione dei bisogni, personali e collettivi, che determinano lo svolgersi, lo svilupparsi della persona – non delinea solo una capacità giuridica (la sovra-

nità, intesa in modo classico), ma una realtà concreta, esistenziale, storica.

Per conseguenza, le "*formazioni sociali*", l'autonoma espressione della soggettività sociale, non solo non può che trattenersi anch'essa nel permanere della sovranità, ma – per definizione – si determina – storicamente – in una molteplicità di forme e relazioni, che non consentono una loro catalogazione (se non in un dato momento storico, e solo a fini descrittivi). La libertà è creativa, allergica all'ipostatizzazione in forme definite. Ecco l'unica via – giuridica, nel diritto positivo, salve le speculazioni teoriche nelle quali (quasi) tutto è possibile – di sostenere la natura infondata della democrazia. Si comprende bene, così, perché i diritti inviolabili si svolgono "*nelle*", e non "*delle*", formazioni sociali: la soggettività sociale è strumento, forma d'espressione, non regola ipostatizzata, segregante, limitante.

Le autonomie territoriali, per parte loro, sono riconosciute in quanto espressione immediata della socialità ed in funzione di sottrazione alla (tradizionalmente ritenuta) sovranità statale (ormai, giuridicamente inesistente).

In questo quadro, si comprende bene come la sola costruzione dello schema deontico, del dover essere del disegno costituzionale, non basta per comprendere le potenzialità del processo repubblicano. Occorre, necessariamente, prendere in esame i dati storici, il loro svilupparsi e decadere, le condizioni date dal momento presente.

Come s'è anticipato, quest'analisi – probabilmente incompatibile con lo spazio di un solo saggio – occuperà l'intera parte monografica del prossimo volume, sicché sembra conveniente rinviare a quella sede, più analitica e distesa.

II.2. Tratti essenziali di un percorso

Pur non entrando nel merito del dipanarsi della vicenda storica repubblicana, per le ragioni già indicate, non ci si può esimere – per comprendere la prospettiva – dal segnalare tre distinti movimenti.

II.2.1. *La negazione*. Non serve indulgere sui dati normativi per dire del primo movimento, che ha caratterizzato il primo quarto di secolo della nostra storia repubblicana. La negazione del disegno è intervenuta in molti modi diversi. Sul versante del pluralismo, attraverso la conservazione delle forme tradizionali della vita personale, familiare, spirituale, delle istituzioni educative, delle forme di

partecipazione politica e sindacale, la negazione delle libertà fondamentali, dei diritti dei lavoratori, delle manifestazioni dell'essere personale diverse da quelle approvate dall'autoritarismo non ancora smantellato.

II.2.2. *L'attuazione*. Il secondo movimento si distende lungo un arco temporale più o meno della stessa intensità e si accompagna con la protesta giovanile e sindacale, la pretesa del godimento dei diritti fondamentali ed il loro riconoscimento, l'affermazione della centralità della persona e dei suoi bisogni nelle relazioni personali, familiari, sociali, politiche, nell'articolarsi nei modi più diversi della partecipazione popolare spontanea, organizzata nelle formazioni sindacali e politiche, nella deformalizzazione del libero manifestarsi della socialità dei movimenti così come in quella organica (nella scuola, nella sanità, nelle stesse formazioni religiose o di tendenza). Conflitto, partecipazione, articolazione plurale della società, ricerca di autenticità dell'essere personale e collettivo, comunitario o di tendenza, si manifestano nella potenzialità adeguata al tempo in cui si sviluppano (ed in gran parte inadeguate per quello a venire). Le stesse organizzazioni pubbliche vengono trasformate dalle onde partecipative o contestative. Si riforma la scuola, il servizio sanitario, si attuano le Regioni, riformano gli enti locali, attua il procedimento; il lavoro, la famiglia, sono trasformati nel senso del rispetto dell'autenticità della persona e del suo sviluppo; organismi partecipativi si realizzano in tutte le istituzioni funzionali, nei servizi; il multiforme e plurale atteggiarsi delle soggettività si manifesta sia in funzione contestativa che partecipativa, la sussidiarietà vede il sorgere degli enti che, successivamente, con la crisi del *welfare*, troveranno riconoscimento costituzionale ed istituzionale; nuove questioni (evidenti gli esempi di quelle ambientale o della cultura e dell'arte) entreranno nel dibattito pubblico e nell'articolarsi delle autonome risposte sociali. Si tratta di un movimento che modificherà profondamente la stessa organizzazione pubblica.

II.2.3. *La dissoluzione*. Un simile arco di tempo, sostanzialmente coincidente con il nuovo millennio, presenta i segni di una crisi che non è solo – ma anche – il riemergere del perbenismo borghese e delle sue costrizioni – anche se condotte con linguaggi nuovi e più subdoli – ma, soprattutto, quelli della dissoluzione delle fondamenta dell'autonomia sociale. La disgregazione sociale si sviluppa lungo le linee della globalizzazione e della sua conduzione da parte della sinistra politica, che porta – dapprima – alla dissoluzione delle solidarietà tra lavo-

ratori, utenti dei servizi, classi sociali, distendendosi lungo la traiettoria di un individualismo – prima competitivo, poi di sopravvivenza – che nega la stessa possibilità della solidarietà; poi, rapidamente tramontati i pochi fronti di protesta, attraverso l'individualizzazione dei percorsi personali, l'inconsistenza di quelli partecipativi o politici, la tecnicizzazione delle decisioni e l'indipendenza dai processi rappresentativi, la negazione non della politicità dei vissuti personali e collettivi, ma della politicità in quanto tale, soppiantata da innovazione ed efficienza, dimensionamento nella responsabilità individuale e nei suoi inevitabili sensi di colpa. Disgregazione che prosegue lungo la precarizzazione delle fondamenta della sicurezza sociale – alla scuola alla sanità, dai servizi pubblici alla previdenza, al lavoro, all'abitazione – attraverso la pervasività del mercato e della competizione. Disgregazione che si compie con la virtualizzazione delle relazioni, la pervasività delle tecnologie – con la loro capacità disciplinante lungo schemi prefissati ed omogenei a livello globale, distrattiva e d'intrattenimento, periferizzando le stesse condizioni della relazione e della collettività. Il risultato è quello di una società fortemente indebolita, capace di relazioni significative e partecipative (sicché politiche) solo in realtà limitate e dense di senso, in grado di attivazioni temporanee e solo parzialmente consapevoli, scarsamente cosciente di sé e comunque potenzialmente competitiva perché caratterizzata – ormai – da diseguaglianze insostenibili. Il che non è senza effetto sul versante istituzionale, accompagnandosi alla crisi profondissime delle istituzioni di servizio – di nuovo, dai servizi educativi a quelli sanitari, di trasporto, connettività, energetici o tecnologici; indeboliti, erosi dalla competizione con i sistemi privati o completamente privatizzati – o abitative, all'accentramento delle decisioni nei soli livelli esecutivi, alla torsione complessiva dello Stato di diritto, all'insignificanza della rappresentanza politica, alla repressione poliziesca (quando non penale) di ogni forma di dissenso od opposizione.

II.2.4. Simmetrico è il percorso sul versante delle autonomie territoriali. Alla prima fase corrisponde la stagione del permanere delle autonomie come mero decentramento, nell'assenza dello snodo regionale. Al secondo, non solo l'istituzione delle Regioni ma, anche attraverso la creatività del legislatore regionale, l'affermarsi dell'autonomia dei livelli inferiori, l'articolazione di forme di coordi-

namento, l'istituzione di autonomie settoriali (basterebbe pensare al settore sanitario, assistenziale, della conservazione dell'ambiente e dei parchi, delle comunità montane, delle forme di decentramento metropolitane e via enumerando) e, non di meno, dei procedimenti di coordinamento e concertazione tra livelli di governo. Al terzo, l'appassimento dell'autonomia regionale (cui non ha certo posto rimedio la riforma del titolo V della Costituzione), con la mancanza di rappresentatività ed autonomia politica, la negazione del regionalismo – con la personalizzazione delle presidenze, il secessionismo come forma di centralizzazione locale, peraltro fallita; quella degli enti locali, con la crisi dei loro bilanci, l'incapacità gestionale, le cooperazioni forzate e gli accorpamenti, la standardizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici.

Si tratta di processi che, in modo profondo e granulare verranno studiati nel prossimo volume della *Rivista*, sicché non mette conto indulgere in questa sede; tuttavia, proprio per questo, della forma repubblicana occorre mettere in evidenza le potenzialità, per individuare percorsi e possibilità per il quarto di secolo a venire.

Sezione III. Le prospettive del pluralismo e dell'autonomismo nell'evoluzione della Repubblica

III.1. Pluralismo, autonomismo e democrazia

Riflettere su ottant'anni di esperienza repubblicana significa, innanzitutto, tracciare sentieri possibili per il futuro. Per questa ragione è essenziale comprenderne l'evoluzione. Infatti, la centralità della (inesistente, ma perdurante) sovranità dello Stato non è priva di spiegazione storica.

Anzitutto, non può essere trascurato il fatto che la maturazione ed articolazione della società italiana, al principio della vicenda repubblicana, fosse del tutto inadeguata a reggere il còmpito costituzionale. La sovranità popolare, il suo trattenersi permanente nell'esercizio dei diritti fondamentali e nell'azione della soggettività sociale pluralista erano percorsi e direttrici, non ancora il riconoscimento di un'adeguata maturazione storica del popolo italiano. Allo stesso modo, l'autonomismo contraddiceva una lunga storia di accentramento, di dipendenza dal Governo, nonché l'inesistenza delle Regioni.

In *secondo* luogo, la lettura abrogativa si regge sul fatto che l'intera costruzione dello Stato contemporaneo si fonda sull'attrazione nella potestà dello Stato di tutte le funzioni pubbliche e, in ultima analisi, della sovranità stessa. Diritti e libertà sono concessioni dello Stato. La società è l'oggetto del comando dello Stato, in una relazione di opposizione (se non di conflitto). Si tratta di una costruzione che non viene smentita dalle letture della Costituzione che hanno dominato la letteratura per decenni (e tutt'oggi). L'art. 1 ribalta la concezione

Tuttavia, la potenza della partecipazione democratica, la forza dei partiti politici e dei sindacati su base associativa, i sistemi di partecipazione diretta, il progredire nell'attuazione di libertà e diritti, l'evoluzione stessa della società nelle maglie delle libertà costituzionali, hanno travolto l'argine del potere per altra via.

La democrazia.

La democrazia come sostantivo, nella storia repubblicana, è stata – soprattutto – l'alimento della rappresentanza popolare; è chiaro che, nel fluire costante della partecipazione politica dalla persona, alla comunità, agli organismi di partecipazione, agli enti locali, alle assemblee rappresentative attraverso movimenti, sindacati, partiti, la democrazia era la sostanza della rappresentanza, incomparabile all'epoca dello Stato liberale precedente. Per quanto la rappresentanza non contenga direttamente lo sforzo di partecipazione popolare per l'attuazione dei diritti ed il progredire delle libertà, è innegabile che nei primi decenni della vicenda repubblicana questa spinta abbia influito sulla legislazione di fonte parlamentare. Si tratta di una lunga stagione nella quale la democrazia è stata la sostanza della rappresentanza e la politica quella della democrazia, in un processo nel quale si può ben dire che la sovranità popolare (attraverso politica e democrazia) si esprimeva nella rappresentanza.

Ancor maggiore, tuttavia, il rilievo dell'aggettivo.

La partecipazione è democratica. Le libertà, l'eguaglianza, le pretese corrispondenti ai diritti fondamentali che richiedono servizi ed azioni positive del potere pubblici, sono democratiche. Movimenti, sindacati, partiti, sono democratici. Le stesse istituzioni non sono più identificabili per sé stesse, ma solo come democratiche. È lo "*spirito democratico della Repubblica*" (art. 52 Cost.). La sovranità dello Stato, la libertà nei fini della funzione legislativa, il potere dell'esecutivo

e dell'amministrazione in quanto serventi l'indirizzo politico, non sono più l'espressione della priorità della funzione pubblica e della soggezione della società e dei singoli. L'onda democratica sfonda la barriera tra potere e libertà, tra autorità e soggezione. Rende l'autorità funzionale alla persona non perché questa sia la sua natura, ma la sua qualificazione; la sostanza resta potere sovrano, ma la potenza dell'aggettivo la trasforma, diviene democratica.

In questo contesto, non si è avvertita l'esigenza di ripensare la struttura dello Stato, del potere, della sua relazione con la società e con i diritti della persona. La democrazia ha riempito lo iato. Democratico il potere, democratica la società, democratici i processi politici, democratiche le istituzioni. Il disvalore è tutto antidemocratico. La sostanza ha escluso che fosse necessario ripensare la struttura. La sovranità popolare poteva continuare ad esser concepita come semplice legittimazione delle assemblee elettive attraverso il voto. Una delle "*forme*" di espressione della sovranità popolare poteva anche essere l'unica, perché democratica. La partecipazione della società civile si esprime nel voto e nella continua relazione tra organo rappresentativo e collettività rappresentata, tra specchiante e specchiato, sicché la ricchezza di questa relazione ha impedito di pensare alla rappresentanza come semplice momento di legittimazione delle assemblee elettive.

La declinazione dei verbi, tuttavia, è imperfetta: si tratta di dinamiche che debbono essere rappresentate con il passato remoto, processi interrotti almeno dall'inizio di questo millennio.

In questo contesto, la "*forma*" "*democratica*" di esercizio della sovranità era il voto, accompagnato dalla mobilitazione permanente della società civile, dalla partecipazione diretta (nei movimenti, sindacati, partiti) e dall'attivazione popolare (naturalmente, democratica) per la conquista di libertà, diritti, servizi essenziali alla persona; e, ancora: dagli organismi di partecipazione, nella scuola, nella sanità, e, naturalmente, dagli enti locali.

La "*forma repubblicana*" restava relegata nell'ultima disposizione della Costituzione, campeggiando l'aggettivo "*democratica*" della Repubblica nelle prime parole del testo.

Questo non significa che nella struttura del potere nulla fosse cambiato. La Costituzione scritta e rigida assicurava la sindacabilità delle leggi, la permanenza del regìme (democratico) e l'immutabilità della "*forma repubblicana*". Tuttavia,

la struttura profonda dello Stato e del potere continuava (e continua) ad essere spiegata secondo la tradizione.

La sovranità era attributo dello Stato; a fissare i fini politici era lo Stato, così come a formare e promulgare le leggi; i diritti individuali per esser tali richiedono una legge, un'amministrazione, uno Stato che sostenga i costi (non c'è diritto alla salute senza la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale; non c'è il diritto all'istruzione senza la legge che disciplina i percorsi di formazione ed il denaro dello Stato per istituire e gestire le scuole; non ci sono diritti dei lavoratori senza lo Statuto che integri il contratto).

Allora, la società si mobilita, protesta, agisce perché il Parlamento adotti la legge necessaria. Amministrazione e giurisdizione erano ancòra funzioni dello Stato sovrano, la prima dipende dall'esecutivo (nazionale o locale) e dal suo indirizzo di maggioranza; imparziale (art. 97 Costituzione), si capisce, ma struttura a servizio del potere esecutivo e non direttamente del popolo.

Idee che si accompagnano fatalmente alla soggezione della società, alla natura dei diritti fondamentali come condizionati, alla modesta limitazione del non contrasto con la legge quanto al potere esecutivo delle amministrazioni, discrezionale per quanto non vincolato da norme primarie.

Il flusso democratico nasconde la struttura portante.

La Costituzione in azione distrae dal prendere sul serio il testo scritto, le sue parole rivoluzionarie del modello tradizionale e consolidato. Tutti i poteri sono resi funzionali al popolo dal soffiare potente della partecipazione, della qualificazione della sostanza dell'autorità attraverso la sua aggettivazione democratica. La spinta popolare, politica, ridisegna, ricolora la sostanza. Che permane, tuttavia.

Il modificarsi del contesto ha reso evidente la permanenza delle strutture interpretative tradizionali e mostrato le difficoltà che ne conseguono. Conseguono alle crisi della democrazia e della politica in tutto l'Occidente.

La letteratura giuridica non s'è avveduta per tempo dei processi in corso e, in gran parte, continua ad esprimere inconsapevolezza o disinteresse – trattenendosi perlopiù nel perimetro del dato formale della tradizione. Tuttavia, è difficile negare la sostanza dei fatti e l'effetto di potente trasformazione istituzionale che

ne consegue.

III.2. Il capovolgimento

La questione di fondo può essere inquadrata attraverso vari percorsi, tutti profittevoli. Tuttavia, per brevità, sembra possibile seguire quello di inquadrare i dispositivi giuridici che sono derivati dai processi di globalizzazione e deglobalizzazione.

Se si osserva la trasformazione dell'ordinamento lungo la prima prospettiva, dominante dalla fine del secolo scorso, sono piuttosto evidenti alcuni processi e l'emergere di specifici dispositivi.

Anzitutto, i processi di globalizzazione si sono retti sull'arbitraggio privato circa i sistemi giuridici. Nell'àmbito della globalizzazione e delocalizzazione, le imprese hanno messo in concorrenza tra loro gli ordinamenti, provocando processi di riduzione dei diritti, deroga, eccezione, sospensione in funzione dell'attrazione degli investimenti. Si è andata, per questa via, disarticolando la società; la tutela dei lavoratori ha ceduto rispetto alle possibilità occupazionali; le migrazioni sono divenute un fattore di mercificazione del lavoro e concorrenza tra lavoratori; i sistemi fiscali si sono piegati prevedendo incentivi, compensazioni o eccezioni; i processi di trasferimento della ricchezza dal luogo di produzione alla sede degli investitori e da queste al sistema finanziario, con rapida circolazione dei capitali ed incremento delle rendite, hanno progressivamente determinato la più significativa diseguaglianza sociale da secoli; inevitabilmente, si è andato modificando il sistema dei servizi essenziali, con il deperimento di quelli universalmente resi dall'iniziativa pubblica.

Da *altro punto di vista*, agiscono contestualmente tre distinti processi, di internazionalizzazione, liberalizzazione e privatizzazione. Il *primo* determina omogeneizzazione dei prodotti e processi produttivi e distributivi, che progressivamente provoca l'arretramento dell'ordinamento statale rispetto a regole dettate da organismi privati, dominati dagli operatori economici e l'affermazione di esigenze di armonizzazione delle discipline legali nazionali, perché si crei una situazione di neutralità tra contesti rispetto alle iniziative degli investitori – armonizzazione volutamente solo settoriale, per conservare vantaggi competitivi e diritti di proprietà intellettuale; si tratta di un processo che interseca la riduzione del ruolo

di disciplina degli ordinamenti statali, attraverso la *liberalizzazione* di interi settori di attività, normalmente accompagnata dalla *privatizzazione* degli operatori pubblici di servizi, con il transitare del portatore di pretese che corrispondono a diritti fondamentali da fruitore di servizi pubblici a consumatore.

In *terzo luogo*, si modifica lo stesso razionale della convivenza, attraverso il mutamento della relazione tra mercato e Stato. In ossequio al pensiero ordoliberale, si afferma l'idea che la politica non sia uno strumento per la costruzione della convivenza (perché non solo non è in grado di contenere il conflitto, ma lo genera, come le guerre mondiali confermerebbero); neppure potrà esserlo il diritto (giacché non è stato in grado di reggere alle pressioni che hanno condotto alle dittature continentali); lo è, invece, l'economia che, tuttavia, tendendo al monopolio, richiede di essere governata da politiche e regole giuridiche che assicurino la concorrenza, ritenuta fattore di sviluppo e razionalità sociale. La concorrenza, quindi, diviene interesse pubblico primario e l'autorità statale si ritrae per lasciare che siano amministrazioni indipendenti e solo parzialmente regolate da diritto non autoprodotto a gestire il processo concorrenziale (con importanti fenomeni di cattura del regolatore).

Non si fatica a comprendere.

Questi processi – lungo un crinale – sono in grado di disarticolare la società, dissolvere i corpi intermedi, mettere i singoli e i territori in competizione, accentare i processi di decisione rendendo irrilevanti le autonomie locali, concentrare il potere negli esecutivi marginalizzando le assemblee elettive, sottrarre enormi spazi agli Stati; è chiaro che lungo questo versante si determina sia l'indebolimento della società che quello del potere pubblico, le crisi della politica, della democrazia, della rappresentanza, dell'eguaglianza.

Lungo il crinale parallelo, si concentra la ricchezza finanziaria, si sviluppano tecnologie in grado di conformare sia la società che i processi produttivi ed il lavoro, accumulano e concentrano disponibilità di denaro, dati, tecnologie, influenza; la rilevanza dei diritti e del pluralismo sociale si riduce simmetricamente alla progressiva irrilevanza della politica e contrazione del potere degli Stati nazionali – che dipendono dal capitale neoliberale quanto al debito pubblico, alla partecipazione al capitale delle società quotate a controllo pubblico, alle tecnologie

necessarie per il funzionamento della macchina amministrativa e dei servizi pubblici (compresi quelli sanitari e le attività militari).

Il cambio di passo – dal punto di vista istituzionale – interviene più recentemente, sotto la pressione della deglobalizzazione.

A fronte dell'emergere di concorrenti a livello geopolitico, l'esigenza diviene quella della conservazione del primato del capitale neoliberale dell'Occidente. Si va affermando, quindi, un approccio che nega la concorrenza (affermando il bisogno di protezione e sicurezza interne), lo Stato di diritto, i diritti individuali come inviolabili, l'esigenza dell'eguaglianza.

Il paradigma è quello della sicurezza, sul piano della costruzione della convivenza; sicché il còmpito dello Stato è primariamente quello dell'assicurazione dell'ordine, della soggezione, della repressione del dissenso e del conflitto.

La completa deformazione dello Stato di diritto avviene secondo dispositivi giuridici che si sono andati ripetendo e consolidando negli ultimi quindici anni: l'emergenza, come fonte di poteri speciali, ormai largamente evocata anche in contesti dichiaratamente non emergenziali; l'organizzazione del potere derogatoria, come avviene nelle frequentissime amministrazioni commissariali; la sicurezza come strumento di politica sociale o economica, di repressione del dissenso, di negazione di diritti (basta pensare alla stagione pandemica) o di politica industriale (si pensi al controllo sugli investimenti stranieri); il fondamento di poteri su clausole generali dal contenuto inconoscibile (perché la causa del potere è identica al parametro del suo esercizio); la limitazione dei poteri della giurisdizione di legittimità circa l'esercizio dei poteri; l'alterazione del sistema legale delle fonti (attraverso la legificazione di atti amministrativi o le leggi-provvedimento); l'esclusione dell'amministrazione e, quindi, della giurisdizione, governando operazioni economiche di sistema attraverso il passaggio diretto dalla legge al contratto, ovvero per il tramite di società di capitali controllate dallo Stato.

Si tratta di una serie di dispositivi che, una volta introdotti, si reiterano, consolidano, progressivamente ibridandosi ed incrementando la distanza dal modello costituzionale. Consolidandosi ed estendendosi confermano la pretesa della cultura del capitale neoliberale rispetto al superamento dello Stato di diritto, della natura inviolabile dei diritti fondamentali, dell'eguaglianza come obiettivo dell'azione dello Stato, dell'espressione della libertà e del dissenso. Stati che si de-

dicano alla sicurezza nei confini nazionali ed al conflitto fuori da essi.

Si pone qui la domanda circa la Repubblica.

Nella crisi della politica, della democrazia, della rappresentanza e, quindi, dei poteri pubblici, cosa c'è nella "*forma repubblicana*" che possa sorreggere una reazione, un bilanciamento? Quale sorte subiscono il pluralismo e l'autonoma soggettività della società di fronte dalla sua significativa disarticolazione; e quale le autonomie locali, a fronte di un inaudito accentramento e della perdita della legittimazione popolare?

III. 3. Tornare alla Costituzione

È proprio la "*Repubblica*" a mostrarsi capace di fornire ancora un bacino di possibili risposte ed azioni. Occorre intendersi sul suo significato.

La nostra Costituzione, con l'enunciato "*Repubblica*" non intende solo una forma di governo, contiene i pubblici poteri, ma non si esaurisce in essi; la "*forma repubblicana*" traccia il disegno di socialità progressiva che contiene la persona e i suoi diritti inviolabili, l'autonomia della società nelle sue espressioni di soggettività plurali e pluraliste, per estendersi alle istituzioni locali che ne sono espressione vicina ed a quelle statali, aprendosi a limitazioni di sovranità a livello internazionale perché siano assicurati pace e giustizia.

Non è solo l'allargarsi progressivo della socialità. Piuttosto, ciò che collega i livelli personale e sociale a quelli istituzionali e globali è la pretesa che questi secondi siano funzionali all'esercizio personale delle libertà, al godimento dei diritti, all'eguaglianza, al "*pieno sviluppo della persona*" (art. 2, Cost.), alla pace ed alla giustizia (art. 11, Cost.).

È una direzione, che muove dal ribaltamento della sovranità (che si trattiene nel popolo quanto a diritti e pluralismo) e rende il potere funzionale ai bisogni della persona, all'eguaglianza, allo sviluppo, alla giustizia. Il potere pubblico è funzionale agli obiettivi costituzionali – o non è legittimo.

Nella "*forma repubblicana*", immutabile per espressa previsione costituzionale (art. 139, Cost.), risiede, quindi, un disegno complesso: la sovranità popolare è trattenuta permanentemente nei diritti fondamentali e nel pluralismo sociale, nelle autonomie; le istituzioni pubbliche non sono che una forma servente alla pienezza dello sviluppo della persona, dei suoi diritti, della sua autonoma

soggettività personale e sociale.

La struttura classica dello Stato e del suo potere è ribaltata, irreparabilmente.

Certamente la Costituzione utilizza il termine Repubblica anche per riferirsi a compiti dello Stato. È così quanto alla tutela delle minoranze (art. 6, Cost.); allo sviluppo della cultura e della ricerca, alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico (art. 9, Cost.); alla promozione della famiglia (artt. 29 e 31, Cst.); al riconoscimento della funzione sociale della cooperazione e la tutela del risparmio (artt. 45 e 47, Cost.); alla fedeltà alla Repubblica (art. 54, Cost); al suo comporsi degli enti locali, regionali e dello Stato (art. 114, cost.).

Tuttavia, nella sua parte fondativa, chiaramente si riferisce ad un àmbito assai più ampio, che comprende la persona e la sua soggettività sociale, la sua diretta rappresentazione nelle istituzioni locali, trattenendovi la sovranità popolare, rendendola permanentemente in grado di orientare l'azione dei pubblici poteri, di fondarli e di opporsi ad essi.

"*È compito della Repubblica*", tutta intera, singoli, comunità e istituzioni, quello di "*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana*" (art. 3, cost.). Il pieno sviluppo dell'essere umano è il còmpito della Repubblica; singoli, società, istituzioni. E lo sviluppo atteso è dell'essere umano, non del cittadino, non di chi entra nello scambio simbolico della rappresentanza. Di chiunque.

È sempre la Repubblica a "riconoscere" – di nuovo, come preesistenza, come diritto che si colloca nel perimetro della sovranità trattenuta permanentemente – "*il diritto al lavoro*" (art. 4, Cost.), come espressione primaria della soggettività sociale, assegnandone la "*tutela*" alle leggi dello Stato (art. 35, Cost.).

È ancora la Repubblica che "*riconosce*" le autonomie locali, con la consueta struttura del prendere atto che l'organizzazione autonomistica e plurale si colloca nel disegno immancabile della sovranità, della "*forma repubblicana*" (art. 139, Cost.), indipendentemente dalle sue effettive articolazioni, disposte dal diritto positivo non immutabile.

Perfino quanto all'ordinamento delle forze armate si sente il bisogno di chiarire che deve informarsi "*allo spirito democratico della Repubblica*" (art. 52,

Cost.).

Questa è la "*forma repubblicana*"; ed è immodificabile perché l'essenza della sua struttura è data dalla sovranità popolare (art. 1, Cost.) e dal suo permanere nella libertà, nei diritti, nel fluire libero della soggettività sociale e delle sue espressioni, anche istituzionali (art. 5, Cost.). Per questo la Repubblica contiene un serbatoio di libertà, pienezza, autonomia che assicura spazi sociali e personali in grado di opporsi alla sudditanza dello Stato ad altri interessi, alle diseguaglianze, alle drammatiche torsioni dello Stato di diritto. È in grado di farlo perché piena della struttura nuova della sovranità, non compresa nella prima stagione repubblicana, quando la debolezza dello Stato di diritto tradizionale non veniva colta, grazie al supporto fornito da una potente spinta democratica. La pretesa fondamentale dello sprigionarsi della domanda alla pienezza dello sviluppo della persona umana e delle sue autonome espressioni sociali è che le istituzioni assumano còmpiti coerenti con questa aspettativa, che si organizzino ed agiscano per questi obiettivi (art. 3, Cost.).

Tuttavia, come s'è detto, ciò che è accaduto la contraddice completamente. Organizzazione ed azione del potere pubblico sono in totale opposizione a queste attese – nonché in plateale contrasto con la Costituzione, anche se letta in modi più conservativi. In una stagione come la nostra, la Repubblica assicura un serbatoio di autonomia personale e sociale in grado di garantire spazi contestativi ed oppositivi, agendo direttamente i diritti e la soggettività sociale. Questi stessi spazi, popolati dalla garanzia di diritti (in senso tecnico, proprio), consentono non solo l'opposizione, ma l'azione diretta, la pretesa giurisdizionale. Si aprono anche spazi di azione autonoma, partecipazione, costruzione sociale; consentono di agire sui modi e le forme della produzione, di creare forme alternative, di agire pensiero, espressione, arte, creazione; chiamano all'espressione autonoma e diretta di comportamenti; avviano percorsi di partecipazione alla vita delle istituzioni. Anche la sola affermazione della struttura dei diritti, del pluralismo e delle istituzioni che s'è descritta come repubblicana, consente alla persona di assumere una postura che – indipendentemente dalle tutele e dalle declinazioni giuridiche – assume un profondo significato politico.

Che sia in atto una profonda torsione autoritaria del potere pubblico non è seriamente discutibile; che l'organizzazione dei còmpiti pubblici sia stata prima rilasciata in parte significativa al mercato e, poi, resa funzionale ai processi economici e tecnologici del capitale neoliberale occidentale è piuttosto evidente; che la pretesa circa l'azione dell'amministrazione d'ordine sia quella repressiva del dissenso, interamente giustificata da sicurezza e precauzione, è più che chiaro. A tutto ciò difficilmente ci si può opporre attendendosi che siano le medesime istituzioni, che hanno consentito o generato questo quadro, a reagire. Non è nell'azione dello Stato la garanzia dei diritti e della pretesa alla pienezza dello sviluppo della persona umana.

In questa stagione, proprio la struttura della Repubblica e della sovranità popolare assicurano punti di resistenza, bilanciamento, controazione.

La "*forma repubblicana*", quindi, con il suo immutabile sancire spazi di autonomia personale e sociale invincibili, costituisce il terreno che conserva e sviluppa la democrazia.

È controlimite a qualunque potere, anche privato. La Repubblica è democratica (art. 1, Cost.) ed è condizione della democrazia. L'aggettivazione della forma ("*repubblicana*") collega libertà, diritti, socialità con la sovranità e la qualifica ("*repubblicana*", anch'essa). Definisce un percorso.

La democrazia è carattere della Repubblica, ma è questa seconda che ne garantisce le condizioni, con il suo infiggersi nella sovranità popolare e permanente azione di quest'ultima attraverso persone e collettività. La democrazia esige il conflitto e la sua sintesi, non richiede fondazioni giuridiche, ma solo forme in cui esprimersi – inadeguato il semplice simbolismo della rappresentanza.

La Repubblica è il campo in cui la democrazia può svilupparsi. O, sperabilmente, svilupparsi di nuovo.

Laura Buffoni
professoressa associata di Diritto costituzionale e pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Sassari
labuffoni@uniss.it

La rappresentanza del popolo sovrano

The representation of the sovereign people

Sintesi

Il saggio indaga la relazione tra principio rappresentativo e principio democratico: sono principi distinti ma compossibili nel governo popolare, che è già rappresentativo. Con la conseguenza che, teoricamente, la rappresentanza del popolo sovrano non è un ossimoro e, dogmaticamente, il governo rappresentativo elettivo è, contro la sua origine aristocratica, democratico. Ma, se la scrittura costituzionale è stata il tempo della democratizzazione della rappresentanza politica, nella vita del diritto costituzionale contemporaneo il movimento è inverso: è il tempo della de-democratizzazione della rappresentanza democratica. Pertanto, la crisi è della rappresentanza democratica e non di quella aristocratica. Il governo resta rappresentativo, ma non è più popolare.

Abstract

This essay examines the relationship between the principle of representation and the democratic principle: these are distinct principles but are compatible within popular government, which is by its very nature representative. Consequently, theoretically, the representation of the sovereign people is not an oxymoron and, dogmatically, representative elected government is – contrary to its aristocratic origins – democratic. However, whilst the drafting of the constitution marked a period of democratization of political representation, in the context of contemporary constitutional law the trend is the opposite: we are now in an era of the de-democratization of democratic representation. Consequently, the crisis lies in democratic representation, not in aristocratic representation. Government remains representative, but it is no longer popular.

Parole chiave: rappresentanza politica; sovranità popolare; democratizzazione; indirizzo politico; Stato di diritto.

KEYWORDS: political representation; popular sovereignty; democratisation; political direction; the rule of law.

INDICE: 1. Davanti e dentro la Costituzione. – 2. La rappresentazione e l'eccedenza. – 3. La rappresentanza e lo specchio. – 4. La rappresentanza non è una finzione. – 4.1 L'artificio naturale della rappresentanza. – 5. La rappresentanza democratica, al plurale. – 5.1 Il popolo rappresentato e i suoi partiti. – 5.2 La rappresentanza parlamentare. – 5.3 L'elemento democratico. – 6. La de-democratizzazione della rappresentanza. – 7. La rappresentanza e l'indirizzo politico. – 8. La rappresentanza e lo Stato di diritto. – 9. Ricordare, senza nostalgia.

1. Davanti e dentro la Costituzione

La rappresentanza politica è il presupposto e, nello stesso tempo, il posto della Costituzione: ne è il soggetto e l'oggetto. La Costituzione è, infatti, la deliberazione dei rappresentanti del primo popolo sovrano ma l'inizio è principio di ciò che segue, comando e fondamento di validità di sé e di ciò che principia. Pertanto, nella continuità delle forme, il popolo che sta prima della Costituzione ripete sé stesso dentro la Costituzione e la forma rappresentativa dell'inizio si racconta, si cita e conserva nella Costituzione. Questa, a sua immagine e somiglianza, costituisce e regola un governo del popolo sovrano e il popolo oggetto dell'art. 1, come il popolo soggetto, agisce rappresentativamente, a dirci che l'originale si dà solo nelle sue mediazioni.

Ma la Costituzione non è spezzata perché, teoricamente, il governo popolare è rappresentativo, dunque, la rappresentanza del popolo sovrano non è un ossimoro e, dogmaticamente, il governo rappresentativo elettivo è, contro la sua origine aristocratica, democratico. Ma il principio rappresentativo e il principio democratico, seppure compossibili, sono distinti. Quindi, possono sempre separarsi.

2. La rappresentazione e l'eccedenza

La rappresentanza è disgiunta dal governo popolare nella struttura logico-teoretica della rappresentazione della teologia politica, aristocraticamente sciolta, come principio di forma politica, dal principio democratico di identità[1].

1 La declinazione teologico-politica della rappresentazione si sostiene solitamente ricorrendo alla 'linea' Hobbes-Schmitt-Leibholz, letta in continuità, tra i molti, da G. DUSO, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, FrancoAngeli, 2003; G.A. DI MARCO, *Thomas Hobbes nel decisionismo giuridico di Carl Schmitt*, Napoli, Guida Editori, 1999, p. 490 ss. e, seppure con parecchi distinguo, da C. GALLI, *Contingenza e necessità nella*

Più precisamente, la rappresentazione è la ragione della analogia strutturale tra il teologico e il politico, che sono uniti non già dal parallelo tra monoteismo e monarchismo, ma dalla capacità di forma, dal rendere presente l'assente[2]. Muove dalla separazione nominalista tra parole e cose e vive dentro la logica del segno, separatosi dalla similitudine[3]. Implica pensare ciò che si rappresenta come non essere: è nichilistica – e in pari misura allegorica – perché significa il non essere di ciò che rappresenta. La logica dei concetti della teologia politica si fonda, infatti, sulla rappresentazione come una forma (e non una sostanza) di ordine, nello specifico senso di *figura*, ove ciò che si rappresenta non è dato, non è in un altrove, ma si forma mediante l'atto rappresentativo. Si rappresenta non ciò che è ma ciò che deve essere: la rappresentazione è più idealistica, normativa, che esistenziale, è artificiale e non naturale. In questo senso, il teologico-politico è rappresentazione dall'alto e questa è rimando ad altro: non è luogo-tenenza, non è uno stare al posto di qualcun'altro, non è sostituzione di chi è assente da parte di chi è presente, secondo il modello della *Vertretung*, della rappresentanza privata o individuale, della rappresentanza economica degli affari, ma è, teologicamente, creativa e, secolarmente, costitutiva delle idee rappresentate, presentificate e, tra esse, dell'unità del popolo[4]. La dialettica del concetto di rappresentanza, infatti, consiste nel «rendere visibile e illustrare un essere invisibile per mezzo di un essere che è presente pubblicamente» e, quindi, «nel fatto che l'invisibile è presupposto come assente ed è al tempo stesso reso presente [...]» [5]. Ma l'invisibile non è il «non-

ragione politica moderna, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 49-50, nonché ID., *Secolarizzazione, teologia politica, agire politico*, in *Jura Gentium*, vol. XII, 2015, p. 54. Per una più netta discontinuità tra la teoria rappresentativa dello Stato di Hobbes e la rilettura di Schmitt si rinvia a L. BUFFONI, *Valore di legge*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 189 ss.

2 C. SCHMITT, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica,* Milano, Giuffrè, 1992, p. 47.

3 Vi converge l'archeologia del sapere di Foucault, secondo cui la rappresentanza-rappresentazione ha sostituito la somiglianza, la similitudine, l'imitazione, propria della società organica, come forma di conoscenza: M. FOUCAULT, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane,* Milano, Rizzoli, 1967, p. 50 ss.

4 Sulla struttura logico-teoretica della rappresentazione G. DUSO, *La rappresentazione e l'arcano dell'idea*, in *Il Centauro*, n. 15, 1985, p. 55 ss.; G. MAGRÌ, *Dal Volto alla Maschera. Rappresentazione politica e immagini dell'uomo nel dialogo tra Giardini e Schmitt,* Milano, FrancoAngeli, 2013, p. 275 ss.; M. COMETA-D. MARISCALCO (a cura di), *Rappresentanza/rappresentazione. Una questione di studi culturali*, Macerata, Quodlibet, 2014 e spec. P. COSTA, *La rappresentazione del politico: verità e metafora nei testi di sapere*, *ivi*, p. 47 ss.

5 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 277.

ancora-visibile», l'assente non è il «non-ancora-presente»: non sarebbe rappresentazione di un'idea, di un valore, di un non dato, *Vorstellung*, ma esposizione di una materia, *Darstellung*[6]. Il pensiero rappresentativo non è rispecchiamento mimetico, constatazione o riflesso del reale, ma è atto di immaginazione e costruzione della *persona repraesentata*: è, dunque, un pensiero orientato a una forma trascendente la materia che ordina, è una forma costitutiva, una forma ordinata e visibile che costituisce il rappresentato invisibile pensato informe[7]. Il problema teologico-politico è comunitario nella misura in cui coincide con la possibilità di dare fondamento a una comunità, anzi la fondazione del politico è propriamente teologica, poiché teologico è ogni processo di legittimazione dell'autorità, ma la rappresentazione rappresenta ciò che costituisce. La rappresentazione è, infatti, costitutiva in quanto forma che non è determinata dalla materia, dalla immanenza del corpo: rinvia sempre alla produzione di un resto, a un supplemento, a un'eccedenza di senso, in modo tale da mostrare la forza che il teologico detiene nei confronti del politico.

È conseguente che nella rappresentazione come struttura del politico il rappresentante preesista ed ecceda i rappresentati. Ciò che conta è la qualità, l'esemplarità, del rappresentante che ha la capacità di far progredire il popolo nella sua esistenza politica: il valore del rappresentante è il valore che attinge alla logica dell'eccedenza propria della rappresentazione di un'idea. Invece, il popolo, che è il fantasma, l'unità trascendente, assente e invisibile, ma portata alla presenza e reso manifesto, scompare, anzi non compare mai: nella presentificazione/personificazione è identificato, costituito politicamente, dal rappresentante. L'epilogo è che la rappresentazione, poiché costruttiva, artificiale, non può che essere indipendente dal popolo concreto. L'unità politica del popolo è un'unità ideale, spirituale, finta[8] e non concreta, che «non ha altra volontà all'infuori» del Parla-

6 G. Magrì, *Dal Volto alla Maschera*, cit., p. 279.

7 La teologia cristiana del *corpus mysticum Christi*, invero, era indecisa tra la pura astrazione dell'unità e la molteplicità concreta, tra la finzione e la realtà, tra la creazione e la raffigurazione. Indaga come l'idea della *persona repraesentata*, fittizia e astratta, abbia prevalso sull'idea opposta dell'incorporazione o della personificazione di una moltitudine di persone concrete per il tramite di un'immagine-copia nella terminologia ecclesiologica e politica H. Hofmann, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, vol. 72, Milano, Giuffrè, 2007, p. 136 ss.

mento: popolo e Parlamento sono due organi, ma la *persona* è una[9]. Concettualmente, dunque, il principio rappresentativo è un principio di forma dell'unità politica di un popolo aristocratico-oligarchico, che è apparso democratico solo per l'opposizione storica del Parlamento, come rappresentante del popolo unito politicamente, alla monarchia assoluta e la cui aristocraticità si è attenuata con il processo di democratizzazione, ma che resta di fondo aristocratico. Schmitt scrive che «il rappresentativo contiene cioè proprio il non-democratico» della democrazia rappresentativa, ovvero «nella misura in cui il Parlamento è un rappresentante dell'unità politica, esso si trova in contrasto con la democrazia» [10]. Accentua la simbolicità e la trascendenza della rappresentanza, fino a divenire distinzione e non somiglianza e similarità. Meglio, nella rappresentazione teologico-politica il simbolo, che ha una sua immanenza, una realità, si trasfigura e trapassa in allegoria che, con lo svilimento della materia, della realtà immediata, sensibile, è più propriamente teologica perché trascendente.

La rappresentazione è, allora, il dispositivo elitista che ha sostenuto e sostiene il governo rappresentativo come forma politica distinta dal governo popolare, il governo dei valorosi rispetto al governo del popolo disordinato. Non importa colmare lo scarto tra i rappresentanti e i rappresentati perché i primi costituiscono i secondi. Tende all'Uno e non ai molti. Il governo rappresentativo implica una rappresentanza fiduciaria (*trust,* nell'accezione burkiana) che non è la rappresentanza del governo democratico, perché conta la qualità di chi rappresenta, la sua superiorità rispetto ai governati. I rappresentanti non devono essere come i loro rappresentati, ma devono essere una aristocrazia naturale, di censo o scelta più o meno liberamente dagli elettori, ma pur sempre una aristocrazia. È una rappresentazione che non include necessariamente l'elezione come metodo di scelta del rappresentante: l'elezione è un mezzo al pari del principio ereditario,

---

8 Ha ragione C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 214, che il finzionalismo dell'*Als-Ob* di Vahinger è all'origine del concetto schmittiano di rappresentazione. Ma lo è in modo particolare, polemico: come si ricava da C. Schmitt, *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 94-5, la rappresentazione giuridica, che è la forma concreta dello Stato, è una *persona ficta* non già perché è consapevolmente falsa, come è la finzione per il neo-kantiano, ma – recuperando il diritto romano – perché non è naturale, è una costruzione interna all'idea del diritto, quindi, è vera non in fatto ma in diritto.

9 C. Schmitt, *Cattolicesimo romano e forma politica*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 52.

10 C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 288.

dell'estrazione a sorte, della cooptazione, etc. Può dipendere organicamente e periodicamente dal popolo mediante l'elezione, che è «una designazione di capacità»[11] e, quindi, essere responsabile, ma deve essere funzionalmente indipendente, libera, proprio perché più capace, con talento. L'idea della rappresentazione sta, altresì, dietro alla teoria della rappresentanza politica come rappresentanza istituzionale, ove il rappresentato non esiste come soggetto di diritto prima della rappresentanza che, con un processo creatore e identificatore – non necessariamente elettivo – di una realtà ideale, attribuisce identità. Ma proprio perché l'istituzione rappresentativa ha la funzione di dare corpo a una entità solo ideale che esiste giuridicamente proprio per il fatto dell'esistenza di un'istituzione rappresentativa, ogni rappresentanza politica è una rappresentanza istituzionale, altrimenti non è, ovvero il popolo è lo Stato[12].

Però, la dottrina teologico-politica della rappresentazione, con le sue molte riscritture, non è valida perché non permette di spiegare il diritto costituzionale positivo, che all'opposto la contraddice: è, cioè, arbitraria. La rappresentanza di un popolo sovrano non può incorporare un plus-valore del rappresentante rispetto al rappresentato, perché il sovrano è questo e non quello. Se il popolo che deve essere rappresentato è il soggetto sovrano per titolo e per esercizio, perché l'art. 1, comma 2, della Costituzione non attribuisce al popolo la titolarità di una «nuda sovranità»[13], non è un non essere né un essere in-forme che attende il suo demiurgo. Per essere sovrano, il popolo rappresentato deve esistere (*ek-sistere*), deve essere, già, originariamente, nella sua concreta immanenza, forma politica o,

---

11 Così V.E. Orlando, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 448.

12 C. Esposito, *La rappresentanza istituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano,* vol. I, *Filosofia e Teoria generale del diritto. Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1940, p. 303 ss. Attinge alla medesima economia suppletiva, creativa, della rappresentazione V. Zangara, *La rappresentanza istituzionale*, Padova, Cedam, 1952. L'effetto è «la sterilizzazione della rappresentanza generale» per S. Sicardi, *Il fascismo in Parlamento: lo svuotamento della rappresentanza generale. in Storia d'Italia. Annali, vol. XVII: Il Parlamento*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 2001, p. 282, ripreso da S. Bonfiglio, G. Maestri, *I partiti e la democrazia. Dall'art. 49 della Costituzione italiana ai partiti politici europei*, Bologna, il Mulino, 2021, p. 36.

13 Il virgolettato è tratto da C. Esposito, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 10. Torna in E. Tosato, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 5.

comunque sia, deve essere in grado di agire politicamente prima della rappresentazione in forma parlamentare, al di fuori del punto di vista rappresentativo della 'persona' che ne dipende strutturalmente. La sua esistenza naturale, necessaria, contiene una minima strutturazione politica. Nel governo popolare il popolo non è un'idea, ma una concreta realtà economico-sociale e già politica[14]. Se, infatti, il rappresentato non preesistesse politicamente al rappresentante, se il popolo non fosse già una persona rappresentativa della moltitudine ma pura moltitudine senza *status*, se la forma politica gli fosse miracolosamente conferita dal rappresentante della teologia politica che lo crea e lo produce *ex nihilo* con la sua azione rappresentativa eccedente, non ci sarebbe chi rappresentare, raffigurare e non sarebbe certo sovrano il popolo rappresentato. Se il popolo è artificio del rappresentante, cambia il soggetto della sovranità. Pertanto, il popolo sovrano non è la rappresentazione di un'Idea o di un essere di 'specie particolare', che sarebbe spirito e non corpo, ma – contro Schmitt – di uomini in carne ed ossa[15]. Il problema è stabilire ciò che di politico, di forma e di ordine, c'è prima e dopo la rappresentanza parlamentare e come si forma quella politicità, ma tra il primo e il dopo c'è continuità, non cesura. Il popolo ha naturalmente, esistenzialmente, una qualche forma politica, di cui la decisione o meglio la deliberazione del rappresentante, che è dal popolo autorizzato, riconosciuto e accettato, determina – riconvertendo Schmitt – la specie e la forma.

Ma se la rappresentazione teologico-politica non include il diritto positivo non è neppure vera teoricamente: lo sarebbe, infatti, solo se includesse e spiegasse tutte le ipotesi. Ed è più che probabile che la teologia politica non spieghi scientificamente nulla. È sì un pensiero critico, che scava sotto la superficie della autorappresentazione e della autolegittimazione della modernità, ma rinvia sempre – tanto se declinata come teologizzazione del politico, quanto come politicizzazione del teologico, quanto ancora come analogia strutturale tra teologia e concetti

14 V. Crisafulli, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 156, nota 6, intendeva il popolo rappresentato come «insieme dei *cittadini* viventi» (il corsivo è aggiunto).

15 C. Schmitt, *Il valore dello Stato*, cit., p. 92, inorridirebbe: all'obiezione individualista che «prima che si possa parlare di qualsiasi altra cosa deve esistere l'uomo concreto, in carne e ossa», Schmitt oppone, infatti, «l'inconciliabilità di astratto e concreto», «l'errore logico di far decidere sul valore ai «presupposti» empirici», «l'errore del più crasso materialismo, per il quale il cervello è «più importante» del pensiero, dato che senza cervello non c'è pensiero».

giuridici e politici – ad un fondo originario inafferrabile, autofondante, inspiegato ed inspiegabile, insondabile, perché non c'è spiegazione speculativa o scientifico-sperimentale di Dio che è inconoscibile.

3. La rappresentanza e lo specchio

L'elemento rappresentativo nella democrazia parlamentare incontra, al lato opposto della rappresentazione teologica, «simbolica», «assoluta» e indipendente che dà forma al rappresentato, la rappresentanza-specchio, «descrittiva», copia del popolo rappresentato[16], ma non vi coincide. Questa è il rovesciamento della concezione trascendente e creativo-costitutiva della rappresentazione della teologia politica, riconvertita in esecuzione. È una forma mimetica e non costitutiva: appartiene all'ordine del sembiante, al regno della somiglianza. Nella ri-presentazione si rappresenta ciò che è: il dover essere coincide con l'essere.

Le ragioni dell'incontro sono intuitive. L'ideale della rappresentanza come somiglianza e affinità sorregge il governo rappresentativo di un popolo che preesiste ed elegge i propri rappresentanti. Quell'ideale è precisamente la condizione della compossibilità, il punto di incontro, tra il principio rappresentativo della divisione del lavoro e il principio democratico dell'uguaglianza politica dei cittadini: è il punto di riconciliazione o meno pacificamente di tensione massima sopportabile senza l'elisione di uno dei due termini.

Ma il principio rappresentativo e quello democratico sono distinti. La rappresentanza e l'elezione non sono la stessa cosa, dato che si può dare la rappresentanza senza elezione[17]: è il caso della rappresentanza regia o della deliberazione as-

16 La dualità tra gli idealtipi è in H.F. Pitkin, *Il concetto di rappresentanza,* Soveria Mannelli, Rubbettino, 2017, da cui sono tratte le espressioni virgolettate e in J. R. Pennock, J.W. Chapman, *Representation*, London-New York, Routledge, 2006 e *passim*, declinati come «rappresentanza/posizione d'autorità che rende possibile al popolo agire politicamente» e «rappresentanza/rispecchiamento del popolo» da M. Dogliani, *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra Otto e Novecento*, in Id., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, il Mulino, 2015, p. 277 ss.; Id., *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, in *Democrazia e diritto*, 2/2014, p. 7 ss. Simile la polarità descritta da M. Fioravanti, *Costituzione,* Bologna, il Mulino, 1999.

17 Contro l'identificazione tra rappresentanza politica e rappresentanza elettiva F. Lanchester, *Teoria e prassi della rappresentanza politica nel Ventesimo secolo*, in S. Rogari (a cura di), *Rappresentanza e governo alla svolta del nuovo secolo*, Firenze, Firenze University Press, 2006, p. 8; Id., *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano,

sembleare che rappresenta l'assemblea. L'elezione, però, non contraddice l'ideale democratico della rappresentanza come similarità tra governanti e governati. Nella sua radicalità, questa è l'idea di Manin che persino il governo rappresentativo elettivo sia una forma di governo aristocratico perché le elezioni – che condividono l'etimo d'*élite* – sono sempre uno strumento aristocratico, in cui conta di fatto la qualità/il talento di chi è eletto, dunque, scelto e non già il mero numero e l'eguaglianza come probabilità matematica pura, che governano, invece, la lotteria dell'estrazione a sorte[18]. Il sorteggio è, infatti, il metodo tipico del principio di identità tra governanti e governati, quindi, della democrazia intesa come «governo diretto», perché esclude una «diversità qualitativa» tra gli uni e gli altri[19]. L'estrazione a sorte non può dare alcun rilievo alla qualità, alla competenza, è neutrale, è pura eguaglianza aritmetica o numerica, è il trionfo dell'uomo qualunque, del *ho boulómenos* (chiunque voglia) della democrazia ateniese[20]. Di contro, l'elezione è il metodo di scelta dei governanti che rende rappresentativo, nel senso di non democratico, un governo. Manin ammette che le elezioni abbiano una componente democratica, perché consentono a ciascun cittadino un voto eguale: e una volta che si afferma il consenso come fondamento di legittimità dell'obbligo politico le elezioni non possono che avere la meglio sull'estrazione a sorte. Ciò, però, non elimina la loro componente aristocratica. Le elezioni comportano sempre una distinzione tra persone: non possono che selezionare persone differenti, che si distinguono per qualche qualità prescelta (più o meno) liberamente e per questo impediscono istituzionalmente di scegliere cittadini che assomigliano agli altri, che non avrebbero ragione di essere, per l'appunto, scelti[21]. La conseguenza è che la rappresentanza elettiva non è democratica. Manin va oltre Schmitt. È vero che anche Schmitt riteneva che l'estrazione a sorte fosse il me-

---

Giuffrè, 2006, p. 10 ss.; M. Troper, *Osservazioni sullo statuto del concetto di rappresentanza politica*, in *Filosofia politica*, 1/1998, p. 198.

18 B. Manin, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 11 ss., p. 49 ss. e p. 147 ss. e Id., *La democrazia dei moderni. Con due discorsi di Francesco Guicciardini sull'elezione e l'estrazione a sorte dei governanti*, Milano, Anabasi, 1992, *passim* e spec. p. 77 ss.

19 B. Manin, *Principi,* cit., p. 169 ss.

20 J. Harrington, *The Prerogative of Popular Government*, in J.G.A. Pocock (a cura di), *The Political Works of James Harrington*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977, p. 477 ss.; Id., *La repubblica di Oceana* (1656), Milano, FrancoAngeli, 1989, p. 114 ss. e 129 ss., cui rinvia B. Manin, *Principi,* cit., p. 11 e p. 40 ss.

21 B. Manin, *op. ult. cit.*, p. 158 e p. 178.

todo che garantiva meglio l'identità fra governanti e governati, ma lo riteneva un metodo ormai impraticabile. In ogni caso, considerava, potenzialmente, le elezioni compatibili sia con il principio di identità che con quello di rappresentanza: «l'elezione può essere un mezzo tanto del principio di rappresentanza quanto di quello dell'identità [...] ma occorre distinguere quale senso l'elezione abbia nella realtà. Se deve fondare una vera e propria rappresentanza, allora essa è lo strumento di un principio aristocratico»[22]. Il senso delle elezioni per Schmitt dipendeva dal rapporto tra eletti ed elettori: le elezioni sono democratiche se eleggono agenti, commissari o servitori; sono aristocratiche se eleggono rappresentanti indipendenti da istruzioni e mandati. Per Manin, invece, le elezioni hanno sempre una componente aristocratica: gli eletti non possono essere simili ai loro elettori, perché diversamente non sarebbero scelti, indipendentemente dal rapporto eletti-elettori. Prova ne è che chi propendeva per il governo popolare, più democratico, chiedeva il mandato, le istruzioni, proprio per controbilanciare la dissomiglianza inevitabile e annichilire la differenza, la distinzione, del rappresentante della comunità.

Ma, contro Manin, non si vede perché l'estrazione a sorte garantisca probabilità di maggiore somiglianza tra rappresentanti e rappresentati di quanto non garantisca l'elezione e, quindi, perché le lotterie siano democratiche e le elezioni aristocratiche. Anzi, a rigore, il sorteggiato non è neppure un rappresentante. Piuttosto, la democraticità della rappresentanza elettiva, che di certo è la forma politica meno aristocratica che l'umanità abbia conosciuto, dipende dall'universalità e dall'uguaglianza politica del diritto di voto. L'idea, però, che la rappresentanza elettiva non sia democratica – e che la stessa espressione democrazia rappresentativa sia insensata[23] – individua bene la ragione della distinzione concettuale tra principio democratico e rappresentativo e, con essa, la concezione di rappresentanza compatibile con l'ideale democratico: il principio democratico attiene all'uguaglianza politica tra i cittadini, l'altro a una forma di somiglianza, similarità

22 C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, cit., pp. 337-8.

23 Definisce ossimorica la locuzione democrazia rappresentativa A. Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 20, che però – contro la originaria dicotomia tra i due concetti – lega dialetticamente rappresentanza e sovranità popolare nel diritto costituzionale vigente.

e prossimità tra i governanti e i governati.

In un governo rappresentativo del popolo, la rappresentanza è lo specchio di quel popolo nel tentativo di produrre identificazione materiale e non formale. È una rappresentanza attuale e non virtuale[24]. Ciò che si rappresenta, il popolo, la sua unità politica, non è creazione del rappresentante, pur capace che sia, visto che sovrano è il popolo: nella rappresentanza del governo popolare qualcosa deve preesistere. Ma quel qualcosa è sempre presupposto assente, è altrove e ha pur sempre bisogno della mediazione rappresentativa. Per dirla con gli anti-federalisti americani, i rappresentanti del popolo devono essere «il segno» e il popolo «ciò che è significato»[25]. Il valore, però, è del secondo: i rappresentanti valgono perché copiano, riproducono, il popolo che elegge i rappresentanti. Può anche essere una rappresentatività sociologica, esistenziale, in cui i rappresentanti sono «carta geografica» del corpo sociale riprodotto[26]. Ma la somiglianza, la similarità e la prossimità che rileva nella rappresentanza politica democratica è una scelta volontaria, consapevole. Quando il popolo vota, manifesta una volontà immediata e quella volontà del popolo che è l'elezione deve essere, più o meno esattamente, rappresentata nell'Assemblea eletta.

Ora, va da sé che, nella concezione mimetica della rappresentanza, la corrispondenza non potrà mai essere perfetta. La rappresentanza non può colmare lo scarto tra i molti assenti e i pochi presenti a favore dei molti da rappresentare, pena l'inutilità della rappresentanza: un poco di simbolicità della rappresentazione del soggetto collettivo, che non può mai farsi realmente, carnalmente, presente, è ineliminabile[27]. La spiega bene il paradosso delle mappe a grandezza naturale di

---

24 Nei termini delle concezioni della rappresentanza che opposero il governo rappresentativo repubblicano dei federalisti al governo popolare degli antifederalisti nel dibattito sulla ratifica della Costituzione americana ricostruito da T. Ball, *A Republic if you can keep it*, in T. Ball, J.G.A. Pocock (a cura di), *Conceptual Change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988, p. 144 ss. e, prima, da J. Elliot (a cura di), *The Debates in Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution as Recommended by the General Convention at Philadelphia*, vol. II, New York, Burt Franklin, 1888, p. 256 ss.

25 Brutus, *Essay III*, in H. J. Storing (a cura di), *The Complete Anti-Federalist,* vol. II, Chicago, The University of Chicago Press, 1981, § 2.9, p. 377.

26 M. Cotta, *Rappresentanza politica*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 1983, p. 955 ss.

27 Da qui derivano l'aporeticità del legame tra rappresentanza politica e democrazia E.W. Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto*

Borges che, con una trasposizione linguistica dalla rappresentazione cartografica dei punti alla rappresentanza politica degli individui, immagina l'enigma del «Parlamento Mondiale», che ha tutti gli uomini di tutte le nazioni come deputati, il mondo come luogo e l'intera storia come durata[28]. In un governo popolare la rappresentanza non può, però, neppure colmare il differenziale a favore dei pochi che rappresentano, come la rappresentanza assoluta, indipendente, aristocratica, che sostituisce i rappresentanti a coloro che sono rappresentati. La rappresentanza democratica deve contenere lo scarto tra il visibile e l'invisibile nella direzione della maggiore presenza possibile del popolo.

Per contenerlo, il diritto di voto deve essere universale, i rappresentati politici devono essere eletti direttamente e l'Assemblea parlamentare deve, nel suo complesso, rispecchiare l'orientamento politico di tutto il popolo. La somiglianza tra i rappresentati e i rappresentanti esige che l'elezione corrisponda, per lo meno abbastanza, al risultato politico espresso dagli elettori col voto. E, nella democrazia fondata sulla mediazione dei partiti politici, la rappresentanza è tra i seggi attribuiti e i voti ottenuti da ciascun partito politico. Non è una equi-valenza tra gli uni e gli altri, perché la rappresentazione comporta un'inevitabile approssimazione delle molteplici preferenze politiche degli elettori[29]. È una vero-simiglianza che, per quanto grande sia, non è necessariamente la verità, che, anzi, può essere inverosimile. Ma è una verosimiglianza che, per ridurre il margine di errore, prescrive che vi sia proporzione: la funzione rappresentativa è cioè una questione di proporzioni.

---

costituzionale, a cura di M. Nicoletti-O. Brino, Milano, Giuffrè, 2006, p. 499 ss. e F. Lanchester, *Il concetto di rappresentanza in campo politico e i problemi della integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in *Il Filangieri. Quaderno*, 2006, p. 24 ss.

28 J.L. Borges, *Il Parlamento*, in Id., *Tutte le opere*, vol. II, Milano, Mondadori, 2001, p. 577 ss.

29 In punto di rappresentatività dell'elezione, è corretto il paradosso del sorite (*soros*, mucchio): poiché nelle elezioni con molti elettori non succede mai che il vincitore vinca per un solo voto di differenza, il singolo voto non è mai determinante. A rigore, non è, dunque, mai possibile un'equa rappresentanza perché non esiste nessun metodo di ripartizione dei seggi che soddisfi i principi di proporzionalità e di monotonicità: non vi è forse legge elettorale che garantisca che tutti i collegi o tutti i partiti prendano quanto spetta loro in base alla consistenza numerica della propria popolazione o dei propri voti. Ma alcune sono migliori di altre nel garantire la giusta proporzione.

Ma la forma mimetica della rappresentanza non spiega, dopo l'elezione, né il libero mandato né la forma rappresentativa delle leggi del governo parlamentare moderno. Lo specchio sembra deformarsi in un miraggio e la rappresentanza aristocratizzarsi. Nella rappresentanza libera della nazione la volontà, infatti, non è del popolo ma di un altro, che dipende organicamente dal corpo elettorale, attraverso le elezioni, ma ne è funzionalmente indipendente[30]. È, invero, il problema di ogni profezia, di ogni dire al posto di qualcun altro, in cui il dire rimane sempre diviso, spezzato, interdetto, tra sé e la propria legittimazione, tra chi porta la parola e chi ne detiene la legittimità. «Parola e gesto restano costitutivamente separati; entrambi, certo, connessi in un rimando continuo dell'uno nell'altro, ma mai riconciliabili, mai riducibili a uno stesso possesso». Più precisamente, «come il profeta dispensa la parola potendola legittimare solo a partire da un elemento esterno a essa [...], allo stesso modo chi detiene la legittimità di quella parola è comunque interdetto alla sua pratica, avendo perciò sempre bisogno di un altro che lo faccia "in sua vece". Qualcuno che parli per lui, senza per questo diventare lui. Così è "signore" di quella parola, ma non ne diviene mai il possessore: è sua, senza davvero appartenergli»[31]. Si può anche imputare la volontà del 'portavoce' al suo 'signore', il popolo, ma la persona collettiva è immaginata, pensata, dal rappresentante, che, quindi, non può da quella essere vincolato. Il libero mandato non è la rappresentazione della teologia-politica, ma è simbolico. Non esclude la pre-esistenza politica del popolo, perché, se c'è elezione, c'è un popolo concreto che vuole o, per lo meno, sceglie quando elegge e c'è una qualche forma di mandato: semplificando, se c'è elezione, c'è una dipendenza strutturale tra rappresentato e rappresentante, perché c'è qualcuno che preesiste al rappresentante e gli sopravvive. Ma se l'eletto deve rappresentare tutti, il popolo, e non solo chi lo ha eletto, la parte, la fazione, non può scoprire e manifestare una volontà già pre-formata. Può rappresentare l'interesse comunitario e decidere per la città proprio perché non riproduce mimeticamente parti, ma è capace di elaborare idee e votare su ciò che unisce tutte le parti, su ciò che le rende un popolo, una unità poli-

30 P. Pinna, *Il principio di leale collaborazione, l'indipendenza della magistratura e la separazione del potere,* in Aa.Vv., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1459-60.

31 L'idea della inappropriabilità costitutiva della parola, compendiata nei virgolettati, è tratta da G. Petrarca, *Mosè. Dal mondo al libro*, Milano, Feltrinelli, 2026, pp. 105-6.

tica. Se fosse lo specchio del molteplice non potrebbe mai sostenersi e giustificarsi con la ragione pubblica: non si passerebbe mai dal popolo come concreta «molteplicità» al popolo come «unità»[32]. E ciò vale a maggior ragione dopo che non vi è più una unità politica che preesiste da riprodurre: il pluralismo non può, infatti, che postulare *una* unità politica da raggiungere e non già *l'*unità precostituita da conservare. Certo, il libero mandato è pur sempre un mandato, una forma di vincolo, perché il popolo riunito ha una volontà minima, vuole eleggere rappresentanti ai quali ha delegato il potere deliberativo. Ma la sua violazione non invalida l'atto, perché non c'è un incarico procuratorio, seppure determini una responsabilità politica.

Al pari, nella «legislazione "rappresentativa"» [33], la legge è una deliberazione parlamentare e non popolare. Nel caso di mandato imperativo, procuratorio, che fa dei rappresentanti la copia, i sostituti, dei rappresentati, i rappresentanti non deliberano nulla, non vogliono nulla per la città, ma comunicano, trasmettono meccanicamente, istruzioni, volontà singole, particolari, preformate di individui concreti o comunità costituite: sono «portatori di voti», «trasmettitori di voti» o «corrieri politici», come dice Sieyes[34] o «servitori amministrativi del processo di produzione», come scrive Schmitt a proposito del sistema proletario dei consigli[35]. Al più amministrano, seguono l'ordine delle cose, ma non pongono diritto[36]. Se i rappresentanti riflettono i rappresentati, la deliberazione avviene al-

32 La relazione tra l'autorità del «popolo come unità» e il «popolo come molteplicità» è tratta da H. Heller, *Dottrina dello Stato*, Napoli, E.S.I., 1988, p. 141. Cfr. anche Id., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 141-2.

33 H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 699.

34 J.-E. Sieyes, *Deliberazioni da prendere alle assemblee di baliaggio*, in Id., *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G. Troisi Spagnoli, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 327-8, nota 3; Id., *Discorso dell'Abate Sieyes sulla questione del veto regio alla seduta del 7 settembre 1789*, ivi, p. 441.

35 C. Schmitt, *Cattolicesimo romano*, cit., p. 53.

36 H. Arendt, *Sulla rivoluzione,* Torino, Einaudi, 2009, pp. 273-4, seppure nel contesto di una critica radicale alla rappresentanza politica e, più esattamente, alla mediazione rappresentativa, che le appare già al tempo della Convenzione americana un dilemma senza soluzione, stretta come è nell'alternativa fra «la rappresentanza come governo, controllato dal popolo, dei rappresentanti dei cittadini sul popolo», il cui esito conservatore è l'esclusione dei cittadini dalla sfera pubblica e «la rappresentanza come semplice sostituto dell'azione diretta del popolo», nota che in questo secondo caso «il governo degenera in semplice amministrazione, lo spazio pubblico scompare: non v'è più spazio [...] né per discutere e decidere [...]: gli affari politici sono quelli destinati per necessità a essere decisi da esperti, ma non sono aperti alle

trove. Ma ciò contraddice la regola del governo parlamentare che il 'valore' di legge è un atto deliberativo voluto da rappresentanti eletti a suffragio universale e diretto. La rappresentanza 'allo specchio' non giustifica, quindi, l'esercizio della funzione deliberativa da parte del Parlamento.

4. La rappresentanza non è una finzione

Se la rappresentazione teologica non è democratica e la rappresentanza descrittiva è antiparlamentare, non significa che la rappresentanza del popolo sovrano sia una finzione, una menzogna, un mito più o meno in declino, un inganno, un mistero o un dilemma.

È la critica kelseniana alla rappresentanza parlamentare: la volontà del rappresentante non può valere come volontà del popolo rappresentato perché, con l'introduzione del libero mandato, che è una *contradictio in adjecto*, il primo è giuridicamente indipendente dal popolo che lo elegge e perché «non esiste affatto una volontà del popolo in senso giuridico e, oltre a ciò, una volontà unitaria del popolo è una chimera»[37] o, detto altrimenti, «il popolo nel suo complesso è muto»[38]. L'esito è che la rappresentanza parlamentare, laddove imputa al popolo la volontà del Parlamento, è una «finzione» che occulta lo sganciamento del Parlamento dal popolo e così svela la finzione della sovranità popolare[39], perché l'atto sovrano è stabilito dal rappresentante e non dal popolo. Con il naufragio della democraticità della rappresentanza, il trionfo della concezione simbolica e il disvelamento dell'ideologia, intesa come cattiva coscienza, della dottrina metafisica

opinioni e a una vera scelta: perciò non c'è alcun bisogno di quel "corpo scelto di cittadini" di Madison il quale dovrebbe filtrare e decantare le opinioni in opinioni pubbliche».

37 H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 793. L'idea dell'«indipendenza giuridica» del Parlamento dal popolo è anche in Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Ed. di Comunità, 1963, p. 293 ss.

38 H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 701. Realisticamente, Id., *I fondamenti della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 194, nota che «non si può negare che il popolo, come massa di individui di differenti livelli economici e culturali, non ha una volontà uniforme, che solo l'individuo possiede un volere reale e che la cosiddetta «volontà popolare» è un modo di dire figurato e non una realtà».

39 H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 696. E per Id., *Il concetto di finzione e l'oggetto della conoscenza scientifica del diritto* (1919), in Id., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello Spirito*, a cura di A. Carrino, Napoli, E.S.I., 1988, p. 235 ss., la finzione non pertiene alla scienza giuridica, in quanto la finzione serve a conoscere la realtà, mentre il diritto come *Sollen* è già esso stesso l'unica realtà del diritto e della scienza giuridica.

della sovranità del popolo, «una maschera totemica»[40].

La spiegazione della forma rappresentativa di un governo popolare passa da uno spostamento: la messa in questione che la rappresentanza parlamentare sia un mezzo per la formazione della volontà del popolo. Aveva ragione Rousseau che la volontà – e con essa l'azione – non si può rappresentare: o è la propria o è quella di un altro, «una via di mezzo non esiste»[41]. Ma la rappresentanza politica è giustificabile democraticamente.

La volontà è una capacità individuale e non collettiva, è propria di ciascun uomo e non di una comunità. Naturalmente esistono solo gli uomini concreti che hanno, ciascuno, (ragione e) volontà. La volontà del popolo come unità, invece, non esiste in natura. La società non è, e non ha, una soggettività, fatta di corpo e mente, che sente, pensa, agisce ed individua propri fini, la quale non può avere per sede che 'l'uomo solo'. Le comunità umane, piuttosto, agiscono e deliberano unitariamente sulla base di regole autorizzate, accettate, riconosciute pubblicamente e, quindi, legittimate dagli uomini che formano quelle comunità. Sono le regole che il popolo si dà che costituiscono la sua volontà e, quindi, costituiscono il popolo giuridicamente. Le regole sono artificiali, perché poste, ma non sono finte, sono reali, come sono reali tutti i fatti sociali: costituiscono una organizzazione politica reale dell'azione unitaria di molti uomini. La volontà del rappresentante è costituita artificialmente come volontà di tutti dalla regola costitutiva – accettata dagli uomini (naturali) che compongono quella collettività – che attribuisce all'intenzionalità e alle volontà (naturali) di alcuni uomini membri dell'associazione una qualità, il valore rappresentativo, simbolico, dell'intera comunità: è l'azione di qualcuno, di un uomo o di un'assemblea, che vale come azione di tutti. Non ha, dunque, senso interrogarsi sulla corrispondenza, sulla

40 H. Kelsen, *La democrazia* e *Il problema del parlamentarismo,* in Id., *Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 24-5 e p. 179: va poi da sé che, se si slega, come nella dottrina pura del diritto, il parlamentarismo dalla rappresentanza del popolo sovrano e lo si considera finzione, artificialità, mera imputazione e si risolve, al modo del positivismo giuridico della dottrina tedesca tra il XIX e il XX secolo, la teoria della rappresentanza in una teoria organica, non vi è ragione per distinguere la nomogenetica giurisprudenziale da quella legislativa e, quindi, la giurisdizione, così come l'amministrazione, può creare materialmente diritto al pari della legislazione.

41 J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale o princìpi del diritto politico*, a cura di T. Magri, Roma-Bari, Laterza, 1992, L. III, cap. 15, p. 163.

coincidenza, tra la volontà dei rappresentanti e quella del popolo, perché la volontà del popolo come unità non esiste in natura e come tale non può essere né riprodotta né tradita[42]. Solo se si naturalizza la volontà del popolo, solo se la si ipostatizza come la volontà di un macro-antropo, un superorganismo collettivo e impersonale che contiene tutti ed è più di tutte le persone che compongono la collettività, si è costretti a ricorrere alla finzione organica di un soggetto collettivo.

Quando, poi, il rappresentante è un'assemblea, un soggetto collettivo, la volontà della maggior parte è tenuta per – è istituita, attraverso la volontà di ciascuno, come – la volontà di tutti, obbliga tutti e non solo coloro che hanno votato a favore, ma non è la volontà di tutti che non si può mai costituire come una volontà, perché sarà sempre e solo la somma delle volontà naturali di ciascuno, quindi, di volontà particolari, che non mutano la loro natura per la sola ragione che si sommano. Più precisamente, la volontà dei rappresentanti, che è la volontà della maggior parte di loro ove riuniti in assemblea, ossia di una parte, è tenuta *come* la volontà di tutti proprio perché non *è* la volontà di tutti. Non vi è contrapposizione tra l'una e l'altra, perché la prima è l'unica forma di espressione di un volere unitario del soggetto collettivo, è l'unico modo di esistenza delle organizzazioni giuridiche[43]. Ciò a ben vedere avviene anche quando la deliberazione spetta all'assemblea popolare: essa è sempre «una decisione della maggior parte dell'assemblea. Sicché anche in questo caso la volontà della maggior parte degli uomini del popolo riunito vale come decisione dell'intero popolo, cioè è simboli-

42 Invero, anche H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, cit., pp. 58-9, muove dal presupposto che esistono le volontà degli individui e non la volontà del popolo, che può darsi solo come «dato giuridico», ma la giuridicità della volontà del popolo è intesa come «unità normativa», come «la sottomissione di tutti i suoi membri al medesimo ordine giuridico statale in cui si costituisce [...] l'unità dei molteplici atti umani, la quale rappresenta il popolo come elemento dello Stato». In una, dice che il popolo, come lo Stato, è l'ordinamento giuridico cui è assoggettato. Quindi, non è una teoria utile per giustificare il governo rappresentativo democratico.

43 Già S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, vol. I, IV, 1902, pp. 8-9, escludeva che l'atto di un organo collegiale, quale è il Parlamento, fosse espressione di «una volontà psicologicamente unica»: è, invece, «il concorso di molteplici volontà individuali» che sono costituite in volontà dell'organo collegiale da «una regola di diritto», che, definendone il potere, lo limita. Da lì Romano argomenta la pensabilità di limiti giuridici alla legge, quale atto collettivo e complesso.

ca o rappresentativa, e i rappresentati non coincidono con i rappresentanti»[44].

Quindi, la rappresentanza non è una questione di scala della democrazia[45], ma il popolo esiste sempre rappresentativamente, il popolo sovrano è già rappresentato ovvero il governo popolare è rappresentativo, come ogni forma politica. Il corpo della comunità, a differenza di quello individuo, è organizzazione giuridica e tutte le organizzazioni umane esistono realmente ma agiscono in modo rappresentativo o simbolico, sono cioè fatti normativi. Pertanto, la rappresentanza del popolo sovrano, il popolo rappresentato da una persona rappresentativa diversa dal popolo riunito, non è concettualmente un ossimoro e non ha bisogno di ricorrere né alla dialettica teologico-politica della messa in presenza di una assenza né alla riproduzione mimetica dei rappresentati per dissimulare il ruolo della mediazione.

4.1 L'artificio naturale della rappresentanza

La forma rappresentativa è una regola giuridica accettata dagli uomini che compongono il popolo e che, meglio, costituiscono un popolo come unità politica proprio perché autorizzano la stessa forma rappresentativa. Ma, contro Kelsen, imputare al popolo la volontà del Parlamento non è una finzione, non è un fatto immaginario e inventato considerato come reale e men che meno una arbitraria e consapevole falsità, «il finto che si spaccia per vero»[46]. L'impressione è che Kelsen scambi per finzione, intesa *à la* Vahinger, la performatività e costitutività del diritto. Il diritto è innaturale perché la natura del diritto è artificio: è la qualificazione, l'attribuzione collettiva di qualità ad una materia che 'vale come', è materia

44 L'argomento è tratto da P. Pinna, *La rappresentanza fra realtà naturale e artificiale*, in *Lo Stato*, 14/2020, p. 347 ss.; Id., *La rappresentanza democratica e aristocratica*, Mucchi, Modena, 2021, p. 11 ss., che ne deriva conseguentemente che la rappresentanza non è una specifica forma politica. All'origine della rappresentanza moderna, J.-E. Sieyès scriveva che «essa sola è il corpo organizzato. Il popolo disperso non è un corpo organizzato, esso non ha né una volontà, né un pensiero, né alcunché come uno», citato da S. Mannoni, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, t. I, Milano, Giuffrè, 1994, p. 272.

45 È la diffusa assunzione della teoria e della pratica democratica, che unisce l'idea democratica del governo del popolo nella città-Stato alla pratica non-democratica della rappresentanza nello Stato-nazione, perfettamente compendiata in R.H. Dahl, *La democrazia e i suoi critici,* Roma, Editori riuniti, 2023, spec. p. 55 ss. e p. 301 ss.

46 C. Ginzburg, *Il filo e le tracce. Vero falso finto*, Milano, Feltrinelli, 2018, p. 12.

pensata. Il diritto è 'valore', ma l'associazione non si dà senza la base naturale: esso fa sì che qualcosa conti come qualcosa, trasfigura l'essere nella prospettiva del dover essere, ma non lo rende immaginato o fantasmatico[47]. Il diritto crea realtà con effetti giuridici, pertanto è finto solo a patto di intendere la finzione come produttiva di effetti di verità/realtà[48]. La realtà del diritto è, cioè, artificio e non natura, ma è, appunto, reale e produce trasformazioni sulla realtà. Il diritto separa le cose dalle parole, ma le cose esistono, si incorporano e condizionano le parole, sono sempre di più delle parole e le parole del diritto producono *realia*. Lo stesso vale per quelle particolari cose che sono le istituzioni, i fatti sociali: il diritto, nominandoli, li qualifica, li costituisce, li astrae dalle singolarità e universalizza gli accidenti, ma non li rende irreali. Per il diritto non scompaiono le cose della vita reale, naturale o sociale che sia, che sono appunto *res iuris* e non diventano puro arte-fatto umano: il costruttivismo è alleato del materialismo. È vero che il diritto è forma, idea, dover-essere, ma sempre *forma rei*: traveste fatti e attribuisce qualità a una cosa. La forma del diritto è precisamente la «forma eventica»[49], in cui la forma è carica di evento e l'evento non è vuotato di ogni valore, un mero accidente, forza selvaggia: è una forma che non è vuota, non è in sé stessa e per sé stessa, ma è un simbolo, una funzione, con un valore pratico e non teoretico. Se è un'essenza, è un'essenza reale. Per il diritto, non c'è la forma *e* la realtà, perché la forma è reale e non finta e la realtà del diritto è la messa in forma della vita, la sua organizzazione, qualificazione e classificazione[50]. Il fenomeno è che una persona o un oggetto normale acquisiscono un nuovo *status* basato solamente sul potere deontico che gli viene collettivamente dato attraverso una qualche forma di accordo, e quell'accordo è oggettivato e diventa parte della realtà esterna. Detto diversamente, nell'artificio della rappresentanza, dopo la critica degli universali, logici e metafisici, ci sono le cose e ci sono le parole, ma queste corrispondono a

47 M. Spanò, M. Vallerani, *Come se. Le politiche della finzione giuridica*, in Y. Thomas, *Fictio legis*, Macerata, Quodlibet, 2016, p. 95.

48 Secondo il fitto intreccio di vero, finto e falso nelle narrazioni storiche, in cui le narrazioni di finzione implicano – contro lo scetticismo postmoderno – la verità e la realtà, indagato da C. Ginzburg, *op. cit., passim*.

49 C. Diano, *Forma ed evento. A Pietro de Francisci*, in appendice a *Forma ed evento. Principi per una interpretazione del mondo greco*, in Id., *Opere*, Firenze-Milano, Giunti-Bompiani, 2022, p. 100.

50 R. Bin, *Orlando* reloaded*?*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, Milano, FrancoAngeli, 2020, p. 396 ss.

qualcosa, che, seppure manipolabile, non può, in una consistenza minima, non preesistere.

Nel governo rappresentativo di un popolo sovrano la volontà è del rappresentante che sta al posto di un altro, il popolo che lo elegge a suffragio universale e diretto: la volontà è la sua ed è imputata all'altro per magia del diritto, che è una tecnica di produzione della realtà sociale. Ma non è un argomento contro la rappresentanza democratica del parlamentarismo: la volontà rappresentativa del Parlamento vale, deontologicamente, come volontà del popolo, ne è il valore, perché gli uomini che eleggono (autorizzano, riconoscono, etc.) i rappresentanti accettano la regola deliberativa e fanno propria la volontà del rappresentante che li costituisce come popolo. A seguire, la legislazione rappresentativa del popolo non è una finzione: è una deliberazione reale di una assemblea di uomini la cui volontà ha valore rappresentativo dell'intera comunità. Il popolo è un essere concreto e non astratto, reale e non fittizio, sebbene la sua volontà, che è volontà di una organizzazione umana, non esista in natura, non sia originaria, immediatamente presente, ma esista in forma rappresentativa. Contro la apertura trascendente della teologia politica, esiste un popolo reale, la vita di uomini reali, la cui realtà, però, è quella del diritto che stabilisce come decidono quegli uomini come popolo, come unità, come comunità. In questa misura, la forma rappresentativa del popolo è artificiale, perché è costituita dal diritto, ma non è ingannevole, falsa, inventata. In questa stessa misura, evoca il simbolismo del politico, ma – a differenza del teologico-politico – nell'esclusivo senso che valorizza qualcosa che è al di là di sé ma che è immanente alla comunità, l'interesse comune che include tutti gli individui che compongono la comunità e che, dunque, trascende (solo) la parte che delibera. E la parte può essere (stare per) il tutto in nome di ciò che c'è di comune, di imparziale, tra le molteplici volontà particolari, in nome della volontà generale che è la mia volontà in quanto è la volontà di chiunque. L'ideale regolativo è la deliberazione a maggioranza per la città e non per la fazione e quell'ideale è teoricamente sostenuto dalla compatibilità tra politicità e rappresentazione della città o del popolo e non di una o più fazioni[51]. Non si nega, contro il principio di

51 La compatibilità tra politicità e imparzialità vive nella politica come *politéia*, contro la *stasiotéia,* conflitto tra fazioni e potenza prevaricante, su cui basti P.P. Portinaro, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in G. Zagrebelsky-P.P. Portinaro-J. Luther, *Il*

realtà, che la deliberazione politica sull'interesse comune sia presa sempre da chi è parte, fazione, da chi ne può trarre giovamento e che sia in senso proprio partigiana. Non vi sono, però, ragioni teoriche per negare, in prospettiva teleologica e normativa, il dover essere della decisione rappresentativa come unità, come decisione di una parte ma orientata alla rappresentazione dell'universale comunitario. È, infatti, attraverso la mediazione espressiva del rappresentante che viene per la prima volta ad emersione il significato comunitario, che, però, la collettività stessa assume come se l'avesse già da sempre posseduto in sé, tanto che vi si riconosce, configurandosi e costituendosi come comunità. Detto diversamente, la costituzione della comunità politica è il compimento d'una realtà collettiva preesistente all'atto di rappresentanza retrospettivamente, secondo cioè la logica di un'anteriorità che può dirsi tale solo a cose fatte ovvero di una risignificazione *a posteriori*: prima della mediazione rappresentativa non esiste ciò che è rappresentato, ma dopo l'evento della rappresentazione ciò che è rappresentato deve, a ritroso, presupporsi alla rappresentazione, che, diversamente, sprofonderebbe nel nulla.

Se così è, alla fine, la rappresentanza è sempre un po' formazione di unità politica. Rendere presente un popolo sovrano e stabilire l'interesse comunitario è, cioè, un procedimento artificiale, che, biunivocamente, muove dall'*esistenza* molteplice di uomini in carne ed ossa – che eleggono rappresentanti politici – per determinare *normativamente*, dopo l'elezione, ciò che unisce quegli uomini, ciò che li rende *un* popolo, ciò che è bene comune e, per questo, vincola tutti e, quindi, per modificarne, con movimento inverso, l'esistenza[52]. La rappresentanza del popolo è, dunque, il punto di incontro tra il popolo che è e come deve essere. Insomma, è «un deve essere, esistenziale e normativo», al modo dell'ontologia so-

futuro della Costituzione, Torino, Einaudi, 1996, pp. 10-1.

52 La artificialità e la bidirezionalità della rappresentanza dell'unità del corpo politico è articolata in M. Dogliani, *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, cit., p. 14; Id., *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra Otto e Novecento*, cit., pp. 273-4 e M. Dogliani, C. Tripodina, *La sovranità popolare e le sue forme: la forma rappresentativa*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano – 1.I Sovranità e democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 282. Già G. Ferrara, *Democrazia e rappresentanza politica*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2005, contro la idealità della rappresentanza *à la* Leibholz, scriveva che, per effetto dell'artificio della rappresentanza, «quale è quello proprio delle costruzioni giuridiche», «il dover essere della figura che rappresenta» può «riflettere l'essere dell'entità rappresentata», un'entità plurale.

ciale che sutura il dualismo tra fatto e norma[53]: alla base materiale, al fatto si aggiunge, stratificandosi, la componente normativa creata socialmente, ma la qualificazione è sempre qualità, valore normativo, *nomen*, di qualcosa che preesiste nel mondo reale e che non è solo un effetto fantasmatico.

5. La rappresentanza democratica, al plurale

Nella Costituzione della Repubblica democratica italiana la forma rappresentativa è il modo di esistere e di agire del popolo sovrano dell'art. 1. La rappresentanza non è la negazione, un limite, della sovranità popolare, ma ne è la forma di esercizio. Pertanto, è una rappresentanza democratica e non aristocratica, ma non è mimetica: non è una mappa a grandezza naturale *à la* Borges che riproduce la molteplicità, perché è la forma con cui il popolo costruisce la propria unità politica. Però, è una rappresentanza che avviene pluralisticamente e ha forme diverse da quella parlamentare perché la sovranità dell'art. 1 è, appunto, del popolo e non dello Stato e tra l'uno e l'altro non vi è identità. Il popolo sovrano è un popolo reale, concreto, molteplice, ma è già rappresentativo della moltitudine, a significare che preesiste politicamente alla sua rappresentazione in forma parlamentare: se fosse originariamente informe non sarebbe sovrano. In più, la rappresentanza del popolo non è duale, ma è un concatenamento tra tre soggetti, il popolo rappresentato, i partiti politici e i rappresentanti parlamentari[54]: prima ci sono gli uomini reali, con la loro esistenza economico-sociale e i loro bisogni, poi c'è la rappresentazione parziale dei partiti politici di ciò che unisce intrinsecamente le molte parti e, infine, la rappresentazione unitaria deliberata dal Parlamento delle molteplici visioni di ciò che unisce il popolo.

---

53 Contro la logica dicotomica che oppone «il fatto alla norma, il potere brutale e violento al diritto, l'ordine della comunità organizzata giuridicamente al caos dei rapporti naturali» P. Pinna, *Dell'azione politica bellica regolata dal diritto, partendo dall'idea che lo Stato è costituito giuridicamente e passando per la confutazione dell'opinione che lo stato di guerra corrisponde allo stato di natura*, in *Scritti in onore di Lorenzo Chieffi*, in corso di pubblicazione. Vi converge la critica al pensare per dicotomie e, precisamente, alla disgiunzione dicotomica tra rappresentazione e rappresentanza, tra trascendenza e immanenza, di S. Staiano, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017, p. 6 ss. Non si tratta di critiche al valore logico e ordinante delle 'grandi dicotomie' *à la* Bobbio, ma alla loro ipostatizzazione assiologica e ideologica.

54 Lo notava A. Barbera, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, 4/2008, p. 859.

La disgiunzione o dissimmetria tra rappresentanza politica e sovranità del popolo poggia, teoricamente, sul dispositivo binario della persona giuridica: è la diffusività della inesauribile sovranità popolare che eccede le forme della rappresentanza parlamentare e spezza il legame di identità Parlamento-popolo e con esso la statalizzazione liberale della rappresentanza politica. Ha un significato teologico. Il corpo politico non è mai interamente sovrapponibile a quello del sovrano, come il corpo della cristianità non si sovrappone del tutto a quello, a propria volta scisso, di Cristo, tanto nel laboratorio della trinità che dell'incarnazione[55]. Ma è una scissione che ha trovato accoglimento secolare nella giurisprudenza costituzionale: la mente corre alla sentenza della Corte costituzionale n. 106 del 2002, nota come la decisione sui 'Parlamenti regionali', che ha escluso che «le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi» «si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale»[56]. È vero che il legame tra Parlamento e sovranità popolare si è rinsaldato nella recente decisione costituzionale n. 192 del 2024. È il «riconoscimento dell'unità del popolo, a cui l'art. 1, secondo comma, Cost. attribuisce la titolarità della sovranità» che «postula l'unicità della rappresentanza politica nazionale». Esige sì che «la ricchezza di interessi e di idee di una società altamente pluralistica come quella italiana non può trovare espressione in una unica sede istituzionale, ma richiede una molteplicità di canali e di sedi in cui trovi voce»; affida, però, esclusivamente al Parlamento «la cura delle esigenze unitarie» e «il compito di comporre la complessità del pluralismo istituzionale». Ma non significa, comunque, che la rappresentanza parlamentare esaurisca i luoghi della sovranità popolare.

Rappresentante è, quindi, una parola che «nel linguaggio costituzionale ha senso solo al plurale»[57]. Come l'unità non esige l'astrazione e l'universalizzazione, così la rappresentanza non è incompatibile con la logica della differenza, della concretezza e della possibilità, perché rinvia alla logica del segno contro l'imma-

---

55 Il dispositivo binario della persona e per quella via la disgiunzione tra la rappresentanza (del Parlamento) e la sovranità (del popolo) è indagato da R. Esposito, *Le persone e le cose*, Torino, Einaudi, 2014, p. 14 ss. e 105 ss.; Id., *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino, Einaudi, 2013, p. 7 ss., p. 41 ss., p. 109 ss.

56 Corte cost., sent. n. 106 del 2002, *Considerato in diritto*, punto 3.

57 Vale per la Costituzione repubblicana P.L. Roederer, *Abus d'un mot à l'aide duquel on a fait d'horribles choses*, in *Journal de Paris*, 15 gennaio 1797, riprodotto in *Œuvres du comte P. L. Roederer.*, t. VI, Paris, Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 1857, p. 231.

nenza del corpo ed esclude la presenza immediata nella sua datità. A dire che la rappresentanza politica, in esistenziale tensione tra identità e differenza, è molteplice perché esclude, da un lato, un potere totalmente sovrapposto alla società, guidato da una profonda logica dell'identificazione, dell'incarnazione e dell'immedesimazione, dall'altro, una appropriazione indebita di sovranità da parte di una frazione del popolo[58]. La molteplicità dei poteri rappresentativi è esattamente ciò che lascia sempre aperto, incolmabile, lo scarto tra l'Uno e i Molti, a favore dei Molti.

5.1 Il popolo rappresentato e i suoi partiti

Se lo Stato è stato di qualcosa, lo Stato italiano è stato del popolo che ha autorizzato la persona rappresentativa e che costituisce un popolo proprio perché la moltitudine che naturalmente lo compone ha autorizzato la stessa persona rappresentativa. È un popolo già rappresentato, la cui unità politica si costruisce rappresentativamente e non esiste immediatamente, economicamente, ma è un popolo reale e non ideale. Cosicché la forma rappresentativa che costituisce l'unità politica è la norma dell'esistente, ma la normatività non può essere separata dall'esistente, come non si dà dover essere senza essere.

Perciò stesso, il popolo italiano non è lo Stato e lo Stato non è il popolo, quindi, lo Stato della Costituzione non mente, perché la menzogna «Io, lo Stato, sono il popolo» non «gli striscia fuori di bocca»[59]. Dal testo costituzionale si trae piuttosto che non c'è una sovranità della persona rappresentativa statale contrapposta alla sovranità del popolo, che è il criterio dislocativo delle potestà sovrane, ma l'una è distinta dall'altra. Così la sovranità dello Stato non è sovrana rispetto al popolo, che è il sovrano, principio e meta che può sempre scombinare l'ordinamento dell'artificio statale, istituito e costituito. Contro l'organicismo delle teorie moniste di matrice tedesca e della teoria italiana della rappresentanza istituzionale, non vi è identità perché il popolo, come molteplicità, come con-

58 Stigmatizza tali polarizzazioni P. Rosanvallon, *Il Politico. Storia di un concetto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, p. 35.

59 Almeno per questa ragione, lo Stato non è un «idolo», da venerare, ma non è neppure «il più gelido di tutti i gelidi mostri», né è «un artificio infernale»: F. Nietzsche, *Also sprach Zarathustra, ein Buch für Alle und Keine* (1891), trad. it. *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno*, Milano, Adelphi, 2013, pp. 48-9.

creto soggetto socio-economico, pre-esiste alla rappresentazione unitaria come comunità statale ed è capace di agire politicamente: è già artificio e non natura[60]. Il cittadino che vota pubblicamente è, infatti, la dimensione rappresentativa del *bourgeois*, dell'uomo economico, dell'individuo privato con il suo voto segreto. Tutto ciò vale tanto per il popolo soggetto, ovvero quello costituente, che per il popolo oggetto, ovvero quello costituito che agisce dentro la Costituzione, perché sono il medesimo popolo.

Il popolo soggetto che delibera, rappresentativamente, la Costituzione della Repubblica non è solo l'effetto retrospettivo della rappresentazione teologico-politica, che lo costituisce come primo popolo, ma non è neppure un popolo mitologico, originario, semovente, che immediatamente e istantaneamente crea dal nulla l'ordine. Il primo popolo preesiste alla rappresentazione perché la deliberazione rappresentativa presuppone la decisione sovrana su chi sia il rappresentante, ma, come unità politica, la segue[61]. È un popolo che, fin dall'origine della Repubblica, si costituisce accettando la forma rappresentativa della società politica. La sua volontà è, infatti, prima, la deliberazione referendaria sulla forma repubblicana dello Stato, con tutte le mediazioni, etero-decisioni e interpretazioni che il referendum reca in sé[62] e, poi, l'elezione dei rappresentanti politici che deliberano, nei modi, forme e limiti di cui al decreto-legge luogotenenziale n. 151 del 1944 e, nelle parti integrate e modificate, di cui al decreto legislativo luogotenenziale n. 98 del 1946, la Costituzione, che il popolo riconosce e accetta come la propria forma politica e che, per suo conto, lo riconosce come sovrano. Il popolo repub-

60 Sulla relazione duale tra Stato e popolo nella Costituzione vigente sono sufficienti, a memoria del dibattito che occupò, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, Tosato, Mortati, Crisafulli, Crosa, Amato e altri, per tutti, G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano. 1.I Sovranità e democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 265 ss. e S. Bartole, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. I, 2008, p. 1118 ss.

61 C. Galli, *Contingenza e necessità*, cit., p. 50, discorre di una tautologica circolarità, nella «mediazione assoluta» di cittadini che non preesistono al potere razionale che li crea e di un potere razionale che non viene prima dei cittadini, il cui patto rende effettuale quel potere.

62 Il referendum è un atto rappresentativo, tanto da costituire un sotto-modello rappresentativo-referendario, nella riflessione di M. Luciani, *Il referendum abrogativo, Tomo I, 2, La formazione delle leggi,* in *Commentario della Costituzione,* fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli–Il Foro italiano, 2005, p. 34 ss., ma già lo era in E.W. Böckenförde, *Democrazia e rappresentanza,* in Id., *Stato, costituzione, democrazia,* cit., p. 504.

blicano è, cioè, già da sempre rappresentato, ovvero la rappresentanza è presupposto del potere costituente che ha deliberato la Costituzione vigente e ne sarà il prodotto.

A catena, il popolo che sta prima della Costituzione si ripete dentro la Costituzione. L'*arché* è principio, nel senso che la trascendenza dell'inizio, dell'origine del diritto valido, si converte nell'immanenza del principio rispetto a ciò che segue, nella sua co-appartenenza all'ordine che costituisce. Dunque, proprio perché il popolo prima della Costituzione è già formato, non può procedere in modo informe: deve almeno rispettare la decisione che lo ha costituito. Allo specchio, ciò che è costituito riproduce la forma rappresentativa che lo costituisce. A immagine e somiglianza del primo popolo, la Costituzione attribuisce al popolo costituito, prima della rappresentanza parlamentare, il potere di organizzarsi in partiti politici e di eleggere i rappresentanti politici che deliberano, che sono atti già politici. Certo, il popolo costituito ha altri poteri, quali quello di presentare la proposta di un progetto di legge, di abrogare le leggi e di approvare deliberazioni legislative del rappresentante. Qui, però, pare trattarsi di un agire politico già mediato dalla forma rappresentativa parlamentare, che il popolo è chiamato a proporre, opporre o confermare e che, per ciò stesso, è sempre presupposta. Ma, in ogni caso, dal testo si trae che l'azione politica, l'organizzazione del popolo, è sempre rappresentativa.

D'altronde, se il popolo prima della rappresentazione statuale fosse amorfo, pura moltitudine disordinata, abissale, nichilistica, mera condizione naturale, economica, senza una pur minima strutturazione politica, non potrebbe costituire intenzionalmente lo Stato e non sarebbe – come è e deve essere secondo l'art. 1 – sovrano[63]. Preesiste come «popolo di lavoratori»[64]. L'art. 1, comma 2,

63 La questione, antica, della relazione tra gli individui e il popolo come soggetto unitario nella dogmatica costituzionale ha contrapposto, nel tempo recente, G. Gemma, *Popolo: Moltitudine che non esiste come soggetto politico*, in *Rass. parl.*, 1/2018, p. 85 ss., da ultimo, Id., *Il popolo non esiste, la democrazia invece sì!*, in *laCostituzione.info*, 17 novembre 2021 e A. Ruggeri, *Il popolo soggetto politico inesistente? (Dialogando con Gladio Gemma su una questione di cruciale rilievo teorico)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2022, p. 112 ss. La distinzione popolo/moltitudine è tornata nella riflessione filosofica di G. Agamben, De corpore. *Corpo popolo moltitudine*, in Id., *Il corpo della politica*, Torino, Bollati Boringhieri, 2026, pos. 60 ss.

64 P. Pinna, *Il popolo rappresentato*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 129 ss. Ricavava, invece, dal riconoscimento della sovranità in capo ai cittadini (e non ai lavoratori) la perdurante

prescrive l'appartenenza della sovranità al popolo dopo aver fondato la Repubblica democratica sul lavoro: ma se il fondamento è il lavoro, lo Stato riconosce il cittadino come lavoratore e la Repubblica rappresenta elettivamente i lavoratori. Non implica un connotato classista, operaista, perché l'Assemblea costituente escluse la «Repubblica dei lavoratori», perché l'art. 3 presuppone che il popolo, di fatto, appartenga a diverse classi sociali e perché i cittadini dell'art. 4 contribuiscono con il loro lavoro al progresso materiale *o spirituale* della società. Per le medesime ragioni, l'espressa inclusione all'art. 3, comma 2, dei lavoratori nel processo di decisione politica (e non solo economica) non equivale a equiparazione o reversibilità assoluta tra lavoratori e cittadini[65]. Tra la dimensione socio-economica e quella politica non vi è immedesimazione, in quanto i lavoratori hanno condizioni economico-sociali differenziate e i cittadini sono uguali. Ma il legame testuale tra il lavoratore e il cittadino significa che tra la condizione economica e politica vi è circolarità e non cesura. Sebbene, infatti, il lavoro sia antropologicamente legato alla sfera della riproduzione, per la Costituzione è concepibile un progetto politico che lo faccia fuoriuscire da quella sfera e lo renda un fattore di emancipazione politica. Dunque, la struttura economica è già forma politica e tra l'uomo economico e quello politico vi è co-originarietà e conformazione reciproca: il popolo concreto di lavoratori esiste politicamente prima della rappresentazione. Al proposito, in Assemblea costituente il socialista Basso rilevava, contro l'istituzione di forme di rappresentanza parlamentare di interessi, che presuppongono la separazione tra rappresentanza politica e rappresentanza economica, tra condizione politica e economica, come non potesse discorrersi del cittadino come di una «ipotesi politica, distinto dalla sua forma economica», ma dovesse guardarsi all'uomo, lavoratore/cittadino,

centralità politica nel testo costituzionale del cittadino e non del lavoratore C. Esposito, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana*, cit., p. 14 ss. Aggiunge quale ulteriore argomento testuale a sostegno della sovranità del cittadino e non del lavoratore la previsione dell'art. 49, che affida la determinazione della politica nazionale ai cittadini (associati in partiti), M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 3/2010, pp. 642-3. L'uno e l'altro argomento poggiano su una supposta relazione polare tra lavoratore e cittadino, qui messa in questione.

65 Muovendo dall'art. 3, Cost., esclude la corrispondenza biunivoca tra i due elementi, potendo esistere non solo lavoratori non cittadini, ma anche cittadini non lavoratori, F. Sorrentino, *Eguaglianza*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 28.

come centro di confluenza di tutti i rapporti[66]. D'altronde, la nostra Costituzione è figlia del compromesso democratico, in cui il dualismo lavoro/capitale è stato interpretato estensivamente come la parte che sta per il tutto, ovvero come i due termini del conflitto sociale e politico che oppone il proletariato alla borghesia e, quindi, rappresentativo delle due classi e della loro lotta. La rappresentanza delle classi, socialmente identificate, si sovrappone inevitabilmente alla rappresentanza politica generale che quel conflitto tra classi, tra differenze sociali, rispecchia(va).

Né contro l'agire politico del popolo dei lavoratori prima della rappresentanza parlamentare può valere per il diritto costituzionale vigente l'argomento, realistico e disincantato, speso già da Mortati, nella seduta del 3 ottobre 1946, a proposito dell'art. 58 e della costituzione del Parlamento, per sostenere l'inidoneità di fatto dei partiti politici, «così come sono composti e come agiscono attualmente, a riflettere esattamente la realtà sociale. [...] I partiti sono portati ad imperniare la lotta politica su astrazioni o addirittura su miti. Uno di questi è per esempio la classe lavoratrice, che non esiste in realtà, esistendo in realtà solo categorie di lavoratori con interessi diversi». È un giudizio storico-fattuale sulla resa del partito politico. Ma, per linee interne, non esclude l'inefficacia rappresentativa delle altre associazioni e l'analoga fragilità che può affliggere forme differenti di rappresentanza politica – sempre che siano pensabili e possibili – delle plurime appartenenze, incrociate e fluide, degli individui negli ordinamenti pluralisti. In ogni caso, è un giudizio infondato nel diritto posto, molto lontano dal repubblicanesimo della virtù civica che rifugge dal conflitto politico, naturalmente distruttivo. Il pluralismo costituzionale è, al contrario, la condizione prodotta giuridicamente dalla molteplicità del popolo di lavoratori, che si compone di diverse e conflittuali classi sociali la cui rappresentanza politica si forma liberamente prima dell'elezione dei parlamentari. E il partito politico è l'unica forma politica strutturata della molteplicità sociale riconosciuta dal testo costituzionale come luogo discorsivo di elaborazione politica e di costruzione della rappresentanza del popolo. Alla spoliticizzazione liberale della società è, cioè, seguita

66 *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori dell'Assemblea Costituente*, vol. I, Roma, Camera dei Deputati, 1970, p. 206.

nella Costituzione la sua politicizzazione nella forma dei partiti politici e, quindi, la socializzazione dello Stato[67]. Il passaggio dalla strutturazione economico-sociale a quella parlamentare, infatti, in una lettura che non uccida la lettera dell'art. 49, non vive nel dialogo diretto tra rappresentati e rappresentanti parlamentari, ma nella mediazione tra gli uni e gli altri da parte dei partiti politici, che sono il mezzo per l'esistenza politica del popolo, per pensarne e formarne l'unità politica. Insomma, prima della rappresentanza partitica non c'è un popolo e il popolo informe è moltitudine. Può, poi, essere che il partito politico sia, fattualmente, la fazione, il particolare. Ma le fazioni sono molte e concorrono a rappresentare, nell'Assemblea parlamentare, l'interesse generale, l'intero la città: devono, controfattualmente, tendere alla trasfigurazione del particolare e alla concretizzazione dell'universale comunitario.

5.2 La rappresentanza parlamentare

Il testo costituzionale prescrive una rappresentanza parlamentare libera ma non sovrana, quindi democratica: è libera perché l'art. 67, che implica l'assenza di istruzioni e comandi imperativi e, comunque, l'irrevocabilità del rappresentante prima della scadenza del mandato[68], rende i rappresentanti politici funzionalmente indipendenti dalle parti, elettori e partiti, per stabilire l'interesse della nazione, che unisce il molteplice e vincola tutti; non è sovrana perché i rappresentanti politici dipendono organicamente dal popolo, sovrano, che li elegge a suffragio universale e diretto. In una, la rappresentanza è libera perché è universale e la nazione, contro il dualismo delle dottrine della rappresentanza al tempo della Rivoluzione francese, è il popolo. Nella rappresentanza del popolo sovrano, cioè, la libertà dei rappresentanti rispetto alla raffigurazione esistenziale dei molti rappresentati è giustificata dalla determinazione normativa di ciò che consente di

67 A. Cardone *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Bologna, il Mulino, 2023, p. 35 ss.

68 Secondo la lettura minimale dell'art. 67 proposta da tempo da N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione,* Giuffrè, Milano, 1991, p. 328 ss. Distingue, invece, logicamente la revoca dal mandato imperativo, poiché la revoca è, piuttosto, uguale e contraria alla nomina e, anzi, quando c'è un mandato imperativo non c'è alcun bisogno della revoca, P. Pinna, *Il popolo rappresentato,* cit., p. 92 ss. e Id., *La rappresentanza aristocratica e democratica*, cit., p. 46 ss.

formare un popolo: è quel tanto di artificio che non elimina la realtà del molteplice su cui incide.

È conseguente che la Costituzione, agli artt. 70, 77, comma 1, e 138, costituisca il potere di fare le leggi come potere del rappresentante libero del popolo sovrano. Se i rappresentanti fossero 'trasmettitori di voti' degli elettori e/o dei partiti politici che li candidano, la deliberazione non sarebbe dell'assemblea parlamentare ma degli uni o degli altri e non potrebbe rappresentare il popolo come un tutto, una unità che unisce il molteplice. Questo dice che, secondo il diritto costituzionale vigente, i rappresentanti del popolo non sono – come per Rousseau – funzionari del governo o commissari di affari particolari, ma sono legislatori. Dice, però, anche che solo rappresentanti eletti secondo il principio democratico possono fare la legge, che la possono fare a maggioranza perché così è stabilito nell'atto costitutivo del popolo e che il popolo non ha alcuna possibilità di essere sovrano se, per lo meno, non elegge universalmente e direttamente i rappresentanti-legislatori.

Ma, affinché il popolo resti il sovrano, è sufficiente il potere di eleggere il rappresentante che fa le leggi? Più direttamente, se la sovranità è del popolo, come può la Costituzione, senza spezzare l'unicità del testo, attribuire la prerogativa sovrana di fare le leggi al suo rappresentante e non al popolo riunito, adunato, presente? Significa che gli artt. 70, 77, comma 1, e 138 dispongono un trasferimento di sovranità e quindi contraddicono l'art. 1? Ora, o non è vero che il «sovrano è legislatore» e il legislatore è sovrano[69] oppure, se è vero che la regola della sovranità è la norma del procedimento legislativo, il diritto vigente conferma l'obiezione rousseauiana per cui il popolo rappresentato non è sovrano, il che disintegra il testo costituzionale.

---

69 Vale ancora T. Hobbes, *Leviatano*, cap. XXVI, 5 (1), a cura di R. Santi, Milano, Bompiani, 2001, p. 431: «in tutti gli stati il legislatore è soltanto il sovrano, sia egli un uomo, come nella monarchia o un'assemblea di uomini, come nella democrazia o nella aristocrazia» e, più precisamente, «lo stato è il legislatore», perché è lo stato che comanda l'osservanza delle leggi. Lo stato, però, «non è una persona né ha la capacità di fare qualcosa senza un rappresentante: il sovrano. Il sovrano è quindi il solo legislatore». Per negare l'identificazione della sovranità con il potere di fare la legge, ovvero di deliberare la volontà generale, bisognerebbe demolire non solo Hobbes, ma – si dicono cose ovvie – Bodin, prima di lui, e Rousseau, dopo.

Si può chiudere la questione constatando che il testo non può che essere ambiguo, indeciso, incoerente. La rappresentanza, misurata con il metro democratico, è sempre aporetica o impossibile, perché non c'è mai compossibilità tra principio rappresentativo, che è sempre un po' aristocratico se l'assemblea rappresentativa è di pochi o molti ma non di tutti e principio popolare, che, nella sua purezza, esige l'assemblea di tutti e che quell'assemblea detenga le prerogative sovrane. È un po' il senso della critica di Mortati che, nel *Commentario della Costituzione*, afferma che nessuna delle condizioni per consentire l'esercizio della sovranità popolare dell'art. 1 sussiste, perché nella Costituzione vi è una poliarchia che realizza la sovranità del Parlamento in luogo di quella del popolo, che non partecipa all'indirizzo politico[70]. Ma sovrapporre o contrapporre al dato di diritto positivo un modello teorico di governo popolare o rappresentativo o altri modelli è sbagliato. Sono teorie incomplete perché non comprendono tra le forme democratiche le costituzioni che prevedono la rappresentanza parlamentare del popolo.

Il testo non è irrisolto e la forma rappresentativa di legge è giustificabile democraticamente[71]. L'autorità della sovranità legislativa è data ai rappresentanti dal popolo che li elegge e che riconosce e accetta che la deliberazione parlamentare – e non immediatamente popolare – valga come la propria legge perché è valore rappresentativo della comunità politica, quindi di sé. Accetta la forma del legame sociale, la regola giuridica di chi è legislatore e di che cosa è legge. Gli uomini, come la moltitudine hobbesiana che individua chi è il rappresentante, hanno trovato, voluto, un punto di coincidenza formale sulla necessità che la loro persona sia sostenuta da un'Assemblea rappresentativa elettiva che delibera a maggioranza

70 C. Mortati, *Principi fondamentali, Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 37.

71 È la domanda opposta a quella che muove M. Troper, *Osservazioni sullo statuto del concetto di rappresentanza politica*, cit., p. 199, secondo cui la teoria della rappresentanza assolve la funzione di giustificare l'esercizio della funzione legislativa, tanto da dire che «la teoria della rappresentanza è semplicemente un altro aspetto della distinzione delle funzioni, e l'attribuzione della qualità di rappresentante il risultato (e non la chiave) della ripartizione delle competenze». Ma non potrebbe essere diversamente, considerato che Troper slega la rappresentanza politica dall'elezione ed elabora una teoria giuridico-costituzionale della rappresentanza: il rappresentante è chiunque ponga la *Loi* o, comunque, concorra a formare la volontà nazionale, come il Re nella Costituzione del 1791, per effetto del potere di veto sospensivo.

l'interesse generale. La politica della e nella Costituzione repubblicana, che è la prima forma rappresentativa del popolo, è, infatti, tutta, senza distinzioni, imparziale, unitaria e non distruttiva. Contro la realtà del politico come divisione, separazione delle parti e distruzione, ove la logica binaria è quella tragica della guerra, la politica costituita dalla Costituzione è, per artificio e non per natura, politica dell'unità. Lo è stata la politica armistiziale del com-promesso costituzionale tra forze politiche in conflitto, perché è partita dalle fratture della guerra civile, della *stasis* in cui «l'uno politico cede il posto al due»[72], ma ha deliberato per la città e non per la fazione. Ha tenuto tutti assieme nello stabilire le grandi linee del progetto, quindi, ha incluso tutte le parti che hanno partecipato alla lotta di resistenza nel livello costituzionale del conflitto politico, una specie di concordia per la lotta politica sulla Costituzione. Ma non ha convenzionalmente limitato l'azione partitica costituente, come se fosse naturalmente distruttiva: al contrario, ne ha esaltato la 'politicità', la pertinenza all'unità della città. La tragedia, quella effettivamente accaduta e la forma letteraria, ci ha, infatti, insegnato che l'intero si coglie solo nella discordia, nella separazione radicale delle parti, che però sono simmetriche e parlano lo stesso linguaggio e che l'ordine passa attraverso la catastrofe: «il modo in cui l'intero può essere sentito» «progredisce nella stessa misura in cui progredisce la separazione tra le parti»[73]. Ciò rifulge nel momento costituente perchè «quanto più le scissioni sono radicali, dolorose e incomponibili, tanto più intensamente si manifesta in esse "l'unitezza con tutto ciò che vive"»[74]. A seguire, la politicità dei partiti e della forma rappresentativa della legge non è di qualità differente da quella della prima forma rappresentativa. Così, la «politica nazionale», 'determinata' dal concorso dei cittadini associati in partiti politici *ex* art. 49 Cost., è politica della Nazione, che nel testo, pena l'incoerenza con l'art. 1, significa popolo. È un tutto articolato in parti che si dividono sul modo partico-

72 N. Loraux, *La tragédie d'Athènes. La politique entre l'ombre et l'utopie*, Paris, Seuil, 2005, p. 137; Id., *La città divisa*, Vicenza Neri, Pozza, 2006, p. 178.

73 La citazione di F. Hölderlin, *Sulla differenza dei generi poetici*, in Id., *Scritti di estetica*, a cura di R. Ruschi, Milano, SE, 2004, p. 127, è tratta da F. Moretti, *Bandiera nera. Forma tragica e guerra civile*, Torino, Einaudi, 2026, p. 42, nota 29.

74 È il commento di R. Bodei, *Hölderlin: la filosofia e il tragico*, in F. Hölderlin, *Sul tragico (1795-1804)*, a cura di R. Bodei, Milano, Feltrinelli, 1980, p. 14, sempre tratto da F. Moretti, *op. loc. cit.*

lare di costruire l'unità politica e la loro totalità porta con sé la fondamentalità delle questioni su cui si dividono. Ma anche la politica partitica dei tempi ordinari, costituiti, non è azione distruttiva, da limitare, ma è politica per la città, finalizzata al «governo della polis»[75], è politica 'giusta'. Nella messa in forma rappresentativa della politica nazionale così determinata, il Parlamento rappresenta *ex* art. 67 la Nazione, quindi, giustifica la propria azione con la volontà generale, con ciò che unisce e non divide il popolo, seppure la deliberi a maggioranza perché è il modo più libero e meno diseguale per le assemblee di stabilire quale sia l'interesse comune[76]. È una politica che, nel suo spazio di agibilità, tiene tutti assieme, come li ha tenuti la politica nel momento della fondazione e li tiene la politica nazionale, fondata, dei partiti politici. Addirittura, la «politica generale» del Governo dell'art. 95, a cui è strumentale «l'unità di indirizzo politico ed amministrativo», è sì, soggettivamente, l'indirizzo politico di una maggioranza ma è, sempre, oggettivamente, un indirizzo politico generale, che dipende dalla (seppure non coincide con la) politica parlamentare.

Ma, perché ciò si 'realizzi', non si copre il disaccordo e la divisione: al contrario, se ne garantisce la rappresentazione, senza omissioni, salti e semplificazioni e si combattono linee politiche e non persone, per giungere dalla competizione, dal conflitto e dal pluralismo delle fazioni rappresentate, dalla poliarchia, alla costruzione dell'unità politica perché «l'unità è il senso di qualsiasi politica che sia riconosciuta come azione della comunità»[77]. E, affinché nella deliberazione si ricerchi ciò che unisce e non ciò che divide, l'assemblea pubblica deve, almeno, rappresentare tutto il popolo, vale a dire tutti i partiti politici che compongono il popolo e, quindi, la sua composizione corrispondere il più possibile all'esito politico della votazione. Vi sarà sempre una distinzione, uno scarto, tra rappresentanti e rappresentati ma l'unità del popolo, la sua universalità, esige che la rappresentanza politica sia plurale, inclusiva e non escludente e quindi il più possibile corrispondente alla volontà espressa dagli elettori col voto. Il principio di rappresentatività dell'elezione del Parlamento prescrive, più precisamente, che vi sia almeno

75 M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, p. 6.

76 A. Manzella, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Modena, Mucchi, 2020, p. 8, ha scritto che «le società si "unificano" nell'assemblea come premessa del loro agire unitario».

77 P. Pinna, *La rappresentanza democratica e aristocratica*, cit., p. 36.

proporzione tra i seggi assegnati e i voti ottenuti da ciascun partito concorrente, cioè da ciascuna lista di candidati, cosicché vi sia la possibilità di una corrispondenza tra maggioranza elettorale e maggioranza parlamentare. Ma è tollerabile uno scostamento non eccessivo tra gli uni e gli altri perché, comunque, gli eletti rappresentano tutto il popolo e non solo i propri elettori.

Poiché, poi, i rappresentanti democratici sono una moltitudine, un organo collegiale, in cui non vi è identità tra volontà naturale e volontà rappresentata, hanno bisogno di regole che stabiliscono le modalità della deliberazione. Così sono un'unità, un rappresentante, una persona. Ne segue che la rappresentazione parlamentare è un discorso pubblico, in cui l'interesse conforme alla ragione della comunità è il risultato e non il presupposto della deliberazione a maggioranza. Poiché il bene che unisce tutti non esiste in natura, non è un dato da scoprire, ma da creare, da determinare, la procedura esige la discussione. Il 'fatto maggioritario', la sua logica binaria, escludente, l'alternativa tra due, fonda, invece, la de-cisione, il taglio e non la de-liberazione che, se deriva da *libra*, implica il pesare, il bilanciare le ragioni e, quindi, esige una pratica complessa, ove la contesa per la rappresentazione del bene comune non è predeterminabile. Perciò stesso, però, la logica maggioritaria, in quanto dualista, esclude la giustificazione, che sostiene la deliberazione della maggioranza solo dopo la discussione, dopo lo scambio di ragioni pubbliche per diminuire la parzialità, la faziosità o anche solo la limitatezza del punto di vista di ciascuna parte e per stabilire ciò che unisce politicamente. Al contrario, nella democrazia maggioritaria ciò che unisce è presupposto.

La rappresentanza del popolo spiega la differenza tra la legislazione e la giurisdizione. La prima è valore rappresentativo, simbolico, di ciò che è comune, di ciò che fonda la città e non di ciò che divide: è unitaria. L'altra, nel dire il diritto, divide una parte dall'altra, ma nel nome di ciò che unisce la comunità: è imparziale. La legge rappresenta pubblicamente l'universale comunitario e sacrifica non una parte ma la concezione, la rappresentazione, dell'interesse generale di una parte. La giurisdizione de-cide, divide, perché sacrifica una parte e il suo interesse, dà torto o ragione, per eseguire la ragione pubblica, cioè l'interesse comune deliberato con la legge. È coerente che la prima vincoli la decisione di chi 'serve' e

non rappresenta la comunità. È vero che la giustizia, secondo l'art. 101, comma 1, è amministrata «in nome del popolo»[78], ovvero nel nome dello stesso soggetto a cui l'art. 1, comma 2, attribuisce la titolarità della sovranità (legislativa). Così che il popolo è l'origine, l'inizio, sia della legislazione che della giurisdizione. Ma 'in nome del popolo' non rinvia ad una relazione rappresentativa tra giudice e comunità, alla stregua di quella che lega il popolo a chi fa le leggi nella deliberazione parlamentare e che fa le leggi proprio perché rappresentante eletto del popolo o, men che meno, a una relazione diretta, non mediata, con il popolo. Né il giudice è organo intermedio tra il popolo e il legislatore rappresentativo. Il giudice agisce in nome del popolo perché è in posizione di soggezione rispetto alla legge, alla forma rappresentativa, di cui il popolo è l'autore. Questa è sovranità, quello è magistratura. E i giudici resterebbero magistrati, che agiscono in nome e non in vece della legge, senza trasformarsi in rappresentanti, anche ove fossero, in ipotesi, eletti. Sono organi dello Stato sottoposti alla legge, non rappresentanti comunitari del popolo che fanno la legge. Solo se si sostituisce alla teoria della rappresentanza la teoria organica della volontà dello Stato e si fa anche dei rappresentanti organi della volontà unitaria dello Stato o, è lo stesso, di ogni organo un rappresentante unitario dello Stato, la differenza scompare[79]. Ma la rappresentanza organica non ha teoricamente senso: il rappresentante è altro dal rappresentato, sono come minimo due in cui uno sta al posto dell'altro, ove, invece, l'organo è immedesimato con l'ente, «fa corpo con esso», è uno, dunque, quando l'organo rappresenta non agisce come organo[80].

---

78 Il significato nelle Costituzioni moderne del passaggio, nell'amministrazione della giustizia, delle differenti figure retoriche in nome del Re, in nome della legge, in nome dello Stato, in nome del diritto e, alla fine, in nome del popolo è indagato da M. Stolleis, *L'occhio della legge. Storia di una metafora* (2004-5), Bari, Carocci, 2007, p. 97 ss.

79 P. Brunet *Sulla rappresentanza*, Modena, Mucchi, 2012, p. 20, nota come è diverso il volere per la Nazione del legislatore che esprime la volontà della collettività dal voler per conto della collettività, in nome della quale agiscono, degli organi dell'esecutivo (ministri, giudici, ecc.). Così in chi, come Carré de Malberg, cerca di liberarsi della rappresentanza attingendo a Jellinek e all'idea dell'unità dello Stato come unità organica e non rappresentativa, quella distinzione si perde, perché sono tutti organi dello Stato. E, se si considera che la rappresentanza della volontà generale ha legittimato il parlamentarismo e la superiorità gerarchica della funzione legislativa rispetto alle altre funzioni dello Stato dal punto di visto della sovranità popolare, la direzione è chiara.

80 Già S. Romano, *Organi*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 155 ss.

5.3. L'elemento democratico

Nella Costituzione vigente la rappresentanza è quella del governo del popolo che elegge e non designa o coopta o tira a sorte i propri rappresentanti che fanno le leggi affinché i prodotti di quella rappresentanza valgano.

Il governo rappresentativo è democratico e la democraticità della rappresentanza parlamentare si ricava dagli artt. 1, comma 2, 48, 56 e 58: il governo è democratico se il popolo, almeno, vota i suoi rappresentanti-legislatori. Nel diritto positivo le elezioni non sono aristocratiche.

Queste disposizioni pretendono, in generale, il diritto di tutti i cittadini al voto e all'elezione a suffragio universale e diretto dei rappresentanti politici della Nazione. Ma è sbagliato trarne la conclusione cui giungeva Mortati che, all'infuori dell'elezione del Parlamento, la Costituzione consente la scelta del metodo diretto o indiretto dell'elezione e che il doppio grado è meglio utilizzabile quando l'elezione si affidi ad un organo formato elettivamente e adibito normalmente a funzioni d'altro genere, come i consigli comunali per la elezione dei componenti i consigli provinciali[81]. Al contrario, l'elezione diretta è l'unica forma costituzionalmente legittima di scelta degli organi di direzione politica di tutti gli enti della Repubblica, per lo meno, del soggetto rappresentativo collettivo. La costituzione di Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato appartiene, infatti, all'organizzazione del popolo, alle forme della sovranità popolare, parti o articolazioni dell'unità politica repubblicana. Accade cioè che nelle democrazie contemporanee l'azione popolare, quindi la direzione politica, si svolga in molte assemblee popolari e non in un'assemblea popolare unica, secondo la dottrina del governo diviso, ovvero della separazione del potere ove il potere frena e arresta il potere[82]. Ma l'indirizzo politico degli enti che, secondo l'art. 114 della Costituzione, costituiscono la Repubblica dell'art. 1, comma 1, non può essere di materia, di qualità, differente negli enti costitutivi di quella Repubblica e nell'ente costituito, pena la sua disintegrazione. Ciò che è costituito dipende, deriva, è ipoteca-

81 C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. I, Padova, Cedam, 1991, p. 439.

82 G. Amato, *Regioni e istituzioni*, in *Le Regioni*, 2/2024, p. 258, discorre al proposito della costituzione delle Regioni di profilo «madisoniano» della divisione del potere.

to, da ciò che lo costituisce e il primo retroagisce sul secondo[83]. Dunque, il popolo rappresentato deve essere ovunque sovrano: se in tutti gli enti territoriali costitutivi della Repubblica al pari dello Stato il popolo non esercita almeno la prerogativa dell'elezione a suffragio universale e diretto dei rappresentanti politici, espressamente riconosciuta per le elezioni parlamentari dagli artt. 56 e 58 Cost., la Repubblica da quegli enti costituita non è democratica. È evidente che chi è scelto senza essere votato dagli elettori non può essere definito un rappresentante secondo il principio democratico e non ha legittimazione democratica a rappresentare. Ma anche l'elezione di secondo grado o la designazione di rappresentanti del popolo è aristocratica perché il suffragio spetta a una porzione del popolo, seppure sia stata eletta con suffragio diretto e universale. Né può distinguersi tra i differenti enti costitutivi della Repubblica, come se una autonomia territoriale fosse diversa per qualità da un'altra. Vale ancora che «la elevazione del principio generico delle autonomie locali ad elemento fondamentale del nostro Stato vale ad escludere che alcuna di queste autonomie possa differire nel genere e non nella specie dalle altre»[84]: la democraticità della rappresentanza politica appartiene al genere e non alla specie. Né, più radicalmente, può fondarsi una politicità differente per gli enti territoriali locali sull'inciso che il popolo esercita la sovranità «nelle forme e nei limiti della Costituzione», ovvero che, se la titolarità della sovranità è piena, l'esercizio è limitato. L'inciso è una precisazione che accede al (e presuppone il) periodo principale. Dice che il popolo, titolare esclusivo della sovranità, tutta e intera, la esercita nelle «forme» prescritte, che è il problema interpretativo da risolvere, quindi, non risolve nulla. Include i «limiti» previsti nel testo che proclama quella stessa sovranità: tra i limiti all'esercizio della sovranità popolare vi sono le forme di esercizio del potere degli artt. 97, 102 e 134 della Costituzione e tra i limiti al suo esercizio in forma diretta – sempre che si dia qualcosa

83 É un riadattamento dell'argomento che E-W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia*, cit., pp. 681-2, spende per sostenere che la ripartizione verticale del potere nello Stato sociale federale, a federalismo cooperativo, contrasta di certo con la forma democratica dello Stato e, per l'effetto, ne smantella la struttura democratica costituzionale ove le diverse organizzazioni politiche e i diversi poteri dello Stato che sono coinvolti nel federalismo partecipativo non siano «a loro volta costituiti in senso democratico». L'argomento vale a maggior ragione per una Repubblica democratica non federale.

84 C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana*, cit., p. 73.

come una azione diretta e non rappresentativa del popolo – vi può essere il principio della rappresentanza elettiva, ma non può esservi la non elettività di rappresentanti politici del popolo, che annullerebbe – e non limiterebbe – la sua sovranità, quanto a titolarità ed esercizio.

La Costituzione conosce, sì, forme di rappresentanza al di fuori dell'elezione del popolo. L'art. 8, comma 3, discorre di «rappresentanze» delle confessioni religiose. L'elezione del Presidente della Repubblica, cui l'art. 87 attribuisce la rappresentanza dell'«unità nazionale», è un'elezione parlamentare secondo la regola dell'art. 83 Cost. È vero che la Corte costituzionale, con la decisione n. 96 del 1968, è ricorsa alla «elezione indiretta in senso ampio» per legittimare l'elezione «di secondo grado». Vale, però, ancora l'obiezione che Elia muoveva dalle pagine di *Giurisprudenza costituzionale*: discorrere di elezione popolare di secondo grado o indiretta piuttosto che, realisticamente, di elezione parlamentare di unico grado ha una ragione ideologica, 'fingere' – questa volta in senso proprio – la legittimazione democratica di questa rappresentanza, imputandone al popolo, corpo elettorale, l'elezione[85]. Ma l'elezione parlamentare del Capo dello Stato è coerente con il governo popolare perché nell'art. 87 la rappresentanza dell'unità nazionale – e non della nazione/popolo – ha più il sapore della rappresentanza di una cosa strutturata, di una 'istituzione', che, in quanto istituita, costituita, non può che pre-esistere ed essere riprodotta. Il rappresentante è, di per sé, meno libero. Appartiene all'elemento politico di un governo rappresentativo diviso, alla politica imparziale dell'unità, ma raffigura e non costituisce l'unità politica della città. Quindi, gli artt. 8 e 87 confermano che la Costituzione conosce solo l'elezione popolare, diretta ed universale per i rappresentanti *pubblici*, la cui volontà rappresenta quella di una comunità, 'vale' come volontà del popolo .

Ma la Costituzione prescrive una democraticità della rappresentanza ancora più esigente. L'art. 48, in particolare, declina l'uguaglianza politica dei cittadini[86] nel senso, forte, che il governo è democratico se i voti sono uguali, equi-valenti, il che implica l'uguaglianza degli elettori e l'uguale valore dei voti, inteso nel

85 L. Elia, *Una formula equivoca: l'elezione indiretta del Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 1533. La medesima obiezione potrebbe oggi rivolgersi alla sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2015, che, per sostenere la validità dell'elezione indiretta dei consigli metropolitani e dei consigli provinciali prevista dalla l. n. 56 del 2014, ha richiamato la sent. n. 96 del 1968 e, con essa, l'elezione del Presidente della Repubblica.

senso che il voto espresso, la sua manifestazione e il suo risultato, deve avere lo stesso valore, cosicché ciascun cittadino nella scelta dei governanti conti esattamente quanto l'altro. Come regola minima, deve essere eletto il candidato che ottiene più voti.

La distinzione tra principio democratico e rappresentativo ha conseguenze normative importanti.

Partitamente, il primo – e non il secondo – prescrive il voto universale e diretto per l'elezione delle assemblee rappresentative del popolo. Le elezioni indirette degli organi di direzione politica di Province e Città metropolitane possono essere più o meno rappresentative degli eletti di primo grado e, quindi, degli elettori, ma non sono elezioni democratiche: sono forme aristocratiche di cooptazione. Non cambia molto per la designazione a sindaco metropolitano del sindaco eletto del comune capoluogo. Può dirsi che sia in qualche modo una elezione indiretta, perché si sceglie un eletto e non una non elezione, ma resta una forma di rappresentanza aristocratica, che scioglie il nesso tra rappresentatività dell'ente della comunità territoriale ed elettività, che riguarda solo una parte della comunità rappresentata. La Corte costituzionale, invece, sovrapponendo principio democratico e rappresentativo, ha considerato «che il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo del territorio non venga meno in caso di elezioni di secondo grado»[87]. A conferma, è giunta ad accertare, ma non a dichiarare, l'incostituzionalità della designazione del sindaco metropolitano quando ha attinto alla regola/principio dell'eguaglianza del voto, che «riflette l'eguale dignità di tutti i cittadini e [...] concorre inoltre a connotare come compiutamente corrispondente alla sovranità popolare l'investitura di chi è direttamente chiamato dal corpo elettorale a rivestire cariche pubbliche rappresentative», seppure sovrapponga sempre rappresentatività ed elettività ove conclude che la mancata «rappresentatività» dell'organo di vertice della Città metropolitana viola «tanto

86 M. Luciani, *Il mondo vuoto. L'ordine sociale nel crepuscolo del soggetto*, Roma-Bari, Laterza, 2026, pos. 317, osserva che il principio di eguaglianza politica dei cittadini, ovvero del loro eguale valore, è una consequenzialità logica, e non assiologica, del non cognitivismo etico e, a sua volta, implica consequenzialmente «il principio di maggioranza (teste proclamate eguali non possono pesarsi, ma devono contarsi) e comporta anche quello di libertà (esso pure, a questo punto, fondato più su ragioni logiche che sul periclitante assunto dell'ineffabile dignità dell'uomo)».

87 Corte cost., sentt. nn. 50 del 2015 e 168 del 2018.

l'uguale godimento del diritto di voto dei cittadini destinatari dell'esercizio del potere di indirizzo politico-amministrativo dell'ente, quanto la necessaria responsabilità politica dei suoi organi»[88].

Il principio democratico dell'eguaglianza del voto – e non quello rappresentativo dell'elezione – fonda l'invalidità delle candidature a liste bloccate e del premio di maggioranza alle liste. In ordine alle prime, il voto diretto, personale e libero implica l'intenzionalità della scelta di chi si elegge e non solo la sua effettiva, preventiva, conoscibilità, che può forse ritenersi garantita dall'indicazione dei nomi dei candidati sulla scheda, da liste corte o collegi piccoli. In più, l'elezione di candidati in base al mero ordine di iscrizione nella lista è arbitraria, quindi diseguale, perché non dipende dal numero di voti ottenuti dal candidato, pertanto, non è eletto il candidato che ha ottenuto più voti ma quello che viene prima nell'elenco. L'eguaglianza del voto è violata sempre – e non poco o tanto – quando, per effetto del premio di maggioranza, i voti di alcuni contano più dei voti di altri, in entrata e in uscita, con un risultato simile al voto plurimo o multiplo, e, a maggior ragione, se, per effetto del premio, risultano eletti candidati a prescindere dal risultato circoscrizionale della lista e quindi candidati che, nella circoscrizione, non hanno ottenuto il maggior numero di voti. Ma, invero, lo stesso vale in pari misura se, nel caso di collegi plurinominali ove i seggi sono assegnati con criterio proporzionale, per il noto effetto flipper, siano eletti candidati (appartenenti a liste) che non hanno ottenuto più voti in quel determinato collegio. Secondo il rigore del principio democratico non è questione di eccessiva o minima distorsione del voto in uscita: il voto in uscita non deve mai essere distorto. La rappresentatività dell'assemblea potrebbe, invece, essere salva se il premio non altera troppo la proporzionalità della corrispondenza tra i seggi attribuiti e i voti dati alle differenti liste concorrenti, se la sua attribuzione presuppone il superamento di una soglia minima di voti e/o seggi non manifestamente irragionevole e se, comunque, non determina un'eccessiva sovrarappresentazione della lista di maggioranza relativa, ma la democraticità no: l'una è somiglianza, corrispondenza, proporzione, l'altra è uguaglianza; l'una attiene al risultato politico complessivo delle elezioni, che deve essere vero-simile e non vero, l'altra alla elezione di un

88 Corte cost., sent. n. 240 del 2021.

candidato che deve essere aritmeticamente vera. La giurisprudenza costituzionale, invece, non distingue i due principi[89]. Ritiene che vi deve essere corrispondenza tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica e «la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare», pena la «compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare, incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della "rappresentanza politica nazionale" (art. 67 Cost.), si fondano sull'espressione del voto e quindi della sovranità popolare, ed in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di "una caratterizzazione tipica ed infungibile" [...], fra le quali vi sono, accanto a quelle di indirizzo e controllo del Governo, anche le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione (art. 138 Cost.)»[90]. L'esito è che discorre di «minore sacrificio possibile per la rappresentanza democratica» e salva soglie non eccessivamente basse, premi di maggioranza non manifestamente sproporzionati e liste bloccate non troppo lunghe, con i nomi di tutti i candidati espressamente indicati nella scheda elettorale e con la facoltà di esprimere almeno qualche preferenza. Un principio di distinzione compare nella decisione n. 35 del 2017, ove la Corte ha sindacato il premio di maggioranza al turno di ballottaggio con i, differenti, principi costituzionali della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'eguaglianza del voto anche in uscita e ha concluso che «il perseguimento della finalità di creare una maggioranza politica governante in seno all'assemblea rappresentativa, destinata ad assicurare (e non solo a favorire) la stabilità del governo, avviene a prezzo di una valutazione del peso del voto in uscita fortemente diseguale, al fine dell'attribuzione finale dei seggi alla Camera, in lesione dell'art. 48, secondo comma, Cost.». Se il parametro è l'art. 48 la questione non è quantitativa, non dipende dal numero di seggi conseguiti da una lista o coalizione per effetto del premio di maggioranza rispetto a quelli conseguibili sulla base del riparto proporzionale dei voti popolari ottenuti, ma qualitativa. Però, la Corte non ne trae la logica conseguenza e dichiara l'incostituzionalità solo del

89 Lo ha da tempo notato P. Pinna, *Il premio di maggioranza inutile e incostituzionale,* in *Quad. cost.,* 2/2013, p. 471 ss.; Id., *La crisi di legittimazione del governo rappresentativo. Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Osservatorio AIC*, 2014, p. 3.

90 Corte cost., sent. n. 1 del 2014.

premio di maggioranza al turno di ballottaggio perché irragionevolmente dis-rappresentativo e «fortemente diseguale»: ma, secondo il principio democratico, i voti si contano e non si pesano e il voto o è eguale o è diseguale, senza gradazioni o valutazioni di intensità. Un discorso differente vale per la soglia di sbarramento sui voti validamente espressi su base nazionale, quale condizione per l'accesso delle liste al riparto dei seggi. Non viola di per sé il voto eguale. Diminuisce la rappresentanza del popolo, perché esclude e non include. Ma non esclude l'elezione del candidato più votato: il mio voto conta quanto il tuo, ma non elegge un rappresentante, che non sarebbe quello più votato, perché il numero di voti validi della lista non raggiunge una soglia minima di sbarramento. La sua legittimità è una questione di misura non sproporzionatamente elevata della soglia o di troppa distorsione e deformazione rappresentativa per effetto del cumulo con il meccanismo dei premio di maggioranza e non di qualità[91].

A seguire, i due principi sono diversamente bilanciabili con il principio di governabilità. Può chiudersi la questione in due modi: o unificando i tre principi, mediante la riconduzione sia della «rappresentanza della *polis*», sia del «governo della *res* publica» al principio di sovranità popolare[92], dal che non vi è alcun bilanciamento; o escludendone la bilanciabilità perché la logica dell'efficacia e dell'efficienza, in una della razionalità economica, sottesa alla governabilità, è disgiunta dalla rappresentanza democratica[93]. Il primo modo non è accettabile, perché il principio rappresentativo non coincide con quello democratico. Il secondo vanta buone regioni. Ciò che pertiene alla *praxis*, all'azione comunitaria, non è pensabile né misurabile secondo la logica del risultato, della resa, ovvero secondo l'argomento economico del funzionamento, il dominio del fare, che pertiene alla *poiesis,* alla produzione, all'opera. Il paradigma gestionale che definisce la sfera semantica dell'*oikonomìa* è irrelato alla forma rappresentativa. È un po' come misurare il giusto con l'utile. In più, la governabilità non è un principio costituzionale: tra le fonti costituzionali, solo nell'art. 15 dello Statuto sardo compare il prin-

91 Corte cost., sentt. nn. 1 del 2014, 193 del 2015 e 35 del 2017.

92 A. Morrone, *Sistema elettorale e ordinamento costituzionale: profili di teoria generale*, in *Rivista AIC,* 3/2017, p. 1 ss.

93 M. Dogliani, C. Tripodina, *La sovranità popolare e le sue forme: la forma rappresentativa*, cit., p. 279 e p. 206.

cipio di stabilità, a dire che quando si è voluto, lo si è scritto. È al più una esigenza. Ma nel diritto vivente la Corte costituzionale ha ritenuto la «stabilità del governo», la «governabilità» e la «rapidità del processo decisionale», seppure definiti «obiettivi costituzionalmente legittimi» o di «rilievo costituzionale» e non principi costituzionali, bilanciabili con il principio costituzionale della rappresentatività del corpo elettorale sovrapposto a quello democratico[94]. Quindi, la questione è aperta. Ora, anche a voler ammettere che la governabilità sia un interesse, un obiettivo costituzionalmente legittimo, può controbilanciare la quantità, impredeterminabile, di rappresentatività dell'elezione, che è sempre questione di proporzioni, calcoli proiettivi e tendenziali approssimazioni, ma giammai il principio democratico e soprattutto la regola del voto eguale. La Corte, invece, ha argomentato che la logica funzionalista del «risparmio dei costi»[95] può giustificare forme di elezione indiretta, quindi, ha bilanciato il parametro economico del governo con le regole della democrazia. Ma la democrazia è un valore etico e, secondo la Costituzione, la si deve perseguire egualmente, perché la sua causa è politica e non economica, attiene alla città e non alla casa. Al pari, nel sindacare le leggi elettorali, ha bilanciato la governabilità sia con il principio di rappresentatività che con l'uguaglianza del voto, ritenendo possibile giustificare il sacrificio di entrambi, purché non sproporzionato[96].

6. La de-democratizzazione della rappresentanza

Se la scrittura costituente è appartenuta al tempo della democratizzazione della rappresentanza politica, nella vita del diritto costituzionale contemporaneo il movimento è inverso: è il tempo della de-democratizzazione della rappresentanza democratica. Pertanto, la 'crisi' è della rappresentanza democratica e non di quella aristocratica. Il governo resta rappresentativo, ma non è più popolare.

La de-democratizzazione descrive un processo più preciso della de-politicizzazione. Questa indica la sostituzione o la misurazione di ciò che unisce una comunità politica con i paradigmi della libertà e dell'utile, in nome del pragmati-

94 Tra le più note Corte cost., sentt. nn. 1 del 2014, 193 del 2015 e 1 del 2017.

95 Corte cost., sent. n. 168 del 2018, punto 4.3 del *Considerato in diritto*. Si coglie, invece, un monito al legislatore ad evitare la prevalenza delle «ragioni economico-finanziarie su quelle ordinamentali» in Corte cost., sent. n. 33 del 2019.

96 Corte cost., sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017.

smo, della fattibilità e dell'utilitarismo di «una suprema potestà di governo amputata della determinazione dell'indirizzo politico»[97], che aveva fatto dire già da tempo che il «sogno è morto»[98]. Applicare il parametro dell'economico al politico significa ridurre il secondo a pura azione, senza fondamento nell'essere, nella sostanza, senza un Fine e farlo così uscire dall'universo rappresentativo, simbolico, oppure fare del primo fine e norma di sé medesimo, che ha in sé il proprio compimento e le regole del proprio funzionamento. Quella descrive, invece, i fatti che causano la recessività delle specifiche forme democratiche dell'agire politico e, quindi, nel nostro discorso, la aristocratizzazione della rappresentanza elettiva[99]. Giuridicizzando la teoria politologica della democrazia di Charles Tilly[100], che spiega la democratizzazione, sempre reversibile, con alcuni processi che la promuovono e, in direzione contraria, indaga i fattori che l'indeboliscono, il punto è misurare il governo rappresentativo con le regole costituzionali che lo rendono democratico. Per stabilirne la democraticità non si deve, infatti, adoperare come parametro una concezione della democrazia piuttosto che un'altra, perché la scelta dell'una o dell'altra concezione sul terreno di una scienza sociale non normativa non potrebbe che essere arbitraria. Si deve, invece, giudicare la costituzione e il funzionamento delle assemblee rappresentative secondo il parametro delle regole costituzionali che riguardano la modalità di elezione dei rappresentanti e di deliberazione. Non è detto che l'esito sia opposto a quello dei teorici della democrazia e della normalità democratica, perché non c'è un dover essere senza essere e, quindi, non c'è una normatività democratica dualisticamente separata dalla normalità. Così come non è detto che questi processi di arretramento delle forme della politica democratica siano tutti e necessariamente costituzionalmente invali-

97 L'espressione è tratta da G. Ferrara, *L'indirizzo politico dalla nazionalità all'apolidia*, Relazione al Convegno AIC, *Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana*, sul sito *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2003, p. 14.

98 G. U. Rescigno, *Intervento*, in M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri, L. Ventura (a cura di), *Indirizzo politico e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 181.

99 Vede nell'ordinamento molti segni di diminuzione della democraticità della rappresentanza politica elettiva, una sorta di involuzione verso la sua forma aristocratica originaria, che può essere definita appunto un processo di de-democratizzazione, P. Pinna, *La aristocratizzazione del governo rappresentativo*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Pietro Ciarlo,* t. I, Napoli, E.S.I, 2022, p. 475 ss.

100 C. Tilly, *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 2007.

di. Sono, però, il segno di un movimento contrario e, esattamente, di una involuzione rispetto alla direzione prescritta dalla Costituzione positiva, che è quella della democratizzazione del governo rappresentativo, contro la sua origine aristocratica.

Sul piano della forma di governo il movimento di de-democratizzazione riguarda la scelta dei rappresentanti politici dello Stato e degli altri enti costitutivi della Repubblica. Segnatamente, vi concorrono i molti segni di aristocratizzazione dell'elezione della rappresentanza parlamentare, quali la riduzione del numero dei parlamentari, consentanea alla concezione elitista della rappresentanza del governo repubblicano (e non popolare) di Madison, la de-universalizzazione del diritto di voto per effetto dell'aumento dello scarto tra cittadini e lavoratori (immigrati), la diminuzione degli elettori votanti, i premi di maggioranza e le liste bloccate. Ma lo stesso potrebbe dirsi della legittimazione popolare della rappresentanza politica regionale e comunale. Nel consiglio regionale e comunale, per effetto del premio di maggioranza alle liste di candidati a consigliere regionale o comunale collegate col candidato proclamato presidente o eletto sindaco e delle clausole di sbarramento, c'è meno e non più popolo rappresentato, quindi, ne è diminuita la legittimità secondo il principio democratico e di certo non sono aumentate le probabilità di elaborare e realizzare l'interesse generale. Né, a compensare, vi è un plusvalore democratico nell'elezione diretta del presidente e del sindaco. Non è più democratica della elezione consiliare, perché la fonte della sua legittimazione non è il popolo organizzato in partiti bensì il popolo che elegge la persona, ma la persona in luogo dei partiti organizzati nel foro pubblico è indizio di privatizzazione della sfera pubblica e quindi di de-democratizzazione della città. Non aumenta il potere di indirizzo politico del popolo, perché l'indirizzo politico non riguarda la scelta di una persona che a sua volta decide. Per di più, nel caso della rappresentanza regionale, per effetto del meccanismo *simul stabunt simul cadent*, il destino personale, addirittura privato, del presidente della regione può determinare le sorti dell'assemblea rappresentativa del popolo, che è, invece, il luogo della discussione governata dalla ragione pubblica. Ma soprattutto, per effetto della legittimazione popolare diretta dell'esecutivo, la funzione di governo contende all'assemblea la funzione rappresentativa e, quindi, aggrava la de-democratizzazione del governo rappresentativo. In fondo ciò che viene comunemente definito

populismo altro non è che l'esibizione e la ricerca della legittimazione popolare attraverso l'azione di governo. L'involuzione democratica della Repubblica è, poi, amplificata, dentro la regione, dalla de-democratizzazione del governo rappresentativo locale con l'elezione di secondo grado e la designazione degli organi di indirizzo politico di province e città metropolitane, quindi, come abbiamo scritto, di forme aristocratiche di cooptazione. Questo processo è aggravato dalla destrutturazione dei partiti quali luoghi di elaborazione politica di principi di giustizia e dalla loro privatizzazione e aristocratizzazione, con la cooptazione della classe dirigente e, quindi, con la sua proiezione nelle assemblee rappresentative.

Sul piano delle fonti del diritto, è segno di de-democratizzazione, la elusione della forma rappresentativa di legge e delle regole della deliberazione parlamentare. La legge regionale patisce la perdita di grado ovvero di forza a favore di ciò che non ha forma rappresentativa ma tecnico-amministrativa, con un sovvertimento nella giurisprudenza costituzionale della relazione gerarchica tra legge regionale e atti amministrativi, al modo in cui già accadeva per gli atti di indirizzo e coordinamento[101]. Laddove, poi, si conserva la forma di legge, l'epilogo nel contenuto è una legge 'gestionale', che ha prevalentemente ad oggetto l'amministrazione e la funzione amministrativa e che, quindi, principalmente «governa processi amministrativi»[102]. Ma una legge che ordina e amministra, dissolta nel dispositivo che ha incorporato, diminuisce il proprio valore simbolico e rappresentativo, con la perdita di senso della stessa forma rappresentativa che è una forma politica.

7. La rappresentanza e l'indirizzo politico

La categoria dell'indirizzo politico, protagonista di una *renaissance* in questo nostro «tempo esecutivo»[103], è apparsa il rimedio alla de-politicizzazione e alla de-democratizzazione della rappresentanza. Vi si intravede un antidoto allo specialismo tecnico-scientifico in cui il Fine politico generale si è immanentizzato in una molteplicità di scopi specifici e determinati, con la sensazione che questo

101 Lo dimostra R. Bin, *Legge e amministrazione*, in *Le Regioni*, 1/2023, p. 15 ss.

102 G. Falcon, *Conversando di diritto regionale*, in *Le Regioni*, 4/2022, p. 667, muovendo dal libro-intervista di S. Bartole, P. Giangaspero, *Diritto regionale*, *Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2022, p. 82 e p. 105.

103 G. Zagrebelsky, *Moscacieca*, Bari-Roma, Laterza, 2017, p. IX e p. 15 ss.

tempo, rimosso il Fine, ciò che non è mai interamente realizzabile e materialmente compibile, abbia perso qualcosa che somiglia all'"anima'. Ormai «i segretari di Creonte sbrigano il caso Antigone»[104]. È evidente che le dottrine dell'indirizzo politico, con il valore politico dell'azione, affascinano se la funzione rappresentativa si svuota: richiamano l'idea del Fine o, in un mondo non pacificato, di Fini in lotta in un mondo che pare averla perduta, assieme alla valenza simbolica delle cose. È conseguente che, per tornare ad una rappresentanza politica che non sia, con uno scambio dei ruoli costituzionali, al servizio dell'amministrazione e del dispositivo tecnico-economico e, quindi, non sia ordine amministrativo, ma sia visione, metapolitica prima che meso e micropolitica, i mezzi devono tendere a fini e gli uni devono essere distinti dagli altri. Ma occorre intendersi bene sulla relazione tra la funzione di indirizzo politico, che nella Costituzione vigente non può e non deve garantire le medesime prestazioni del tempo della sua fondazione e le forme della rappresentanza democratica[105].

Nella teorizzazione di Costantino Mortati, la funzione di indirizzo politico dirige e destina lo Stato al fine dell'unità politica del popolo, che «non è di carattere naturale, non è data, ma di essenza spirituale», prodotta della «fusione di una molteplicità di voleri in un volere unico, che, trascendendo le volizioni particolari, si pone come volere di un ente distinto dagli elementi che lo compongono e avente personalità propria»[106]. L'indirizzo politico è il «principio motore» dell'«unità teleologica» dello Stato[107] e «indica ai vari organi la via e riconosce la conformità dei loro atti al fine»[108]. Se così è, la funzione di indirizzo politico «riguarda non l'essere dello Stato, ma il suo dover essere» e «opera in relazione non a un ordine già dato, statico», ma ad «un ordine in formazione, dinamico, di cui

---

104 F. Dürrenmatt, *Questioni di teatro* (1954), in Id., *Lo scrittore nel tempo. Scritti su letteratura, teatro e cinema*, Einaudi, Torino 1982: la citazione però è mediata da F. Moretti, *Bandiera nera*, cit., p. 105.

105 Indaga la relazione I. Massa Pinto, *Rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017, spec. p. 11 ss.

106 C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), ristampa Milano, Giuffrè, 2000, p. 9. Il debito con la dottrina della costituzione di Schmitt è confessato poco dopo a proposito dell'organo di governo chiamato ad «incarnare e rendere concreto il principio spirituale dell'esistenza politica di un popolo» ovvero a «rappresentare il popolo, non nel suo essere naturale, ma nella sua essenza politica, ossia nella sintesi delle esigenze particolari» (*ivi*, p. 21).

107 *Ivi*, p. 9 e p. 21.

108 *Ivi*, p. 15.

è suo compito promuovere l'attuazione»[109]. L'indirizzo politico presuppone la fine dell'identità tra essere e dover essere, vale a dire la necessità dello Stato e l'oggettività dei suoi fini ed è il gesto volontario, normativo, di dare una direzione politica allo Stato.

Storicamente, la dottrina dell'indirizzo politico è stata una forma di reazione alla crisi dello Stato liberale e in particolare alla incapacità del Parlamento di rappresentare e integrare il popolo, organizzato in partiti di massa, nello Stato, con il conseguente sgretolamento dell'unità di Parlamento e Governo nella direzione politica dello Stato. È servito sì, nello Stato post-liberale degli anni Trenta, per risolvere un problema concreto, la fascistizzazione dello Stato, ma nel farlo ha superato la separazione dello Stato borghese di diritto tra Stato e società e la forma liberale-garantistica dello Stato, ove i principi formali, la forma dello Stato, garantivano il fine politico della tutela delle libertà, e, quindi, ha politicizzato la società attraverso la forma partito quale interprete della volontà popolare. L'origine della direzione politica era, dunque, esterna allo Stato, in una forza politica differenziata e portatrice di un ordine nel seno della comunità sociale che eterodirigeva lo Stato, posto al servizio di un fondamento esterno, potente e totale, al diritto costituito. Pertanto, nel tempo neoliberale della crisi dello Stato democratico-sociale, in cui è tornata la connessione naturale tra la struttura e la funzione, tra la forma e il fine, sembra rivitalizzare la direzione politica dello Stato da parte della sua origine, del popolo organizzato in partiti politici e rappresentato nel Parlamento e, quindi, legittimare il governo rappresentativo.

Al proposito, va considerato, però, che la forza normativa dell'indirizzo politico ha integrato la società nello Stato e ha politicizzato le masse in direzione antiliberale e antiparlamentare, attraverso il partito unico, il cui programma diveniva programma di governo, indirizzo politico del Capo del Governo e indirizzo generale dello Stato. Ha cioè dato al problema dello «svuotamento del Parlamento» una soluzione «burocratica»[110] che aggravava il problema: la funzione di indirizzo politico è stata, infatti, la barriera all'estensione del principio di legalità. Poi, con movimento retroverso, lo Stato, e per esso il Capo del Governo, ha sta-

109 *Ivi,* p. 18.

110 A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, Volume terzo, Quaderni 12-29 (1932-1935), Torino, Einaudi, 2014, p. 1809.

tualizzato il partito, disciplinandone l'ordinamento e il suo programma politico, quindi, ne ha eliso l'origine sociale. Con l'effetto netto della sostanziale depoliticizzazione dello Stato, ridotto a macchina, funzionamento, amministrazione[111]. Alla fine, il movimento per costruire l'unità politica del popolo è stato discendente e non ascendente e il popolo è divenuto lo Stato. L'indirizzo politico è, infatti, una teorizzazione della funzione di governo e non della rappresentanza politica, tanto che fonda una teoria dell'amministrazione e, per quella via, l'insindacabilità dell'atto politico. Ha spezzato la rappresentanza politica dal basso. Da un lato, ha riempito dall'alto la rappresentanza, attingendo alla logica dell'eccedenza di senso del rappresentante rispetto al rappresentato e della trascendenza propria della rappresentazione di un'idea secondo la teoria della rappresentanza istituzionale. Dall'altro, l'ha svuotata dell'elemento elettivo e, dunque, democratico del governo rappresentativo. Anzi, ha finito per attribuire al Governo una funzione rappresentativa. La costituzione in senso materiale, che sopravvive alle intenzioni, alla volontà, delle forze politiche dominanti che l'hanno voluta, ha, poi, vincolato l'indirizzo politico dello Stato ancorandolo a un ordine oggettivo e sostanziale, stabile e organizzato, 'portato' dal partito unico e sottraendolo alla nuda volontà politica di un *fiat* originario ed istantaneo: è momento genetico del diritto, ma la costituzione non è la deliberazione rappresentativa del popolo, non è il potere costituente del popolo. Alla radice della ambigua relazione tra costituzione materiale e formale vi è la stessa ambiguità della relazione tra funzione di governo e funzione rappresentativa. La dottrina dell'indirizzo politico tenta di risolverla distinguendo il fine politico fondamentale, cioè la costituzione in senso materiale e i mezzi, cioè l'attività di governo di realizzazione di quei fini fondamentali e collegando gli uni agli altri per mezzo degli uomini del partito politico unico e, poi, in ambiente pluralista, dei partiti politici. Ma non distingue tra rappresentanza dei partiti e rappresentanza elettiva. L'indirizzo politico stabilizzato dall'ordine materiale ha, infatti, funzionato attraverso una catena macchinica di comando a cascata, che legava l'indirizzo alle forze politiche dominanti, portatrici della costituzione e non conosceva soluzioni di continuità e interruzioni tra il Governo, il Parlamento, il partito e il popolo, salvo, forse, il Re[112].

111 R. De Felice, *Mussolini. Il Duce*, II, Torino, Einaudi, 1981, p. 63.

Ma nulla è più come ieri. Può essere che la funzione di indirizzo politico, seppure in origine antiparlamentare, e quella rappresentativo-parlamentare siano in qualche modo accomunate, contro l'origine, dalla prevalenza della mediazione sull'immediatezza. Non vi è una decisione, ma un processo decisionale per la elaborazione e la selezione dei fini politici. Così come può essere che non è irrelata alla teoria mortatiana della funzione di governo la forma di governo parlamentare a tendenza monista, come organizzazione unitaria del potere di direzione politica, in cui, in forza dell'unicità del principio di legittimazione politica, la politicità è limitata al Parlamento e al 'suo' Governo, fusi in una unitaria funzione di indirizzo e la sovranità popolare è legata agli organi di indirizzo per il tramite dei partiti politici. Però, l'indirizzo politico normativo nel governo parlamentare, rappresentativo del popolo ma funzionalmente indipendente, non può funzionare come una catena di comando perché in una Costituzione democratico-pluralista, che pluralizza e divide, in senso orizzontale e verticale, il potere e in cui il fine politico fondamentale che orienta l'unità politica statuale proviene dalla società, il popolo non è lo Stato, il partito è organicamente e funzionalmente distinto dallo Stato e l'azione politica rappresentativa è molteplice e frastagliata.

Nel testo costituzionale l'indirizzo politico, che è attribuzione di fini a forme organizzative, è, infatti, il dispositivo finalistico e contenutistico che lega la forma rappresentativa della nazione, da un lato, alla «politica nazionale» dell'art. 49 e, dall'altro, alla «politica generale» del Governo e all'«indirizzo politico» unitario sostenuto dal Presidente del Consiglio dei Ministri dell'art. 95.

---

112 Ciò è vero solo per la teoria dell'indirizzo politico di V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1-4/1939, p. 105, che distingueva l'organo di indirizzo politico e l'organo supremo per lasciare aperta la possibilità di un giudizio di conformità dell'azione di governo agli interessi generali dello Stato e per quella di C. Lavagna, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici tra capo del governo e ministri*, Roma, Edizioni Universitarie, 1942, p. 129, preordinata a far valere le esigenze dello «Stato di diritto», che coincidevano però con i «principi politici del regime», ovvero con i principi costituzionali materiali che segnano i fini fondamentali dello Stato. Nella dottrina dell'indirizzo politico di Mortati, invece, non si scioglie mai l'ambiguità tra il Governo «organo supremo» di indirizzo politico e il Re «supremo decisore», ovvero titolare del «potere di suprema decisione politica» per consentire la realizzazione «di quell'indirizzo generale politico, che egli creda più confacente agli interessi nazionali»: l'uno è istanza di mutamento politico, l'altro di stabilità (C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., IX e pp. 218-22).

Con le elezioni il popolo non trasmette l'indirizzo politico, perché l'indirizzo politico non riguarda la scelta di una persona che a sua volta decide, propria di una concezione liberale, orlandiana, della rappresentanza elettiva[113], ma la direzione popolare dello Stato, ovvero la titolarità del «supremo potere di decisione politica»[114]. Ma il popolo esiste e, votando i candidati, sceglie tra i partiti o tra gli orientamenti politici e quindi determina la proporzione tra le forze politiche da rappresentare: alla fine indirizza politicamente lo Stato perché influenza, seppure non determina, la maggioranza parlamentare. L'indirizzo politico del Parlamento, però, senza vincolo di mandato, non dipende funzionalmente dal popolo-corpo elettorale, ma la scadenza del mandato e la periodicità delle elezioni assicurano una certa corrispondenza tra i rappresentanti eletti e l'orientamento politico dei rappresentati elettori. L'indirizzo politico nel governo parlamentare è più un «circuito» che una linea[115]: è un rapporto circolare, ove non vi è un prima e un dopo, ma una interazione continua e incrociata, tra il popolo che elegge e i rappresentanti eletti, che condizionano, retroagiscono, reagiscono, su quello, in qualche modo rideterminandolo. Il partito politico nello Stato pluralistico dei partiti non è più immedesimato nello Stato e sta in mezzo: è il luogo in cui gli interessi sociali sono rappresentati politicamente ed integrati nello Stato, ma il rappresentante eletto non è vincolato dalla linea politica del partito.

A seguire, il Governo dipende dal Parlamento, da cui riceve l'indirizzo politico che deve attuare nella «politica generale». Ma, per ciò stesso, la politica del Governo non è il programma di governo oggetto della fiducia parlamentare: questa condiziona quello, ma non lo esaurisce, diversamente non avrebbe bisogno di alcuna attuazione. In direzione opposta, poi, l'art. 138 allenta la giuntura tra l'indirizzo politico governativo e quello parlamentare. Ma entrambi i movimenti

---

113 Vi è tornata A. Apostoli, *Il fondamento giuridico della rappresentanza: rileggere Orlando nel XXI Secolo*, in *Antologia di diritto pubblico*, 1/2025, p. 47 ss.

114 C. Mortati, *Il problema della direzione politica dello Stato e il progetto di Costituzione repubblicana* (1947), in Id., *Raccolta di scritti. I. Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello stato*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 489.

115 A. Manzella, *Il parlamento*, il Mulino, Bologna, 1977, p. 261. Più di recente, G. Silvestri, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in M. Cartabia, M. Ruotolo (a cura di), *Potere e Costituzione*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 1139, scrive che «l'indirizzo politico – nello Stato costituzionale di democrazia pluralista fondato sulla separazione dei poteri – è la risultante di una molteplicità di indirizzi che confluiscono e si innestano nel flusso dell'attività complessiva dei pubblici poteri».

portano alla conclusione che non è vero e valido nella forma di governo parlamentare che «il popolo vota, i deputati si riuniscono e formano il governo: in tal modo il popolo elegge il proprio governo»[116]. È tutto qui l'inizio, sbagliato, della trasfigurazione del principio di maggioranza in fatto maggioritario[117], che conduce, passando attraverso la distinzione di Duverger fra «democrazie immediate» e «democrazie mediate», alla equivalenza tra elezione diretta di diritto ed elezione popolare di fatto del vertice del Governo nelle democrazie, appunto, maggioritarie.

In ogni caso, il buono della dottrina dell'indirizzo politico, con la sua innata, originaria, tendenza olistica all'Uno e al monismo o, almeno, alla soggettivizzazione, al verticismo e alla gerarchia piramidale, non sta nella rivendicazione di stabilità, monoliticità, funzionalità e potenza dell'indirizzo politico del Governo, perseguito al prezzo di svuotare la rappresentanza generale elettiva, ma nel perseguimento, nell'attività di governo, di fini al servizio della società. Ne è allora coerente l'attualizzazione a sostegno del principio popolare che trasforma la eteronomia ed eterodirezione del partito in autodirezione del popolo rappresentato. Muta, però, il senso della normatività dell'indirizzo, che vale nei confronti degli stessi organi costituzionali che lo decidono, con una inevitabile contraddizione: la funzione di indirizzo politico, prima sovrana attività di predeterminazione dei fini dello Stato che precede la sua stessa articolazione in organi autonomi, si stempera[118]. Ma è un mutamento coerente con la sovranità del popolo che, per essere tale, deve sempre esistere, con la conseguenza che la politica è presupposto e, al contempo prodotto e conseguenza dell'attività degli organi costituzionali. Se, invece, si evoca l'indirizzo politico a sostegno non della rappresentanza del popolo e quindi del governo popolare ma dell'elemento liberale dello Stato di diritto, con la creazione di un indirizzo politico complesso, di sistema, composito, integrato o

116 Secondo quella che sarebbe l'essenza del parlamentarismo moderno per B. Mirkine-Guetzevich, *I metodi di studio del diritto costituzionale comparato*, in *Il Politico*, 1951, vol. 16, n. 2, p. 193 e per i molti epigoni.

117 È una trasfigurazione penetrata anche nella giurisprudenza costituzionale che discorrendo, nella decisione n. 192 del 2024, di «una forma di governo che funziona secondo la logica maggioritaria» e non di principio di maggioranza, allude al 'fatto' della democrazia maggioritaria.

118 M. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985, pp. 219-20.

unificato tra enti e organi dello Stato e dell'Unione europea, a cui partecipa il Presidente della Repubblica come *garante* di un *indirizzo* politico europeo[119], questo perde l'origine societaria. La legittimazione funzionalista dell'indirizzo politico lo fa fuoriuscire dall'universo rappresentativo o, meglio, giustifica una funzione di governo che contende al Parlamento la funzione rappresentativa: ma solo se l'indirizzo politico eccede la funzione di governo e persino la forma di governo, è conforme alla Costituzione in cui la rappresentanza si pluralizza ed eccede lo Stato e la società si politicizza. In alternativa, deve distinguersi la direzione politica dello Stato dall'indirizzo politico quale funzione del solo Governo e non dello Stato[120].

8. La rappresentanza e lo Stato di diritto

Il governo del popolo rappresentato non è lo Stato di diritto. Tra l'uno e l'altro vi è la disconnessione polemica che corre tra potere/potenza e diritto/limite, più precisamente tra aumento e superamento di sé e limitazione della potenza.

Nella storia delle idee, è una po' la linea che separa e unisce l'etica della convinzione e l'etica della responsabilità, la possibilità e il vincolo. Il principio democratico-rappresentativo tende alla massima espansione del potere popolare – e in questo preciso significato la democrazia è sempre, costitutivamente, in crisi, nel senso della *krisis* del pensiero negativo, della massima tensione verso nuovi ordini che dal suo stesso interno sono andati emergendo –. Lo Stato di diritto, opposto

119 È l'idea comune che, diversamente argomentata, ricorre in A. Manzella, *Postfazione: Indirizzo politico di sistema e forma di governo*, in N. Lupo, R. Ibrido, *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 461, Id., *Indirizzo di sistema e principi fondamentali (in memoria di Carlo Mezzanotte)*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3/2024, pp. 1-2; N. Lupo, *La forma di governo italiana, quella europea, e il loro stretto intreccio nella Costituzione 'composita'*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3/2019, p. 175 ss.; Id., *Conclusioni. L'indirizzo politico costituzionale (o di sistema): una riscoperta necessaria, per comprendere le dinamiche istituzionali italiane ed europee*, in *Federalismi.it*, 26/2024, p. 247 ss.; G. Piccirilli, *Il ruolo europeo del Presidente della Repubblica*, in R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo*, cit., pp. 387-411, spec. p. 409 ss.; Y. M. Citino, *Verso una nozione di indirizzo politico "integrato": effetti dell'anticipazione dei meccanismi decisionali dal livello nazionale a quello europeo*, in M. D'Amico, B. Liberali, A. Perez Miras, E. D. Raffiotta, S. Romboli, G. M. Teruel Lozano (a cura di), *Europa, società aperta, volume I - Problemi attuali e prospettive future*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 153-70; A. Ruggeri, *Indirizzo politico costituzionale: risorsa o problema?*, in *Consulta online*, 1/2025, p. 302 ss.

120 Come lo distingueva, A. Mannino, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra governo e parlamento*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 139 ss.

allo Stato di potenza, invece, risponde alla logica della prevedibilità, calcolabilità, non arbitrarietà e misurabilità del potere, quindi, è tutt'uno con il processo di razionalizzazione e intellettualizzazione della civiltà occidentale. Dunque, ha a che vedere più con l'etica della responsabilità che fonda il sistema legale-razionale weberiano. È conseguente che la legalità dello Stato di diritto, contraddistinto dalla divisione dei poteri e dalla conseguente certezza del diritto, è anche la sua legittimità.

Nella storia della forma dello Stato, il governo popolare è lotta per il potere, quindi pertiene al momento dell'autorità, l'idealtipo dello Stato di diritto è lotta al potere, quindi sta dalla parte della libertà. Dualisticamente, l'uno tende all'unità e al monismo, l'altro sta dalla parte del pluralismo dei principi di divisione del potere e del limite al potere a tutela delle libertà, la cui sfera è immaginata antitetica a quella dell'autorità. È la traduzione europea di *Liberty against Government,* ove la prima è custodita dalla Costituzione e dal controllo delle leggi in forma giurisdizionale e il secondo è identificato con il potere legislativo e con la funzione di governo, che minacciano e non custodiscono le libertà. Al fondo, vi è l'idea di una relazione oppositiva tra diritti e processo democratico. I diritti sono, infatti, «una alternativa alla partecipazione alle decisioni collettive»: con una mossa, nella poliarchia dei governi rappresentativi moderni, i diritti recuperano «una sfera di libertà personale che la partecipazione al processo decisionale non può garantire», con un'altra, più aumenta l'eterogeneità e il conflitto politico, più «i diritti individuali possono essere visti come un sostituto del consenso politico», perché «forniscono un modo per garantire a tutti uno spazio libero» che non può essere violato dalle decisioni politiche, laddove, se non vi fosse conflitto, «nessuno avrebbe bisogno di diritti personali» perché la legge è la libertà di tutti e di ciascuno[121]. Distribuendo le parti, allora, il principio popolare, senza curarsi né della divisione interna del potere *à la* Madison, né, tanto meno, della limitazione esterna *à la* McIlwain, ma volgendosi piuttosto nella direzione di forme di governo moniste, esige una specifica qualità dell'*autorità* sovrana, dell'organo e del procedimento di formazione della legge: implica una precisa regola costitutiva di legge e porta con sé il concetto 'politico', democratico, di legge ovvero la legge

121 R.A. Dahl, *La democrazia e i suoi critici*, cit., p. 308.

in senso formale. Ma per ciò stesso – pensiamo alla legge provvedimento che sottende quel concetto di legge – può violare la separazione dei poteri, come la viola, in direzione contraria, un atto esecutivo non basato su (e determinato da) norme legislative. Allo stesso modo, dal lato popolare della contesa, vanifica l'ideologia liberale della separazione tra potere legislativo ed esecutivo il legame tra governo e parlamento dello Stato democratico dei partiti, quando il monismo è *ex parte parlamenti* e non *gubernaculi*. Per contro, l'ideale regolativo dello Stato di diritto, del governo delle leggi in luogo del governo degli uomini, appartiene alla tradizione repubblicana (e non democratica) del governo misto e della costituzione bilanciata: pertiene, infatti, come l'ideologia del costituzionalismo garantista, al limite del potere a tutela dei diritti di libertà in forza, come svela il *Rule of law*, della 'regola di diritto', qualunque essa sia, legislativa, regolamentare o giurisprudenziale. Implica non la forma rappresentativa di legge, ma la legge in senso materiale, ovvero la astrattezza e generalità della norma che pone lo scarto per misurare il comando individuale. È liberal-garantistico, quindi reca con sé, nella forma di governo, tanto l'idea del governo diviso, limitato intrinsecamente, cioè politicamente, dove, contro la concentrazione dei poteri, una parte limita le altre parti, quanto l'idea del *gubernaculum* limitato dal diritto, dall'esterno, ad opera della *iurisdictio* a protezione degli *iura*. Il governo diviso e quello limitato si incontrano nella preferenza della legge, nelle riserve di legge, prima con la prevalenza dell'elemento regio e poi della componente parlamentare, e nel principio di legalità dell'amministrazione/giurisdizione, nonché nella sua giustiziabilità, ma non sono necessariamente democratici e non sono egualitari: sono indifferenti al principio democratico, perché guardano alla legge come limite e non come strumento di potere. Lo Stato di diritto è apparso, storicamente, coincidente con il governo rappresentativo del popolo perché il potere politico sovrano da limitare, nella monarchia costituzionale/limitata e poi in quella parlamentare, era il potere regio. Più al fondo, ciò significa che la legalità è concetto polemico rispetto alla sovranità, di cui tenta la neutralizzazione. Prima tocca alla sovranità regia e la divisione e limitazione del potere sovrano sembrano democratiche. Ma, quando lo scettro passa di mano, giocoforza, la sovranità del popolo innesca, teoricamente, la possibilità del conflitto con la legalità dello Stato di diritto e questa, quando depotenzia quella, non è più democratica. Invero, all'inizio, nella rappresentanza

elettiva del popolo sovrano, non vi è bisogno, a tutela dei diritti, della limitazione della legge, che è l'elemento democratico, in forza della dottrina liberale-borghese della rappresentanza parlamentare come autolimitazione e garanzia delle libertà perché autodeterminazione del popolo. La garanzia di legittimità della legalità parlamentare era, infatti, in sé, autolegittimantesi. Però, se il popolo è sovrano e se la forma rappresentativa di legge non elide la sovranità del popolo rappresentato, lo Stato di diritto, che separa, all'interno, e limita, dall'esterno, la legge, è limite al principio popolare. È, in fondo, l'ambivalenza del principio di legalità che, sostenuto da argomenti liberali e democratici[122], si negherà/convertirà nel principio di costituzionalità. Ma così la legittimità si distinguerà dalla legalità, dopo che nello Stato di diritto l'una coincideva con l'altra.

Quando lo Stato di diritto diviene Stato costituzionale di diritto appare democratico perché, in forza della preminenza della legge e, soprattutto, delle riserve di legge, limita e giudica l'amministrazione e la giurisdizione con la legge, che è atto rappresentativo del popolo. Ma, con un chiasmo, la legalità più intensa del governo democratico, ovvero quella formale e sostanziale, non deriva né dalla separazione dei poteri, come nella monarchia costituzionale, né dalla forza di legge della democrazia parlamentare, che in ogni momento può firmare la propria detronizzazione, ma dalla Costituzione rigida che, assoggettando e quindi negando la sovranità della legge, garantisce la forza di legge contro l'autonegazione della legge. Tanto che il principio democratico, nelle Costituzioni democratico-sociali del Novecento, diviene sì un principio giuridico etico – quale non era per Hermann Heller – che legittima l'esercizio del potere politico. L'elemento democratico è fuori discussione, è un valore in sé, è giusto in sé e per sé. Però, non basta più. È condizione necessaria per la legittimazione dello Stato costituzionale, ma non è sufficiente: il potere non democratico in quanto tale è illegittimo, ma quello democratico può essere illegittimo quando viola i principi giuridici di giusta strutturazione sociale ed economica positivizzati nelle Costituzioni del secondo dopoguerra[123]. Così, però, con un altro rovesciamento, lo Stato costituzionale di dirit-

122 Gli argomenti sono ancora quelli articolati da R. Balduzzi, F. Sorrentino, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 1989, spec. p. 1212 ss.

123 Più o meno alla lettera, P. Pinna, *La costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 143-6.

to limita e giudica la legge con la Costituzione e la giurisdizione costituzionale, quindi, sembra non democratico agli esiti neoparlamentaristici del costituzionalismo politico. È il prezzo che paga il governo popolare affinché il potere sia giusto oltre che democratico e lo Stato sia legittimo oltre che legale[124].

Ma ciò che ricompone nella Costituzione deliberata da una assemblea rappresentativa del popolo sovrano la tensione tra governo popolare e governo diviso/limitato è la stessa Costituzione, che pone sì un limite alla legge, ma è essa stessa forma rappresentativa di legge. Il valore di legge è, infatti, il medesimo della Costituzione perché l'origine del governo rappresentativo è legislativa.

La Costituzione è una legge che introflette la propria legittimità nel testo e che costituisce all'art. 70 il potere legislativo nella medesima forma della propria deliberazione: racconta del proprio sorgere in quanto racconta di sé come legge che viene letta, disseminata e ripetuta nel testo. Ma proprio perché ha agito e stabilito quella forma ne è assoggettata, limitata, pena il venire meno del proprio fondamento di validità. Dunque, il governo popolare-rappresentativo trova in sé stessa la fonte della sua validità, dei suoi limiti e, con essi, della sua legittimità. La conclusione è che tra l'uno e l'altro vi è una relazione chiasmatica. Lo Stato di diritto è salvato da una forza di legge che potrebbe rinunciare a sé dalla costrizione della forza (o meglio valore) di Costituzione, che però è una legge rappresentativa del popolo, quindi, alla fine è salvato dal principio popolare e dalla forma rappresentativa. Insomma, non sono la stessa cosa ma, ciononostante, non sono dualisticamente opposti.

Prova ne è che, storicamente, all'aumento dell'uno non è corrisposta la pari diminuzione dell'altro e viceversa. È una verità teorica. Se, semplificando, si schierano uno dalla parte del potere e l'altro della libertà, «dov'è la libertà, lì è il potere e viceversa; si può anche dire che è la libertà degli uomini che crea le forme di potere, le contesta e le può anche distruggere, ma ne è, ovviamente e in variabile mi-

124 Sulla tensione strutturale tra principio democratico e Stato costituzionale di diritto, legata ai diversi momenti storici del costituzionalismo moderno, non può non leggersi il monumentale O. Cayla, J.-L. Halpérin (dir.), *Néo ou rétro constitutionnalismes? (R)évolution des démocraties constitutionnelles (1989-2015)*, Paris, Mare & Martin, 2018 e, segnatamente, il secondo volume V. Champeil-Desplats, J.-M. Denquin, *Démocratie et constitutionnalisme*.

sura, condizionata»[125]. Quella libertà porta sempre con sé una forma di potere. Ma è anche una verità dogmatica. Il governo popolare e lo Stato di diritto sono componibili, come lo sono stati nelle Costituzioni democratico-pluraliste del Novecento che, con la loro forma e la loro materia, in una la loro capacità integrativa, hanno tenuto assieme libertà politica, civile e sociale, eguaglianza e libertà perché non c'è libertà senza eguaglianza: per un solo apparente paradosso, c'è la liberal-democrazia perché c'è la democrazia sociale. Parallelamente alla mitigazione della ferocia della lotta di classe tra capitale e lavoro, il garantismo dello Stato di diritto ha convissuto con il governo popolare.

È vero, il dato storico-dogmatico non risolve la tensione teorica tra lo Stato del popolo rappresentato e lo Stato di diritto, che è al fondo la tensione tra uguaglianza e pluralismo, tra democrazia e poliarchia per dirla con Dahl, lì pronta a esplodere, nella direzione finora della democratizzazione del liberalismo o della liberalizzazione della democrazia. Il punto, però, è che, nel nostro tempo, è riesplosa in una direzione nuova, che ha combinato la de-democratizzazione del governo rappresentativo con la de-civilizzazione e che ha unito governo popolare e Stato di diritto nella cattiva sorte[126]. Nella contemporaneità, difatti, l'involuzione riguarda sia l'uno che l'altro, sia, semplificando, il politico che i diritti, in «una città civile» con «i cannoni nel cortile»[127]. *Kulturbürgertum* liberale e *Sozialismus* hanno, e soffrono, un medesimo destino. Contro Dahrendorf[128], stanno e cadono insieme. In fondo, seppure dal lato opposto delle barricate, già la *Konservative Revolution* lo aveva perfettamente capito. E proprio quando cessano di fra-intendersi la democrazia rappresentativa dell'Occidente cessa di essere un valore e di legittimare lo Stato. Non è una reazione nostalgica di un passato che non si darà più, ma l'immagine realistica di ciò che non funziona più.

---

125 G. Volpe, *Libertà e diritti dalla modernità alla biopolitica: l'individuo, la persona, l'uomo specie, i diritti umani,* in C. Amato, G. Ponzanelli (a cura di), *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 336.

126 Quella degli ultimi anni, se non decenni, è, cioè, una storia di arretramenti e regressioni, su cui molto recentemente G. Di Cosimo, *Costituzione, democrazia, arretramenti*, in *Rivista AIC*, 3/2026, p. 56 ss. e M. Barberis, *Regressione democratica e decostituzione*, in *Lo Stato*, 1/2026, p. 11 ss.

127 La citazione, celebre, è di F. De Andrè, *La domenica delle salme*, in *Le nuvole*, 1990.

128 R. Dahrendorf, *Quadrare il cerchio ieri e oggi*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

Tutto questo sta lì a dirci che il problema non è affatto il lato del potere, quindi, il principio popolare, bensì l'assolutizzazione del lato della libertà. Se c'è meno uguaglianza, c'è anche meno libertà di tutti e di ciascuno. Quando la libertà di pochi si è separata dall'eguaglianza di tutti, la aristocratizzazione e la economicizzazione della forma politica, che è divenuta pura immanenza, senza alcun progetto da realizzare e alcuna capacità simbolico-rappresentativa oltre la contingenza e l'immediatezza di ciò che è dato, ha portato con sé un saldo netto negativo anche per la garanzia dei diritti. Ma se il governo rappresentativo si aristocratizza e i diritti di tutti diminuiscono, se ne desume che il problema per i diritti non è il governo popolare. Vi è una forma di co-appartenenza, se non di co-originarietà, tra autonomia pubblica e privata, che può darsi solo nel governo popolare orientato ad una 'giusta' strutturazione sociale ed economica. Senza questa precondizione, non vi è né governo popolare né Stato di diritto.

9. Ricordare, senza nostalgia

Si dirà che la rappresentanza democratica con i soggetti della mediazione, benché scritti nel testo costituzionale, hanno fatto il loro tempo, perché al nome non corrisponde più la cosa: non riescono più a rendere intelligibile e ad organizzare la nostra vita collettiva. Ma la soluzione non è prenderne atto e arrendersi. Al contrario, proprio quando una cosa ha fatto il suo tempo, si è consumata come reale, non si deve cancellare quel passato ma coglierne l'incompiuto e ricordare come perduto qualcosa che in realtà non si è mai avuto, ciò che è rimasto non vissuto, messo a tacere, e che esige di ritrovare la possibilità per le promesse non mantenute, un luogo per il possibile nel passato. Dobbiamo ricordare l'occasione che è mancata al popolo sovrano, al partito politico e alla *clasa discutidora* del parlamentarismo, ma che, proprio per questo difetto, per questo tradimento, per ciò che non è stato, può ritornare come un tempo nuovo, essere figura, annuncio, di ciò che verrà, e immaginare un futuro alternativo a questo tempo che renda al passato quella giustizia che non ha mai avuto. Quel ricordo, che non è la memoria di un immobile archivio[129] e il simulacro di ciò che è stato, ma la trasfigurazione del passato in ciò che potrebbe ancora essere, aiuta, infatti, a trascendere e sfasarsi rispetto al presente quando appare caotico, privo di fondamenti. «Ridare vi-

129 G. Agamben, *Che cosa resta?*, in Id., *Una voce. Rubrica*, in *quodlibet.it.*

ta al passato è appunto questo: farlo vivere nel presente, nelle forme e nei modi del presente, in un dialogo che non nega le differenze, ma, al contrario, le fa risaltare»[130].

Si dirà ancora che tutto questo discorso sottende una filosofia della storia come declino, perché evoca la teoria della caduta e dell'ennesima autenticità perduta e inattingibile, del «ritorno al passato di una origine più pura»[131], e una pulsione nostalgica e crepuscolare per l'Inizio e, segnatamente, per le forme costituzionali della mediazione rappresentativa e dell'integrazione politica contro l'insuperabile contingenza e il nichilismo del moderno. Può essere, ma, primo, si è trattato di una forma di strutturazione politica del convivere umano più giusta di quella che vive nel nostro tempo. Secondo, non significa che l'una sia una operazione reazionaria e conservatrice e l'altra progressista e trasformativa: può essere un movimento 'retrogrado', ma il segno dell'una e dell'altra forma dipende dall'origine e dalla meta. La Costituzione, che è quell'origine e quella meta, non è un idolo, un 'libro' totale, compiuto e perfetto, ma è, programmaticamente, la custodia di una incompiutezza, quindi, è coattiva, cioè viva, senza nostalgia. Salva, redime e riscatta come futuro ciò che di quella forma passata era allora possibile, ma non è stato. La giovinezza della Costituzione, il suo tempo a venire, insomma, è sì il tempo perduto del ricordo, ma di un passato che non è stato e, quindi, di un futuro che era allora stato solo come possibile.

130 V. Vitiello, *Nel silenzio del Padre. Cristianesimo e storia da Paolo a Gesù*, Roma, Salerno Editrice, 2023, pos. 25.

131 J. Derrida, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 118.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Fabio Giglioni
Professore ordinario di diritto amministrativo - Sapienza Università di Roma
fabio.giglioni@uniroma1.it

I raccordi del sistema repubblicano

Coordination of the Italian Republican legal system

Sintesi

Il saggio indaga il significato costituzionale della scelta repubblicana a ottant'anni dalla fondazione della Repubblica, muovendo dall'ipotesi che essa non si esaurisca nella forma di Stato sancita dagli artt. 1 e 139 Cost., ma esprima un particolare modo di concepire l'ordinamento e la distribuzione del potere. La Costituzione configura infatti la Repubblica come unità ordinamentale plurale, fondata sulla sovranità popolare, sul riconoscimento dei diritti inviolabili e sui doveri di solidarietà. In questa prospettiva, le organizzazioni pubbliche non costituiscono centri originari del potere, ma strutture derivate e funzionali alla realizzazione dei diritti e degli interessi della comunità. Il pluralismo istituzionale e sociale che ne deriva pone, tuttavia, un problema essenziale di raccordo tra molteplici centri di potere. Il saggio individua nel principio di sussidiarietà uno dei principali criteri costituzionali per governare tale complessità, tanto nella dimensione verticale dei rapporti tra istituzioni quanto in quella orizzontale delle relazioni tra amministrazioni e cittadini. Le esperienze di integrazione dei servizi e di amministrazione condivisa mostrano concretamente come l'organizzazione possa essere ripensata in funzione dei diritti, superando la rigida separazione tra pubblico e privato. La ricostruzione viene quindi confrontata con le trasformazioni che hanno modificato i presupposti originari del modello repubblicano: l'integrazione europea, la crescita di poteri economici e tecnologici transnazionali, i processi migratori e la crisi del multilateralismo. Tali fenomeni non determinano necessariamente il superamento del disegno costituzionale, ma impongono di verificarne la capacità di adattamento. L'attualità della Repubblica dipende, pertanto, non dalla conservazione delle forme organizzative del 1948, ma dalla capacità di mantenere o ricostruire il collegamento funzionale tra esercizio del potere, sovranità popolare, garanzia dei diritti e doveri di solidarietà in un ordinamento divenuto più aperto,

plurale e interdipendente.

Abstract

The article examines the constitutional meaning of the republican choice eighty years after the foundation of the Italian Republic, arguing that it cannot be reduced to the form of State enshrined in Articles 1 and 139 of the Constitution. Rather, it expresses a distinctive conception of the legal order and of the distribution of power. The Constitution frames the Republic as a plural yet unitary legal order, grounded in popular sovereignty, the recognition of inviolable rights and duties of solidarity. From this perspective, public organisations are not original sources of power but derivative structures whose legitimacy depends on their capacity to serve rights and the interests of the community. The resulting institutional and social pluralism raises a crucial issue of coordination among multiple centres of power. The article identifies the principle of subsidiarity as one of the main constitutional criteria for governing such complexity, both vertically, in relations among public institutions, and horizontally, in relations between public authorities and citizens. Experiences of integrated services and shared administration illustrate how administrative organisation may be reshaped around rights, moving beyond the traditional rigid divide between public and private actors. The analysis then considers the transformations that have altered the original assumptions underlying the republican model: European integration, the growing influence of transnational economic and technological powers, migration and the crisis of multilateralism. These developments do not necessarily undermine the constitutional design, but they test its capacity to adapt. The continuing relevance of the republican choice therefore depends not on preserving the organisational arrangements of 1948, but on maintaining or reconstructing the functional connection between the exercise of power, popular sovereignty, the protection of rights and duties of solidarity within an increasingly open, plural and interdependent legal order.

Paole chiave: Repubblica; pluralismo; sussidiarietà; organizzazione; poteri pubblici

Keywords: Republic; pluralism; subsidiarity; organisation; public authorities

Indice: 1. La Repubblica come scelta costituzionale: una categoria ancora da comprendere. - 2. La portata trasformativa della Costituzione e della Repubblica sui centri di potere. - 3. La funzione essenziale del

principio di sussidiarietà per il necessario coordinamento. - 4. Due esempi di raccordi funzionali ai diritti. - 5. La Repubblica e lo Stato: una relazione problematica ed essenziale allo stesso tempo. - 6. La Repubblica di fronte alle nuove sfide del pluralismo. - 7. Conclusioni.

1. La Repubblica come scelta costituzionale: una categoria ancora da comprendere

Non era del tutto bianca la "pagina" sulla quale i costituenti hanno lavorato tra il 1946 e il 1947, giacché - come è noto - la loro elezione è coincisa con lo svolgimento del referendum con il quale il popolo italiano ha scelto a maggioranza la Repubblica come forma di stato. Sicché al momento di scrivere la Costituzione tutto era a disposizione dei costituenti tranne la forma repubblicana, che - non a caso - l'art. 139 Cost. suggella come vincolo costitutivo e duraturo ritenendolo formalmente l'unico escluso dalla revisione costituzionale[1]. Nel rendere sottratta alla revisione costituzionale la forma repubblicana i costituenti hanno aggiunto in termini giuridici un impegno morale che avevano maturato nei confronti dell'elettorato che li aveva eletti: la si rendeva non solo fondativa della forma di stato ma costitutiva e necessaria[2]. In un certo senso, dunque, la Repubblica è stata imposta ai costituenti.

Questo dato storico oltre che giuridico rappresenta un punto iniziale di un ragionamento più ampio che si propone, perché i riferimenti della Costituzione alla Repubblica vanno ben oltre questo vincolo. C'è, insomma, una Repubblica che si è imposta alla Costituzione nella condizione della forma di stato, ma c'è una Repubblica che è stata scelta dai costituenti, sul cui significato - di certo arato - si crede sia necessario ancora tornare per comprendere alcune implicazioni. La prospettiva che assume questo saggio, la cui elaborazione è in risposta alla celebrazione della fondazione della Repubblica del 1946, è quindi leggermente differita in termini temporali, perché ciò che è oggetto di riflessione è la scelta operata dai costituenti su come trattare la Repubblica in Costituzione. Insomma, il saggio parte dal presupposto che sia ancora utile tornare sulla scelta della Repubbli-

1 Ricorda il vincolo giuridico sottostante espresso dal d. lgs. lgt. 16 marzo 1946, n. 98 circa l'obbligatorietà dell' Assemblea costituente di tener conto dell'esito referendario A. MORELLI, *L'agenda della Costituente. Dal metodo dell'Assemblea al discorso sulle riforme*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica*, Milano, Franco Angeli, 2017, p. 45-46.

2 Calamandrei definì la scelta repubblicana eterna e immutabile (ass. Cost., sed. 4.3.1947).

ca in Costituzione per comprendere i significati che presenta.

Allo stesso tempo, però, sarà inevitabile confrontarsi con alcuni interrogativi, perché le vicende originarie del biennio 1946-1948 hanno un'impronta storica evidente che deve essere misurata ottanta anni dopo in un contesto storico e giuridico profondamente diverso[3]. Se, infatti, sembra necessario procedere ancora a indagare sul valore costituzionale della Repubblica, bisogna anche essere attenti a non raffigurare rappresentazioni che non fanno i conti con la realtà mutata e in mutazione. Con questo, naturalmente, non si vuole lasciar credere che i significati originari non siano più validi, ma verificarli per comprendere in che modo oggi possono essere fatti valere.

Per questa ragione il saggio, dopo essere tornato su alcuni punti qualificanti della scelta repubblicana avvenuta in Costituzione, si interroga sulle sfide attuali che quella scelta deve affrontare per poi trarre alcune considerazioni conclusive.

2. La portata trasformativa della Costituzione e della Repubblica sui centri di potere

Senza dilungarsi eccessivamente in pedestri elenchi di norme costituzionali dove il termine Repubblica ricorre e facendo economia delle espressioni in cui il termine è associato a specifiche istituzioni, in sintesi si può dire che la Repubblica è associata agli elementi costitutivi dell'ordinamento italiano ed è citata per riflettere una soggettività plurale.

Sotto il primo profilo è sufficiente menzionare l'art. 1 Cost. Esso pone una piena identificazione tra l'Italia e la Repubblica:«L'Italia è una Repubblica democratica». Sicché se l'Italia è una Repubblica, la Repubblica è l'Italia. La Costituzione stabilisce questa connessione anche con i tre tipici elementi costitutivi dell'ordinamento giuridico statuale: il territorio, la sovranità e il popolo. Con riferimento al territorio la Repubblica vi è chiaramente associata in alcune norme costituzionale (art. 10, 16, 51, 114 ultimo comma); con gli altri due elementi l'associazione è implicita ma non meno chiara. L'art. 1, co. 2, infatti, dà per scon-

3 Da questo punto di vista sono sempre foriere di preziose indicazioni le riflessioni sull'ancoraggio storico delle istituzioni e degli istituti giuridici fornite da P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale*, in *Nuova Antologia*, 2017, I, p. 5 ss.

tata l'esistenza della sovranità riferita all'ordinamento italiano e, quindi, per quanto appena detto, alla Repubblica. Quanto all'associazione con il popolo, titolare della sovranità, si rimarca che l'art. 1, co. 1, non identifica l'Italia con una qualsiasi Repubblica, ma con una *Repubblica democratica*, da cui discende la necessaria attribuzione del potere sovrano al popolo. E una conferma di questo nesso è contenuta anche nell'art. 52, co. 3, dove si vincolano le forze armate allo «spirito democratico della Repubblica», ribadendo il carattere consustanziale tra Repubblica e democrazia. Ora, una Repubblica è democratica solo se la fonte di legittimazione del potere è riconducibile alla volontà popolare, lasciando in disparte le forme in cui questo può avvenire che sono naturalmente molteplici. Quello che conta nel ragionamento che qui si propone è che la sovranità appartiene al popolo, esercitata nelle forme e nei limiti della Costituzione, e che questo è un presupposto indispensabile per avere una Repubblica democratica. In questi termini, dunque, nella Costituzione la Repubblica si identifica anche con la comunità politica sovrana perché è necessariamente democratica.

Molto più facile ed evidente è rintracciare l'altra associazione, quella nella quale la Repubblica appare come una soggettività plurale. Sono innumerevoli le circostanze in cui la Costituzione affida al soggetto-Repubblica compiti od obblighi di riconoscimento o di promozione di taluni soggetti o attività (in modo particolare è così in tutta la prima parte della Costituzione). In tutti questi casi la Repubblica appare come un soggetto, quasi sempre obbligato o in condizione di doverosità, non identificabile in modo univoco con una specifica soggettività. D'altra parte l'art. 114 Cost. esplicita chiaramente il carattere plurale della soggettività repubblicana quando ne chiarisce la composizione.

In sintesi si può dire che la Repubblica è espressione linguistica che, allo stesso tempo, simboleggia l'unità dell'ordinamento italiano e una soggettività plurale[4]. Per tornare alle premesse iniziali di questo lavoro, si può dire che la Repubblica scelta dai costituenti è sintesi di un'unità ordinamentale plurale[5].

Il pluralismo non è espresso solo dall'articolata composizione delle istituzioni e dei livelli di governo, ma è anche politico, sociale e culturale come è tipico

4 Così anche F. CORTESE, *L'identità furiosa e il diritto pubblico*, Modena, Mucchi, 2023, p. 15.

5 Riferimento alla sentenza corte costituzionale n. 192 del 2024.

di ogni ordinamento democratico. In questo senso la Repubblica è l'orizzonte unitario dove convivono il pluralismo politico, sociale e istituzionale dell'ordinamento italiano. Come ebbe a sottolineare Moro nell'assemblea costituente, questo orizzonte unitario rappresentato dalla Repubblica non è però un mero contenitore passivo e privo di ancoraggi valoriali. La Repubblica è, infatti, democratica e, per il suo tratto storico fondativo che è alla base, antifascista[6].

Fin qui, dunque, si può dire che è stata condivisa una conclusione piuttosto pacifica nella scienza giuridica[7]: unità statuale e pluralismo soggettivo è l'ossimoro costitutivo della Repubblica.

L'insieme di questi elementi, assolutamente centrali e difficilmente confutabili, mettono in ombra, tuttavia, un altro elemento innovativo e forse ancora più dirompente e assai utile nel contesto attuale cambiato. Rimarcando un'evidenza già sottolineata in dottrina[8], la portata trasformatrice della Costituzione italiana è avere assegnato la sovranità al popolo, perché ri-scrive le esperienze secolari con cui il diritto pubblico si è affermato quale strumento di contenimento del potere delle autorità[9]. Per essere più chiaro sul punto vale la pena ricordare che nella storia dell'Europa continentale l'emancipazione del diritto dalla dimensione esclusivamente - diremmo noi oggi - privata e civile di origine romana è avvenuta quando è progressivamente cresciuto lo spazio di interferenza giuridica sul potere. Rendere giuridicamente responsabile l'esercizio del potere ha costituito la base per la progressiva costruzione di ordinamenti liberali e democratici, segnando passaggi in cui è divenuto sempre meno accettabile che la legittimazione del potere fosse dinastica o etnica, dovuta all'appartenenza di un certo ceto sociale o all'affiliazione religiosa, o semplicemente alla sopraffazione o alla volontà di

---

6 In questo modo Aldo Moro si esprime all'Assemblea costituente (ass. Cost., sed. 13.3.1947).

7 Si tratta di una conclusione, in realtà, largamente condivisa, anche se oggetto di rinnovate esigenze di precisazioni e puntelli. Cfr. B. PEZZINI, *Costituzione e neofascismo*, in *AIC*, 2024, 1. Si veda anche B. PEZZINI, *La qualità fondata e fondante della cittadinanza politica femminile e ell'antifascismo: tra mitologia e attualità*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica*, Milano, Franco Angeli, 2017, p. 352-357.

8 Su questo punto si è da ultimo cimentato molto L.R. PERFETTI, *L'amministrazione repubblicana*, Padova, Cedam, 2025, *passim*, mettendo a frutto riflessioni già disseminate in altri precedenti scritti.

9 Valga per tutti il volume ricco di riferimenti di G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia*, Torino, Giappichelli, 1967, *passim*.

un re o di un'autorità militare[10]. Il diritto pubblico si è affermato e poi consolidato man mano che il potere è stato condizionato da regole di diritto. Tocqueville aveva visto proprio in questo tratto la distinzione tra l'esperienza europea (in particolare quella francese) e quella statunitense: il liberalismo, in Europa, si è affermato lavorando progressivamente sul contenimento del potere, mentre negli Stati Uniti d'America è fondato sulla suddivisione del potere tra tutti[11].

In questo senso, dunque, «La sovranità appartiene al popolo» dell'art. 1 Cost. non è solo l'epilogo di questo lungo processo storico avvenuto in tutta l'Europa continentale[12], nel quale si afferma alla fine che la legittimazione del potere viene dal popolo, ma è molto di più. Nell'affermare che la sovranità è del popolo è sottinteso che non esiste un potere costituito fuori dal popolo e dalle sue propagazioni[13]. Così le libertà e i diritti non dipendono tanto dalla limitazione di un potere che si suppone essere pre-assegnato alle autorità, la cui attribuzione, infatti, è oggi dogmaticamente fragile, ma sono sin dal momento iniziale già del popolo, se ci si riferisce alla sovranità, e dell'essere umano, se il riferimento sono la libertà e i diritti[14]. Nei successivi primi articoli della Costituzione questo nesso è reso ancora più chiaro. L'art. 2 Cost. stabilisce che la Repubblica *riconosce* i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali cui dà vita[15], e *richiede* al contempo i doveri di solidarietà politica, economica e sociale[16]. Quindi potere, diritti e doveri sono direttamente dei cittadini che compongono la Repubblica e, quando sussistono condizioni di ordine economico e sociale che limitano di fatto il loro esercizio, è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli

---

10 Cfr. G. BERTI, *Sovranità*, in *Jus*, 2007, 2-3, p. 276. Naturalmente occorre distinguere questa ricostruzione della sovranità popolare da quella che è tentata più recentemente e che finisce per sostenere tesi che contrappongono la democrazia alla libertà: cfr. G. MARTINICO, *Sovereignty, illiberalism, and Populism*, in M. Diamantides, M. Rosenfeld, G. Martinico (edited by), *Law and Politics of Sovereignty*, Cheltenham, Edward Elgar, 2026, p. 253 ss.

11 Si veda A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, Rizzoli, 1992, p. 78.

12 Il punto è stato sottolineato anche da P. FARAGUNA, *Il principio democratico-repubblicano*, in M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale - I princìpi fondamentali*, Torino, Giappichelli, vol. II, 2024, p. 44.

13 Cfr. L.R. PERFETTI, *L'amministrazione repubblicana*, *cit.*, 5, il quale chiarisce che se è il popolo a essere sovrano, non lo è lo Stato.

14 Qui il riferimento è naturalmente all'art. 2 Cost. dove la Repubblica *riconosce* i diritti inviolabili dell'uomo.

15 Cfr. L.R. PERFETTI, *L'amministrazione repubblicana*, *cit.*, 6.

16 Cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, Laterza, 2014, *passim*.

(art. 3, co. 2, Cost.), affinché tutti siano posti nello stato di sviluppare liberamente la propria personalità e partecipare alla vita politica, economica e sociale del paese[17]. Non solo dunque potere, diritti e doveri sono direttamente attribuiti ai cittadini che fanno parte della Repubblica, ma quest'ultima si deve preoccupare di fare in modo che gli stessi siano esercitati liberamente e pienamente.

Ricostruite così le fondamenta dell'ordinamento repubblicano democratico ne consegue che nel quadro delle relazioni complesse che caratterizzano le società contemporanee, si può dire che tutte le forme organizzative hanno un'origine che parte dalla sovranità, dai diritti e dai doveri delle persone che sono al centro del sistema costituzionale. La costruzione di soggetti organizzativi funzionali alla soddisfazione di plurimi interessi è quello che giustifica il già menzionato pluralismo sociale e istituzionale della Repubblica e ogni forma organizzativa diviene un centro di potere. Più un ordinamento è aperto, consentendo a tutti di esercitare potere, diritti e doveri, più ricca è la sua complessità organizzativa, fatta di soggetti pubblici e privati. In questa visione, pertanto, le autorità pubbliche non sono altro che una delle possibili forme delle organizzazioni sociali[18]. Esse hanno certamente tratti peculiari, ma la loro derivazione è sempre dalla stessa fonte: la sovranità popolare come mediata dalla Costituzione. Se è vero che tutte le organizzazioni e i centri di potere per soddisfare gli interessi sono distinti e autonomi dai soggetti che sono alla loro origine, inevitabilmente però essi ne sono funzionalmente dipendenti.

Tradizionalmente all'interno degli ordinamenti, la complessità organizzativa si manifesta come esigenza di disarticolazione dell'unità statuale per corrispondere a interessi sociali che richiedono una risposta stabile. Nel corso del Novecento questo processo si è registrato tanto nei regimi autoritari, quanto in quelli democratici per esigenze diverse: per i primi la disarticolazione è servita a esercitare un controllo più penetrante sulla società asservendola a un'ideologia, a un potere costituito, di solito militare, o a una persona o a un partito; per i secondi, invece, l'affacciarsi plurale delle pubbliche amministrazioni è risultato essere il precipita-

17 Cfr. A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2024, p. 57-64, che ha sapientemente indicato le ragioni giuridiche su cui si fonda l'obbligo delle pubbliche amministrazioni per i diritti dei cittadini.

18 Così G. BERTI, *Sovranità*, *cit.*, p. 281.

to del bisogno di soddisfare determinati interessi che si affermano all'interno della società, nella convinzione che le risposte offerte dalle forze sociali non bastino alla loro garanzia per tutti[19]. La differenza si colloca nell'individuazione della fonte del potere organizzativo: nei regimi autoritari l'origine è attribuita allo stato e, di conseguenza, al detentore dell'indirizzo politico storicamente affermato, mentre negli ordinamenti democratici la fonte deriva dal popolo, secondo le procedure che un ordinamento si dà[20], come d'altronde ha recentemente ricordato la Corte costituzionale nella sentenza sul regionalismo differenziato: l'esercizio delle funzioni, anche quando differenziate, rispondono *ex parte populi* e non *ex parte principis*[21].

Questa sottolineatura è importante perché la piena funzionalizzazione dei centri di potere e di quelli pubblici in particolare vuol significare che è l'organizzazione a seguire la sovranità e i diritti e non il contrario. Di fronte alla rivendicazione di diritti riconosciuti dall'ordinamento non è possibile opporre limiti di disponibilità delle risorse, perché l'organizzazione esiste proprio per soddisfare quei diritti. Un problema come quello appena evidenziato deve trovare soddisfazione in un diverso modo di organizzare i centri di potere posto che la loro legittimazione è sempre in funzione dei diritti[22].

---

19 M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986, 78-98.

20 Cfr. L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 2019, 1, 54-59, il quale sottolinea le marcate differenze che esistono se il tema dell'organizzazione si imposta come proiezione della sovranità popolare rispetto a una tesi opposta che riconduce le pubbliche amministrazione come mera disarticolazione dello stato.

21 In occasione della sentenza n. 192 del 2024, a proposito della legge n. 86 del 2024 sul regionalismo differenziato, nella parte riferita alle premesse generali, la Corte costituzionale ha precisato al punto 4.1. che il «principio di sussidiarietà richiede che la ripartizione delle funzioni, e quindi la differenziazione, non sia considerata *ex parte principis*, bensì *ex parte populi*», cosicché le scelte operate dal legislatore devono resistere una verifica di quale sia la soluzione che meglio corrisponde alla realizzazione dei principi costituzionali.

22 Così anche M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, 2, p. 543 ss.

3. La funzione essenziale del principio di sussidiarietà per il necessario coordinamento

La rappresentazione appena ricordata dà con sufficienza l'idea di complessità dell'unità repubblicana. Inevitabilmente questa presenta un problema di raccordi tra diverse forme organizzative. Per lungo tempo la coesistenza tra centri di poteri è stata regolata secondo il principio di legalità, il quale, definendo i confini delle reciproche competenze, delimita gli ambiti reciproci di azione. Si tratta di un coordinamento rigido, per un verso, ma che si è rivelato anche scarsamente efficace, per un altro, perché incapace di stabilire una misura esatta del coordinamento essendo le leggi il frutto di indirizzi politici volubili nel tempo. L'emblema di questa soluzione di raccordo è rappresentata dall'art. 5 Cost. e dalla primigenia formulazione dell'art. 118 Cost.

Da questo punto di vista non è dubbio che la modifica costituzionale del 2001 ha apportato una novità interessante richiamando il principio di sussidiarietà, la cui rilevanza è stata sottolineata con chiarezza dalla già citata e fondamentale sentenza della Corte Costituzionale n. 192 del 2024. L'opportunità del richiamo del principio di sussidiarietà, secondo alcuni già esistente in forma implicita nella Costituzione del 1948[23], è dovuta al fatto che il suo contenuto esprime un'alta valenza relazionale e quindi si caratterizza per disporre naturalmente regole che concernono la convivenza ordinata di una pluralità di soggetti tra loro distinti. Sussidiarietà deriva dal termine latino *subsidium*, che vuol dire aiutare, essere di rinforzo rispetto ad altri. La definizione, dunque, contiene sempre il riferimento a una relazione solidale tra più soggetti e affranca il principio da una dimensione che per lungo tempo è stata soltanto filosofica, religiosa e politica[24]. In questo senso la sua previsione nella Costituzione repubblicana italiana ha permesso di introdurre nuove potenziali regole che arbitrano il tratto pluralistico

23 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg. VII, 2003, p. 2; P. DURET, *Sussidiarietà: radici e suggestioni di un principio*, in *Jus*, 2000, p. 95 ss.; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1997, p. 603 ss. A trattare del principio di sussidiarietà prima che fosse evocato in senso giuridico dal diritto positivo è stato però E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova Antologia*, 1959, p. 451 ss.

24 I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, 4-41.

della democrazia italiana. Con il principio di sussidiarietà, in effetti, sia il ben noto pluralismo istituzionale sia quello sociale conoscono un nuovo sistema di regole che permette loro di trovare nuovi strumenti di ordine[25]. Alle libertà costituzionali che sono a presidio della pluralità delle autonomie soggettive e alla riserva di legge quale fonte delle regole che disciplinano i rapporti tra le autonomie, si aggiunge dunque il principio di sussidiarietà che, in nome della solidarietà secondo il già richiamato art. 2 Cost., riguardante tutti i soggetti costitutivi della Repubblica, cittadini compresi[26], sostiene la legittimità dell'intervento attivo del soggetto che meglio è capace di soddisfare gli interessi generali. La sussidiarietà è, per questa ragione, un principio che riordina intorno all'efficacia, all'efficienza e alla buona funzionalità dell'azione l'ordine di coesistenza del pluralismo soggettivo[27].

Esemplare in questo senso è l'art. 3-*ter*, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, il quale esplicitamente assegna a tutti i soggetti il compito di tutelare l'ambiente, gli ecosistemi e il patrimonio culturale: «*La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale*».

La concorrente idoneità del principio di sussidiarietà a regolare la pluralità sociale e istituzionale rende problematica la convivenza con il principio di legalità[28]. Si possono rintracciare due possibili esiti di questo confronto.

---

25 P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di democrazia pluralistica*, in A. Cervati, S. Panunzio, P. Ridola (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, 200-201.

26 F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, Cedam, 1996, 76-80; G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 26-28.

27 È in questo senso che Berti, pur non richiamando il principio di sussidiarietà ma semmai quello di effettività, ricordava come il fondamento degli apparati organizzativi non era dato dal potere ma dalla capacità di interpretare l'interesse comunitario in relazione alla norma giuridica; cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, p. 378-379.

Il principio di sussidiarietà può presentarsi come misura del principio di legalità, ovvero come un vincolo che limita l'efficacia della regola prodotta dal principio di legalità, cosicché il legislatore non avrebbe totale discrezionalità di ridisegnare la legittimità delle sfere di azione dei soggetti, se questa contrasta con il principio di sussidiarietà[29]. D'altra parte è anche vero il contrario: il principio di sussidiarietà deve vivere di norme che, a loro volta, sono emanate nel rispetto del principio di legalità, cosicché lo stesso principio di sussidiarietà non può ignorare i limiti della legge[30]. Questo nesso consustanziale rende i principi interdipendenti e produce una tensione che non può essere risolta in astratto una volta per tutte, né con soli strumenti giuridici[31].

Allo stesso tempo, però, il principio di sussidiarietà si dimostra concorrenziale rispetto a quello di legalità e, dunque, operante sempre quando determinate relazioni intersoggettive non trovano nella fonte legislativa la regola specifica. Se, dunque, una relazione intersoggettiva è priva della regola legale di riferimento, il principio di sussidiarietà opera autonomamente, non fosse altro perché oggi principio è di rango costituzionale[32]. Tale condizione di piena operatività del principio di sussidiarietà, ovviamente, è sempre suscettibile di compressione non appena quella stessa relazione riceverà una disciplina proveniente da fonte legale, confermando per l'appunto che l'estensione di uno dei due principi è strettamente dipendente da quella dell'altro[33].

Ma occorre tener presente che di fronte a una varietà di agglomerati soggettivi compositi, la capacità della legge di fungere da baricentro è precaria e inversamente proporzionale alla crescente complessità organizzativa[34]. La legge svolge

---

28 Questa problematicità è stata chiaramente colta da G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, 174-175.

29 La più lampante dimostrazione di questa relazione tra i due principi è rappresentata dalla già citata sentenza n. 192 del 2024 della Corte costituzionale.

30 Cfr. Corte di Cassazione, 4 ottobre, 2018, n. 24198.

31 S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, 373 ss.

32 La prima sentenza che afferma la piena capacità del principio di sussidiarietà di esprimere un contenuto giuridico vincolante è la sentenza del Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2009, n. 6094.

33 Si consenta il rinvio a F. GIGLIONI, *Sussidiarietà e legalità*, in D. Ciaffi, F. M. Giordano (a cura di), *Storia, percorsi e politiche della sussidiarietà*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 289 ss.

34 Cfr. L. TORCHIA, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, in *Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e*

ancora la funzione essenziale di selezione degli interessi da aggregare sotto forma di amministrazione e chiarisce i poteri da esercitare, ma i meccanismi di cura degli interessi sono opera di azioni, interazioni e retroazioni delle diverse soggettività che condividono interessi omogenei o esercitano diverse funzioni per lo stesso interesse in funzione dei diritti. Queste dinamiche concrete producono sperimentazioni, adattamenti, accomodamenti che si realizzano in prassi che non trovano riscontro in puntuali previsioni legislative[35]. In presenza di queste dinamiche si può dire che la realtà restituisce una varietà di sistemi amministrativi che coesistono all'interno di uno stesso ordinamento. Rispetto a questo stato di cose né la legge, definitivamente in crisi, né il sistema politico fondato sui partiti riescono più a fare sintesi, mentre si esalta il principio di sussidiarietà. D'altra parte, una volta enfatizzata l'attribuzione popolare e, quindi, diffusa della sovranità, è naturale aspettarsi che il principale strumento che consente l'unitarietà dell'ordinamento repubblicano è la solidarietà che è esaltata da quel concetto di *subsidium* proprio della sussidiarietà.

Tenendo conto di queste premesse, è utile ora verificare come concretamente opera il principio di sussidiarietà nelle relazioni in cui sono impegnati i soggetti istituzionali, ovvero nella sua dimensione verticale, e come agisce quando concerne le relazioni tra soggetti istituzionali e soggetti sociali, ovvero nella sua dimensione orizzontale.

Con riferimento alla sussidiarietà verticale, occorre partire dal presupposto che la necessità di coordinamento si presenta naturalmente quando ci si misura con un sistema che è composto da oltre diecimila soggetti suddivisi tra diversi livelli di governo, perfino nell'ipotesi in cui ipotizzassimo che ogni soggetto di pubblica amministrazione è creato per esercitare una funzione collegata a un solo interesse omogeneo. Ma la realtà è tuttavia ben più difficile. Prima di tutto, infatti, quasi mai un'autorità pubblica è dotata di un solo compito istituzionale, perché la rappresentanza di determinati interessi comporta l'esercizio di più funzio-

---

garanzie, Atti del LXIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffré, 2019, p. 141 ss. Si veda anche B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, il Mulino, 2011.

35 Cfr. G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, *cit.*, p. 176; M. DE DONNO, *Imperfect Polycentrism and 'Loyal' Coordination: from Complication to the Organisation of Complexity*, in M. De Donno, F. Di Lascio (editors), *Public Authorities and Complexity. An Italian overview*, Napoli, Esi, 2023, p. 110-115.

ni. Garantire un servizio scolastico comporta per certe scuole non solamente dotarsi di strutture e personale adeguato, ma, ad esempio, organizzare anche un servizio di trasporto dedicato. Peraltro, alcune amministrazioni pubbliche per definizione rappresentano più interessi; basti ricordare, in questo senso, le amministrazioni a competenza generale, come sono i comuni. Si aggiunga a tutto questo che le funzioni di cura di uno stesso interesse possono essere distribuite tra più amministrazioni e, quindi, a concorrere per la tutela anche di un solo interesse ci possono essere più soggetti pubblici. La gestione del servizio dei rifiuti urbani comporta l'intervento a vario titolo e su differenti aspetti di più amministrazioni, per esempio. Inoltre, gli interessi rappresentati non sono sempre omogenei. Assistere una persona anziana che ha problemi di salute significa farsi carico molto spesso di contestuali esigenze sanitarie e sociali. In qualche caso la disomogeneità degli interessi comporta anche la necessità di arbitrare conflitti: tutelare un territorio significa curare sia la sua salvaguardia ambientale sia il suo sviluppo e non è detto che questi interessi collimino sempre. In alcune circostanze, inoltre, l'organizzazione di certi interessi risente di vicende storiche che sono difficili da modificare. Con riferimento al tema della sicurezza pubblica, ad esempio, esistono in Italia diverse forze di polizia la cui spiegazione si può trovare solo guardando alle motivazioni storiche, sebbene in termini di pura razionalità ciò sia disfunzionale. Sempre per ragioni storiche si deve associare l'abbinamento della protezione degli interessi paesaggistici con i beni culturali, anziché con quelli ambientali. Sul modo in cui si organizzano gli interessi incidono dunque anche la cultura o gli eventi che determinano la cultura di un paese.

Né la complessità è sciolta solo con lo spostamento di funzioni da un soggetto a un altro mediante soppressione di alcune autorità, perché il risultato è comunque aggravare un'amministrazione di più funzioni e più interessi[36]. La cura

36 Valgono le considerazioni fatte sulla distinzione tra complessità degli interessi da rappresentare, che di fatto è irriducibile, e complicazione, che invece è un nodo da affrontare, proposte da M. BOMBARDELLI, *Il nodo irrisolto della semplificazione amministrativa*, in A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *La legge n. 241 del 1990 trent'anni dopo*, Torino Giappichelli, 2021, 235-238. Già prima similmente M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996. Più di recente è tornata sul tema F. DI LASCIO, *Public Administration as a Complex Adaptive System between Crisis And Conflict*, in M. De Donno, F. Di Lascio (editors), *Public Authorities and Complexity. An Italian*

degli interessi presenta una sua «durezza» di fondo, tale da resistere anche ad apparenti semplificazioni. Gli interessi che si ritengono meritevoli, una volta riconosciuti come oggettivamente pubblici, richiedono comunque una rappresentazione che si traduce in oneri organizzativi. Accentrare o meno la cura degli interessi comporta comunque un aggravio di responsabilità.

Ne deriva, pertanto, che più un ordinamento si fa carico di interessi, più inevitabilmente cresce il carico organizzativo[37]. Se, da un lato, questo è sinonimo di varietà e pluralità, dall'altro, produce anche frammentarietà, intersezioni, ridondanze, sovrapposizioni e conflitti di competenza tra autorità. Se, in una certa misura, si tratta di una condizione ineluttabile, la disorganizzazione, l'incertezza delle responsabilità che si viene a creare e anche la limitata effettività della tutela degli interessi protetti diventano problematiche. La fisiologica complessità degli ordinamenti democratici sfocia in un patologico esito quando gli interessi da cui origina l'organizzazione pubblica finiscono per essere soddisfatti parzialmente anziché essere pienamente tutelati[38].

Questo stato di cose ha indotto a produrre meccanismi e soluzioni di coordinamento, constatata l'impossibilità che tutto ciò possa essere ordinato secondo relazioni gerarchiche[39]. Gli studi sul coordinamento hanno messo in luce che esistono tecniche differenti[40].

---

overview; *cit.*, Napoli, Esi, 2023, p. 82-88.

37 Cfr. A. POLICE, *Unity and Fragmentation: the Italian Public Administration*, in D. Sorace, L. Ferrara, I. Piazza (a cura di), *The Changing Administrative Law of an EU Member State. The Italian Case*, Torino, Giappichelli, 2021, 48-55.

38 Sulle disfunzioni dovute a disorganizzazione si soffermano A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione*, *cit.*, 11-26; G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, Bologna, il Mulino, 2022, 82-89; M. SAVINO, *Le disfunzioni e le riforme*, in L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano*, *cit.*, 430-434; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 449 ss.

39 Cfr. M. DE DONNO, *Imperfect Polycentrism and 'Loyal' Coordination: from Complication to the Organisation of Complexity*, *cit.*, 110-111, che individua nel coordinamento esattamente ciò che riflette la complessità organizzativa in contrapposizione al conflitto che invece si concilia con la complicazione.

40 Gli studi sul coordinamento sono ampi. Si ricordano, tra gli altri, M. PACINI, *Il coordinamento dei pubblici poteri*, Milano, Giuffré, 2025; A. GIURICKOVIC DATO *L'amministrazione coordinante: nozioni, morfologia e sviluppi*, Torino, Giappichelli, 2024; S. DETTORI, *Coordinamento e doveri d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *PA Pers. e amm.*, 2020, 1, 22 ss.; F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Franco Angeli, 2012; F. CORTESE, *La legge sul procedimento e i problemi del coordinamento amministrativo*, in A. Sandulli, G. Piperata (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, Napoli, Editoriale

La più nota e tradizionale forma di coordinamento è quella direttiva che si esercita con gli atti di indirizzo, la cui genesi può essere ricondotta a scelte autonome assunte da organi sovraordinati o da processi concordati tra più autorità, comprese quelle destinatarie degli atti di indirizzo[41]. Si tratta di una soluzione che prospetta un'unità di obiettivi, lasciando alle autorità subordinate margini più o meno ampi di scelte per raggiungerli. Un'altra tecnica è fondata sulla collaborazione che si manifesta in apposite sedi costituite per favorire la concordia tra più autorità, agendo così in via prevalentemente consensuale. Si fa riferimento al cosiddetto coordinamento per equiordinazione[42]. Un'altra tecnica consiste nella creazione di organi di raccordo, cosicché il coordinamento è disposto con appositi organi dove le decisioni costituiscono la risultanza del confronto dei diversi punti di vista rappresentati[43]. In altre circostanze, il coordinamento è raggiunto in sede procedimentale, come avviene, ad esempio, con l'uso delle conferenze o con articolazioni procedurali simili[44]. Infine, il coordinamento si raggiunge per principi, standard od obiettivi, nel qual caso tutte le autorità si misurano con autonome e distinte modalità d'azione guidate però da indicazioni comuni che le

---

scientifica, 2011, 167 ss.; F.G. SCOCA, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppa Abbamonte*, Napoli, Jovene, vol. II, 1999, 1274; G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della società complessa*, ora in Id. (a cura di), *La democrazia come problema*, Bologna, il Mulino, 1994, vol. I, 185; F. PIGA, *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. giur.*, 1988, vol. IX, 1 ss.; S. CASSESE, *Il coordinamento prima e dopo Bachelet*, in G. Amato, G. Marongiu (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, il Mulino, 1982, 19 ss.; M. D'ALBERTI, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca di un concetto*, in G. Amato, G. Marongiu (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, cit., 55; M. NIGRO, *I rapporti tra coordinamento e indirizzo*, in G. . Amato, G. Marongiu (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, cit.; G. PASTORI, *Coordinamento e governo di una società complessa*, in G. Amato, G. Marongiu (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, cit., 127; L. ORLANDO, *Contributo allo studio del coordinamento amministrativo*, Milano, Giuffré, 1974; A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, Edizioni di comunità, 1963; V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, 1962, vol. X, 630 ss.; V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano Giuffré, 1957.

41 Cfr. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, Giuffré, 1969.

42 Cfr. L. TORCHIA, *Le amministrazioni nazionali*, Padova, Cedam, 1988.

43 Cfr. M. CAMMELLI, *L'amministrazione per collegi*, Bologna, il Mulino, 1980, *passim.*; L. ARCIDIACONO, *Organizzazione pluralistica e strumento di collegamento*, Milano, Giuffré, 1974.

44 Si fa riferimento al cosiddetto coordinamento infrastrutturale per il quale si rinvia allo studio di G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, Giuffré, 1996, *passim.*

fanno convergere per conformità[45].

Tuttavia, poiché il coordinamento è affermato o negato sulla base dei risultati raggiunti, la sua rilevanza giuridica è controversa[46]. Alle prescrizioni sulle modalità d'azione fa premio l'esito finale e, per questo, si sostiene che l'approfondimento delle tecniche non bastano per misurare in termini giuridici il coordinamento. Questa costituisce la ragione principale per la quale è stato suggerito di considerare il coordinamento non tanto un istituto o un insieme di istituti che si afferma in determinati settori con distinte regole di applicazione, ma come una vera e propria funzione di governo di sistemi amministrativi[47]. La definizione lessicale, adattata al contesto descritto, chiarisce bene il significato di sistemi. Per sistema, infatti, si intende il «complesso di elementi posti tra loro in condizione di interconnessione e/o interdipendenza che sviluppano relazioni di azione e retroazione in funzione di un interesse comune»[48].

In senso orizzontale il principio di sussidiarietà è richiamato nell'art. 118, co. 4, Cost., e viene evocato per spiegare come i soggetti che costituiscono la Repubblica devono favorire le autonome iniziative di cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento delle attività di interesse generale. Questa declinazione del principio di sussidiarietà costituisce un aspetto originale dell'ordinamento italiano e si differenzia da quello appena trattato per il fatto che la pluralità di soggetti ai quali intende fornire nuove regole di convivenza è disomogenea, perché prende in considerazione, da un lato, i soggetti istituzionali incaricati di perseguire interessi pubblici e, dall'altro, soggetti privati. In questo senso il principio di sussidiarietà si caratterizza davvero come un principio innovativo perché consente a

---

45 Si veda per F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, cit., 135-152; sia consentito anche un riferimento a F. GIGLIONI, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa, ETS, 2012, 176-186.

46 Così concludeva S. CASSESE, *Il coordinamento prima e dopo Bachelet*, cit., 20, sostenendo che il coordinamento è sostanzialmente dato dal risultato finale.

47 Resta in questo senso uno studio irrinunciabile quello di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffré, 1965. Più recentemente in questo senso F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, cit., 169-174.

48 Definizione ripresa dal vocabolario Treccani. Cfr. N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, il Mulino, 1990; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002, 252-253, regolazione come coordinamento di sistemi e F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere - Un quadro d'insieme*, in *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, 33 ss.

soggetti, di natura diversi, di occuparsi anche di interessi generali e concorrere insieme alla loro cura. In altre parole, il principio di sussidiarietà orizzontale "rompe" con la rigida bipartizione classica del paradigma bipolare su cui si è formato il diritto amministrativo, fondato sulla contrapposizione della coppia concettuale soggetti pubblici/interessi pubblici contro soggetti privati/interessi privati.

Una chiara esemplificazione di questa dinamica che è concorrenziale più che competitiva è l'art. 10, d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, in materia di disciplina dei servizi pubblici locali. Diversamente dal passato in cui il regime speciale di servizio pubblico locale era fatto discendere dalla legge o dall'assunzione diretta dell'ente locale con delibera apposita[49], il nuovo articolo 10 stabilisce un ordine diverso. Mentre il comma 3 ribadisce la possibilità che gli enti locali possono istituire servizi di interesse economico generale diversi da quelli previsti già per legge, il comma 2 prevede che «gli enti locali favoriscono, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, e delle imprese, anche con apposite agevolazioni e semplificazioni». Ma, soprattutto, l'autorganizzazione dei servizi pubblici locali precede quella istituzionale[50]. È, infatti, precisato al comma 4 che l'istituzione dei servizi di interesse economico generale di livello locale da parte degli enti locali è subordinata alla verifica che la prestazione di servizi da parte dei cittadini, singoli o associati, e delle imprese sia «inidonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali».

Ne discende, dunque, che a soddisfare i bisogni generali della comunità locale sono innanzitutto le forze sociali, cittadini o imprese, e solo dopo che questo si dimostri infruttuoso e che gli interessi sottesi siano di natura pubblica, le am-

---

49 Sul valore tradizionale di questo assetto M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. dir. - I tematici*, Milano, 2022, III, 1089; G. CAIA, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. giur.*, 2017, 1 ss.; G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, 33 ss.; S. TORRICELLI, *Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali tra responsabilità, autonomia e potere*, in *Munus*, 2011, 69 ss.; F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in E. Follieri,, L. Iannotta (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 623 ss.; L. BENVENUTI, *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Il diritto della Regione*, 2002, 331 ss.; G. ROSSI, *I servizi pubblici locali tra vincoli e autonomie*, in *Quad. plur.*, 1988, 4 ss.

50 Se ne occupa anche B. CELATI, *Sussidiarietà orizzontale e attività di rilevanza economica. Beni comuni, servizi pubblici locali e impresa*, in D. Donati (a cura di), *La cura dei beni comuni tra teoria e prassi*, Milano, Franco Angeli, 2024, p. 311 ss., a cui si rinvia per ulteriori indicazioni di merito.

ministrazioni locali possono istituire appositi servizi di interesse economico generale. C'è un prima, che consiste nella verifica della capacità di autorganizzarsi delle forze sociali per soddisfare bisogni di interesse generale, e un dopo, l'attivazione delle istituzioni locali[51]. Se l'autorganizzazione sociale riesce a soddisfare questi interessi, l'amministrazione locale è inibita dall'agire.

Questo rinvio alla capacità autonoma dei cittadini di autorganizzarsi per gestire servizi che interessano la comunità si configura chiaramente anche come un rinvio alle regole che presidiano l'organizzazione di una gestione autonoma. Che l'autorganizzazione riconosciuta non si esaurisca nel mero esercizio di un'autonomia privata è dimostrato dall'art. 11, d.lgs. n. 201 del 2022, il quale specifica che, proprio in applicazione del comma 4 dell'art. 10, l'ente locale promuove iniziative per garantire un adeguato soddisfacimento per gli utenti. In altre parole, l'autonoma capacità di garantire un servizio pubblico da parte della comunità è incoraggiata attivamente con forme di sostegno degli utenti nell'accesso di questi servizi. I pubblici poteri, in sostanza, non si limitano a riconoscere una realtà sociale di autorganizzazione, ma la promuovono attivamente. È questo, in fondo, il significato di Repubblica scelto dalla Costituzione a cui si faceva riferimento all'inizio di questo saggio, enfatizzato dal principio di sussidiarietà.

È interessante anche osservare che la verifica di autonoma capacità di autorganizzazione sociale è messa sullo stesso piano della capacità del mercato di soddisfare il bisogno di interesse generale: autorganizzazione sociale di origine civica e mercato, dunque, stabiliscono un ordine paritario, che precede quello più propriamente istituzionale[52].

---

51 Coglie molto bene il senso di questa novità A. MOLITERNI, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali,* in *Gior. dir. amm.*, 2023, 483 e 488-489 e Id., *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in R. Chieppa, G. Bruzzone e A. Moliterni (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 166 ss. Si vedano anche S. TORRICELLI, *La istituzione del servizio pubblico e il riallineamento del sistema dei servizi pubblici locali*, in *Riv. reg. merc.*, 2023, 322-323; G. TORELLI, *Regole a tutela dell'utenza nei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2023, 2, 284-291; M. DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione: i servizi pubblici di rilevanza economica*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2023.

52 Il tema si lega anche al rapporto tra sussidiarietà e concorrenza su cui si sono soffermati tra gli altri F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 3 ss.; G.C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010, *passim*; D. D'ALESSANDRO, S*ussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, p. 92.

Come è stato autorevolmente sostenuto, il principio di sussidiarietà radica nell'ordinamento italiano un nuovo principio entro cui inquadrare le relazioni tra amministrazioni pubbliche e cittadini, quello di collaborazione[53]. Infatti, tutti gli strumenti classici del diritto amministrativo, dagli atti restrittivi a quelli ampliativi, presuppongono sempre alla base l'idea che gli interessi che si confrontano siano tendenzialmente conflittuali, in virtù di quella vicenda storica che prima si rappresentava di alterità tra autorità pubbliche e organizzazioni sociali. Il paradosso è che laddove, invece, il soggetto privato sia interessato, per iniziativa spontanea e volontaria, a mettere a disposizione della comunità le proprie risorse, capacità, informazioni e tempo, il sistema giuridico sembrava privo di strumenti capaci di intercettarle, tanto che non sono rari i casi in cui i cittadini attivi incorrono in procedimenti sanzionatori, talvolta perfino penali[54]. Attraverso il principio di sussidiarietà, quindi, si rafforza quel tratto innovativo presente già nel testo costituzionale originario di attribuzione al popolo della sovranità, mettendo ancor più in evidenza il tratto collaborativo che i soggetti della Repubblica sono chiamati a praticare[55]. In qualche modo, il principio di sussidiarietà consolida l'elemento innovativo che è alla base della Repubblica, generando le regole idonee a fondare una sorta di alleanza tra cittadini e autorità pubbliche.

Nel corso degli anni il legislatore statale e quelli regionali hanno dato corpo a forme di collaborazione tra enti pubblici e cittadini, singoli e associati, concretizzando così il principio di sussidiarietà orizzontale. Si va dalle discipline di veri e propri servizi strutturati, come è il caso del servizio di protezione civile e del servizio civile, a discipline generali, come è il caso del codice del terzo settore che fa riferimento alla co-programmazione e alla co-progettazione, ad altre molto specifiche e settoriali, arrivando perfino a suggellare un nuovo modello organizzativo

53 Cfr. S. FREGO LUPPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 711-712; A. MASSERA, *Lo stato che contratta e che si accorda*, Pisa, ETS, 2011, p. 560. Si veda anche Tar Lazio, Roma, sez. II, 8 aprile 2013, n. 3518, che è una delle prime sentenze pronunciate in applicazione del principio di sussidiarietà, dove emerge con nitidezza il presupposto di collaborazione richiesto dal principio.

54 P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci*, in *Il ponte*, 1956, 529 ss.

55 G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006, p. 26-32, in cui definisce la collaborazione come un'alleanza.

che è definito di amministrazione condivisa[56].

4. Due esempi di raccordi funzionali ai diritti

Sul piano soprattutto locale le amministrazioni tendono ad abbandonare la rigida ripartizione fondata sulle competenze per sperimentare modelli organizzativi misti, riorganizzati in funzione delle missioni aggregando così anche uffici distinti. È un processo interessante perché antepone la soddisfazione di diritti o interessi alla modalità con cui i poteri sono organizzati, ribaltando lo schema tradizionale in cui si parte dall'organizzazione interna all'amministrazione. Anche in questo caso, tuttavia, la riorganizzazione è assunta direttamente dalle amministrazioni sperimentando nuovi modelli e risposte di ordine sociale. Due esempi paiono particolarmente efficaci.

Il primo è quello collegato alla presa in cura di persone fragili, le quali spesso sono portatrici di bisogni che hanno diversa natura: sanitaria, sociale e/o educativa. Affrontare le fragilità umane con servizi pensati per soddisfare solo una dimensione del bisogno perché questo corrisponde al modo tradizionale di organizzare le amministrazioni, da un lato, non riesce a garantire i risultati attesi, dall'altro, rischia di sollevare ulteriori problemi obbligando la persona a doversi rivolgere a diversi soggetti, che agiscono con tempi, obiettivi e prospettive diversi[57]. Le fragilità richiedono comprensione dei bisogni, capacità di andare oltre le risposte standard, attivare risorse straordinarie provenienti anche dai *caregivers* o dalle organizzazioni della società civile, riorganizzare il modo di lavorare. Per esempio, nell'attuale processo di attuazione del d.m. n. 77/2022, relativo all'assistenza sanitaria territoriale, uno dei temi più importanti che si sta affrontando è come garantire l'integrazione delle equipe miste socio-sanitarie nelle costituende Case di Comunità[58]. Benché il programma non sia privo di ambiguità, il tentati-

---

56 Si consenta il rinvio a F. GIGLIONI, *Il diritto dell'amministrazione condivisa*, Milano, Franco Angeli, 2025, *passim*.

57 Cfr. A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione*, *cit.*, 153-158; L. GIANI, *Amministrazione e processi inclusivi. Spunti di riflessione per una cultura della rete dei servizi alla persona*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, vol. II, 1570-1576.

58 Cfr. i recenti lavori contenuti nei volumi di A. PIOGGIA, M. GOLA, M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA (a cura di), *Il nuovo disegno della sanità italiana*, Torino, Giappichelli, 2026 e di M. GOLA, C. TUBERTINI (a cura di), *Nuova sanità territoriale e risorse umane*, Bologna, Centro Studi di Diritto Sanitario - SPISA, 2026; D. DONATO, *Quale ruolo per il*

vo è quello di disegnare centri dove profili professionali abituati ad agire separatamente siano chiamati a ripensare il loro modo di lavorare, a mettere in rete le informazioni e a svolgere funzioni integrate prendendosi cura dei pazienti e coinvolgendo direttamente i medici di medicina generale. In questo caso il decreto ministeriale menzionato individua solo alcuni obiettivi e standard minimi, l'integrazione dei servizi dovrà essere ricercata sul territorio, sperimentando soluzioni organizzative innovative[59].

Un altro esempio significativo è quello che avviene con le sperimentazioni di amministrazione condivisa con cui si sono cimentate negli anni più recenti soprattutto (ma non solo) le amministrazioni locali. Utilizzare la collaborazione come funzione di governo implica un radicale ripensamento dei modelli organizzativi amministrativi perché ammette che la soddisfazione degli interessi non è riservata alla sola amministrazione ma condivisa in modo "comunitario"[60]. Lo testimoniano le due esperienze più avanzate, quelle dei comuni di Bologna e Verona[61]. In entrambi i casi, dopo una prima fase di sperimentazione che ha accentrato la funzione di collaborazione presso strutture direttamente dipendenti dal sindaco, gli uffici maggiormente impegnati nella collaborazione con i cittadini sono quelli di maggiore prossimità a livello di quartiere. Al centro restano funzioni di coordinamento, monitoraggio e supporto degli uffici più esposti. La modalità con cui la collaborazione è realizzata è rimessa totalmente a sperimentazioni con esiti innovativi anche sotto il profilo degli strumenti giuridici utilizzati[62]. L'attri-

medico di famiglia nel nuovo assetto delle cure primarie?, in G. Razzano (a cura di), *La missione salute del PNRR: opportunità e prospettive*, Napoli, Jovene, 2024, p. 147 ss.; R. METE, *Il distretto e la sanità pubblica: prospettive future*, *ivi*, p. 169 ss.

59 Su questo si consenta di rinviare a F. GIGLIONI, *I medici di medicina generale nella riscrittura dell'assistenza sanitaria territoriale*, in *Ist. fed.*, 2024, 4, p. 875 ss.

60 In questi termini è ricostruita la vicenda della collaborazione locale da D. DONATI, *Dai beni comuni al benessere comunitario*, in Id. (a cura di), *La cura dei beni comuni tra teoria e prassi*, *cit.*, p. 30.

61 Si fa riferimento naturalmente al *Regolamento collaborazione tra soggetti civici e amministrazione per i beni comuni urbani* del comune di Bologna e al *Regolamento per l'attuazione della sussidiarietà orizzontale mediante interventi di cittadinanza attiva* del comune di Verona.

62 Se ne sono occupati, in modo particolare, L. GALLO, *Enti locali e amministrazione condivisa: un quadro d'insieme*, in E. Frediani (a cura di), *Lezioni sull'amministrazione condivisa*, Torino, Giappichelli, 2025, p. 95-97; M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, p. 113 ss.; E. FIDELBO, G. PETTINARI,

buzione del coordinamento a livello dell'ufficio sindacale e lo sviluppo di uffici decentrati dedicati esclusivamente alla collaborazione supera l'organizzazione a "canne d'organo" per riflettere un'esigenza di dialogo e confronto con i cittadini che non tollera ingessature fondate sul riparto rigido di competenze. L'interesse generale da perseguire e da determinare è il frutto di queste dinamiche rimesse direttamente all'amministrazione sia pure in una relazione diretta con i cittadini. Sebbene fin qui questa diversa organizzazione non abbia interessato anche la contrattazione di lavoro dei dipendenti pubblici, nella pratica si è assistito alla disponibilità da parte di dipendenti pubblici di andare anche oltre il proprio orario di lavoro, di strutturare relazioni anche al di fuori degli uffici pubblici e, perfino, in qualche caso, organizzare veri e propri organismi misti per risolvere questioni di comune interesse[63]. In altre realtà comunali, come Roma ad esempio, si stanno definendo nuovi profili professionali, quello dei facilitatori, che ancora non sono stati riconosciuti nella contrattazione nazionale e si è attivata una comunità di pratica che ridisegna il modo di esercitare la funzione di collaborazione con i cittadini[64].

5. La Repubblica e lo Stato: una relazione problematica e allo stesso tempo essenziale

Prima di ragionare sulle nuove sfide portate all'impianto appena descritto, può essere utile concentrare l'attenzione sul rapporto tra Repubblica e Stato. Malgrado, infatti, la Repubblica coincida con l'ordinamento statuale italiano, la sua soggettività plurale delinea chiaramente un approccio in cui lo spazio dello Stato è arginato per prevenirne le derive autoritarie già mostrate in passato. Se, da un lato, la Repubblica è rappresentativa di un modello organizzativo politico che è quello storicamente conosciuto come statuale, dall'altra, la scelta palese dei co-

L'Osservatorio sui Beni Comuni. Analisi delle prassi amministrative in alcuni comuni italiani, in D. Donati (a cura di), *La cura dei beni comuni tra teoria e prassi*, *cit.*, p. 190-194; F. GIGLIONI, *Amministrazione condivisa e Patti di collaborazione nell'esperienza concreta*, in *La fiducia cresce nelle pratiche di comunità*, Italiadecide - Rapporto 2022, Bologna, il Mulino, 2022, p. 246-250; G. ARENA, *I custodi della bellezza*, Roma, Touring Club, 2020, p. 172-174.

63 Ne fa accenno G. ARENA, *I custodi della bellezza*, cit., 174.

64 Nel 2026 Roma Capitale ha approvato il decreto istitutivo della comunità di pratica, quale nucleo di funzionari e dirigenti costantemente formati secondo la tecnica di autoapprendimento, per lo sviluppo di una cultura dell'amministrazione condivisa all'interno dell'amministrazione capitolina.

stituenti di imputare alla Repubblica e non allo Stato il compito di tutelare i diritti manifesta un impianto culturale preciso. Il contesto storico in cui è maturata la scelta spiega le ragioni dei costituenti: il nazionalismo, tradotto in Italia con «tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato», aveva indotto i costituenti a guardare con diffidenza a un'organizzazione che riponesse e riproponesse un predominante peso dello Stato. La soggettività plurale della Repubblica rifletteva certamente tale diffidenza[65].

In questo senso sia l'affidamento della sovranità al popolo, sia l'ipotetica cessione della sovranità delineata dall'art. 11 Cost. a beneficio delle organizzazioni internazionali che promuovono la pace e la giustizia delle nazioni erano segnati dall'esperienza autoritaria in cui lo Stato aveva mostrato una capacità di dominio, atta sia a negare i diritti e le libertà, sia la pace. La Repubblica scelta dai costituenti era certamente in funzione di contenimento della concentrazione dei poteri statali.

Ciò, tuttavia, non può essere confuso in alcun modo con la delegittimazione dello Stato per diverse ragioni. La prima è di ordine formale: se è vero che la Repubblica non coincide con lo Stato, nondimeno lo Stato è uno dei soggetti che compongono la Repubblica, come recita chiaramente l'art. 114 Cost. In secondo luogo, per quanto detto in precedenza l'attribuzione della sovranità al popolo è tesa a sottolineare il carattere sociale delle organizzazioni dei poteri pubblici, Stato incluso, ma non alimenta un nuovo antagonismo. Lo Stato è un soggetto derivato, ma essenziale e necessario per la Repubblica, perché, pur con i limiti visti in passato, resta la formula al momento più idonea a curare gli interessi generali dell'intera comunità politica[66]. Infine, è utile ricordare che l'accrescimento dei poteri dello Stato durante il ventesimo secolo era in funzione di un riequilibrio dei centri dei poteri privati del periodo liberale ottocentesco. La presenza dello Stato è cresciuta negli ordinamenti democratici proprio per rimediare al difetto di

65 Per questa ragione si ritiene troppo ottimistiche le considerazioni di chi valuta nella capacità di adattamento degli Stati alle trasformazioni una buona notizia per la democrazia (S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2017, 56): le vicende storiche ci testimoniano che la presenza degli Stati non garantisce di per sé l'assetto democratico anche quando siano disciplinati da una Costituzione.

66 In questo senso appare convincente la tesi secondo la quale le trasformazioni ordinamentali in atto, malgrado incidano in modo diverso sullo Stato, non ne propugnano il superamento; cfr. S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, *cit.*, 48-49.

quelli liberali che hanno confidato, con un investimento storicamente risultato eccessivo, negli equilibri automatici delle forze sociali[67]. Anche i centri privati di origine sociale dotati di potere possono essere una minaccia per le libertà e i diritti, cosicché la presenza dello Stato assolve anche a una funzione di moderazione e mediazione essenziale.

Il punto merita di essere rimarcato soprattutto alla luce di alcune tesi più recenti che, proprio in nome della sovranità popolare, considerano il pluralismo istituzionale e le amministrazioni in generale un ostacolo alla democrazia, dal momento che la pluralità dei centri di potere finiscono per rallentare, filtrare e ostacolare le decisioni dei soli legittimi rappresentanti eletti. Sicché, al contrario di quel che si è evidenziato fin qui, l'esercizio reale della sovranità popolare necessita di un'ampia e significativa semplificazione di tutti i corpi intermedi. Credere che la riduzione estrema della presenza dello Stato e dei suoi apparati restituisca una piena espressione della sovranità e il pieno dispiegamento dei diritti è storicamente illusorio. Alle origini della crescita del fenomeno amministrativo c'è infatti anche l'esigenza di riequilibrare le forze sociali che si contendono i poteri, assegnando alle amministrazioni una funzione di rappresentanza degli interessi che la collettività in un certo momento storico considera più rilevanti[68]. Si può perfino dire che le stesse origini degli Stati sono dipese da una lotta tra le autorità politiche e i centri diffusi di potere privato. La presenza dei poteri pubblici nella vita sociale ha lo scopo di bilanciare le forze di ordine privato, per garantire che i diritti siano fruiti da tutti a prescindere dalle condizioni di accesso che un centro privato di potere può legittimamente arbitrare.

In questi termini, ad esempio, deve essere letta la vicenda storica della proprietà pubblica. L'affermazione giuridica liberale e borghese che ha ridefinito il rapporto tra soggetti e beni in termini di appropriazione esclusiva ha fatto emergere l'esigenza di salvaguardare da questo processo alcuni beni, sottratti alla contesa, per garantire i diritti di tutti. La presenza dello Stato è dunque necessaria anche per garantire i diritti di tutti e, nel caso della proprietà, per garantire l'uso di

---

67 M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

68 Lo ricorda chiaramente G. Astuti, *La formazione dello stato moderno in Italia*, *cit.*, p. 214, in cui ricorda che tra le ragioni della nascita dello stato amministrativo si trova chiaramente l'esigenza di controllo delle ricchezze private e dei grandi patrimoni, assoggettandone l'amministrazione a varie forme di vigilanza e controllo.

alcuni beni che sono considerati essenziali[69].

Tale esigenza è ancora più evidente negli anni più recenti dove la crescita dei patrimoni privati e la dipendenza degli Stati dalle risorse private è cresciuta oltremodo, anche a seguito di processi in cui gli Stati hanno perduto la capacità di filtrare il movimento dei capitali in nome dell'integrazione sovranazionale europea. L'indebolimento dello Stato ha impedito che diritti e libertà fossero diffusi in modo equilibrato, determinando disuguaglianze pronunciate che disattendono proprio il ruolo che l'art. 3, co. 2, Cost. assegna alla Repubblica.

6. La Repubblica di fronte alle nuove sfide del pluralismo

Le considerazioni fin qui svolte hanno avuto il fine di mettere in luce il significato di Repubblica scelto dai costituenti e la sua attualizzazione coerente con quelli che possono essere detti i presupposti iniziali. Al termine delle riflessioni appena condotte però non si può fare a meno di ritenere che la ricostruzione offerta non è completa ed esaustiva perché la storia di questi ottant'anni registra sia tentativi, più o meno compiuti, di applicazione fedele del disegno costituzionale repubblicano, sia nuove sfide che mettono in tensione i presupposti da cui ha preso origine l'ordinamento repubblicano.

Le sfide che pervengono alla Repubblica agiscono proprio sugli elementi identificativi dell'ordinamento, ovvero quel suo essere un ordinamento unitario plurale, che sta ricevendo stimoli inimmaginabili nel 1946-1948 con cui occorre fare i conti. In particolare, è rimarchevole considerare che è proprio il tratto pluralistico della Repubblica a conoscere una dilatazione significativa, evidenziando che la costruzione dell'ordinamento unitario plurale delle origini era delineata dentro un sistema legale conchiuso, intendendo con questo sia la circolarità perfetta tra comunità politica sovrana e i soggetti titolari di diritti e doveri, sia l'integrale autonomia dell'ordinamento nazionale, fatta eccezione per quelle comunque moderne aperture esterne che l'art. 11 Cost. richiedeva in nome della pace e della giustizia tra le nazioni, ovvero la comunità internazionale[70]. Tali presupposti

69 Si veda in questi termini V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in *I beni pubblici. Tradizione e innovazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2025, p. 3 ss.

70 Cfr. P. FARAGUNA, *Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica*, Milano, Franco Angeli, 2017, p. 66 e anche p. 87-88.

nelle loro forme più estreme sono progressivamente venuti meno a seguito di tre fenomeni prevalenti.

Il primo, molto dirompente, è il potenziamento progressivo dell'integrazione giuridica europea[71]. Il primato e l'efficacia diretta del diritto europeo su quello nazionale ha infranto l'autonomia totale dell'ordinamento nazionale, rompendo la dualità tipica delle relazioni internazionali. Si è trattata di una novità di grande rilevanza che ha allargato l'ampiezza dell'ordinamento unitario: non è composto più dal solo sistema giuridico nazionale, ma tiene conto anche di quello europeo[72]. Peraltro, quello europeo che si aggrega a quello nazionale non è coesteso in termini di poteri, perché è riferito solo a determinate competenze e, tuttavia, per quelle individuate - comunque ormai molto numerose - entra pienamente nelle dinamiche dell'ordinamento originario repubblicano alterandole. Vista dalla prospettiva assunta in questo scritto, l'integrazione europea solo in parte pare corrispondere al controllo della sovranità popolare, dal momento che il funzionamento delle istituzioni europee è molto diverso da quelle nazionali, e introduce centri di potere e forme organizzative la cui origine deriva da Stati, la maggior parte dei quali diversi da quello nazionale: la legittimazione dei poteri è, pertanto, duale[73]. Oltretutto questa integrazione realizza una cooperazione tra Stati che è prevalentemente di tipo economico e politico.

Rispetto a quanto osservato fin qui l'ordinamento europeo ha generato alcune dinamiche. In primo luogo ha accresciuto ulteriormente il pluralismo istituzionale, creando nuovi centri di potere solo in parte governati dall'ordinamen-

---

71 Su questo processo si rinvia ai lavori contenuti in L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, Giuffré, 2007; G. DELLA CANANEA (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffré, 2011; C. HARLOW, *Three phases in the evolution of EU administrative law*, in P. Craig, G. de Burca (eds.), *The evolution of EU law*, Oxford, OUP, 2011, p. 439 ss.; L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, il Mulino, 2015; C. FRANCHINI, *Le fasi e i caratteri del processo evolutivo dell'organizzazione amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2017, p. 375 ss. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffré, 2018; S. DEL GATTO, G. VESPERINI, *Presentazione - L'attuazione comune del diritto europeo*, in Id. (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo europeo*, Torino, Giappichelli, 2024, p. 113.

72 Cfr. F. CORTESE, *Cittadinanza e liberalizzazioni*, in F. Cortese, G. Santucci, A. Simonati (a cura di), *Dallo* status *di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 17 ss.

73 Il tema è affrontato da S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, *cit.*, 86-90, il quale, tuttavia, ravvede nel rafforzamento dei criteri di legittimazione esterna una ragione di rafforzamento delle democrazie.

to repubblicano. Fin quando il groviglio di amministrazioni rientra all'interno di un disegno costituzionale come quello repubblicano, gli interessi rappresentati fanno parte di un ordine riconoscibile, ma nella prospettiva dell'integrazione europea la mancanza di un progetto costituzionale autonomo rende più controversa la presenza di poteri pubblici perché non sembrano rispondere a una tavola di valori chiara e riconosciuta, se non in modo assolutamente generale, e, anzi, talvolta sembrano essere costruiti in contraddizione con le reali cause che avevano posto origine alle amministrazioni nazionali, perché il potere non deriva soltanto dal popolo ma dagli stati in sé[74]. Questa condizione non appare riequilibrata dai valori definiti dall'art. 2, TUE, su cui poggia l'ordinamento europeo, posto che i valori e i diritti riferiti sono resi effettivi dagli Stati membri su cui l'Unione europea vigila ai sensi dell'art. 7 non prevedendo nulla a proposito delle condizioni che riguardano l'ordinamento europeo in sé e l'eventuale violazione di quei valori compiuti dall'ordinamento europeo[75]. Il controllo giurisdizionale è comunque parziale e non compensa l'assenza di alcuni caratteri di democraticità tipicamente presenti a livello statale.

Il secondo effetto prodotto dall'integrazione europea è aver allentato la responsabilità delle istituzioni repubblicane nei confronti dei diritti e dei doveri dei propri cittadini in funzione di una responsabilità per nuove finalità di ordine sovranazionale. Anche se non è corretto sostenere che questo processo ha definitivamente sostituito l'equilibrio iniziale repubblicano, lo ha certamente influenzato, limitato e modificato[76].

Infine, anche l'integrazione europea ha contribuito a contenere il ruolo dello Stato, ma in una direzione diversa da quella scelta dai costituenti al momento di delineare la soggettività plurale della Repubblica. L'attenuazione della capacità di mediazione dello Stato è risultata funzionale all'ingresso di nuovi centri di potere, pubblici e privati, che non hanno avuto un'origine interna all'ordinamen-

74 È quella che Cassese ha chiamato legittimazione duale: S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, *cit.*, 87.

75 Si concentrano su questi aspetti le riflessioni di N. WALKER, *Sovereignty and the European Union: an enduringly awkward fit*, in M. Diamantides, M. Rosenfeld, G. Martinico (edited by), *Law and Politics of Sovereignty*, Cheltenham, Edward Elgar, 2026, p. 220-225.

76 Cfr. E. CHITI, *L'influenza del processo di integrazione europea sull'assetto democratico delle amministrazioni nazionali*, in *Amministrazione Democratica*, 2026, 1, p. 106-107.

to repubblicano. L'interferenza sempre maggiore dei centri di potere esterni, quindi creati fuori dal circuito della sovranità popolare, altera i meccanismi di coordinamento attraverso forme di ingerenza varie indebolendo il controllo popolare da cui ha origine il potere dell'ordinamento repubblicano[77]. L'esempio più lampante di questa dinamica è quella determinata dai centri della finanza privata estera e, più recentemente, dai nuovi centri privati dominanti delle tecnologie informatiche e digitali.

Il secondo fenomeno sfidante l'unità ordinamentale plurale di stampo repubblicano è quello legato ai processi migratori, giacché creano un accentuato disallineamento tra potere sovrano, diritti e doveri, dal momento che la comunità politica nazionale coincide meno del passato con chi esige diritti. Se, in una certa misura, tale disallineamento è sempre esistito, non c'è dubbio che il numero crescente della popolazione immigrata e non integrata nella comunità politica rende più complicate quelle coordinate sopra richiamate tra centri di poteri e organizzazioni sociali. Anche questo fenomeno, in un certo senso, estende il carattere pluralistico del nostro ordinamento conoscendo latitudini sconosciute in passato. Ci si domanda dunque se il pluralismo sociale e istituzionale garantito dalla Repubblica sia capace di reggere alla sfida dell'unità e dell'uguaglianza anche quando si presenta molto esteso[78] o se il pluralismo, invece, inevitabilmente richiede una certa dose di relatività[79]. Nel primo caso la Repubblica non smentirebbe i suoi cardini costitutivi ma si troverebbe in una condizione anomala di dover conciliare una tensione forte tra l'asimmetria data dai titolari di sovranità e i beneficiari di diritti che potrebbe alla lunga lacerare l'ordinamento; nel secondo caso, si dovrebbe ammettere che il pluralismo della Repubblica è vero solo a certe condizio-

77 La problematicità della relazione tra democrazia e ordinamento sovranazionale è giustamente considerata del tutto aperta e non risolta; cfr. P. FARAGUNA, *Il principio democratico-repubblicano*, *cit.*, p. 56-57. Si veda anche F. SCIARRETTA, *Il precario equilibrio dello stato di diritto: autorità e libertà*, in ID. (a cura di), *L'idea di Stato nell'involuzione del sistema democratico e le sue ricadute sul binomio autorità-libertà*, Napoli, Jovene, 2026, spec. 53 ss.

78 Cfr. D. COLAFRANCESCO, *Pluralismo liberale e multiculturalismo antioccidentale*, in *Paradoxa*, 2024, 3, p. 11 ss.

79 Sui limiti del pluralismo si veda in generale il volume di *Paradoxa* n. 3 del 2024, dal titolo *Virtù e limiti del pluralismo*, nel quale si sottolinea, per esempio, la distinzione tra pluralismo e relativismo (C. MANCINI, *Pluralismo sì, ma ragionevole*, p. 29 ss.), il conflitto tra diritti dei singoli e diritti dei gruppi (S. AMATO, *Tollerare l'intolleranza*, p. 43 ss.).

ni, finendo però per ammettere un evidente limite.

Infine, la terza sfida, molto recente e ancora difficile da decifrare, origina dalla crisi del diritto internazionale e del multilateralismo del secondo dopo-guerra. Il temperamento del rispetto della sovranità interna a beneficio di ordinamenti che hanno forze economiche, militari e tecnologiche esercitate con aggressività mitiga l'indipendenza della sovranità degli ordinamenti e, per quel che riguarda il contesto di questo scritto, l'ordinamento repubblicano. La riscoperta delle relazioni di forza tra ordinamenti rischia di ascrivere l'autonomia della sovranità nazionale tra le narrazioni mitiche che nascondono i condizionamenti effettivi dell'esercizio dei poteri, dei diritti e dei doveri dei cittadini.

7. Conclusioni

Le considerazioni svolte consentono di tornare alla domanda posta all'inizio di questo lavoro: quale significato conservi, a ottanta anni dalla sua fondazione, la scelta della Repubblica compiuta dai costituenti. La risposta non può esaurirsi nella constatazione della permanenza della forma repubblicana, né nella pur decisiva irreversibilità sancita dall'art. 139 Cost. La scelta costituzionale della Repubblica ha espresso qualcosa di più profondo: un particolare modo di concepire l'ordinamento, la distribuzione del potere e la relazione tra persone, formazioni sociali e istituzioni. La Repubblica ha collocato al proprio centro la sovranità popolare, i diritti inviolabili e i doveri di solidarietà e, proprio per questo, ha configurato le organizzazioni pubbliche come strutture derivate e funzionali alla loro realizzazione.

Questa scelta non è rimasta soltanto un programma. Pur tra ritardi, contraddizioni e realizzazioni incomplete, la sua forza trasformativa si è manifestata concretamente. Il pluralismo istituzionale, il progressivo riconoscimento delle autonomie, la moltiplicazione delle amministrazioni chiamate a rappresentare interessi differenziati, la valorizzazione della sussidiarietà e, più recentemente, le esperienze di amministrazione condivisa mostrano un ordinamento che ha progressivamente preso sul serio l'idea che la Repubblica non coincida con un unico apparato di potere. La diffidenza dei costituenti verso la concentrazione statale del potere non si è così tradotta nella rinuncia al pubblico, ma nella sua trasformazione: da centro originario e autosufficiente del potere a componente essenzia-

le di un ordinamento plurale, chiamata a operare affinché l'esercizio dei diritti non dipenda dalla forza economica e sociale di cui ciascuno dispone.

Proprio qui, tuttavia, si colloca il problema dell'attualità del disegno repubblicano. Le trasformazioni intervenute negli ultimi anni non sono tutte riconducibili linearmente allo sviluppo delle premesse costituzionali. Esse hanno moltiplicato i centri di potere e allargato lo spazio entro cui le decisioni rilevanti per i diritti sono assunte, rendendo meno immediata quella circolarità tra sovranità, diritti, doveri e organizzazioni che la Costituzione aveva costruito prevalentemente entro i confini della comunità politica nazionale. L'integrazione europea, i movimenti transnazionali dei capitali, la crescente forza dei grandi operatori economici e tecnologici, le migrazioni e, da ultimo, l'indebolimento del multilateralismo hanno reso l'ordinamento repubblicano molto più aperto e interdipendente di quanto i costituenti potessero immaginare.

Sarebbe, però, inesatto leggere queste trasformazioni soltanto come fattori di erosione del disegno originario. La stessa Costituzione non è più quella del 1948 e ha incorporato l'integrazione europea nel proprio tessuto, come mostrano, tra gli altri, gli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost. e, in un certo senso, trasfonde nell'ordinamento europeo quei caratteri di democrazia repubblicana che sono alla base della fondazione del 1948. Anche l'organizzazione amministrativa ha reagito alla nuova distribuzione del potere attraverso figure sconosciute all'impianto originario; si può menzionare come esempio il caso delle autorità indipendenti, frequentemente sorte anche in conseguenza di obblighi europei. Questi sviluppi possono essere letti, almeno in parte, come nuove manifestazioni della capacità adattiva dell'ordinamento repubblicano coerente con l'impianto democratico e pluralistico. Un'autorità sottratta all'immediata disponibilità dell'indirizzo politico, quando sia realmente indipendente anche dai soggetti economici regolati, può costituire uno strumento particolarmente moderno attraverso cui il pubblico recupera capacità di resistenza nei confronti di centri di potere privati che operano su scala sovranazionale[80]. In questo senso, anche una trasformazione sollecitata dall'esterno può risultare coerente con la funzione repubblicana di riequilibrio del potere.

---

80 Sottolinea questo punto in modo particolare E. CHITI, *L'influenza del processo di integrazione europea sull'assetto democratico delle amministrazioni nazionali*, *cit.*, p. 102-104.

Il punto, allora, non è preservare immutate le forme organizzative del 1948, ma verificare se le trasformazioni intervenute continuino a essere ordinate alle ragioni che giustificavano quelle forme. È su questo piano che il processo di integrazione europea manifesta ancora un'insufficienza. Se quote sempre più significative di potere sono esercitate entro un ordinamento sovranazionale, non può considerarsi soddisfacente che a tale spostamento non corrisponda un equivalente sviluppo delle forme di legittimazione democratica e delle responsabilità nei confronti delle persone[81]. La questione non riguarda soltanto il rafforzamento rappresentativo delle istituzioni europee, ma, più radicalmente, la possibilità di individuare nel principio democratico un effettivo elemento condizionante della relazione tra detenzione del potere, garanzia dei diritti e adempimento dei doveri che costituisce uno dei tratti qualificanti del disegno repubblicano. Da questo punto di vista, una rinnovata considerazione del principio dei controlimiti potrebbe essere opportuna.

Per la stessa ragione appare insufficiente pensare che, di fronte a poteri privati ormai capaci di oltrepassare agevolmente i confini nazionali, la funzione riequilibratrice dei poteri pubblici possa esaurirsi nella regolazione. La vicenda repubblicana mostra che il pubblico non è cresciuto soltanto per disciplinare dall'esterno le forze sociali, ma anche per rendere effettivi interessi e diritti che il loro libero dispiegarsi non era in grado di assicurare a tutti[82]. La crisi della capacità operativa dello Stato non può dunque essere compensata dalla sola crescita delle regole. Occorre preservare – e, dove necessario, reinventare – una capacità pubblica di intervento, che può essere esercitata direttamente[83] oppure attraverso forme nuove di alleanza con le forze sociali[84]. L'amministrazione condivisa assume,

---

81 È in sostanza la ben nota questione del deficit democratico che caratterizza l'origine dell'UE; cfr. D. GRIMM, *The Constitution of European Democracy*, Oxford-NewYork, OUP, 2017, 57 ss.

82 Cfr. B. PONTI, *Introduzione. La nozione di «cattura» come sfida per il giuspubblicista e l'ipotesi di lavoro della* capture by design, in Id. (a cura di), Capture by design, Bologna, il Mulino, 2026, *passim*.

83 È interessante in questo senso la prospettiva indicata sul piano delle trasformazioni digitali su un impegno organizzativo della Repubblica che non si limiti alla sola regolazione; cfr. per questa tesi M. FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e* big data, Napoli, Editoriale scientifica, 2023, p. 286-300.

84 Da questo punto di vista, pur partendo dalla condivisione di una certa preoccupazione sull'indebolimento dello Stato nei confronti di poteri privati non controllati, è stabilita una

da questo punto di vista, un significato che oltrepassa la dimensione locale nella quale ha trovato le sue applicazioni più mature: mostra la possibilità di costruire istituzioni che non si limitano a comandare o regolare, ma organizzano risorse pubbliche e civiche intorno alla realizzazione effettiva dei diritti.

Anche la questione migratoria deve essere collocata entro questa esigenza di ricomposizione. L'alternativa tra il riconoscimento di tutti i diritti indipendentemente dall'appartenenza alla comunità politica e la chiusura di quest'ultima rischia infatti di lasciare irrisolta proprio la frattura che i processi migratori rendono evidente. Se la Repubblica è insieme comunità politica fondata sulla sovranità popolare e ordinamento che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, la sfida consiste nel tenere unite queste due dimensioni, favorendo percorsi nei quali al riconoscimento dei diritti corrisponda una progressiva integrazione nella comunità dei diritti, dei doveri e della partecipazione. La sentenza n. 119 del 2015 della Corte Costituzionale, nel ricondurre il servizio civile all'adempimento di doveri di solidarietà e a una forma di partecipazione alla comunità anche da parte dello straniero regolarmente soggiornante, offre in questo senso un'indicazione significativa: l'inclusione non è soltanto estensione passiva di garanzie, ma può diventare partecipazione attiva alla costruzione della Repubblica.

Le sfide attuali non sembrano dunque imporre l'abbandono della scelta repubblicana originaria, ma sottolineano anche l'incompiutezza e la necessità di attualizzazione. Alcune trasformazioni hanno sviluppato coerentemente le sue premesse; altre le hanno indebolite; altre ancora presentano entrambi i caratteri contemporaneamente. Non esiste, pertanto, una traiettoria univoca.

In questa prospettiva, l'unità ordinamentale plurale delineata dalla Costituzione presuppone che l'esercizio dei poteri resti funzionalmente collegato alla sovranità popolare, ai diritti e ai doveri delle persone e che il pluralismo dei centri di potere ne riproduca gli equilibri in modo coerente con il disegno originario. Le trasformazioni intervenute negli ultimi decenni rendono questo equilibrio certamente più complesso, perché una parte crescente dei poteri rilevanti si colloca or-

---

differenza da chi invece considera irrimediabile la debolezza dello stato per le garanzie dei cittadini; cfr. L. Perfetti, *Torsioni dello stato di diritto*, in F. SCIARRETTA (a cura di), *L'idea di Stato nell'involuzione del sistema democratico e le sue ricadute sul binomio autorità-libertà*, Napoli, Jovene, 2026, 162-164.

mai al di fuori del circuito originariamente considerato dalla Costituzione[85]. Ciò non determina necessariamente una contraddizione con il disegno repubblicano: come mostrano alcune evoluzioni dello stesso ordinamento costituzionale e amministrativo, anche nuovi centri e nuove forme di raccordo possono assolvere funzioni coerenti con esso. Il problema si pone, piuttosto, quando alla moltiplicazione e alla dislocazione dei poteri non corrispondono strumenti adeguati a ricondurne l'esercizio alla garanzia dei diritti, ai doveri di solidarietà e a forme sufficienti di legittimazione democratica. È su questo terreno che le trasformazioni richiamate nel corso del lavoro presentano ancora esiti non univoci e, talvolta, contraddittori. La questione che resta aperta non riguarda, pertanto, la perdurante validità della scelta repubblicana, quanto la capacità dell'ordinamento di ricomporre entro coordinate coerenti con quella scelta centri di potere, soggetti e relazioni che hanno ormai una dimensione diversa da quella entro cui essa fu originariamente concepita.

85 Su questo si sofferma molto efficacemente F. CORTESE, *L'identità furiosa e il diritto pubblico*, *cit.*, p. 44-54.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Sandro Staiano
Professore Emerito di diritto costituzionale e pubblico, Università Federico II di Napoli
sandro.staiano@unina.it

La forma repubblicana. Originarietà, Originalità, Trasformazione

The Republican Form. Primariness, Originality, Transformation

Sintesi

A ottant'anni dalla nascita della Repubblica italiana, il saggio indaga la tenuta e le metamorfosi dei suoi caratteri originari e originali — il modello di rappresentanza imperniato sui partiti, la limitazione del potere tramite la giurisdizione e la centralità dell'eguaglianza sostanziale fondata sul lavoro — sotto la spinta di fattori di crisi endogeni ed esogeni. L'analisi ripercorre innanzitutto la transizione dai «partiti nuovi» della fase costituente al «partito personale» e alle attuali derive populiste, aggravate dall'ingerenza delle piattaforme digitali e dell'intelligenza artificiale nei processi di formazione del consenso. Viene poi esaminato lo squilibrio tra circuito della rappresentanza politica e circuito giurisdizionale, con particolare riguardo al ruolo della Corte costituzionale, sospinta dalla crisi della legislazione e dal superamento del principio di incidentalità (in materia elettorale) verso una funzione di «legislatore di ultima istanza». Dopo aver analizzato il ritorno della diseguaglianza sul piano ideologico e l'erosione delle tutele sociali indotta dalla lex mercatoria globale, l'autore propone di sostituire la categoria analitica della «crisi» con quella del «margine del caos», individuando nella costruzione di una Costituzione federale europea e nell'adozione di nuovi paradigmi di benessere multidimensionale le condizioni necessarie per salvaguardare l'eredità del costituzionalismo democratico.

Abstract

Eighty years after the founding of the Italian Republic, this essay examines the resilience and transformation of its original and distinctive features—party-based political representation, the limitation of power through adjudication, and sub-

stantive equality grounded in labor—under the pressure of endogenous and exogenous crisis vectors. First, the analysis traces the evolution from the "new parties" of the constituent phase to the "personal party" and contemporary populist shifts, exacerbated by the interference of digital platforms and artificial intelligence in consensus formation. Second, it investigates the growing imbalance between political representation and the judiciary, focusing on the Constitutional Court, which—driven by declining legislative quality and the erosion of incidental review in electoral matters—increasingly acts as a "legislator of last resort". After exploring the ideological resurgence of inequality and the weakening of social protections caused by global lex mercatoria, the author proposes replacing the analytical category of "crisis" with that of the "edge of chaos," identifying the establishment of a European federal constitution and the adoption of multidimensional well-being indicators as essential strategies to preserve democratic constitutionalism.

Parole chiave: Forma repubblicana; Partito personale; Populismo; Giurisdizione costituzionale; Eguaglianza sostanziale; Globalizzazione; Costituzionalismo europeo.

Keywords: Republican form of State; Personal party; Populism; Constitutional adjudication; Substantive equality; Globalization; European constitutionalism.

Indice: 1. I caratteri originari. - 2. Rappresentanza politica e sistema dei partiti. - 2.1. I "partiti nuovi" nella fase costituente. - 2.2. Lo «sdoppiamento» del rapporto rappresentativo. - 2.3. Mutamenti dei partiti e dinamiche del sistema in cui essi si compongono. - 3. Sistema politico e giurisdizione. - 3.1. Come e in qual senso i giudici rappresentano il popolo. - 3.2. L'alterazione del rapporto tra rappresentanza istituzionale dei giudici e rappresentanza politica. - 3.3. Del giudice costituzionale legislatore di ultima istanza in particolare. - 4. Eguaglianza e diseguaglianza. - 4.1. L'eguaglianza alla Costituente. - 4.2. La contrastata attuazione del principio. - 4.3. Ritorno della diseguaglianza come ideologia e nelle politiche. - 4.4. L'eguaglianza nella globalizzazione e nella sua crisi. - 5. I caratteri originari e originali della forma repubblicana nella grande trasformazione: esplorare il margine del caos.

1. I caratteri originari

A ottant'anni dalla fondazione, la Repubblica italiana – variante della forma di Stato costituzionale democratica, nell'ambito di quello che, nonostante molte indicazioni in contrasto rinvenibili in fase costituente, è stato identificato talvolta come il ceppo euro-americano[1], postulando la prevalenza dei tratti di affi-

1 L'assunto della collocazione della Costituzione italiana nell'ambito della categoria «costituzionalismo euro-americano» perveniva anche nella migliore manualistica corrente: cfr. V. ONIDA, *I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in *Manuale di diritto pubblico*, a

nità sistemica sulle differenze strutturali e di sostrato culturale, tanto da consentire una definizione tendenzialmente unitaria – è scossa da vettori di forza trasformativa che ne toccano gli elementi costitutivi profondi, agendo per linee dinamiche endogene, cioè per fattori interni al contesto costituzionale nazionale, ed esogene, cioè per dinamiche indotte dalla interdipendenza delle crisi democratiche in atto nella dimensione europea e globale.

Conviene perciò muovere dai caratteri originari e considerarne il permanere e il recedere: il modello di rappresentanza introdotto; la limitazione del potere attraverso la giurisdizione; la presa di posizione sulla diseguaglianza e il fondamento nel lavoro.

Tali caratteri vanno considerati sullo sfondo dei princìpi e degli strumenti di organizzazione dei rapporti internazionali e inter-ordinamentali, nella loro ispirazione all'origine e nel loro sviluppo.

2. Rappresentanza politica e sistema dei partiti

L'assetto democratico della forma di Stato italiana si incentra su un modello di rappresentanza politica della quale i partiti sono elemento costitutivo e fattore dominante.

2.1. I "partiti nuovi" nella fase costituente

Si trattò, in fase genetica, di partiti nuovi: non i partiti notabilari della fase liberale[2], né i partiti anti-sistema di ispirazione socialista, né i partiti rivoluzionari di quadri impregnati di ideologia leninista[3]. E neppure, tra i partiti cattolici idea-

cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna 1984, pp. 91 ss.

2 La rottura irreversibile con quel passato sarebbe stata rilevata in Assemblea costituente da Benedetto Croce, opponendo ai partiti di cui egli aveva fatto esperienza, «... utili strumenti di azione per certi fini contingenti e non ... fine universale, non ... legge del bene alla quale solamente si deve ubbidire», la «partitomania», per la quale lo strumento, il partito, è posto «di sopra allo spirito umano» che dovrebbe invece servire (Assemblea costituente, seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947.). Alla vecchia cultura liberale quei partiti pervasivi, nell'introdotto regime di rigidità costituzionale, apparivano un fattore di sconvolgimento e di regressione al cospetto dell'esperienza statutaria, da riprendere, poiché solo sospesa dalla parentesi fascista.

3 Palmiro Togliatti aveva definito esplicitamente i tratti del "partito nuovo" fin dal 1944, in *Avanti verso la democrazia!*, discorso pronunciato alla Conferenza provinciale della Federazione romana del Partito Comunista Italiano il 24 settembre 1944, ed. L'Unità, Roma 1944: «... partito nuovo è un partito della classe operaia e del popolo il quale non si limita più alla critica e alla propaganda, ma interviene nella vita del paese con un'attività positiva e costruttiva la quale,

li, quello concepito, da Dossetti sul modello di Sturzo, come luogo di elaborazione politico-culturale e di formazione delle *élite*, connesso con le sedi della rappresentanza[4], ma da esse strutturalmente e funzionalmente distinto, in connessione ma separato, prevalendo invece l'idea di De Gasperi del partito come soggetto organizzato intorno a una visione generale, con base ideologica univoca, precipuamente volto alla raccolta del consenso elettorale e fortemente istituzionalizzato e orientato alle sedi della rappresentanza (al punto che, contingentemente, appariva a Dossetti «uno strumento della Presidenza del Consiglio», mentre la «Direzione più autorevole [diviene] quella dei gruppi parlamentari»[5]).

Tutti quei partiti, in posizione di centralità nella competizione politica e nella costruzione del sistema, furono nuovi, cioè condussero il processo costituente mentre si consolidavano nella loro nuova struttura: si può dire, ellitticamente, che nacquero con la Repubblica, e si sostanziarono in essa. E questo carattere *originario* del caso italiano, nello scenario delle democrazie dei moderni di cui abbiamo fatto esperienza, che sono tutte, nella varietà delle realizzazioni, "democrazie dei partiti", è anche il tratto *originale* di esso.

2.2. Lo «sdoppiamento» del rapporto rappresentativo

Tale il fatto storico, che deve essere tenuto fermo in ogni ricostruzione teorica e dommatica della forma di Stato repubblicana italiana. Conserva, dunque, piena utilità epistemologica il concetto, proposto da Costantino Mortati,

---

incominciando dalla cellula della fabbrica e di villaggio, deve arrivare fino al Comitato centrale, fino agli uomini che deleghiamo a rappresentare la classe operaia e il partito nel governo. È chiaro, dunque, che quando parliamo di partito nuovo intendiamo prima di ogni altra cosa un partito il quale sia capace di tradurre nella sua politica, nella sua organizzazione e nella sua attività di tutti i giorni quel profondo cambiamento che è avvenuto nella posizione della classe operaia rispetto ai problemi della vita nazionale. La classe operaia, abbandonata la posizione unicamente di opposizione e di critica che tenne nel passato, intende oggi assumere essa stessa, accanto alle forze conseguentemente democratiche, una funzione dirigente nella

lotta per la liberazione del paese e per la costruzione di un regime democratico. Partito nuovo è il partito che è capace di tradurre in atto questa nuova posizione della classe operaia, di tradurla in atto attraverso la sua politica, attraverso la sua attività e quindi anche trasformando a questo scopo la sua organizzazione».

4 «... Un soggetto popolare distinto dalla funzione del governo»: M. TRONTI, *Introduzione* a G. DOSSETTI, *Scritti politici*, Genova 1995, p. XVII.

5 G. BIANCHI, *Presentazione*, in G. DOSSETTI, *Scritti politici*, cit., p. XIII.

nell'ambito della sua concezione della «democrazia maggioritaria», dello «sdoppiamento» del rapporto rappresentativo: «fra elettore e partito», «fra i partiti e i propri membri preposti alle cariche elettive»[6]. La conserva anche perché collocata in una visione della democrazia dei partiti maturata in dissenso da Gerhard Leibholz, secondo il quale l'avvento dei partiti moderni avrebbe dato luogo a una democrazia plebiscitaria incentrata sull'identificazione tra popolo, partiti e organizzazioni statale[7]. Va, infatti, rilevata la permanente tensione, nella vicenda storica, tra rappresentanza e plebiscitarismo[8], poiché quest'ultimo riemerge come manifestazione e fattore di regressione sistemica, in ragione anche del declino della responsività dei partiti nella loro proiezione parlamentare, che è una delle possibilità del sistema: Mortati avverte dell'indebolimento del rapporto tra elettore e partito dopo le elezioni, mentre il rapporto tra i partiti e i propri esponenti eletti «si rafforza, com'è necessario per assicurare l'attuazione delle misure ritenute corrispondenti all'indirizzo di cui il partito è esponente»[9]. La capacità dei partiti di dare permanentemente linfa al rapporto rappresentativo, in conformità alle connotazioni strutturali del sistema, è, dunque, decisiva per la conservazione della democraticità di questo.

2.3. Mutamenti dei partiti e dinamiche del sistema in cui essi si compongono

Lo stadio di sviluppo e le condizioni di vitalità della democrazia italiana vanno quindi considerati alla luce delle trasformazioni dei partiti e del sistema in cui essi si compongono.

Il sistema dei partiti, per una lunga fase della Repubblica, si era caratterizzato per la progressiva attenuazione della sua capacità responsiva.

---

6 C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano* (1957), in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano 1972, pp. 380 s.

7 G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia*, Milano, 1989, p. 324.

8 Ernst Fränkel, presentando una ricostruzione non lontana da quella di Mortati, afferma che, nelle forme di Stato democratiche, si combinino elementi rappresentativi ed elementi plebiscitari, questi ultimi non riconducibili al rapporto rappresentativo: E. FRÄNKEL, *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat* (1958), in ID., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Frankfurt a.M. 1991, 154 ss.

9 C. MORTATI, *Note introduttive*, loc. cit.

I partiti, dopo la prima breve stagione appena successiva alla fondazione della Repubblica e della prima messa in opera delle istituzioni repubblicane da parte di una *leadership* di padri fondatori, si erano rapidamente consolidati in un assetto organizzativo sostanzialmente omogeneo: dimensione nazionale, debolezza dei processi democratici interni, assetto oligarchico della dirigenza, ristretta e formata per cooptazione. Sussistevano differenze, certo non marginali – riguardanti il grado di accentramento dei poteri, la strutturazione in correnti, le fonti delle risorse finanziarie – ma esse non incidevano significativamente sulle fondamentali connotazioni strutturali dei partiti.

Sui trattava di apparati fortemente accentrati, e non organizzati per consentire la manifestazione della volontà universalistica degli iscritti, ma precipuamente per trasmettere il comando lungo la direttrice centro-periferia e la direttrice partito-Parlamento.

La prima vedeva la presenza capillare dei partiti nell'intero territorio della Repubblica: le strutture periferiche erano sensori sensibili e trasmettitori di informazioni permanenti al centro, e, allo stesso tempo, sedi di diffusione del comando politico centrale; nel senso inverso, della partecipazione delle cellule periferiche a determinare le decisioni politiche centrali, il segnale perveniva debole e sporadico.

La seconda si connotava per il controllo dei partiti sui gruppi parlamentari anche nella prospettiva della decisione sulle candidature alla scadenza del mandato, monopolizzata dalle segreterie.

Formule elettorali spiccatamente proporzionalistiche consolidavano il monopolio naturale dei partiti nella forma che essi presentavano a quel tempo e rendevano stabile una dinamica bipolare, intesa come articolazione del consenso tra le due forze maggiori, ciascuna coi propri satelliti (sia pure, come si disse allora, in un «bipartitismo imperfetto»[10], cioè nel monopolio del Governo da parte di una delle forze in competizione, in virtù di una *conventio ad excludendum*, e dalla compartecipazione tendenzialmente consociativa alle pratiche legislative parlamentari in regime di *conventio ad includendum*).

10 La locuzione è dovuta a G. GALLI, *Il bipartitismo imperfetto. Comunisti e democristiani in Italia*, Bologna 1967.

Questo assetto, e questo specifico disporsi del rapporto rappresentativo, si sarebbe protratto fino al collasso del sistema dei partiti tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni Novanta del secolo scorso, causato – nel quadro di un mutamento profondo delle relazioni internazionali, con il crollo, per implosione, del "blocco sovietico", e la conseguente perdita di senso della stagnazione nei rapporti tra i partiti italiani su base ideologica – dal prodursi di un conflitto tra attori dotati di diverso tipo di legittimazione, partiti e magistratura, con la prevalenza dissolutiva della seconda.

Il sistema dei partiti supera quella fase attraverso una trasformazione strutturale: nasce il «partito personale», il partito dominato dal suo *leader* o, più radicalmente, il partito «nella forma del leader»[11]. Il *leader* è al centro di una «rete» autonoma di relazioni, di cui è lo snodo maggiore. Quando il suo partito consegue posizioni di governo, egli distribuisce i ruoli e determina le carriere degli eletti dentro e fuori il Parlamento; se è capo del Governo, assegna e revoca gli incarichi ministeriali.

Il partito personale – nelle sue sub-articolazioni tipologiche[12] – risulta la forma dominante, dopo avere convissuto con il «partito tradizionale novecentesco», di certo poiché questo, nel suo «assetto strutturalmente e organizzativamente rigido»[13], è in posizione di svantaggio competitivo, non riuscendo a moderare le pulsioni crescenti alla disarticolazione delle componenti, non più comprimibili dalle vecchie oligarchie, e ad assecondare efficientemente le tendenze alla disintermediazione nei rapporti con l'elettorato.

---

11 P. FERRARI, *Il partito mediale*, Firenze 2000

12 Al partito personale di più antica formazione, il cui *leader* è a capo di un'azienda e il cui corpo organizzativo originario è costituito dai quadri di essa, si accompagna presto il partito personale macro-regionale, che si nutre di un'ideologia autonomista spinta fino al separatismo, per poi virare, fallito tale obiettivo, verso l'assetto di partito personale nazionale, con una proposta politica apertamente reazionaria. Segue il «partito personale antisistema», che, avendo ottenuto consenso crescente in ragione di tale sua connotazione, fino a poter realisticamente aspirare alla maggioranza relativa e poi divenendo determinante per la vittoria do uno degli schieramenti in campo, svaria nel contesto partitico e si istituzionalizza attraversando varie esperienze di governo, in varie, e in principio non conciliabili, collocazioni politiche. Soprattutto, la verticalizzazione personalizzata del potere interno tocca tutti gli altri partiti; segna una trasformazione sistemica non resistita efficacemente da alcuno.

13 L. MORLINO, *Le tre fasi dei partiti italiani*, in L. MORLINO, M. TARCHI, *Partiti e caso italiano*, Bologna 2006, 105 ss

Ciò avviene nel quadro di mutamenti istituzionali che determinano la regressione della responsività complessiva del sistema: il mutamento partitico ne è una conseguenza e poi retroagisce come fattore di rafforzamento della trasformazione.

Uno dei tratti specifici del caso italiano di personalizzazione leaderistica, fenomeno che interessa tutte le democrazie nella fase attuale, consiste nella derivazione da mutazioni del sistema delle autonomie locali, trovando in esse il suo terreno di prima coltura: anzitutto nei Comuni, poi nelle Regioni, in conseguenza della «torsione monocratica» delle relazioni fondamentali tra organi e della unidimensionalità del potere, in larga parte determinate dall'elezione diretta del vertice dell'Esecutivo, si creano leadership personalizzate. È in tale contesto che matura l'ideologia dell'«efficienza» della decisione politica come valore in sé, cioè prescindente dalla causa e dallo scopo, «efficienza» da conseguire concentrando il potere nel singolo leader – meglio un *homo novus*, più adatto a liberare il partito dalle scorie della «tradizione» – semplificando nel massimo grado le procedure di decisione. Nelle Regioni, poi, non solo trova massima espansione la personalizzazione partitica, ma il modello istituzionale è il motore per la formazione di *network* intorno a *leadership* coincidenti con la presidenza regionale, che talvolta, in alcuni ambiti territoriali chiave per composizione economica e per posizione nella gerarchia del consenso intorno allo schieramento interessato, si conformano come veri e propri «partiti personali regionali», autonomi rispetto al partito nazionale di riferimento nel radicamento sociale, nella costruzione degli apparati, nel reperimento di risorse economiche e in «capitale sociale.

Ciò vuol dire che la verticalizzazione del potere nei partiti, e, in connessione, nelle istituzioni, è sorretta, non solo da una forte ideologia della efficienza per concentrazione, come costruzione astratta, ma dalla circostanza storica che tale ideologia prende linfa da un'esperienza concreta intorno alla quale si coagula un forte consenso di natura precipuamente plebiscitaria.

Il fatto che la forma partito personale si generalizzi o almeno risulti largamente dominante sospinge ai margini del dibattito la questione del modello di rappresentanza ritenuto corrispondente alle premesse costituzionali: il tema fuoriesce dal "discorso pubblico" sulla democrazia, che ne risulta impoverito. E, per

lungo tempo, si è escluso che la competizione politica potesse avere ad oggetto le concezioni della rappresentanza accolte da ciascuna delle parti in conflitto. Mentre l'intendimento tipizzato del «partito personale» è stato quello di introdurre nell'ordinamento, a ogni livello, incluso quello costituzionale, le modificazioni necessarie ad acquisire il monopolio della rappresentanza e a traslare nelle istituzioni il modello accentrato, unidimensionale e a prevalenza monocratica che ne caratterizza l'organizzazione interna. In precedenza non era stato mai così: i vecchi partiti, prima dell'inizio della crisi di fine secolo, benché segnati dall'insufficienza democratica dei rispettivi assetti organizzativi interni, avevano dato luogo a istituzioni plurali e pluridimensionali nelle quali si riconoscevano, e la loro distanza/interazione con esse apriva un campo di confronto e di competizione tale da impedire che le oligarchie partitiche – più o meno ampie, più o meno aperte all'integrazioni, più o meno disponibili a processi di democratizzazione anche in chiave di trasmissione generazionale delle *leadership* – degradassero verso assetti autocratici.

E, anche nel ventennio di convivenza tra «partito personale» e partiti «tradizionali», la tensione tra i due tipi agiva in chiave di resistenza alla pulsione monopolistica e accentratrice del «partito personale», e le modificazioni istituzionali proposte, perseguite e realizzate, erano semmai intese alla razionalizzazione dell'assetto plurale.

Ma la regressione più intensa avviene ora per il pieno dispiegarsi, nei partiti già personalizzati e verticalizzati, della mentalità e della pratica populista, il cui tessuto connettivo è una peculiare «controideologia»[14], e che incide, assai di frequente, sul modello organizzativo di partito, trascinandolo a essere macchina servente del *leader* in misura maggiore e in qualità diversa da ogni esperienza finora nota in regime repubblicano: ciò che era latente si dispiega, ciò che era temperato si assolutizza. Ed è vero che il nuovo modello non si afferma subito, in purezza,

---

14 G. SARTORI, *Teoria dei partiti e caso italiano*, Milano 1982. Una definizione del populismo come ideologia, che, traendo le fila dell'assai ampio dibattito in tema, sembra raccoglierne il precipitato è dovuta a C. MUDDE, *The Populist Zeitgeist*, in *Government & Opposition*, 28 March 2014, Cambridge University Press, p. 543: « …I define populism as an ideology that considers society to be ultimately separated into two homogeneous and antagonistic groups, 'the pure people' versus 'the corrupt elite', and which argues that politics should be an expression of the volonté générale (general will) of the people».

come generalizzato, ma il rischio è che si ripeta la sequenza che caratterizzò l'avvento e l'affermarsi dei partiti personali: il partito monocratico populista presenta una tale forza competitiva da indurre processi imitativi.

Ma il populismo – per sua natura e struttura – è estraneo alla logica stessa della Costituzione, è ignaro dei connotati di questa come prodotto storico, e nega il concetto stesso di rappresentanza politica, ed è fattore di dissoluzione della democrazia, con la quale non è compatibile[15]. La Costituzione, invero, è compromesso, originario tra le forze fondative, e poi rinnovato nella competizione-composizione pluralista, nel governo delle democrazie contemporanee complesse, sulla base di princìpi, valori e regole che si impongono al legislatore ordinario, cioè alle maggioranze politico-parlamentari contingenti. Il populismo invece concepisce il popolo come entità indifferenziata, chiusa in se stessa, nei suoi confini fisici, culturali, tradizionali, da tenere al riparo da ogni contaminazione e da unificare intorno a valori comuni, che si assumono appannati[16].

Al popolo così concepito va restituito il potere che gli è stato illecitamente sottratto: una tale missione spetta a *leader* direttamente investiti di posizioni monocratiche ai più alti livelli istituzionali, non limitabili nella loro azione e non revocabili, se non dal popolo stesso al momento delle investiture elettorali. Chi aderisce è amico, chi si oppone è nemico. E il nemico è moralmente esecrabile: nemici sono i «vecchi partiti» inefficienti e corrotti, i corpi intermedi, gli attori economici che intendono agire secondo la logica del mercato regolato, la magistratura, i giudici costituzionali interni e sovranazionali. In sintesi, è nemico ogni organo o soggetto che possa essere percepito o possa operare come un contropotere: tali organi o soggetti vanno occupati nei loro apparati, rimodellati strutturalmente, piegati funzionalmente.

---

15 Cfr. L. VIOLANTE, *Appunti per un'analisi del populismo giuridico*, in *Democrazia e diritto*, 2010, n. 3-4, 123: «...La democrazia e il populismo, nell'accezione che qui ne abbiamo data, di aggiramento delle istituzioni rappresentative, sono tra loro antitetici perché la democrazia si regge sulle istituzioni che rappresentano i cittadini e non sull'interlocuzione diretta tra un leader chiamato a imbonire e un popolo chiamato ad applaudire». Ritiene, invece, che «la sfida populista» sia «più una tensione interna che una minaccia esterna alla democrazia» C. PINELLI, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Democrazia e diritto*, 2010, n. 3-4, 36.

16 Un'utile silloge dell'ampia letteratura in tema di populismo, si rinviene in J.-W. MÜLLER, *Cos'è il populismo?*, Milano 2023, con un saggio introduttivo di N. URBINATI, *Un fenomeno democratico dagli esiti incerti*, pagg VII ss.

Un elemento di rafforzamento dei partiti populisti è il loro collocarsi in reti globali di reciproco sostegno, con apparati "ideologici" accomunanti, intorno a *issue* identiche, migrazioni e sicurezza in primo luogo, in ordine alle quali è più agevole fuoruscire dalla logica della rappresentanza politica e approdare a quella del mero rispecchiamento[17], distorcendo i meccanismi del consenso. Queste reti operano in sincrono per disarticolare dall'interno le strutture nazionali della rappresentanza, spesso mantenendo una relazione, più o meno esplicita, sul piano internazionale, con i regimi autocratici, anche quando questi sono in elevato conflitto con i rispettivi ordinamenti di appartenenza.

Dall'esterno, a sostegno di tali processi dissolutivi, premono le politiche dell'amministrazione statunitense in carica. Gli Stati Uniti attraversano una crisi costituzionale profonda, che, per

sua natura, è anche crisi del sistema dei partiti: l'assetto bipartitico è stato stravolto, da una parte, dall'azione parassitoide su uno dei due attori, il Partito Repubblicano, compiuta dal movimento MAGA, qualificabile senza residui come populista, il cui *leader* è l'attuale Presidente degli Stati Uniti, dall'altra dalla perdita di rilevanza del Partito Democratico.

La vocazione eversiva dell'attuale *leadership* partitica e di governo si manifesta, in grande misura, nel rapporto privilegiato con imprese che interferiscono direttamente nei processi politici e nella dislocazione del consenso, deviando i meccanismi della rappresentanza. Si tratta di operatori che utilizzano le risorse dell'intelligenza artificiale – i «baroni delle piattaforme»[18] – impiegando i *big data* che se ne ricavano sia per orientare i consumi sia per ricostruire le preferenze politiche e costruire sistemi di "propaganda computazionale". Nei rapporti con

17 Se consideriamo il populismo in senso proprio, cioè «unificazione del popolo sotto un leader; trasformazione ideologica del conflitto in polarizzazione e quindi semplificazione della pluralità di interessi in opposizione binaria ("noi"/"loro")» (N. URBINATI, *Il populismo come confine estremo della democrazia rappresentativa*. *Risposta a McCormick e a Del Savio e Mameli*, in *Micromega*, 16 maggio 2014), il rapporto tra eletti ed elettori «diventa puro rispecchiamento degli stili di vita e delle attese presenti negli elettori» (C. PINELLI, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Democrazia e diritto*, 2010, n. 3-4, p. 36); per il «rispecchiamento» come una delle funzioni sistemiche della rappresentanza, cfr. G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna 1991, p. 226.

18 M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli 2022. In tema, anche M. CALISE, F. MUSELLA, *Digicrazia*, Roma-Bari 2026.

tali imprese, negli Stati Uniti si è realizzata una sinergia regressiva con il decisore politico, attraverso uno scambio tra assenza di regolazione e di controlli da parte pubblica e libero corso alla distorsione della comunicazione politica a vantaggio dell'amministrazione in carica, mentre il Congresso è messo ai margini dei processi di decisione politica.

In particolare, è del tutto assente la volontà di misurarsi con «l'impatto sociale dell'IA»[19], cui vengono consegnati «"superpoteri" cognitivi e decisionali», al di fuori di «una cornice di neutralità politica»[20]: l'IA opera come «struttura di potere composta da elementi infrastrutturali, capitale e lavoro»[21].

La questione è che, sul piano dei rapporti globali, l'amministrazione statunitense pretende di imporre, nel contesto europeo, il medesimo trattamento normativo fatto negli Stati Uniti alle imprese digitali in essi collocate, mentre l'orientamento dell'Unione, dopo una fase di promozione dell'autoregolamentazione coronata da successi molto parziali, è ora quello a una disciplina eteronoma organica e articolata ed entra in collisione con la linea di "protezionismo globale" delle imprese digitali con base negli Stati Uniti[22].

Si tratta di un terreno di scontro decisivo, anche in Italia, poiché l'Italia è uno snodo essenziale nella "guerra dei mondi", cioè tra il liberismo estremo deregolato degli Stati Uniti e il controllo centralizzato autoritario della Cina, da una parte, e il «costituzionalismo digitale» europeo[23], dall'altra, nella quale sono in gioco le sorti della rappresentanza politica per come essa è stata fondata con la

---

19 M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna 2022, p. 73.

20 Ivi, p.70.

21 K. CRAWFORD, *Atlas of AI. Power, Politics, aqnd the Planetary Costs of Artificial Intelligence*, New Haven and London, 2021, trad. it. *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell'IA*, pp. 25 e 243 ss.

22 La questione è approdata al Parlamento europeo con una risoluzione approvata il 30 aprile 2026, con la quale si esprime preoccupazione per le pressioni politiche esercitate da Paesi terzi, intese a indebolire il Regolamento sui mercati digitali, limitando l'autonomia normativa e la sovranità dell'UE, e si invita la Commissione ad applicare tutti gli strumenti necessari a venire a conoscenza delle violazioni e ad applicare le sanzioni previste dai regolamenti in modo efficace, tenendone informato il Parlamento (Parlamento europeo, Risoluzione sull'applicazione dei mercati digitali, documento T10-0160/2026). Ne è seguita una complessa serie di relazioni – oscillante tra conflitti e conciliazioni – di cui non è ancor chiaro l'esito, sullo sfondo della quale si percepisce l'auspicio o il timore, secondo i rispettivi interessi degli attori politici diversamente collocati, che possa esaurirsi, senza contraccolpi, il ciclo trumpiano.

Costituzione e praticata nella specifica "democrazia dei partiti", per tutto l'arco dell'esperienza repubblicana.

A questa guerra, la Repubblica arriva con un sistema dei partiti estenuato dalle vicende disgregative e dalle erosioni sofferte negli ultimi quarantacinque anni proprio quando dovrebbe mostrarsi capace di rinnovare il patto costituente sulle questioni che, se fatte invece oggetto di conflitto distruttivo, assecondando le regressioni populiste dei partiti e le vocazioni demagogiche dei loro *leader*, rischiano di occludere il circuito della rappresentanza, precipitando il sistema in una spirale disgregativa: governo delle relazioni internazionali, difesa, politiche energetiche e linee fondamentali dello sviluppo economico, migrazioni.

Finora, la sproporzione tra la dimensione di tutte tali questioni in campo e capacità dei partiti di affrontarle è tanto evidente da indurre a dubitare della tenuta del sistema. Tuttavia, si tratta di considerare quanto l'evidenziarsi di vettori di forza dissolutiva possano indurre una reazione resipiscente, intesa a rivitalizzare il rapporto rappresentativo piuttosto che cedere alla pulsione di eliderlo.

3. Sistema politico e giurisdizione

L'attuale assetto della rappresentanza politica e le vicende a essa occorse mettono in nuova luce la posizione nella Costituzione della giurisdizione, comune e costituzionale, in funzione di limitazione del potere, nell'assetto disegnato all'origine e per come esso si è venuto poi determinando nelle dinamiche della forma di Stato.

3.1. Come e in qual senso i giudici rappresentano il popolo

Nell'originaria conformazione, la disciplina della magistratura è antinomica a quella dello Stato autoritario, in cui aveva subito l'ingerenza pervasiva del potere politico, in ispecie dell'Esecutivo, e viene improntata all'autonomia e all'indipendenza, princìpi enunciati nell'art. 104 Cost. L'art. 101 Cost. disegna icasticamente i tratti sistemici della giurisdizione e del suo ordinamento, poggiandoli su due architravi: l'amministrazione della giustizia in nome del popolo; la soggezione dei giudici soltanto alla legge.

23 Cfr. G. PITRUZZELLA, *Il «costituzionalismo digitale» tra Stati Uniti ed Europa*, in *Unione Europea e diritti*, 2025, n. 2, p. 1 ss.

Dunque, i giudici rappresentano il popolo, cioè lo «rendono presente», «stando in luogo» di esso, che è impossibilitato all'esercizio diretto della funzione, consistente nel risolvere le controversie e nel punire i reati; il giudice agisce *in contemplatione domini*, compiendo «operazioni per la realizzazione di uno scopo altrui»[24], legittimato a tanto dalla Costituzione, che stabilisce i limiti e i modi di esercizio della sovranità popolare[25]: il rapporto di rappresentanza tra popolo e giudici ha natura giuridica, ma non sul fondamento di un atto di investitura, e dunque non v'è una responsabilità giustiziabile del rappresentante nei confronti del rappresentato. Ciò stante, il rapporto rappresentativo dei giudici nei confronti del popolo non è per alcun aspetto assimilabile alla rappresentanza politica, poiché il rappresentato, il «popolo», ha identità diversa nei due tipi di rappresentanza, e diverso ne è il fondamento: il popolo in nome del quale è amministrata la giustizia non è una entità definita cui si possano imputare altrettanto definite forme di manifestazione della volontà (come avviene precipuamente con il procedimento elettorale nel rapporto di rappresentanza politica); è piuttosto un «intangibile centro vivificante»[26].

Il rapporto tra questi due circuiti rappresentativi – che potremmo distinguere adoperando due locuzioni ellittiche: "della rappresentanza politica" e "della rappresentanza istituzionale" – è definito molto precisamente dalla Costituzione, all'art. 101: nel circuito della rappresentanza politica si forma la regola, di rango legislativo, cui è assoggetto il circuito della rappresentanza istituzionale dei giudici; in questo secondo ambito è preclusa la produzione della regola che determina l'azione degli attori dell'implementazione giurisdizionale, e in particolare della regola che definisce, tracciandone i limiti, la posizione degli organi della giurisdizione nel sistema, e questo è il confine entro il quale si deve contenere la creatività della giurisprudenza.

---

24 S. PUGLIATTI, *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza (1929)*, in ID., *Studi sulla rappresentanza*, Milano 1965, p. 166

25 Tale la ricostruzione di G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin. Atti del Convegno di studi* (Padova, 19-21 giugno 2003), a cura di L. Carlassare, www.libreriauniversitaria.it

26 E. VOEGELIN, *The New Science of Politics*, Chicago 1952, trad. it. *La nuova scienza politica*, Torino 1968, p. 101.

3.2 L'alterazione del rapporto tra rappresentanza istituzionale dei giudici e rappresentanza politica

L'alterazione del rapporto di distinzione/integrazione tra siffatti due circuiti relazionali – per la traslazione della *legis-latio* nelle sedi della giurisdizione ovvero della *iuris-dictio* nelle sedi della rappresentanza politica – produce una distorsione sistemica, rispettivamente verso un assetto incentrato sulla prevalenza del principio aristocratico o verso un assetto incentrato sul dominio assoluto della maggioranza.

Nella fase attuale della Repubblica, lo squilibrio è verso il circuito della rappresentanza istituzionale in cui si collocano gli attori della giurisdizione.

Di ciò, due le cause, connesse e interagenti, una contingente, l'altra sistemica.

La causa contingente è nella perdita di qualità della legislazione, che si è andata aggravando nel corso del tempo, per la disfunzionalità crescente della forma di governo specificamente in atto in Italia: nel suo modo di funzionamento in concreto, il circuito cooperativo Parlamento-Governo si rivela incapace di produrre un'adeguata grande legislazione riformatrice, di cui pure si sente la pressante necessità, e di elaborare coerenti politiche settoriali, conducendo, da una parte, a interventi frammentari, occasionali, incoerenti e molto spesso controindicati, dall'altra inducendo a ricercare la revisione costituzionale come strumento radicalmente risolutivo e sostitutivo degli impegnativi e non brevi percorsi legislativi ordinari.

Si considerino, quanto alla grande legislazione (o, più esattamente, alla sua carenza): la, del tutto mancata, regolazione organica e coerente del sistema fiscale, disarticolato e reso sempre più complesso da interventi occasionali e "dimostrativi" e da regimi speciali, in forza dei quali all'apparente riduzione delle aliquote formali, fa riscontro l'aumento di quelle reali, per l'interferenza di esenzioni, bonus, soglie, dovendosi garantire in ogni caso la parità dei saldi (lasciando da parte la grande questione degli strumenti normativi idonei a colpire efficacemente l'evasione); la carenza di un legislazione capace di sostenere lo sviluppo industriale, in lungo della quale si producono interventi indotti dagli stati di crisi, frequentemente di tipo provvedimentale, in tensione con la magistratura e i suoi strumenti cautelari (il caso dei grandi siti produttivi inquinanti ne è il paradig-

ma); la legislazione sui fenomeni migratori, che rinuncia alla regolazione strutturale, per attardarsi su alcuni epifenomeni implicati, dando rilievo del tutto prevalente a strumenti di repressione penale; la consunzione, non rimediata, del tessuto normativo delle relazioni tra Stato centrale e sistema delle autonomie territoriali, che coinvolge ambiti chiave, quali la sanità, punti di alta sofferenza dell'ordinamento e delle relazioni sociali.

La legislazione perde così presa sui rapporti giuridici reali, mentre la giurisdizione, malamente orientata da un quadro di comandi legislativi incerti, anche quanto alla corrispondenza ai parametri costituzionali e al diritto europeo, e in presenza di vuoti significativi, si impossessa della decisione sulla identificazione e selezione degli interessi rilevanti, e sui rapporti di bilanciamento o di prevalenza tra essi.

3.3. Del giudice costituzionale legislatore di ultima istanza in particolare

Sul piano della produzione del diritto costituzionale, alcune revisioni ampie, nell'ambito della Parte II della Costituzione, sono state perseguite in chiave altamente conflittuale, deliberando a maggioranza ristretta e perciò affrontando la consultazione referendaria, per manifestare posizioni molto connotate, ideologicamente e per visioni politiche generali – quanto al tipo di Stato, alla forma di governo, ai rapporti tra poteri, segnatamente tra potere politico e giurisdizione – e, quando (di rado) pervenute a esito, hanno immediatamente prodotto effetti disfunzionali (come è stato con la legge cost. n. 1 del 2020, che ha ridotto in misura rilevante il numero dei senatori e dei deputati, e che, proponendosi di ottenere una economia nelle risorse necessarie al funzionamento delle Camere, e soprattutto di migliorarne l'efficienza, ha ottenuto il prevedibile effetto contrario di rendere più difficile il lavoro delle Commissioni, al cospetto di un'incidenza sulle finanze del Parlamento assai poco significativa) o dato corso a vicende attuative difficili e contrastate, fallendo gli obiettivi di razionalizzazione ordinamentale (così è stato per la revisione del Titolo V, con la legge cost. n. 3 del 2001). Mentre quando il referendum approvativo/oppositivo previsto dall'art. 138 Cost. ha dato esito negativo (25 e 26 giugno 2006, sulla deliberazione di riforma della Parte II della Costituzione; 4 dicembre 2016, sulla deliberazione intesa a una «legge di riforma costituzionale»; 22 e 23 marzo 2026, sulla deliberazione della revisione

della Sezione I del Titolo IV della Parte II), oltre che i naturali contraccolpi nelle dinamiche della forma di governo e nell'assetto partitico, si è avuto una ulteriore espansione, su diversi versanti, della tendenza alla produzione giurisprudenziale del diritto costituzionale.

Diversa – ma convergente verso l'effetto sistemico di potenziare la creatività del giudice costituzionale – l'ispirazione e il movente politico delle revisioni introdotte nella Parte I della Costituzione, a maggioranza molto ampia: le forze politiche, incapaci di rinnovare il compromesso costituente sull'organizzazione dei rapporti fondamentali tra organi e poteri, pensano di produrre, con "spirito repubblicano", interventi di alto valore simbolico, nei quali ritengono potersi tutte riconoscere senza residui. Tanto si è perseguito con la legge cost. n. 1 del 2022, con la quale, introducendo un terzo comma nell'art. 9 Cost. – e, in connessione, modificando l'art. 41, per funzionalizzare l'iniziativa economica privata a fini ambientali, oltre che sociali – si è richiamato il valore ambiente, come oggetto di tutela, allo stesso titolo di altre due entità: gli ecosistemi e la biodiversità. Lemmi ai quali dev'essere attribuito significato giuridico, confrontandosi, nelle sedi dell'applicazione, con le definizioni rinvenibili nella letteratura specialistica di settore, dalla quale si evince che gli ecosistemi sono universi di organismi viventi di vario tipo adattati a convivere in un contesto, dei quali conviene conservare l'equilibrio, pena la distruzione, e la biodiversità è una connotazione di tali ecosistemi, consistente nella elevata pluralità di specie in essi presenti.

La modifica dell'art. 9 Cost. è stata diversamente considerata in sede dommatica: disposizione meramente ricognitiva di quanto prodotto in sede giurisprudenziale avendo a riferimento la formula originaria; mutamento radicale del quadro costituzionale delle tutele, fino a creare le premesse per dare luogo a una nuova forma di Stato, lo «Stato ambientale».

In proposito, conviene tenere fermo, sul piano metodologico, il vincolo gravante sull'interprete a considerare massimamente le riformulazioni delle disposizioni normative, che, tanto più quando prodotte, come nella specie, al livello costituzionale, incidono sulle operazioni di bilanciamento, che vanno compiute per pervenire a un «enunciato di preferenza»[27].

---

27 R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1994, tr. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna 2012.

Ma, in una tale condizione – questo è ciò che qui soprattutto preme rilevare – la Corte costituzionale diviene dominatrice assoluta, non solo nella partita della produzione del diritto, ma anche nella determinazione delle regole secondo le quali quella partita può svolgersi e, prima ancora, può essere ingaggiata. Il caso della revisione dell'art. 9 Cost. lo dimostra con rimarchevole efficacia. Afferma la Corte, con la sent. n. 125 del 2025: poiché la tutela dell'ambiente – come ricostruita nella giurisprudenza costituzionale, che l'aveva tratta in pienezza dal riferimento al paesaggio contenuto nella formula normativa originaria – appartiene al nucleo di assoluta intangibilità della Costituzione, «non potendo» essere stato questo intaccato dalla novella costituzionale, deve ritenersi immutato l'assetto parametrico dei princìpi e consolidata la giurisprudenza precedente la revisione. Si potrebbe rilevare la postura scazonte del sillogismo: ciò che andrebbe dimostrato – cioè che il riferimento della novella a beni di nuova formulazione normativa, introdotti dal legislatore a specificazione della originaria nozione di ambiente, nelle intenzioni a rafforzamento della tutela, abbia prodotto norme compatibili con il principio (o, viceversa ne abbia prodotte di collidenti, nel qual caso ne andrebbe dichiarata l'illegittimità) – è postulato in premessa. E, sul piano logico, rilevare l'eccesso argomentativo per generalizzazione: nessuna revisione può modificare un principio supremo, che, se modificato, si porrebbe in posizione di parametro di ogni successiva modificazione; è escluso che ciò possa rientrare nel potere costituito di revisione; dunque ogni modifica che tocchi il testo in cui il principio supremo è contemplato è legittima se lo lascia immutato nella sua sostanza e nei suoi effetti normativi, illegittima se produce una qualsiasi innovazione interferente con l'applicazione del principio nel suo consolidato giurisprudenziale. Ma ciò non è sostenibile, essendovi un *tertium* tra inefficacia innovativa e violazione: è legittima la modificazione del testo in cui il principio è affermato, la quale ne muti la posizione nel contesto relazionale in cui esso si colloca, sia sul versante della «gerarchia assiologica» nel rapporto con altri princìpi dello stesso rango, sia perché l'innovazione crea una tensione interpretativa con riferimento allo stesso enunciato in cui il principio è espresso. È anzi altamente imprudente considerare una innovazione testuale *tamquam non esset*.

Fatto è che le opzioni interpretative della Corte, anche quando improntate alla massima creatività, sono di fatto intangibili, o, più esattamente, sono liberamente modificabili solo con i *revirement* della Corte medesima (che non mancano).

Ma tutto questo non fa che portare ad uno stadio più avanzato il fenomeno della produzione giurisprudenziale del diritto costituzionale, che si può dire essere stato sempre un dato di esperienza già nelle fasi più risalenti di implementazione del modello di giurisdizione costituzionale italiano. Fin da allora, compiendo una realistica considerazione del processo di concretizzazione dei princìpi costituzionali, del metodo per condurlo, dello scopo da proporsi – «valutare diversi punti di vista in un ambito normativamente vincolato, soppesando i pro e i contro delle opinioni possibili per giungere a una decisione chiara e convincete», per arrivare, secondo un ragionamento aristotelico, non a una conclusione necessariamente vera, ma «che sia la meno opinabile tra quelle che potevano trarsi dai princìpi»[28] – veniva proposta la categoria delle «sentenze direttive», cioè intese a stabilire direttive inderogabili dal legislatore, tutte dotate delle caratteristiche della norma costituzionale, anche dal punto di vista della forza passiva. Decisioni che operano una scelta «tra interessi o, se si preferisce, tra valori diversi e da queste scelte viene escluso il Parlamento»[29]. Per questa via, la Corte può giungere a creare nuovi princìpi o regole di diritto costituzionale materiale, sia in casi di addotta inadeguatezza-incompletezza del quadro normativo costituzionale, derivante dall'inerzia del legislatore politico costituzionale, fino a far parlare di «lacune»[30], oppure giungere a intervenire, non in un'area lasciata libera dal revisore politico della Costituzione, ma in tensione diretta con esso, sospinta fino al conflitto nell'elaborazione di princìpi di rango costituzionale[31].

---

28 G. SILVESTRI, *Le sentenze normative*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1706.

29 Ivi, 1719.

30 A. RUGGERI, *I parametri costituzionali sfuggenti e le forme del loro inveramento nell'esperienza, a mezzo di consuetudini culturali di riconoscimento del loro significato*, in *Consulta Online*, 6 maggio 2024, p. 517 ss.

31 In tema, per una ricostruzione più compiuta, sia consentito rinviare a S. STAIANO, *Questioni di confine*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2024, pp. 104 ss. Cfr. altresì E. CHELI, F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni del giudice costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, 2007, p. 155 ss.; A. SPADARO, *Innovazione – o evoluzione? – del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2023, n. 2, pp. 112 ss.

Tutto questo è nelle possibilità del sistema di giurisdizione costituzionale, nei suoi tratti connotativi originari, potendosi esse variamente dispiegare nell'esperienza storica[32].

Il sistema invece si lacera e si allontana dalle premesse costituzionali quando, sospingendo più avanti la linea di confine con il campo del legislatore politico, la Corte costituzionale la travalica, giungendo a decidere essa stessa della propria posizione nella organizzazione dei poteri costituzionali.

Ciò avviene con la sentenza n. 1 del 2014, con la quale la Corte, giudicata ammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata nel corso di un giudizio di accertamento della violazione del diritto di elettorato garantito dall'art. 48 Cost., pronuncia una sentenza che assume carattere altamente manipolativo, come inevitabile, dovendo conseguire dalla decisione di accoglimento effetti caducatori necessariamente parziali, affinché le "norme residue" risultino autoapplicative: non è concepibile che si produca una situazione in cui non viga una legge elettorale. L'orientamento è confermato con la sentenza n. 35 del 2017, del tutto tralaticiamente.

Si tratta di un accesso sostanzialmente diretto alla Corte costituzionale, al di fuori dei casi in cui ciò è consentito dall'ordinamento[33].

---

32 La questione delle sentenze normative va considerata, invero, sul piano storico: Gustavo Zagrebelsky, nella prima edizione del suo *Giustizia costituzionale*, affermava che la funzione quasi-legislativa della Corte corrisponde «a una congiuntura istituzionale dai caratteri molto instabili, che potrebbe mutare facilmente»: G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna 1977, p. 340. Con il che si deve concordare in linea di principio, segnalando che, tuttavia, sul piano fattuale, la posizione di legislatore, anche costituzionale, della Corte è, nell'attuale temperie, consolidata e in espansione.

33 L'incidentalità implica l'«autonomo svolgimento» del giudizio *a quo*, che la Corte aveva sempre messo univocamente a fondamento della rilevanza (sent. 9-13 febbraio 2009, n. 38; sent. 24 ottobre-7 novembre 2002, n. 437). Con la sent. n. 1 del 2014, invece, la Corte, per ritenere «non implausibile» la motivazione sulla rilevanza prodotta dal remittente, afferma che al giudice costituzionale resta solo da valutare se «sia individuabile nel giudizio principale un petitum separato e distinto dalla questione (o dalle questioni) di legittimità costituzionale, sul quale il giudice rimettente sia chiamato a pronunciarsi», anche allo scopo «di scongiurare la esclusione di ogni garanzia e di ogni controllo su taluni atti legislativi», cioè di eliminare «zone franche» dal giudizio di legittimità costituzionale. All'argomentazione giuridica si sovrappone, dunque, una valutazione assiologica circa l'indesiderabilità di aree della decisione politico-legislativa non pervase dal controllo di legittimità costituzionale. Fatto sta che la "dimostrazione" della diversità dei *petita* nel giudizio *a quo*, che è di accertamento, è una mera asserzione

Al cospetto di leggi elettorali molto disfunzionali e lesive dei princìpi di libertà ed eguaglianza del voto, la Corte ha assunto una posizione "sostanzialista", cioè intesa ad affermare le ragioni del diritto elettorale costituzionalmente protetto al prezzo di abbandonare i propri confini. In ciò ha conseguito consenso e ha ottenuto che il Parlamento operi, in sede di legiferazione elettorale, "sotto dettatura", o, comunque, studiandosi di sottrarsi alle prevedibili censure di costituzionalità, poiché si dà per inevitabile, ormai, che le opposizioni provocheranno la pronunzia del giudice della legittimità costituzionale, organizzando comitati di cittadini disponibili a proporre azioni di accertamento davanti al giudice comune. Sulla base dei precedenti, la questione di legittimità costituzionali avrà alte possibilità di essere ritenuta ammissibile, pervenendo alla valutazione di merito da parte della Corte costituzionale.

Per questa via, si sottrae ai partiti politici la capacità di conformare in pienezza la forma di governo attraverso lo strumento della legge elettorale, la cui determinazione, secondo i princìpi di sistema, spetta ad essi in via esclusiva: essendo la verifica dei titoli di legittimazione degli eletti in Parlamento riservata a organi interni alle Camere, non aventi natura giurisdizionale, il carattere incidentale del giudizio davanti alla Corte dovrebbe escludere in radice la possibilità di accesso a questa.

Ma, in tal modo, grande è l'allontanamento dal modello di giurisdizione costituzionale introdotto originariamente in Italia, e considerevoli le ripercussioni nella struttura della forma di Stato, per l'erosione del campo della rappresentanza politica.

Valgano le premesse storiche.

In Assemblea costituente molte, diffuse e trasversali ai diversi schieramenti furono le diffidenze e le resistenze nei confronti della giurisdizione costituzionale, anche se non coincidenti nelle motivazioni e non traenti linfa da un'unica radice culturale.

Nello schieramento della sinistra comunista e socialista, non solo nella parte strettamente e direttamente ispirata all'ideologia marxista, allignava una concezione della democrazia come potere tendenzialmente incontrastato della maggio-

---

apodittica. Sia consentito rinviare, sul tema, a S. STAIANO, *La vicenda del giudizio incidentale sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2014.

ranza produttrice delle leggi, ma soprattutto il convincimento che un giudice della legittimità costituzionale, per il suo ruolo potenzialmente oppositivo, avrebbe potuto essere di insuperabile ostacolo all'introduzione delle "riforme di struttura", intese ai mutamenti radicali nell'assetto economico ritenuti necessari (si adduceva a riprova l'esperienza americana della Corte Suprema, che aveva contrastato con ampio successo le politiche del New Deal intorno alla metà degli anni Trenta; e il modello "americano" veniva additato, nel dibattito costituente, come l'antonomasia del controllo giurisdizionale sulle leggi, da non riprodurre). In coerenza Palmiro Togliatti definiva la Corte «una bizzarria»[34], e Nenni dichiarava di non dover «spendere parole ... per mettere alla berlina la Corte costituzionale»[35]

Non meno decisamente avversi erano gli accenti da parte liberale: Luigi Preti dichiarava di temere il «governo dei giudici»[36]. Francesco Saverio Nitti agitava lo spettro della «bassa politicizzazione» dei componenti del nuovo organismo, che prevedeva come «inverosimile mischianza di giudici e di politicanti, di alti personaggi e di curiali (non certo giuristi) che devono accettare o raccattare i voti dei partiti per essere eletti ...»; «in Italia», diceva, «i giudici nella più gran parte non saranno che un prodotto di combinazioni, di transazioni, di intrighi. Saranno sopra tutto esponenti di partiti e quindi senza autorità ... mischianza più strana di elettoralismo, di praticantismo e quasi certamente, in parte almeno, di incompetenza ...»[37]. Da questa parte, in prospettazioni pure assai meno polemiche, si dichiarava il timore per la «politicità» della Corte[38]. E anche chi, come Piero Calamandrei, si dichiarava convinto della necessità, in regime di Costituzione rigida, di un giudice costituzionale, riteneva se ne dovesse tuttavia attenuare la politicità[39].

V'era, dunque, anzitutto un pregiudizio ideologico quanto all'introduzione in Italia di un giudice costituzionale nel sistema dei poteri. Ma v'era anche una

---

34 Assemblea costituente, seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947.

35 Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 10 marzo 1947.

36 Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 28 novembre 1947.

37 Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 28 novembre 1947.

38 Luigi Einaudi, Commissione per la Costituzione, seduta pomeridiana del 1° febbraio 1947.

39 Commissione per la Costituzione, seconda Sezione della seconda Sottocommissione, 14 gennaio 1947.

difficoltà culturale nell'identificare il contesto in cui era maturato in Europa, con propri caratteri specifici, il concetto di giurisdizione costituzionale. Il modello assunto più di frequente a riferimento nel dibattito del tempo – o per indicarlo come precedente riproducibile o, per converso, per assumerne la unicità non ripetibile – era quello statunitense, mentre sporadici e indiretti erano i riferimenti alla teoria kelseniana, che pure era stata oggetto di attenzione in Italia fin dagli anni Trenta.

Eppure, nonostante queste vischiosità e questi ostacoli, infine si perviene all'istituzione della Corte, colmando distanze culturali e ideologiche.

Quanto alle prime, nel novero ristretto dei redattori, il modello statunitense viene considerato con maggiore equilibrio, e, nei lavori della Costituente, v'è traccia dell'assunzione a riferimento anche del caso austriaco, sia pure con le riserve derivanti dalla collocazione di esso nella «Costituzione effimera» del 1920[40].

Quanto alle distanze ideologiche, esse vengono eluse grazie al pragmatismo dei costituenti, alla loro felice propensione al compromesso.

Da una parte, la sinistra comunista e socialista, in considerazione degli eventi che coinvolgono il Governo, contingenti ma indicativi di una possibile prospettiva circa le relazioni politiche future, si convincono della necessità di contropoteri e di bilanciamenti: alla apparente «bizzarria» ci si può ben acconciare per cautela tattica.

Da parte liberale – mondo tanto relativamente ristretto nella rappresentanza in Assemblea quanto articolato e diviso – viene la proposta risolutiva. È Gaetano Martino a esporre l'argomento chiave, in chiave ontologico-sillogistica: se la Costituzione è rigida, dev'esserci una garanzia della rigidità; tale garanzia non può non essere una Corte costituzionale, tanto più per la necessità di tutelare il principio di unità dello Stato dopo l'istituzione delle Regioni (alla quale i liberali si erano dichiarati contrari). Ma la Costituzione dev'essere rigida: questa la lezione che i liberali debbono trarre dal fascismo. Dunque, una Corte costituzionale è necessaria.

---

40 Ne dà testimonianza Paolo Rossi nella seduta dell'Assemblea costituente del 28 novembre 1947, benché dando personalmente maggior credito ai modelli statunitense ed elvetico.

Il contenuto del compromesso è parzialmente dilatorio: si istituisce un giudice delle leggi, ma si rinvia alla legge ordinaria di sciogliere i nodi della moderazione della sua politicità e dell'ordinamento dei suoi rapporti con il sistema giudiziario.

Ma le premesse costituzionali fondamentali erano chiare, e ancora più chiare risultarono con la legge costituzionale n. 1 del 1948, approvata dall'Assemblea costituente con «l'ultimo fiato di vita che le rimaneva prima delle imminenti elezioni del nuovo Parlamento»[41]: la Corte doveva essere costruita come un organo giurisdizionale, cioè come contropotere e non come potere diviso con altri poteri. Lo aveva chiarito Costantino Mortati: la Corte doveva essere costruita come un «organo giurisdizionale», non come un «super Parlamento», vale a dire un organo politico, dovendosi dunque escludere dal giudizio di costituzionalità ogni valutazione avente «a criterio precetti e norme di convenienza politica»[42]. Peraltro, il controllo di costituzionalità, pur rimanendo giurisdizionale, era destinato a trascendere il modello positivistico della «sussunzione» giudiziale[43]. Tuttavia, se ciò rivelava la natura peculiare del giudizio di legittimità costituzionale, per la specificità di natura e di funzione delle norme della Costituzione nell'ordinamento giuridico, si poteva comunque mantenere tale giudizio entro i confini della giurisdizione, agendo sia sul piano funzionale, sia sul piano strutturale. Sul piano funzionale, introducendo un controllo di tipo incidentale, cioè in cui vi sia un primo livello di giudizio affidato al «consolidato» della giurisdizione che «sussume», per poi far eventualmente dispiegare il peculiare giudizio della Corte; sul piano strutturale, equilibrandone la composizione, cioè scegliendone i membri «per metà tra i magistrati e per metà tra uomini politici»[44].

Tali posizioni – quella di Mortati e quella di Calamandrei – se contestualizzate, rivelano come la tensione tra natura giurisdizionale e natura politica della

---

41 P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo della maggioranza*, in *Il Ponte*, 1953, n. 3, p. 275.

42 Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 28 novembre 1947.

43 Pietro Calamandrei, nella Seconda Sottocommissione, 14 gennaio 1947: «... questo controllo non sarà soltanto giuridico, ma diventerà anche politico, specialmente di fronte a una Costituzione come quella allo studio, in cui molti articoli sono, non vere e proprie norme giuridiche, ma direttive politiche proiettate verso l'avvenire».

44 *Ibidem*.

Corte costituzionale, una volta approvata la legge cost. n. 1 del 1948, fosse ancora aperta a sciogliersi verso uno dei due termini.

L'opzione per il carattere giurisdizionale del giudizio di legittimità costituzionale si realizza invece pienamente con la legge n. 87 del 1953, approvata in forza del rinvio contenuto nell'art. 137, c. 2, Cost., ed è sostenuta dall'incidentalità dell'accesso.

Per comprenderlo, è assai utile riferirsi ai lavori – svolti in vista dell'approvazione di quella che sarebbe stata la richiamata legge n. 87 del 1953 – e, in ispecie, alla Relazione della Commissione speciale sul disegno di legge, presieduta da Giovanni Leone, relatore Alfonso Tesauro[45].

In premessa v'è una dichiarazione di distanza dal modello statunitense, per affermare la natura peculiare del «controllo di costituzionalità» introdotto nell'ordinamento italiano, che ha «caratteristiche tutte proprie per i contenuti, per gli effetti, per l'estensione, per l'organo cui è conferito»[46]. Con ciò si intende rassicurare quanti, già in Assemblea costituente e poi nel Parlamento della prima legislatura repubblicana, avevano visto e vedevano nell'esperienza d'oltreoceano l'inveramento del pernicioso "governo dei giudici". Ma v'era soprattutto il richiamo alla necessità di definire un'idea di giurisdizione in generale, di giurisdizione costituzionale in ispecie, riscattata dal positivismo "austiniano", ma ben ancorata al contesto culturale europeo continentale. E l'assunto di partenza è che la modalità stessa di accesso in via incidentale attrae lo scrutinio di legittimità nell'ambito della giurisdizione, poiché «la proposizione del ricorso può avvenire solo in via di eccezione, che è sollevata durante il giudizio ordinario come presupposto indispensabile del procedimento di illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge»[47]. Né l'effetto della sentenza di accoglimento può essere assimilato all'abrogazione, benché sia ablativo, poiché esso non comporta sostituzione al legislatore, ma consiste nel «togliere efficacia all'attività degli organi legislativi contraria alla Costituzione», e il Parlamento rimane libero di sottoporre a revisione la Costituzione in modo da «emanare le stesse norme contenute nella

45 Camera dei deputati, Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente, sul disegno di legge n. 469-A, presentata alla Presidenza il 17 aprile 1950.

46 Ivi, p. 3.

47 Ivi, p. 4.

legge ordinaria dichiarata illegittima nella forma della legge costituzionale, procedendo, cioè, a una revisione della Costituzione»[48] (se ovviamente non venga in causa l'intangibilità dei prìncipi inviolabili). La pronuncia della Corte non ha il carattere della legislazione, mancandone il requisito essenziale: «la libera determinazione, sia pure nei limiti della Costituzione, della disciplina giuridica dei rapporti della vita umana e sociale»[49]. Se poi si ritiene che il carattere essenziale della giurisdizione sia la «composizione di una lite», questa non manca nell'attività della Corte, che «si risolve, in definitiva, nella regolamentazione di un conflitto, cioè nella composizione di una lite tra potere legislativo e chi ha interesse alla declaratoria dell'illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge ...»[50]. E l'attività della Corte, «pur essendo diretta a dichiarare il contenuto di norme che hanno valore politico fondamentale ... è vincolata alla valutazione politica già compiuta per l'emanazione delle norme costituzionali e già espressa nelle norme stesse, di cui la Corte si deve limitare a dare applicazione in relazione a una legge o a un atto avente forma di legge»[51]. Tale attività «consiste nel passaggio dall'astratto al concreto, dal generale al particolare» ed è pur sempre intesa ad «assicurare che le norme costituzionali siano interpretate e applicate nella loro realtà, per quello che effettivamente sono»; e «il controllo della Corte si svolge ... attraverso il tipico sillogismo della giurisdizione, in cui, nella specie, la premessa maggiore è data dalla norma costituzionale, che in via generale e astratta disciplina determinati rapporti, e la premessa minore è data dalla legge in relazione alla quale la norma costituzionale deve trovare applicazione particolare»[52]. Certo, la «elasticità delle norme costituzionali dà ... un'impronta speciale all'attività diretta a dichiararne il contenuto e, quindi, influisce sulla differenza tra la giurisdizione costituzionale e tutte le altre forme di giurisdizione ... e l'attività di controllo di costituzionalità ... richiede nei suoi organi una squisita sensibilità politica, indispensabile per le norme costituzionali»[53].

48 *Ibidem*.
49 Ivi, 5.
50 Ivi, 9.
51 Ivi, 10.
52 Ivi,9
53 *Ibidem*.

Ma tutto riposa sull'incidentalità: è essa che contiene l'azione della Corte costituzionale entro i confini della giurisdizione, per quanto voglia essere alta la creatività delle sue decisioni, perché è essa a tenere ferma la logica del procedimento giurisdizionale nella distinzione dal processo di decisione politico-parlamentare. Se l'incidentalità si dissolve, tanto più se per orientamento giurisprudenziale della stessa Corte, questa diviene il «super Parlamento» di cui discorreva Mortati.

Ed è difficile negare che, incrinando l'incidentalità, la Corte sia in effetti pervenuta a riscrivere la legge elettorale, intervenendo, come decisore politico, nella struttura della forma di governo.

Ciò rende plausibile una domanda: se vi siano i prodromi del passaggio da una forma di Stato democratica a una forma di Stato giurisdizionale, che democratica non sarebbe, poiché, per propria natura, gli organi della giurisdizione non sono legittimati per investitura rappresentativa politica, ma per estrazione aristocratica; o, almeno, se la traslazione della decisione politica verso la giurisdizione sia uno degli elementi di una trasformazione profonda della forma di Stato.

4. Eguaglianza e diseguaglianza

Quanto, ancora, ai caratteri originari connotativi della forma di Stato italiana va data centralità alla scelta di considerare la diseguaglianza un disvalore, e l'eguaglianza un valore da perseguire, per assicurare la pari dignità sociale delle persone, mettendo a fondamento della Repubblica il lavoro.

Avere fatto della triade persona-dignità-eguaglianza, nella loro conformazione valoriale, l'architrave dell'ordinamento dei rapporti tra autorità e libertà, e avere considerato il lavoro come strumento e condizione di effettività della partecipazione politica, non solo è il maggiore elemento di rottura con l'esperienza dello Stato autoritario, ma è anche fattore di discontinuità con la tradizione liberale.

4.1. L' eguaglianza alla Costituente

Lo si può constatare con sufficiente chiarezza se si guarda alla radice lunga delle culture di cui cattolici, da una parte, e comunisti e socialisti dall'altra, furono portatori in Assemblea costituente, sul fondamento delle quali diedero luogo

alla formulazione compromissoria di quello che sarebbe stato l'art. 3[54].

Per i cattolici, nel grande fiume del personalismo e del solidarismo convergono due affluenti. Da una parte, la concezione di una «eguaglianza senza fratture»[55], nella critica mossa al «programma liberale, che nel suo contenuto negativo è reso impotente a presentare positive proposte di civile rinnovamento»[56], sostenuta da un'idea della democrazia come «quell'ordinamento civile nel quale tutte le forze sociali, giuridiche ed economiche ... cooperano proporzionalmente al bene comune, rifluendo nell'ultimo risultato a prevalente vantaggio delle classi inferiori»[57]. Nell'ambito di un tale ordine sociale, è data centralità ai doveri, dovendosi concepire il diritto soggettivo come la facoltà della persona di non essere impedita, anzi di essere coordinata, nell'adempimento dei propri doveri, essendo imposto a ciascuno di contribuire al bene comune, «in proporzione delle capacità e delle attitudini rispettive», a vantaggio degli altri in proporzione del bisogno di essere soccorsi[58].

Dall'altra parte, v'è l'approccio dossettiano, secondo il quale l'eguaglianza non si può affermare senza conflitto e trasformazione dei rapporti sociali ed economici. Dunque, sarà necessaria una riforma economica e sociale, con la trasformazione della struttura industriale, la nazionalizzazione delle grandi industrie monopolistiche, l'istituzione dei consigli di gestione, l'abolizione del latifondo, la

---

54 È noto che al testo si pervenne sulla base del lavoro redazionale di Lelio Basso e Giorgio La Pira nella Prima Sottocommissione della Commissione dei Settantacinque, e fu presentato nella seduta dell'11 settembre 1946 della Commissione dei Settantacinque. In quella formula, si riteneva di aver riassunto i termini dell'incontro tra personalismo e solidarismo cattolico, da una parte, e quello che Palmiro Togliatti, nella seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente dell'11 marzo 1947, avrebbe poi definito «personalismo umano e sociale», arrivando, «nella impostazione e soluzione concreta di differenti aspetti del problema costituzionale, a risultati analoghi ... Questo è il caso dell'affermazione di diritti del lavoro, dei cosiddetti diritti sociali: è il caso della nuova concezione del mondo economico, non individualistica né atomistica ma fondata sul principio della solidarietà e del prevalere delle forze del lavoro; è il caso della concezione e dei limiti del diritto di proprietà ... Non dimentichiamo ... che socialismo e comunismo tendono a una piena valutazione della persona umana ...».

55 G. TONIOLO, *Il concetto cristiano della democrazia*, in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, luglio 1897, vol. 14, fasc. 55, p. 333.

56 Ivi, 326.

57 Ivi, 330.

58 *Ibidem*.

riforma finanziaria, la riforma fiscale, la tassazione straordinaria dei grandi patrimoni[59]. Di rincalzo, Amintore Fanfani: mantenere e potenziare la proprietà che è frutto del lavoro, ma «distruggere le grandi proprietà»[60].

Sul diverso, e per molti versi contrapposto versante politico-ideologico, e tuttavia convergente su questo terreno, Palmiro Togliatti, parlando ai quadri di partito mentre sono all'inizio i lavori dell'Assemblea costituente, assegna al PCI il compito di elaborare «una specie di New Deal» come ambito di agibilità politica del suo «partito nuovo»[61].

E, per quanto fossero non lievi le distanze politiche e culturali tra i costituenti cattolici che partecipavano al dibattito sull'eguaglianza in Assemblea costituente – per Giuseppe Dossetti

giustizia ed eguaglianza debbono essere perseguite nella lotta per l'affermazione di quell'«umanesimo integrale» tratto dal pensiero di Jacques Maritain[62], segno di una verità superiore che non si piega alle leggi della politica, mentre per Alcide De Gasperi essa si assoggetta necessariamente a dinamiche di contemperamento politico – essi si ritrovano tutti in un nucleo concettuale e pratico comune: l'eguaglianza va affermata nella sua effettività; l'attuazione di essa è affidata alle sorti di un programma politico destinato necessariamente a essere contrastato. Di qui l'incontro con i comunisti di Togliatti e con i socialisti.

E di qui la scelta – consapevole della propria collocazione a fondamento dell'ordine costituzionale delle relazioni economiche e sociali – di dare centralità al rapporto complesso dell'eguaglianza con la democrazia e con il lavoro[63]; e, rile-

---

59 G. DOSSETTI, *Indirizzo programmatico per le elezioni del 1946*, ora in ID., *Scritti politici*, Genova 1995, pp. 50 ss.; con accenti analoghi, ID., *DC e Costituente* (19 maggio 1946), ivi, p. 58.

60 P. POMBENI, *Il gruppo dossettiano e la fondazione della democrazia italiana (1938-1948)*, Bologna 1978, pp. 221 ss.

61 Fondazione Istituto Gramsci, Archivio PCI, Verbali della direzione Pci, 1946, riunione del 27 luglio, p. 2.

62 Quanto all'influenza di Maritain su Dossetti e sui "dossettiani" anche nell'opera in Assemblea costituente, cfr. L. ELIA, *Maritain e la rinascita della democrazia. Schema per una ricerca*, in *Studium*, 1977, n. 5, p. 585 ss., e le dichiarazioni dello stesso Dossetti in *A colloquio con Dossetti e Lazzati. Intervista di Leopoldo Elia e Pietro Scoppola*, Bologna 2003, spec. pp. 33 ss.

63 La Costituzione deve impegnare la Repubblica a «risolvere nel modo migliore possibile questo grande problema di immettere sempre più pienamente nell'organizzazione sociale, economica e politica del Paese quelle classi lavoratrici, le quali, per un complesso di

vabile nella lettura sistematica della Costituzione, l'attribuzione all'eguaglianza della natura di principio informatore dello Stato democratico come Stato sociale, nel quale cioè, accanto ai diritti di libertà, vengono a pari titolo riconosciuti e affermati i diritti sociali, in particolare il diritto al lavoro, posto coerentemente a fondamento della Repubblica[64].

All'origine c'è dunque – formulato normativamente con il secondo comma dell'art. 3 Cost. – un progetto di emancipazione, di sviluppo della personalità umana, di acquisizione delle dignità, da parte di coloro per i quali maggiori sono gli ostacoli «di fatto» posti innanzi a tale obiettivo: i lavoratori in senso proprio, cioè coloro i quali non sono possessori di capitali investiti nei processi produttivi e non agiscono come tali. E il lavoro non è solo un diritto sociale, dal quale deriva la pretesa verso lo Stato di assicurarlo. Esso è anche il fattore che attrae tutti gli altri diritti sociali nel fondamento della Repubblica; è l'architrave dell'intero universo dei diritti sociali: per dettato costituzionale, tale *deve* essere, affinché ciascuno di quei diritti si affermi conformemente al valore della «dignità sociale» (art. 3, c. 1, Cost.), come posizione da acquisire (art. 3, c. 2) attraverso la partecipazione alla vita della comunità, della quale il lavoro è la dimensione sociale.

4.2. La contrastata attuazione del principio

Il quadro normativo costituzionale così definito ha dato fondamento al *welfare* italiano, in un processo contrastato ma per lungo tempo progressivo, nei "Trenta Gloriosi"[65] successivi alla Seconda Guerra mondiale, e in qualche misura

---

ragioni, furono più a lungo estromesse dalla vita dello Stato ... » (Aldo Moro, Assemblea costituente, 13 marzo 1947); volendo perseguire l'obiettivo «di avviare la struttura sociale verso una rigenerazione del lavoro in modo che il suo frutto sia adeguato alla dignità e alla libertà dell'uomo» (Giuseppe Dossetti, Assemblea costituente, Prima Sottocommissione, 8 maggio 1947).

64 È nota la traslazione del riferimento alla effettiva partecipazione dei lavoratori dall'art. 1 all'art. 3 della Costituzione, a significare, diceva Renzo Laconi (Assemblea costituente, seduta del 24 marzo 1947), che essa non è «una realtà di fatto», una «conquista già raggiunta», ma è un compito da realizzare.

65 Si trattò certo di sviluppi orientati alla riduzione delle diseguaglianze, e ciò va rimarcato, anche se non si possono negare le incompiutezze e le insufficienze delle politiche del tempo, che inducevano Robert Castel a ritenere incongruo l'uso dell'aggettivo "gloriosi", in considerazione dell'assetto salariale del tempo, per «la sua incompiutezza, l'ambiguità di alcuni dei suoi effetti, il carattere contraddittorio di certi altri»: cfr. R. CASTEL, *Les Métamorphoses del*

anche oltre, segnati dalla rimarchevole tendenza alla riduzione delle diseguaglianze.

Si può, peraltro, soggiungere che una certa radicalità trasformativa prefigurata dal richiamato quadro costituzionale secondo un'interpretazione di esso conforme alle premesse storiche, non ha mai avuto veramente campo in Italia.

Di tale potenza che non si traduce in atto aveva dato conto Costantino Mortati nella sua visione della frattura del nuovo ordinamento costituzionale con il sistema liberale e con l'ideologia a sostegno: in epoca liberale i fini dello Stato consistevano nella tutela della libertà e della proprietà; il titolo di attribuzione del potere di partecipazione politica era nel censo o nella cultura, in modo da tenere indenne il cittadino dalla pressione degli interessi particolaristici; era preclusa «ogni forma di intermediazione tra i singoli e lo Stato»[66]. Quell'equilibrio si rompe perché contiene in sé «il germe della propria dissoluzione»[67]: la struttura economica che lo sosteneva si disarticola quando, in contraddizione con le premesse, produce concentrazioni monopolistiche «operanti anche quali potenti forze di pressione sullo Stato», e, di conseguenza, il raggruppamento di «schiere sempre più numerose di lavoratori, sottoposti ad un regime salariale sub-umano per effetto dell'eccesso dell'offerta di manodopera sulla domanda», le quali conseguono una «una coscienza di classe, indirizzata alla conquista del diritto di associazione come arma di superamento della loro situazione di inferiorità»[68].

Mutato il contesto costituzionale, Mortati riprende il filo del discorso che aveva condotto già negli anni Quaranta, con *La costituzione in senso materiale*: sono mutati i fini e la funzione dello Stato, poiché questo, per dettato costituzionale, è tenuto a «contrastare da una parte le prevaricazioni del potere economico e a promuovere dall'altra una più equa distribuzione tra le classi dei beni della vita»[69]. E, di nuovo nella storia, nel processo di «differenziazione» che connota la «costituzione originaria, fondamentale», una forza politica «risultante dall'orga-

---

la question sociale. Une chronique du salariat, Paris 1995, trad.it. Le metamorfosi della questione sociale. Una cronaca del salariato, Avellino 2007, p. 263.

66 C. MORTATI, *Art. 1*, *Commentario della Costituzione*, *Principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna 1975, p. 10.

67 *Ibidem*.

68 *Ibidem.*

69*Ibidem.*

nizzazione di un gruppo sociale ... trionfando sui gruppi antagonistici portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità politica», riesce «a far valere effettivamente la forma particolare di ordine da essa affermata»[70]. Leggendo sistematicamente gli artt. 2,3,4 e 35 Cost., Mortati considera l'art. 1 Cost., per avere esso posto il lavoro a fondamento della Repubblica, la norma di identificazione di quella «forza organizzata dominante» nella classe operaia.

Né vi sono – ritiene Mortati – elementi ricavabili dai lavori preparatori della Costituzione che possano deporre contro tale ricostruzione: vero è che i costituenti, respingendo con ristretta maggioranza l'emendamento inteso a introdurre nell'art. 1 l'enunciato «Repubblica dei lavoratori», ritennero di chiudere ogni adito a una lettura "classista" del disposto[71]; tuttavia, «porre a fondamento dell'assetto sociale un determinato valore si risolverebbe in vana formula se non si avesse riguardo alle forze sociali portatrici degli interessi ad esso collegati e pertanto sollecitate ad operare a suo sostegno e difesa»[72].

Della costruzione mortatiana va raccolta soprattutto l'opzione concettuale che ne è alla base: occorre osservare, per comprendere in quale condizione attuale versi il diritto al lavoro come fattore non rinunciabile di affermazione del principio di eguaglianza, i modi di riproduzione del «conflitto originario», destinato a rinnovarsi nella diversità delle situazioni date.

Queste erano già mutate quando Mortati scriveva, a metà degli anni Settanta, il suo commento all'art. 1, riaffermandone la natura di parametro forte-

---

70 C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano 1998, pp. 62 ss.

71 Un emendamento inteso a sostituire la formula «L'Italia è una Repubblica democratica di lavoratori» alla originaria formula «L'Italia è Repubblica democratica» è presentato da Palmiro Togliatti nella Commissione per la Costituzione, Seduta plenaria del 22 gennaio 1947; la Commissione respinge. Il medesimo emendamento è poi presentato in Assemblea costituente, a firma dello stesso Togliatti e di altri esponenti dei gruppi comunista e socialista, ed è illustrato da Giorgio Amendola nella seduta del 20 marzo 1947 (Atti Assemblea costituente, LXIX, 2278) e respinto con lieve margine (227 voti favorevoli e 239 contrari) nella seduta del 22 marzo 1947 (Atti Assemblea costituente, LXXII, 2378 s.). In quest'ultima occasione, i motivi della posizione avversa della Democrazia cristiana sono sintetizzati da Giovanni Gronchi: «... Le parole, egregi colleghi, sono quelle che sono, ed hanno una accezione comune, la quale è inutile ed illogico negare, come è illogico negare che la parola "lavoratori" ha, anche contro la volontà dei proponenti, un significato classista ...» (*ibidem*).

72 C. MORTATI, *Art. 1*, cit., p. 12.

mente conformativo e non di generico programma d'azione per il legislatore[73], poiché quella «classe generale», i lavoratori identificati dalla Costituzione come il motore della trasformazione del modello economico e sociale nel senso della realizzazione dell'eguaglianza, aveva modificato profondamente la propria composizione fino a vedere appannata la propria identità ed era uscita dal fuoco della rappresentanza politica dominata dal sistema dei partiti, nell'ambito di un nuovo modello di sviluppo, che, premendo sull'ordinamento costituzionale, ne aveva mutato la struttura materiale.

Tale perdita di ruolo si è aggravata successivamente in progressione geometrica, in ragione delle connotazioni assunte dal sistema economico, nelle cui dinamiche si sono prodotte diseguaglianze sempre maggiori, divenute strutturali sotto l'impulso di crisi di inedita lunghezza, che hanno messo sotto pressione l'apparato industriale, inducendo processi di ristrutturazione e di ridislocazione anche in sedi extranazionali. Quella «classe generale» si è segmentata e frammentata in sottoclassi, composte in misura crescente da lavoratori poveri, che, quando impiegati nel lavoro nero a bassa qualificazione, giungono a diventare invisibili nelle sedi della rappresentanza politica e sindacale[74], e sono sospinti sotto la soglia di accettabile dignità sociale; in condizione analoga vengono a trovarsi i lavoratori su piattaforma digitale, difficili persino da identificare, e dunque da organizzare e da tutelare. Questo complessivo coacervo di posizioni è rimasto, in tal modo, privo di rappresentanza politica specifica, marcando la difficoltà crescente a influenzare le politiche legislative del lavoro, e più ancora le politiche economiche, e ha visto la flessione delle tutele, e l'attivarsi di strategie difensive e di istituti, quali il reddito di cittadinanza come misura tendenzialmente universalistica, che possono valere a «... rafforzare la posizione dei beneficiari nei confronti di offerte di lavoro sottopagato e sotto-tutelato ...»[75], ma che, se prendono luogo di efficaci politiche del lavoro, invece di accompagnarsi a esse per sostenerle, sono un potente

73 Mortati, rilevava la profonda diversità concettuale dalla Costituzione di Weimar, la quale «conteneva un'elencazione di norme direttive in materia economica e sociale, ma ... faceva in essa difetto l'enunciazione di un principio come quello dell'art. [1] ..., atto a far riconoscere in esse il nucleo essenziale e immutabile della costituzione»: C. MORTATI, *Art. 1*, cit., p. 15, nota 4.

74 Invero, quando c'è «sfruttamento», c'è anche «scarsa sindacalizzazione dei lavoratori»: M. D'ONGHIA, S. LAFORGIA, *Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2021, 248.

fattore di perdita della centralità dei lavoratori nel sistema costituzionale.

La stagnazione in cui si è subito incagliato il processo di attuazione del principio lavorista affermato dall'art. 1 della Costituzione, e poi le fasi di regressione che esso ha attraversato e ancora attraversa, si collocano in uno scenario di riaffermazione di un'ideologia, messa al servizio di potenti pratiche politiche ed economiche, che, nella irriducibile dicotomia[76] eguaglianza-diseguaglianza, fa del secondo termine la «classe universale»[77], concependola come il motore dello sviluppo economico e, per estensione o identificazione ontologica, dell'intero sviluppo umano.

4.3. Ritorno della diseguaglianza come ideologia e nelle politiche

Benché il tentativo non sia nuovo, oggi l'affermazione della diseguaglianza come valore acquista particolare forza per i caratteri acquisiti dai fattori delle crisi economiche, per il rallentamento e la stagnazione delle «economie avanzate», per il trionfo dei populismi, che sono disinteressati a perseguire l'eguaglianza come valore e come metodo, praticando, in alternativa, la captazione delle risorse, economiche e in capitale sociale, per compierne la redistribuzione a vantaggio della propria parte nella logica amico/nemico.

La nuova affermazione della diseguaglianza si stringe ad alcuni capisaldi argomentativi: un certo livello di diseguaglianza è inevitabile (le retribuzioni dei lavoratori anziani sono maggiori di quelle dei lavoratori giovani, ed è impossibile stabilire a partire da quale soglia tale diseguaglianza sia eccessiva; la diseguaglianza su base territoriale, lungo la linea Nord-Sud[78], con l'attrazione di risorse verso i

75 Per un inquadramento storico delle misure universalistiche si sostegno al reddito, C. TRIPODINA, Il diritto a un'esistenza dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza, Torino 2013

76 Norberto Bobbio ha definito «grande dicotomia» quella in cui «ciascuno dei due termini è suscettibile, per influenza del suo significato storiografico e assiologico, di essere esteso sino a connotare non più una sola delle due parti ma tutto l'universo, cioè di diventare il termine di una classe universale, respingendo l'altro termine fuori dell'universo ovvero degradandolo a termine di un classe vuota»: cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977, 147.

77 *Ibidem.*

78 «... Gran parte della prosperità di cui godiamo oggi al Nord, storicamente in Europa e negli Stati Uniti ... è stata resa possibile anche dalla divisione del lavoro su scala mondiale. Il che coincide di fatto con lo sfruttamento delle risorse – intendo sia le risorse naturali sia le risorse

territori forti, nei quali l'utilizzazione di esse in sistemi produttivamente più efficienti conduce a meglio fronteggiare le fasi di incertezza del ciclo economico e a meglio strutturare le economie, può ridondare a vantaggio secondario delle aree svantaggiate); le politiche «egualitarie», attingendo risorse dalle imposte, deprimono la crescita; conseguentemente, tassazione progressiva, salario minimo, e funzione di tutela dei lavoratori attribuita alle organizzazioni sindacali sono controindicate, proprio per la funzione perequativa che perseguono. Se ne inferisce che, dal punto di vista delle politiche economiche, il tema dell'eguaglianza è irrilevante, purché sia assicurata la mobilità sociale garantendo l'ascesa dei «capaci e meritevoli», e che anzi la diseguaglianza è l'incentivo necessario allo sviluppo.

Su questa base, si pongono in essere pratiche di indebolimento dei sistemi di Welfare State, erodendone quelle che ne sono le chiavi di volta: politiche fiscali di ridistribuzione del reddito e della ricchezza; demercificazione, intesa come sottrazione di alcuni settori economici, coinvolgenti diritti sociali fondamentali, alla logica del profitto, cioè portandoli al di fuori dal modello di proprietà degli azionisti (sia consentito fare ricorso a una locuzione definitoria ellittica): in concreto, si tratta principalmente della sanità e dell'istruzione.

Ora, benché l'ideologia della diseguaglianza come fattore positivo per la crescita trovi sostegno in una dottrina economica che ne postula la capacità di incentivare al lavoro e agli investimenti[79], le analisi empiriche dimostrano che, al contrario, la crescita trova un freno severo nell'eccessiva diseguaglianza, e, poiché la mobilità sociale ristagna e recede (in Italia è decisamente verso il basso anche la mobilità intergenerazionale), si può agevolmente concludere che essa non può es-

---

umane – talvolta con modalità brutali, e con il costo aggiuntivo della sempre più evidente minaccia alla sostenibilità del pianeta ...»: T. PIKETTY, M.J. SANDEL, *Equality. What it Means and Why it Matters*, Paris 2025, trad. it. Uguaglianza. Che cosa significa e perché è importante, Milano 2025, p. 15.

79 Al tema, con ampi riferimenti al dibattito tra economisti "ortodossi" ed "eterodossi", i primi dei quali asseritamente orientati a postulare l'influenza positiva della diseguaglianza sulla crescita, è dedicato l'intero fascicolo di *Micromega*, n. 3, 2013. V'è poi una posizione, non marginale nel dibattito economico, che nega radicalmente alla diseguaglianza lo statuto di questione rilevante: cfr. R.E. LUCAS, *The Industrial Revolution Past and Future*, Annual Report, Federal Reserve Bank of Minneapolis, maggio 2004, secondo il quale «... Fra le tendenze che creano più danni a livello di teoria economica, la più seducente, e a mio parere la più dannosa, consiste ne focalizzarsi sulla questione distributiva».

sere il motore di alcunché: la diseguaglianza genera solo altra diseguaglianza[80].

In un contesto siffatto – in cui la diseguaglianza è in vistoso incremento[81] – un sintomo rilevante, nella fase del ciclo politico-costituzionale in atto, della perdita di ruolo della classe dei lavoratori, cui Mortati aveva pensato come attore della realizzazione del principio di eguaglianza, è nello scivolare di essa fuori delle sedi della rappresentanza, non derivandone, in tutte le democrazie occidentali, esponenti nei Parlamenti in numero rilevante: una «discrepanza tra la composizione sociale degli organi legislativi e quella dell'elettorato», che «illustra una di-

80 L'OCSE ha elaborato una metodologia che analizza gli effetti della diseguaglianza sulla crescita prendendo a riferimento un campione di economie avanzate relativamente omogeneo. La stima è compiuta costruendo un'equazione in cui il tasso di crescita del PIL viene messo in relazione sia con il livello iniziale di diseguaglianza dei redditi, misurato con l'indice di Gini, sia con il capitale umano e fisico. Ne è risultato che la diseguaglianza ha un effetto negativo sulla crescita, e che quest'evidenza è netta a tutte le specificazioni ecometriche utilizzate. Cfr., da ultimo, OECD *Skills Outlook 2025*, *Building the Skills of the 21st Century for All*, in www.oecd.org

81 Il *World Inequality Report 2026*, quanto alla diseguaglianza dei redditi, rileva che il 10 per cento più ricco della popolazione (circa 560 milioni di adulti) riceve il 53 per cento del reddito globale, mentre il 50 per cento più povero (circa 2 miliardi e 800 milioni di adulti) riceve l'8 per cento. Il divario diventa ancora più evidente se si disarticola il dato: l'1 per cento più ricco (solo 56 milioni di persone) riceve più di due volte e mezzo il reddito della restante umanità. Se poi si passa dalla considerazione della diseguaglianza nei redditi – nella cui produzione entrano anche guadagni da lavoro – alla diseguaglianza nel reddito da capitale, strettamente legato alla proprietà della ricchezza, si può rilevare che essa è ancora maggiore: il 10 per cento più ricco della popolazione mondiale detiene i tre quarti di tutta la ricchezza, mentre il restante 50 per cento ne possiede solo il 2 per cento; più nel dettaglio: il solo 1 per cento più ricco controlla il 37 per cento della ricchezza globale. Quanto in particolare al caso italiano, i dati pubblicati dalla Banca d'Italia, aggiornati al quarto trimestre 2025, raccolti attraverso le statistiche sperimentali sui conti distributivi sulla ricchezza delle famiglie (Distributional Wealth Accounts, DWA), compilate combinando i dati campionari dell'Household Finance and Consumption Sirvey (HFCS) – che è l'indagine armonizzata sui bilanci delle famiglie dei Paesi dell' area Euro - con gli aggregati di contabilità nazionale (è bene sempre dare conto delle note metodologiche, perché sui dati statistici, sulla attendibilità di essi, si ingaggiano di frequente tenzoni aspre tra le parti politiche in conflitto, e tra queste è gli enti preposti alle rilevazioni), sono: la distribuzione della ricchezza netta è fortemente concentrata, poiché il 10 per cento più ricco delle famiglie detiene il 60,6 per cento della ricchezza totale, la metà meno abbiente solo il 7,2 per cento. La diseguaglianza nella ricchezza, misurata con l'indice Gini, è al 72,2 per cento, molto alta e in aumento. Quanto alla diseguaglianza nella distribuzione dei redditi, il coefficiente di Gini è a 31 punti, in diminuzione rispetto all'anno precedente, ma più alto della media UE; per i minori, è al 29,3, anch'esso superiore alla media europea. Si consideri, inoltre, la quota di persone a rischio povertà relativa (reddito disponibile inferiore al 60 per cento del reddito mediano nazionale, al netto dei

mensione centrale della diseguaglianza politica: il crescente divario nella rappresentanza descrittiva», e «l'erosione della rappresentanza politica rimodella le priorità politiche. I legislatori provenienti da contesti di classe operaia sono più propensi a rimuovere la redistribuzione, maggiori diritti dei lavoratori e tutele dei gruppi vulnerabili. La loro assenza restringe il campo del dibattito politico, lasciando irrisolte le diseguaglianze strutturali»[82].

Tuttavia, nonostante la sconfitta storica di quello che era stato immaginato come l'attore maggiore del processo conducente all'effettività dell'eguaglianza, dei caratteri originari della Costituzione italiana in questo campo resta fermo un concetto: la diseguaglianza, nella forma di Stato repubblicana, è un dato strutturale da correggere con le politiche – fiscali e, in generale, economiche – essendo, come si diceva in avvio, la diseguaglianza un disvalore, per il suo potenziale di lesione della dignità della persona.

E ciò è tanto più vero al cospetto dei fenomeni manifestatisi a partire dall'avvio del XXI Secolo: il tasso di rendimento del capitale resta stabilmente molto più elevato del tasso di crescita dell'economia, e ciò rende inevitabile la prevalenza della rendita sul merito e la pietrificazione delle diseguaglianze[83].

---

trasferimenti sociali): 14,8 per cento; 23,2 per cento per i minori. Invece, sono in condizioni di povertà assoluta (cioè non sono in grado di soddisfare i fabbisogni essenziali: un'alimentazione adeguata; la disponibilità di un'abitazione di ampiezza consona alla dimensione del nucleo familiare, riscaldata, dotata dei principali servizi, beni durevoli e accessori; il necessario per vestirsi, comunicare, informarsi, muoversi sul territorio, istruirsi e mantenersi in buona salute) 2,1 milioni di famiglie, per un totale di 5,4 milioni di individui. In termini percentuali: 8 per cento sul totale delle famiglie; 9,3 per cento sul totale delle persone. La percentuale scende al 5,9 per cento tra le famiglie composte solo da italiani; mentre sale al 26,7 per cento tra quelle che comprendono almeno uno straniero, e al 29,4 per cento tra quelle composte esclusivamente da stranieri (dati ISTAT, www.istat.it).

82 *World Inequality Report 2026*, cit., cap. 8.

83 T. PIKETTY, *Le capital au XXIe siècle*, Paris 2013, p. 600.

Si può ritenere che ciò derivi dalla prevalenza delle eredità sul risparmio, come pensa Thomas Piketty[84], oppure, come ritiene Joseph Stigliz[85], che la composizione e la concentrazione della ricchezza abbia radice nella crescita del valore della terra, intendendosi per terra i suoli urbani e altro connesso capitale fisso (edifici, altri beni immobili) e non della quantità dei beni capitali: i regimi permissivi che hanno condotto le banche ad aumentare i prestiti non hanno creato nuove attività imprenditoriali e neppure hanno indotto ad acquisire beni di investimento, ma hanno aumentato il valore della terra (producendo talvolta disastrose «bolle» speculative). Dal che un duplice effetto: uno macroeconomico, l'altro di politica economica. In termini macroeconomici, se una maggiore quota dei risparmi comporta l'incremento del valore dei terreni anziché l'incremento dei beni capitali, allora la produttività dei lavoratori non potrà aumentare e i salari non potranno crescere. In termini di politica economica, se si permette di prestare di più a parità di garanzie, i proprietari dei beni da usare come garanzia (terreni urbani, edifici, altri beni immobili) ne vedono aumentare il valore, divenendo sempre più ricchi, in quantità sproporzionata nel raffronto con i produttori di reddito da lavoro, i quali non trarranno alcun beneficio da tale aumento[86].

Ciò che sappiamo è che occorre fare definitivamente giustizia della credenza secondo la quale la struttura della crescita nell'attuale modernità o le leggi dell'economia di mercato possano condurre «naturalmente» alla riduzione della diseguaglianza e all'equilibrio armonico del sistema. Questi obiettivi – necessari alla luce del programma di emancipazione dell'art. 3 Cost. – si conseguono con misure strutturali, che sono state individuate in una più efficace imposizione sulle plusvalenze combinata con l'aumento dei salari minimi, nel rafforzamento dei sindacati, in una più restrittiva legislazione antitrust e di regolamentazione delle

84 *Ibidem*: «... il est presque inévitable que l'héritage c'est-à-dire les patrimoines issus du passé, domine l'épargne, c'est-à-dire les patrimoines issus du présent .... L'inégalité r > g signifie en quelque sorte que le passé tend à dévorer l'avenir: les richesses venant du passé progressent mécaniquement plus vite, sans travailler, que le richesses produites par le travail, et à partir desquelles il est possible d'épargner. Presque inévitablement, cela tend à donner une importance démesurée et durable aux inégalités formées dans le passé, e donc à l'heritage».

85 J. STIGLITZ, *New Theoretical Perspectives on the Distribution of Income and Wealth Among Individuals*, paper presentato per l'Institute for New Economic Thinking Seminar Series della Columbia University, 4 dicembre 2015.

86 *Ibidem.*

aziende, nell'intervento diretto dello Stato nell'investimento in capitale di parte del gettito fiscale[87], nell'aumento delle imposte più elevate anche al prezzo di diminuire l'*output* economico, per realizzare «un compromesso accettabile tra efficienza ed equità»[88].

4.4. L'eguaglianza nella globalizzazione e nella sua crisi

Ma tutto questo oggi può avvenire in un ambiente costituzionale sempre più difficile.

Il principio di eguaglianza ha dovuto fare i conti con le conseguenze ordinamentali della globalizzazione, specie nella sua fase di più intensa espansione, iniziata nell'ultimo decennio del XX Secolo (per l'operare di nuovi strumenti di integrazione economica – il Word Trade Organization, con l'ingresso in esso della Cina, l'Unione europea con l'istituzione delle zona valutaria dell'Euro – e di un nuovo ordine internazionale con la fine del blocco sovietico, oltre che per l'innovazione tecnologica in campo informatico) ed entrata in regressione intorno alla metà del secondo decennio del XXI Secolo.

La globalizzazione ha formato il suo diritto: è il «diritto della possibilità», in opposizione al «diritto della necessità»[89]. Quest'ultimo è prodotto nel circuito della rappresentanza politica (ma è anche largamente determinato dai giudici). Il primo invece è regola giuridica determinata precipuamente dal contratto, nella sfera della cosiddetta *lex mercatoria*[90], della quale «la presenza del mercato è lo sfondo»[91]. Il contratto, invero, è un flessibile strumento di rapida innovazione giuridica, più acconcio alle relazioni economiche, per loro natura in dinamico

87 J. STIGLITZ, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, New York 2012, trad. it. *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino 2013, pp. 424 ss.

88 A.B. ATKINSON, *Inequality. What Can Be Done?*, Cambridge 2015, trad. it. *Diseguaglianza. Che si può fare?*, Milano 2015, pp. 247 ss.

89 Le due locuzioni oppositive sono tratte da M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000 e ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari 2006.

90 La coincidenza lessicale con l'omonima figura di età medioevale è fuorviante perché, nella seconda modernità, questo modo di produzione opera in un contesto caratterizzato dalla divisione dello spazio giuridico lungo linee di confine statali, dalle quali si vuole per quanto possibile trascendere per assecondare le necessità crescenti di integrazione dei mercati.

91 M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., 76.

mutamento, laddove il diritto codificato, che può dunque rimanere immutato, è tendenzialmente statico e semmai lentamente adeguato da non univoche giurisprudenze.

Questo peculiare tipo di contratto è stipulato in conformità a modelli uniformi internazionalmente diffusi, atipici dal punto di vista del diritto interno, e definisce il quadro normativo insieme agli usi del commercio internazionale, cioè alle «pratiche che si affermano tra gli operatori del commercio internazionale», prendano o non prendano esse avvio da tali modelli contrattuali uniformi[92]. Questi sono redatti da *law firm,* studi professionali internazionali, per conto di imprese multinazionali. Con essi, trovano sistemazione prassi già in atto, che i soggetti committenti possono avere interesse a consolidare, ma la cui restituzione in formule normative ne ridefinisce inevitabilmente la portata e la struttura normativa. Peraltro, l'attività delle *law firm* non è soltanto di ricognizione più o meno intensamente creativa, ma può spingersi a porre in essere nuove figure, sulla base delle esigenze degli operatori del mercato.

La normatività di questo tipo di regolazione si fonda sul riconoscimento della qualità e della utilità di essa da parte di una comunità transnazionale di operatori e imprenditori che entrano in rapporto con i committenti diretti.

Si tratta di un modello di produzione normativa estraneo alla logica della rappresentanza democratica e collidente con principio di eguaglianza.

Sotto il primo profilo, il rapporto di investitura dei *law firm* nel loro compito può essere concettualmente sovrapposto, senza molti residui, a quello della rappresentanza privatistica: il *law firm*-rappresentante viene scelta da un corpo ristretto di operatori economici-rappresentati, dai quali è liberamente revocabile in ragione della valutazione che essi compiano dell'adeguatezza del suo operato. I soggetti che adottano i moduli contrattuali elaborati dai *law firm* sono destinatari della norma, ma non contribuiscono a formarla, e la loro adesione solo apparentemente è libera, poiché la sottomissione a essa è condizione di ammissione – come produttori o come fruitori – al mercato di beni e di servizi.

---

92 G. SAPUTELLI, *Stato, Unione europea e lex mercatoria*, *Quaderni ISSiRFA*, n. 25, Milano 2015, 100.

Quanto al principio di eguaglianza, il modello di regolazione giuridica commesso ai *law firm* conferisce alla diseguaglianza, poiché diseguale è il contratto nella sua struttura: esso consolida i rapporti di forza tra le parti, non è inteso a riequilibrarli.

Le possibilità di attrazione nel diritto statale e dunque di decisioni di ribilanciamento delle posizioni di svantaggio sono sporadiche, deboli e destinate a intervenire di rincalzo.

Invero, la garanzia dell'osservanza degli accordi contrattuali è affidata a collegi dell'arbitrato internazionali – anch'essi investiti nella loro funzione unicamente sulla base della dimostrata qualità delle conoscenze e del personale prestigio dei componenti – che si sentono obbligati a mostrarsi, per poter conservare il consenso intorno alla propria funzione, come sede di affermazione della razionalità giuridica, e osservano il vincolo del precedente, della giurisprudenza da essi stessi prodotta, sul modello dei sistemi di *common law*. Se, però, questa relazione di affidamento e di effettività vincolante si rompe, perché un soggetto soccombente sceglie di rientrare nella sfera delle tutele offerte dal diritto statale, questo può riprendere campo, anche nel livello costituzionale, e con esso riaffermarsi il principio di ragionevolezza-eguaglianza. Ma ciò non può che avvenire eccezionalmente, perché la tutela giurisdizionale offerta dal singolo diritto statale è per suo statuto parziale, e soprattutto perché la fuoruscita dall'orizzonte ordinamentale della cosiddetta *lex mercatoria* non può non comportare un prezzo quanto all'affidabilità nelle relazioni commerciali e nelle condizioni di permanenza in esse.

Il diritto della globalizzazione mette dunque sulla difensiva il costituzionalismo della seconda modernità e tende a restringere il campo di affermazione del principio di eguaglianza nei sistemi normativi: è un fattore esogeno che preme sulle vicende costituzionali nazionali, potenziando le linee di forza verso la regressione disegualitaria.

E ciò sembra esattamente conforme alla struttura della globalizzazione come fenomeno economico e alle sue necessarie conseguenze. La seconda globalizzazione, invero, che si è connotata per il potente incremento delle connessioni politiche e commerciali, attraverso l'intensificazione degli scambi culturali ed economici, resa possibile dalla innovazione tecnologica nel campo delle comunica-

zioni, le quali hanno acquisito una rapidità mai concepita prima, ha radicalmente accentuato la diseguaglianza economica: tra parti del mondo; tra aree di uno stesso Paese, con il prodursi di fenomeni di inurbamento, di spopolamento delle campagne, e il formarsi di periferie urbane degradate; con l'allargarsi della forbice, in generale, tra ricchi e poveri, ma anche specificamente tra immigrati e autoctoni, poiché la globalizzazione induce l'incremento dei flussi migratori, specie lungo la linea Sud-Nord, per l'aspettativa di una migliore qualità della vita, per l'instabilità politica e gli stati di guerre in sempre più ampie aree del mondo, per condizioni di crescente invivibilità derivanti dai mutamenti climatici[93].

Tuttavia, al cospetto di tutto questo, la permanenza della forza regolativa promanante dagli Stati nazionali, e della capacità conformativa delle loro Costituzioni, ha consentito di mantenere la questione dell'eguaglianza entro la sfera dei princìpi costituzionali assoggettati a una vicenda attuativa contrastata piuttosto che sospingerla tra i resultumi del processo storico.

Ma ora tali condizioni – che sono quelle alle quali la lotta per il costituzionalismo, e, in stretta connessione, per l'eguaglianza hanno potuto continuare a svolgersi con possibilità di successo – sono in radicale mutamento, con la fine della globalizzazione per come l'abbiamo conosciuta.

Non occorre attardarsi nel dibattito che affatica taluni economisti quanto alla qualificazione del tempo attuale come di deglobalizzazione o di riconfigurazione della globalizzazione, considerato assetto non reversibile. Ciò che invece rileva, dal punto di vista del costituzionalismo, è la derivazione dei fenomeni in atto, certo da cause esogene di natura economica, ma anche da dinamiche interne ai sistemi democratici, nei quali i costi di assorbimento dei meccanismi di integrazione legati alla globalizzazione – ristrutturazioni dell'apparato produttivo, gestione dei flussi migratori, pressioni sulla tenuta delle prestazioni di *welfare* – sono stati distribuiti in maniera diseguale, sia lungo la linea di demarcazione secon-

93 Dalle stime riportate nell'edizione 2024 dell'*International Migrant Stock* (www.un.org) per il periodo 1990-2024, si ricava che l'Europa è l'area geografica con il maggior numero di migranti internazionali: 94 milioni. Seguono il Nord America, con 61 milioni; il Nord Africa e l'Asia Occidentale, con 54 milioni. Nel dettaglio, quattro le principali aree di destinazione: Unione europea con Regno Unito e Paesi dell'Efta, con 79 milioni di migranti; Nord America, con 62,1 milioni, Asia Occidentale con 49,2 milioni, Australia e Nuova Zelanda, con 9,6 milioni.

do ricchezza, con l'allargamento della forbice, sia lungo la linea di demarcazione territoriale (in Italia, si aggrava il divario Nord-Sud). Diseguale è anche l'impatto degli *shock* commerciali, e da ciò può derivare la perdita di consenso verso politiche di apertura e la deriva degli elettorati verso un populismo sovranista.

La questione è, insomma, ancora quella dell'eguaglianza, "eterna" nelle democrazie.

5. I caratteri originari e originali della forma repubblicana nella grande trasformazione: esplorare il margine del caos

Se ci si interroga sulla sorte dei caratteri originari e originali della forma repubblicana italiana – sul loro perdurare, sul loro recedere, sul loro rimodellarsi – e sul compito della scienza costituzionalistica nello stato presente della lotta per la Costituzione e per l'affermazione dei suoi princìpi, viene inevitabilmente fatto di verificare l'adeguatezza delle categorie consolidate.

A partire dal concetto di crisi.

Esso fu applicato, secondo un approccio metodologico innovativo, da Santi Romano, allo Stato moderno nella sua fase matura[94], partendo da un'idea che, enunciata dichiarando di voler difendere il pensiero di Savigny, l'autore assume come da lui condivisa: «che, cioè, assai spesso il diritto pubblico e, talvolta, anche quello privato, non è già il prodotto spontaneo dell'evoluzione di un popolo, ma deriva da una lotta, sul cui esito decide soltanto la forza materiale, sia che questa lotta si combatta all'interno di uno Stato, sia che s'impegni fra più Stati, dei quali il vittorioso imponga all'altro, in modo più o meno mascherato, il proprio diritto»[95]. Osservando l'azione di quelle forze materiali, il loro convergere e il loro scontrarsi, Santi Romano percepisce la crisi dello Stato, cioè la perdita del suo punto di equilibrio sotto l'impulso di fattori dissolutivi che possono comprometterne la permanenza. Tali fattori egli individua, da una parte, nella pressione di soggetti portatori di interessi parziali, di tipo principalmente economico[96], cui

94 SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso inaugurale per l'anno accademico 1909-1910, *Annuario* della Regia Università di Pisa, Pisa 1910.

95 Ivi, pp. 12 s.

96 «... Sono federazioni o sindacati di operai, sindacati patronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari, sono società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza ...»: ivi, p. 21.

potrebbe essere assegnata la denominazione comune di «sindacalismo integrale»[97], e che raccolgono il consenso di varie forze accomunate in un sentimento antistatale[98]; dall'altra, nell'assenza di un meccanismo capace di raccordare l'azione di tali soggetti con lo Stato, essendo allora la rappresentanza politica ancora priva persino di un saldo statuto teorico, e venendone rilevata l'inadeguatezza pratica[99].

Santi Romano trae dalla sua analisi il convincimento che lo Stato si confermerà come «organismo che superi gl'interessi parziali e contingenti, che faccia valere una volontà che possa ben dirsi generale, l'unico istituto, ad ogni modo, fra quelli che l'umanità ha finora conosciuto, che sia in grado di dar vita a un ordinamento politico che impedisca alla futura società corporativa di ritornare a una costituzione assai simile a quella feudale»[100].

---

97 Ivi, p. 22.

98 *Ibidem*: si tratta di un movimento la cui «fonte principale sta nel bisogno di una più salda e più organica compagine sociale. Bisogno generalmente avvertito, che prende naturalmente consistenza e colore diverso, secondo l'indirizzo con cui si cerca di soddisfarlo, ma che viene stimolato da tutte le parti e secondato da tutti i partiti. Lo promuovono e l'agevolano coloro che mirano a un sovvertimento generale degli attuali ordinamenti; lo guardano con simpatia, come potente affermazione di vitalità democratica, coloro he, pur rifuggendo da vie incostituzionali, vagheggiano riforme profonde e radicali; lo propugna, anche ufficialmente, la Chiesa cattolica, che, specie con l'enciclica Rerum novarum si è mostrata decisamente favorevole al sistema corporativo».

99 Ivi, pp. 34 ss.: «... l'opinione più diffusa afferma adesso che ciò che si dice rappresentanza politica solo inesattamente o, tutt'al più, per finzione giuridica conserva siffatto nome, poiché, essa, così com'è regolata, non dà vita a nessun rapporto tra eletti ed elettori, che sia un vero rapporto di rappresentanza. Saranno teoriche esagerate e inesatte, ma ciò non toglie che gran parte di verità in esse non si contenga. In sostanza al principio democratico rappresentativo non si è attribuito che un valore negativo ... Ma il suo lato positivo è rimasto sempre nell'ombra, e bisogna convenire nella giusta osservazione che gli attuali sistemi elettorali sono assai mediocri espedienti, preferibili al sistema dell'estrazione a sorte, adottato da qualche antica democrazia, per esempio, da quella ateniese, ma pur sempre di molto inferiori allo scopo che vorrebbero proporsi. La così detta volontà popolare ha assai poche probabilità di trovare nei parlamenti il suo fedele oracolo, quando l'eletto è, per il tempo che intercede tra un'elezione e l'altra, indipendente dai suoi elettori; quando ad una organica rappresentanza delle minoranze non riescono i vari meccanismi all'uopo poco fruttuosamente escogitati, né il più semplice, ma il più empirico sistema della specializzazione del popolo in collegi; infine quando i rappresentanti sono migliaia di persone casualmente raggruppate, ma distinte per modo di pensare, per interessi, per cultura e quindi per divergenti volontà ...»

100 Ivi, 39.

Qui, però, interessa in ispecie l'uso che egli compie del concetto di "crisi": al cospetto di una trasformazione che percepisce in atto, considera i fattori rilevanti in campo, ne studia le interrelazioni in un contesto complesso, di cui può ricostruire i tratti generali, congettura circa i tratti che presenterà il nuovo equilibrio.

Nulla di tutto questo è possibile oggi, al cospetto degli eventi che stanno interessando i sistemi democratici.

Invero, alcuni fattori di erosione interni ai singoli ordinamenti, ritenuti "soltanto" fattori latenti di crisi e perfino da alcuni sottovalutati come "tensioni interne" quasi fisiologiche – l'affermarsi dei populismi, l'anomia pubblica al cospetto della potenza crescente di grandi operatori del digitale e dell'intelligenza artificiale, il recedere del parlamentarismo e in generale il depotenziamento delle sedi della rappresentanza – conoscono una dinamica espansiva che ne moltiplica la forza dissolutiva. Allo stesso tempo, il declino della globalizzazione, che seguiva una linea di svolgimento progressiva, arriva a un punto tale da dar campo alla militarizzazione dell'interdipendenza economica: militarizzazione in senso stretto, perché si diffondono endemicamente gli stati di guerra, portati nel cuore dell'Occidente come prosecuzione dell'economia con altri mezzi (passi la perifrasi klausewitziana); in senso esteso, poiché viene praticata una politica di potenza, attraverso l'adozione sistematica ed estesa di tariffe, sussidi e regimi fiscali di favore alle imprese strategiche, il controllo delle tecnologie e delle infrastrutture e dell'estrazione delle materie prime critiche (una tale guerra è oggi in atto anche tra Stati Uniti ed Europa). Le guerre, nelle due accezioni, sono *incidenter* un fattore di conservazione o di affermazione di *leadership* delle maggiori, e di molte medie, potenze economiche, ormai tutte di stampo autoritario, e con spiccata vocazione cleptocratica, o, se si preferisce, orientate a comportamenti estrattivi attraverso la leva delle decisioni politiche (variante estrema della plutonomia, estrema nel senso che l'élite trainante la crescita economica è tanto ristretta da coincidere con cerchie familiari e para-familiari aperte a pochi magnati, e che il consumo della crescita medesima è così intenso da portare alla sua estinzione). I costi sono molto elevati per le società governate, poiché, come il caso statunitense sta mostrando, l'imposizione dei dazi genera aumento dei prezzi, apre al rischio di spirali stagflazionistiche, e, di certo, in ultima istanza, abbatte le prestazioni di

welfare (altra diseguaglianza).

Tutto questo può essere così riassunto: spostamenti progressivi nelle relazioni tra alcuni fattori costitutivi delle democrazie hanno prodotto effetti di straordinaria complessità nelle dinamiche sistemiche al punto da renderle poco decifrabili e da far ritenere difficili risposte improntate a efficace razionalità.

Tornando, dunque, all'avvio: "crisi" è categoria analitica inadeguata, allo stato delle cose, ad addomesticare concettualmente la complessità.

Edgar Morin, è il filosofo che ha condotto agli esiti maggiori la riflessione sulla complessità, partendo dalla constatazione del cedimento dei pilastri della scienza classica – il principio d'ordine, il principio di separazione, il principio di riduzione – sui quali era stata edificato il paradigma della divisibilità del mondo in elementi semplici, pensati come unità prime del reale[101]. Le rivoluzioni scientifiche del XX secolo, fino alla scoperta della meccanica quantistica e ai suoi sviluppi, hanno condotto a un radicale mutamento di paradigma: «... A differenza della spiegazione classica, che rigettava nell'inferno extra-scientifico tutto quanto non poteva dipendere da un paradigma d'ordine assoluto, quella moderna fa appello a un paradigma incomprimibile ordine/disordine/organizzazione»[102]. Ora Morin, al cospetto della complessità, non si ferma alla categoria di "crisi", ma invita a considerare la *polycrise* in atto nel mondo[103].

È, dunque, un mutamento dei paradigmi[104] analitici ciò di cui abbiamo bisogno, al cospetto della tensione cui sono sottoposti i fondamenti della forma di Stato.

Nel 1890, Jules-Henry Poicaré partecipò a una competizione indetta dal Re di Svezia, secondo l'uso del tempo, per risolvere il problema dei tre corpi (sole, terra, luna), cioè per risolvere le equazioni del loro moto. Rendendosi conto, e

---

101 E. MORIN, *Scienza come coscienza*, Milano 1984, p. 43.

102 E. MORIN, *Il metodo 3. La conoscenza della conoscenza*, Milano 2007, pp. 245 s.

103 E. MORIN, *Terre-Patrie*, Paris 2010, 125.

104 Intendendosi per paradigma i risultati dell'osservazione scientifica «sufficientemente nuovi per attrarre uno stabile gruppo di seguaci, distogliendoli da forme di attività scientifica contrastanti con essi; e, nello stesso tempo, ... sufficientemente aperti da lasciare al gruppo di scienziati costituitisi su queste nuove basi la possibilità di risolvere problemi di ogni genere»: TH. S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolution*, Chicago 1962 e 1970; trad. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino 2009, p. 29.

dandone la dimostrazione, dell'assenza di soluzioni in termini di funzioni note, e dunque di trovarsi di fronte a un problema indecidibile, mutò prospettiva ed elaborò una nuova teoria, di tipo qualitativo, applicabile allo studio di tutti i sistemi dinamici, analizzando la struttura geometrica delle traiettorie nello spazio delle fasi. Nello scritto in cui dà conto del suo studio, Poincaré esprime alcune osservazioni sulla stabilità del sistema e sulla sensibilità anche a variazioni molto piccole delle condizioni iniziali che possono condurre a conseguenze non prevedibili, che costituiscono un punto di riferimento del percorso conducente Edward Lorenz, nel 1970, ad elaborare compiutamente la teoria del caos deterministico: da regole dinamiche molto semplici possono derivare comportamenti straordinariamente complessi, tendenzialmente non orientabili. E i sistemi complessi, per loro natura adattativi, in certe fasi della loro vicenda, possono trovare uno stato di equilibrio, instabile ma non assoggettato alla deriva verso turbolenze incontrollate, che è stato definito «margine del caos». Il margine del caos è il punto in cui trovano campo l'innovazione e la trasformazione, e in cui gli assetti consolidati possono essere rovesciati, ma salvando la permanenza dei sistemi complessi.

Se non è più utile, dunque, il concetto di "crisi", possiamo meglio adoperare quello di "margine del caos". Ma, se siamo nel margine del caos, e volgiamo mettere alla prova la possibilità che hanno i decisori politici dei sistemi democratici di orientare i fenomeni in atto verso la permanenza della loro natura, abbiamo bisogno di nuovi paradigmi interpretativi e conformativi dei princìpi e di strategie a essi conformi.

È ormai evidente l'urgenza di rivitalizzare i meccanismi della rappresentanza, per trarre i Parlamenti dallo stato attuale di grave perdita di ruolo, ma per farlo, necessariamente emarginando i populismi, la via è quella di ampliare l'orizzonte verso una Costituzione europea a fare da impalcatura a una struttura statale federale. Per conseguimento di questo obiettivo premono due moventi: una necessità dimensionale, essendo evidente che la competizione globale, specie nella temperie attuale in cui prevale una logica di potenza, non può essere sostenuta dai singoli Stati nazionali, come non può essere assicurata una deterrenza adeguata in un contesto in cui la guerra non è un'eventualità teorica; è oggi l'Europa il contesto in cui è affermata la logica della regolazione giuridica delle relazioni economiche e della garanzia costituzionale dei diritti, avverso la logica della pura forza.

La realizzazione di un tale assetto va tratta dal novero delle stanche dichiarazioni retoriche o delle irrise utopie, essendo divenuta una condizione di sopravvivenza dei sistemi democratici: stare nel margine del caos è una condizione che impone al decisore politico scelte potenti, che assumano la complessità non solo come un problema, ma anche come una risorsa per scelte fondative. La notte delle burocrazie onnipotenti e autoreferenziali e del contesto politico paralizzato dai veti incrociati nelle decisioni all'unanimità deve finire, dovendo farsi necessariamente giorno, pena l'implosione del sistema; occorre una strategia di movimento nel verso della costituzionalizzazione: *Night's candles are burnt out, and jocund day/Stands tiptoe on the misty mountain tops/I must be gone and live, or stay and die*.

Ancora sul mutamento dei paradigmi: i caratteri originari e originali della disciplina costituzionale italiana dell'eguaglianza sono un patrimonio concettuale e politico da non disperdere, e da mettere a confronto con i processi sociali ed economici in atto in Italia e in Europa, ove la necessità di dare nuova linfa ai sistemi di welfare ristrutturando l'imposizione fiscale implicano nuovi concetti di crescita e di benessere sociali, non più misurabili con l'andamento del prodotto interno lordo.

Da questo punto di vista, può farsi riferimento alla letteratura economica che ha raffinato gli indicatori di benessere e, proprio con riguardo alle asimmetrie che si ricavano dalle analisi su di essi basate, considera che il reddito, il risparmio e la disponibilità dei beni primari non consentano conclusioni adeguate, poiché le persone e le società sono assai diverse nella capacità di conversione tali risorse in acquisizioni effettive e di conseguire «funzionamenti di valore»[105].

Anche l'utilità è un criterio insoddisfacente per concettualizzare il benessere: l'individuo può essere orientato da motivazioni diverse dall'interesse personale, e trarre piacere dai risultati di azioni volte a perseguire l'interesse di altri sogget-

105 L'approccio delle capacità e dei funzionamenti è dovuto ad Amartya Sen. La sua prima formulazione compiuta è in A.K. SEN, *Equality of What?*, in *The Tanner Lectures on Human Value*, a cura di S.M. McMurrin, Salt Lake City 1980, 195 ss., trad. it. *Uguaglianza di che cosa?*, in *Scelta, benessere, equità*, Bologna 1986, 337 ss.; ma i prolegomeni si leggono già nella critica alla teoria della giustizia di John Rawls, dalla cui ricostruzione pure Sen prende le mosse, avanzata con *Utilitarianism and Welfarism*, in *Journal of Philosophy*, trad. it. *Utilitarismo e welfarismo*, in *Saggi di filosofia della scienza economica*, Firenze 1982, 179 ss.

ti. Inoltre, l'autorealizzazione ha un carattere contingente e soggettivo: tradizioni sociali di subordinazione o l'intimidazione possono abbassare il livello di aspettative di gruppi o persone, conducendole ad accettare stati di privazione o di discriminazione. Bisogna dunque distinguere tra risorse, capacità, funzionamenti, utilità. I «funzionamenti» rappresentano ciò che una persona è in grado di essere, di fare, di perseguire; mentre le «capacità» sono le diverse combinazioni di funzionamenti che essa è libera di conseguire.

Alla luce di questa teoria, la diseguaglianza non solo va valutata come diversità nella quantità di ricchezza posseduta, ma chiama in causa le condizioni concrete del suo utilizzo. Viene in luce, cioè, la diversa capacità di generare «vettori di funzionamento». In particolare, la povertà è «deprivazione di capacità». La diseguaglianza va dunque misurata in chiave multidimensionale, cioè con riferimento al concreto processo di conversione delle risorse in funzionamenti. A ciò non sono idonei indicatori economici connessi al reddito, quali il PIL, poiché essi non possono, per propria natura, fornire informazioni sulla dotazione di strumenti assicurata al soggetto per il perseguimento del proprio benessere.

Questa concezione ha trovato molto per tempo una proiezione istituzionale: prima nel Rapporto Stiglitz-Sen-Fitoussi commissionato nel 2008 dal Presidente francese Nicolas Sarkozy, e inteso a individuare i limiti del PIL come misura della crescita e del benessere sociale, a suggerire metodi di misurazione alternativi, a considerare il rilievo della sostenibilità ambientale nelle misure economiche[106]; poi, sul modello di questo, il *Rapporto sul benessere equo e sostenibile* dell'ISTAT[107], che si colloca, con metodologia analoga, nell'ambito del medesimo contesto culturale.

Si tratterebbe poi di tradurre tali acquisizioni in politiche, che sarebbero, nella loro ispirazione, del tutto conformi ai caratteri impressi geneticamente al

---

106 *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress Professor Joseph E. STIGLITZ, Chair, Columbia University Professor Amartya SEN, Chair Adviser, Harvard University Professor Jean-Paul FITOUSSI, Coordinator of the Commission, IEP*, www.ec.europa.eu

107 Cfr. ISTAT, *Rapporto BES. Il Benessere Equo e Sostenibile in Italia, ed. 2026,* www.istat.it. Nelle notazioni metodologiche, il Rapporto dichiara di volere compiere il monitoraggio «della qualità della vita delle persone, della sostenibilità del progresso e della distribuzione del benessere nella popolazione e sul territorio», andando «"oltre il Prodotto Interno Lordo (Pil)" come unica misura di progresso», e rileva l'affermarsi di tale approccio a livello internazionale.

principio di eguaglianza dalla Costituzione italiana.

Riprendendo il discorso dall'avvio, da quella fallacia utilissima dell'appartenenza della forma di Stato italiana a un postulato ceppo euro-americano, il paradigma interpretativo costruito in opposizione a essa riconduce la Repubblica a una *koinè* europea, nella quale, nel margine del caos, assai meglio sembrano resistere le ragioni della regolazione giuridica del potere, dunque del costituzionalismo. Uno spazio in cui gli Stati possono riprendere pienamente a erogare prestazioni di certezza e di stabilità, al cospetto dell'azione dilacerante dei soggetti privati in cui si è concentrato un gigantesco potere finanziario e comunicativo, i quali viceversa assumono l'incertezza come metodo, riproducendo le condizioni, non nuove nella storia umana, del caos e del collasso derivanti dalla diseguaglianza[108].

Su questo terreno accidentato e segnato da elevato conflitto si giocano oggi le sorti della Repubblica.

108 L. KEMP, *Goliath's Curse: The History and Future of Societal Collapse*, Penguin Books Ltd., 2025.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Fulvio Cortese

Università di Modena e Reggio Emilia
fulvio.cortese@unimore.it

La Repubblica nella comunità internazionale e sovranazionale

The Republic within the international and supranational community

Sintesi

Il contributo ricostruisce le ragioni e le peculiarità della spiccata apertura che la Repubblica Italiana e la sua Costituzione presentano, sin dalla loro origine, nei confronti del diritto internazionale e dei successivi sviluppi che tale postura ha conosciuto. Ci si sofferma, in particolare, sulle ricadute continuative e strutturali del carattere aperto della Costituzione repubblicana, soprattutto sul piano della tutela dei diritti e delle libertà, della profondità e dell'impatto dell'integrazione europea, della gestione dei conflitti armati. Si evidenziano anche i profili critici di queste ricadute, auspicando un'interpretazione e una prassi che, in un mutato quadro geopolitico, possa trovare un nuovo equilibrio tra le virtù positive del riferimento al livello internazionale e sovranazionale e l'esigenza di garantire la forma repubblicana.

Abstract

This article examines the reasons for and distinctive features of the Italian Republic's – and its Constitution's – marked openness to international law since their inception, as well as the subsequent evolution of this stance. Particular attention is paid to the ongoing, structural implications of the Republican Constitution's open nature, especially regarding the protection of rights and freedoms, the depth and impact of European integration, and the handling of armed conflicts. The article also highlights critical aspects of these implications, advocating for an interpretation and practice that – within a shifting geopolitical landscape – can strike a new balance between the positive merits of engaging with the international and supranational levels and the need to safeguard the republican form of

government.

PAROLE CHIAVE: Repubblica Italiana; Costituzione; Natura aperta dell'ordinamento giuridico italiano; Diritto internazionale ed europeo; Sviluppi, aspetti critici e potenzialità positive.

KEYWORDS: Italian Republic; Constitution; Open nature of the Italian legal order; International and European Law; Developments, critical aspects and positive potential.

INDICE: 1. Premessa: un dato costitutivo, un'istantanea e un percorso di analisi. – 2. Radici e ramificazioni. – 3. Modelli e infrastrutture. – 4. Un bilancio (anche critico): diritti e libertà. – 5. (segue) integrazione europea. – 6. (segue) guerra. – 7. Conclusione: essere e restare in *forma*.

> *... il nemico numero uno della civiltà, della prosperità – ed oggi si deve aggiungere, della vita medesima dei popoli – è il mito della sovranità assoluta degli stati*
> (L. EINAUDI, *La guerra e l'unità europea*. Discorso pronunciato all'Assemblea costituente nella seduta del 29 luglio 1947, in ID., *La guerra e l'unità europea*, Milano, Edizioni di Comunità, 1948, p. 130*)*

1. Premessa: un dato costitutivo, un'istantanea e un percorso di analisi

Nell'80° anniversario del referendum istituzionale del 1946 e dell'opzione repubblicana che gli italiani hanno con esso sancito quale base e struttura portante della nuova identità del Paese all'indomani della fine della Seconda guerra mondiale e della Liberazione, non è per nulla banale che un'interrogazione sul senso e sulle perduranti proiezioni di quella scelta costituente si estenda all'indagine sul rapporto tra la configurazione effettiva della dimensione costituzionale vigente, e vivente, e l'influenza del diritto di matrice ultra-statale[1].

Non c'è dubbio che la questione potrebbe apparire, per un verso, troppo scontata, perché fisiologica: è nel DNA dell'istituzione *Stato* il nesso imprescindibile tra la fisionomia e l'esistenza stessa di quell'istituzione e una cornice giuridica di attinenza dichiaratamente extra-statale.

Lo testimonia innanzitutto la *storia*, quella del continente europeo, con la famosa Pace di Westfalia (1648), i cui due Trattati (di Münster e di Osnabrück), siglati al termine alla Guerra dei Trent'anni, sono convenzionalmente posti da tempo all'origine del riconoscimento formale dello Stato moderno e, contempo-

1 Una buona, recentissima, introduzione per analizzare il tema è il contributo DI U. GENTILONI SILVERI, *Il 2 giugno 1946 tra dinamiche interne e contesto internazionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2026, p. 265 ss.

raneamente, della legittima esistenza di una pluralità di Stati e di un diritto internazionale quale insieme di regole che li obbliga reciprocamente e simultaneamente[2].

Lo ha, poi, conclamato, molto tempo dopo, ma già nella prima metà dell'Ottocento, e coerentemente con la propria visione sul ruolo a suo modo *codificatore* della filosofia del diritto[3], G.W.F. Hegel, allorquando, in uno dei passaggi più importanti per il formarsi e il consolidarsi (per l'appunto) della *dottrina dello Stato*, ha fissato il legame di interazione necessaria tra un «diritto statuale interno» e un «diritto statuale esterno»[4].

Dunque, corrisponde a un'istanza prettamente classica la domanda, in tal senso circostanziata, su quale sia (e come si sia posta sin dal principio, e come sia poi evoluta) la relazione tra la Costituzione repubblicana del 1948 e quel quadro internazionale che tanto era stato alterato e ri-conformato per effetto del – e durante il – sanguinoso conflitto in cui pure l'Italia era stata parte negativamente attiva nella *partnership* tragica ed esiziale con le altre potenze dell'Asse, riuscendone infine travolta, al limite di far dubitare, addirittura, sull'*argomentabilità* stessa della continuità dello Stato italiano in senso proprio[5].

Se è vero, in definitiva, che, al di là di quest'ultimo e problematico profilo, dalle ceneri della guerra e dalla fondamentale opzione popolare del 1946 è nato uno Stato integralmente rinnovato, è più che lecito – se non del tutto normale, come si è precisato – chiedersi quale ruolo abbia svolto la dimensione extra-statale: in quel momento fondativo, *in primis*; ma anche nelle evoluzioni istituzionali e ordinamentali successive.

---

2 V., per tutti, U. Villani, *Lezioni di diritto internazionale*, Bari, Cacucci, 2023², p. 4. Ma cfr. anche P.P. Schiera, *La Pace di Wesfalia tra due "tempi storici": alle origini del costituzionalismo moderno*, in *Scienza & Politica*, n. 22, 2000, p. 33 ss.

3 Poiché «la civetta di Minerva inizia il suo volo soltanto sul far del crepuscolo»: G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1820), cur. V. Cicero, Milano, Rusconi, 1998², p. 65.

4 Ivi, rispettivamente alle p. 425 e 553.

5 Cfr., ad esempio, G. Filippetta, *L'estate che imparammo a sparare. Storia partigiana della Costituzione*, Milano, Feltrinelli, 2018, che apre l'intera sua (intensa e appassionata) indagine con queste parole: «L'8 settembre 1943 tutto finisce, tutto inizia. La fuga del re e il rifiuto degli alti ufficiali di impartire ordini frantumano lo Stato monarchico e ne dissolvono la sovranità. L'Italia non ancora liberata dagli Alleati diventa una terra di nessuno, senza Stato, senza diritto, senza altra legge che non sia quella della violenza delle truppe tedesche e dei loro collaboratori fascisti».

Il fatto è che, proprio se si guarda a simili trasformazioni, l'indagine da svolgere acquista il tratto della *conferma continuativa* di un dispositivo essenziale, e paradossalmente vitale, per la stessa individuazione di uno Stato: nel senso, cioè, di un *certo tipo* di Stato.

Difatti, anche solo ad osservare la Repubblica nel momento presente (intendendo per Repubblica non solo le autorità che l'articolano o la rappresentano, ma quello che la migliore dottrina giuspubblicistica ha definito da tempo come Stato-comunità[6]), l'impressione è – parafrasando la citata terminologia di ascendenza hegeliana – che il *diritto pubblico esterno* sia stato a più riprese, e sia tuttora, decisivo negli assestamenti, nelle interpretazioni e nelle riforme del *diritto pubblico interno*.

Un'istantanea *nowadays* della Repubblica nella sua percezione diffusa e comune – al netto delle oscillazioni programmatiche che il discorso politico tende a stressare naturalmente e sistematicamente – restituisce un'immagine materialmente collocata in una sorta di *puzzle* più ampio e multidimensionale, e precisamente, e di volta in volta, sovranazionale, internazionale, globale; in uno scenario che – forgiatosi nelle dialettiche della c.d. "Guerra fredda" e del complesso sistema di interdipendenze cui i partiti italiani erano attratti[7] – ha contribuito ad attribuirle di per sé uno statuto, e un grado, ben identificabile all'interno delle pur grandi ed eterogenee famiglie degli Stati democratici occidentali.

Ciò che è Repubblica italiana, in altre parole, si comprende e ricava molto bene anche dall'*accostamento* a tutti gli altri sistemi politici e istituzionali che si distinguono per la condivisione di comparabili idealità.

Va precisato che non si tratta soltanto di sensazioni, o di apprezzamenti effettuabili esclusivamente sul piano dell'opinione pubblica, nella quale il confronto tra l'Italia e le *altre* democrazie è frequente e strumentale alle più differenti proposizioni.

---

6 A partire dalla nota riflessione di V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in Id., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 99.

7 V. U. Gentiloni Silveri, *Sistema politico e contesto internazionale nell'Italia repubblicana*, Roma, Carocci, 2008.

Esistono, infatti, note, apposite e qualificate piattaforme giuridiche (ad esempio, le relazioni della Commissione europea sul *Rule of Law*[8] o la *Rule of Law Checklist* della *Venice Commission*[9], organo consultivo del Consiglio d'Europa) che fungono – per tutti gli Stati che vi facciano riferimento perché ad esse istituzionalmente riferibili e come tali oggetto di classificazione – da *benchmark* esigenti e impegnativi, e che attraversano il contenuto di ogni fattore sostantivo della comunità nazionale (dalla vita degli organi costituzionali all'esercizio del potere giudiziario, dall'ampiezza di talune libertà al grado della partecipazione alla vita pubblica e politica). E che, pertanto, contribuiscono in maniera influente a *valutare* ciò che è – o dovrebbe essere – ogni Paese, e così anche la Repubblica italiana, *come* Stato democratico.

Se non altro perché, al di là del mero effetto comunicativo, rendono noti e veicolano parametri che talvolta legittimano l'adozione di politiche conformanti[10].

Ciò significa (anche in virtù di questa sola esemplificazione) che la Repubblica italiana – come moltissime altre democrazie – è inserita in una *mappa* in cui molti elementi della sua consistenza civile e sociale assumono una valenza specifica alla luce di stimoli esogeni[11].

Ma, sul piano strettamente giuridico, c'è un dato ancor più importante da considerare. Visto che non si tratta solo del peso "persuasivo" di indirizzi provenienti da canali estranei a quelli della formazione autoreferenziale di una volontà politico-istituzionale endogena.

---

8 Il *report* per il 2026 è consultabile online a questo indirizzo: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/annual-rule-law-cycle/2026-rule-law-report_it (ultimo accesso: 1 ottobre 2026). Per un primo commento al *report* 2025 v. V. Desantis, *La relazione sullo Stato di diritto 2025 e l'Italia*, in *Amministrazione Democratica*, n. 1/2026, p. 157 ss.

9 Reperibile online al seguente indirizzo: https://www.coe.int/en/web/venice-commission/rule-of-law-checklist (ultimo accesso: 1 ottobre 2010). In argomento cfr., per un primissimo commento, E. Bruti Liberati, *Commissione di Venezia: The Updated Rule of Law Checklist (2025)*, in *Questione Giustizia*, 13 marzo 2026.

10 In argomento cfr. S. Bartole, *International Constitutionalism and Conditionality. The Experience of the Venice Commission*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014. Ma v. anche Id., *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from Venice Commission*, Oxford, Hart, 2020.

11 In tema sia consentito rinviare anche a F. Cortese, *Che cos'è la democrazia? Appunti per l'interpretazione di una forma di Stato*, in *Lo Stato*, n. 16, 2021, p. 30 ss.

Sul punto, è il dato positivo costituzionale ad essere immediatamente esplicativo.

Se si passa alla semplice lettura delle disposizioni (artt. 10 e 11 Cost., soprattutto[12]) che dal 1948 a tutt'oggi (senza aver subito mai alcuna modifica formale) più direttamente coinvolgono il *posizionamento extra-statale della Repubblica*, ci si accorge che talune delle più macroscopiche urgenze del tempo attuale (la risoluzione dei conflitti armati e delle controversie internazionali; la gestione delle crisi migratorie e delle loro conseguenze; lo *status*, e i diritti e le libertà, degli stranieri presenti all'interno dei confini nazionali...) vi trovano ancora una bussola orientante ben precisa. Tanto che, anche nel più afferrabile e superficiale dibattito pubblico, proprio quelle disposizioni vengono invocate in tale direzione e a più riprese; e ciò perché è nella coscienza concreta della società politica il senso, pur sovente rivale, della profonda valenza legittimante, e addirittura identitaria, di quell'articolato e dei principi che da esso sono ricavabili, così come del loro legame con un contesto di più ampio respiro. Essi fungono da *medium* fondamentale per aggregare e sintetizzare all'interno di una certa metodologia l'approccio che la Repubblica *deve* avere *sin dall'esterno*, sin dalla presa d'atto, cioè, della sua collocazione internazionale.

Già ad un primo sguardo, del resto, si avverte inequivocabilmente che, in queste disposizioni, la sovranità dello Stato repubblicano vi è concepita come intrinsecamente limitata, *in radice*: non solo per ragioni correlate ad un'affermazione per così dire autoreferenziale, o autosufficiente, del processo di maturazione del costituzionalismo interno (che con la Carta del 1948 matura esplicitamente la necessità di un ordinamento costituzionale rigido e garantito); ma anche per una genetica *programmazione verso l'esterno* dei ragionevoli e accettabili spazi di quella sovranità[13]. Come a dire che, se uno Stato, la Repubblica italiana, si presenta *in un certo modo*, anche nella sua disciplina costituzionale, ciò avviene perché, in relazione alla stessa opzione repubblicana, opera un anteriore meccanismo di rico-

12 Per un commento introduttivo, ma molto efficace, a queste disposizioni v. A. Cossiri, *Sub. Artt. 10 e 11*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, rispettivamente p. 80 ss. e 88 ss.

13 Di cui, come si vedrà, è testimonianza esplicita la formulazione dell'art. 11 Cost.: v. *infra*, in part. par. 3.

noscimento e accreditamento *al di fuori* dei suoi confini. E perché tale meccanismo, peraltro, viene compiuto al cospetto di una "tavola" di riferimenti condivisi[14], da preservare e rinnovare costantemente.

Detto altrimenti, ciò che si può sostenere sin d'ora è che la predisposizione di un reticolo di obblighi di derivazione internazionale – o anche sovra-nazionale, come in seguito si specificherà – non solo rappresenta, per la Repubblica italiana, il risultato delle *forze conformative* che sono scaturite dall'esito del Secondo conflitto mondiale e dalle pianificazioni delle potenze vincitrici e, ancora, dalla mappa delle relazioni internazionali e multilaterali che su quelle premesse si sono dapprima incardinate e poi sviluppate.

L'esistenza di un "vestito" extra-statale della Repubblica, all'opposto, oltre a corrispondere ad una *volontà* positiva e tenace di una larga fetta dei Costituenti e della classe dirigente antifascista, è collegabile alla circostanza che, specie nella prima metà del Novecento, è anche l'identità esterna degli Stati, tanto più di quelli costituzionali, ad essersi, a lungo e vieppiù, confermata, ed accresciuta, in termini di *sovranità limitata*. Con tutte le declinazioni delicatissime che questo assetto può determinare, Stato per Stato, e così anche per l'Italia, in ordine al governo dell'intensità di un simile rapporto tra ordinamento interno e diritto proveniente dall'esterno: al punto che – giova accennarlo immediatamente – si possono definire, per effetto di questo stesso assetto e del suo radicarsi progressivo e multipolare, sia vistosi *scostamenti di equilibrio* nel principio di separazione tra i poteri e, per tale via, nella configurazione più tradizionale e consolidata dello Stato quale Stato rappresentativo e quale Stato di diritto, sia (ancora) spinte costanti al *coordinamento dei vincoli costituzionali* (interni) con obiettivi (esterni) riguardati come imprescindibili sul piano della comunità internazionale.

Ciò premesso, in questo contributo si cercherà di offrire taluni argomenti al sostegno della tesi da ultimo affacciata: lo si farà, dapprima, rievocando i fattori esterni di condizionamento costituente della Repubblica come Stato di diritto post-fascista e democratico (par. 2); poi, nello specifico, ricostruendo l'*intentio*, e la *ratio*, della disciplina costituzionale di immediato riferimento, già menzionata e integrante la cd. "Costituzione internazionalistica" della Repubblica, nonché, in via preliminare, le sue implicite connessioni con alcuni dei principi supremi

14 Su cui v. subito *infra*, par. 2.

dell'ordinamento costituzionale quali retaggio dell'affermazione mondiale di un certo modello di Stato democratico (par. 3); quindi, svolgendo un bilancio (anche critico) dell'impatto ultra-statale sul corpo repubblicano (e isolando, in particolare, gli ambiti sensibili della tutela dei diritti e delle libertà; delle stratificazioni complicate dovute alle ricadute normative dei processi di integrazione sovranazionale, con *focus* sui progressi dell'ordinamento europeo; e della gestione delle decisioni sui conflitti armati: parr. 4, 5 e 6); infine, formulando alcune conclusioni proprio sul grado di limitazione che la struttura – la *forma* – repubblicana può sopportare, o deve se del caso assecondare, senza alimentare percorsi di decostituzionalizzazione: par. 7).

2. Radici e ramificazioni

Ai fini della migliore e più agevole comprensione del *turning point* caratterizzato dal legame tra la scelta repubblicana e l'apertura internazionale[15] non vi è nulla di meglio che il richiamo all'importante intervento svolto da Luigi Einaudi (il 29 luglio 1947) in sede di Assemblea Costituente nel contesto del dibattito che ha preceduto la votazione sulla ratifica del trattato di pace (avvenuta il 31 luglio)[16].

È una testimonianza rilevantissima per almeno due ragioni: il momento, o meglio l'occasione puntuale, in cui essa si è manifestata; e il suo lineare e limpidissimo contenuto.

Innanzitutto, infatti, Einaudi prende la parola dopo il discorso – che egli stesso dice di aver «ascoltato con commozione» e «riletto con ammirazione profonda»[17] – con cui Benedetto Croce (il 24 luglio) si è pronunciato, amaramente e severamente, sul trattato «imposto a noi dalla volontà altrui»[18]; un discorso in cui, come è noto, si dà voce autorevolissima al diffuso sentimento di materiale

15 Sull'apertura ultra-statale della Repubblica v., in generale, il bilancio svolto da P. Faraguna, *Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, FrancoAngeli, 2018, p. 63 ss.

16 V. la versione pubblicata: L. Einaudi, *La guerra e l'unità europea*, in Id., *La guerra e l'unità europea*, Milano, Edizioni di Comunità, 1948, p. 121 ss.

17 Ivi, p. 121.

18 Ibidem.

frustrazione di un'intera classe dirigente.

È il *vecchio Stato* a parlare con Croce; soprattutto – Einaudi glossa subito benissimo – «[i]l giudizio pronunciato in quel discorso chiude anche un'epoca nella storia d'Italia»[19]. Poiché per Einaudi – ed ecco il punto di svolta – è proprio vero constatare, in quella specifica congiuntura, che le cose sono cambiate; è vero, cioè, che le due grandi guerre di quella prima metà di Secolo hanno dimostrato l'insufficienza pratica di una determinata impostazione delle relazioni internazionali e delle relative organizzazioni tra Stati[20]; che anche il progresso tecnologico ed economico ha fatto emergere i limiti di quell'approccio[21]; che da una distruttiva terza guerra mondiale ci si può salvare se si sostituisce l'«idea della dominazione colla forza bruta» con l'«idea eterna della volontaria cooperazione per il bene comune»[22]; e che un simile traguardo, in Europa, è possibile solo persuadendo i popoli a «infrangere gli idoli vani dell'onnipotenza di stati impotenti»[23] e, quindi, a creare una realtà istituzionale nuova, un'Europa differente, nel quale, se non vuole restare del tutto soccombente e passiva, anche «l'Italia deve essere pronta a fare sacrificio di una parte della sua sovranità»[24].

Sicché si coglie assai bene – e in modo sintomatico, perché figliato, per così dire, dialetticamente, all'interno di una medesima matrice socio-culturale, politica e giuridica, quella del Partito liberale, piccolo ma influente, e, più di tutto, rappresentativo del "ponte" di competenze, saperi ed esperienze che l'Italia precedente getta verso l'Italia del futuro – quel sentimento che, nel laboratorio della Costituzione repubblicana, si propone di correlare la dura posizione della sconfitta con una deliberata costruzione di una sovranità limitata in funzione di un obiettivo innovativo.

È un obiettivo, all'evidenza, che Einaudi chiama «buona novella»[25] e riconnette a *principi e valori* (la "tavola" cui si accennava in precedenza) che proietta, anche con enfasi, nel pantheon passato e futuro della storia del Paese (la scuo-

19 Ivi, p. 122.
20 Ivi, p. 122-124.
21 Ivi, in part. p. 124-125.
22 Ivi, p. 127.
23 Ivi, p. 129.
24 Ivi, p. 130.
25 Ivi, p. 129.

la, le arti, le istituzioni culturali, ma in generale tutto ciò che promuove l'elevazione dell'umano verso il divino, la libertà e la forza delle idee, la cooperazione tra i popoli), e che richiede, perciò, di essere apertamente abbracciato dalla Repubblica, che di per sé darà il volto al nuovo Stato italiano.

È interessantissimo sottolineare che, in questa prospettazione, l'apertura repubblicana verso l'esterno non è solo proposta come conseguenza dell'essere stati annoverati tra le fila dei nemici più terribili (Hitler è evocato, da Einaudi, come «Satana», «Attila moderno», «pazzo viennese»[26]...), e del dover, dunque, rispettare gli indirizzi dei vincitori; è, viceversa, il manifesto di una missione che per definizione coinvolge altri Stati, altri popoli, e in primo luogo quelli europei.

Le radici, quindi, della vocazione internazionale e sovra-nazionale della Repubblica – del suo destino, si direbbe, ad operare sempre nel tessuto delle alleanze che gli Stati democratici, nel mondo come in Europa, devono costruire e coltivare, dando vita, se possibile, a legami regionali più stretti ed intensi – si rinvengono tutte già nel momento costituente.

Come è vero, da un altro angolo visuale, che quello stesso momento è punto di sintesi fattiva e di "ingegneristica" coagulazione di quanto le forze politiche antifasciste avevano discusso e convogliato nella complessa esperienza della Liberazione; ossia, del *patrimonio ideale*, ma anche *pratico-procedurale*, che quelle forze avevano già cominciato a condividere proprio dal giorno in cui si erano accordate tra loro e con gli Alleati, nel quadro del famoso Patto di Salerno della primavera del 1944 (ma anche ben prima, dal 9 settembre del 1943, con la creazione, a Roma, del Comitato di Liberazione Nazionale e, di lì a poco, del Fronte Nazionale di Liberazione e della rete dei vari CLN territoriali)[27].

La letteratura, sul punto, è amplissima. E non è scevra da ricorrenti e accese controversie.

In questa sede, tuttavia, non si può omettere, a stretto supporto, la citazione di quella significativa e condivisibile traiettoria ricostruttiva (riconducibile a

26 Ivi., p. 125.

27 In proposito, v., da ultimo, C. Tripodina, *I partiti politici nella transizione costituzionale. Dalla caduta del fascismo alla Repubblica democratica (1943-1948)*, in *Quad. cost.*, n. 2/2026, p. 285 ss.

Mario Dogliani[28]) che, sulla base di una meticolosa e dettagliata rievocazione, *sic et simpliciter*, dei soli fatti salienti del lungo percorso delle forze politiche antifasciste, da Salerno alla Costituente, ha messo in luce come è proprio in (e da) quel percorso che si è cominciata ad edificare l'*identità costituzionale prossima ventura*, in moltissimi dei suoi tratti: sia per ciò che riguarda la forma dello Stato repubblicano e i grandi principi di quella che sarà la Prima Parte della Carta; sia, prima ancora, per quanto attiene, a ben vedere (e qui sta l'originalità della tesi in parola), anche la connotazione materiale della forma di governo.

Da quest'ultimo punto di vista, infatti, si è efficacemente dimostrato che, passo dopo passo, e ben prima del referendum istituzionale, sono emerse rilevanti «anticipazioni della Costituzione»[29]: sperimentazioni sul campo, assai effettive, che «sono consistite nel consolidarsi di prassi e di relazioni istituzionali, di regole convenzionali sorte sulla base di situazioni di fatto (e della volontà di condurre una lotta unitaria in vista della liberazione del territorio nazionale e dell'edificazione di un nuovo Stato) che hanno avuto come protagonisti i partiti del CLN, e che sarebbero poi state suggellate dalle regole costituzionali che instaurarono la forma di governo parlamentare monista (fondata sul *continuum* tra maggioranza parlamentare e governo, per quanto riguarda la determinazione dell'indirizzo politico di maggioranza; e sull'accordo di sostanza tra i partiti dell'arco costituzionale in parlamento per quanto riguarda la politica costituzionale)»[30].

Quindi l'*assetto cooperativo* tra le forze politiche antifasciste (e tra loro, le più diverse e teoricamente inconciliabili), così come incentivato, riconosciuto e supportato sin dal principio dagli Alleati, ha posato i tasselli di un edificio che, già al momento del dibattito sulla Repubblica, stava configurandosi in un certo e distintivo modo.

Il fatto è che, sempre in questa linea interpretativa, se è vero, da un lato, che, sul piano della prefigurazione delle «norme programmatiche»[31] e di numerosi principi ordinatori della futura Costituzione, e così della forma di Stato, tan-

28 M. Dogliani, *Convenzioni costituenti e forma di governo nella Resistenza e nella transizione costituzionale*, in F. Cortese (a cura di), *Resistenza e diritto pubblico*, Firenze, FUP, 2016, p. 133 ss.

29 Ivi, p. 158.

30 Ivi, p. 158-159.

31 Ivi, p. 139.

tissime altre «anticipazioni»[32] si sono avute nelle intense esperienze resistenziali delle cc.dd. "Repubbliche partigiane"[33], poi interrotte, frustrate e riassorbite (con la fine del cd. "vento del Nord" e con la successiva crisi del Governo Parri) nell'attitudine accentratrice del sistema dei partiti, garanti degli impegni (a loro modo "normalizzanti") presi con gli Alleati[34], è altrettanto vero che la rete amministrativa eretta in breve tempo dai CLN locali è stata determinante per la realizzazione effettiva della Liberazione e per il coordinamento efficace di tutte le operazioni militari e di mobilitazione[35]; e che larga parte dell'*humus* ideale che il fenomeno partigiano ha coltivato – giungendo ad anticipare, secondo alcuni, una vera e propria fondazione *ex novo* dell'ordinamento giuridico[36] – è stato poi veicolato nell'Assemblea Costituente e positivizzato in alcune tra le più caratterizzanti disposizioni della nuova Costituzione. Risultato, questo, che non sarebbe stato praticabile, naturalmente, né si spiegherebbe (in considerazione dell'intervenuta *anestetizzazione* delle istanze più rivoluzionarie delle Repubbliche partigiane...), laddove quell'Assemblea non fosse stata costituita a partire dalla *piattaforma plurale* di cui lo stesso sistema dei partiti aveva asseverato il graduale montaggio dall'8 settembre 1943 in poi: vale a dire, laddove non si fosse già stabilizzato il principio – sopra ricordato e "forgiato" sul crinale dei negoziati con gli Alleati – della necessità dell'*accordo/compromesso* tra tutti i partiti in merito alla definizione

32 Ibidem.

33 Ibidem: «Tra le esperienze realizzate dalle repubbliche partigiane che gettarono semi di un nuovo modo d'essere dello Stato nei suoi rapporti con i cittadini si possono ricordare, in primo luogo, l'idea della democrazia fondata sulla perfetta uguaglianza dei diritti politici, sull'universalità del suffragio anche femminile, sulla concreta partecipazione anche femminile alle assemblee dei capifamiglia laddove le elezioni non potevano essere tenute, sull'idea dell'autogoverno che – date le situazioni concrete – sovrapponeva il profilo del governo locale e quello del governo politico-repubblicano, e cioè l'idea che mai tali organi esercitanti il potere pubblico dovessero essere emanazione di un'amministrazione istituita dalle autorità militari (seppur partigiane), ma sempre dovessero essere organi formati attraverso il consenso popolare». Inoltre, «si può ricordare, anzitutto, il modo in cui vennero affrontate le tre principali emergenze presenti in ogni territorio: l'approvvigionamento alimentare, la tutela dell'ordine pubblico, l'assistenza sanitaria, in primo luogo nei confronti dei combattenti».

34 Ibidem.

35 V. sempre M. Dogliani, *Convenzioni costituenti*, *cit.*, p. 160-161.

36 È la tesi di fondo del già ricordato saggio di G. Filippetta, *L'estate che imparammo a sparare*, *cit.*, passim.

dell'indirizzo costituzionale[37].

A tali lasciti, peraltro, dovremmo aggiungere pure la spinta, fortissima, alla *configurazione autonomistica* della Repubblica, che non è venuta soltanto per via del rilancio, in Assemblea Costituente, di idee, suggestioni e proposte da lungo tempo avanzate nella cornice dei movimenti antifascisti e resistenziali e, prima ancora, nell'ambito delle riflessioni giuridiche e politico-istituzionali dell'Italia liberale (sin dalla sua nascita[38]).

La spinta si è fatta strada sempre nella fase di transizione tra la vecchia Italia e la nuova Repubblica, allorquando – sin dal 1944 per Sicilia e Sardegna[39], quindi dal 1945 e dal 1946 per Valle d'Aosta e Trentino Alto-Adige[40] – si sono poste le basi per la individuazione e disciplina di quelle che, nella Costituzione, saranno riconosciute a tutti gli effetti come autonomie speciali (e cui verrà ricondotto, nel 1963, di fatto a completamento di un metodo e di una strategia ormai affermati, anche il Friuli-Venezia Giulia[41]).

Sarebbe riduttivo, in proposito, ancorare l'importanza dell'elemento internazionale (e, volta per volta, della situazione geopolitica e bellica, o direttamente di obbligazioni formali contratte nel contesto dei negoziati di pace, come nell'ipotesi dell'accordo De Gasperi-Gruber[42]) proprio e solamente alle esperienze della specialità regionale; è vero, anzi, che quel modello, imponendosi, nei fatti

37 Ed è questa la tesi di fondo del saggio di M. Dogliani, *Convenzioni costituenti*, *cit.*, passim.

38 Su cui v., *ex multis*, R. Ruffilli, *La questione regionale dall'unificazione alla dittatura 1862-1942*, Milano, Giuffrè, 1971.

39 V. il d.l. 27 gennaio 1944, n. 21, e il d.l. 18 marzo 1944, n. 91, che istituirono, rispettivamente, l'Alto commissario per la Sardegna e quello per la Sicilia, affiancati da una Giunta consultiva e da una Consulta regionale. Lo Statuto speciale siciliano, peraltro, fu approvato con il r.d.lgs. 15 maggio 1946, n. 455; prima, dunque, dello svolgimento del referendum costituzionale del 2 giugno. Esso poi fu convertito nella l. cost. n. 2/1948. Lo Statuto sardo, invece, fu approvato con l. cost. n. 3/1948.

40 Con il d.lgs.lgt. 7 settembre 1945, n. 545, fu costituita la Circoscrizione autonoma della Valle d'Aosta. Il relativo Statuto speciale fu approvato con l. cost. n. 4/1948. Per quanto riguarda il Trentino-Alto Adige, va segnalata la stipula dell'Accordo De Gasperi-Gruber, con la quale Italia e Austria, il 5 settembre 1946, stabilirono specifiche garanzie di autonomia per la popolazione di lingua tedesca. Lo Statuto speciale arrivò con la l. cost. n. 5/1948.

41 V. l. cost. n. 1/1963.

42 Sul tema v. U. De Siervo, *Alcide De Gasperi e l'istituzione della Regione Trentino-Alto Adige*, in G. Tognon (a cura di), *L'attualità di De Gasperi. Lezioni di storia e di politica 2004-2024*, Bologna, il Mulino, 2024, p. 45 ss.

come in diritto, prima della (e ancor più durante la) scrittura della Costituzione, ha fornito il *punto di non ritorno* per una riorganizzazione territoriale complessiva che non poteva che essere intimamente coerente; che avrebbe dovuto, nella trasversale affermazione del valore primario dell'autonomia, conciliare continuativamente unità e indivisibilità del nuovo assetto istituzionale con il rispetto di prerogative partecipative di autogoverno e di garanzia dei diritti delle minoranze etnico-linguistiche (secondo quanto si statuirà negli artt. 5 e 6 Cost.); e che, non a caso, come è stato rimarcato con acutezza negli ultimi anni, ha in seguito risentito largamente, nella sua stessa materializzazione concreta, del tratto di strada che le autonomie speciali già avevano percorso nel loro rapporto con lo Stato[43].

3. Modelli e infrastrutture

Fatte queste puntualizzazioni, è necessario avanzarne altre, forse ancor più decisive nel calibrare il giudizio sull'importanza della relazione tra fondazione della Repubblica italiana e dimensione ultra-statale, e più in particolare tra caratterizzazione democratica e livello di definizione internazionale di un modello di politiche e di Stato democratici.

Come è stato incisivamente chiarito, la seconda guerra mondiale è stato il cantiere di un vistoso e intenso processo di *internazionalizzazione del diritto costituzionale*[44], per il quale si può prendere a formale e proclamato punto d'avvio la teorizzazione sulle *Four Freedoms* avanzata nel Discorso annuale sullo Stato dell'Unione, tenuto il 6 gennaio 1941 dinanzi al Congresso dal Presidente degli Stati Uniti d'America Franklin Delano Roosevelt[45].

Al di là delle specificità, e del significato immediato, di quella teorizzazione, essa è sintomatica di una sorta di proiezione globale di una missione costituzionale specifica, quella che, nella visione rooseveltiana, gli USA, Paese largamente tra-

43 V. l'opinione puntuale di S. Bartole, in S. Bartole, P. Giangaspero, *Diritto regionale. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2022, in part. Cap. 2.

44 Su cui v. V. Onida, *La Costituzione ieri e oggi: la "internazionalizzazione" del diritto costituzionale*, relazione al Convegno della Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2008, reperibile online in *Astrid-Rassegna*, 10 gennaio 2008, n. 63. Ma cfr. anche L. Hemkin, *Diritti dell'uomo* (1993), cur. G. Amato, Roma, Treccani, 2023, p. 78.

45 Il testo del celebre discorso è reperibile online al seguente indirizzo: https://www.fdrlibrary.org/four-freedoms (ultimo accesso: 1 ottobre 2026).

sformatosi in Stato democratico per mezzo delle numerose e profonde riforme del *New Deal*, prefigura la diffusione e la garanzia «everywhere in the world» di quattro grandi libertà: «the *freedom of speech and expression*»; «the *freedom of every person to worship God in his own way*»; «the *freedom from want* – which, translated into world terms, means economic understandings which will secure to every nation a healthy peacetime life for its inhabitants»; «the *freedom from fear* – which, translated into world terms, means a world-wide reduction of armaments to such a point and in such a thorough fashion that no nation will be in a position to commit an act of physical aggression against any neighbor»[46].

In primo luogo, se si pone nuovamente attenzione al discorso di Luigi Einaudi in Assemblea Costituente, si nota più di qualche assonanza con il progetto, espresso nel ragionamento sulle *Four Freedoms*, di realizzazione di un equilibrio mondiale fondato su principi di libertà, di ripudio della guerra, di sviluppo morale, spirituale ed economico.

In secondo luogo, poi, non si può trascurare un altro profilo: vale a dire, la circostanza del legame pressoché indissolubile che quel *progetto per il mondo a venire* correla esplicitamente e indissolubilmente tra i tre pilastri della democrazia americana come consolidatasi negli anni Trenta (ivi compreso il più "recente", quello delle riforme sociali) e il postulato che debba esserci un *sistema di controllo* generale, extra-statale, per evitare le degenerazioni degli arbitri unilaterali cui possono dar vita gli assolutismi degli Stato sovrani.

In terzo luogo, infine, non vanno neppure sottovalutati due ulteriori elementi: da un lato, il fatto che, sempre nel corso del conflitto, anche in Gran Bretagna (altro *big player* dello schieramento alleato) matura la coscienza – il *Rapporto Beveridge* del 1942 ne costituisce la visibile e articolata profondità[47] – che l'evoluzione democratica dello Stato rappresentativo non è un fattore di solo allargamento quantitativo del suffragio, ma consiste anche, e inevitabilmente, in un *fattore di tipo qualitativo*, ossia l'esistenza di significative e determinanti garanzie di natura sociale e collettiva; dall'altro, il fatto che, allo sgretolarsi progressivo delle forze dell'Asse, gli Alleati, sia a Teheran (novembre-dicembre 1943), ma tan-

46 Ivi.

47 Presentato al Parlamento inglese da William Beveridge nel novembre del 1942, sotto il titolo *Social Insurance and Allied Services*.

to più a Yalta (febbraio 1945), avevano, certo, già cominciato, per un verso, a decidere assieme come comportarsi da possibili vincitori della guerra, ma, ciò facendo, per altro verso, avevano anche principiato a mettere alla prova concreta l'idea di un'*organizzazione istituzionale del mondo post-bellico*, di un'infrastruttura che, memore dei fallimenti della Società delle Nazioni, avrebbe dovuto spostare in maniera stabile e sistematica sulle potenziali evenienze future l'accordo ormai metabolizzato sul legame tra pluralità di Stati sovrani e dispositivi internazionali di protezione.

È, quest'ultimo, come è risaputo, lo spunto che porterà alla istituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, le quali si faranno veicolo rapido e forte, con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948) e con la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (1948), della ufficiale *ipostatizzazione* dell'approccio avviato da Roosevelt; una soluzione che, in qualche maniera, si sarebbe completata, di lì a poco, con la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati (1951).

Ciò premesso, si comprende, dunque, ancora più facilmente, la pratica condivisione, da parte dei discorsi della Costituente, di orizzonti largamente, se non del tutto, coincidenti; di una *topografia trasformativa della forma di Stato*, che – anche per il tramite, ricordando Calamandrei, del sinergico richiamo alle «grandi voci lontane» e ai «grandi nomi lontani» della tradizione politica e culturale nazionale[48], oltre che alle altrettanto "grandi", e ben più accese, ispirazioni ideologiche, sia pur confliggenti e reciprocamente incompatibili, dei partiti tra loro coalizzati nell'arco costituzionale – si coordinava, di fatto, con la lezione americana e con quella britannica, e così si apprestava a concepire la nuova Repubblica in termini di Stato democratico costituzionale orientato al modello del *Welfare State* e impegnato in un percorso di trasformazione ed emancipazione sociale (art. 3 Cost.), legittimato dal riconoscimento della tutela dei diritti inviolabili (art. 2 Cost.), agganciato alla rete internazionale di organizzazioni e di regole (rispettivamente, artt. 11 e 10 Cost.) che l'equilibrio ultra-statale disegnato durante la guerra prometteva di certificare e tutelare.

48 Così nel famoso discorso agli studenti milanesi (26 gennaio 1955), nel quale egli associa a diversi e significativi articoli della Costituzione i nomi di Mazzini, Cavour, Cattaneo, Garibaldi, Beccaria: v. P. Calamandrei, Discorso agli studenti, Milano, Società Umanitaria, 1955.

Non solo, quindi, si può acquisire – richiamando una terminologia già utilizzata in premessa – che la Repubblica ha un DNA che non è per nulla estraneo a *un certo modello di Stato costituzionale*, ma è opportuno evidenziare con forza che anche la sua "Costituzione internazionalistica" (in senso stretto intesa: i già menzionati artt. 10 e 11 Cost.[49]) si pone a *infrastruttura essenziale*, di stampo sistemico, alla garanzia della tenuta effettiva di quel modello e alla sua graduale istituzione e implementazione nella cornice di relazioni internazionali improntate al *rispetto del diritto* (*in primis*, dei diritti umani, quali complessi di diritti e libertà fondamentali da garantire in concreto ed efficacemente, anche al di là delle singole volontà statali) e del paradigma del *riconoscimento reciproco* e della cooperazione costante e irrinunciabile attorno a valori di pace e giustizia[50].

4. Un bilancio (anche critico): diritti e libertà

Se questo è l'assetto che sin dall'origine ha posto in diretta connessione l'elaborazione e il funzionamento successivo dell'organizzazione repubblicana e l'interpretazione dei suoi principi costituzionali con i connotati caratterizzanti di una specifica *machinery* di impronta internazionale, può essere utile svolgere un bilancio sulle modalità, sulle conseguenze e sull'attuale stato dell'arte di una simile interazione. E, a tal proposito, ai fini dello svolgimento di queste valutazioni, può giovare l'opzione per tre peculiari ambiti, quello della tutela dei diritti e delle libertà, quello relativo alle fasi dell'integrazione sovranazionale (prima comunitaria, poi europea) e quello concernente la disciplina del posizionamento della

49 Si precisa che si utilizza in questa sede la dizione "Costituzione internazionalistica" alla stessa stregua di quanto è possibile fare allorché si discuta di "Costituzione economica" o "Costituzione scolastica", ossia allo scopo esclusivo di evidenziare dal punto di vista topografico alcune disposizioni specifiche, ma senza con ciò intendere che la "Costituzione" possa concepirsi come settorializzata nella sua interpretazione e applicazione.

50 È notevole osservare che, proprio nel momento più complesso per la transizione costituzionale che ha visto coinvolta l'Italia dopo l'8 settembre 1943, la dottrina giuspubblicistica ha cercato di esaminare i tratti (anche "comparati") del modello dello Stato democratico: v. P. Biscaretti di Ruffia, *Lo stato democratico moderno nella dottrina e nella legislazione costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1945, il quale, prima di concludere, osservava, in maniera molto interessante (p. 753), che «[l]'instaurazione per l'avvenire di un saldo e pacifico ordine internazionale costituirà [...] una delle garanzie maggiori per la diffusione e il mantenimento delle istituzioni democratiche di governo, ponendo termine ai continui antagonismi e conflitti fra gli Stati, che rappresentano una delle cause più dirette dell'eccessivo, e sempre pericoloso, potenziamento dei rispettivi organi esecutivi e militari».

Repubblica nelle situazioni di gestione internazionale dei conflitti armati.

Naturalmente il bilancio in questione non può soffermarsi sulla trattazione analitica, per ciascuno di tali settori, di ogni snodo rilevante sul piano concettuale, su quello storico o su quello puramente applicativo. Si tratta, piuttosto, come si è anticipato sin dall'inizio di questo contributo, di verificare l'impatto del livello normativo e istituzionale ultra-statale sulla fisionomia concreta della Repubblica e sul suo odierno modo di atteggiarsi. Ciò allo scopo di verificare se e come questo impatto incida su quella «forma repubblicana» che l'art. 139 Cost. considera come assolutamente non retrattabile (con l'avvertenza che per forma repubblicana, in questo contesto, non si richiama, semplicemente, il primo significato oppositivo della scelta istituzionale del 1946 – ossia la distinzione con il pregresso regime monarchico – bensì l'ulteriore senso pro-positivo che da quella decisione popolare si è cristallizzato in uno *Stato costituzionale di nuova generazione*, diverso da quelli dell'età liberale, democratico[51], e, come si è visto nei precedenti paragrafi, forgiato anche con il contributo rilevante di una cultura costituzionale altrettanto nuova e "promossa" sul piano delle relazioni internazionali e della loro configurazione organizzativa).

Muovendo dalla *sfera dei diritti e delle libertà*, si può agevolmente constatare che la valenza dell'ancoraggio strutturale a un punto di confronto critico extra-statale si è sviluppata passo dopo passo, quale effetto della convergenza, in qualche modo incrementale, di differenti variabili.

A) La prima coincide con un dato del tutto pregiudiziale, perché attinente alla formulazione testuale dell'art. 2 Cost.

È un aspetto sul quale, ormai, non sussiste più alcun dibattito, nel senso che, al di là della celebre discussione sulla qualificazione della garanzia affermata in detto articolo come fattispecie aperta o meno[52], è proprio l'assenza di una univoca specificazione positiva, nel testo costituzionale, di quali siano i «diritti invio-

51 Anche in virtù del collegamento intrinseco che si può fare tra l'art. 139 e l'art. 1 Cost., in merito alla definizione stessa di che cosa la Carta intenda per Repubblica (ciò secondo la nota impostazione di L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 159).

52 Secondo l'impostazione problematica inaugurata da A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 50 ss.

labili dell'uomo» ad aver comunque spinto gli interpreti, e anche i fautori della tesi opposta e, in ogni caso, la Corte costituzionale, a cercare sistematicamente e innanzitutto appigli formali nel complesso dei trattati internazionali cui ha aderito anche l'Italia. Con l'effetto, peraltro, non solo di trascinare sotto l'ombrello della garanzia costituzionale situazioni soggettive estranee al dibattito storico dell'Assemblea Costituente o del Parlamento, ma anche di consolidare gli oggetti di simile procedimento attrattivo nel *pantheon* di ciò che, oltre a dover rappresentare il *focus* di riforme necessarie da parte del legislatore ordinario, non risulterebbe modificabile con il procedimento della revisione *ex* art. 138 Cost.

Si intende, cioè, rimarcare il fatto che, per tale via, l'apertura dell'art. 2 Cost. e dell'ordinamento repubblicano si è rivelata talmente strutturale dall'essere connotata da un significativo movimento osmotico anche circa lo stabilimento dei *principi costituzionali supremi* (tra i quali la tutela dei diritti inviolabili figura come certo caposaldo[53]).

L'esito non deve sorprendere più di tanto, poiché esso – anche ben prima della riforma costituzionale del 2001 e dell'introduzione del vigente art. 117, comma 1, Cost. – emergeva cripticamente nella giurisprudenza costituzionale finalizzata a identificare la peculiare forza normativa di quegli accordi internazionali (la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il Patto internazionale sui diritti civili e politici) che sul piano *assiologico* e *teleologico* parevano incrociarsi sinergicamente con i valori e gli interessi posti alla base dell'opzione costituzionale repubblicana[54].

In quest'ottica, anzi, potrebbe addirittura intravedersi, col passare del tempo, un singolare *effetto espansivo* della logica dell'apertura internazionale dell'art. 2 Cost. dall'ambito dei diritti e delle libertà ad altre "materie", se non, quasi presuntivamente, a tutte quelle "materie" in cui si possa argomentare che la Repubblica abbia "deciso" di vincolare se stessa al rispetto di specifici «obblighi internazionali» (nozione, quest'ultima, che oggi, in base all'art. 117, comma 1, cit., integra un parametro interposto di legittimità costituzionale tanto importante quan-

53 E ciò sin dalla sentenza (n. 1146/1988), in cui il richiamo esplicito è ai «diritti inalienabili della persona umana».

54 V., in maniera esemplare, Corte cost., n. 10/1993.

to decisamente mobile nel suo confinamento operativo[55]).

Verrebbe anche da segnalare, o da ipotizzare (se si preferisce), che un tale effetto espansivo abbia caratterizzato anche recenti processi di mutazione costituzionale formale, addirittura della Prima Parte della Costituzione: l'allusione è alla novella dell'art. 9 Cost.[56], in cui il debutto esplicito della tutela dell'ambiente all'interno dei cc.dd. "Principi fondamentali"[57] non è per nulla indifferente al "peso" che hanno avuto le politiche europee sullo sviluppo sostenibile (da un lato) e gli importanti indirizzi e impegni sul piano internazionale nell'ambito del discorso sul *climate change* (dall'altro). Si potrebbe, in proposito, sostenere (mutuando le argomentazioni sostenute in altri frangenti[58]) che la vicenda trasformativa in esame integri un caso quasi paradigmatico di *pleromatizzazione del testo costituzionale*: di perfezionamento ulteriore di un grado di apertura valoriale che sin dal principio connotava geneticamente la Carta, al punto da esigerne un aggiornamento univoco e specifico.

B) La seconda variabile ha a che fare con la combinazione che si è verificata negli anni tra il ruolo non sempre attivissimo del legislatore e il ruolo, invece, via via più forte del circuito giurisdizionale. È un profilo, questo, che si è posto, simultaneamente, a causa e a conseguenza, in una sorta di circolo virtuoso/vizioso, delle dinamiche già esposte sub A).

La "relativa", ma trasversale, ripetuta e vistosa, assenza del legislatore repubblicano nei frangenti di definizione e ri-definizione dei diritti e delle libertà da

---

55 Poiché non è chiaro (per le oscillazioni interpretative cui la stessa Corte costituzionale ha dato presto avvio) se la nozione possa rinviare solo ad una specifica tipologia di accordi internazionali (quali quelli cui si può ricondurre, in ipotesi, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo) ovvero ad ogni genere di trattato. Sul punto v. A. Fusco, *Il mito di Procuste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, p. 250 ss.

56 Avvenuta con l. cost. n. 1/2022, che, come è risaputo, ha inserito, tra l'altro, nel corpo dell'art. 9 cit., al comma 3, anche la statuizione per cui la Repubblica «[t]utela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni».

57 Al di là, cioè, di quanto era già stato previsto nella riforma del Titolo V della Costituzione (introdotta con l. cost. n. 3/2001) in merito alla riconduzione alle materie di potestà legislativa esclusiva dello Stato della «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali» (*ex* art. 117, comma 1, lett. s, Cost.).

58 Cfr. T. Franza, *Costituzionalizzare la Costituzione. Una prospettiva pleromatica*, Firenze, FUP, 2016.

garantire effettivamente e da implementare in uno con l'evoluzione economica, socio-culturale e tecnologica è qualcosa che, attualmente, figura quasi tra i fatti notori. E va aggiunto che è specialmente tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta, ossia nel momento storico in cui le teorie sull'art. 2 come fattispecie aperta si andavano affermando in maniera diffusa proprio nelle letture giurisprudenziali, che veniva a compimento quel percorso di crescita e di "protagonismo" che la magistratura organizzata aveva alimentato sin dagli anni Sessanta[59] sulla base di una concezione molto spinta del ruolo affidato al giudice *ex* art. 101 Cost. (giudice che amministra la giustizia «in nome del popolo» ed è soggetto «soltanto alla legge», ma può sollevare la questione di legittimità costituzionale) e sul supporto di innovazioni positive di non poco conto in merito alla posizione di ciascun magistrato (su tutte, quella volta a sganciare l'incremento della retribuzione dallo svolgimento effettivo di determinate funzioni[60]).

Ma a questo fenomeno ne va aggiunto senz'altro uno ulteriore: ci si riferisce al cd. "sistema di tutela multilivello dei diritti"[61], e quindi all'interazione con l'ordinamento oramai *aperto* (e, come si vedrà *infra*, *integrato*) di giurisdizioni nuove, di collocazione extra-statale e capaci di attrarre nel plesso normativo di loro competenza anche i giudici nazionali, vuoi quali attori fattivi dell'efficacia di quel sistema (si pensi allo strumento del rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia UE), vuoi quali interlocutori immediati della dialettica sullo scioglimento dei conflitti interpretativi per la verifica sulla prevalenza di quel medesimo sistema su quello di diritto interno (sia perché il giudice interno è anche giudice europeo e può "non applicare" il diritto nazionale incompatibile con quello sovra-nazionale *self executing*; sia perché è sempre quel giudice a dover districare la matassa delle sovrapposizioni tra diritto europeo, norme ricavabili dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, norme costituzionali[62]).

---

59 A partire dal Congresso di Gardone su *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione* (1965), sul quale v., recentemente, R. Ferrante, *Processi, magistrati, ideologie. Sessant'anni di giustizia in Italia 1965-2025*, Roma-Bari, Laterza, 2026, p. 28 ss.

60 Si allude alla nota legge 25 luglio 1966, n. 570 (cd. "Legge Breganze").

61 La letteratura, in materia, è amplissima. V. sul punto l'ottima sintesi di A. Cardone, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, 2011, p. 335 ss.

62 Come hanno chiarito le cc.dd. "sentenze gemelle" nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale.

Sicché l'attivismo giudiziale è diventato *pervasivo*, non solo per le ragioni che storicamente hanno animato l'evoluzione della magistratura italiana come corpo istituzionale impegnato *expressis verbis* nell'attuazione della Costituzione e, così, nella valorizzazione, in "polemica" con il diritto interno, anche del diritto (internazionale e/o sovranazionale) che si può dire "riconosciuto" dalla Costituzione stessa. L'attivismo giudiziale, soprattutto, si è popolato di tanti *altri* soggetti rilevanti (i giudici internazionali e/o sovranazionali), spingendo (studiatissimi e poco prevedibili) meccanismi di "dialogo tra le corti"[63], pure in contesti che si sarebbero potuti immaginare meno complicati.

Basti rammentare, al riguardo, la famosa vicenda del contenzioso *Germania v. Italia* dinanzi alla Corte internazionale di giustizia de L'Aja (che si è pronunciata il 3 febbraio 2012) sull'accertamento di una norma internazionale consuetudinaria (e quindi direttamente operativa nell'ordinamento repubblicano *ex* art. 10, comma 1, Cost.) circa l'irresponsabilità civile dello Stato per i danni cagionati dal suo esercito durante un conflitto bellico[64]: la vicenda si è sviluppata anche di fronte alla Corte costituzionale[65] ed *ex parte legislatoris*[66], con differenti e, ogni volta, sorprendenti "puntate"; ma essa ha anche reso evidente l'esistenza di un canale di strutturale condizionamento nella definizione della fisionomia costituzionale del diritto (fondamentale) alla tutela giurisdizionale *ex* art. 24, comma 1, Cost. e del margine di discrezionalità legislativa che al riguardo può (o deve) legittimamente esprimersi[67].

C) La terza variabile, infine, trae alimento dalle modalità con cui si è andata delineando la disciplina della condizione giuridica degli stranieri e dei diritti

---

63 In tema v. A. Ruggeri, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in *Consulta online*, n. 3/2018.

64 Cfr. F. Viganò, *La sentenza della Corte Internazionale di Giustizia sui crimini nazisti: illegittime le sentenze di condanna dello Stato tedesco*, in *Dir. pen. cont.* (7 febbraio 2012).

65 V. Corte cost. n. 238/2014 (pluricommentata: cfr., tra i tanti, R. Bin, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2016), nonché n. 159/2023 (sulla quale v. A. Jr Golia, *Dopo la disaggregazione. La sent. n. 159/2023 come "amministrazione diplomatica" tra argomentazione giuridica e giustizia costituzionale*, in *Nomos*, n. 3/2023).

66 Cfr. l'art. 43, comma 3, del d.l. n. 36/2022, conv. in l. n. 79/2022.

67 V., in proposito, l'acuta riflessione di M. Luciani, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, n. 1/2015.

che devono essere tutelati ai richiedenti asilo.

Pur senza voler approfondire lettura e applicazione del comma 2 e del comma 3 dell'art. 10 Cost.[68], è facile rievocare le direttrici evolutive di quelle discipline, e specialmente di quella sul diritto di asilo, che – non a caso per opera del potere giudiziario, e innanzitutto di una nota giurisprudenza della Corte di cassazione[69] – è stata integralmente cortocircuitata su di un sistema normativo integrato costituzionale-internazionale-europeo. Un sistema nel quale la condizione giuridica degli asilanti è stata assorbita nella condizione dei rifugiati e, così, nella condizione di titolari di diritti dell'uomo, quasi tutti di definizione extra-ordinamentale: o meglio, quasi tutti "sospesi" tra una speciale e cogente disciplina non interna e una concorrente, e per nulla indifferente, disciplina interna di matrice costituzionale.

È un raggiungimento che – al di là del rilievo sull'operazione strategica che la giurisprudenza ha svolto in tal senso, vista la latitanza storica del legislatore e l'incertezza palese e disorientante del dato testuale costituzionale[70] – meriterebbe molte spiegazioni. Ma si può sicuramente osservare che esso ha potenziato, negli interpreti, una sensazione via via più forte e radicata: quella, cioè, per la quale il novero dei diritti di cui può godere lo straniero, in quanto diritti inviolabili *ex* art. 2 Cost., si è andato allargandosi sensibilmente, diffondendo l'impressione che, con la sola eccezione dei diritti politici, la cittadinanza repubblicana non sia più un dispositivo di così chiaro confinamento; e che, anzi, sia necessario che il legislatore la ridefinisca meglio e, soprattutto, ne estenda le opportunità di condivisione, anche solo parziale o contingente, a tutti coloro che abbracciano fattivamente i valori e gli interessi repubblicani[71].

---

68 V., per un'introduzione agile, ma completa, P. Bonetti, *Art. 10*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani, *La Costituzione italiana*, I, Bologna, il Mulino, 2018, p. 76 ss.

69 A partire dalla sentenza Cass. Civ., SS.UU., 26 maggio 1997, n. 4674, fino all'ordinanza Cass. Civ., Sez. VI, 26 giugno 2012, n. 10686 (passando per le sentenze Cass. Civ., Sez. I, 25 novembre 2005, n. 25028 e Cass. Civ., SS.UU., 19 maggio 2009, n. 11535), in un percorso nel quale il diritto d'asilo come diritto costituzionale fondamentale e non comprimibile si è "trasformato" in diritto fondamentale di natura procedurale.

70 Sul quale v. sempre P. Bonetti, *Art. 10*, cit., p. 80 ss. Ma cfr. anche G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana: asilo, condizione giuridica, estradizione*, Padova, Cedam, 1992.

71 Secondo una traiettoria interpretativa desumibile da Corte cost., n. 119/2015.

Né vanno trascurati – sempre nella medesima prospettiva – i conflitti che oppongono il potere politico a quello giudiziario, visto che, proprio la cennata promozione sovranazionale/internazionale dello status di alcune categorie di stranieri, in assenza di mediazioni normative interne, conduce i giudici a massimizzare il loro attivismo, trasformando questioni di "amministrazione" del confine in questioni di "tutela" dei diritti e delle libertà fondamentali (si rifletta sulla vicenda, davvero sintomatica, della "battaglia" sull'individuazione dei cc.dd. "Paesi sicuri"[72], che peraltro si è poi riprodotta anche sul piano europeo, sollecitando l'intervento di "quel" livello di governo[73] e stimolando, però, anche un dibattito sulla potenziale applicazione della teoria dei controlimiti[74]).

Quest'ultimo punto permette di affermare che, in generale, anche al cospetto di ciò che si è rapidamente sintetizzato, oltre che sub C), anche sub A) e B), l'*apertura* della Repubblica in punto di individuazione di ciò che si deve garantire in tema di diritti di libertà e in merito all'ampiezza e all'intensità specifiche della relativa protezione, se da un lato è stato il fulcro determinante su cui la leva dell'attuazione costituzionale ha trovato il necessario punto d'appoggio, dall'altro è stato anche il veicolo istituzionale per l'enfatizzazione del *processo dialettico tra Legislativo e Giudiziario*.

Di più: questa apertura è stato anche un modo per realizzare un obiettivo di crescita democratica con strumenti e itinerari che non sono, tuttavia, del tutto coincidenti con talune opzioni dei Costituenti; *in primis*, con quella che, proprio all'art. 2 Cost., intende valorizzare al massimo grado la natura relazionale e sociale di tutti i diritti inviolabili, con ciò rimandando alla necessità di *discipline di mediazione, bilanciamento e contemperamento circostanziati*; calati, cioè, nella materialità e storicità della dimensione sociale, culturale e politica, sia quella dello Sta-

72 Anche su questo punto i riferimenti giurisprudenziali e le vicende normative e giurisprudenziali sono assai numerosi. Per un intervento che pone bene la dimensione e la tipologia dei problemi v. A. Cardone, *La designazione dei "paesi sicuri" tra disapplicazione (in luogo della Q.L.C.), separazione dei poteri e paventate regressioni illiberali*, in *Giur. cost.*, n. 4/2025, p. 1245 ss. Si tratta, peraltro, di un fenomeno oggetto di studio anche sul piano dell'analisi comparata: v., in proposito, M. Dicosola, *Diritto d'asilo "offshore" e Paesi sicuri, tra Legislatore, Esecutivo e Corti,* in *DPCE*, n. 4/2025, p. 891 ss.

73 Cfr. i regolamenti (UE) 2026/464 e 2026/463.

74 Cfr. G. Sichera, *Asilo e Paesi sicuri: modelli emergenti di esternalizzazione e controlimiti costituzionali*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2026, p. 219 ss.

to democratico come Stato rappresentativo (animato dai partiti *ex* art. 49 Cost.), sia quella corporativa dello Stato democratico come Stato-comunità.

5. (segue) integrazione europea

Un altro aspetto che consente sia di completare quanto da ultimo argomentato, sia di estendere il bilancio oggetto del presente contributo, riguarda il peso dell'*integrazione comunitaria* (poi *europea*), ponendo attenzione al fatto che anche un simile profilo è molto articolato e denso, e richiederebbe dunque analisi e considerazioni più dettagliate.

Semplificando al massimo grado, e pur nella consapevolezza che il processo di integrazione ha conosciuto nel tempo ispirazioni e fasi molto diverse[75], può subito annotarsi che, assumendo l'angolo visuale della Repubblica, l'avvio, per così, dire *pluri-organizzativo* (Cee, Ceca, Euratom) e dichiaratamente circostanziato e *funzionale* di quel processo – nonostante le sue spiccate diversità rispetto al modello che alcuni dei "padri" fondatori avevano a mente[76] – ha realmente garantito l'affermazione graduale di percorsi di rafforzamento della democrazia interna e di modernizzazione del Paese. E lo ha fatto nel segno di una inequivocabile cessione di sovranità: un carattere che, se per alcuni poteva essere chiaro sin dal principio[77], per tutti lo è divenuto passo dopo passo, specie seguendo gli sviluppi e i relativi cambi di impostazione (dagli anni Sessanta agli anni Ottanta) della giurisprudenza costituzionale (fino alla sentenza *Granital*[78]), impegnata ad ogni modo a inquadrare il fenomeno, già originariamente, sotto l'ombrello dell'art. 11 Cost.

---

75 Cfr. U. Villani, Istituzioni di Diritto dell'Unione europea, Bari, Cacucci, 20247, in part. p. 4 ss.

76 Si allude, sul punto, alla concreta prevalenza, in fase istitutiva, dell'approccio à la Jean Monnet-Robert Schuman, noto come politica dei piccoli passi. In ciò, tale approccio, che pure era condiviso anche da Alcide De Gaperi e Konrad Adenauer (che con Robert Schuman condividevano un più complessivo orizzonte culturale), si distingueva dal disegno (propriamente degasperiano) di costituire da subito una comunità di difesa e, per tale via, accelerare un processo "federalizzante" vero e proprio. V., in proposito, J.-D. Durand, Alcide De Gasperi e la Patria europea, in G. Tognon (a cura di), L'attualità di De Gasperi, cit., p. 59 ss.

77 F. Benvenuti, La Ceca, ordinamento sovrano, in Ordinamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, Padova, Cedam, 1961, p. 3 ss.

78 Corte cost., n. 170/1984. Sul punto v. A. Cossiri, Falsi paralleli. L'integrazione tra ordinamenti disomogenei di fronte alla Corte costituzionale, Torino, Giappichelli, 2025, p. 73 ss.

D'altra parte, come si è ricordato con l'evocazione del famoso discorso di Luigi Einaudi, l'orizzonte propositivo dei Costituenti che guardavano al di fuori dei propri confini era *in primis* quello europeo, non aveva a che fare esclusivamente con la ri-costituzione di un livello più efficiente di quello che aveva già rappresentato la Società delle Nazioni.

La prima lunga e importante stagione dell'integrazione (quella, cioè, caratterizzata dalla compresenza del modello pluri-organizzativo sopra ricordato), mentre andava provando che l'approccio dei "piccoli passi" riusciva a "spingere" nella società civile un favore via via crescente per l'apertura sempre più espressa dell'ordinamento e per il rafforzamento delle prerogative delle autorità collocate al di fuori del Paese, si caratterizzava per un *deciso ri-orientamento* di molte *formule di compromesso* contenute nella disciplina costituzionale[79]: ciò avveniva sia nella direzione dell'allocazione sovranazionale delle politiche concernenti alcuni diritti e libertà (quelli rientranti nell'orbita delle cc.dd. «libertà fondamentali» del mercato comune[80]), sia nel compresente e diffuso atteggiamento all'estensione nazionale, anche al di fuori di quelle politiche, di soluzioni e principi in quelle sedi espressi (mercé l'applicazione del principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost.[81]), così come alla pratica lettura ampliativa dei margini in cui riconoscere poteri alle isti-

79 Si pensi, ad esempio, al sostanziale "congelamento" di quanto stabilito nell'art. 41, comma 3, Cost., in merito ai poteri statali di programmazione e controllo, indirizzo e coordinamento, e così di intervento, nel mercato. Parte della dottrina, col tempo, prendendo atto delle esigenze di "neutralizzazione" istituzionale provenienti dall'Unione europea in merito alla regolazione del mercato, giungerà anche ad argomentare la sterilizzazione, se non addirittura l'abrogazione de facto, delle relative norme costituzionali: v., ad esempio, F. Merusi, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 159 ss.

80 Vale a dire, la libertà di circolazione delle merci, delle persone (ossia, dei lavoratori come delle imprese, in quest'ultimo caso sotto forma di «diritto di stabilimento)», dei servizi e dei capitali, che figurano, nel Trattato istitutivo della Comunità europea del 1950, quali «fondamenti» della nuova organizzazione (v. Parte Seconda del Trattato).

81 E anche con sistematiche eccezioni al principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri. Il caso, ad esempio, dell'adozione di direttive assai importanti in ordine all'armonizzazione delle discipline sulla tutela processuale nel settore degli appalti pubblici è di per sé eloquente. Per una chiara ricostruzione dell'impatto di queste discipline (con effetto cd. "di spill over") sulla configurazione generale della tutela giurisdizionale amministrativa v., per tutti, M. Protto, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, Giuffrè, 1997.

tuzioni di Bruxelles (per effetto del principio di cooperazione e dei meccanismi dell'interpretazione conforme, ma anche per diretto conio, da parte di dette istituzioni, della dottrina dei poteri impliciti[82] e, con essa, di una limitazione ai vincoli del cd. «principio di attribuzione»).

Sul piano sostanziale, inoltre, non c'è dubbio che gli effetti convergenti dell'affermazione di un mercato più ampio, delle politiche di coesione, del riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive capaci di rilanciare o realizzare meglio aspettative connesse all'affermazione costituzionale di specifici diritti e libertà hanno fatto sì che la maggioranza della popolazione italiana si andasse convincendo della bontà intrinseca di dinamiche istituzionali che avrebbero potuto soltanto arricchire le strade della Repubblica e le "promesse" di un maggiore e trasversale perfezionamento delle più generali condizioni di vita delle persone. Tanto più che, dinanzi a obiettivi sovranazionali di progresso e di protezione ormai colti in tutte le loro potenzialità, lo Stato stesso risultava ufficialmente "messo in mora" e "responsabile" (dal caso *Francovich*, a tutto tondo[83]), parendo, in questo modo, ancor più (e inesorabilmente) predicabile quella materiale *sovversione di rapporto* (la persona *viene prima* del potere pubblico) che si sancisce innovativamente nel cuore del motore repubblicano, ossia dei suoi principi irrinunciabili e connotanti (a partire da quello personalista *ex* artt. 2 e 3 Cost.).

Se si guarda, poi, più da vicino, alla dottrina giuspubblicistica – e amministrativistica, in particolare – si può osservare che, all'avvicinarsi dello stadio più maturo dell'integrazione che, sin dall'approvazione dell'Atto Unico Europeo (1986), ha preparato la svolta dei Trattati di Maastricht (1993) e Amsterdam (1997), con debutto dell'Unione europea, la tensione generale è stata all'evidenziazione del *valore perfezionativo del diritto europeo*, come fattore di spinta per riforme altrimenti difficili, per la promozione concreta di valori e interessi costituzionalmente rilevanti (*magis ut valeat*, per dirla altrimenti) e per il conseguimento di risultati, in termini di garanzia, tanto argomentati e desiderati quanto anco-

82 V. sempre U. Villani, *Istituzioni*, *cit.*, p. 95 ss.

83 Con l'affermazione della responsabilità civile dello Stato membro per inadempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea: v. la celebre pronuncia della Corte di giustizia, 19 novembre 1991, nelle cause riunite C-6/90 e C-9/90.

ra lontani dall'essere percepiti[84].

È proprio tra la fine degli anni Ottanta e la metà degli anni Novanta che. In Italia, e sia pur con ritardo rispetto a ciò che era già accaduto in altri Paesi, il *diritto amministrativo (comunitario e poi) europeo* assurge ad ambito di studi assai attenti e specializzati[85]. Ed è sempre in quel frangente che, anche per la coincidenza di ulteriori e pressanti motivi interni alle trasformazioni del sistema politico uscito dalla guerra e dalla Costituente (si pensi agli scandali politico-giudiziari di "Tangentopoli" e alla crisi della cd. "Prima Repubblica"), si può individuare un segmento determinante di transizione costituzionale assai spinta (con stimolo a cambiamenti che cominciano ad "esigere" anche riforme strutturali: nella disciplina dei partiti e delle competizioni elettorali come nella definizione della forma di governo[86]).

Se si presta attenzione anche a questi aspetti, ci si può accorgere che, per quanto concerne l'Italia, il percorso comunitario, nel suo farsi europeo, ha veramente rafforzato il rapporto strutturale tra diritto pubblico interno e diritto pubblico esterno[87], e ciò ben oltre le normali e note relazioni cui pensava Hegel all'inizio dell'Ottocento.

Le peculiarità del predetto percorso (che la Corte di giustizia, da *Van Gend en Loos*[88] a *Les Verts*[89], era riuscita a stressare in maniera molto puntuale) avevano attratto i singoli Stati che vi prendevano in una *forma di Stato* che quasi poteva dirsi autonoma e innovativa, quella dello *Stato membro*[90]: di un'organizzazione statuale, in altri termini, virtualmente rivista e vieppiù rivedibile, perché assorbita

---

84 In proposito, sia consentito rinviare a F. Cortese, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, in part. p. 349 ss.

85 V. sul punto la sintesi di E. Chiti, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2018[2], p. 66 ss.

86 Un "saggio-testimonianza" in questo senso è, tra i tanti, quello di G. Bognetti, *Il modello dello Stato sociale e il problema delle riforme della Costituzione italiana*, in Aa. Vv., *Per i 40 anni della Costituzione*, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 1989, p. 107 ss.

87 V. la profonda analisi svolta sul punto da G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006.

88 Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, in causa 26/62.

89 Corte di giustizia, 23 aprile 1986, in causa 294/83.

90 V. in proposito R. Toniatti, *Forma di stato comunitaria, sovranità e principio di sovranazionalità: una difficile sintesi*, in *DPCE*, n. 3/2003, p. 1552 ss.

in una *road map* sempre più ambiziosa; e, soprattutto, sempre più allargata alla ricomprensione, tra i suoi scopi, di obiettivi classici dell'ente a fini generali, e che, però, proprio in quanto tali, non potevano più ipotizzarsi soltanto come sinergici e migliorativi rispetto a quelli delle costituzioni nazionali. Il fatto che sin dall'inizio degli anni Settanta, al primo tornante di queste così grandi evoluzioni, la Corte costituzionale abbia inaugurato la famosa teoria dei «controlimiti»[91] segna quasi l'indizio di un implicito, ma primissimo, cenno di una fase successiva: quella della necessaria *riprogrammazione* dell'apertura repubblicana; di un'azione che, pur immaginata come confinabile nella logica del "caso per caso", si presenta già come elemento connotante di un futuro possibile.

È molto arduo, a questo punto, descrivere tutti gli eventi successivi. Anche se è chiaro che essi hanno contribuito a conclamare la pertinenza sempre più urgente della segnalata istanza di riprogrammazione.

Ciò che si può sottolineare è che, nel momento in cui con l'Unione europea si stringe ancor di più il legame tra l'apertura repubblicana e le sorti di specifiche istituzioni sovranazionali cominciano a emergere problemi di coordinamento ordinamentale forse al principio nemmeno ipotizzati; e forse un po' nascosti dal velo, per così dire, *ottimalistico* della stessa definizione testuale della disciplina costituzionale di cui all'art. 11 Cost. e della sua stessa "promozione visibile" (nel 2001) all'interno del rinnovato art. 117, comma 1, Cost.

Perché, se è vero che l'Unione si caratterizza da subito per l'edificazione di colonne che pongono le basi di un edificio capace di aggregare tutta la società europea[92], e che tra il 2001 (con l'approvazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e il 2007 (con il Trattato di Lisbona, e nonostante lo "stop" al progetto di Costituzione europea) il diritto primario dell'Unione si aggiorna moltissimo, sia sul piano dell'*assiologia costituzionale*, sia a livello di *funzioni e competenze* (cercando, cioè, mediante un rilancio del principio di sussidiarietà, l'affermazione esplicita di canali di riconoscimento atti a legittimarne sempre di più i poteri sovra-nazionali e a superare, quindi, le possibili diffidenze statali), è

91 Corte cost., n. 183/1973.

92 Che, non a caso, è stato raffigurato come un tempio poggiato su tre *pilastri*: 1. Comunità europee (mercato unico, politiche comuni, unione economica e monetaria); 2. PESC (Politica estera e di sicurezza comune); 3. GAI (Giustizia e affari interni).

altrettanto vero che le grandi crisi del nuovo Millennio (da quella economico-finanziaria a quella pandemica e, ancora, a quella del conflitto Russia-Ucraina), nel portare paradossalmente alla luce una sintomatica debolezza dei circuiti politici e di governo nazionali, hanno rivelato, nell'alternanza tra la sopravvivenza e il radicamento determinanti di spazi europei esclusivamente intergovernativi (anche a detrimento della tutela dei diritti fondamentali: si pensi alla giurisprudenza *Pringle*[93], per un verso, e alla diffusione delle politiche e degli strumenti – peraltro non ignoti alla storia del Continente – di rigida condizionalità nelle azioni di aiuto degli Stati membri in difficoltà[94], per altro verso) e l'adesione ad un nuovo metodo di grandi investimenti programmati e guidati "dall'alto" (esemplare il caso del *Recovery and Resilience Facility*-RFF[95], che ha costituito la base per il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza-PNRR, pur ricco di potenzialità[96]), il mancato completamento del processo politico-costituzionale dell'Unione e, più di ogni altra cosa, la connotazione squisitamente "adespota" del modello di Stato di diritto in essa consolidato.

A quest'ultimo proposito, basterebbe rammentare che cosa significasse, storicamente, l'espressione Stato di diritto nel continente europeo[97], e che cosa, invece, simile espressione sia venuta progressivamente ad incarnare nel corso del processo di integrazione istituzionale e giudiziaria di matrice sovra-nazionale.

Se nel primo caso essa era comunque connessa ad una certa idea di *struttura gerarchica della società politica*[98], nel secondo caso essa si è riconfigurata nella cornice di un ordinamento integrato che quell'idea ha posto in discussione onde affermare una *super-gerarchia esplicitamente concorrente*, se non alternativa. E,

---

93 Corte di giustizia UE, 27 novembre 2012, in causa C-370/12.

94 A. Somma, *Il governo delle condizionalità. Dal Piano Marshall all'Unione europea*, in C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti, C. Mainardis, *Scritti per Roberto Bin*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 433 ss.

95 Quale fulcro, approvato nel febbraio 2021, del piano *NextGenerationEU*: v. F. Fabbrini, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, il Mulino, 2022.

96 Sui cui si rinvia a F. Cortese, *Gestione dei fondi "RRF" e diritto amministrativo: sguardo di sintesi e di contesto*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2/2022, p. 361 ss.

97 V., per tutti, R. Bin, *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1149 ss.

98 V. G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 710.

nonostante tale affermazione si sia arricchita, con la menzionata Carta dei diritti del 2001, anche nella codificazione di un catalogo di diritti e di libertà che avrebbero dovuto certificare l'adesione dell'Unione a orizzonti di garanzia condivisi, è inevitabile osservare che il quadro assiologico così coniato non solo non si sovrappone sempre adeguatamente a quelli di matrice statale (o a quello di cui alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), ma si manifesta implicitamente come *sistema abilitante* per il rafforzamento di poteri istituzionali che hanno *finalizzazioni* molto pronunciate.

Per misurare, al di là di ogni astrazione, la rilevanza di questo fenomeno, è utile confrontare la non completa sovrapponibilità delle promesse di emancipazione sociale e democratica che troviamo tratteggiate negli artt. 2 e 3 Cost. e ciò che desumiamo essere gli obiettivi dell'Unione dall'art. 3 TUE. I lineamenti dei due "ecosistemi" normativi sono assai differenti: il primo afferma la priorità di un modello democratico partecipativo, con priorità di relazioni sociali e solidali, e con prefigurazione di una *comunità socio-politica* da costruire e coltivare per mezzo di quel modello e di quelle relazioni; il secondo mette al centro finalità specifiche, nelle quali spiccano, innanzitutto, quelle del veicolo del *sistema economico-produttivo*, e così della piena occupazione nel sistema stesso e del raggiungimento di *goals* di competitività massima nel progresso scientifico e tecnologico[99]. Sicché, a venire in gioco, a guardar bene, non è tanto l'antico dibattito sul deficit di democraticità dell'Unione; è, piuttosto, la problematica *compressione dei fini generali* dell'istituzione statale nell'alveo di *fini speciali* statuiti come cogenti e preminenti.

In quest'ottica, dunque, il *Rule of Law* europeo, lungi dal favorire necessariamente processi socio-politici di convergenza su tavole di valori condivise, mette sistematicamente in campo una dinamica diffusa di *conflitti* sull'individuazione della disciplina normativa volta per volta prevalente (statale, europea o, ancora, di derivazione internazionale[100]); una dinamica – che è stata anche definita

99 Cfr. specialmente l'avvio del par. 3 dell'art. 3 cit.: «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

in termini di *interlegalità*[101] – nella quale (ancora una volta) il Giudiziario tende a "fare premio" sul Legislativo e, più in profondità, sul circuito politico-rappresentativo. Sul punto, ogni riferimento alle sintomatiche e tormentate "puntate" del cd. "dialogo tra le corti" e dell'applicazione della (già ricordata) teoria dei controlimiti (dal *caso Taricco*[102] in poi) *non è* per nulla casuale.

Per rendersene conto, è sufficiente, solo incidentalmente, menzionare i più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale sulle relazioni tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale, così come espresse a riguardo del problema, spinoso, della cd. "doppia pregiudizialità" (vale a dire, delle ipotesi in cui una norma primaria statale si ponga in simultaneo contrasto con norme costituzionali e con norme del diritto primario dell'Unione europea)[103]: più precisamente, ci si può avvedere agevolmente che la Corte costituzionale ha assunto, da tempo, un contegno strategico, volto ad *allargare* o *restringere* le maglie dell'apertura repubblicana a seconda della contingenza, e alla ricerca di un *bilanciamento fluido* ed occasionalmente *efficiente* tra le prerogative nazionali e quelle sovra-statali.

Può senz'altro immaginarsi – come teorizzato, lucidamente, da autorevole dottrina[104] – che il cantiere di questo bilanciamento possa contribuire a farsi esso stesso "custode" virtuoso del modello democratico costituzionalmente prefigurato e garantito. È, tuttavia, certo, ai fini di ciò che interessa evidenziare in questo contributo, che, anche per le convergenti forze della relazione (in Italia storicamente delicatissima) tra giustizia e politica[105], il processo di integrazione europea ha connotato l'apertura extra-statale della Repubblica secondo direttrici profon-

---

100 Si rinvia a F. Cortese, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in questa *Rivista*, n. 2/2018, p. 99 ss.

101 Su cui v. E. Chiti, A. di Martino, G. Palombella (a cura di), *L'era dell'interlegalità*, Bologna, il Mulino, 2022.

102 Corte cost., ord. n. 24/2017 e sent. n. 115/2018. Si tratta di vicenda "pluri-attenzionata" dalla dottrina giuridica. In argomento, per osservazioni complessive di carattere sistemico, v., ad esempio, G. Riccardi, *Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali tra 'dialoghi' e 'monologhi'*, in *Discrimen* (12 aprile 2020).

103 Cfr. l'itinerario progressivo della giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, da Corte cost. n. 269/2017 a Corte cost., n. 71/2026.

104 M. Cartabia, *Custodi della democrazia. La Costituzione, le corti e i confini del politico*, Milano, Egea, 2026.

105 V., da ultimo, *R. Ferrante*, *Processi, magistrati, ideologie*, *cit.*, passim.

damente trasformative, ponendo, con ciò, interrogativi, in punto di definizione dell'equilibrio tra i poteri, che in passato – pur essendo ben prospettati, specie in termine di collaborazione trasversale[106] – parevano solo teorici (o financo troppo generici).

6. (segue) guerra

Di non minore rilevanza, nell'economia della presente analisi, è la connessione tra l'identità repubblicana e l'apertura internazionale *ex* art. 11 Cost. per ciò che concerne la concezione e la disciplina costituzionali dei conflitti bellici[107].

Si tratta, anche in questo caso, di un aspetto molto articolato. Per ciò che interessa in questa sede, è importante proporre due osservazioni:

A) La prima si svolge sul piano strettamente letterale e delle interpretazioni che, a quel livello, sono state volute dai Costituenti e presto condotte e coltivate dalla dottrina come dai protagonisti istituzionali della Repubblica.

In proposito, infatti, si può pacificamente registrare l'adesione della Costituzione del 1948 a un quadro ideale nel quale il *formale ripudio* del ricorso alla guerra si accompagna all'altrettanto ufficiale previsione di *formule di partecipazione* a (e di collaborazione con, oltre che di promozione di) organizzazioni internazionali nelle quali l'obiettivo della pace e della giustizia contempli la limitazione della sovranità statale.

Questo primo grado di lettura della "Costituzione internazionalistica" della Repubblica, se per un verso si allinea alle aspettative di una buona parte dei più autorevoli esponenti dell'Assemblea Costituente (il rinvio al discorso di Einaudi è valido anche, se non in modo ancor più pertinente, in questo contesto; ma i protagonisti furono molti[108]), dall'altra fotografa gli equilibri imposti dalle potenze vincitrici e il necessario rispetto del disegno istituzionale che quelle stesse potenze

106 V. soprattutto C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1975[9], p. 295 ss.

107 Per un recente sguardo d'insieme, v. M. Cavino, M. Malvicini, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2023. Ma cfr. anche il contributo di A. Cossiri, *Sub art. 11*, *cit.*, passim, nonché il classico lavoro di A. Cassese, *Art. 11*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *Art. 1-12. Principi fondamentali*, *cit.*, p. 565 ss., e P. Carnevale, *La Costituzione va alla guerra?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

108 V. *supra*, par. 2. Ma cfr. anche L. Carlassare, *L'art. 11 nella visione dei Costituenti*, in *Costituzionalismo.it* (11 febbraio 2013).

andavano organizzando con la creazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e con l'approvazione della relativa Carta istitutiva (1945).

In questo senso, si può affermare senz'altro che, pur nel bilanciamento con quanto previsto da altre disposizioni costituzionali (che l'ipotesi del conflitto bellico contemplano e disciplinano)[109], il rapporto tra guerra e Repubblica è informato, innanzitutto, a un principio di *reciproca incompatibilità*[110], operante già sul piano della definizione della forma di Stato[111], salvo le ipotesi in cui sia la Repubblica stessa ad essere oggetto di aggressione (in ciò coerentemente con l'art. 51 della Carta ONU, che fa salvo il «diritto naturale di autotutela individuale o collettiva»: dunque, è ammessa la guerra difensiva) e con esplicita esclusione di quelle in cui si tratti di prendere parte ad alleanze impegnate a promuovere la ricerca di soluzioni armate ad eventuali controversie tra Stati[112].

Il che significa che, sul piano internazionale, e sin dal principio, l'opzione repubblicana si lega indissolubilmente, a filo doppio verrebbe da dire, alle sorti di quei Paesi che decidano di condividere un'infrastruttura organizzativa capace di scongiurare, e laddove inevitabile, "sedare" in modo rigorosamente eccezionale e "amministrato" le degenerazioni violente delle politiche riconducibili all'espansione pericolosa ed offensiva della sovranità.

Si noti, però, che un tale assetto presenta una specie di ambiguità strutturale.

Da una parte, l'art. 11 Cost. accoglie in sé, e rilancia, le correnti politiche e "filosofiche" che, anche in Italia, si faranno sempre, e si fanno ancora, portavoce

---

109 Si pensi, quanto meno, all'art. 78 Cost., che disciplina la deliberazione dello «stato di guerra». Ma v. anche l'art. 87, comma 9, Cost., sul potere del Presidente della Repubblica di dichiarare detto «stato», nonché, almeno nella sua lettura originaria, l'art. 52 Cost., circa l'affermazione, in capo al «cittadino», del «sacro dovere» di «difesa della Patria». Sull'evoluzione di quest'ultima lettura cfr. Corte cost., n. 119/2015 cit., in tema di servizio civile e sua estensione agli stranieri regolarmente soggiornanti; ma cfr. anche *infra*, nel par. conclusivo.

110 Secondo la visione ben presto affermatasi: v., per tutti, M. Bon Valsassina, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1955, p. 85 ss.

111 Secondo la nota tesi di L. Carlassare, *L'art. 11 sulla pace e sulla guerra: quali garanzie?*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, Sez. V, *Scienze Giuridiche*, II, Ferrara, Università di Ferrara, 1988, p. 19 ss.

112 La guerra, infatti, viene esplicitamente esclusa, dall'art. 11, quale «mezzo di risoluzione delle controversie internazionali»: il punto è enfatizzato, ad esempio, da U. Allegretti, *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2005, p. 108.

di visioni dichiaratamente pacifiste, pre-costituendo, per questa via, un punto critico di confronto molto forte e "visibile" (*i.e.* già nel testo della Costituzione) per ogni tipo di decisione di Governo in ambito bellico, a prescindere, dunque, dalla maggioranza che le voglia accompagnare e rendere effettive[113]. Ed è in questa medesima traiettoria che deve leggersi anche la costante fiducia che l'ordinamento repubblicano ha rivolto al processo di costruzione progressiva di un sistema di giustizia internazionale capace di operare autonomamente ed efficacemente[114].

Dall'altro lato, tuttavia, la medesima disposizione, ammettendo a limitazioni convenzionali di sovranità, non nega totale cittadinanza alla possibilità che la Repubblica si impegni in operazioni belliche (non indica, cioè, alla Repubblica stessa una strada di, sia pur perfettibile, programmatica e trasversale neutralità); la può inscrivere, viceversa, in operazioni condivise con Stati che abbiano accettato di limitarsi a loro volta in organizzazioni ultra-statali connotate da finalità *ultime* di pace e di giustizia.

Giova ricordare, infatti, che, a prescindere da che cosa possa dirsi o meno *guerra* nel contesto internazionale[115], e proprio in virtù di questa seconda "gamba" della disciplina dell'art. 11, l'Italia si è vista coinvolta in *molteplici azioni sostanzialmente belliche* sotto l'ombrello delle ripetute e molteplici missioni internazionali approvate in sede ONU e al fianco degli alleati NATO, dando per tale via spazio a specifiche fattispecie di compartecipazione in teatri di guerra (*sub specie* di interventi armati a fini umanitari ovvero di operazioni di polizia internazionale), e pertanto – nonostante la fiera avversione di autorevoli giuspubblicisti[116] – configurando comunque una postura repubblicana in qualche senso accodata alla risalente e tradizionalissima distinzione tra *guerra giusta* e *guerra ingiusta*[117]. E

113 Sull'esistenza di un diritto di protesta contro la guerra v. G. Ferrari, *Guerra (stato di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 831.

114 L'Italia ha assunto un ruolo assai importante, e centrale, ad esempio, per la stipula del Trattato di Roma (1998), con il quale è stato approvato lo Statuto della Corte Penale Internazionale.

115 Questione rispetto alla quale occorre senz'altro guardare, innanzitutto, alle consuetudini internazionali richiamate dall'art. 10, comma 1, Cost.: cfr. A. Cassese, *Art. 11*, *cit.*, in part. p. 575 ss.

116 Oltre allo scritto di L. Carlassare, *L'art. 11*, *cit.*, p. 158 ss., v., ad esempio, anche V. Onida, *Guerra, diritto, Costituzione*, in *Il Mulino*, n. 5/1999, p. 958 ss.

117 In questo modo, ciò che appare formalmente ed espressamente escluso (la guerra come strumento di risoluzione di controversie) tende a "rientrare" nel novero delle possibilità

lasciando, da ultimo, alla *dinamica della forma di governo* lo scioglimento operativo degli snodi più problematici della distinzione, soprattutto per quanto attiene alla mappatura analitica di quanto spetta all'Esecutivo e di quanto dev'essere, invece, autorizzato dal Parlamento, soprattutto in presenza delle cc.dd. "missioni internazionali"[118].

B) La seconda osservazione non può che prendere avvio da quest'ultimo appunto, poiché, come è noto, oggi, lo studio della prassi e della dottrina consente di rilevare una certa opposizione[119] tra coloro che (nonostante sistematiche divisioni volte a circoscrivere ovvero ad interpretare con maggiore larghezza l'ambito repubblicano dei conflitti armati ammissibili[120]) ribadiscono con forza la cogenza della postura ora brevemente riassunta e coloro che, all'apposto, lasciano emergere la sopravvenienza di casi un po' singolari, vuoi per l'ampliarsi progressivo delle prerogative governative (anche in ragione delle trasformazioni indotte in punto di legislazione elettorale dall'avvento della "Seconda Repubblica" in poi), vuoi per l'esplicita tensione ad ammettere che l'Italia possa imboccare percorsi di guerra giusta anche senza la condivisione delle relative decisioni all'interno dell'ONU (l'episodio più citato, alla stregua di un vero e proprio *turning point*, è quello del bombardamento italiano in Kosovo, autorizzato nel 1999 anche dal Parlamento, nel quadro di operazioni della NATO).

Non è semplice prendere posizione tra i sostenitori di quest'ultima tesi, realista[121], e quelli delle (opposte) tesi (qualificate come) «normativiste» (o addi-

praticabili.

118 Regolate, oggi, dalla legge n. 145/2016, sulla quale v. P. Carnevale, *Guerra, Costituzione e legge. Qualche riflessione sul trattamento costituzionale della guerra anche alla luce della recente legge sulle missioni internazionali*, in *Dir. soc.*, n. 2/2019, p. 149 ss.

119 V., ad esempio, in P. Carnevale (a cura di), *Guerra e Costituzione. Atti del Convegno dell'Università degli Studi di Roma Tre del 12 aprile 2002*, Torino, Giappichelli, 2004, o in M. Dogliani, S. Sicardi (a cura di), *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, Torino, Giappichelli, 1999.

120 Secondo una dinamica (fin troppo nota) di riconduzione alla "guerra" di altre attività, più o meno correlate o funzionali (fornitura di armi, assistenza logistica o tecnologica, consulenza sulle condotte da tenere sul campo etc.): v. G. Ferrari, *Guerra (stato di)*, *cit.*, p. 832. È questa dinamica ad essere al centro delle oscillazioni del rapporto tra Governo e Parlamento.

121 Riprendendo con ciò la terminologia utilizzata da A. Cossiri, *Sub art. 11*, *cit.*, 91. Per le posizioni realiste, v., su tutti, G. de Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, il Mulino, 2004. Una critica, ad esempio, in una recensione di C. Pinelli,

rittura «ipernormativistiche»)[122].

Si può, però, sottolineare che, di fatto, per la prima l'assetto non disponibile dell'opzione internazionalistica della Repubblica non è legato esclusivamente alla scelta di una prospettiva di metodo e di organizzazione (cooperazione e condivisione): anzi, specie dopo l'11 settembre 2001, proprio le (sempre più diffuse e preoccupanti) crisi dell'equilibrio internazionale originario (e ruotante, per ciò che riguarda l'Italia, attorno alla NATO, all'ONU e, anche se in maniera più fragile, all'Unione europea) renderebbero, per così dire, recessiva quella prospettiva in favore della proiezione teleologica delle decisioni repubblicane, giustificandosi, in via di prassi internazionale, un attivismo (anche) unilaterale in quanto guidato dalle finalità di pace e giustizia. Il che equivale a sostenere, in altre parole, che il dovere repubblicano resta quello del ripudio della guerra, ma, al contempo, che la partecipazione (anche solo mediata) a operazioni belliche può svolgersi con autonome determinazioni, preferibilmente coordinate con quelle di altri Stati e, tuttavia, necessariamente correlate ad obiettivi costituzionalmente compatibili.

Le tesi più restrittive, diversamente, ritengono che l'opzione costituzionale sulla guerra non possa essere oggetto di simili processi di trasformazione sostanziale della Costituzione, e che, a rigore, l'eccezione al ripudio della guerra è praticabile solo ed esclusivamente nei contesti organizzati e funzionali che l'art. 11 prescrive: è un risultato interpretativo, questo, che, non solo, e all'evidenza, rende contra jus (sia sul piano internazionale, sia su quello interno) tutto ciò che le istituzioni repubblicane facciano o sostengano in senso contrario, ma è anche idoneo a suffragare l'idea che, per l'appunto, salve le poche eccezioni legittime, il divieto del ricorso alla guerra contribuisca a integrare una parte del nocciolo duro dell'identità repubblicana come identità protetta sul piano internazionale.

Va, poi, considerato che non è neppure facile corroborare l'una o l'altra impostazione seguendo la dialettica che, in più occasioni, ha caratterizzato le relazioni tra i diversi organi costituzionali: un ambito, questo, nel quale, se deve ribadir-

---

in *Dir. pubbl.*, n. 3/2004, p. 1157 ss.

122 Sempre facendo appello alla terminologia cit. alla nt. precedente. In proposito, v., ex plurimis, oltre agli Autori già citt. supra, a nt. 115, anche C. Pinelli (cit. supra alla nt. precedente), M. Dogliani, Il valore costituzionale della pace e il divieto della guerra, in P. Carnevale (a cura di), Guerra e Costituzione, cit., p. 37 ss., N. Ronzitti, Diritto internazionale dei conflitti armati, Torino, Giappichelli, 1998, p. 75.

si il tentativo via via costante dei Governi di farsi attori sempre più forti dei processi decisionali in materia, è altrettanto indubitabile che anche la Presidenza della Repubblica è intervenuta più volte, e non solo per farsi "arbitra" del dibattito pubblico o politico, ma anche per manifestare, dinanzi alle vicende più terribili degli ultimi anni (dall'invasione russa dell'Ucraina alla condizione dei civili nella striscia di Gaza), indirizzi di promozione di un approccio costituzionale per lo più cooperativo e multilaterale, oltre che di rilancio del ruolo delle istituzioni internazionali e del diritto internazionale in generale[123].

7. Conclusioni: essere e restare *in forma*

Alla luce della disamina svolta, si può senz'altro sottolineare che nell'assetto costituzionale repubblicano la relazione tra *esterno* e *interno*, pur se palesandosi a diversi gradi di intensità, ha rappresentato un fattore trasformativo di grande portata: da un lato, con realizzazione di *infrastrutture permanenti* di comunicazione tra ordinamento nazionale e livelli internazionale e sovra-nazionale, e con doveroso ancoraggio dell'immagine della Repubblica voluta dai Costituenti ad un processo di costante *riferimento a valori e interessi di matrice ultra-statale*, come a *istituzioni specifiche* che se ne facciano carico condiviso nella collaborazione con altri Stati; dall'altro, con traduzione di questo tipo di influenza sull'*equilibrio interno* dei poteri, in una dialettica nella quale il protagonismo crescente del circuito giurisdizionale si somma ad una crescita di attivismo da parte del potere esecutivo.

Ci si trova, pertanto, dinanzi a tensioni di non facile "governo", nelle quali è la stessa «forma repubblicana» (art. 139 Cost.) a ritrovarsi oggetto di una costante oscillazione.

Va precisato che questi sommovimenti non sono soltanto il risultato del rapporto tra interpretazioni costituzionali e prassi e indirizzi prescrittivi derivanti dall'esterno dell'ordinamento nazionale: essi sono anche il portato – utilizzando

123 Cfr., ad esempio, l'Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla XVI Conferenza delle Ambasciatrici e degli Ambasciatori d'Italia (18 dicembre 2023), reperibile online al seguente indirizzo: https://www.quirinale.it/it/discorso/intervento-presidente-repubblica-sergio-mattarella-xvi-conferenza-ambasciatrici-ambasciatori-d-italia (ultimo accesso: 1 ottobre 2026).

un linguaggio quanto mai contemporaneo – di mutazioni di carattere geopolitico[124], che, mercé la persistenza di molteplici e drammatici conflitti, hanno messo in discussione (invero da tempo) le istituzioni visibili edificate con la Seconda guerra mondiale quali effetti organizzativi del (già rammentato) processo di internazionalizzazione del diritto costituzionale[125].

In proposito è sufficiente richiamare la sintesi estrema, ma assai eloquente, fatta da Dani Rodrik, economista di fama mondiale, nel 2007, ossia al principio dello scoppio della prima grande crisi economico-finanziaria del nuovo Secolo[126].

In essa si evidenziava che le evoluzioni spinte della globalizzazione economica avevano interrotto, se non troncato, il funzionamento delle istituzioni internazionali volte al controllo sui mercati e sulle politiche monetarie, dando vita a un ecosistema nel quale è assai difficile, se non impossibile, che tre grandi obiettivi della statualità novecentesca (democrazia, sovranità nazionale, benessere economico mediato dalla globalizzazione) si possano conseguire simultaneamente. Anzi, Rodrik metteva altresì in luce la diffusione, per nulla sinergica, né efficiente, di tre modelli radicalmente alternativi e reciprocamente escludenti (quello della combinazione tra sovranità nazionale e benessere economico, ma senza democrazia: una formula che si traduce facilmente nella "ricetta", almeno apparente, di molte autocrazie; quello della combinazione tra democrazia e sovranità nazionale, ma senza benessere economico: una formula, del tutto opposta alla prima, che, tuttavia, marginalizza la comunità di riferimento dai vantaggi della globalizzazio-

---

124 Pur con l'avvertenza che si tratta di un ambito molto scivoloso, un'introduzione alla rilevanza dell'assunzione, anche da parte dei giuristi, di una simile ottica è offerta da P. Passaglia, *Geopolitica e diritto. Un legame trascurato*, Milano, FrancoAngeli, 2026. Che si voglia, o non si preferisca, adottare uno sguardo dichiaratamente geopolitico, è ad ogni modo chiaro che, come è stato bene osservato, dal Covid-19 in poi lo scenario dell'Occidente civilizzato si è popolato di «nuovi paesaggi», capaci di mettere in crisi larga parte delle categorie su cui si è fondata la sua stessa «modernità»: v., sul punto, la acuta analisi di A. Graziosi, *Occidente e Modernità. Vedere un mondo nuovo*, Bologna, il Mulino, 2023.

125 Un interessante tentativo di analisi di questa crisi si trova in O.A. Hathaway, S.J. Shapiro, *Gli internazionalisti. Come il progetto di bandire la guerra ha cambiato il mondo*, Vicenza, Neri Pozza, 2018, p. 413 ss.

126 D. Rodrik, *The inescapable trilemma of the world economy* (June 27, 2007), originariamente reperibile online presso il blog dell'Autore. V., poi, in Id., *The Globalization Paradox. Why Global Markets, States, and Democracy Can't Coexist*, Oxford, Oxford University Press, 2012. Sull'importanza di questa ricostruzione nel discorso sulla definizione della democrazia, si rinvia a F. Cortese, *Che cos'è la democrazia?*, *cit.*, in part. p. 27-29.

ne; e quello della combinazione tra democrazia e benessere economico, ma senza sovranità nazionale: che è il risultato che si potrebbe immaginare laddove vi fosse un "governo" globale della cosa pubblica o, quanto meno, di una dimensione "regionale" di un tale governo, impegnati entrambi nella cura dei bilanci e nella tutela dei diritti, ma senza reale partecipazione popolare).

Ma a prova dell'ampiezza degli sconvolgimenti geopolitici e del loro impatto sulle democrazie costituzionali – e quindi anche sulla Repubblica italiana *aperta* del 1948 – si può riprendere l'articolata e recentissima discussione sul presente «caos» internazionale[127], uno scenario nel quale è proprio l'appiglio costituzionale *esterno* ad andare espressamente in crisi: le relazioni tra gli Stati sembrano rifuggire le vie di razionalizzazione offerte dall'approccio organizzativo e dal metodo cooperativo sperimentato nel corso della seconda metà del Novecento, mettendosi altresì in dubbio anche la tenuta di sistemi di giustizia internazionale tanto faticosamente costruiti.

È una situazione, questa, nella quale non solo paiono realizzarsi le peggiori (e per vero risalenti) autorevoli profezie (su tutte, quella di Hans Morgenthau[128]) sulla riemersione delle politiche di potenza come connesse allo sviluppo scientifico-tecnologico, ma risulta addirittura strutturalmente violata – grazie alle ben più ampie fenomenologie della despazializzazione della giustizia[129] – la combinazione tra sovranità, popolo e territorio, nel senso che le politiche di potenza ora ricordate permettono ad alcuni Stati (come è accaduto, sia pur diversamente, nel caso Guillou o nel caso Aitala[130]; ovvero, in maniera quasi tragicamente simbolica, nel caso Pillay[131]) di agire unilateralmente a danno di cittadini di altri Stati e,

127 M. Flores, E. Fronza, *Caos. La giustizia internazionale sotto attacco*, Roma-Bari, Laterza, 2025.

128 H.J. Morgenthau, *L'eterno ritorno della politica di potenza*, cur. L. Zambernardi, Milano, Morcelliana, 2026, che raccoglie saggi scritti dal 1945 al 1975.

129 In argomento si vedano le belle e importanti pagine di A. Garapon, *La despazializzazione della giustizia*, Milano, Mimesis, 2021.

130 Giudici, entrambi, della Corte penale internazionale, ed entrambi oggetto di azioni ritorsive da parte, rispettivamente, di Stati Uniti e Russia. In argomento v. P. Benanti, *Il caso Guillou*, Milano, Berlusconi Editore, 2026.

131 Si allude al caso del Premio Nobel 2026, Navanethem Pillay, giudice della Corte Penale Internazionale: quasi contemporaneamente all'assegnazione del Premio, gli Stati Uniti hanno diretto contro la Corte una serie di sanzioni.

per tale via, anche (se non specialmente) in pregiudizio del funzionamento e della tenuta operativa delle istituzioni internazionali di garanzia. Senza dire del fatto che, con tutta probabilità, vengono drammaticamente al pettine i *caveat* che attenta dottrina d'Oltreoceano aveva sollevato già all'indomani della fine del secondo conflitto mondiale in ordine alla stessa emersione del processo storico di internazionalizzazione del diritto costituzionale: laddove si osservava, in altri termini, che l'impegno per la costruzione e la diffusione globali di un certo modello di Stato democratico andava in parallelo con l'affermazione di Esecutivi forti, con maggioranze ad essi fedeli e con conseguente e ricorrente manifestazione di ipotesi di mutazione informale degli assetti costituzionali interni[132].

Eppure, anche al cospetto di un panorama di questo tipo, la *forza generativa* del messaggio originario – che la *scelta* repubblicana e la sua decisa apertura ancora manifestano – sprigiona tuttora *chances* di riequilibrio (all'interno) e di coerente indirizzo prescrittivo (all'esterno).

Sul primo versante, l'opportunità più afferrabile, oggi forse più percepibile di quanto non lo fosse ottant'anni orsono, risiede nell'attitudine intrinsecamente *apprenditiva* che il dispositivo degli artt. 10 e 11 Cost. pone quale orizzonte ineludibile di tutte le istituzioni repubblicane.

Guardare necessariamente all'esterno e farlo con un *metodo specifico* altro non è, nel contesto attuale, che uno stimolo ad adattare il più possibile, e in maniera con quel metodo coerente, i comportamenti e le azioni di tutti gli organi costituzionali: che non possono che essere collaborativi nell'attuazione di un ordinamento che rimane aperto, dovendo "trovare" e "imparare" il rispetto dei reciproci confini in un quadro dichiaratamente (sistemicamente) più mobile che nel passato. La *responsabilità repubblicana*, in altri termini, lungi dal riuscirne ridotta, ne risulta ancor più esaltata[133].

---

132 V. specialmente la riflessione di E.S. Corwin, *Total War and The Constitution*, New York, Alfred A. Knopf, 1947. Per l'importanza di questa riflessione, e per la sua estrema attualità, si rinvia a F. Cortese, *Costituzione, guerra totale e fattori di trasformazione istituzionale di lungo periodo*, in *Antologia di Diritto Pubblico*, n. 1/2026, p. 137 ss.

133 È una sollecitazione, questa, che coinvolge moltissimo anche i profili concernenti la ridefinizione del sistema delle autonomie territoriali e dei rapporti, dunque, e più in particolare, tra Stato e Regioni (e Province autonome), poiché l'impatto di dimensioni che assumono sempre di più una rilevanza territoriale assai estesa ha senz'altro degli effetti su dispositivi di prerogativa locale che, in precedenza, in quanto basati sul confine amministrativo, parevano naturali o

Sicché potrà accadere, come del resto accade, che il Giudiziario *costringa*, legittimamente, gli altri poteri verso il rispetto di quei principi, anche di matrice ultra-statale, che la Repubblica ha sposato; così come potrà succedere che il Legislativo o l'Esecutivo, riappropriandosi della funzione che ad essi deriva dal fondamento rappresentativo dello Stato (in questo senso pare di poter interpretare la prassi decisionale sempre più frequente della Corte costituzionale[134]), si impegnino più continuativamente nel tradurre i suddetti principi in discipline interne capaci di *prevenire* l'intervento del circuito giurisdizionale.

Ciò va precisato perché, trattandosi di "essere" e di "rimanere" in "forma", la Repubblica non può permettersi di diventare regressiva: non può permettersi, cioè, anche dinanzi al suo carattere aperto, di assecondare cortocircuiti istituzionali o, peggio ancora, di agevolare itinerari di disgregazione del tessuto organizzativo che la connota, e che, pur nella sua pluralità, accetta, anzi postula, la sfida di un coordinamento costante e *formativo* sin dalla posizione, nell'art. 2 Cost., dei principi essenziali dello Stato-comunità; e così sin dalla prefigurazione di una partecipazione alla Patria repubblicana, all'interno come all'esterno, che, come ha ricordato la Corte costituzionale[135], è essa stessa aperta alle migliori contribuzioni di chiunque (italiano o straniero) intenda apportare il proprio bagaglio.

Dopodiché, sul piano dei conflitti bellici, poiché la bussola rimane pur sempre il *conseguimento condiviso di obiettivi di pace e giustizia*, l'adattamento apprenditivo e non regressivo delle istituzioni repubblicane implica, sul versante esterno, l'apertura soltanto nei confronti di quelle operazioni e iniziative che si presentino supportate da aggregazioni multilaterali, che contemplino un'adeguata e ragionevole partecipazione di tutte le parti, e che si impegnino per rafforzare o supportare le sedi del confronto internazionale e della risoluzione "terza" delle controversie.

---

scontati. In argomento, v. F. Cortese, *Regioni e leale cooperazione*, in *Le Regioni*, n. 1/2023, p. 31 ss., laddove, peraltro, si prende spunto da una riflessione di Gianfranco Mor, formulata in occasione dell'intervento militare italiano in Kosovo, già cit. *supra*. È, questa, una direttrice di "ragionamento", per così dire, evolutivo che pare essere stata intrapresa con forza "sistematica" anche dalla Corte costituzionale, specialmente nella sentenza n. 192/2024 in tema di regionalismo differenziato.

134 Come si argomenta in M. Cartabia, *Custodi della democrazia*, *cit.*, passim.

135 V. sempre Corte cost., n. 119/2015 cit.

Rinunciare a questo approccio equivarrebbe ad ammettere *tout court* il contrario di ciò che si voleva perseguire sin dalla fine della Seconda Guerra Mondiale, con "anticipazioni" che già si danno in modo assai vistoso[136].

A ben guardare, pertanto, e proprio da quest'ultimo punto di vista, l'assunzione di un tale, e coerente, posizionamento, per la Repubblica, altro non è che il *corrispondente*, sul piano esterno, del «compito» che essa ha ricevuto ex art. 3, comma 2, Cost.[137], dal momento che, come si è ricordato, è quell'obiettivo di emancipazione, rispecchiato in toto anche nella diffusione internazionale delle politiche democratiche emergenti in Occidente tra gli anni Trenta e gli anni Quaranta del Novecento, che – come si è visto – ha implicato la teorizzazione e la costruzione di infrastrutture condivise per la garanzia internazionale delle condizioni che lo possono rendere effettivo.

Lo ricordava Gaetano Salvemini in una delle sue più intense lezioni americane: tra le invarianti della tradizione democratica v'è senz'altro quella per cui «una data democrazia dovrebbe far causa comune con altre democrazie» [138], pena una contraddizione inesorabile, oltre che esiziale.

---

136 V. quanto osservato, quasi dieci anni fa, da O.A. Hathaway, S.J. Shapiro, *Gli internazionalisti*, *cit.*, p. 485: «Se trattiamo lo statuto delle Nazioni Unite come Schmitt trattò la Costituzione di Weimar, finirà che le eccezioni al divieto della guerra distruggeranno il nuovo ordine mondiale e tutto ciò cui ha dato vita. Se gli Stati Uniti insistono che, in deroga alla Carta dell'ONU, sia loro diritto ricorrere alla guerra per affrontare le emergenze, non possono impedire ad altri di arrogarsi le stesse prerogative: e ciò, a sua volta, mette a rischio l'intero sistema, che esige dagli Stati di ottemperare alla proibizione della guerra».

137 V., in tal senso, la suggestione di A. Apostoli, *Rileggendo* Guerra, diritto, costituzione *di Valerio Onida*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2024.

138 G. Salvemini, *Riesaminare la democrazia* (1940), in Id., *Sulla democrazia*, cur. S. Bucchi, Torino, Bollati Boringhieri, 2007, p. 115.

II
Contributi da altri ordinamenti

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Haideer Miranda Bonilla
Professore ordinario di diritto costituzionale Universidad de Costa Rica
haideer.miranda@ucr.ac.cr

La corte interamericana dei diritti umani. Alcune questioni attuali e sfide

The inter-american court of diritti umani. Alcune questions attuali e sfide

SINTESI

Il Sistema interamericano di protezione è il secondo sistema regionale ad essere creato. Questo studio si propone di delineare, almeno in termini molto generali, la struttura e le competenze degli organi che compongono il Sistema interamericano di protezione all'interno dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA), in particolare della Commissione interamericana e della Corte interamericana -organo giurisdizionale del sistema- nonché di individuare le principali differenze tra il sistema europeo dei diritti dell'uomo e il sistema interamericano. Successivamente, verranno analizzate una serie di questioni relative alla giurisprudenza della Corte interamericana, come il controllo di convenzionalità, il judicial dialogue con le giurisdizioni costituzionali della regione e il ruolo della pubblica amministrazione nel rispetto dei diritti riconosciuti dalla Convenzione americana. Infine, verranno analizzate alcune delle principali sfide che la giurisdizione interamericana si trova ad affrontare.

ABSTRACT

The Inter-American System of Protection is the second regional system to be created. This study aims to outline, at least in very general terms, the structure and powers of the bodies that comprise the Inter-American System of Protection within the Organization of American States (OAS), particularly the Inter-American Commission and the Inter-American Court—the system's jurisdictional body—as well as to identify the main differences between the European human rights system and the Inter-American system. Subsequently, a series of issues con-

cerning the case law of the Inter-American Court will be analyzed, such as the control of conventionality, the judicial dialogue with the region's constitutional courts, and the role of public administration in upholding the rights recognized by the American Convention. Finally, the study will examine some of the major challenges currently confronting the Inter-American jurisdiction.

PAROLE CHIAVE: diritti umani, sistema interamericano dei diritti umani, Corte interamericana dei diritti, dialogo tra le corti, controllo di convezionalità, pubblica amministrazione.

KEYWORDS: human rights, Inter-American Human Rights System, Inter-American Court of Human Rights, judicial dialogue, conventionality control, public administration.

INDICE: 1. Introduzione. 2. Il Sistema interamericano dei diritti umani. 3. Differenze tra il sistema europeo dei diritti e il sistema interamericano. 4. Alcune questioni attuali nella giurisprudenza de la Corte interamericana. 4.1. Il Controllo di convenzionalità. 4.2. Il dialogo tra la Corte interamericana e le corti costituzionali. 4.3. Il ruolo delle pubblica amministrazione nella tutela dei diritti contenuti nella Convezione americana. 5. Sfide della Corte interamericana. 6. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

La tutela dei diritti umani richiede un constate impegno a ogni livello nazionale e internazionale, sia da parte delle istituzioni sia da parte della società civile[1]. I tre sistemi continentali di protezione dei diritti dell'uomo abbiano radici in un medessimo macro – processo giuridico e politico a porta globale conmunemente definito *processo di regionalizzazione* dei diritti fondamentali della persona[2].

Il Sistema interamericano di protezione è il secondo sistema regionale ad essere creato. Questo studio si propone di delineare, almeno in termini molto generali, la struttura e le competenze degli organi che compongono il Sistema interamericano di protezione all'interno dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA), in particolare della Commissione interamericana e della Corte interamericana -organo giurisdizionale del sistema- nonché di individuare le principali differenze tra il sistema europeo dei diritti dell'uomo e il sistema interamericano.

1 S. Zappalà. *La tutela internazionale dei diritti umani. Tra sovranità e governo mondiale*, Bologna, Il Mulino, 2011.

2 L. Capuccio, A. Lollini, P. Tanzarella. *Le e corti regionali tra stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a controllo*, Napoli, Scientifica, 2012, p. 3.

Successivamente, verranno analizzate una serie di questioni relative alla giurisprudenza della Corte interamericana, come il controllo di convenzionalità, il *judicial dialogue* con le giurisdizioni costituzionali della regione e il ruolo della pubblica amministrazione nel rispetto dei diritti riconosciuti dalla Convenzione americana. Infine, verranno analizzate alcune delle principali sfide che la giurisdizione interamericana si trova ad affrontare.

2. Il Sistema interamericano dei diritti umani

In questa tematica è fondamentale analizzare, in modo molto generale, la struttura e le competenze degli organi che formano il Sistema interamericano di tutela esistente all'interno dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA).

Nel sistema interamericano dei dirittu umani due organi rivestono un ruolo fondamentale: la Commissione e la Corte interamericana dei diritti umani (Corte interamericana).

Il Sistema interamericano come sistema regionale di protezione possiede un carattere «complementare, sussidiario», motivo per il quale la vittima deve esaurire i ricorsi interni prima di presentare una denuncia alla Commissione interamericana[3]. Questa ha sede a Washington e riveste una funzione di filtro, essendo incaricata di emettere un rapporto di ammissibilità e stabilire se il caso possa essere portato a conoscenza della Corte interamericana, la cui sede si trova a San José, in Costa Rica, ragion per cui è nota anche come la "Corte di San José".

Sul principio di sussidiarietà, la Corte interamericana ha stabilito: *"Este principio de complementariedad (también llamado "de subsidiariedad") informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o*

3 Sul Sistema interamericano dei diritti umani la letteratura è vastissima: H. Faúndez Ledesma , *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005. S. García Ramírez *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, Tomos I –VI. C. Medina, C. Nash, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*, Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chila, 2007. R. Piza Escalante y G. Trejos Salas, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*. San José, Juricentro, 1989. *Ventura Robles Manuel. Estudios sobre el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*. Tomo I y II. San José, 2007.

complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos"[4] .

La natura complementare della giurisdizione interamericana significa: *"El carácter complementario de la jurisdicción interamericana significa que "el sistema de protección instaurado por la Convención Americana de Derechos Humanos, no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa*"[5] .

La Corte interamericana, dunque, non è competente ad esaminare le petizioni presentate da individui e organizzazioni. Queste devono essere presentate alla Commissione interamericana che è l'organo incaricato di ricevere e valutare le denunce di violazioni dei diritti umani commesse da uno degli Stati parte.

La Commissione interamericana è stata creata nel 1959 allo scopo di promuovere il rispetto dei diritti umani in tutti gli Stati membri e di servire come organo consultivo dell'Organizzazione. Ha la sua sede a Washington D.C. È un organo politico che opera nei confronti di tutti gli Stati membri dell'OSA e non solo di quelli che hanno ratificato la Convenzione Americana, in virtù del fatto che essa è stata creata dalla Carta dell'OSA, la cui ratifica determina l'adesione all'Organizzazione.

La Commissione è un organo fondamentale nel meccanismo di implementazione dei diritti umani nella regione. Le funzioni e le competenze che le sono

4 Corte intemericana dei diritti umani. Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 105, párr. 142. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 159.

5 Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 128.

oggi riconosciute sono frutto di un processo evolutivo che ha visto due momenti fondamentali in cui i poteri della Commissione sono stati estesi e il suo ruolo rafforzato. Durante la Seconda Conferenza Interamericana Straordinaria del 1965, tra le competenze della Commissione è stata aggiunta la possibilità di esaminare sia reclami che petizioni riguardanti specifici casi di violazioni di diritti umani. Con l'adozione della Convenzione americana sui diritti umani del 1969 e l'istituzione della Corte interamericana dei diritti umani sono state definite le funzioni e procedure di quest'ultima e della Commissione che ha mantenuto la facoltà di esaminare casi di paesi che non hanno ratificato la Convenzione[6].

Il lavoro della Commissione si articola su tre pilastri fondamentali: il sistema di petizioni individuali, il monitoraggio della situazione dei diritti umani negli Stati membri attraverso rapporti generali o tematici e l'attenzione alle linee tematiche prioritarie attraverso le relatorie specifiche[7]. Attualmente ci sono 13 relatori su: 1) diritti dei popoli indigeni; 2) diritti delle donne; 3) diritti dei migranti; 4) libertà di espressione; 5) diritti dei bambini; 6) difensori dei diritti umani; 7) detenuti ; 8) diritti delle persone di origine africana e contro la discriminazione razziale; 9) diritti delle persone lesbiche, gay, bisessuali, trans e intersessuali; 10) diritti economici, sociali, culturali e ambientali; 11) memoria, verità e giustizia; 12) persone con disabilità e 13) persone anziane. Questi ultimi tre relatori sono stati istituiti nel 2019.

La Commissione è composta da sette membri di diversa nazionalità, personalità di elevata statura morale e di riconosciuta competenza nel campo dei diritti umani. Tali membri vengono eletti dall'Assemblea Generale. Non è un organo permanente, ma dovrebbe esserlo.

Da parte sua, la Corte interamericana - organo giurisdizionale del sistema - è stata creata dalla Convenzione americana dei diritti umani, adottata dalla conferenza interamericana dei diritti umani, riunitasi a San José de Costa Rica il 22 novembre 1969. La Convenzione è entrata in vigore nel luglio 1978 e la Corte ha iniziato le sue funzioni nel 1979, nella sua sede a San José in Costa Rica. Il siste-

---

6 H. Miranda Bonilla, *Derechos Fundamentales en América Latina*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2015, p. 40 ss.

7 F. Gonzáles Morales, *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos*, en *Anuario de Derechos Humanos. Facultad de Derechos Humanos, Universidad de Chile*, núm. 5, 2009, p. 35.

ma europeo ha avuto molta influenza nella creazione del sistema interamericano.

La Corte di San José è composta da 7 giudici nazionali provenienti dagli Stati membri dell'OSA eletti, a titolo personale e su proposta degli Stati parte alla Convenzione americana, dall'Assemblea generale dell'OSA. I giudici della Corte non rappresentano gli interessi degli Stati che li propongono come candidati. Il loro mandato dura 6 anni ed è rinnovabile solo per un altro periodo.

La Corte si riunisce sia in sessioni regolari che speciali o "itinerantes" (che non si svolgono a San Josè ma in uno Stato che si propone come sede temporanea) solitamente almeno sette volte all'anno. Le decisioni vengono prese con un voto di maggioranza dei giudici presenti; il quorum per le delibere è di 5 giudici.

La giurisdizione interamericana ha fondamentalmente due funzioni, una contenziosa e una consultiva; inoltre, la Corte ha la facoltà di adottare misure provvisorie in casi di estrema gravità e urgenza. Quest'organo ha come principale funzione quella di emettere opinioni consultive e di decidere casi contenziosi dove si possa stabilire la responsabilità internazionale di uno Stato per la violazione della Convenzione americana[8]. Ciò unicamente per quegli ordinamenti che ne hanno accettato la competenza contenziosa, visto che esistono paesi membri dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA) che non lo hanno fatto, come Stati Uniti, Canada ed alcuni paesi dei Caraibi.

Questo fatto evidenzia l'esistenza di una giustizia interamericana di differente tipo e con diversi gradi di intensità, a seconda del paese dove si è prodotta la violazione di un diritto fondamentale[9]. L'ideale è che questa giustizia sia uniforme in tutto il continente americano, evitando disparità che incidono notevolmente sul diritto a una tutela giudiziaria effettiva.

La procedura contenziosa davanti alla Corte interamericana dei diritti umani può essere suddivisa in quattro tappe: a) la presentazione del caso da parte della Commissione e la produzione di documenti e prove da parte delle presunte

8 H. Miranda Bonilla, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en E. Velandia Canosa (Director Científico). Tendencias Contemporáneas del Derecho Procesal, Bogotá, Instituto de Posgrados, 2017, p. 337 ss.

9 C. Pizzolo, *Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana. El Proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, Buenos Aires, Ediar, p. 11 ss.

vittime e dello Stato presunto responsabile della violazione denunciata; b) discussione orale o udienza pubblica; c) presentazione di documenti allegati ed osservazioni finali delle parti e della Commissione e d) studio e formulazione delle sentenze. Successivamente, si ha la fase di esecuzione delle sentenze (supervisión de cumplimiento) che viene realizzata dalla stessa Corte IDU a differenza del Sistema Europeo di Protezione dei Diritti Umani dove sull'esecuzione delle decisioni vigila il Comitato dei Ministri. Un aspetto particolarmente delicato è la partecipazione della vittima. Formalmente, la giurisdizione interamericana non contempla lo ius standi degli individui, diversamente da quanto accade davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, con l'entrata in vigore del Protocollo n. 11. Di fatto, tuttavia, anche nel Sistema Interamericano è garantita un'ampia partecipazione delle vittime in tutte le fasi della procedura.

Nel secolo XXI, la Corte di San José affronta grandi prove. È importante, in particolare, che tutte le nazioni americane ne riconoscano la competenza contenziosa, in maniera da trasformare la stessa corte in un organo permanente come lo è la Corte europea dei diritti umani.

3. Differenze tra il sistema europeo dei diritti e il sistema interamericano

La prima differenza sta nell'accesso del singolo individuo alla giurisdizione. Nel sistema di protezione europeo, l'entrata in vigore del Protocollo numero 11, oltre a sopprimere la competenza della Commissione Europea dei Diritti Umani, ha introdotto la possibilità per la vittima di accedere direttamente allo "ius standi" davanti alla Corte EDU. Da parte sua, nel Sistema Interamericano, anche se non esiste un accesso diretto dell'individuo alla giurisdizione della Corte Interamericana, poiché la denuncia individuale deve superare il filtro di ammissibilità effettuato dalla Commissione Interamericana, la partecipazione delle vittime è comunque ampiamente garantita.

La seconda differenza si pone in relazione all'accettazione della giurisdizione contenziosa. Nel Sistema Europeo con l'entrata in vigore del Protocollo numero 11, gli Stati che aderiscono alla Convenzione Europea accettano automaticamente la giurisdizione contenziosa della Corte Europea dei Diritti Umani. Nel Sistema Interamericano gli Stati, oltre ad aver firmato la Convenzione americana, devono accettare la giurisdizione contenziosa della Corte Interamericana.

La terza differenza è che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è un organo permanente e quindi i suoi giudici si dedicano a tempo pieno alle sue funzioni, mentre la Corte Interamericana non è un organo permanente, ma svolge le sue funzioni in sessioni ordinarie e straordinarie, essendo questa una delle grandi sfide esistenti, poiché dovrebbe essere un tribunale permanente in cui i giudici si dedichino esclusivamente all'esercizio delle loro funzioni.

La quarta differenza è legata alle questioni di organizzazione e struttura dei tribunali internazionali. La Corte EDU è composta da un giudice per ciascun paese membro del Consiglio d'Europa, che attualmente ha 47 membri. La durata del mandato di giudice è di 9 anni, senza possibilità di rielezione. La Corte Interamericana è composta da 7 giudici, la cui nazionalità può essere di qualsiasi Paese facente parte dell'OSA e non necessariamente di quegli Stati che hanno accettato la giurisdizione contenziosa. La durata del mandato del giudice è di 6 anni con possibilità di rielezione per un pari periodo.

La quinta differenza riguarda la struttura delle due Corti.La Corte EDU ha subito una grande evoluzione a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo numero 14. È strutturata come segue: giudici unici, un comitato di tre giudici, diverse Camere, la Grande Camera – Grande Chambre – e l'Assemblea plenaria della Corte. Da parte sua, la Corte Interamericana, fin dall'inizio delle sue funzioni, è composta da 7 giudici, di cui uno esercita la Presidenza, e da un Segretariato che li assiste nell'esercizio delle loro funzioni.

La sesta differenza è relativa ai pareri consultivi, poiché nel sistema convenzionale europeo, con l'entrata in vigore del Protocollo n. 16, le "alte giurisdizioni" degli Stati che lo hanno ratificato possono presentare un parere consultivo quando hanno dubbi sull'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Questo può essere visto come un "riferimento alla convenzionalità", vale a dire un meccanismo istituzionale che rafforza il dialogo giudiziario tra giurisdizione convenzionale e nazionale. Nel Sistema Interamericano, la legittimazione a richiedere un parere consultivo è attribuita esclusivamente ad alcuni organismi e agli Stati dell'OSA e non alle autorità giudiziali nazionali. Ciò determina la mancanza di un meccanismo di dialogo giudiziario istituzionale tra la giurisdizione interamericana e le giurisdizioni nazionali.

Al settimo posto si può citare il controllo sull'esecuzione delle sentenze. Nel Sistema di protezione europeo questo compito è affidato al Comitato dei Ministri, cioè a un organismo esterno alla Corte che ha emesso la sentenza. Nel sistema interamericano, il controllo sull'esecuzione delle decisioni è svolto dalla

stessa Corte interamericana, che deve sottoporre all'Assemblea Generale dell'OSA i casi in cui uno Stato non ha rispettato le sue sentenze. Vi sono, infine, differenze su questioni giurisprudenziali legate, ad esempio, all'utilizzo della dottrina del margine di apprezzamento nazionale, ampiamente utilizzata nel sistema europeo, nonché a una maggiore attenzione, nel sistema interamericano, alle misure riparatorie, all'applicabilità delle norme sui diritti economici, sociali e culturali (DESC)e alla tutela degli anziani e delle, comunità indigene.

4. Alcune questioni attuali nella giurisprudenza de la Corte interamericana

4.1. Il controllo di convenzionalità

Uno dei meccanismi di cooperazione a livello interamericano tra le giurisdizioni è il controllo di convenzionalità, che opera su due piani[10]. Sul piano internazionale, esso è assicurato dalla Corte interamericana sin dall'inizio delle sue funzioni; sul piano interno, deve essere operato dai giudici nazionali, chiamati a verificare che le norme giuridiche interne siano compatibili con il

10 Sul controllo di controllo di convenzionalità esiste una vasta dottrina, tra cui: S. Albanese, (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008. V. Bazán, C. Nash, *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad,* Chile, Konrad Adenauer de Alemania 2012. E. Ferrer Mac – Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012. E. Ferrer Mac – Gregor, *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*, en H. Fix Zamudio, D. Valadés (coord.), *Formación y Perspectivas del Estado en México*, México, UNAM – El Colegio Nacional, México, 2010, p. 155 – 188. O. González Espinoza, *Acerca del "control de convencionalidad" por parte de los operadores de Justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional*, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vol. 56, julio – diciembre de 2012, San José, p. 215 – 271. C. Hitters. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, en Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales/Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, p. 109-128. H. Miranda Bonilla. *El control de convencionalidad como mecanismo de diálogo jurisprudencial en América Latina*, en Revista IUS Doctrina, núm. 12, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 2015. E. Rey Cantor, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008. A. Saiz Arnaiz, Alejandro, E. Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo. Jurisprudencial, Una Visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa, 2012. M. Ventura Robles, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos*, en Estudios sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Tomo II, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011, p. 385 – 416.

parametro di convenzionalità, secondo quanto disposto dagli articoli 1.1 e 2 della Convenzione americana.

In questo senso, la giurisprudenza interamericana, a partire dalla sentenza Almonacid Arellano v. Cile (2006) ha precisato il carattere ex oficio del controllo di convenzionalità e dell'obbligo di tutte le giurisdizioni nazionali ad effettuarlo, incluse le Corti costituzionali e supreme[11]. Tutto questo converte in pratica il giudice nazionale in un "giudice interamericano", motivo per cui il controllo di convenzionalità si considera la grande sfida a cui è sottoposto il giudice nazionale in America Latina.

I giudici della Corte interamericana hanno determinato un ulteriore profilo dell'obbligo di realizzare il controllo di convenzionalità, in relazione all'efficacia delle sue sentenze. In particolare, le sentenze dettate in un processo contenzioso contro uno Stato, implicano l'obbligo di conformarsi interamente alle stesse e non solo con la parte dispositiva, la ratio decidendi[12]. Questo adempimento coinvolge tutte le autorità nazionali, includendo le autorità giurisdizionali che in qualche modo potrebbero imporre ostacoli attraverso interpretazioni tendenti a restringere o a evadere quanto ordinato dalla Corte IDU. In relazione agli Stati non direttamente coinvolti nella controversia ma che hanno sottoscritto la competenza contenziosa, l'efficacia delle sentenze è invece indiretta ed è legata al vincolo del criterio interpretativo.

Sul tema del controllo della convenzionalità, un settore della dottrina latino-americana è favorevole ad un "controllo diffuso" nel quale il giudice nazionale possa non applicare norme non convenzionali o, addirittura, dichiarare la loro invalidità[13]. D'altra parte, un altro settore difende la tesi di un "controllo accentrato" , nel quale il giudice nazionale può presentare la questione di convenzionalità davanti alle Corti o ai Tribunali costituzionali[14]. La Corte IDU

---

11 Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, párr. 124.

12 Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 103 - 104.

13 Cfr. D. Álvarez Toledo, *El control de convencionalidad y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,* p. 35 – 58, en Cruz Martínez Mario (coord.). *Las nuevas voces de la democracia en México. Algunos temas sobre derechos humanos analizados desde las sentencias del máximo órgano de justicia del país*, México, Fontamara, 2015, p. 35 – 58.

14 H. Miranda Bonilla, Haideer, *El control difuso de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección*, en A. Crispín Sánchez Arturo (coord.), *Mecanismos Procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Peticiones y trámite en sede supranacional,* Lima, Gaceta Jurídica, 2024, p. 73 ss.

non ha mai imposto alle autorità nazionali un determinato modello di controllo della convenzionalità visto che si tratta di una scelta discrezionale di ogni Stato. Nella prassi esistono ordinamenti nazionali che hanno optato per un controllo di convenzionalità di carattere tendenzialmente "diffuso" come nel caso del Messico, che dà facoltà a tutti i giudici nazionali di realizzare il controllo di convenzionalità, potendosi arrivare perfino alla non applicazione, in un caso concreto, di norme ritenute non convenzionali; ed altri ordinamenti, come nel caso della Costa Rica, dove questo controllo è accentrato. Ciò è quanto emerge dalla giurisprudenza degli organi incaricati di verificare il controllo di costituzionalità, in particolare dalla Suprema Corte de la Nación del Messico e dalla Sala costituzionale della Costa Rica.

In questo senso, le Corti o Tribunali costituzionali – con indipendenzaindipendentemente dal modello di controllo della convenzionalità che si adotti - in pratica si comportano da "mediatori", visto che in qualche modo sono obbligati, con i legislatori nazionali, ad imporre la dottrina sovranazionale sui diritti umani alle altre autorità locali[15]. Per esempio, questo processo è realizzato dalla Sala costituzionale della Costa Rica quando il giudice ordinario richiede una consulta judicial di "convenzionalità" – acceso incidentale – per sopire i dubbi sulla compatibilità di una norma interna con il parametro di convenzionalità. Questa funzione mediatrice o interlocutoria comporta la risoluzione di quei conflitti giuridici che si presentino nell'interpretazione della Convenzione Americana e nell'applicazione degli standard di protezione sviluppati in giurisprudenza dalla Corte di San José da parte del giudice ordinario in quelle situazioni dove esistano criteri contradditori, con i quali si realizzi una funzione unificatrice o nomofilattica che tende a garantire sicurezza giuridica e la certezza del diritto. Questa funzione mediatrice, si riafferma, inoltre, in quei casi dove, rispondendo ai principi pro homine e libertatis, si offre un maggior livello di tutela di quello riconosciuto a livello interamericano.

D'altra parte, il giudice nazionale, nel compiere il controllo di convenzionalità, ha la possibilità di realizzare un'interpretazione conforme alla Convenzione Americana[16]. Lo studio dell'interpretazione conforme al diritto costituzionale, comunitario e convenzionale ci ha permesso di mettere in

15 R. Canosa Usera, P. Fernández Sánchez, J. García Roca, P. Santolaya Machetti. (coord.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 2012, p. 16.

16 Cfr. E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo. Jurisprudencial, Una Visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa, 2012.

evidenza come si valorizzi l'attività interpretativa del giudice nazionale. Nel sistema interamericano l'interpretazione conforme alla Convenzione Americana si converte, senza dubbio, in uno strumento che può dare impulso o favorire l'adempimento con una maggiore intensità del controllo di convenzionalità, visto che le autorità nazionali hanno l'obbligo di scegliere, tra le differenti interpretazioni, quella che rispetti la Convenzione Americana.

Questo approccio, formalizzato nella sentenza Radilla Pacheco v. Messico (2009) dalla Corte interamericana impone, invece di dichiarare l'incostituzionalità della normativa in quanto non convenzionale, che le autorità nazionali scelgano, tra le varie interpretazioni che si possono dare a una norma, incluse le norme di rango costituzionale, quella che rispetti le disposizioni della Convenzione Americana e i criteri interpretativi sviluppati dalla giurisprudenza interamericana. Così lo Stato può evitare di incorrere alla responsabilità internazionale e, cosa più importante, si prevengono le violazioni ai diritti fondamentali o vi si pone rimedio, già nella sede interna.

4.2. Il dialogo tra la Corte interamericana e le corti costituzionali

Nell'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nel sistema interamericano, si manifesta la formazione di una tendenza favorevole ad instaurare, tra gli ordinamenti nazionali ed internazionali, un circuito di cooperazione o influenza reciproca che si muove in una logica complessa, visto che non è estranea a conflitti ed eccessi. Prima di tutto, alcuni ordinamenti, attraverso clausole di apertura al diritto internazionale dei diritti umani, hanno riconosciuto un valore "sovra costituzionale" o "costituzionale" alla Convenzione Americana come risulta negli articoli costituzionali 36 in Guatemala, 93 in Colombia, 23 in Venezuela, 75 inciso 22 in Argentina e 74 inciso 3 nella Repubblica Dominicana. Negli altri ordinamenti, questo valore sovracostituzionale o costituzionale è stato riconosciuto a livello di giurisprudenza dal dinamismo delle giurisdizioni costituzionali come, per esempio, in Costa Rica e più recentemente in Messico, o ancora in ordinamenti dove la Convenzione Americana è giunta ad integrare il blocco di costituzionalità tale e quale lo hanno riconosciuto la Corte costituzionale della Colombia e la Sala costituzionale della Costa Rica. Ciò permette che gli individui possano ricorrere direttamente agli organi di giustizia costituzionale attraverso l'interposizione di un ricorso diretto, azione di tutela o habeas corpus dove si alleghi l'infrazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione americana o da un

altro strumento internazionale di protezione ratificato dallo Stato[17].

Nella giurisprudenza di alcune Corti o Tribunali costituzionali – Argentina, Colombia, Costa Rica e Perù - troviamo come si sia dichiarata l'incostituzionalità di una norma nazionale per essere contraria alla Convenzione americana o ai parametri interpretativi sviluppati nella giurisprudenza della Corte IDU, come per esempio è successo con leggi di amnistia, "punto final" o "obedencia debida" presenti in molti ordinamenti latinoamericani. Quelli ora esposti sono esempi che evidenziano il fenomeno dell'"internazionalizzazione del diritto costituzionale".

D'altra parte, la Corte IDU viene nutrendosi della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani come ha sottolineato in alcuni studi la Prof.ssa Groppi, e anche, in epoca più recente, della giurisprudenza delle Corti o Tribunali costituzionali della regione, in particolare nel formalizzare la dottrina del controllo di convenzionalità e dell'interpretazione conforme alla Convenzione Americana, che devono essere portati a compimento a livello interno[18]. Nella stessa maniera, l'uso ogni volta più frequente del metodo comparato e l'influenza della giurisprudenza costituzionale hanno consentito di risolvere casi che presentavano una grande difficoltà e che si riferivano alla discriminazione dell'orientamento sessuale e della fecondazione in vitro ("Atala Riffo" e "Artavia Murillo"). Quanto detto conferma il fenomeno della "costituzionalizzazione del diritto internazionale".

Nell'interazione tra la Corte interamericana e le Corti o Tribunali costituzionali della regione, si mette in evidenza il sorgere di un dialogo giurisprudenziale in costante evoluzione e perfezionamento, che ha come finalità la tutela effettiva dell'essere umano attraverso la creazione di modelli minimi di protezione e la tutela effettiva dell'essere umano in America Latina. In questo senso, un concetto di dialogo verticale in "senso ampio" il quale comprende non solo l'uso del diritto comparato e la citazione del diritto straniero nelle sentenze, ma anche "aspetti extra sistemici", tali come le sessioni itineranti che realizza la Corte IDU fuori dalla sua sede di San José , accordi di cooperazione con Corti o Tribunali costituzionali, organizzazione di seminari, congressi e attività di studio e approfondimento sulla struttura, funzionamento e modelli della

17 M. Miranda Bonilla Haideer. *Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad,* p. 66. ss

18 T. Groppi Tania, A. M. Lecis Cocco-Ortu Anna Maria, *Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?,* n Revista de Derecho Política, número 91, 2014, Madrid, UNED, p. 188.

giurisprudenza interamericana che mettono in evidenza l'esistenza di questo fenomeno, influendo sul suo consolidamento.

In particolare, si constata l'esistenza di "tribunali dialoganti" che hanno manifestato lungo gli anni una forte disposizione di apertura al dialogo verso la Convenzione Americana e la giurisprudenza interamericana. A proposito, si può fare menzione alla Corte suprema dell'Argentina, alla Corte costituzionale della Colombia, alla Sala costituzionale della Costa Rica ed al Tribunale costituzionale del Perù[19]. Nella recente sentenza numero 6247-2013 in un caso che riguardava la indipendenza della magistratura, la Sala costituzionale della Costa Rica ha fatto menzione espressa all'esistenza di un dialogo giurisprudenziale ed all'importanza del diritto comparato come meccanismo di integrazione. Così, fattori come l'esistenza di uno Stato costituzionale di diritto nel quale si garantisca l'indipendenza giudiziaria, la separazione dei poteri e la democrazia riconosciuti nella "Carta Democratica Interamericana" influiscono nel consolidamento di un dialogo giurisprudenziale in materia di diritti umani nella regione.

D'altra parte esistono "tribunali reticenti a dialogare", in particolare la Sala costituzionale della Corte suprema di giustizia del Venezuela che, nelle sentenze numero 1939-2008 e 1543-2011 non solo si è rifiutata di eseguire le sentenze emesse dalla Corte IDU allegando ragioni di "ordine interno e costituzionale" evidentemente non convenzionali, ma ha sollecitato l'Esecutivo nazionale affinché si procedesse a denunciare la Convenzione Americana, ciò che effettivamente è avvenuto, con un provvedimento reso ufficiale il 6 settembre 2012 e che ha avuto effetto a partire dal 10 settembre 2013, per cui la Corte di San José non potrà accettare, né trattare alcuna denuncia per fatti occorsi successivamente a questa data. Tutto ciò evidenzia come la relazione tra ordinamento "nazionale ed internazionale" non sia estranea a tensioni e conflitti; la cosa importante è che queste differenze non si trasformino mai in una "guerra tra le Corti", come è accaduto in Venezuela[20].

Nel sistema interamericano, il controllo della convenzionalità e l'interpretazione conforme alla Convenzione Americana si converte in uno strumento utile per il giudice nazionale ed interamericano per potenziare questo

19 H. Miranda Bonilla, *Diálogo Judicial en Derechos Humanos*, en *Cultura Constitucional y Derecho Viviente. Escritos en honor al profesor Roberto Romboli*, G. Gonzales Mantilla (coord.), Lima, Tribunal Constitucional del Perú. Centro de Estudios Constitucionales, p. 1615 ss.

20 Cfr. H. Miranda Bonilla, *Tensiones y conflictos entre las Cortes y Tribunales Constitucionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 160, enero-abril 2023, Universidad de Costa Rica y Colegio de Abogados de Costa Rica, p. 1 – 33.

"dialogo tra le Corti", il quale può divenire, a sua volta, un utile strumento per la creazione di un "ius commune latinoamericano" formato da principi, valori e diritti comuni nei paesi che formano il sistema.

È importante insistere sull'opportunità di intensificare un dialogo giurisdizionale critico, tangibile ed effettivo, non etereo, tra la Corte interamericana ed i rispettivi organi della giustizia costituzionale degli Stati che compongono il Sistema interamericano. Ciò con il fine che questi riconoscano le norme esegetiche impiegate dal Tribunale interamericano e che, a sua volta, quest'ultimo tenga in conto le osservazioni ed i suggerimenti che possano giungere dalle giurisdizioni costituzionali nazionali, con lo scopo del rinvigorimento progressivo del sistema di tutela dei diritti fondamentali della nostra area regionale.

4.3. Il ruolo delle pubblica amministrazione nella tutela dei diritti contenuti nella Convezione americana dei diritti

Nel sistema interamericano, lo Stato è l'entità primaria obbligata a garantire la tutela dei diritti. All'interno della struttura statale, la pubblica amministrazione riveste un ruolo centrale, in quanto organo preposto all'attuazione delle politiche pubbliche, all'applicazione delle norme giuridiche e al mantenimento di un rapporto diretto e costante con i cittadini. Per questo motivo, l'azione amministrativa deve essere condotta nel rispetto dei diritti umani.

La Corte interamericana ha stabilito che tutti gli organi statali, compresi quelli della pubblica amministrazione, hanno l'obbligo di rispettare e garantire i diritti sanciti dalla Convenzione americana, nell'ambito delle rispettive competenze. Tale obbligo non si limita al potere giudiziario, ma si estende a tutte le autorità pubbliche[21].

A questo proposito, ha indicato: *"La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención contempla el deber general de los Estados Partes de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, esta Corte ha*

21 Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 56.

reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos"[22].

Inoltre, il giudice interamericano stabilito "*toda autoridad estatal, funcionario público o particular que haya tenido noticia de los actos violatorios de derechos humanos deberá denunciarlo inmediatamente*"[23] y colaborar dentro del respectivo ámbito de sus competencias en la "*debida investigación de los hechos*"[24]. Pertanto, le autorità amministrative hanno il dovere di effettuare d'ufficio un controllo di convenzionalità nel svolgimento della sua atitvità Per il ammnistrativista *BREWER – CARIAS*, el control de convencionalidad debe ser ejercida por los funcionarios administrativos en sede de la Administración Pública, cuando el asunto que deban decidir esté regulado, además de por leyes, por tratados y convenios internacionales; en cuyo caso, por supuesto están sujetos al control de legalidad por parte de los tribunales contencioso administrativo[25].

Fin dalle sue prime sentenze nei casi Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz e Fairén Garbi, la Corte interamericana ha stabilito la responsabilità internazionale dello Stato dell'Honduras per le sparizioni forzate, gli interrogatori e le torture a cui le vittime sono state sottoposte dalle forze armate, nonché per l'omissione da parte delle autorità giudiziarie di indagare e punire i responsabili di tali gravi violazioni dei diritti umani. Per fatti simile sono stati condannatti altri Stato in cui ci sono stati governi dittatoriale in un determinato periodo storico.

Successivamente, nel caso Baena Ricardo e altri contro Panama (2001), relativo ai licenziamenti di massa di funzionari pubblici, la Corte ha indicato che le garanzie del giusto processo si applicano anche ai procedimenti amministrativi.

---

22 Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párr. 99.

23 Caso Anzualdo Castro vs. Perú, op. cit., párr. 65, y Caso García y Familiares vs. Guatemala, párr. 138.

24 Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 210.

25 A. Brewer-Carías. *Sobre el marco conceptual del control de convencionalidad: antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo*, en A. Brewer-Carías, E. Jinesta Lobo, V. Hernández Mendible, J. Santofimio Gamboa, *Estudios sobre el control de convencionalidad,* Caracas, Jurídica Venezolana, 2015, p. 112.

Nel caso Ivcher Bronstein control il Perù (2001) la giurisdizione interamericana ha stabilito che le decisioni amministrative non possono incidere arbitrariamente sui diritti fondamentali, come la libertà di espressione e il diritto di proprietà[26]. Nella sentenza Yatama c. Nicaragua (2005), è stato stabilito che le autorità amministrative elettorali devono rispettare i diritti politici e l'uguaglianza nella partecipazione politica[27]. Inoltre, nel caso Atala Riffo contro Cile (2012), è stato stabilito che le autorità amministrative e giudiziarie devono evitare decisioni discriminatorie basate sull'orientamento sessuale[28]. Nel caso López Mendoza contro Venezuela (2011), la Corte ha stabilito che un'autorità amministrativa non può limitare i diritti politici senza rispettare adeguate garanzie giurisdizionali[29]. Questo dimostra che le autorità pubbliche devono rispettare i diritti umani riconosciuti dalla Convenzione Americana sui diritti umani e hanno il dovere di effettuare nella sua attuzione un controllo di convencionalità per quanto questo non un compito esclusivo del giudice nazionale.

5. Sfide della Corte interamericana

La Corte interamericana in questi 45 anni ha compiuto importanti progressi nell'esercizio dei suoi poteri, in particolare, nella formalizzazione del controllo di convenzionalità, dell'applicabilità dei diritti economici, sociali e culturali, della tutela dei gruppi vulnerabili - all'interno dei quali si possono evidenziare le comunità delle popolazioni indigene, afro-discendenti, anziani, detenuti, bambini, donne -, della tutela dell'ambiente, dell'indipendenza della magistratura, nonché dell'orientamento sessuale, del riconoscimento dei nuovi diritti nell'ambito della Convenzione americana dei diritti dell'uomo, della giurisprudenza sulla libertà di espressione, sui diritti politici e sulle libertà sindacali, l'emergenza climatica, tra molti altri.

All'interno di questi temi, sottolineo l'evoluzione che la tutela degli anziani ha avuto nella sua giurisprudenza, che si è svolta in tre fasi, dapprima in modo indiretto, poi in modo più diretto, e, più recentemente, in modo

26 Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

27 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

28 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

29 Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

autonomo, diretto e specifico, sulla base della sentenza Poblete Vilches vs Chile, sulla tutela dei diritti alla salute, all'accesso alla giustizia, a una vita dignitosa, alla sicurezza sociale e alla pensione[30]. È interessante come il giudice interamericano abbia utilizzato le sentenze delle Corti costituzionali e dei tribunali supremi della regione che hanno riconosciuto una tutela speciale agli anziani, il che dimostra come il dialogo giudiziario sia utile per rafforzare gli standard di tutela in questa materia. Allo stesso modo, nella recente sentenza Professori di Chañaral y otros vs Chile, la Corte interamericana ha utilizzato la Convenzione Interamericana sulla Protezione dei Diritti Umani delle Persone Anziane, che rappresenta un importante passo avanti su questo tema.

A livello istituzionale, va sottolineata l'elezione di tre giudici donne nell'ambito dell'integrazione della Corte interamericana. È importante che nelle future nomine si possa raggiungere, tra l'altro, una pari rappresentanza , perché le donne costituiscono più della metà della popolazione del continente.

Per quanto riguarda le sfide, la giurisdizione interamericana deve avere garantito il budget economico per l'esercizio delle sue funzioni, e deve anche essere un tribunale permanente dove i giudici si dedichino esclusivamente alle loro funzioni, con una remunerazione economica adeguata e degna. Allo stesso modo, è importante che nella formazione del tribunale sia garantita la parità di genere. In questo senso, in un recente studio, la *ex* Presidenta Odio Benito ha giustamente evidenziato come sfide per il sistema giudiziario interamericano la parità di genere, la rappresentatività demografica, etnica e culturale, nonché la trasparenza nelle elezioni e la procedura inclusiva, partecipativa e democratica[31].

D'altro canto, è importante che un numero maggiore di Stati accetti la propria giurisdizione contenziosa, ciò rafforza senza dubbio lo Stato di diritto costituzionale nella regione, poiché è chiaro che nei paesi che non lo hanno fatto c'è un deficit di giustizia, mancando il controllo di una giurisdizione sovranazionale. Infine, ritengo che sia importante creare un meccanismo di dialogo istituzionale tra giudici interamericani e nazionali, ampliando la legittimazione affinché le giurisdizioni supreme e costituzionali degli Stati possano richiedere pareri consultivi quando hanno dubbi sull'applicazione e sull'interpretazione delle norme della Convenzione Americana sui Diritti Umani e gli altri strumenti che costituiscono il parametro di convenzionalità.

---

30 Cfr. H. Miranda Bonilla. *La tutela de los adultos mayores en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Revista Ivstitia, año 26, núm. 303 julio-setiembre 2022, Universidad para la Cooperación Internacional, Costa Rica, p. 25 – 42.

31 https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/apertura/aj_2020.pdf

È inoltre essenziale creare un meccanismo di "rinvio di convenzionalità" tra la Corte interamericana e i giudici costituzionali e supremi con una procedura chiara e precisa circa le sue condizioni di applicabilità e i suoi effetti[32]. Ciò rafforzerebbe senza dubbio il principio di sussidiarietà e di complementarità, nonché il controllo diffuso delle convenzionalità e quindi del patrimonio costituzionale latinoamericano nel campo dei diritti umani.

Ci sono sfide importanti in una società latino-americana sempre più disuguale a livello sociale ed economico con alti tassi di povertà, come la discriminazione contro i gruppi vulnerabili e i gravi attacchi alla libertà di espressione, ai difensori dei diritti umani, ai migranti. A ciò si aggiungono i gravi attacchi all'indipendenza giudiziaria in El Salvador, la recente riforma costituzionale approvata in Messico e l'esistenza di un arretramento democratico nella regione, le quali sono anche sfide per il diritto costituzionale globale come ha ricordato in un recente articolo la professoressa Groppi[33].

A ciò si aggiungono le questioni ambientali e il cambiamento climatico, nonché le sfide poste dai progressi scientifici e tecnologici come l'intelligenza artificiale. È per questo motivo che la Corte di San José ha un ruolo fondamentale nella difesa dei diritti umani e dello Stato di diritto costituzionale.

6. Osservazioni conclusive

Il presente studio ha fornito un'illustrazione di carattere introduttivo della struttura e dell'organizzazione del Sistema interamericano dei diritti umani interno all'Organizzazione degli Stati Americani. In particolare delle principali funzioni della Commissione e della Corte interamericana.

Lo studio della giurisprudenza della Corte interamericana nell'arco di oltre 46 anni evidenzia l'esistenza di un ampio corpus iuris in materia di diritti. Storicamente, in un primo momento, la Corte ha fatto fronte al difficile compito di conoscere casi relativi a violazioni sistematiche, come sparizioni forzate, esecuzioni stragiudiziali, massacri, torture e trattamenti disumani, commesse dai regimi dittatoriali presenti, per vari decenni, in America Latina. L'aver stabilito che leggi di amministia, leggi di "punto final" e di "obedencia debida" sono prive di effetti giuridici e che gli Stati hanno il dovere di investigare e punire i

32 H. Miranda Bonilla. *La necesidad de crear un reenvío de convencionalidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Revista Judicial núm. 139, diciembre del 2025, Corte Suprema de Justicia, San José, p. 166.

33 Cfr. T. Groppi, *Del constitucionalismo global a los nuevos autoritarismos. Desafíos para el derecho comparado* en Revista Derecho del Estado, vol. 58, dic. 2023, Bogotá, p. 5 – 27.

responsabili delle violazioni segna un grande avanzamento nella lotta all'impunità e nella costruzione delle basi di uno stato di diritto nella regione.

Progressivamente, gli ordinamenti nazionali hanno modificato i propri sistemi di tutela, superando gli elementi autoritari e, al contempo, sono cambiate le tematiche relative ai casi portati a conoscenza della Corte nella sua funzione contenziosa, le quali non si limitano ai soli diritti civili e politici, ma riguardano anche i gruppi vulnerabili, l'indipendenza dei giudici nazionali, i diritti economici, sociali e culturali (DESC) e i "nuovi diritti", come la tutela dell'ambiente, l'emergenza climativa e temi relativi alla bioetica e alle nuove tecnologie. In questa tutela dei diritti hanno un ruolo tutte le istituzione dello Stato, in particolar modo la pubblica amministrazione cosi come il giudizie nazionale, in tanto somo i primi attori in garantire la tutela dei diritti contenuti nella Convenzione americana.

Il futuro del costituzionalismo latino-americano dipenderà da come verranno sviluppate istituzioni capaci di andare oltre quelle attuali, nel lungo termine. In questo modo si potranno garantire i diritti delle generazioni future, attraverso un discorso in cui si riconosca l'importanza, insieme ai diritti, dei doveri. Tra le istituzioni che hanno contribuito a promuovere il consolidamento dello stato di diritto attraverso la tutela dei diritti umani c'è, senza dubbio, la Corte interamericana.

III
Altri sguardi sul potere

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Matthias Theodor Vogt
Prof. Dr. phil. Dr. habil. Dr. iur. h.c. Direttore generale, Istituto per le infrastrutture culturali della Sassonia. Professore ospite alla Pontificia Università Gregoriana, Facoltà di Scienze Sociali, 00187 Roma, Italia
vogt@kultur.org

Böckenförde revisited

Sintesi

Il contributo esamina la genesi, i contesti storici e la ricezione del celebre «teorema di Böckenförde» («Lo Stato liberale e secolarizzato vive di presupposti che esso stesso non può garantire»), formulato da Ernst-Wolfgang Böckenförde durante i seminari estivi di Ebrach nel 1964. L'autore ricostruisce la fitta trama di influenze che caratterizzano il teorema, suddividendole in tre contesti principali: il retroterra storiografico e di storia costituzionale dello stesso Böckenförde, il clima intellettuale dei seminari di Ebrach — segnato dal confronto con il pensiero di Carl Schmitt — e le discussioni coeve del Concilio Vaticano II sulla libertà religiosa (Dignitatis humanae). Attraverso un'analisi che spazia dalla storia medievale (da Gregorio VII a Federico II) fino alle sfide della democrazia contemporanea, del cyberspazio e dei fondamentalismi politici, il saggio riflette sui limiti dell'autonomia statale, sulla centralità della coscienza individuale e sulla fragile tenuta dei presupposti morali ed etici su cui si fonda lo Stato liberale.

Abstract

This paper examines the genesis, historical contexts, and reception of the famous "Böckenförde theorem" ("The liberal, secularized state lives on preconditions which it cannot guarantee itself"), formulated by Ernst-Wolfgang Böckenförde during the Ebrach summer seminars in 1964. The author reconstructs the complex web of influences behind the theorem by dividing them into three main contexts: Böckenförde's own historiographical and constitutional-historical background, the intellectual climate of the Ebrach seminars — marked by engagement with Carl Schmitt's thought — and the contemporary debates of the Second Vatican Council on religious freedom (Dignitatis humanae). Through an analysis ranging from medieval history (from Gregory VII to Frederick II) to the

challenges of contemporary democracy, cyberspace, and political fundamentalisms, the essay reflects on the limits of state autonomy, the centrality of individual conscience, and the fragile foundation of the moral and ethical presuppositions upon which the liberal state rests.

PAROLE CHIAVE: Paradosso di Böckenförde, Stato liberale e secolarizzato, Secolarizzazione e democrazia, Carl Schmitt, Libertà e coscienza

KEYWORDS: Böckenförde theorem, Liberal and secular state, Secularization and democracy, Carl Schmitt, Freedom and conscience

INDICE:1. Il testo. - 2. I tre contesti del teorema 'paradossale'. - 3. Il dibattito di Ebrach tra Böckenförde e Schmitt. - 4. Böckenförde oggi.

1. Il testo

Il cosiddetto «paradosso di Böckenförde» è senza dubbio il teorema più famoso delle scienze politiche culturali di lingua tedesca (Heribert Prantl lo definì «l'E = mc^2 della dottrina del diritto costituzionale»)[1] – e, al tempo stesso, probabilmente quello meno compreso nella sua dimensione storica.

Di solito viene citata una singola frase:

Lo Stato liberale e secolarizzato vive di presupposti che esso stesso non può garantire.

A volte anche due frasi:

Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist.

Lo Stato liberale e secolarizzato vive di presupposti che esso stesso non può garantire. Questa è la grande sfida che esso ha intrapreso in nome della libertà.

L'intero paragrafo – tratto dal suo saggio «La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione» (tenuto ai corsi estivi di Ebrach nell'ottobre 1964, pub-

1 Prantl, Heribert: *Der Grundgesetzliche. Ernst-Wolfgang Böckenförde, der große Rechtsgelehrte, ist gestorben. Ein berühmter Satz von ihm aber hat das ewige Lebe*n [Böckenförde, il grande giurista, è venuto a mancare. Una sua famosa frase, tuttavia, ha vita eterna]. Süddeutsche Zeitung München, 25. Februar 2019, https://www.sueddeutsche.de/politik/nachruf-der-grundgesetzliche-1.4345184. Citato da: Mangold, Anna Katharina: Il dictum di Böckenförde, VerfBlog, 9 maggio 2019, https://verfassungsblog.de/das-boeckenfoerde-diktum/, DOI: 10.17176/20190517-144003-0.

blicato nel 1967 nella raccolta in onore di Forsthoff) [2] – e soprattutto il paragrafo precedente recitano:

> [111] Ancora più attuale è un'altra questione. Da cosa vive lo Stato, in cosa trova *la forza che lo sostiene e ne garantisce l'omogeneità, nonché le forze interne di regolazione della libertà* [enfasi del recensore], di cui ha bisogno, ora che la forza coesiva derivante dalla religione non è più, né può più essere, essenziale per esso? Fino al XIX secolo, infatti, in un mondo interpretato dapprima in chiave sacrale e poi religiosa, la religione era sempre stata la forza coesiva più profonda per l'ordine politico e la vita dello Stato.

È possibile fondare e mantenere la moralità in chiave immanente e laica? Lo Stato può fondarsi su una morale naturale? In caso contrario, può – indipendentemente da tutto ciò – basarsi sulla realizzazione delle aspettative di vita eudemonistiche dei propri cittadini? Queste domande riconducono a una questione più profonda e di principio: fino a che punto i popoli uniti dallo Stato possono vivere esclusivamente della garanzia della libertà dell'individuo, senza un legame unificante che preceda tale libertà?

Il fenomeno della secolarizzazione fu al tempo stesso un grande processo di emancipazione, l'emancipazione dell'ordine secolare dalle autorità e dai vincoli religiosi tradizionali. Trovò il suo compimento nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Essa pose l'individuo in relazione a se stesso e alla propria libertà. Ciò comportò però, in linea di principio, il problema di una nuova integrazione: gli individui emancipati dovevano ricongiungersi in una nuova comunanza e omogeneità, affinché lo Stato non cadesse nella dissoluzione interna, che avrebbe poi portato a un cosiddetto controllo esterno totale. [...]

Ma nemmeno l'intero paragrafo illustra ancora il contesto da cui Böckenförde ha sviluppato il suo teorema e senza il quale la frase rimane incomprensibile.

---

2 Doehring, Karl et al. (ed.): *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Festgabe für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*. W. Kohlhammer Verlag Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967. *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*. Von Prof. Dr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Heidelberg, pp 75-94. Hier zitiert aus der Aufsatzsammlung Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zu Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Suhrkamp Frankfurt am Main [1]1991, pp 92-114. Il teorema si trova a pag. 112. Tra le traduzioni disponibili in lingua italiana, cfr. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Morcelliana, Brescia, 2026.

2. I tre contesti del teorema 'paradossale'

Nato nel 1930, Ernst-Wolfgang Böckenförde perse una gamba in un incidente in tram nel 1943 (il che, come mi disse una volta, lo salvò dall'essere sacrificato sul «fronte interno») e dopo la guerra decise di intraprendere un doppio percorso di studi giuridici e storici a Münster e Monaco di Baviera, che concluse nel 1949 -1953, integrati da studi di filosofia. Conseguì per primo il titolo di *doctor iuris* (nel 1956 a Münster con Hans J. Wolff, esperto di diritto pubblico e amministrativo); [3] in secondo luogo, il dottorato in storia (nel 1960 a Monaco, con lo storico Franz Schnabel).[4] Nel 1964 ottenne l'abilitazione a Münster in diritto pubblico, storia del diritto e delle costituzioni, nonché filosofia del diritto[5] e, ancora nel 1964 – ovvero nell'anno del suo teorema – fu nominato titolare di una cattedra in tali materie presso l'Università Ruprecht-Karl di Heidelberg. Il teorema di Böckenförde si comprende appieno solo alla luce di questo duplice contesto, caratterizzato dal suo interesse sia storiografico che di storia costituzionale.

Un secondo contesto è costituito dalla configurazione del corso estivo di Ebrach nell'ottobre 1964. I seminari estivi di Ebrach rappresentavano un luogo informale, in cui rappresentanti di diverse discipline si confrontavano su questioni fondamentali relative allo Stato, all'ordine politico e alla modernità sociale. Florian Meinel ha ricostruito questi incontri come espressione del dissenso di una comunità intellettuale che si contrapponeva con la crescente specializzazione del mondo accademico universitario.[6] I 15 seminari estivi scientifici di Ebrach, tenutisi dal 1957 al 1971, furono organizzati privatamente dal costituzionalista di

---

3 con una tesi sul tema «Legge e potere legislativo»; si noti che, non essendo esplicitamente incentrata sul diritto ecclesiastico, non consentiva di conseguire il titolo di *doctor utriusque iuris*, bensì quello di *doctor iuris*.

4 con una tesi di storia dal titolo « Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert [La ricerca sulla storia costituzionale tedesca nel XIX secolo]», conseguendo il titolo di *doctor philosophiae*.

5 con una tesi sul tema «Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland [Il potere organizzativo nell'ambito del governo. Uno studio sul diritto costituzionale della Repubblica Federale di Germania]».

6 Meinel, Florian (2011): „Die Heidelberger Secession. Ernst Forsthoff und die Ebracher Ferienseminare". In: *Zeitschrift für Ideengeschichte* 5 (2), S. 89–108. DOI: 10.17104/1863-8937-2011-2-89.

Heidelberg Ernst Forsthoff e si svolgevano in condizioni spartane presso il Klosterbräu. Si contraddistinguevano per un mix a tratti esplosivo tra l'élite intellettuale conservatrice e giovani accademici selezionati con cura (soprattutto dell'Università di Heidelberg), per lo più circa 20 partecipanti. Gli allievi di Carl Schmitt (la «Scuola di Schmitt») si incontravano con i pensatori del leggendario Collegium Philosophicum di Joachim Ritter (Scuola di Münster). L'elenco dei partecipanti del 1964 si legge in parte come un Who -is-Who della futura intelligenzia tedesca, sia di destra che di sinistra.[7]

Già nel 1957 Forsthoff invitò Böckenförde, appena laureato, al primo seminario di Ebrach e nel 1964 contribuì in modo determinante affinché Böckenförde, appena abilitato, fosse nominato professore ordinario presso la sua stessa università di Heidelberg. La regione remota della Franconia[8] non fu scelta a caso, ma servì come occasione per poter invitare Carl Schmitt. A lui, nonostante opinioni sempre più divergenti sui singoli punti, Böckenförde era legato da un rapporto di amicizia e lo scelse anche come padrino di uno dei suoi figli. In particolare, fondò insieme a Roman Schnur la rivista «Der Staat» come controparte dell'«Archiv des öffentlichen Rechts», al fine di fornire a Schmitt una sede editoriale per esprimersi. Dagli anni '60 Schmitt ha acquisito un'influenza sempre maggiore in tutta l'Europa occidentale, fornendo a terroristi e teorici radicali di tutta Europa il bisturi più preciso per la decostruzione dello Stato di diritto liberale: nella Germania occidentale, al terrorismo di sinistra della Frazione dell'Esercito Rosso (RAF); in Italia all'organizzazione terroristica Brigate Rosse e, con un impatto concettuale a lungo raggio, al postmarxista Giorgio Agamben; in Francia, da un lato al poststrutturalismo di Jacques Derrida, dall'altro alla Nouvelle Droite; analogamente in Spagna, sia al franchismo che, in anni più recenti, ai po-

7 Reinhart Koselleck, fondatore della moderna storia dei concetti. Christian Meier, storico dell'antichità, che ha contribuito in modo determinante alla ricerca sulla democrazia antica. Reinhard Mußgnug, all'epoca assistente/allievo a Heidelberg; in seguito noto esperto tedesco di diritto tributario e costituzionale. Hanno Kesting, sociologo e storico. Nicolaus Sombart, sociologo della cultura e scrittore (figlio di Werner Sombart). Ospiti esterni della «scuola di Schmitt»: Armin Mohler, pubblicista svizzero, precursore della «Nuova Destra» e, per un certo periodo, segretario di Ernst Jünger. Helmut Quaritsch, docente di diritto costituzionale e stretto collaboratore di Carl Schmitt. Roman Schnur, esperto di diritto amministrativo e stretto corrispondente all'interno della rete di Schmitt.

8 Latitude 49° 50′ 51.5″ N, Longitude 10° 29′ 31.09″ E.

pulisti di sinistra di Podemos. Poco prima di Ebrach, Schmitt aveva elaborato la sua «Teoria del partigiano» (1963) sulla base di due conferenze tenute a Pamplona (su invito dell'Estudio General de Navarra, di orientamento franchista) e a Saragozza nella primavera del 1962: una sorta di «bibbia» per gli attentatori. Schmitt fu emarginato dall'opinione pubblica della Repubblica Federale Tedesca a causa della sua vicinanza al regime nazista e tale emarginazione persiste ancora oggi in questo Paese. Il dibattito di Ebrach del 1964 tra Böckenförde e Schmitt si sarebbe rivelato significativo per l'evoluzione del dibattito intellettuale della seconda metà degli anni '60 (si veda in proposito più avanti).

Il terzo contesto è costituito dalle discussioni del Concilio Vaticano II, che proprio in quell'ottobre del 1964 condusse uno dei suoi dibattiti principali e fu teatro di accese controversie sulla dichiarazione sulla libertà religiosa, il successivo documento *Dignitatis humanae*. La minoranza conservatrice, guidata dal gruppo Coetus Internationalis Patrum, tentò con veemenza di bloccare o indebolire il testo. Essi sostenevano che solo la verità (cattolica) avesse dei diritti, non l'errore. La maggioranza progressista, tuttavia, ebbe la meglio e sottolineò il diritto dell'individuo alla libertà di coscienza. Il contributo di Böckenförde presentato a Ebrach, intitolato «La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione», riprende proprio questo filone argomentativo interna al Vaticano relativa alla *Dignitatis humanae*, nonché quello riguardante la concezione della Chiesa nella *Lumen gentium* e il rapporto della Chiesa con le religioni non cristiane nella *Nostra aetat*e, da una prospettiva cattolica di sinistra.

Questo terzo contesto si ritrova raramente nelle analisi del «teorema di Böckenförde», nemmeno in quelle di Anna Katharina Mangold. Quest'ultima riproduce in modo eccellente il filone argomentativo del saggio, motivo per cui citiamo qui la sua sintesi: [9]

Come molti testi di Böckenförde, fortemente influenzato da Hegel, anche questo è redatto secondo un'elegante struttura dialettica in tre fasi.

Nella prima parte del trattato, Böckenförde illustra lo sviluppo della «separazione tra >spirituale< e >secolare<», che egli colloca temporalmente già nella

9 Mangold, Anna Katharina: *Das Böckenförde-Diktum, VerfBlog,* 2019/5/09, https://verfassungsblog.de/das-boeckenfoerde-diktum/, DOI: 10.17176/20190517-144003-0. (Le citazioni seguono l'edizione Suhrkamp del 1991).

«lotta per le investiture come processo di secolarizzazione» (94). «... la lotta per le investiture costituisce la politica come ambito autonomo e a sé stante; essa non è più capace né necessita di una giustificazione spirituale, bensì di una giustificazione secolare, vale a dire basata sul diritto naturale» (96 e segg.).

Nella seconda parte, Böckenförde si concentra sulla scissione religiosa che ha dato origine allo «Stato che si costituisce e si legittima in modo puramente secolare e politico» (101). Per Böckenförde, la novità fondamentale è rappresentata dalla tolleranza di due religioni in un unico Stato sancita dall'Editto di Nantes del 1598: «Il singolo poteva essere cittadino del Regno [di Francia] e godere di tutti i diritti civili senza appartenere alla vera religione». (103) Böckenförde illustra la giustificazione laica dello Stato formulata da Thomas Hobbes, che non si fondava più sulla fede cristiana: «Ciò significa, formulato come tesi, che lo Stato e il cristianesimo possono coesistere e che il riconoscimento del potere decisionale sovrano dello Stato non comporta una negazione della fede...». (107) La Rivoluzione francese del 1789 sintetizza giuridicamente questo sviluppo, secondo Böckenförde: «Tra le libertà per la cui tutela e conservazione lo Stato esiste, figura, a partire dalla Costituzione del 1791, la libertà di credo e di religione. In tal modo lo Stato, in quanto tale, è neutrale nei confronti della religione e si emancipa, in quanto Stato, dalla religione. La religione viene relegata nell'ambito della società, dichiarata una questione di interesse e di apprezzamento di singoli o di comunità, senza tuttavia costituire parte integrante dell'ordinamento statale in quanto tale. Essa viene, nel doppio senso del termine, 'liberata' dallo Stato.» (107 e segg.)

Con ciò, per Böckenförde, vengono gettate le basi per porre, nella terza sezione, la questione del significato concreto del processo di secolarizzazione da lui descritto: «La questione si riduce a stabilire in che misura la desacralizzazione dell'ordine politico..., avvenuta nell'ambito e di pari passo con la nascita dello Stato, comporti anche una de-cristianizzazione.» (110, corsivo nell'originale). Böckenförde acuisce ulteriormente questa domanda: «Da cosa vive lo Stato, in cosa trova la forza che lo sostiene e ne garantisce l'omogeneità, nonché le forze interne di regolazione della libertà di cui ha bisogno, ora che la forza coesiva della religione non è più, né può più essere, essenziale per esso?» (111)

In concreto, Böckenförde fa riferimento al dictatum papae di Gregorio VII del 1075 (che probabilmente era effettivamente un dettato nel senso di una nota

di diario effimera e puramente interna dettata al segretario, non una bolla né tantomeno una minaccia scritta rivolta a terzi).[10] Böckenförde interpreta il dictatum e il successivo sviluppo come una pretesa di monopolio della Chiesa sul *sacrum*, con la conseguenza di un'esclusione del re – e dei poteri, successivamente definiti «secolari» – da questo ambito, precedentemente concepito in modo pienamente cristiano. Si noti bene che Böckenförde interpreta il processo come proveniente dalla Chiesa, che era sempre più istituzionalizzata dal punto di vista teologico e, appunto, anche dal punto di vista del diritto canonico, e che in tal senso godeva di una posizione di forza. Non invece come un processo che avrebbe avuto origine dalla monarchia di Enrico IV, ancora scarsamente istituzionalizzata e, in tal senso, in posizione di debolezza. Secondo Böckenförde, fu proprio la Chiesa stessa ad avviare per la prima volta il processo duraturo di secolarizzazione.

Se si approfondisce il pensiero di Böckenförde e si considera l'opera di Federico II – da lui menzionata nel saggio solo in una frase incidentale – un secolo e mezzo più tardi, si nota che questi, nel suo Regno di Sicilia, avrebbe tratto molteplici conseguenze dall'iniziativa della Chiesa. In primo luogo, la formazione di giuristi statali soggetti esclusivamente al re, giudici e notai per la burocrazia reale presso un'università non più ecclesiastica, ma statale, con un esame di Stato per l'ordinamento dello Stato (l'odierna Università degli Studi «Federico II» di Napoli, 1224).[11] Fu vietato ai funzionari statali di conseguire una laurea in giuri-

10 Registro personale delle lettere Vat. 2, pubblicato per la prima volta dal cardinale Cesare Baronio nel 1596, nell'undicesimo volume degli *Annales Ecclesiastici*, la sua monumentale opera di contrapposizione alle *Centurie* di Magdeburgo dei protestanti guidati dal riformatore Matthias Flacius Illyricus. Un'altra interpretazione ipotizza che il dictatum papae possa trattarsi di una Capitulatio, ovvero il registro di una raccolta di testi in progetto.

11 Lo «studium» fondato nel 1224 da Federico II, l'odierna *Università degli Studi di Napoli Federico II*, è considerato la più antica università di fondazione statale al mondo, purché si utilizzi il termine «università» nel senso dell'istituzione universitaria europea medievale. Tuttavia, già molto tempo prima esistevano istituti di istruzione superiore sostenuti o finanziati dallo Stato. Un esempio è il *Taixue* dell'Impero cinese sotto l'imperatore Wu della dinastia Han, tradizionalmente datato al 124 a.C., un'accademia statale dedicata alla trasmissione dell'istruzione confuciana e alla preparazione al servizio pubblico. Nell'area indiana, persiana e arabo-islamica si svilupparono diverse forme di istruzione superiore, in cui il potere politico e le istituzioni religiose interagivano in conformazioni mutevoli. Tra queste figurano *Taxila*, un antico centro di istruzione dell'area indiana, le cui origini risalgono all'epoca precristiana e che va inteso più come una rete di docenti e studenti che come un'università organizzata centralmente; *Gondishapur*, una città fondata intorno al 260 d.C. sotto il re sassanide Shapur I, che in seguito divenne sinonimo di erudizione medica; l'*al-Qarawiyyin di Fès*, fondata nell'859 come moschea e che si sviluppò fino a diventare un importante centro di erudizione islamica;

sprudenza all'estero (ad esempio nella Bologna di impronta papale). In secondo luogo, l'emanazione di una delle prime carte costituzionali medievali, le *Constitutiones di Melfi* del 1231 (il *Liber Augustalis*),[12] anch'esse volte all'ordinamento dello Stato su una base puramente secolare, la prima costituzione statale laica completamente codificata del Medioevo europeo.[13] [14] Esse limitarono radicalmente sia la giurisdizione ecclesiastica sia l'arbitrio feudale. In terzo luogo, per quanto riguarda l'ordine del corpo umano, ormai anch'esso regolamentato dallo Stato, nell'ambito delle *Constitutiones*, la Schola Medica Salernitana fu regolamentata dallo Stato,[15] le fu concesso un monopolio sull'esame di medicina e divenne così strumento dallo Stato per la creazione di un corpo medico fedele esclusivamente al re, presso un'università non più ecclesiastica ma statale, con un precursore dell'esame di Stato.

---

nonché la madrasa *Nizamiyya di Baghdad*, inaugurata nel 1067, un istituto di insegnamento religioso promosso dal visir selgiuchide Nizam al-Mulk. Mentre a Napoli la fondazione e l'organizzazione dell'istituzione superiore erano direttamente nelle mani del sovrano, le istituzioni citate di altri paesi erano coinvolte, ciascuna a modo proprio, nelle tradizioni di insegnamento religioso e nel mecenatismo politico. Non si può quindi parlare di una separazione netta tra sfera «spirituale» e sfera «secolare» per queste istituzioni, così come non si può fare per la Napoli medievale (dove la teologia era nelle mani dei domenicani); in Italia, la separazione istituzionale tra università statale e facoltà di teologia avvenne nel corso della riorganizzazione dello Stato nazionale «post-Garibaldi»: A Napoli la facoltà di teologia fu soppressa nel 1861; l'abolizione a livello nazionale delle facoltà di teologia presso le università statali è datata al 1873.

12 Una delle quattro più celebri, insieme ai *Decreta* di Leon del 1188, alla *Magna Charta* del 1215 e al Magnus Lagabøtes Landslov, la Legge del Reich norvegese del 1274.

13 Per un confronto con la protezione delle minoranze, che segnò una svolta epocale, nelle *constitutiones*: Vogt, Matthias Theodor (2010): *De favore peregrinorum. Minderheiten- und Fremdenfreundlichkeit am Wiederbeginn europäischer Staatlichkeit [De favore peregrinorum. L'accoglienza delle minoranze e degli stranieri agli albori della statualità europea]*, Europäisches Journal für Minderheitenfragen 2 (2010), Heft 4.

14 Dal punto di vista della storia del diritto, sorge spontanea la domanda: come mai, contemporaneamente nel XIII secolo, sorsero due imperi, in tutto o in parte di impronta cristiana, caratterizzati da un pluralismo religioso pragmatico? Da un lato, quello cattolico in Sicilia, con un re decisamente cattolico che garantiva la convivenza tra cristiani cattolici romani, cristiani greco-ortodossi, musulmani sunniti ed ebrei, pur perseguendo con severità gli eretici cristiani (per «alto tradimento nei confronti di Dio» e quindi anche al proprio dominio voluto da Dio), nonché quello in Mongolia, sostanzialmente nestoriano nelle élite, che nella propria costituzione prevede una garanzia statale della libertà di culto avant la lettre, anticipando di circa 400 anni l'Europa dell'epoca (fino all'Editto di tolleranza di Nantes del 1598) e di circa 500 anni l'Asia. (Editto di tolleranza dell'imperatore Kangxi della dinastia Qing del 1692).

15 L'odierna Università degli Studi di Salerno, all'epoca il più antico centro medico dell'Europa occidentale.

Ciò che oggi intendiamo per Stato, secondo la definizione di Georg Jellinek (Allgemeine Staatslehre, 1900), – ovvero dotato delle sue tre caratteristiche imprescindibili: popolo, territorio dello Stato, potere dello Stato – comincia a delinearsi per la prima volta nella storia europea sotto Federico II di Hohenstaufen e si sviluppa nel corso di un processo lungo secoli. Proprio per questo motivo Böckenförde insiste più volte sul fatto che il concetto di Stato nel senso odierno debba essere considerato valido solo a partire dalla separazione delle nozioni di «spirituale» e «secolare».

Dopo la Rivoluzione francese e il suo riconoscimento costituzionale della libertà di religione, tuttavia, si pose il problema che non poté essere risolto dal ricorso alla finzione della «nazione»: «Da cosa vive lo Stato, in cosa trova la forza che lo sostiene e ne garantisce l'omogeneità, nonché le forze interne di regolazione della libertà di cui ha bisogno, ora che la forza coesiva della religione non è più, né può più essere-essenziale per esso?»

Da una prospettiva odierna, che va oltre i confini dell'Europa, l'analisi di Böckenförde andrebbe tuttavia integrata su un punto essenziale. Una questione interessante è se anche il 1789 rappresenti una nuova «età assiale» nel senso inteso da Karl Jaspers. Nel 1789 la fede in Dio fu simbolicamente superata e l'altare di Dio fu sostituito dall'altare della Patria. Ciò avvenne il 14 luglio 1790, ovvero nel primo anniversario della presa della Bastiglia, in occasione della «Fédération générale des Français au Champ de Mars». Il successivo tentativo dei rivoluzionari di costituire da ciò una nuova religione sostitutiva dovette essere immediatamente interrotto. In sostanza, tuttavia, i doveri civici dei rivoluzionari sono la continuazione del Decalogo di Mosè, solo in forma secolarizzata. Questa è la base implicita di tutte le costituzioni post-rivoluzionarie d'Europa.

Proprio per questo motivo il concetto di democrazia è esportabile a livello mondiale dal punto di vista formale, ma solo in misura limitata dal punto di vista contenutistico.[16] Che a Mosca, ad esempio – quindi ancora entro i confini del cristianesimo nominale – prevalga una concezione nettamente diversa delle «forze

16 Vogt, Matthias Theodor (2026): *„Der Mensch lebt nicht vom Brot allein" (Mt 4,4). Der Beitrag der Kirchen und Religionsgemeinschaften zum kulturellen Leben in Deutschland [L'uomo non vive di solo pane» (Mt 4,4). Il contributo delle Chiese e delle comunità religiose alla vita culturale in Germania].* Tokyo, Schriften der Sophia-Universität 2026

regolatrici interne della libertà» (Böckenförde 111), in concreto i Dieci Comandamenti intesi come mera affermazione di facciata, vagamente spiritualizzata, anziché come guida all'azione nella vita quotidiana, l'ho dovuto constatare amaramente durante il mio soggiorno di lavoro di diversi mesi nella primavera del 1990, per non parlare delle esperienze vissute in Cina un anno dopo Tian'anmen (e a soli 40 anni dalla fine dell'era degli ultimi signori della guerra con le loro repressioni inimmaginabili). Ci riferiamo quindi qui e nel seguito precisamente solo a quella parte d'Europa il cui ordine politico, formatosi storicamente, ha attraversato la lotta per le investiture, il Rinascimento, la Riforma e la Controriforma, fino all'Illuminismo, e non al resto del mondo.

3. Il dibattito di Ebrach tra Böckenförde e Schmitt

Esiste una differenza categoriale tra i termini "disputa" e *disputatio*, per quanto possano avere la stessa radice lessicale. Una *disputatio*, nel senso attribuitole dalla comunità degli studiosi scolastici, è una controversia – certamente accanita e combattuta con argomentazioni taglienti – sul merito della questione. Una disputa, invece, tende a diventare un confronto *ad personas*. Nel dibattito di Ebrach del 1964 tra Ernst-Wolfgang Böckenförde e Carl Schmitt, svoltosi dopo la relazione principale di Böckenförde, si scontrarono due correnti di pensiero che non avrebbero potuto essere più diametralmente opposte: da una parte il teorico decisionista dell'autoritarismo, nato nel 1890, che ragionava secondo un approccio top-down e aveva vissuto le sue esperienze formative durante la Prima guerra mondiale, non al fronte, ma nell'ufficio di censura dell'amministrazione militare; dall'altra il sostenitore di una libertà *grass-roots*, dalle «radici profonde»[17], a sua volta tipica degli anni '60 e della loro ricerca di un superamento dei totalitarismi precedenti. Nonostante le divergenze di contenuto, i due, come già accennato, nutrivano l'uno per l'altro un profondo rispetto personale, a differenza di tanti contendenti odierni.

17 Un antico significato figurato si ritrova in Rudyard Kipling nel suo romanzo *Kim* (1901): "Not till I came to Shamlegh could I meditate upon the Course of Things, or trace the running grass-roots of Evil. [Solo quando giunsi a Shamlegh potei meditare sul corso delle cose, o rintracciare le radici profonde del male]». Project Gutenberg, edizione a cura di Doubleday & Company: pag. 338, nel capitolo XIV.

Il loro dibattito di Ebrach del 1964 può quindi essere inteso non tanto come una controversia diretta tra due docenti di diritto costituzionale, quanto piuttosto come un evento, un "momento di transizione teorica" nel pensiero di diritto costituzionale nella prima Repubblica Federale. Una problematica, già messa a fuoco in modo decisivo da Schmitt, viene ripresa da Böckenförde, il quale ne ridefinisce tuttavia la portata e la conduce a una risposta di diritto costituzionale diametralmente opposta a quella di Schmitt. Poiché non è disponibile una trascrizione completa e fedele della discussione che ne seguì, occorre distinguere tra la conversazione, che non è storicamente ricostruibile in modo esaustivo, e il successivo confronto sistematico delle posizioni pubblicate da entrambi gli autori.[18]

La vicinanza tra Schmitt e Böckenförde risiede nel rifiuto di una concezione del diritto che possa spiegare l'esistenza e l'efficacia dell'ordine statale esclusivamente sulla base della validità delle norme positive. L'ordinamento giuridico presuppone condizioni politiche e sociali che non è in grado di generare interamente da sé. La sua coerenza normativa non deve quindi essere confusa con la sua effettiva salvaguardia. La dottrina della sovranità di Schmitt riconduce questa intuizione alla questione di chi, in una situazione di emergenza, decida in merito alla validità dell'ordinamento giuridico vigente; la sua critica al parlamentarismo si rivolge contro l'aspettativa che l'unità politica possa derivare, per così dire, da sé stessa, dal regolare confronto di opinioni e interessi contrastanti.[19]

Böckenförde riprende la problematica, ma non ne accetta senza riserve l'estremizzazione schmittiana. Il suo interesse è rivolto alla genesi storica dello Stato moderno e ai presupposti della sua costituzione liberale. Lo Stato moderno non va inteso, secondo lui, come una realtà istituzionale atemporale, bensì come un ordine politico nato storicamente, la cui formazione è legata al distacco del potere secolare dal vincolo religioso e dalla tutela ecclesiastica. La secolarizzazione

---

18 Per quanto riguarda le fonti e la ricostruibilità solo parziale della discussione di Ebrach, cfr. MEINEL, Florian: *Die Heidelberger Secession. Ernst Forsthoff und die Ebracher Ferienseminare* [*La Secessione di Heidelberg. Ernst Forsthoff e i seminari estivi di Ebrach*,] Zeitschrift für Ideengeschichte 5 (2011), n. 2, pp. 89–108, in particolare la descrizione dei resoconti. Non è pervenuto alcun verbale completo.

19 SCHMITT, Carl: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München/Leipzig 1922, Kap. 1; id., *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München/Leipzig 1923; id., *Der Begriff des Politischen*, Berlin 1932

non indica in questo contesto una mera perdita di significato della religione, bensì un processo di autonomizzazione politica: lo Stato acquisisce la propria autonomia proprio in quanto non può più fare dell'unità religiosa e ideologica dei propri cittadini il fondamento immediato del proprio dominio.

Ciò sposta il nocciolo della questione. Non è in discussione solo la possibilità di un'unità politica in condizioni di differenziazione sociale, ma la forma costituzionale in cui tale unità possa sussistere nel rispetto della libertà individuale. La contingenza storica dello Stato moderno non giustifica quindi, secondo Böckenförde, né la sua arbitrarietà né la necessità di un ripristino autoritario dell'omogeneità premoderna. Essa rimanda piuttosto al compito specifico di organizzare giuridicamente l'ordine politico in condizioni di apertura ideologica.

La contrapposizione sistematica tra Schmitt e Böckenförde non risiede quindi nel fatto che l'uno riconoscesse i presupposti politici, mentre l'altro si affidasse alla forza autosufficiente della norma giuridica. Essa risiede piuttosto nella conclusione che si trae dalla non autosufficienza del diritto. La teoria di Schmitt accentua la decisione sull'unità politica e la possibilità di garantire, in situazioni eccezionali, le condizioni dell'ordine normativo. Nella sua critica al parlamentarismo liberale emerge di conseguenza la diffidenza nei confronti di una procedura che fonda l'unità politica sull'apertura di principio del dibattito.[20] Questa diagnosi non va tuttavia equiparata all'affermazione secondo cui Schmitt avrebbe respinto in assoluto qualsiasi mediazione giuridica dei conflitti politici. È invece determinante la posizione di primato che egli attribuisce alla decisione politica rispetto alla razionalità procedurale liberale.

Böckenförde rivolge la stessa problematica ai limiti del potere di disposizione dello Stato. I presupposti di un ordine liberale possono essere socialmente efficaci senza poter diventare essi stessi oggetto di creazione e imposizione da parte dello Stato. Lo Stato dipende da forze coesive, la cui genesi non controlla completamente; proprio per questo non deve confondere la loro esistenza con il potere di generarle a proprio piacimento mediante la legge o un comando autoritario.

---

20 Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus [La situazione storico-intellettuale del parlamentarismo odierno]*, id., *Der Begriff des Politischen [Il concetto di politico]*. Il confronto qui indicato denota una differenza sistematica nelle argomentazioni pubblicate, non una replica di Schmitt alle riflessioni di Böckenförde del 1964 documentata testualmente.

L'ordine politico deve quindi distinguere tra la garanzia delle proprie condizioni giuridiche di validità e il potere statale di disporre delle convinzioni dei propri cittadini.

Tale distinzione è rilevante dal punto di vista costituzionale. Lo Stato liberale può esigere il rispetto delle proprie leggi e, se necessario, imporre un comportamento conforme alla legge. Tuttavia, dal fatto di dover fare affidamento su un minimo di orientamento politico comune non può derivare una competenza generale per creare un consenso ideologico. Una tale competenza renderebbe incerto il confine tra obbedienza alla legge e obbedienza alle convinzioni. Lo Stato non garantirebbe più la libertà dei propri cittadini, ma pretenderebbe di disporre autonomamente dei presupposti sociali e spirituali di tale libertà.

La posizione opposta di Böckenförde non si esaurisce quindi in un rifiuto liberale della teologia politica di Schmitt. Essa consiste in un ribaltamento immanente della problematica: dalla consapevolezza che l'ordinamento giuridico non può generare da solo, in modo completo, i propri presupposti, non deriva l'autorizzazione dello Stato a creare in modo autoritario l'unità politica. Ne deriva piuttosto il dovere di riflettere sui limiti dei propri mezzi. Ciò che può apparire politicamente indispensabile non è quindi ancora giuridicamente esigibile. L'autolimitazione dello Stato non è una mera concessione alla diversità sociale, bensì una conseguenza della pretesa di libertà, attraverso la quale l'ordine stesso si legittima.

È in questo contesto che va letta il cosiddetto «dilemma di Böckenförde». La sua affermazione, secondo cui lo Stato liberale e secolarizzato vive di presupposti che esso stesso non può garantire, non costituisce in primo luogo una richiesta politica volta a un determinato fondamento religioso o culturale della comunità. Essa indica piuttosto una tensione strutturale insita nell'ordinamento costituzionale liberale. La sua esistenza dipende da disposizioni sociali e morali che non possono essere interamente tradotte in norme giuridiche; al contempo, lo Stato non può imporre tali disposizioni con mezzi il cui uso annullerebbe il carattere liberale del proprio ordine.

Il «dictum» non formula quindi né un rifiuto del vincolo normativo del potere statale, né un'autorizzazione a sospendere l'ordinamento costituzionale facendo riferimento ai suoi presunti presupposti. Esso evidenzia piuttosto la diffe-

renza tra la validità normativa di una Costituzione e le condizioni sociali della sua efficacia duratura. Il fatto che un ordinamento liberale dipenda dal consenso, dalla lealtà politica e dalla disponibilità a risolvere pacificamente i conflitti non conferisce automaticamente allo Stato la competenza di generare tali atteggiamenti sulla scorta del suo potere sovrano. Da una dipendenza funzionale non deriva alcuna autorizzazione giuridica.

È proprio in questo che risiede il punto cruciale dell'argomentazione dal punto di vista del diritto costituzionale. Lo Stato liberale può promuovere i presupposti della propria esistenza, ad esempio attraverso l'educazione politica, la promozione dell'arte e della cultura, la garanzia di una comunicazione pubblica aperta e l'assicurazione della libertà in condizioni di parità. Non può tuttavia imporle come convinzione unitaria in modo vincolante, senza oltrepassare il limite che costituisce la sua stessa legittimità. L'autolimitazione del potere statale non va quindi confusa con l'indifferenza politica. Essa indica il vincolo giuridico anche di quelle aspirazioni che fanno riferimento al mantenimento dell'ordinamento costituzionale.

In tal modo, la riflessione di Böckenförde sul problema dell'unità politica, portato all'estremo da Schmitt, si rivela una trasformazione della problematica del diritto costituzionale. La questione dei presupposti extragiuridici dell'ordine statale non diventa un'obiezione alla natura liberale dello Stato moderno, bensì una prova di resistenza per essa. Laddove Schmitt discute la possibilità dell'unità politica principalmente nell'ambito della decisione e della sovranità e sembra quasi strizzare l'occhio allo stato di eccezione, che libererebbe l'esecutivo dal potere legislativo, Böckenförde insiste invece sul confine tra necessità politica e ammissibilità giuridica. Lo Stato liberale deve convivere con presupposti che non controlla completamente; se volesse controllarli integralmente, rinuncerebbe proprio a quella libertà la cui tutela giuridica costituisce la sua ragion d'essere.

4. Böckenförde oggi

L'Europa attuale sembra essere plasmata dal dibattito di Ebrach tra Böckenförde e Schmitt – non certo nella forma di un confronto rispettoso inter pares sul merito, ma piuttosto nelle linee di contrapposizione. Dopo che nel 1989 era stata proclamata la «fine della storia», sembrava che stesse per iniziare un'era

gloriosa e che lo Stato di diritto, improntato alla libertà dei cittadini, sarebbe diventato il modello dominante nel mondo degli Stati. In realtà, però, negli anni '90 iniziò a delinearsi una frattura nelle società europee; basti ricordare le linee di conflitto che si estendevano fino alle famiglie italiane, polacche e ungheresi dopo l'insediamento di Silvio Berlusconi nel 1994 (con interruzioni fino al 2011), di Viktor Orbán nel 1998 (con interruzioni fino al 2026), dei fratelli Kaczyński nel 2005 e nel 2006 (con Jarosław che opera dietro le quinte ancora oggi). L'elettorato privilegia le promesse dell'autoritarismo alla Schmitt, oppure la libertà alla Böckenförde? Lo sguardo dei primi è rivolto alla Cina di Xi Jinping (dal 2012) e ai suoi successi economici, nonché alla Federazione Russa di Putin con le sue violazioni impunite delle Convenzioni dell'Aia sulla guerra terrestre (dal 1999). Lo sguardo dei secondi è sempre più turbato dalle distorsioni di varie amministrazioni statunitensi, ma anche dai profondi cambiamenti di tono politico in Scandinavia e altrove.

Con forza quasi profetica, Böckenförde descrisse nel 1964 quella situazione senza via d'uscita in cui la Repubblica Federale Tedesca si è gradualmente cacciata:

[114] Lo Stato può tentare di eludere questo problema assumendosi il ruolo di garante della realizzazione delle aspettative di vita eudemonistiche dei cittadini e cercando di trarne la forza che lo sostiene. Il campo che si apre in tal modo è tuttavia troppo sconfinato. Infatti, non si tratta più del fatto che lo Stato attui una politica previdente e di organizzazione sociale volta a garantire l'esistenza dei propri cittadini – compito per lui indispensabile –, bensì del fatto che cerchi proprio in ciò la propria «ragione d'essere», il fondamento della propria legittimazione.

Lo Stato, non confidando più nelle forze di coesione interne o essendone privato, viene quindi spinto, a fare della realizzazione dell'utopia sociale il proprio programma. È lecito dubitare che in tal modo si risolva il problema di fondo che esso intende eludere. Su cosa si fonda questo Stato nel momento della crisi?

Böckenförde aveva vissuto in prima persona, durante la guerra e nel dopoguerra, la stigmatizzazione subita in quanto cattolico da parte delle élite prussiane protestanti e poté constatare come, durante il «miracolo economico», il reddito

netto disponibile delle famiglie si fosse praticamente raddoppiato dal 1950 al 1964. Nel 1964 ammontava, per abitante (convertito al potere d'acquisto del 2026), a circa 975 euro pro capite al mese, ovvero un terzo di quanto si percepisce oggi.[21]

Dopo quasi tre decenni di soddisfazione delle «aspettative eudemonistiche dei cittadini», le aspettative sempre crescenti di questi ultimi hanno spalancato le porte ai populisti di ogni schieramento, che hanno «elevato la realizzazione dell'utopia sociale a proprio programma», sia che si tratti dell'AfD in Sassonia-Anhalt o di un'alleanza di sinistra nel Land di Berlino, ma soprattutto dei partiti del centro borghese. Questi ultimi sono passati a un linguaggio da bambini con un «Wumms!» (scossa) e un «Doppelwumms!» (doppia scossa)[22] – per importi inimmaginabili pari a 100 miliardi e 200 miliardi di euro; in tal modo lo Stato rinuncia linguisticamente proprio a quella libertà la cui tutela giuridica costituisce la sua ragion d'essere.

In netto contrasto con il benessere raggiunto – inimmaginabile dal punto di vista del 1964 – dilagano i toni catastrofici. Le infrastrutture tedesche sarebbero afflitte da un gigantesco arretrato di investimenti, accompagnato da un rapido aumento del debito a carico non solo delle generazioni future, ma anche, attraverso la svalutazione inflazionistica, delle generazioni attuali. La mancanza di puntualità della Deutsche Bahn sarebbe all'ordine del giorno; sull'aeroporto di Berlino o sulla stazione di Stoccarda non si farebbero nemmeno più battute. Per dirla con Böckenförde: «Il campo che si apre in questo modo è tuttavia troppo sconfinato».

---

21 Deutsche Bundesbank, „Lange Zeitreihen [Serie temporali di lungo periodo]", Abschnitt IV. Binnenwirtschaft, Tabelle 9: „Einkommen und Ausgaben der privaten Haushalte", Datenstand 9. September 2024, S. 27, https://www.bundesbank.de/resource/blob/843330/e688ba7371465d50bc078fcf7cd77bb1/mL/0-lange-zeitreihen-data.pdf.

22 «Wumms» è un'espressione onomatopeica infantile che indica un forte impatto e viene da poco impiegata in senso figurato per evocare l'efficacia e la forza d'azione della politica. Il ministro federale delle Finanze Olaf Scholz rese popolare la formula «Mit Wumms aus der Krise» («Uscire dalla crisi con forza») il 3 giugno 2020, presentando il pacchetto congiunturale contro gli effetti della pandemia; il 29 settembre 2022 introdusse l'espressione «Doppel-Wumms» («doppio impatto») nella comunicazione pubblica dello scudo statale, fino a 200 miliardi di euro, contro la crisi energetica. https://www.spd.de/aktuelles/detail/news/mit-wumms/03/06/2020/, 3. Juni 2020, online. https://olaf-scholz.spd.de/aktuelles/detail/news/doppel-wumms-fuer-bezahlbare-energie/29/09/2022/, 29. September 2022, online.

La sua domanda: «Da cosa vive lo Stato, in cosa trova *la forza che lo sostiene e che garantisce l'omogeneità, nonché le forze interne di regolazione della libertà*?» è più attuale che mai in un ambito completamente diverso. Adepti dichiarati di Carl Schmitt come Peter Thiel e sostenitori di tradizioni di pensiero autoritarie come Elon Musk[23] o Curtis Yarvin caratterizzano numerosi circoli nell'ambiente tecnologico statunitense, i cui anti-social network ormai abbracciano il mondo intero e hanno modificato in modo decisivo la configurazione psichica delle giovani generazioni. Ho descritto altrove le potenzialità e i pericoli del cyberspazio da una prospettiva storico-culturale e politico-culturale.[24]

Il teorema paradossale di Böckenförde pone di fatto una domanda e apre così uno spazio di riflessione. Il teorema non fornisce una risposta. La domanda è: cosa infonde senso all'uomo e lo rende capace – al di là delle «parole della domenica» (dei buoni propositi) – di agire nella vita di tutti i giorni dal lunedì al sabato con tale determinazione da trovare nella *vita activa* la stessa felicità che i pochi, ai quali è concesso, traggono dalla *vita contemplativa*? Cosa dà senso all'uomo e lo rende capace di agire con tale determinazione, se non lo sono più la religione e la concezione della vita terrestre come un percorso verso il paradiso ultraterreno?

Quando Böckenförde, nella frase centrale delle sue riflessioni, chiede: «È possibile fondare e mantenere la moralità in chiave intramundana, laica? Lo Stato può fondarsi su una morale naturale?», egli pone al centro della sua riflessione la capacità di riconoscere e distinguere il bene dal male, come presupposto per il successo della vita sociale. La tesi antropologica fondamentale di Carl Schmitt afferma: «Tutte le vere teorie politiche [presuppongono l'uomo] come "malvagio", cioè non come un essere affatto privo di problemi, bensì come un essere

---

23 Cfr. sull'ideologia della «tecnocrazia» del nonno di Musk, Joshua N. Haldeman (1902–1974), pp. 142 ss. nell'edizione tedesca di: Lepore, Jill (2026), *The Rise and Fall of the Artificial State*, New York: W. W. Norton & Company. Trad. tedesca: Lepore, Jill, *Die Regierung der Maschinen. Aufstieg und Fall des Künstlichen Staates*, trad. dall'inglese di Werner Roller e Annabel Zettel, Monaco di Baviera: C. H. Beck, 2026. Trad. italiana: Lepore, Jill, *Ascesa e caduta dello Stato artificiale*, trad. di Rosa Prencipe e Lucilla Rodinò, Milano: Rizzoli, 2026.

24 Vogt, Matthias Theodor: *Potential and dangers of cyberspace from a cultural-historical and cultural-political perspectiv*", in: Forte, Pierpaolo (ed), *Patrimoni culturali e intelligenza artificiale,* Napoli: Editoriale Scientifica, 2026, S. 297–330.

"pericoloso" e dinamico.»[25] Per Schmitt il male è il punto di partenza. Böckenförde, al contrario, argomenta sulla base di un'ambivalenza antropologica: la possibilità di un'azione distruttiva appartiene alla realtà umana: «L'uomo è per natura ambivalente, non necessariamente buono e non necessariamente malvagio.»[26] Se non lo fosse, non potrebbe scegliere liberamente il bene; il male, ovvero la possibilità di compiere il male, è il presupposto esistenziale della libertà umana. Questa concezione di libertà e «Mündigkeit» (secondo Kant: la conquista dell'autonomia e della capacità di autodeterminarsi) affonda a sua volta profonde radici nella tradizione ebraico-cristiana, come si intende ora mostrare.

Uno dei passaggi forse più belli della storia della filosofia tedesca è un ricordo di gioventù di Blumenberg, che frequentò lo stesso liceo di Thomas Mann a Lubecca, dove sulla parete dell'aula spiccava la frase «Il timore del Signore è l'inizio della saggezza».[27] Il giovane Blumenberg interpretò il «רֵאשִׁית חָכְמָה יִרְאַת יְהוָה | φόβος Κυρίου | timor Dei» del Salmo 111,10 come un *genetivus subjectivus*, ovvero come «Il timore del Dio» di qualsiasi cosa. Solo in fase avanzata dei suoi studi di grammatica si rese conto che si trattava di un *genetivus objectivu*, ovvero «il timore reverenziale nei confronti di Dio», che qui doveva essere quotidianamente presentato agli allievi come fondamento dell'attività commerciale borghese protestante. E solo nel corso di studi filosofici molto avanzati apprese che esistevano effettivamente religioni in cui a Dio veniva attribuita la capacità di essere temuto.

---

25 Carl SCHMITT: *Der Begriff des Politischen*. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien [*Il concetto di politico*. Testo del 1932 con una prefazione e tre corollari]. Berlin: Duncker & Humblot, 1963, S. 61

26 Böckenförde (1996): *Fundamente der Freiheit [Fondamenti della libertà]*. In: Teufel, Erwin (Hg.): *Was hält die moderne Gesellschaft zusammen? [Cosa tiene insieme la società moderna]* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, S. 95.

27 Bibbia ebraica e Lutero, Salmo 111,10; nella Settanta e nella Vulgata, Salmo 110,10. Blumenberg, Hans (1988): Matthäuspassion, Kapitel „Der Weisheit Anfang" [La Passione secondo Matteo, capitolo «L'inizio della saggezza»]. Francoforte sul Meno: Suhrkamp, 1988, p. 29.



Il predominio di una concezione gerarchica verticale di tipo «top-down» costituisce senza dubbio un problema sia teologico che di teoria politica. Nelle sue vetrate per il Fraumünster di Zurigo, nel 1970 Marc Chagall raffigurò la lotta

di Giacobbe con l'angelo - tratta da Genesi 32,23-32, con la famosa frase «Non ti lascerò, finché tu non mi avrai benedetto!»[28] - quasi come una danza. Secondo la concezione rabbinica, la libertà dell'uomo scaturisce dalla decisione autonoma tra due inclinazioni opposte: l'inclinazione al male (Jezer Hara) e l'inclinazione al bene (Jezer Hatov):

Nella lotta di Giacobbe si tratta della battaglia tra la sua inclinazione umana a fuggire di fronte alle situazioni difficili e la scintilla divina nel suo intimo, che lo spinge a compiere la cosa giusta. Egli attraversa il fiume come un uomo trasformato, si lascia alle spalle la sua identità di Giacobbe – l'ingannatore, il bugiardo e il truffatore – e ne emerge come Israele, colui che si pone di fronte a Dio e agli uomini. Ma la lotta ha naturalmente il suo prezzo; Israele è ferito, nel corpo e nell'anima, e da quel momento in poi zoppica. Tuttavia, la Bibbia descrive in seguito che egli giunse nella città di Sichem come «Shalem» – come un uomo integro. «Shalem» è una variante della parola «Shalom».[29]

Marc Chagall (1970): La lotta di Giacobbe con l'angelo, Genesi 32,23-32: «Non ti lascerò, finché tu non mi avrai benedetto!» Foto: M. Vogt 2025

---

28 Genesi 32,23-32: 23. "Ma quella stessa notte Giacobbe si alzò, prese le sue due mogli, le sue due serve e i suoi undici figli e attraversò il guado del Jabbok. 24 Li prese e li fece passare oltre il fiume. Poi fece passare anche tutto ciò che possedeva. 25 Giacobbe, invece, rimase solo. Allora qualcuno lottò con Giacobbe fino al sorgere dell'alba. 26 E vedendo che non riusciva a sopraffarlo, gli toccò l'articolazione dell'anca, cosicché l'articolazione dell'anca di Giacobbe si lussò mentre lottava con lui. 27 E disse: «Lasciami andare, perché è sorta l'alba». Ma Giacobbe disse: «Non ti lascerò andare, a meno che non mi benedica». 28 Allora egli disse a Giacobbe: «Come ti chiami?» E Giacobbe rispose: «Giacobbe». 29 Allora egli disse: «Non ti chiamerai più Giacobbe, ma Israele, poiché hai lottato con Dio e con gli uomini e hai vinto». 30 E Giacobbe chiese: «Ti prego, dimmi il tuo nome». Ma egli disse: «Perché mi chiedi il mio nome?». E lì lo benedisse. 31 E Giacobbe chiamò quel luogo Penuel. «Poiché», disse Giacobbe, «ho visto Dio faccia a faccia e ne sono uscito vivo». 32 E quando ebbe superato Penuel, sorse il sole. Ma zoppicava a causa della sua anca." Nella ricerca, la narrazione della lotta di Giacobbe presso lo Iaboc è considerata una tradizione particolarmente arcaica, la cui datazione resta tuttavia controversa. L'esegesi più recente sottolinea che, nel testo attuale, l'avversario senza nome di Giacobbe appare come figura divina e che la successiva rielaborazione monoteista potrebbe aver trasformato una concezione più antica, forse di carattere demonologico o connessa al nume del fiume. Cfr. in proposito Annelise Butterweck, *Jakobs Ringkampf am Jabbok. Gen 32,4ff. in der jüdischen Tradition bis zum Frühmittelalter*, Judentum und Umwelt 3, Francoforte sul Meno e altri luoghi 1981; nonché la discussione in Meindert Dijkstra, «De teerling is geworpen», in: *Theologie.nl*, 2014. Per un'interpretazione della lotta con il «demone interiore» suscettibile di un raccordo psicoanalitico cfr. Eckhard Nordhofen, *Corpora. Die anarchische Kraft des Monotheismus*, Friburgo in Brisgovia e altri luoghi: Herder, 2018 (2ª ed. 2019), in particolare i capitoli sulla nascita del monoteismo nell'esilio e sul confronto con il culto delle immagini.

29 Wolfson, Ron (2022): *Zu zweit zum Sieg [.In due verso la vittoria].* https://www.juedische-allgemeine.de/religion/zu-zweit-zum-sieg/

Secondo Omri Böhm,[30] dalla lotta con Dio si dispiega lo spazio della libertà. Mentre la storia delle religioni rappresenta spesso un'affermazione di potere, un punto essenziale di molte storie bibliche è che il credente porti davanti a Dio le proprie esperienze, sofferenze, dubbi e le domande in un dialogo interiore davanti a Dio, in modo tale da non seguire semplicemente alla cieca ciò che si ritiene imposto, ma da far emergere una capacità di giudizio autonoma e una maturità che talvolta comportano anche correzioni di ciò che in precedenza era apparso come volontà divina (si veda Sodoma, Genesi 18: la trattativa per trovare prima cinquanta, poi dieci giusti; oppure il sacrificio di Isacco da parte di Abramo, Genesi 22, che non porta al sacrificio del figlio, bensì a quello di un montone). La conseguenza sarebbe una teologia decisamente anti-assolutista, che critica regolarmente anche l'operato dei re. La storia di Mosè - presumibilmente in gran parte una narrazione del VI secolo a.C. successiva alla sconfitta e alla deportazione babilonese - consentirebbe di interpretare tale sconfitta non come un destino voluto da Dio con la cancellazione dell'identità culturale e religiosa dell'ebraismo, bensì come una propria violazione dei principi morali: Nella speranza penitente nella misericordia di Dio, la propria identità in esilio non viene così cancellata, ma piuttosto consolidata e ripensata in modo del tutto nuovo. A questa concezione critica dell'obbedienza si ricollega sia il Discorso della Montagna sia la coscienza come istanza suprema in Abelardo e Tommaso. Il rapporto biblico con Dio mira alla formazione di una coscienza autonoma e di una capacità di giudizio matura.[31]

Proprio questa capacità di giudizio matura, dopo la conquista dell'autonomia e della capacità di autodeterminarsi, è il nucleo della concezione politica di Böckenförde: non un cedimento per paura davanti a Dio, bensì una lotta dialogica. Se è possibile persino negoziare con Dio (cfr. sopra Genesi 18 e 22), a maggior ragione lo è con gli uomini quando si tratta di compromessi che, per dirla con

30 Omri Boehm: *Radikaler Universalismus. Jenseits von Identität [Universalismo radicale. Oltre l'identità],* Propyläen 2022 (3. Aufl. 2024). Si veda anche https://www.philosophie.lmu.de/de/aktuelles/veranstaltungsuebersicht/veranstaltung/abraham-universalism-and-the-idea-of-friendship.htm;

31 Ringrazio Markus Vogt, di Monaco di Baviera, per le indicazioni fornite.

una famosa espressione,[32] sono validi proprio quando feriscono in egual misura entrambe le parti.

Storicamente, l'Europa si è emancipata in gran parte dall'amore per Dio come una delle vie di avvicinamento a questo spazio di libertà responsabile. Ma l'amore per Dio è sostituibile dall'amore per uno Stato? Uno Stato non si può toccare, è l'artefatto per eccellenza, ovvero un concetto astratto che esiste solo nella nostra immaginazione e la cui esistenza è legata al fatto che tutti, in misura sufficiente, partecipino a tale idealizzazione. Si può amare un concetto così astratto? Gustav Heinemann, terzo Presidente della Repubblica Federale Tedesca (1969–1974), rispose alla domanda «Ama la Germania?» in modo radicale e convincente: «Ma figuriamoci, io non amo gli Stati, amo mia moglie; punto e basta!» [33]

Lo avrebbe potuto dire anche Böckenförde, seppur in modo un po' meno sbrigativo. Attraverso sua moglie, Mechthild Brigitte Böckenförde, nata Jakubassa (1936–2024), egli era direttamente a conoscenza del destino di quei 12 milioni di profughi e sfollati tedeschi che avevano perso la propria patria a causa della guerra iniziata dai tedeschi e che ora dovevano riaffermare la propria identità nella «patria fredda» (Kossert 2008).[34] Come molti altri, dopo il 1945 Mechthild Böckenförde non ebbe né l'occasione né il coraggio di visitare la sua città natale,

---

32 Citato dall'ex Cancelliera federale Angela Merkel nella serie «Merkel unplugged» di Deutschlandfunk-Kultur del 14 ottobre 2026. – Precedenti riferimenti, tra gli altri, Werner Giselbrecht, capo negoziatore dei datori di lavoro, Süddeutsche Zeitung, 25 ottobre 2020. Il Cancelliere federale Julius Raab, 741ª seduta del Consiglio federale della Repubblica d'Austria, 31 gennaio 2007.

33 Hermann Schreiber su DER SPIEGEL, 13 gennaio 1969: «Gustav Heinemann una volta disse che dai nostri nonni ci era stato trasmesso "un po' della gioia legata all'unità finalmente raggiunta sotto Bismarck"». Ciò potrebbe non bastare per raccomandarlo alla CSU come patriota. Ma potrebbe aiutare a spiegare perché egli percepisca questo Stato federale, la Repubblica Federale, come qualcosa di provvisorio e privo di gioia, come una fase di transizione — proprio come quel «provvisorio» che i padri della Legge Fondamentale avevano un tempo inteso per la Repubblica Federale. Chi oggi si attiene ancora a questa visione si espone, naturalmente, al rischio di essere considerato segretamente o un idealista entusiasta della riunificazione o un vagabondo senza patria — soprattutto, naturalmente, se si candida alla carica di Presidente federale. Heinemann è propenso a ignorare tutto ciò — in tutta coscienza. E la domanda se non ami questo Stato lo fa quasi arrabbiare: «Ma figuriamoci, io non amo gli Stati, amo mia moglie; punto e basta!»"

34 Kossert, Andreas (2008): *Kalte Heimat. Die Geschichte der deutschen Vertriebenen nach 1945*. Berlin: Siedler.

Oppeln, l'odierna Oppole, fino a quando - 61 anni dopo! - nel 2006, i coniugi Böckenförde ebbero modo di recarsi in quella località e lui, in segno di ringraziamento, tenne una conferenza sulle «Condizioni della solidarietà europea» presso il Collegium Pontes di Görlitz.[35]

Se è certamente possibile amare un essere umano o un altro essere vivente in quanto interlocutore concreto, un'entità astratta può essere amata soltanto in senso derivato. Ciò vale a maggior ragione per l'odio. Coloro che – come si osserva nuovamente con maggiore intensità in queste settimane – elevano l'odio nei confronti dello Stato a programma politico e lo rivolgono, nelle banlieues e altrove, contro la società e i suoi rappresentanti, incorrono tendenzialmente in un errore categoriale: confondono l'ordine politico astratto e istituzionalmente costituito con le sue manifestazioni concrete e con le persone che agiscono in suo nome. Ciò non esclude affatto la legittimità della critica alle istituzioni statali, del rifiuto di determinate pratiche di esercizio del potere o persino della messa in discussione radicale dell'assetto statuale esistente. Tali posizioni devono tuttavia essere distinte, sul piano categoriale, da un'ostilità indiscriminata nei confronti dello Stato, che si manifesta in atteggiamenti di ostilità verso i legami sociali e le persone concrete. Un simile atteggiamento richiede inoltre una valutazione normativa. Laddove i precetti religiosi non possano più essere assunti come fondamento ultimo e universalmente vincolante dell'agire morale, i criteri della moralità devono essere individuati, esplicitati e giustificati su un piano intramondano, ossia sulla base di principi normativi secolari. La questione dei criteri in base ai quali, in tali condizioni, sia possibile distinguere il bene e il male, la moralità e l'immoralità, costituisce un problema autonomo e complesso, che non può essere ulteriormente affrontato nel presente contributo.

Il dibattito odierno tra i seguaci di Böckenförde e quelli di Schmitt non è affatto risolto. Ciò che conta per il bene della tradizione democratica è porre la questione fondamentale della libertà con la stessa urgenza e profondità con cui Böckenförde lo fece nel 1964 a Ebrach e, per tutta la vita, non si stancò mai di presumere la possibilità della maturità di giudizio.

---

35 Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2006): *Bedingungen europäischer Solidarität [Condizioni della solidarietà europea]*. Collegium Pontes Görlitz-Zgorzelec-Zhorelec 2006. https://kultur.org/media/boeckenfoerde_cp06.pdf?utm_source=chatgpt.com

Bibliografia

Tedesco: Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1967): *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* [La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione], in: Forsthoff, Ernst (Hg.), *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag* [Secolarizzazione e utopia. Studi di Ebrach. Per il 65° compleanno di Ernst Forsthoff], Kohlhammer, Stuttgart u. a., 1967.

Italiano: Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1967/2026): *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* [La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione], a cura di Michele Nicoletti, traduzione di Corrado Bertani, Morcelliana, Brescia, 2026

Inglese: Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2020): *Religion, Law, and Democracy*. Selected Writings, vol. II, edited by Mirjam Künkler and Tine Stein, Oxford: Oxford University Press.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1965): *Religionsfreiheit als Aufgabe der Christen. Gedanken eines Juristen zu den Diskussionen auf dem Zweiten Vatikanischen Konzil* [La libertà religiosa come compito dei cristiani. Riflessioni di un giurista sulle discussioni durante il Concilio Vaticano II], in: *Stimmen der Zeit*, 176 (1965), pp. 199–212.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1978): *Der Staat als sittlicher Staat*. Berlin: Duncker & Humblot, 40 S. (= Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte, Bd. 14). English translation in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2017): *The State as an Ethical State [1978]*, in: *Constitutional and Political Theory*. Selected Writings, vol. I. edited by Mirjam Künkler and Tine Stein, Oxford: Oxford University Press, pp. 86–107.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1986): *Die Bedeutung der Konzilserklärung über die Religionsfreiheit. Überlegungen 20 Jahre danach* [Il significato della dichiarazione conciliare sulla libertà religiosa. Riflessioni a vent'anni di distanza], in: *Stimmen der Zeit*, 204 (1986), fasc. 5, pp. 303–312.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1987): *Der Abschied vom Gottesstaat. Die Erklärung des Konzils über die Religionsfreiheit* [Il congedo dallo Stato teocratico. La dichiarazione conciliare sulla libertà religiosa], in: *Deutsche Tagespost*, 18

aprile 1987.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1991): *Recht, Staat, Freiheit. Studien zu Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte* [Diritto, Stato, libertà. Studi di filosofia del diritto, teoria dello Stato e storia costituzionale], Suhrkamp, Francoforte sul Meno, 1991, pp. 92–114.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1996): *Fundamente der Freiheit* [Fondamenti della libertà], in: Teufel, Erwin (Hg.), *Was hält die moderne Gesellschaft zusammen?* [Cosa tiene insieme la società moderna], Suhrkamp, Francoforte sul Meno, 1996, p. 95.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2006): *Die Bedingungen europäischer Solidarität* [Le condizioni della solidarietà europea], in: Vogt, Matthias Theodor / Tomiczek, Eugeniusz / Sokol, Jan (Hg.), *Collegium PONTES Görlitz–Zgorzelec–Zhořelec 2006*, Institut für kulturelle Infrastruktur Sachsen, Görlitz, 2006, Beitrag I, online: https://kultur.org/media/boeckenfoerde_cp06.pdf.[kultur]

Baronio, Cesare (1596): *Registro personale delle lettere*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano, Vat. lat. 2.

Blumenberg, Hans (1988): *Matthäuspassion* [La Passione secondo Matteo], Suhrkamp, Francoforte sul Meno, capitolo «Der Weisheit Anfang» [«L'inizio della saggezza»], p. 29.

Butterweck, Annelise (1981): *Jakobs Ringkampf am Jabbok. Gen 32,4ff. in der jüdischen Tradition bis zum Frühmittelalter* [La lotta di Giacobbe presso lo Iaboc. Gen 32,4ss. nella tradizione ebraica fino all'alto Medioevo], Peter Lang, Francoforte sul Meno u. a., 1981, Judentum und Umwelt 3.

Deutsche Bundesbank (2026): *Lange Zeitreihen* [Serie storiche di lungo periodo], Abschnitt IV. Binnenwirtschaft, Tabelle 9: „Einkommen und Ausgaben der privaten Haushalte" [«Reddito e spese delle famiglie private»], Deutsche Bundesbank, Francoforte sul Meno, dati aggiornati al 9 settembre 2024, p. 27, online: https://www.bundesbank.de/resource/blob/843330/e688ba7371465d50bc078fcf7cd77bb1/mL/0-lange-zeitreihen-data.pdf.

Deutschlandfunk Kultur (2026): *Merkel unplugged* [Merkel unplugged], Deutschlandfunk, Colonia, trasmissione del 14 ottobre 2026.

Dijkstra, Meindert (2014): „De teerling is geworpen" [«Il dado è tratto»], in: *Theologie.nl*, 2014, online.

Dreier, Horst (2018): *Staat ohne Gott. Religion in der säkularen Moderne* [Stato senza Dio. La religione nella modernità secolare], C. H. Beck, Monaco di Baviera, 2018, in particolare il capitolo sulla nascita e l'interpretazione del «dittum di Böckenförde».

Forsthoff, Ernst (Hg.) (1967): *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag* [Secolarizzazione e utopia. Studi di Ebrach. Per il 65° compleanno di Ernst Forsthoff], Kohlhammer, Stuttgart u. a., 1967.

Grosse Kracht, Hermann-Josef (2022): *Fünfzig Jahre Böckenförde-Theorem. Wissenschaftlicher Beitrag zur Rezeptionsgeschichte des Böckenförde-Diktums* [Cinquant'anni del teorema di Böckenförde. Contributo scientifico alla storia della ricezione del dittum di Böckenförde], Universität Tübingen, Tubinga, 2022.

Kipling, Rudyard (1901): *Kim* [Kim], Doubleday & Company, New York, edizione Project Gutenberg, capitolo XIV, p. 338.

Kossert, Andreas (2008): *Kalte Heimat. Die Geschichte der deutschen Vertriebenen nach 1945* [Patria fredda. La storia degli espulsi tedeschi dopo il 1945], Siedler, Berlino, 2008.

Künkler, Mirjam (2020): *Freedom in Religion, Freedom in the State: Ernst-Wolfgang Böckenförde on Religion, Law, and Democracy* [Libertà nella religione, libertà nello Stato: Ernst-Wolfgang Böckenförde su religione, diritto e democrazia], in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Religion, Law, and Democracy. Selected Writings*, vol. II, edited by Mirjam Künkler and Tine Stein, Oxford: Oxford University Press, pp. 1–45. DOI: [10.1093/oso/9780198818632.003.0001

Lepore, Jill (2026): *The Rise and Fall of the Artificial State* [Ascesa e caduta dello Stato artificiale], W. W. Norton & Company, New York, 2026; trad. tedesca: *Die Regierung der Maschinen. Aufstieg und Fall des Künstlichen Staates*, trad. di Werner Roller e Annabel Zettel, C. H. Beck, Monaco di Baviera, 2026; trad. italiana: *Ascesa e caduta dello Stato artificiale*, trad. di Rosa Prencipe e Lu-

cilla Rodinò, Rizzoli, Milano, 2026.

Mangold, Anna Katharina (2019): „Das Böckenförde-Diktum" [«Il dittum di Böckenförde»], in: *Verfassungsblog*, 9 maggio 2019, online: https://verfassungsblog.de/das-boeckenfoerde-diktum/.

Mehring, Reinhard (2009): *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie* [Carl Schmitt. Ascesa e caduta. Una biografia], C. H. Beck, Monaco di Baviera, 2009.

Mehring, Reinhard (2014): *Carl Schmitt: Denker im Widerstreit. Werk – Wirkung – Aktualität* [Carl Schmitt: pensatore nel conflitto. Opera – influsso – attualità], Karl Alber, Friburgo in Brisgovia / Monaco di Baviera, 2014.

Mehring, Reinhard (Hg.) (2022): *„Welch gütiges Schicksal". Ernst-Wolfgang Böckenförde/Carl Schmitt: Briefwechsel 1953–1984* [«Che destino benigno». Ernst-Wolfgang Böckenförde/Carl Schmitt: corrispondenza 1953–1984], Nomos, Baden-Baden, 2022.

Meinel, Florian (2011): „Die Heidelberger Secession. Ernst Forsthoff und die Ebracher Ferienseminare" [«La secessione di Heidelberg. Ernst Forsthoff e i seminari estivi di Ebrach»], in: *Zeitschrift für Ideengeschichte*, 5 (2011), n. 2, pp. 89–108.

Nordhofen, Eckhard (2018): *Corpora. Die anarchische Kraft des Monotheismus* [Corpora. La forza anarchica del monoteismo], Herder, Friburgo in Brisgovia u. a., 2018, 2ª ed. 2019.

Omri Boehm (2022): *Radikaler Universalismus. Jenseits von Identität* [Universalismo radicale. Oltre l'identità], Propyläen, Berlino, 2022, 3ª ed. 2024.

Prantl, Heribert (2019): „Der Grundgesetzliche. Ernst-Wolfgang Böckenförde, der große Rechtsgelehrte, ist gestorben. Ein berühmter Satz von ihm aber hat das ewige Leben" [«L'uomo della Legge fondamentale. È morto Ernst-Wolfgang Böckenförde, il grande giurista. Una sua celebre frase, tuttavia, ha vita eterna»], in: *Süddeutsche Zeitung*, Monaco di Baviera, 25 febbraio 2019, online: https://www.sueddeutsche.de/politik/nachruf-der-grundgesetzliche-1.4345184.

Schmitt, Carl (1922): *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* [Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità], Duncker & Humblot, Monaco di Baviera / Lipsia, 1922.

Schmitt, Carl (1923): *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* [La situazione storico-intellettuale del parlamentarismo odierno], Duncker & Humblot, Monaco di Baviera / Lipsia, 1923.

Schmitt, Carl (1932): *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien* [Il concetto di politico. Testo del 1932 con una prefazione e tre corollari], Duncker & Humblot, Berlino, 1963, p. 61.

Schmitt, Carl (1967): „Die Tyrannei der Werte" [«La tirannide dei valori»], in: Forsthoff, Ernst (Hg.), *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag* [Secolarizzazione e utopia. Studi di Ebrach. Per il 65° compleanno di Ernst Forsthoff], Kohlhammer, Stuttgart u. a., 1967, pp. 37–62.

Schreiber, Hermann (1969): „Nichts anstelle vom lieben Gott" [«Niente al posto del buon Dio»], in: *Der Spiegel*, n. 3/1969, Amburgo, 13 gennaio 1969, online: https://www.spiegel.de/politik/nichts-anstelle-vom-lieben-gott-a-004f51a5-0002-0001-0000-000045845435

Sozialdemokratische Partei Deutschlands (2020): „Mit Wumms" [«Con slancio»], SPD, Berlino, 3 giugno 2020, online: https://www.spd.de/aktuelles/detail/news/mit-wumms/03/06/2020/.

Sozialdemokratische Partei Deutschlands (2022): „Doppel-Wumms für bezahlbare Energie" [«Doppio slancio per un'energia accessibile»], SPD, Berlino, 29 settembre 2022, online: https://olaf-scholz.spd.de/aktuelles/detail/news/doppel-wumms-fuer-bezahlbare-energie/29/09/2022/.

Van Laak, Dirk (1993): *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik* [Conversazioni nella sicurezza del silenzio. Carl Schmitt nella storia politico-intellettuale della prima Repubblica federale], Akademie Verlag, Berlino, 1993.

Vogt, Matthias Theodor (2010): „De favore peregrinorum. Minderheiten- und Fremdenfreundlichkeit am Wiederbeginn europäischer Staatlichkeit" [«De favore peregrinorum. L'accoglienza delle minoranze e degli stranieri agli albori della statualità europea»], in: *Europäisches Journal für Minderheitenfragen*, 2 (2010), n. 4.

Vogt, Matthias Theodor (2026a): „Der Mensch lebt nicht vom Brot allein" (Mt 4,4). Der Beitrag der Kirchen und Religionsgemeinschaften zum kulturellen Leben in Deutschland [«L'uomo non vive di solo pane» (Mt 4,4). Il contributo delle Chiese e delle comunità religiose alla vita culturale in Germania], Schriften der Sophia-Universität, Tokyo, 2026.

Vogt, Matthias Theodor (2026b): „Potential and dangers of cyberspace from a cultural-historical and cultural-political perspective" [«Potenzialità e pericoli del ciberspazio in prospettiva storico-culturale e politico-culturale»], in: Forte, Pierpaolo (ed.), *Patrimoni culturali e intelligenza artificiale* [Patrimoni culturali e intelligenza artificiale], Editoriale Scientifica, Napoli, 2026, pp. 297–330.

Wolfson, Ron (2022): „Zu zweit zum Sieg" [«In due verso la vittoria»], in: *Jüdische Allgemeine*, Berlino, 2022, online: https://www.juedische-allgemeine.de/religion/zu-zweit-zum-sieg/.

IV
Dibattiti

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Maurizio Cafagno
Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi dell'Insubria
maurizio.cafagno@uninsubria.it

I comportamenti tra fini ed effetti del diritto ambientale

Behaviors, Aims, and Effects in Environmental Law

Sintesi

Il saggio invita a cercare nella comprensione della genesi dei comportamenti una chiave per leggere il limitato rendimento degli strumenti di tutela ambientale. In questa prospettiva, le scienze comportamentali entrano in gioco non tanto come repertorio di "spinte gentili", quanto soprattutto come strumento diagnostico utile a verificare la tenuta degli strumenti giuridici, entro le coordinate del ragionamento teleologico e funzionale.

Abstract

The article suggests looking to the genesis of behaviour as a key to understanding the limited effectiveness of environmental protection tools. From this perspective, behavioural sciences come into play not so much as a repertoire of "nudges", but rather as a diagnostic tool for testing the robustness of legal instruments within the framework of teleological and functional legal reasoning.

Parole chiave: diritto ambientale – scienze comportamentali – transizione ecologica – efficacia del diritto – amministrazione adattativa.

Keywords: environmental law – behavioural sciences – ecological transition – effectiveness of law – adaptive administration.

Indice: 1. Fini, effetti e comportamenti. – 2. Dai correttivi puntuali alla verifica degli assunti impliciti. – 3. Tre avvertenze. – 4. Conclusioni.

1. Fini, effetti e comportamenti

In materia ambientale più che altrove il rapporto tra previsione della regola e risultato atteso non si lascia rappresentare attraverso una sequenza lineare.

I processi ecosistemici si distendono nel tempo, sono dispersi nello spazio, cumulativi negli effetti, intrecciati da interdipendenze complesse che sfuggono a

una percezione immediata ([1]). Simmetricamente, le norme ambientali si rivolgono a soggetti chiamati a modificare abitudini, sostenere costi immediati o cooperare in vista di benefici spesso remoti, diffusi, distribuiti in modo incerto ([2]).

In simili condizioni, tra il comando e il comportamento richiesto si frappone un tratto di realtà più opaco e resistente, nel quale si combinano incertezze conoscitive, difficoltà di cooperazione e vincoli organizzativi. Ciò che accade per effetto della prescrizione dipende anche dal modo in cui i destinatari percepiscono il problema, rappresentano i rischi, valutano i costi, si orientano rispetto agli altri, si muovono entro procedure più o meno accessibili ([3]).

---

1 La letteratura che tratta la complessità del sistema ambientale e dei suoi servizi è vasta al punto che qui non è possibile darne conto nemmeno a grandi linee; mi limito pertanto all'indicazione di lavori che possono fungere da semplice punto di partenza di un itinerario di approfondimento: V. Ahl, T.F.H. Allen, *Hierarchy Theory: A Vision, Vocabulary, and Epistemology*, New York, 1996; T.F.H. Allen, T.B. Starr, *Hierarchy-Perspectives for Ecological Complexity*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1982; K.N. Lee, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, Washington D.C., 1993; D.H. Meadows, Pensare per sistemi. Interpretare il presente, orientare il futuro verso uno sviluppo sostenibile (trad. it.), Milano, 2019; Millennium Ecosystem Assessment report, Ecosystems and Human Well-Being. A Framework for Assessment, Island Press, 2003; tra le opere che allargano l'attenzione alle ricadute sul piano giuridico, AA-VV., *Social-Ecological Resilience and Law*, a cura di A.S. Garmestani, C.R. Allen, New York, 2014; J.B. Ruhl-S.E. Kraft-C.L. Lant, The Law and Policy of Ecosystem Services, Island Press, Washington-Covelo, London, 2007; nella dottrina nazionale, con centratura sulla visione sistemica, F. De Leonardis, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Giappichelli, 2023; ID., *Ambiente e economia: il "dovere di interconnessione" come cifra per una nuova ricostruzione dei relativi rapporti*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 1/2025, 129 ss.; A. Fari, *L'ambiente come funzione. Servizi ecosistemici e capitale naturale*, in AA.VV., *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Giappichelli, Torino 2026, 355 ss.; F. Fracchia, *L'ambiente e i suoi servizi nella prospettiva della prassi: una lettura sistemica*, Editoriale Scientifica, 2025; M. Monteduro, *Ambiente, ecosistemi e servizi ecosistemici tra materialità ed immaterialità*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2025/1, per ulteriori approfondimenti e richiami dottrinali rinvio a M. Cafagno, Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune, Giappichelli, 2007, 122 ss. e passim

2() A. Rowell, K. Bilz, The Psychology of Environmental Law, New York University Press, 2021; J. Joireman, Environmental Problems as Social Dilemmas: The Temporal Dimension, in AA.VV., Understanding Behaviour in the Context of Time, a cura di A. Strathman, J. Joireman, Routledge, 2005, 289 ss.; L.A. Fennell, Visibility and Indivisibility in Resource Arrangements, Journal of Land Use and Environmental Law, 2021, 297 ss.

3() Si permetta su tutto ciò un rinvio al capitolo I di M. Cafagno, *Integrare la tutela giuridica*, cit., anche per opportuni riferimenti bibliografici

La difficoltà investe, insieme, sia la forza del vincolo giuridico sia la praticabilità della condotta che quel vincolo presuppone.

Forse anche per questo, nel diritto ambientale si fa sempre più vistosa una sproporzione: le norme aumentano, ma i risultati non tengono il passo. Il Green Deal europeo ne offre un'immagine emblematica. Raramente la transizione ecologica è stata accompagnata da una simile densità di obiettivi, regolazioni, piani, incentivi, vincoli e dispositivi di monitoraggio ([4]). Sennonché, il *Joint Research Centre*, in un resoconto aggiornato su 154 target del Green Deal, rileva che solo per 32 di essi il percorso appare in linea con gli obiettivi previsti; rispetto a 64, esso resta lontano da un andamento soddisfacente; in 15 casi risulta stagnante o regressivo; per 43, infine, non vi sono dati sufficienti ([5]).

Il quadro globale restituisce lo stesso andamento; nel 2009 Rockström e colleghi segnalavano che almeno tre dei nove limiti planetari risultavano oltrepassati ([6]); in un riesame del 2015 essi diventavano quattro ([7]); nel 2023 Richardson e colleghi aggiornavano il quadro a sei ([8]); il Planetary Health Check 2025 porta oggi il conto a sette su nove, prospettando traiettorie peggiorative ([9]).

4() In argomento, per tutti, v. D. Bevilacqua, E. Chiti, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, il Mulino, 2024.

5() V. Commissione europea, Joint Research Centre, Delivering the European Green Deal: Progress towards targets, 2025. L'Agenzia europea dell'ambiente a sua volta giudica l'Unione solo parzialmente in linea con gli obiettivi climatici, ambientali e di sostenibilità al 2030, segnalando ritardi particolarmente marcati su biodiversità, economia circolare e impronta dei consumi European Environment Agency, Monitoring report on progress towards the 8th Environment Action Programme objectives, 2024

6() J. Rockström et al., A Safe Operating Space for Humanity, in Nature, 2009, vol. 461, 472 ss.

7() W. Steffen et al., Planetary Boundaries: Guiding Human Development on a Changing Planet, Science 2015, 347 (6223), 1259855. DOI: 10.1126/science.1259855.

8() K. Richardson et al., Earth beyond six of nine planetary boundaries, Science Advances, 2023, Vol. 9, Issue 37, https://doi.org/10.1126/sciadv.adh2458

9() Stockholm Resilience Centre, Seven of nine planetary boundaries now breached, 24 sept. 2025, all'indirizzo https://www.stockholmresilience.org/news--events/general-news/2025-09-24-seven-of-nine-planetary-boundaries-now-breached.html; secondo l'International Energy Agency, nel 2024 le emissioni globali di CO_2 legate all'energia hanno raggiunto il massimo storico di 37,8 Gt, con concentrazioni atmosferiche medie pari a 422,5 ppm, circa 3 ppm in più rispetto al 2023; IEA, Global Energy Review 2025, sezione CO_2 Emissions, all'indirizzo https://www.iea.org/reports/global-energy-review-2025/co2-emissions

Nel loro insieme i dati rendono difficile ricondurre la divaricazione tra ambizioni normative e trasformazioni effettive a un ordinario fenomeno di difficoltà di attuazione.

Intendo sostenere che su questo terreno le cosiddette scienze comportamentali ([10]), mostrando che le decisioni spesso non nascono da calcoli interamente consapevoli e razionali, ma dal loro intreccio con euristiche, processi impliciti, fattori emotivi, più che offrire un repertorio di accorgimenti minuti e "spinte gentili" ([11]) o un semplice lessico dei bias ([12]), possono mettere a disposizione del

10 Limitando per necessità i riferimenti ad un piccolo insieme, D. Kahneman, Pensieri lenti e pensieri veloci (trad. it.), Mondadori, 2012; D. Kahneman, O. Sibony, C. Sunstein, Rumore, (trad. it.), Utet, 2021; R.H. Thaler, Misbehaving (trad. it.), Einaudi, 2018; M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral Insights*, MIT Press, 2020; M. Hallsworth, A Manifesto for Applying Behavioral Science, *The Behavioural Insights* Team, 2023; R. Sunstein, *Human Agency and Behavioral Economics. Nudging Fast and Slow*, Palgrave Macmillan, 2017; E. Angner, Economia comportamentale, Hoepli, 2016; con più specifica attenzione alle applicazioni istituzionali, politiche e giuridiche, AA.VV., Analisi comportamentale delle politiche pubbliche, a cura di R. Viale, L. Macchi, il Mulino, 2021; AA.VV., Behavioral Public Policy in a Global Context, a cura di M. Sanders, S. Bhanot, S. O'Flaherty, Palgrave Macmillan, 2023; AA.VV., The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, a cura di E. Zamir, D. Teichman, Oxford University Press, 2014; G. Loewenstein, N. Chater, *The I-Frame and the S-Frame: How Focusing on Individual-Level Solutions Has Led Behavioral Public Policy Astray*, Behavioral and Brain Sciences, 2023, vol. 46, 147 ss.; E. Picozza, Neurolaw. An Introduction, Springer, 2016; F. Tormen, Neuroscienze cognitive applicate al diritto, Mimesis, 2024; N. Rangone, Making Law Effective: Behavioural Insights Into Compliance, European Journal of Risk Regulation, 2018, vol. 3, 483 ss.; F. Vella, Diritto ed economia comportamentale, il Mulino, 2023; E. Zamir, D. Teichman, Behavioral Law and Economics, Oxford University Press, 2018.

11 Sul cosiddetto "nudge", tra i molti, R.H. Thaler, C.R. Sunstein, A. Oliveri, *Nudge. La spinta gentile*. L'edizione definitiva (trad. it.), Feltrinelli, 2022; AA.VV., *Nudge and the Law*: A European Perspective, a cura di A. Alemanno, A. Sibony, Hart Publishing, 2015; S. Cassese, Exploring the Legitimacy of Nudging, in AA.VV., Choice Architecture in Democracies, a cura di A. Kemmerer et al., Nomos, 2016, 241 ss.; R. Viale, Nudging, MIT Press, 2022; R. Viale, Oltre il nudge, il Mulino, 2018; I. Ivoi, La cerniera. La spinta gentile al servizio della sostenibilità, Pacini, 2024, cap. 2 e passim; M. Barbera, Il nudge e le condizioni della sua applicazione nello stato liberale, in AA.VV., Dalle regole ai comportamenti. Conversazioni in tema di amministrazione e persuasione, a cura di M. Cafagno, E. Boscolo, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio, G. Cavalieri, Mimesis, 2022, 19 ss.; A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021, spec. cap. I e cap. II, § 1; il testo è accuratamente recensito su questa rivista da D. Vese, 2021, v. 9 n. 2, 795 ss.

12 Per bias si intendono distorsioni ricorrenti del giudizio che affondano le loro radici nel modo in cui il sistema cognitivo umano elabora le informazioni e orienta le decisioni. La

giurista strumenti utili a comprendere e descrivere con maggiore precisione la mediazione che si interpone tra input giuridico e risposta sociale.

Muovo dall'opinione che lo studio del tratto di strada che si distende tra la regola e i suoi effetti, per il tramite dei comportamenti, non conduca la riflessione giuridica su un terreno che non le appartiene. Dopotutto, il classico approccio teleologico, il rimando allo scopo della norma, alla *ratio* della disciplina, implicano abitualmente giudizi di ragionevolezza pratica ([13]) e verifiche di congruenza tra mezzi e fini ([14]).

---

letteratura ha mostrato come, nel corso dell'evoluzione, si siano consolidate scorciatoie mentali, ossia regole pratiche di semplificazione, funzionali a contenere i costi cognitivi della scelta e a consentire risposte rapide in contesti segnati da urgenza o incertezza. Tali euristiche, pur spesso adattive, non garantiscono sempre esiti accurati e possono tradursi in errori sistematici di valutazione. Alla base dei bias, spiega la letteratura, si colloca, in particolare, l'interazione non sempre funzionale tra due modalità del pensiero, quella immediata, intuitiva e automatica (riferita al cd "Sistema 1") e quella più lenta, analitica e riflessiva (riferita al cd "Sistema 2"). I bias possono essere innescati da informazioni povere o viceversa troppo complesse, altre volte dal peso indebito di esperienze pregresse, da automatismi associativi o componenti emotive, e possono incidere sia sulla comprensione della situazione sia sulla successiva determinazione dell'azione. Per una panoramica, scontato il richiamo di D. Kahneman, *Pensieri lenti e pensieri veloci*, cit., passim; R.H. Thaler, Misbehaving, cit.; R.H. Thaler, C.R. Sunstein, A. Oliveri, Nudge, cit., passim e 115 ss.; per commenti e sviluppi in campo giuridico, F. Tormen, *Neuroscienze cognitive*, cit., passim; F. Vella, *Diritto ed economia comportamentale*, cit., 25 ss. e passim. Per un inquadramento più disteso dei bias rilevanti in materia ambientale, con ulteriori riferimenti bibliografici, v. M. Cafagno, *Integrare la tutela giuridica dell'ambiente*, cit., spec. cap. I

13 Y.-C. Chang, P.-H. Wang, *The Empirical Foundation of Normative Arguments in Legal Reasoning*, European Journal of Empirical Legal Studies, 2024, 69 ss.; N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2005, 139 ss.; E.T. Feteris, The Rational Reconstruction of Argumentation Referring to Consequences and Purposes in the Application of Legal Rules, in Argumentation, 2005, 459 ss.; C.R. Sunstein, Must Formalism Be Defended Empirically?, The University of Chicago Law Review, 1999, Vol. 66, 3, 636 ss.

14() In una prospettiva in parte convergente, A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, cit., spec. 72 ss., riconduce il problema al tema dell'effettività del diritto, individuandovi il possibile punto di leva per verificare la compatibilità tra *nudging* e diritto.

Per una riflessione generale sull'approccio consequenzialista, L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 91 ss.; per una riflessione che affronta il tema della costruzione delle soluzioni giuridiche attraverso la lente delle conseguenze, G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile* (trad. it.), Giuffrè, 1975; R. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1993; Id., *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1996; nella sfera del diritto amministrativo, G. Corso, M. De Benedetto, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo*, il Mulino, 2022; una riflessione di teoria generale in V. Velluzzi, *Le Preleggi e*

Si tratta di riconoscere che il ragionamento finalistico e funzionale obbliga il diritto a interrogarsi sulla concreta attitudine degli strumenti prescelti a incidere sui processi cui si rivolgono nel modo desiderato.

Se si sostiene che una misura o una tesi interpretativa meritino di essere adottate o preferite in vista di un fine, occorre domandarsi se siano realmente idonee a perseguirlo meglio delle alternative ([15]).

Se il giurista è chiamato a interrogarsi sulle conseguenze che le soluzioni producono, non può ignorare i processi cognitivi e comportamentali, perché da essi viene pur sempre a dipendere l'efficacia reale degli istituti ([16]).

In questa prospettiva la costatazione del modesto rendimento del diritto ambientale pone allo studioso un problema di affinamento delle conoscenze ([17]), perché non consente di assumere sbrigativamente che la congruenza formale dello strumento giuridico assicuri l'efficacia, nè di accontentarsi di una rappresentazione intuitiva e sommaria delle probabili risposte dei destinatari.

Accantonando semplificazioni comode ma svianti, l'impostazione spinge invece ad esaminare il rapporto tra mete dichiarate ed esiti ottenuti, a verificare empiricamente, per quanto possibile, gli assunti rilevanti ([18]), a diffidare di imma-

---

l'interpretazione. Un'introduzione critica, ETS, 2013, 39-44. Per un più ampio sviluppo dell'idea che l'analisi degli effetti costituisca un naturale svolgimento dell'approccio teleologico, v. anche M. Cafagno, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Giuffrè, Milano, 1996, spec. il capitolo "Fini ed effetti", 129 ss. In una prospettiva ricostruttiva diversa, ma anch'essa esplicitamente incentrata sulla relazione tra funzione e risultato, v. L.R. Perfetti, *L'amministrazione repubblicana. Un percorso di ricerca attraverso potere pubblico, sovranità, diritti fondamentali*, Cedam, 2025, 133 ss., spec. 133-140. Con specifico riguardo al rilievo giuridico del risultato e al rischio di identificarlo con il mero rispetto delle norme applicabili, v. P. Forte, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in P.A. Persona e Amministrazione, 2017, n. 1, 63 ss., spec. 95-98.

15 Y.-C. Chang, P.-H. Wang, op. ult. cit.

16 In questo senso, R. Viale, L. Macchi, nella Prefazione ad AA.VV., Analisi comportamentale delle politiche pubbliche, cit., 15.

17 Un condivisibile e stimolante invito ad allargare il raggio della riflessione interdisciplinare nella lettura e nella costruzione degli istituti del diritto amministrativo in L. De Lucia, Governare con le scienze umane. Diritto amministrativo e persone, Carocci, 2025, il cui cap. 8 in part. 129 ss., è dedicato al dialogo con le scienze cognitive; il libro è recensito da G. Tropea su questa rivista, 2025, vol. 16 n. 1, 585 ss.

18 È opportuno ricordare che, almeno nelle sue applicazioni più influenti alle politiche pubbliche, l'approccio comportamentale ai problemi si caratterizza per una forte impronta empirica e sperimentale. Messo a fuoco l'obiettivo perseguito, l'intervento inizia con

gini ingenue del comportamento umano, o di finzioni ricostruttive che tendono a neutralizzare, se non a rendere irrilevante, il concreto processo di formazione delle decisioni ([19]).

Il riferimento alle conseguenze non vuole legittimare alcuno scivolamento incontrollato dell'interpretazione sul terreno della *policy*, perché in punto di principio resta ferma l'idea che all'interprete non compete massimizzare risultati soggettivamente reputati desiderabili, ma accertare il contenuto obiettivo del diritto ([20]).

Non intendo suggerire che le scienze comportamentali possano imporsi al giudice o al legislatore come guida delle decisioni. Sostengo, più semplicemente, che questo strumento analitico possa acquistare cittadinanza nella riflessione giuridica quando illumini il nesso tra fini ed effetti, senza sminuire il dato testuale e sistematico né allentare la forza dei principi e dei vincoli istituzionali.

---

l'identificazione delle condotte che ne possono influenzare il raggiungimento, in positivo o in negativo, attraverso l'osservazione dei fatti. Si procede quindi all'individuazione delle barriere che frenano i comportamenti auspicabili e dei fattori che, viceversa, incoraggiano condotte indesiderate. Viene infine la fase di progettazione delle azioni concrete, calibrate per influenzare le condotte riconosciute determinanti: misure mirate, testate su scala ridotta prima di un'eventuale diffusione più ampia. In tema, M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral Insights*, cit., cap. 4; L. Haynes, O. Service, B. Goldacre, D. Torgerson, Test, Learn, Adapt. Developing public policy with randomised controlled trials, Cabinet Office Behavioural Insights Team, 2012; R. Viale, Che cos'è l'analisi comportamentale delle politiche pubbliche, in AA.VV., Analisi comportamentale delle politiche pubbliche, cit., 36 ss. Sul piano metodologico, in una prospettiva autonoma ma convergente quanto all'esigenza di sottoporre la costruzione dogmatica al confronto con le pratiche e con la loro effettività, v. L.R. Perfetti, *L'amministrazione repubblicana*, cit., 56 ss., spec. 60-62.

19 Sul rischio di finzioni ricostruttive che espungono dal campo giuridicamente rilevante il concreto processo di formazione della decisione, v. efficacemente N. Paolantonio, *«Tu chiamale, se vuoi, emozioni» (dalla immedesimazione organica al bias cognitivo)*, in Il diritto dell'economia, 2025, spec. §§ 6-8; in una prospettiva convergente, quanto alla critica delle rappresentazioni spersonalizzate e meccaniche dell'amministrazione, v. anche P. Forte, *La persona nella decisione amministrativa*, in AA.VV., Decidere nella complessità, a cura di M. Squillante Roma, 2017, 7 ss. e 34 ss. in part nella medesima direzione, P. Forte, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, cit., spec. 87-90 e 99-103, ove la critica dell'«amministrazione-macchina» si accompagna alla valorizzazione della componente personale e psichica del processo decisionale.

20 C.R. Sunstein, Must Formalism Be Defended Empirically?, cit.; non manca, d'altra parte, la consapevolezza che l'evidenza empirica sia spesso fragile, dipendente dal contesto e costosa da verificare, per cui essa può sorreggere il giudizio sul nesso tra mezzi e fini, ma non esaurirlo né pretendere deferenza incondizionata Y.-C. Chang, P.-H. Wang, op. cit., 69 ss.

Naturalmente, la distanza tra ambizioni normative e trasformazioni effettive, in materia ambientale, non può essere interamente riportata ai processi cognitivi e alle reazioni dei singoli; pesano fattori tecnologici, geopolitici, economici e istituzionali, che oltrepassano il piano delle condotte individuali ([21]).

La lente comportamentale, tuttavia, conserva utilità, non perché prometta una spiegazione esaustiva, ma perché illumina un segmento del problema — il tratto di realtà che si interpone tra precetto e condotta — al quale il ragionamento giuridico non può restare estraneo ([22]).

Tracciate queste coordinate generali, possiamo vedere più da vicino in che modo il problema dei comportamenti incida sullo studio e sulla costruzione del diritto ambientale, e quale apporto le scienze comportamentali siano in grado di offrire su questo terreno ([23]).

---

21 N. Chater, G. Loewenstein, The I-Frame and the S-Frame, cit.

22 La comprensione delle dinamiche cognitive può ovviamente illuminare anche le operazioni di applicazione e interpretazione che competono a magistrati e funzionari pubblici; tra i molti, P. Dolan, M. Hallsworth, D. Halpern, D. King, I. Vlaev, MINDSPACE: Influencing Behaviour Through Public Policy, Institute for Government - Cabinet Office, London, 2010; M. Hallsworth, M. Egan, J. Rutter, J. McCrae, Behavioural Government. Using Behavioural Science to Improve How Governments Make Decisions, The Behavioural Insights Team, 2018; S. Grimmelikhuijsen, S. Jilke, A. Leth Olsen, L. Tummers, Behavioral Public Administration: Combining Insights from Public Administration and Psychology, in Public Administration Review, 2016, 77(1), 45 ss.; OECD, LOGIC: Good Practice Principles for Mainstreaming Behavioural Public Policy, OECD Publishing, Paris, 2024; N. Paolantonio, op. ult. cit., spec. §§ 6-8; N. Rangone, Errori cognitivi e scelte di regolazione, in Analisi giuridica dell'economia, 1/2012, 1 ss.; G. Tummers, A. Leth Olsen, S. Jilke, S.G. Grimmelikhuijsen, Introduction to the Virtual Issue on Behavioral Public Administration, in Journal of Public Administration Research and Theory, 2016.

23 Merita ricordare che la simbiosi tra scienze comportamentali e politiche pubbliche ha ormai oltrepassato la soglia delle sole ipotesi accademiche, divenendo pratica istituzionalizzata in numerosi ordinamenti. Il Behavioural Insights Team britannico opera dal 2010 come unità dedicata all'applicazione delle scienze comportamentali nell'azione di governo, mentre negli Stati Uniti un passaggio significativo è rappresentato dall'ordine esecutivo del 2015 dell'amministrazione Obama; in tema, v. M. Fazio, *Esperienze comparate di Nudge Units e Behavioral Insights Teams*, in AA.VV., Dalle regole ai comportamenti, cit., 99 ss. Già un report commissionato dalla Commissione europea censiva nel 2016 più di duecento strutture o iniziative avviate negli Stati membri: J. Dessart, J.L. Sousa, S.R. Almeida, E. Ciriolo, Behavioural Insights Applied to Policy, Publications Office of the European Union, 2016. Una rassegna aggiornata dell'OCSE conta oggi più di trecento istituzioni in sessantatré Paesi; la mappatura all'indirizzo https://oecdopsi.org/blog/mapping-behavioural-insights/; v. anche F. Cavassini, F.

2. Dai correttivi puntuali alla verifica degli assunti impliciti

Nel dibattito pubblico e in parte della letteratura il contributo delle scienze comportamentali è sovente identificato con il *nudge*, vale a dire con quegli accorgimenti che cercano di orientare le scelte senza modificare in modo rilevante il quadro dei divieti o degli incentivi ([24]).

Non intendo minimizzarne il valore, specie in materia ambientale, dove sono ormai ben documentati modelli — come opzioni predefinite, feedback comparativi, semplificazione dei percorsi decisionali e richiami ai comportamenti prevalenti — capaci di risultati apprezzabili ([25]). Sarebbe però riduttivo fermarsi a

---

Naru, L'approccio comportamentale nel mondo, in AA.VV., Analisi comportamentale delle politiche pubbliche, cit., 347 ss. Anche in Italia è stato costituito il Team di Analisi Comportamentale (TAC), con il compito di supportare il lavoro e l'organizzazione della pubblica amministrazione. Per un quadro recente degli sviluppi operativi, v. inoltre OECD, Applying Behavioural Science in the Italian Public Administration, 2026; OECD, Mind Shift, Green Lift: Six Behavioural Science Trends for Environmental Policy, 2025; Joint Research Centre, M. Dupoux et al., Unlocking the Full Potential of Behavioural Insights for Policy: From Influencing the Individual to Shaping the System, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2025.

24 Tra le molte rappresentazioni della logica del nudging, particolarmente semplice ed efficace è il protocollo EAST, elaborato dal Behavioural Insights Team. Il modello, riassunto dall'acronimo, suggerisce di rendere le azioni desiderate facili (Easy), attraenti (Attractive), socialmente rilevanti o condivise (Social) e tempestive (Timely); si veda BIT, EAST. Four Simple Ways to Apply Behavioural Insights, revised and updated edition, 2024. Entro queste coordinate, vi sono interventi che fanno leva sull'attivazione del pensiero riflessivo per contrastare bias e distorsioni (operazioni di debiasing), e ve ne sono altri che, invece di correggere le euristiche del pensiero rapido, le sfruttano pragmaticamente (operazioni di rebiasing). Una mappatura con riferimenti bibliografici mirati in M. Cafagno, Integrare, cap. II; per un inquadramento sistematico in diritto amministrativo, con particolare riguardo alla nozione di "decisioni di contesto", v. A. Zito, La nudge regulation, cit., spec. 7 ss., 67 ss., 85 ss.

25 Sui c.d. green nudge, v., anzitutto, C.R. Sunstein, L.A. Reisch, Automatically Green: Behavioral Economics and Environmental Protection, in Harvard Environmental Law Review, 2014, vol. 38, 127 ss.; OECD, Tackling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights, OECD Publishing, Paris, 2017; OECD, Mind Shift, Green Lift, cit.; T. Park, K. Londakova, I. Brennan et al., How to Build a Net Zero Society, The Behavioural Insights Team, 2023 (nel seguito, BIT, How to Build a Net Zero Society); H. Rankine, D. Khosravi, Applying Behavioural Science to Advance Environmental Sustainability, United Nations ESCAP, Environment and Development Division, Bangkok, November 2021. Nella dottrina italiana, N. Bonini, Il comportamento proambientale: un'analisi psicologica, in AA.VV., Analisi comportamentale delle politiche pubbliche, cit., 135 ss.; ivi anche D. Pietroni, G. De Rosa, Nudge per la mobilità sostenibile, 161 ss.; L. Consonni, Green nudging ed economia comportamentale in materia ambientale, in AA.VV., Dalle regole ai comportamenti, cit., 31 ss.; I.

questo. L'utilità più generale degli studi di *behavioural insights* consiste, a mio giudizio, nel rendere espliciti gli assunti che ogni strumento giuridico sottintende riguardo ai propri destinatari e al proprio funzionamento.

Si consideri il caso della strumentazione di comando e controllo, che resta la spina dorsale del diritto ambientale. Il legislatore che vi si affidi suole presupporre che il comando sia conosciuto, compreso, praticabile, sostenuto da una minaccia credibile di sanzione.

Nella pratica, l'inerzia dello *status quo* può rendere invece invisibile un obbligo nuovo; la complessità tecnica del precetto può superare la capacità di elaborazione del destinatario; il *bias* del presente può far preferire il rischio di una sanzione futura e incerta al costo certo di un adempimento immediato; la percezione di iniquità può erodere la disponibilità a cooperare. La lente comportamentale non suggerisce di rinunciare al tradizionale comando, ma invita, prima di impartirlo, a chiedersi se il percorso di conformità sia stato reso realisticamente praticabile, se le informazioni necessarie siano accessibili, se gli adempimenti siano resi abbastanza lineari, se i tempi siano congrui, se la norma sia stata comunicata in modo intelligibile ([26]).

Ivoi, La cerniera, cit., cap. 2. Tra i riscontri empirici significativi, v. U. Liebe, J. Gewinner, A. Diekmann, Large and Persistent Effects of Green Energy Defaults in the Household and Business Sectors, in Nature Human Behaviour, 2021, 5, 576 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici, v. anche M. Cafagno, Integrare, cit., cap. II, par. 3c.

26 BIT, How to Build a Net Zero Society, cit., passim; P. Dolan et al., MINDSPACE, cit., passim e 21 ss.; OECD, LOGIC: Good Practice Principles for Mainstreaming Behavioural Public Policy, cit.; M. Hallsworth, M. Egan, J. Rutter, J. McCrae, Behavioural Government, cit., 36 ss. e 53 ss.; N. Rangone, Making Law Effective: Behavioural Insights Into Compliance, European Journal of Risk Regulation, 2018, vol. 3, 483 ss.; tra i luoghi naturali di possibile innesto di questa prospettiva, nel diritto nazionale, l'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e la verifica di impatto della regolamentazione (VIR); in tema, S. Bonatti, AIR VIR e analisi comportamentale, in AA.VV., Dalle regole ai comportamenti, cit., 269 ss.; sulle possibili correlazioni col processo di formazione delle norme, M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, La qualità delle regole, Bologna, il Mulino, 2011, 47 ss.; R. Van Bavel, B. Herrmann, G. Esposito, A. Proestakis, Applying Behavioural Sciences to EU Policy-making, European Commission, Joint Research Centre, 2013; N. Rangone, Errori cognitivi e scelte di regolazione, cit., 1 ss.; si è già detto del Team di Analisi Comportamentale (TAC) istituito presso il Dipartimento della funzione pubblica, che costituisce il primo presidio operativo di questo tipo nell'amministrazione centrale.

Un ragionamento non dissimile vale per gli strumenti economici. Tasse ambientali, sussidi, sistemi di *cap-and-trade* danno per acquisito che il destinatario reagisca al prezzo secondo un calcolo sufficientemente lucido. Ma il *framing* può alterare la percezione del costo o del beneficio; l'avversione alla perdita può rendere il prelievo più detestabile di quanto il suo importo giustifichi, mentre un sussidio di pari entità rischia di passare inosservato ([27]); il sovraccarico informativo può impedire di comparare le alternative; la lontananza temporale del beneficio può neutralizzare l'effetto dell'incentivo. Anche qui il problema non è contestare la logica dello strumento economico, ma interrogarsi sulle condizioni della sua trasmissione: conta come il segnale di prezzo viene presentato, quando viene comunicato, a quale comportamento concreto viene associato, in quale sequenza decisionale si inserisce ([28]).

Per gli strumenti informativi e partecipativi — etichette ecologiche, campagne di sensibilizzazione, consultazioni pubbliche, accesso ai dati ambientali — il problema si pone con evidenza persino maggiore. I *bias* di conferma, la distanza psicologica, il conformismo, la limitata capacità di attenzione e la tendenza alla normalizzazione del degrado possono vanificare anche la più accurata delle campagne informative. Il focus sui comportamenti suggerisce di ripensare non solo il contenuto dell'informazione, ma il formato, la tempistica, il canale e il contesto sociale entro cui essa raggiunge il destinatario ([29]).

Sul versante organizzativo, il conflitto ricorrente tra amministrazioni preposte alla tutela del paesaggio e soggetti portatori delle istanze di sviluppo delle

---

27 Classico sull'argomento D. Kahneman, A. Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, in Econometrica, 1979, 263 ss.; un'esposizione divulgativa in D. Kahneman, Pensieri lenti e pensieri veloci, cit., cap. XXVI ss.; F. Vella, Diritto ed economia comportamentale, cit., 37 ss.

28 BIT, How to Build a Net Zero Society, cit., 37; P. Dolan et al., MINDSPACE, cit., 19 ss.; sui limiti della trasmissione dei segnali di prezzo e sugli effetti del framing nelle scelte economiche, R.H. Thaler, C.R. Sunstein, Nudge, cit., cap. XIV; OECD, Tackling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights, cit., 86 ss.; F. Vella, Diritto ed economia comportamentale, cit., 37 ss. e 99 ss.

29 BIT, How to Build a Net Zero Society, cit., 31 ss.; P. Dolan et al., MINDSPACE, cit., 18; sulla distanza psicologica e la normalizzazione del degrado ambientale, P. Vidali, La negazione ecologica, Mimesis, 2024, 83 ss.; sulla necessità di ripensare formati e canali della comunicazione ambientale, L. Macchi, La comunicazione pubblica, in AA.VV., Analisi comportamentale delle politiche pubbliche, cit., 275 ss.; BIT, How to Build a Net Zero Society, cit., 31 ss.

energie rinnovabili — uno dei fattori di paralisi più discussi del diritto ambientale italiano ([30]) — nasce da una frammentazione delle competenze che moltiplica i poteri di veto, in uno scenario nel quale ciascun attore istituzionale tende a sopravvalutare i costi dell'accondiscendenza e a sottovalutare quelli della resistenza ([31]).

La lettura comportamentale non risolve il conflitto, ma può aiutare a leggerlo come un problema di cooperazione tra portatori di interessi eccentrici, aggravato da *bias* di appartenenza e da avversione alla perdita, e a immaginare soluzioni che agiscano sulla fiducia, sulla reciprocità e sulla visibilità dei benefici condivisi, anziché limitarsi ad aggiungere o a togliere ciclicamente un ulteriore seg-

---

30 Tra i molti, S. Amorosino, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 4/2022, 261 ss.; F. De Leonardis, Paesaggio ed attività produttive: criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica, in AA.VV., Urbanistica e paesaggio, a cura di G. Cugurra, E. Ferrari, G. Pagliari, Napoli, 2006, 249 ss.; B. Tonoletti, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia*, in AA.VV., *L'attuazione dell'European Green Deal*, a cura di E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi, Wolters Kluwer, 2022, 98 ss.

31 La questione si colloca al crocevia tra una logica da "commons" e una logica (non meno densa di indicazioni, per lo studioso di diritto amministrativo) da "anticommons": la tutela di interessi comuni richiede cooperazione, ma la frammentazione delle competenze e dei poteri di veto può produrre blocco. Proprio in questo spazio le scienze comportamentali possono offrire chiavi essenziali, non per sostituire la regolazione, ma per governare fiducia e deficit di reciprocità, così da rendere più visibili i benefici condivisi e più praticabile la cooperazione. Sui commons, scontato il rimando, per tutti, a E. Ostrom, *Governare i beni collettivi* (trad. it), Venezia, 2006, *passim*; quanto al tema degli "anticomuni", si vedano, per prime coordinate, J. M. Buchanan, Y. J. Yoon, S*ymmetric Tragedies: Commons and Anticommons, The Journal of Law and Economics*, 2000, 1 ss; E. Baffi, F. Parisi, *Anticommons, tragedia degli*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012, https://www.treccani.it/enciclopedia/tragedia-degli-anticommons_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza); circa le condizioni necessarie alla ricerca di soluzioni cooperative, S. Kopelman, J. M. Weber, D.M. Messick, *Factors influencing cooperation in commons dilemmas: A review of experimental psychological research*, in AA.VV., *The Drama of the Commons*, a cura di E. Ostrom, T. Dietz, N. Dolsak, P.C. Stern, S. Stonich, E. Weber, National Research Council, Washington D.C., National Academy Press, 2002, 113 ss.; si legga anche G. Fidone, *Amministrazione e persuasione nell'indurre la cooperazione intorno ai beni comuni*, in AA.VV., *Dalle regole ai comportamenti*, cit., 221 ss.; per una riflessione a tutto campo, G. Arena, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni ed i patti di collaborazione,* I quaderni delle Piccole Scuole, quaderno n. 6, studi, 2025; F. Giglioni, *Il diritto dell'amministrazione condivisa*, Franco Angeli, 2025.

mento alle procedure ([32]).

Hallsworth ha persuasivamente osservato che il contributo più maturo delle scienze comportamentali non consiste nel produrre *nudge*, ma nell'offrire un "prisma" attraverso cui riesaminare l'intera architettura degli strumenti pubblici, un prisma capace di far risaltare assunti errati sulle dinamiche umane, di facilitare la comprensione dei moventi, di aiutare a capire se convenga moltiplicare i vincoli o piuttosto ridisegnarne la geometria ([33]).

L'amministrazione, in questa luce, non dovrebbe limitarsi a scegliere tra divieto, incentivo, informazione o servizio; dovrebbe anche interrogarsi su come il problema venga percepito dai destinatari, su quanto sia oneroso il comportamento richiesto, su quali ostacoli pratici o cognitivi ne rendano improbabile l'adozione, su quali condizioni di fiducia e di reciprocità occorra costruire perché lo strumento prescelto possa produrre gli effetti attesi ([34]).

Se assunte come dispositivo diagnostico, le scienze cognitive recano anche un'implicazione operativa. Proprio perché aiutano a vedere meglio come si formano le condotte, inducono a progettare il cambiamento non come una somma di interventi puntuali e isolati, ma come un processo nel quale leve diverse, comportamentali e non, possano essere combinate lungo fasi differenti ([35]).

---

32 M. Janssen, A Behavioral Perspective on the Governance of Common Resources, Current Opinion in Environmental Sustainability, 2015, vol. 12, 1 ss., con ulteriori indicazioni bibl. ivi; L.A. Fennell, Visibility and Indivisibility in Resource Arrangements, in Journal of Land Use and Environmental Law, 2021, 297 ss.

33 M. Hallsworth, *A Manifesto for Applying Behavioral Science*, cit., 61 ss. e *passim*; si vedano anche P. Bujold, M. Pascual, E. Thulin, Exp*anding Beyond Nudge: Experiences Applying Behavioral Science for Comprehensive*

Social Change, in AA.VV., *Behavioral Public Policy in a Global Context*, cit., 205 ss.; Y. Shen, M. Faure, *Behavioural Instruments in Environmental Law and Policy: Potential and Challenges*, in R*eview of European, Comparative & International Environmental Law*, 2024, 3 ss.; N. Chater, G. Loewenstein, *The I-Frame and the S-Frame*, cit.

34 G. Pericu, Esperienze di un amministratore giurista, in Scritti scelti, Milano, 2009, 927 ss.; per un resoconto dialogato di tale impostazione nel periodo in cui l'A. assunse il governo della città di Genova, G. Pericu, A. Leiss, Genova nuova. La città e il mutamento, Roma, 2007, passim.

35 P. Bujold, M. Pascual, E. Thulin, Expanding Beyond Nudge, in AA.VV., *Behavioral Public Policy in a Global Context*, cit., 205 ss.; ivi anche A. Sallis, L. Porter, The World's First Government Behavioral Insights Team Dedicated to Public Health: Ten Lessons Learned Over a Decade of Experience, 97 ss.; R. Viale, Oltre il Nudge, cit., passim

Un esempio istruttivo è offerto da *Solarize*, modello sviluppatosi negli Stati Uniti, a partire da iniziative locali e di quartiere, per favorire l'installazione di pannelli fotovoltaici in ambito residenziale, specie in comunità a basso e medio reddito. Il programma mobilita, in forma pragmatica, leve note alla riflessione sui processi decisionali: organizza gruppi di acquisto, riduce il rischio percepito mediante riprova sociale, semplifica gli adempimenti con il supporto delle amministrazioni, attiva canali di finanziamento agevolato, seleziona fornitori affidabili con procedure competitive e, dopo le prime installazioni, rende visibili i benefici conseguiti, così da favorire emulazione e diffusione endogena ([36]).

In questo schema, le leve comportamentali non sostituiscono gli strumenti giuridico-amministrativi, ma li preparano e li accompagnano. Il punto non è rimpiazzare la regola con la persuasione, bensì costruire un percorso nel quale il problema divenga percepibile, le prime condotte cooperative acquistino visibilità sociale e l'ordinamento le consolidi poi mediante regole, sostegni, coordinamento e procedure più accessibili. In questa luce, l'efficacia dell'azione pubblica dipende spesso non dal singolo atto, ma dal modo in cui l'amministrazione combina nel tempo informazione, semplificazione, sostegno e formalizzazione delle regole, così da rendere praticabile, visibile e infine stabile la condotta richiesta.

Le sollecitazioni utili in ciascun passaggio — dalla comunicazione emotiva alla riprova sociale, dalla semplificazione dei percorsi alla costruzione di identità collettive — non si escludono, ma possono rafforzarsi a vicenda entro una se-

---

36 Per una descrizione dei tratti caratteristici del progetto, v. anzitutto C. Eichner, *The Solarize Guidebook: A Community Guide to Collective Purchasing of Residential PV Systems*, U.S. Department of Energy / National Renewable Energy Laboratory, 2012; K. Gillingham, B. Bollinger, *Solarize Your Community: An Evidence-Based Guide for Accelerating the Adoption of Residential Solar*, 2017. Per un riscontro empirico particolarmente significativo sul ruolo dell'apprendimento sociale, K. Gillingham, B. Bollinger, *Social Learning and Solar Photovoltaic Adoption*, in *Management Science*, 2021, vol. 67, issue 11, 7091 ss. Sul caso di Portland, v. S. Anderson, J. Kolek, *Portland, OR: Solarize Portland Campaign*, 2011; L. Rubado, *Solarize Portland: Community Empowerment through Collective Purchasing*, 2010. In chiave più generale, P.M. Bujold, K. Williamson, E. Thulin, *The Science of Changing Behavior for Environmental Outcomes: A Literature Review*, Rare Center for Behavior & the Environment / Scientific and Technical Advisory Panel to the Global Environment Facility, 2020, 46 ss.; E. Thulin, *Green Decisions: Sustainability and Behavioral Science*, 2024; ulteriori riferimenti in M. Cafagno, *Integrare*, cit., cap. III.

quenza coerente ([37]).

In breve, funzione diagnostica e uso integrato delle leve sono, in realtà, i due lati del medesimo ragionamento; la prima aiuta a vedere dove e perché lo strumento pubblico incontra resistenze cognitive, motivazionali o cooperative; il secondo suggerisce come articolare nel tempo una risposta che combini strumenti diversi.

Il punto, in definitiva, non è aggiungere qualche *nudge* allo strumentario classico, ma descrivere con maggiore rigore il percorso che conduce dal precetto alla condotta e costruire, lungo quel percorso, condizioni di efficacia più realistiche ([38]).

3. Tre avvertenze

La letteratura critica sulle "spinte gentili" è troppo ampia per poter essere qui ricostruita in modo organico. Mi limito a tre avvertenze, che mi sembrano di particolare importanza nella nostra materia.

---

37 Una logica di questo tipo è caratteristica dei programmi di Rare, organizzazione che da oltre mezzo secolo coopera con istituzioni pubbliche di varie parti del mondo per rafforzare la protezione degli ecosistemi. Ad esempio Fish Forever, avviato nel 2012 in comunità costiere dell'Asia, dei Caraibi e dell'America latina, mira a rafforzare l'efficacia delle aree protette contro la pesca eccessiva mediante una sequenza che combina emersione della percezione del degrado, co-progettazione di regole condivise e successivo consolidamento delle pratiche attraverso riconoscimento formale, sostegno pubblico, finanziamenti e reti tra comunità di pescatori. Lands for Life, dedicato all'agricoltura rigenerativa e al ripristino degli ecosistemi terrestri, segue una logica analoga: sostiene dapprima gli agricoltori più aperti al cambiamento, ne trasforma poi i risultati in prova sociale e contribuisce infine a rendere le pratiche sostenibili insieme convenienti e socialmente riconosciute. In termini non dissimili operano gli Acuerdos Recíprocos por Agua nei Paesi andini, dove incentivi, supporti tecnici, sedi partecipative e rituali pubblici concorrono a trasformare la conservazione in rapporto di reciprocità e norma sociale condivisa. Sui casi, v. P. Bujold, M. Madhuri Karak, To Scale Behavior Change: Target Early Adopters, Then Leverage Social Proof and Social Pressure, in Behavioral Scientist, 2021; P. Bujold, M. Pascual, E. Thulin, Expanding Beyond Nudge, cit.; E. Thulin, Beyond Nudge: Transformative Change through Behavioral Science, 2024; N. Rodríguez-Dowdell, I. Yepez-Zabala, K. Green, E. Calderón-Villela, Pride for ARAs: A Guide to Reciprocal Water Agreements for People and Nature, Arlington, VA, Rare, 2014. Per un più disteso inquadramento degli esempi, con ulteriori riferimenti bibliografici, M. Cafagno, Integrare, cit., spec. cap. III. Per un quadro generale, v. inoltre www.rare.org; Rare's Center for Behavior & the Environment, Levers of Behavior Change: A Guide to the Science and Applications, 2024; Rare–BIT, Behavior Change For Nature: A Behavioral Science Toolkit for Practitioners, 2019.

38 A. Zito, *La nudge regulation*, cit., 80 ss.

La prima riguarda il rischio di opacità, manipolazione o paternalismo. In materia ambientale, la difficoltà di orientare condotte onerose nel presente e vantaggiose solo nel lungo periodo rende particolarmente rilevanti interventi che agiscono sulle condizioni della decisione, più che sul contenuto espresso del precetto. Proprio per questo, quanto più l'azione pubblica si muova su questo terreno, tanto più devono essere espliciti il fine perseguito e la condotta che si intende orientare, nonché rigorosamente vagliati la proporzionalità del mezzo, le forme di sindacato possibile e il monitoraggio degli esiti ([39]).

La seconda riguarda la portata intrinsecamente situata di molti interventi comportamentali. Un'ampia antologia di lavori segnala che i loro effetti restano spesso diseguali, sensibili al contesto, non meccanicamente riproducibili, talora destinati a perdere intensità nel tempo ([40]). Proprio per questo, il loro impiego diventa tanto più serio quanto meno venga presentato come scorciatoia; esso richiede attenzione alle circostanze, alle interazioni e alla struttura dei problemi,

39 S. Cassese, *Exploring the Legitimacy of Nudging*, cit.; L. De Lucia, *Governare con le scienze umane*, cit., spec. 133 ss.; A.M. Fabbri, M. Faure, *Toward a "Constitution" for Behavioral Policy-Making*, in *International Review of Economics*, 2018, 65(3), 241 ss.; P.G. Hansen, A.M. Jespersen, *Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2013, 4(1), 3 ss.; P. Kuyer, B. Gordijn, *Nudge in Perspective: A Systematic Literature Review on the Ethical Issues with Nudging*, in *Rationality and Society*, 2023, 35(2), 191 ss.; OECD, *Good Practice Principles for Ethical Behavioural Science in Public Policy*, 2022; C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics, in Stanford Law Review, 1998, vol. 50, 1471 ss.; T.M. Wilkinson, *Nudging and Manipulation*, in *Political Studies*, 2013, 61(2), 341 ss.; A. Zito, La nudge regulation, cit., spec. 46 ss., 56 ss., 67 ss. e 97 ss.; per una sintetica ricognizione di alcune fra le principali obiezioni relative a paternalismo, trasparenza e capacità di autodeterminazione, v. anche D. Vese, review of Nudge: The Final Edition, edited by R.H. Thaler and C.R. Sunstein, in European Journal of Risk Regulation, 2022, 13, 350 ss. In una prospettiva più ampia, sul nesso tra consenso, manipolazione e comunicazione del messaggio, v. E. Picozza, Neuro Law: Validity and Limits of a Neuroscientific Approach to Problems Relating to Law and Justice, in E. Picozza (ed.), Neurolaw. An Introduction, cit., spec. 34 ss.

40 D. de Ridder, J. Feitsma, M. van den Hoven, F. Kroese, T. Schillemans, M. Verweij, T. Venema, A. Vugts, E. de Vet, *Simple Nudges That Are Not So Easy*, in *Behavioural Public Policy*, 2024, vol. 8, n. 1, 154 ss.; M. Hallsworth, Making Sense of the "Do Nudges Work?" Debate, in Behavioral Scientist, 2022, https://behavioralscientist.org/making-sense-of-the-do-nudges-work-debate/; M. Hallsworth, *A Manifesto for Applying Behavioral Science*, cit.; M. Pasche, *What Can Be Learned from Behavioral Economics for Environmental Policy?*, in AA.VV., *New Perspectives for Environmental Policies Through Behavioral Economics*, a cura di F. Beckenbach, W. Kahlenborn, Springer, 2016, 109 ss.; Y. Shen, M. Faure, op. cit.

nonché sperimentazione sorvegliata, verifica ex post, capacità di apprendimento dagli esiti e disponibilità alla revisione ([41]).

La terza avvertenza è forse la più delicata, soprattutto in materia ambientale. Le scienze comportamentali non mettono a disposizione del giurista un'antropologia normativa unitaria, né autorizzano a generalizzare fuori contesto caratterizzazioni che valgono solo a una certa scala del problema.

Quando si tratti di ottenere, in tempi relativamente brevi, una modificazione delle condotte, conviene infatti muovere dalla consapevolezza che gli individui reagiscono più prontamente a costi e benefici prossimi, tangibili e personalmente avvertibili, mentre incontrano maggiori difficoltà quando siano chiamati a orientare stabilmente le proprie scelte in funzione di vantaggi remoti, diffusi e probabilistici ([42]).

Miopia, avversione alla perdita, sensibilità per ciò che è prossimo, difficoltà di cooperazione quando il beneficio è remoto e il contributo individuale poco visibile sono, in questa prospettiva, tratti spesso molto utili per comprendere ostacoli immediati all'adozione di una condotta.

Su questa scala, il contributo delle scienze comportamentali consiste soprattutto nel rendere più percepibile il beneficio futuro, meno gravoso l'investimento iniziale e più visibile la relazione tra vantaggio individuale e risultato collettivo ([43]). Rientrano in questo piano, ad esempio, la valorizzazione dei co-bene-

---

41 M. Hallsworth, A Manifesto for Applying Behavioral Science, cit.

42 G. Loewenstein, N. Chater, *The I-Frame and the S-Frame*, cit., ricordano che la selezione naturale ha operato principalmente in contesti locali e semplici, dove sopravvivenza e riproduzione dipendevano da ciò che era prossimo nel tempo e nello spazio; si vedano anche M. Hallsworth, M. Egan, J. Rutter, J. McCrae, Behavioural Government, cit., 36 ss.; P. Vidali, La negazione ecologica, cit., 83 ss.; S. Belletti, Bias decisionali e catastrofi naturali: i nudge per promuovere la prevenzione, in AA.VV., Analisi comportamentale delle politiche pubbliche, cit., 149 ss.; sul bias del presente, ulteriori indicazioni in M. Cafagno, *Integrare*, cit., cap. I, parr. 1.2 e 1.3.

43 In tema di co-benefit, IPCC, Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, a cura di H. LEE, J. Romero, IPCC, Geneva, Switzerland, 2023, 108 ss.; E. Ostrom, Polycentric Systems for Coping with Collective Action and Global Environmental Change, in Global Environmental Change 2010, vol. 20, issue 4, 550 ss. Sull'attualizzazione dei benefici futuri come strategia di rebiasing, OECD, Tackling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights, cit., 50 ss.; BIT, EAST, cit., 45 ss.; R.H. Thaler, C.R. Sunstein, Nudge, cit., cap. XIV; sul differimento dei costi attuali, R.H. Thaler, S. Benartzi, Save More

fici ambientali, che rende la scelta sostenibile attraente non soltanto per il suo contributo remoto alla riduzione delle emissioni, ma anche per vantaggi percepibili nell'immediato; la possibilità di differire i costi, attenuando il peso dell'esborso iniziale; o ancora la costruzione di meccanismi nei quali la collaborazione alla tutela dell'ecosistema sia sostenuta anche da ritorni tangibili per chi vi partecipi ([44]).

La transizione ecologica è però un processo multidimensionale che si dispiega su orizzonti temporali diversi e richiede strumenti capaci di operare secondo logiche differenti ([45]). Se, nel breve termine, può essere necessario agire sul linguaggio degli incentivi, degli attriti e delle architetture di scelta, su una scala più ampia vengono in rilievo anche altri profili del destinatario, come la capacità di apprendere, di interiorizzare norme, di orientarsi entro pratiche collettive, di stabilizzare nel tempo comportamenti che, in una prima fase, possono avere richiesto sostegni più ravvicinati. A questo livello, il compito di cui un intervento pubblico ispirato a logiche comportamentali dovrebbe farsi carico non è soltanto rendere più agevole una scelta nell'immediato, ma rafforzare reciprocità, sedimentare abitudini, accrescere la disponibilità a cooperare, modificare progressivamente le aspettative e le cornici di senso entro cui le decisioni vengono prese.

Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving, in Journal of Political Economy, 2004, 112(S1), 164 ss; ulteriori indicazioni bibl. in M. Cafagno, Integrare, cit., cap. II, par. 3

44 N. Rodríguez-Dowdell et al., Pride for ARAs, cit.; S. Ottone, L. Sacconi, Beni comuni, economia comportamentale ed istituzioni, in AA.VV., Beni comuni e cooperazione, a cura di S. Ottone, L. Sacconi, il Mulino, 2015; altri tiferimenti in M. Cafagno, Integrare, cit., cap. II.

45 D. Loorbach, Transition Management: New Mode of Governance for Sustainable Development, International Books, 2007; Id., Transition Management for Sustainable Development: A Prescriptive, Complexity-Based Governance Framework, in Governance, 2010, vol. 23, 161 ss.; F.W. Geels, Technological Transitions as Evolutionary Reconfiguration Processes: A Multi-Level Perspective and a Case Study, in Research Policy, 2002, vol. 31, 1257 ss.; R. Kemp, D. Loorbach, J. Rotmans, *Transition Management as a Model for Managing Processes of Co-evolution towards Sustainable Development*, in International Journal of Sustainable Development and World Ecology, 2007, 78 ss. Il rapporto del BIT più volte richiamato, How to Build a Net Zero Society, cit., 31 ss. e passim, identifica un primo livello di azione, definito downstream, in cui le scienze comportamentali affinano la capacità di influenzare le scelte individuali; un livello middlestream, concentrato sulla modifica delle architetture delle scelte; un livello upstream, rivolto alla riconfigurazione delle politiche, degli investimenti e delle strutture di mercato.

Il rendimento degli strumenti dipende anche dalla capacità di tenere insieme questi due orizzonti: da un lato, rendendo più praticabili, nel breve termine, le condotte richieste; dall'altro, concorrendo, insieme agli strumenti dell'educazione, della partecipazione e della costruzione istituzionale, a quella trasformazione più lenta e profonda delle motivazioni, delle aspettative e delle abitudini senza la quale la transizione ecologica rischia di rimanere ostaggio di equilibri fragili ([46]). In questo senso, le scienze comportamentali offrono un ausilio che muta con la natura e con la scala dei problemi, nel breve periodo contribuendo a calibrare più realisticamente le leve dell'azione pubblica e nel lungo periodo riportando l'attenzione sulle condizioni culturali e cooperative che rendono durevole il cambiamento.

4. Conclusioni

Le considerazioni svolte suggeriscono, più che una conclusione perentoria, una direzione di indagine. L'attenzione ai comportamenti non promette scorciatoie, né sostituisce il ragionamento giuridico con un repertorio di espedienti. Aiuta, più modestamente, a vedere meglio il tratto di realtà che si interpone tra comando e trasformazione effettiva, e dunque a prendere più sul serio il rapporto tra fini dichiarati, strumenti adottati ed effetti prodotti.
Se le condotte non seguono automaticamente dalla scelta della leva formale, il compito dell'azione pubblica non può esaurirsi nell'imporre, incentivare o raccomandare. Comprende anche la costruzione delle condizioni entro cui la condotta desiderata possa divenire intelligibile, praticabile, meno onerosa e più stabile nel tempo. Le esperienze richiamate nelle pagine precedenti non indicano una ricetta salvifica, ma trasmettono l'immagine di un cantiere aperto, sperimentale e adattivo, che invita a pensare strumenti più verificabili nei loro effetti, rettificabili, rea-

46 In questa direzione convergono M. Hallsworth, A *Manifesto for Applying Behavioral Science*, cit.; P. Bujold, M. Pascual, E. Thulin, *Expanding Beyond Nudge*, cit., 205 ss.; BIT, *How to Build a Net Zero Society*, cit.; sul rapporto tra educazione ambientale e formazione delle norme sociali, I. Ivoi, *La cerniera*, cit., cap. 3; C. Bicchieri, *The Grammar of Society: The Nature and Dynamics of Social Norms*, Cambridge University Press, 2006; ID., Norms in the Wild: How to Diagnose, Measure, and Change Social Norms, Oxford University Press, 2016; M. Cafagno, *Integrare*, cit., conclusioni.

listici ([47]).

Nei contesti segnati da interdipendenze numerose, da dinamiche cumulative, da tempi lunghi e da reazioni umane non lineari, il rapporto tra norma ed effetti difficilmente può essere pensato come una trasmissione meccanica ([48]). Ne deriva l'opportunità di guardare all'azione amministrativa non soltanto attraverso il provvedimento e il procedimento, ma anche come osservazione del contesto, attenzione alle resistenze, combinazione di leve differenti, correzione progressiva degli interventi, apprendimento dagli esiti. In questa prospettiva, la forma, il vincolo e la decisione non vengono affatto accantonati, ma collocati entro un lavoro più ampio, che precede, accompagna e segue l'atto formale ([49]). Un'amministrazione che assumesse seriamente questo punto di vista sarebbe indotta a osservare il terreno sul quale la regola dovrà operare, a ridurre gli attriti inutili, a costruire condizioni di intelligibilità e di fiducia, a sostenere ciò che può attecchire, ad apprendere dalle risposte del sistema e a correggere ciò che non funziona ([50]). Ne risulterebbe una rappresentazione meno ingenua e più concreta della natura pro-

---

47 Il tema è più ampiamente sviluppato in M. Cafagno, *Amministrazione pubblica dell'ambiente come dialogo tra sistemi complessi*, *Il diritto dell'economia*, anno 71, n. 117, 2-3/2025, 103 ss.

48 In tema L.R. Perfetti, *Complexity, Discretion, Public Interest*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2023, vol. XII, fasc. 1, 1 ss.; A. Moliterni, *Note minime in tema di complessità e diritto amministrativo,* in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti in onore di Vincenzo Cerulli Irelli*, tomo II, Giappichelli, Torino, 2021, 810 ss.

49 Il rapporto tra momenti formali e momenti informali dell'azione amministrativa, anche nella prospettiva della preparazione del contesto entro cui l'atto è chiamato a operare, non può essere approfondito in queste pagine. Il rinvio essenziale è, anzitutto, a M. Nigro, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge),* in *Il procedimento amministrativo, Atti del convegno di Messina-Taormina del 1988*, a cura di F. Trimarchi, Giuffrè, 1990, 17 ss., nonché a Id., Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione, Giuffrè, 1966, 82 ss. e passim; illuminante G. Pericu, Esperienze di un amministratore giurista, cit., 927 ss. Per ulteriori richiami, v. C. Marzuoli, Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento del procedimento, in Codice dell'azione amministrativa, a cura di M.A. Sandulli, Giuffrè, 2011, 206 ss.; con uno sguardo di sistema, A. Travi, Pubblica amministrazione. Burocrazia o servizio al cittadino?, Vita e Pensiero, 2022, cap. III.

50 Su questa traccia, in M. Cafagno, *Integrare la tutela giuridica dell'ambiente*, cit., 84 ss., ho proposto di pensare all'amministrazione come a un "giardiniere", più che a un mero esecutore, muovendo dalla visione della legalità suggerita da G. Pericu, *Esperienze di un amministratore giurista*, cit., 944.

gressiva e riflessiva dell'azione pubblica quando essa si misuri con sistemi complessi e con destinatari umani. Non si tratta, perciò, di sostituire il diritto con la psicologia, ma di riconoscere che la tenuta degli strumenti giuridici dipende anche dalla qualità delle condizioni materiali, cognitive e relazionali entro cui essi sono chiamati a operare. Poiché tali condizioni incidono sul funzionamento degli istituti e sui loro effetti, la riflessione giuridica non può considerarle estranee senza perdere qualcosa della propria capacità di comprensione.

Eugenio Picozza
Professore emerito di diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata
profavveugeniopicozza@gmail.com

Esistono ancora fini ed effetti nel diritto?

Do purposes and effects still exist in law?

Sintesi

Il contributo esamina criticamente il rapporto tra fini, effetti e comportamenti nel diritto contemporaneo, prendendo spunto dagli studi di Maurizio Cafagno sull'integrazione tra tutela ambientale e scienze comportamentali. L'A. evidenzia come il diritto sia rimasto legato a un dualismo cartesiano ormai superato dalle neuroscienze e dalla filosofia della mente, fondandosi sull'illusione che gli esseri umani si conformino spontaneamente alle regole. Ripercorrendo i passaggi epocali che hanno segnato la transizione dalla teologia politica all'analisi economica del diritto — con il primato dell'efficienza e dei risultati introdotto anche nel diritto amministrativo —, il saggio analizza l'impatto delle discipline cognitive e neuroscientifiche sulle categorie giuridiche tradizionali. Vengono inoltre affrontate le criticità legate all'azione delle pubbliche amministrazioni, alla razionalità limitata dei funzionari e alla necessità di superare il formalismo dogmatico, concludendo che lo studio dei comportamenti appartiene a pieno titolo al metodo giuridico e che l'intelligenza artificiale potrà favorire una nuova sintesi tra fini, effetti e comportamenti.

Abstract

This paper critically examines the relationship between purposes, effects, and behaviors in contemporary law, drawing inspiration from Maurizio Cafagno's studies on integrating environmental protection with behavioral sciences. The Author highlights how the law remains tied to a Cartesian dualism long abandoned by neurosciences and philosophy of mind, relying on the assumption that humans spontaneously conform to rules. Tracing the epochal shifts from political theology to the economic analysis of law—with the primacy of efficiency and targets introduced into administrative law as well—the essay analyzes the impact

of cognitive and neuroscientific disciplines on traditional legal categories. It also addresses the critical issues related to public administration activity, officials' bounded rationality, and the need to overcome dogmatic formalism, concluding that the study of behaviors fully belongs to the legal method and that artificial intelligence may foster a new synthesis among purposes, effects, and behaviors.

Parole chiave: Fini ed effetti nel diritto, Scienze comportamentali e neuroscienze, Diritto amministrativo e ambientale, Razionalità limitata, Metodo giuridico

Keywords: Purposes and effects in law, Behavioral sciences and neurosciences, Administrative and environmental law, Bounded rationality, Legal method

Indice:1. La persistenza del dualismo cartesiano nel diritto e i mutamenti storici dei presupposti giuridici. - 2. L'asimmetria tra politica ed economia e la crisi dell'albero della memoria giuridica. - 3. L'impatto delle discipline cognitive e neuroscientifiche sul concetto di regola e sui comportamenti umani. - 4. L'applicazione delle scoperte neuroscientifiche al mondo del diritto e l'inerzia della dogmatica tradizionale. - 5. Riflessioni conclusive: il diritto ambientale, i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e la prospettiva dell'intelligenza artificiale.

1. La persistenza del dualismo cartesiano nel diritto e i mutamenti storici dei presupposti giuridici

Leggendo il contributo di Maurizio -come sempre interessante ed innovativo - mi è venuta spontaneamente nel cervello la domanda che funge da titolo di questo breve commento. È un fatto incontrovertibile che, di tutte le scienze (esatte e probabilistiche, dure ed umanistiche, della natura o dello spirito come dir si voglia) il diritto è quella che è rimasta maggiormente legata al c.d. dualismo cartesiano, da tempo abbandonato dai filosofi della mente e dai neuroscienziati. Quindi il diritto attuale si regge ancora su una convenzione per non dire su una illusione: quella che gli esseri umani si comportino secondo le sue regole. Ecco perché quel genio di Santi Romano -onde far quadrare il cerchio- inserì nella rosa degli ordinamenti giuridici anche quelli illeciti, prima di tutto l'ordinamento giuridico della mafia. Eppure, ancora oggi manca uno studio appositamente dedicato ad una ricostruzione storica dei "presupposti " del concetto di diritto almeno in area occidentale. O almeno lo si ritrova sparso qui e là nelle storie della filosofia del diritto (in primis in quella dell'indimenticabile Guido Fassò) o in studi monografici dedicati alla problematica del concetto di diritto (Quid est Jus? Quid est Juris?). Non essendo un filosofo del diritto, mi limito semplicemente a segnalare due passaggi fondamentali (almeno in termini di macrostoria del diritto) che ne

hanno segnato il profondo mutamento anche quanto a rispetto della c.d. "effettività" di matrice kelseniana:

il passaggio dalla teologia religiosa alla teologia politica, segnalato in modo insuperabile da Carl Schmitt ai primi del novecento: in realtà il passaggio inizia già con la Rivoluzione Francese (ma non con quella americana fatta dai puritani) e la sostituzione della dea ragione al Dio dei cattolici e dei protestanti: mentre prima la religione stessa garantiva l'obbedienza al diritto ("Date a Dio quel che è di Dio e a Cesare quel che è di Cesare) ora l'obbedienza si fonda sulla Volontè Générale, sul Volkgeist, sulla dottrina dello Stato /e simili). La religione serve più che altro per tenere buona la classe proletaria e sottoproletaria (che emergerà comunque non più tardi della fine del secolo diciannovesimo)

Il passaggio dalla dottrina "classica" del diritto (quella appunto dei fini della legge e degli effetti giuridici del diritto privato, pubblico, civile, penale e amministrativo e relativi diritti processuali, ultimo il costituzionale, sostanziale e processuale, (da sempre legato alla politica più che al diritto) alla analisi economica del diritto: passaggio molto ben figurato dal racconto biblico delle Tavole della Legge: quando Mosè torna dal monte Sinai con le Tavole della Legge ricevute direttamente da Dio (quindi un diritto "rivelato" cioè sacro), trova il cognato Aronne che sta adorando il vitello d'oro (cioè il materiale, prezioso o meno). E alla domanda del perché il popolo ebraico lo faccia, la risposta è quella che hanno dato gli Stati occidentali dopo la Seconda Guerra Mondiale: imitiamo gli Stati Uniti patria del consumismo e dell'individualismo. Al criterio dell'effetto giuridico come effettività del valore etico, si sostituisce l'efficienza dei risultati ma anche dei target (in italiano degli obiettivi) introdotta nel nostro diritto amministrativo con l'articolo 1 della legge 241/90 sul procedimento amministrativo.

2. L'asimmetria tra politica ed economia e la crisi dell'albero della memoria giuridica

Questo passaggio "epocale", tuttavia, crea una asimmetria tra politica ed economia molto prima che l'effettività del potere si trasferisse (già dagli anni '70 del secolo scorso) dagli Stati alle Società Multinazionali e poi ai Fondi Sovrani e alle Multinazionali di Tecnologia Avanzata. Infatti lo schema classico del diritto costituzionale era rimasto quello della teologia politica: l'unica novità, certamen-

te di rilievo, era che alla Bibbia della Legge (cara tuttora al governo di Destra ma anche a molti politici di Sinistra) si sostituiva il Vangelo della Costituzione reso più o meno effettivo attraverso il criterio meta ermeneutico dell'obbligo di interpretazione conforme alla Costituzione stessa (criterio che si sarebbe poi applicato anche al diritto della Unione Europea alla Cedu ma "guarda caso" non al diritto internazionale (così importante per rendere effettiva la tutela ambientale). Quindi tuttora i politici (non solo italiani) credono di poter dettare se non i fini (ormai condivisi son i dirigenti grazie al Tu 165/2001) almeno gli indirizzi, le direttive e i criteri generali dell'azione politica ed amministrativa (articoli 4 e 27 del medesimo testo unico). Nel frattempo, l'albero della memoria giuridica (per citare Giordano Bruno) che vedeva nel tronco la legge, nei rami la specificazione dei fini nei vari settori dell'ordinamento, nelle foglie la ripartizione delle competenze, e nei frutti i "risultati", si è inaridito.

3. L'impatto delle discipline cognitive e neuroscientifiche sul concetto di regola e sui comportamenti umani

Il colpo mortale non è venuto solo dalla analisi economica del diritto e nella gemella economia del diritto: queste discipline hanno solo cercato di dare un senso logico ai costumi della società occidentale consumistica e post-consumistica. E' venuto soprattutto dalle c.d. discipline cognitive in primis quelle neuroscientifiche (in effetti la neuroeconomia da cui deriva la economia finanziaria e comportamentale si è affacciata solo ai primi del XXI secolo mentre la scoperta dei neuroni risale ai primi del '900 e quella delle sinapsi alla metà). Prima di tutto come si scriveva all'inizio del commento le neuroscienze hanno posto in seria discussione il dualismo e posto come fondamento del comportamento umano non lo "spirito" bensì il cervello, cioè la materia.

E' però finora mancata che io sappia una serie di risposte scientifiche a domande filosofiche, del tipo: perché il cervello ha bisogno di regole? Che cosa intende con questo termine? Come forma le regole stesse, attraverso quali plasticità? Quanto incide l'eredità genetica e quanto l'educazione ambientale materna, familiare e scolastica. Analizzando in profondità le sue caratteristiche e le sue proprietà, si sono invece imbattuti in diverse contraddizioni che il diritto positivo non può sanare: ne cito solo una: l'antinomia tra la solidarietà della specie che è

ormai una acquisizione condivisa, e la tendenza a cercare il piacere con il minimo sforzo. E' come cercare di far convivere Marx con Bentham e gli altri utilitaristi. Ma le neuroscienze sono andate ben oltre: attraverso la scoperta della c.d. neuroplasticità ovvero plasticità cerebrale, hanno posto l'attenzione sulla importanza che l'ambiente (inteso in senso lato non solo il diritto ambientale in senso stretto) riveste per la formazione della plasticità medesima. Per fare un esempio molto utile per il diritto, hanno rilevato come l'abitudine alla disciplina, allo sforzo, allo studio e alla astrazione, formino individui più consapevoli delle loro responsabilità politiche economiche e sociali. Di contro una formazione ambientale basata sulla televisione e in generale sui video, sui social e sugli ecosistemi digitali decentralizzati (le piattaforme a pagamento) stimola la ricerca del risultato con il minimo sforzo e faccia declinare le capacità cognitive astrattive (un tempo ritenute al vertice delle capacità cerebrali).

4. L'applicazione delle scoperte neuroscientifiche al mondo del diritto e l'inerzia della dogmatica tradizionale

Si è anche tentato di applicare queste scoperte al mondo del diritto, come è stato fatto con risultati di rilievo per l'economia, l'etica, l'estetica, le arti e la musica. Ma il risultato finora è modesto. In parte ciò è responsabilità degli stessi neuroscienziati, divisi in conservatori e progressisti (ovvero filistei e sadducei di cristiana memoria), in parte dei giuristi che si sono rifiutati in gran parte di aprire il diritto ad altre scienze in primis le scienze comportamentali ma anche le scienze della complessità.. Il grande Benvenuti negli anni '50 con un paio di saggi che meriterebbero di essere tradotti nelle principali lingue del mondo, aveva compiuto (a mio avviso facilitato dal fatto di essere un buon cattolico) una inimitabile sintesi tra potere come attribuzione della determinazione dei fini, funzione come svolgimento concreto, e procedimento come forma della funzione. Una formula adattabile e funzionante in quei tempi per tutti i diritti positivi sostanziali e processuali, ma ora non più applicabile secondo me allo Stato che ha perso il monopolio del potere, anche politico. Il tentativo compiuto da neuroscienziati e giuristi (trai quali il sottoscritto che fortunatamente ha preso quella vicenda non troppo seriamente, ma piuttosto come un divertissement) di capovolgere il metodo e studiare l'emergere del diritto attraverso il funzionamento del cervello, non

ha avuto finora grande successo per le ragioni sopra accennate. Forse in tempi non lontani ci riuscirà l'intelligenza artificiale "singolare".

Eppure, ciò è proprio quanto Maurizio propone nel saggio con specifico riguardo alla tutela dell'ambiente. Se non studiamo i comportamenti, individuali e sociali, relativi alla tutela dell'ambiente, come possiamo intuire o provare che una norma funzionerà effettivamente? Ma qui la risposta del giurista "formale" è sempre la stessa: distinguiamo tra diritto e sociologia del diritto ovvero sociologia tout court. Ma c'è almeno a mio avviso una profonda differenza tra le due ricerche: nella sociologia del diritto (anticipata dai critical legal Studies degli anni '60 e '70 del novecento) lo scienziato rilevava l'effettività del meccanismo giuridico, cioè la distanza tra gli effetti giuridici attesi e i risultati conseguiti: insuperabile l'analisi di Luhmann sui procedimenti giuridici, che lungi dall'essere la forma (come scriverebbe Benvenuti) per assicurare l'imputazione degli atti, diventano lo strumento per ridurre le aspettative dei destinatari dei fini medesimi cioè delle norme. Nello studio dei comportamenti entra in gioco l'essere nella sua totalità, non solo come macchina pensante ma attraverso il gioco degli istinti e l'impulso delle emozioni. Tuttavia, anche su questo punto, vi è tuttora una profonda divaricazione tra presupposti delle scienze giuridiche e scoperte delle scienze cognitive. Le prime accettano tuttora un concetto di logica non molto diversa da quella cartesiana: la logica distinguerebbe l'essere umano da tutte le altre specie animali anche con riguardo ai soli mammiferi. Un esempio si ritrova nei concetti di imputabilità, responsabilità, colpevolezza, infermità mentale totale o parziale. Nelle seconde autorevoli scienziati come il portoghese Antonio Damasio, sostengono efficacemente che la stessa intelligenza è il risultato della confluenza tra istinti, emozioni e capacità di astrazioni. Ma questa commistione non può essere accettata dai custodi della tradizione; d'altra parte, gli stessi neuroscienziati hanno commesso a mio avviso un errore di prospettiva, limitando le ricerche per lo più al campo del diritto penale e processuale e pochi altri. Invece l'economia e la finanza comportamentale hanno sapientemente esteso l'analisi ai comportamenti della pubblica amministrazione ai bias cognitivi degli amministrativi e quindi giustamente abbondano le relative citazioni nel saggio di Maurizio.

5. Riflessioni conclusive: il diritto ambientale, i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e la prospettiva dell'intelligenza artificiale

Applicando ora queste brevi riflessioni al campo del diritto ambientale se ne possono trarre delle conclusioni divertenti, seppure in una prospettiva "funesta" almeno nel medio periodo (cioè fino al 2100 ma forse anche molto prima). In campo politico (cioè quello della c.d. determinazione dei fini) il dibattito è non tanto tra negazionismi e "affermativisti", ma piuttosto tra disfattisti (l'ambiente è un problema planetario quindi o si attua da parte di tutti il diritto internazionale o chi ce lo fa fare, puntuale applicazione del principio del minimo sforzo); e teisti, ovvero la tutela dell'ambiente e del clima sono nuova forma di religione ; ovvero "socialisti" che credono ancora in misure premiali da stato sociale (lo Stato deve fornire a tutti un condizionatore d'aria gratis, ma dovrebbe avere gratis anche l'energia elettrica, lo Stato, non solo il singolo cittadino). A livello giuridico il tentativo di ottenere una radicale riforma della legislazione ambientale con un nuovo codice dell'ambiente e della protezione della natura (della cui Commissione di studio ho avuto l'onore di essere Presidente) è stato finora messo da parte. A livello sociale non può seriamente affermarsi che manchi una coscienza ambientale: le Famiglie, le Scuole e le Università fanno molto per instillare una coscienza ambientale e formare degli specialisti in questa materia. Purtroppo, come segnala in modo approfondito Maurizio Cafagno nella monografia Integrare la tutela giuridica con l scienze comportamentali. Una analisi introduttiva, Torino Giappichelli 2025 non sono stati ancora analizzate le prassi comportamentali delle pubbliche amministrazioni e dei destinatari stessi delle prescrizioni ambientali in primis le imprese piccole, medie e grandi. Si ritorna così al problema dei problemi, che è anche un problema di metodo giuridico: non solo la domanda quid est jus? Ma anche e sopratutto quid est juris? La mia risposta e la mia esperienza personale non solo di giurista (e mancato neuro giurista) ma anche di musicista è quella di Maurizio: lo studio dei comportamenti "appartiene" al diritto "di diritto"! Già negli anni Trenta del secolo scorso il filosofo Cammarata denunciava i pericoli del formalismo giuridico, più recentemente lo hanno fatto anche altri grandi studiosi come Vattimo, Derrida, Irti ed altri fino al recente saggio del mio Amico e Collega Giuseppe Zaccaria sul posdiritto. La circostanza sorprendente è che oggi disponiamo attraverso gli strumenti di analisi neuroscientifica, di

risorse impensabili ancora alla fine del '900. Eppure allora con i semplici strumenti della sociologia, della politica del diritto e della analisi economica si erano ottenuti risultati molto illuminanti, che ora - con strumenti molto più precisi e agevoli- non si vogliono conseguire. I nostri Governi, in modo uniforme, preferiscono agire con strumenti manageriali e neo manageriali di derivazione americana come il PIAO (piano integrato della attività e della organizzazione) creando (come ho avuto occasione di segnalare nel convegno al Consiglio di Stato dell'11 giugno u.s.) una asimmetria tra organizzazione, attività e processo amministrativo Tuttavia chiudo questo breve commento con una nota positiva: la integrazione tra fini effetti e comportamenti sarà compiuta proprio dalla intelligenza artificiale, la quale- libera da istinti, sentimenti e preferenza- saprà guidare la scelta verso una soluzione che alle persone comuni appare già ovvia, i comportamenti.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Nino Paolantonio
Professore ordinario di diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata
nino.paolantonio@studioclarizia.com

I bias del giardiniere. Diritto amministrativo dell'ambiente, razionalità limitata e beahvorial insights.

Riflessioni a margine de «I comportamenti tra fini ed effetti del diritto ambientale» di Maurizio Cafagno

The gardener's biases. Environmental administrative law, bounded rationality and behavioural insights.

Reflections on 'Behaviour: between the aims and effects of environmental law'

Sintesi

Lo scritto esamina il saggio di Maurizio Cafagno come esito più recente di un percorso di ricerca dedicato all'applicazione delle scienze comportamentali al diritto amministrativo e, più specificamente, alla regolazione ambientale. Il nucleo della tesi di Cafagno è individuato nell'idea che l'efficacia del diritto non possa essere valutata soltanto sul piano normativo-formale perché tra fini giuridici ed effetti reali si interpone il comportamento dei destinatari, delle amministrazioni e delle organizzazioni, influenzato da *bias* cognitivi, incentivi, costi organizzativi e contesti sociali. La recensione sottolinea come, in questa prospettiva, le *behavioural sciences* non siano assunte principalmente come repertorio di *nudges*, ma come strumento diagnostico per rendere espliciti e verificare gli assunti impliciti su cui si reggono i tradizionali strumenti di regolazione ambientale. Vengono così ricostruiti i principali passaggi del saggio: la critica all'insufficienza del solo comando giuridico, l'attenzione alla comunicazione delle regole, alla salienza degli incentivi, ai problemi di *framing*, ai limiti della sola informazione e alla necessità di una progettazione sperimentale, adattiva e multilivello delle politiche ambientali.

La recensione valorizza inoltre le avvertenze etiche e metodologiche di Cafagno — relative a opacità, paternalismo, dipendenza dal contesto e difficoltà di incidere su trasformazioni strutturali — e ne sviluppa le implicazioni sul versante del diritto amministrativo generale.

Abstract

The paper examines Maurizio Cafagno's essay as the most recent step in a broader research path on the use of behavioural sciences in administrative law and environmental regulation. Cafagno's core claim is that legal effectiveness cannot be assessed on a purely formal or normative basis, because between legal aims and actual outcomes there lies an intermediate domain shaped by the behaviour of regulated parties, public administrations, and organisations, in turn affected by cognitive biases, incentives, organisational costs, and social contexts. The review emphasises that, from this perspective, behavioural sciences should not primarily be treated as a catalogue of nudges, but rather as a diagnostic tool for making explicit and testing the implicit assumptions underlying traditional regulatory instruments. It reconstructs the main moves of the essay: the critique of command-and-control approaches taken in isolation, the importance of how rules are communicated, the salience of incentives, framing effects, the limits of information-based strategies, and the need for an experimental, adaptive, and multi-level design of environmental policies. The review also highlights Cafagno's ethical and methodological cautions concerning opacity, paternalism, context dependency, and the limited capacity of behavioural fixes to trigger the structural transformations required by ecological transition. Building on these points, the review extends Cafagno's insights to general administrative law.

Parole chiave: Diritto amministrativo, Scienze comportamentali, Razionalità limitata, Regolazione ambientale, Behavioural insights

Keywords: Administrative law, Behavioural sciences, Bounded rationality, Environmental regulation, Behavioural insights

Indice: 1. Il retroterra teorico di Cafagno: dalle procedure contrattuali al diritto ambientale. - 2. Dal catalogo degli strumenti alla diagnosi degli assunti impliciti. - 3. Le scienze comportamentali come strumento diagnostico della regolazione. - 4. Strumenti combinati, sperimentazione e limiti dell'intervento comportamentale. - 5. L'amministrazione "giardiniere" e il ripensamento adattivo dell'azione pubblica. - 6. La razionalità limitata dei funzionari e l'autoprotezione della funzione pubblica. - 7. Razionalità limitata e organizzazione amministrativa: monocraticità, collegialità, frammentazione delle competenze.

1. Il retroterra teorico di Cafagno: dalle procedure contrattuali al diritto ambientale

Lo scritto *I comportamenti tra fini ed effetti del diritto ambientale* si colloca, in ordine cronologico, come l'ultimo contributo di Maurizio Cafagno tra quelli dedicati alla questione, solo recentemente indagata dalla dottrina italiana, dell'applicabilità delle scienze comportamentali al diritto in generale e al diritto amministrativo in particolare[1]. La sua importanza non dipende soltanto dalla

1 Si veda di recente L. DE LUCIA, *Governare con le scienze umane. Diritto amministrativo e persone*, Roma, Carocci Editore, 2025, spec. pp. 129 ss. Secondo questo A., accanto alle forme tradizionali di azione amministrativa fondate sul diritto, sugli atti autoritativi e sulle sanzioni, si è progressivamente sviluppata una modalità di governo che non impone direttamente comportamenti mediante comandi giuridici, ma cerca di influenzare convinzioni, preferenze, atteggiamenti e processi decisionali delle persone attraverso strumenti elaborati dalle scienze umane. De Lucia definisce questo fenomeno come "amministrazione disciplinare" o "disciplinamento in senso epistemico". L'autore sostiene che questa forma di azione amministrativa non debba essere ignorata né considerata un semplice fenomeno informale. Occorre invece riconoscerla come una categoria giuridica autonoma, soggetta a regole e garanzie specifiche. A tal fine propone, accanto al tradizionale principio di legalità, un nuovo principio, definito di "delicatezza amministrativa", che impone all'amministrazione una particolare cautela ogni volta che utilizza le scienze umane per incidere sulla sfera psichica delle persone, affinché siano sempre salvaguardate l'integrità psicologica, l'autonomia individuale e il pieno sviluppo della personalità. V. pure A. ZITO, *La* nudge regulation *nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, secondo cui la tecnica del *nudging* è espressione di potere amministrativo, compatibile con il principio di legalità come declinato in chiave moderna: "… oggi non è considerato fuori dal perimetro del principio di legalità l'esercizio di quei poteri che sono necessari al perseguimento dell'interesse pubblico, compatibili con il quadro dei poteri attribuiti e giustificabili attraverso un'interpretazione teleologica e sistematica del complesso normativo, che regola una determinata materia o settore"; tesi sulla quale è critico S. FOÀ, *Il nuovo diritto della scienza incerta: dall'ignoto irriducibile come noumeno al mutamento di paradigma*, in *Dir. amm.*, 2022, pp. 813 ss. Inevitabilmente, la sterminata fioritura degli scritti sulla intelligenza artificiale applicata al diritto – nella sua declinazione di forza generatrice di forme di condizionamento comportamentale – si richiama alle teorie sui *beahvioral insights*. Si veda, senza la minima pretesa di completezza, A. PURPURA, *Il consumatore medio, il mercato e i formanti*, in *Europa e diritto privato*, 2025, pp. 550 ss.; L. Marilotti, *Tecniche di condizionamento e amministrazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2025, pp. 491 ss.; sulla ragionevolezza e sulla discrezionalità gestoria dei gestori delle aziende private, v. N. Usai, *Ragionevolezza e diligenza nell'applicazione della* Bjr, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2025, pp. 253 ss.; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 293 ss.; L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017 pp. 1 ss., secondo cui scarsamente praticabili si presentano "… i contributi di altre scienze sociali, come la scienza politica, la sociologia o l'economia, che si sono concentrate, per la verità, soprattutto sulle politiche pubbliche e quindi sulle scelte strategiche o comunque di carattere generale, mentre le scelte puntuali e concrete hanno ricevuto solo un'attenzione marginale". Questo è vero; ma il compito del giurista è proprio spostare l'attenzione sulla decisione individuale, e quindi sul soggetto che la deve assumere. E questo, come si confida emergerà più avanti, è uno sforzo

ubicazione temporale, ma dal fatto che esso sembra raccogliere e riorganizzare, con maturità teorica e nitida consapevolezza metodologica, linee di ricerca che l'autore aveva già sviluppato in ambiti diversi ma comunicanti: l'amministrazione difensiva, la disciplina dei contratti pubblici, la verifica empirica degli effetti delle regole, l'analisi economica del diritto e, infine, il diritto dell'ambiente inteso come terreno privilegiato per misurare la distanza tra il fine normativo e il comportamento effettivo dei destinatari.

Per comprendere fino in fondo il significato del saggio più recente, mi piace ripercorrere i lavori precedenti del nostro, che ne costituiscono il retroterra e che, pur insistendo su oggetti apparentemente differenti, partecipano di una medesima ipotesi di fondo: le fattispecie precettive (anche legislative) del diritto si manifestano sempre attraverso condotte individuali e istituzionali; di conseguenza, l'efficacia degli strumenti giuridici non può essere valutata soltanto sul piano della coerenza formale o della correttezza dogmatica, ma va testata alla luce dei processi cognitivi, degli incentivi, delle frizioni organizzative e dei contesti sociali che traducono la regola in prassi.

Già nel saggio *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*[2], Cafagno affronta il tema da un punto di osservazione che potremmo definire laterale ma, *a posteriori*, decisivo. Il problema indagato è quello della modesta diffusione, nell'esperienza italiana, delle procedure flessibili e negoziate nei contratti pubblici, nonostante il diritto europeo ne incoraggi l'uso soprattutto in presenza di operazioni complesse. La tesi dell'autore è che tale scarto non possa essere spiegato adeguatamente mediante il solo lessico tradizionale del diritto amministrativo. Occorre invece far ricorso a strumenti provenienti dall'economia, dalla teoria delle aste, dalla teoria dei costi di transazione e dalla *behavioral economics*, poiché il comportamento dei funzionari pubblici risente in modo sensibile degli incentivi istituzionali e, soprattutto, del timore della responsabilità.

In quel lavoro, il tema dell'"amministrazione difensiva" non è ancora svolto, come avverrà poi negli scritti ambientali, nei termini di una riflessione esplici-

---

piuttosto vano senza il supporto delle scienze comportamentali.

2 In *Dir. amm.*, 2020, pp. 35 ss.

ta sulla funzione diagnostica delle scienze comportamentali; e tuttavia il nucleo del ragionamento è già chiaramente presente. Le regole, sostiene Cafagno, non producono effetti lineari: la configurazione del sindacato giurisdizionale, il rischio di giudizi contabili o penali, la percezione *ex post* dell'errore e *bias* quali l'*hindsight bias* e l'*outcome bias* inducono i decisori pubblici a preferire procedure più rigide, standardizzate e formalmente protettive, anche quando esse risultano meno efficienti sul piano sostanziale. In altri termini, l'autore mostra che per comprendere il funzionamento reale di una disciplina non basta guardare alla struttura della norma; bisogna interrogarsi su come quella norma viene percepita da chi la applica e su quali strategie di autotutela essa finisca per generare. La scienza comportamentale compariva così non come tecnica ancillare di persuasione, ma come grammatica utile a spiegare le deviazioni sistematiche tra disegno regolatorio e comportamento amministrativo.

Nel saggio *Spunti per una riflessione empirica sulla disciplina degli appalti pubblici*[3], questo orientamento si approfondisce. Il punto di partenza è la critica alla continua riscrittura normativa della materia dei contratti pubblici, fenomeno che Cafagno descrive come sintomo di una fiducia eccessiva nell'intervento legislativo correttivo e, al tempo stesso, come causa di instabilità dell'azione amministrativa. L'autore prende le distanze dall'idea che l'aumento delle regole o la loro incessante revisione bastino, di per sé, a migliorare il funzionamento del sistema. Al contrario, propone che la revisione della disciplina sia "sobriamente guidata ... dall'osservazione sistematica dei fatti e degli effetti via via prodotti dalle norme", secondo un ciclo regolatorio che unisca ideazione, monitoraggio, apprendimento e affinamento.

Qui la matrice empirica del pensiero di Cafagno emerge con particolare nettezza. L'attenzione non si concentra soltanto sulla razionalità astratta degli istituti, ma sulla necessità di costruire dispositivi conoscitivi capaci di registrare gli effetti reali della regolazione: banche dati, osservatori, pratiche di AIR (Analisi dell'Impatto della Regolamentazione) e VIR (Verifica dell'Impatto della Regolamentazione) meno rituali, protocolli specifici per la materia contrattuale, raccolta capillare di dati sugli esiti delle scelte normative. Anche in questo caso le scienze comportamentali non vengono evocate come repertorio di "spinte gentili" (il ben

3 In *Dir. econ.*, 2021, pp. 11 ss.

noto *nudging*[4]), bensì come parte di un più ampio metodo di analisi delle risposte umane e organizzative alla regolazione. I *bias* cognitivi dei funzionari, la loro avversione alla perdita, la tendenza a privilegiare strategie difensive o routinarie, diventano variabili rilevanti per la progettazione decisionale giuridica. La conclusione implicita è che una buona regolazione amministrativa non coincide con la mera produzione di norme, ma con la capacità di osservare come le norme vengono assorbite dalle istituzioni e trasformate in condotte.

Il passaggio decisivo si compie però con il volume *Integrare la tutela giuridica dell'ambiente con le scienze comportamentali. Un'analisi introduttiva*[5], che costituisce il precedente più diretto del saggio oggi recensito e, per molti aspetti, la sua base teorica più esplicita. In questo libro Cafagno trasferisce e riorganizza nel campo ambientale le acquisizioni maturate nei lavori precedenti, sostenendo che l'ambiente è il settore nel quale più chiaramente appare l'insufficienza di un approccio puramente normocentrico. La premessa, formulata in termini molto efficaci, è che "i comportamenti sono la materia prima del diritto". Se ciò vale in generale, secondo il nostro autore vale a maggior ragione per il diritto ambientale, dove gli obiettivi pubblici dipendono da una costellazione di decisioni diffuse, spesso minute, eterogenee e temporalmente disallineate rispetto ai benefici collettivi che si intendono perseguire.

Nel volume del 2025 lo studioso organizza l'analisi attorno a tre grandi proprietà dell'ambiente — complessità, multiscalarità, indivisibilità — e mostra come ciascuna di esse attivi o renda particolarmente rilevanti determinati processi cognitivi e comportamentali. La complessità alimenta semplificazioni fuorvianti e inerzie cognitive; la multiscalarità rende difficile collegare costi presenti e benefici futuri, oppure eventi lontani e responsabilità vicine; l'indivisibilità tipica dei *commons* espone a fenomeni di *free riding*[6] ma, insieme, apre lo spazio per mecca-

4 Per tutti, R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven - London, Yale University Press, 2008, spec. pp. 81 ss.

5 Torino, Giappichelli, 2025, spec. pp. 39 ss.

6 Il *free riding* è il parassitismo sociale: quel fenomeno per cui un soggetto beneficia di un bene, di un servizio o di un'azione collettiva senza contribuire ai relativi costi (si pensi alla manutenzione di una strada vicinale consortile cui uno o più consorziati non contribuiscono, adagiandosi sul fatto sono altri consorziati a pagare). Sul tema, il lavoro fondamentale è quello della economista Elinor Ostrom, *Governing the commons. The evolution of institutions for*

nismi di cooperazione condizionale. Su questa base, Cafagno esamina strumenti di *green nudge*, distinguendo tra strategie di *debiasing*, che cercano di attivare forme più riflessive di decisione, e strategie di *re-biasing*, che sfruttano invece euristiche e *bias* in senso funzionale al risultato desiderato. Il punto più importante del libro non sta tanto, a mio parere, nel catalogo delle tecniche quanto nella sua conclusione sistemica: i *nudges* non sono una panacea, né possono sostituire norme, incentivi economici e strutture organizzative; essi acquistano senso solo dentro strategie integrate e multilivello, nelle quali diritto, amministrazione, mercati, informazione e leve sociali cooperano in una logica sperimentale e adattiva.

2. Dal catalogo degli strumenti alla diagnosi degli assunti impliciti

È appunto su questo sfondo che va letto *I comportamenti tra fini ed effetti del diritto ambientale*. Il nuovo saggio non abbandona le acquisizioni del libro del 2025, ma le sottopone ad una torsione ulteriore. Se nel volume precedente l'accento cadeva soprattutto sulle possibilità di integrazione tra tutela giuridica e *behavioral insights*, qui l'interesse si sposta con maggiore decisione sul versante metodologico e diagnostico: le scienze comportamentali rilevano non soltanto perché suggeriscono tecniche di intervento, ma perché consentono di rendere visibili gli assunti antropologici e organizzativi che ogni disciplina giuridica ha in sé, spesso inconsapevolmente. Lo sviluppo successivo è il passaggio dall'uso applicativo o strumentale delle scienze comportamentali al loro impiego come dispositivo critico per verificare la tenuta dei mezzi giuridici rispetto ai fini dichiarati.

---

collective action, Cambridge University Press, 1990, *passim*: la tesi muove dalla critica alle soluzioni standard alla gestione delle risorse comuni: né la "tragedia dei commons" né i modelli di privatizzazione o controllo statale spiegano adeguatamente i casi reali. Il nucleo teorico è che la cooperazione durevole dipende da regole effettive, monitoraggio reciproco, impegni credibili e capacità di cambiare istituzioni nel tempo. Attraverso casi empirici (California, Spagna, Filippine, Sri Lanka, Giappone, Turchia, Canada), la studiosa mostra che molte comunità sanno autoorganizzarsi con successo, con regole adatte al contesto locale, partecipazione degli utenti, monitoraggio affidabile, sanzioni graduate e procedure rapide di risoluzione dei conflitti. I fallimenti si verificano più spesso quando i gruppi sono troppo eterogenei, i costi di monitoraggio sono alti, manca autonomia locale o l'intervento statale soffoca regole già funzionanti. La conclusione è che non esiste una soluzione universale: molte risorse comuni possono essere governate efficacemente da istituzioni locali o policentriche ben disegnate, e le politiche pubbliche non debbono sostituire tali assetti con modelli uniformi, ma ridurre i costi dell'autoorganizzazione e legittimare le regole locali efficaci.

Il saggio si apre con una premessa che ha quasi il valore di una dichiarazione di metodo. Cafagno invita a interrogarsi sul limitato rendimento degli strumenti di tutela ambientale, nonostante la crescita della produzione normativa e il consolidarsi di cornici programmatiche ambiziose, come quelle riconducibili al *Green Deal* europeo. Già qui si avverte il tratto peculiare del lavoro: l'autore non assume il diritto come un sistema autosufficiente, ma come un insieme di tecniche il cui successo dipende da un tratto di realtà intermedio, costituito dai comportamenti umani e istituzionali, secondo una sequenza che potremmo descrivere con la successione norma-uomo-effetto.

Il mutamento di prospettiva da inseguire, a mio modo di vedere, è che la produzione del risultato non dipende (sol)tanto dai meccanismi di regolazione, ma dalla struttura dell'organizzazione amministrativa e dalla qualificazione dei meccanismi imputativi in essa operanti; concordo con Cafagno che occorra indagare ciò che si interpone tra norma e risultato: incertezze cognitive, costi immediati, vincoli organizzativi, problemi di cooperazione, asimmetrie informative. Ma, come ho già scritto[7], questo è impossibile se non si abbandona il modello della imputazione organica che impedisce di studiare scientificamente il comportamento delle persone fisiche responsabili, ad ogni livello, delle decisioni.

Nel primo paragrafo, dedicato a *Fini, effetti e comportamenti*, il nostro autore sviluppa il presupposto teorico dell'intero scritto. Il diritto ambientale, osserva, opera su ecosistemi complessi, su nessi causali spesso non lineari, su fenomeni multi-scalari e su beni la cui degradazione si produce per effetto aggregato di una moltitudine di decisioni disperse. Di qui la difficoltà di pensare il rapporto tra regola e risultato in termini meccanicistici. norma ed applicazione di essa si colloca il comportamento dei destinatari, il quale è influenzato da percezioni, credenze, *routine*, costi di transazione, aspettative reciproche e *frame* decisionali. In queste pagine Cafagno non sta semplicemente aggiungendo un tassello empirico a una teoria giuridica già data, ma sta ridefinendo il modo stesso in cui il ragionamento teleologico deve essere condotto. Se il diritto ragiona per fini, allora deve anche interrogarsi, con strumenti appropriati, sui meccanismi che trasformano i

7 Nel mio *«Tu chiamale, se vuoi, emozioni» (dalla immedesimazione organica al bias cognitivo)*, in *Dir. econ.*, 2025, pp. 247 ss.

fini normativi in esiti concreti. L'analisi teleologica, per l'autore, non può restare interna al linguaggio della norma: ha bisogno di aprirsi ad una verifica dei comportamenti.

Nel paragrafo successivo questa intuizione viene ulteriormente precisata attraverso il richiamo alla dissonanza tra espansione normativa e risultati mediocri. I dati richiamati nel saggio servono a corroborare l'idea che la produzione di regole e obiettivi, pur necessaria, non è di per sé garanzia di efficacia. Si vede bene qui la continuità con lo scritto del 2021 sugli appalti pubblici: in entrambi i casi Cafagno diffida del riflesso riformatore che risponde ad ogni insuccesso con nuove norme, senza interrogarsi sulle criticità occorse nella loro attuazione (e la codificazione di principi già esistenti, quali fiducia e risultato, non ha cambiato le cose; anzi[8]). Ma nel saggio sulla regolazione dell'ambiente questa diffidenza acquista una portata più ampia, perché l'insuccesso della regolazione stessa non viene attribuito solo all'instabilità normativa o alla cattiva organizzazione amministrativa; esso è letto come spia di una più profonda carenza di conoscenza sul comportamento dei destinatari e sull'interazione tra strumenti diversi.

3. Le scienze comportamentali come strumento diagnostico della regolazione

Il secondo movimento dell'articolo, raccolto sotto il titolo *Dai correttivi puntuali alla verifica degli assunti impliciti*, esibisce a mio avviso il nucleo teorico più originale del contributo. Cafagno nota come le scienze comportamentali non si riducono ad un repertorio di *nudges* o di euristiche. Non ne nega l'utilità, ma ne ridimensiona la centralità. Ciò che davvero interessa all'autore è il loro valore "diagnostico": esse consentono di far emergere gli assunti impliciti che ogni istituto giuridico formula circa il sapere, la razionalità, le motivazioni e le capacità operative dei soggetti cui si rivolge. Comando e controllo, strumenti economici,

8 Sul principio della fiducia nel codice dei contratti v. di recente A. Zito, *Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: per una effettiva valorizzazione della sua novità e rilevanza nel sistema degli appalti pubblici*, in *Nuove aut.*, 2026, pp. 313 ss., secondo cui detto principio non coincide con un generico invito alla lealtà, ma rappresenta un criterio giuridico autonomo per reprimere condotte scorrette che ostacolano cooperazione, risultato e buon funzionamento del sistema degli appalti pubblici. Sul principio del risultato, altrettanto recentemente si veda l'interessante saggio critico di T. Tornielli, *Il principio del risultato tra* favor partecipationis *e* par condicio *nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di contratti pubblici*, in *Dir proc. amm.*, 2026, pp. 364 ss.

meccanismi informativi, procedure partecipative e modelli organizzativi presuppongono tutti, più o meno consapevolmente, una certa immagine dei destinatari. Le scienze comportamentali permettono di verificare se quell'immagine sia realistica.

L'accento è posto sulla necessità di "esplicitare gli assunti impliciti" incorporati nei diversi dispositivi regolatori, non per sostituire il diritto con la psicologia, ma per mettere alla prova la congruenza tra mezzo e fine. È un punto metodologicamente assai rilevante. Nel comando e controllo, ad esempio, la questione non è solo se l'obbligo sia chiaro sul piano linguistico, ma se esso sia conoscibile, praticabile e compatibile con i costi cognitivi e organizzativi imposti ai destinatari. Negli strumenti economici, l'autore invita a considerare il *framing*, l'avversione alla perdita, la diversa reazione a premi e sanzioni, il peso del costo iniziale rispetto ai benefici futuri.

Il discorso si fa, così, appassionante. In poche parole Cafagno condensa problematiche della psicologia comportamentale immense, diversamente declinate da importanti e divergenti correnti di pensiero, di cui in appresso dò conto in misura infinitesima, ponendole in correlazione con le intuizioni del nostro autore.

Nel fondamentale saggio *Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate?*, Keith E. Stanovich e Richard F. West[9] indagano le differenze individuali nel ragionamento, nell'ambito del più ampio dibattito sulla razionalità umana, chiedendosi perché, in molti compiti di giudizio e decisione, le risposte effettive degli individui divergano sistematicamente dagli standard normativi della logica, della probabilità o della teoria della decisione. Gli autori rifiutano una spiegazione unitaria e semplicistica di questo scarto: la loro tesi è che l'errore non dipenda sempre e solo da irrazionalità in senso forte, ma possa derivare da una pluralità di fattori: errori di esecuzione, limiti computazionali, adozione di un modello normativo inappropriato oppure diversa interpretazione del compito proposto.

I due psicologi cognitivi non si limitano a registrare errori ricorrenti, ma cercano di comprendere perché alcuni soggetti vi siano più esposti di altri. Essi ri-

9 In *Behavorial and brain sciences*, 2000, 23, pp. 645 ss.

prendono il notissimo approccio binario di Kahneman (Sistema 1 e Sistema 2, il primo rapido, automatico, contestuale, largamente associativo; il secondo più lento, controllato, analitico e dispendioso sotto il profilo cognitivo)[10] e mostrano che moltissime distorsioni nascono dal fatto che l'individuo tende spontaneamente a contestualizzare l'informazione, a colmare i vuoti, a integrare il dato con implicature[11]. In una formula particolarmente efficace, essi parlano di "*bias* computazionale fondamentale", definito come "la tendenza a contestualizzare automaticamente le informazioni". Ciò spiega perché il modo in cui un problema viene formulato incide profondamente sulla risposta.

Il formato di presentazione dei dati e delle alternative modifica sensibilmente la qualità del ragionamento. Problemi probabilistici espressi in frequenze naturali anziché in percentuali, oppure formulazioni che rendono più trasparente la struttura logica del compito, riducono in misura apprezzabile gli errori. Il *framing*, allora, non è un accidente retorico esterno al giudizio, ma una variabile strutturale del processo decisionale: il soggetto non reagisce ad un contenuto puro e neutro, bensì a contenuti sempre già caratterizzati da un certo linguaggio, da un certo formato, da una certa sequenza informativa.

È precisamente questo punto che consente di mettere in relazione le tesi di Stanovich e West con le conclusioni cui giunge Cafagno nel secondo paragrafo del saggio. In quel passaggio il nostro autore sostiene che le scienze comportamentali devono servire anzitutto a rendere espliciti e verificabili gli assunti impliciti sottesi agli strumenti giuridici ambientali: che il comando sia effettivamente conosciuto e praticabile, che l'incentivo sia percepito nel modo previsto, che l'informazione arrivi al destinatario in forma intellegibile, che il segnale regolatorio sia collocato in una sequenza decisionale capace di orientare davvero la condotta. In tale prospettiva, il *framing* non rappresenta soltanto una tecnica tra le

10 D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, trad. it., di D. Serra (*Thinking, Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011), Milano, Mondadori, 2012, *passim*. Prima, si veda il fondamentale D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, vol. 47, n. 2, 1979, pp. 263 ss. e, degli stessi autori, *Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, vol. 5, n. 4, 1992, pp. 297 ss.

11 L'implicatura è un concetto della pragmatica linguistica che indica ciò che un parlante suggerisce o lascia intendere, oltre al significato letterale delle parole pronunciate. Per un'analisi della dimensione normativa e della dimensione psicologica delle implicature v. C. Bianchi, *Implicature, intenzioni e normatività*, in *Esercizi Filosofici* 6, 2011, pp.16 ss.

altre, ma la prova stessa del carattere non neutrale della trasmissione normativa. Se, come osserva Cafagno, "conta come il segnale di prezzo viene presentato, quando viene comunicato, a quale comportamento concreto viene associato, in quale sequenza decisionale si inserisce", ne viene che il diritto non può limitarsi a disegnare incentivi o obblighi in astratto, dovendo viceversa interrogarsi sulle forme cognitive attraverso cui tali incentivi e obblighi vengono effettivamente recepiti.

La convergenza teorica è dunque molto stretta. Stanovich e West spiegano, sul piano cognitivo generale, perché la forma di presentazione dell'informazione incida sulle risposte; Cafagno trasferisce questa acquisizione nel diritto ambientale e ne trae una conseguenza metodologica: la bontà di uno strumento giuridico non può essere giudicata solo dalla sua coerenza interna, ma deve essere verificata alla luce del percorso concreto che conduce dal precetto alla condotta. In altri termini, laddove Stanovich e West mostrano che la mente umana non tratta l'informazione in modo puramente invariabile rispetto al formato, Cafagno conclude che anche la regolazione ambientale deve abbandonare ogni presunzione di neutralità comunicativa. L'efficacia di tasse ecologiche, sussidi, obblighi informativi, etichette, default o campagne persuasive dipende anche dal *frame* entro cui essi sono collocati, dalla loro intelligibilità pratica e dal modo in cui vengono inseriti nell'esperienza decisionale dei destinatari.

Per questa via, la teoria del *framing* diventa uno dei supporti più persuasivi alla tesi di Cafagno: le scienze comportamentali non servono principalmente ad aggiungere qualche espediente persuasivo allo strumentario giuridico, ma a diagnosticare con maggior rigore le condizioni effettive di funzionamento delle norme. Se il comportamento cambia al mutare della presentazione del problema, allora il giurista e il regolatore devono assumere come oggetto di analisi non soltanto il contenuto della regola, ma anche la sua architettura cognitiva: il linguaggio, il formato, il canale, la tempistica, la salienza (ossia la proprietà di un'informazione, di uno stimolo o di un evento di attirare immediatamente l'attenzione di una persona), il nesso percepito tra costo immediato e beneficio futuro. Ed è proprio in questo passaggio, tra costruzione della regola e ricezione del messaggio normativo, che Stanovich e West offrono a Cafagno – a mio odo di vedere – il fonda-

mento teorico più utile per sostenere che tra fini del diritto ed effetti del diritto vi è sempre, inevitabilmente, il filtro dei processi cognitivi.

4. Strumenti combinati, sperimentazione e limiti dell'intervento comportamentale

Nel terzo paragrafo il saggio insiste sul fatto che questa funzione diagnostica non riguarda soltanto singole misure, ma può orientare la progettazione combinata degli strumenti. È qui che riemergono, in forma sintetica ma significativa, esempi già esplorati nel volume del 2025, come il programma *Solarize* o le iniziative promosse da Rare ("un'organizzazione internazionale non profit, fondata nel 1973, con sedi in tutto il mondo 41 il cui scopo istitutivo è di ispirare il cambiamento necessario a proteggere la natura e le persone che ne dipendono"[12]). La lezione che Cafagno ne trae è che gli interventi efficaci raramente si esauriscono in una leva isolata; essi funzionano piuttosto quando combinano semplificazione procedurale, sostegno finanziario, riprova sociale, costruzione di fiducia, dispositivi temporali e incentivi coerenti. La continuità con il libro del 2025 è evidente, ma ora la prospettiva è meno illustrativa e più selettivamente critica: i casi non servono soltanto ad esemplificare strumenti utili, bensì a dimostrare che l'efficacia regolatoria dipende dalla capacità di vedere il comportamento come esito di architetture complesse.

La parte successiva del saggio introduce le *tre avvertenze* che, nella costruzione dell'autore, svolgono una funzione essenziale di bilanciamento. La prima riguarda il rischio di opacità, manipolazione o paternalismo. Cafagno prende sul serio la critica secondo cui gli strumenti comportamentali potrebbero aggirare la deliberazione razionale o incidere in modo occulto sulle preferenze degli individui. La sua risposta non è liquidatoria: non nega il problema, ma lo riconduce entro criteri di trasparenza, proporzionalità e controllabilità. Proprio qui emerge un aspetto che merita di essere segnalato nella recensione. L'autore non è un sostenitore acritico del *nudge*; al contrario, ne problematizza la legittimità e mostra di considerare la questione etica come parte integrante della progettazione giuridica, non come un'obiezione esterna.

---

12 M. Cafagno, *Integrare la tutela giuridica dell'ambiente con le scienze comportamentali*, cit., p. 14.

La seconda avvertenza concerne la dipendenza dal contesto e la non facile generalizzabilità degli interventi. Le leve comportamentali che funzionano in un ambiente sociale o istituzionale può non funzionare altrove, o produrre risultati diversi. Per questa ragione Cafagno richiama strumenti metodologici quali la sperimentazione su scala ridotta, i *randomized controlled trials*, il monitoraggio continuo, l'apprendimento iterativo. Anche questo tema riprende motivi già emersi nello scritto del 2021 sugli appalti, dove l'autore invocava un ciclo regolatorio fondato su osservazione, misurazione e correzione. Tuttavia, nell'ultimo saggio la richiesta di sperimentazione assume un valore più generale: diventa un criterio di buona amministrazione in contesti complessi, nei quali non è ragionevole presumere, in astratto, la validità universale di una tecnica.

La terza avvertenza è la più densa sul piano teorico. Essa concerne i limiti delle scienze comportamentali quando il problema non è ottenere una risposta immediata, ma favorire trasformazioni profonde e durevoli, come quelle richieste dalla transizione ecologica. Qui Cafagno torna a misurarsi con il *bias* del presente, con l'avversione alla perdita, con la difficoltà di mobilitare sacrifici attuali in vista di benefici remoti, diffusi e spesso incerti. L'osservazione è decisiva perché impedisce di sopravvalutare la portata dei correttivi comportamentali. Per l'autore, questi strumenti possono aiutare, ad esempio, attualizzando co-benefici, differendo (o, aggiungerei, dilazionando in tempi certi e noti) i costi, rafforzando norme sociali o meccanismi di reciprocità; ma, da soli, essi non bastano ad innescare mutamenti strutturali. Serve una prospettiva temporale più ampia, che l'articolo (cfr. la nota 47) traduce nella distinzione tra interventi *downstream*, *middlestream* e *upstream*. Cafagno sposta così la questione comportamentale dal piano delle micro-scelte individuali a quello delle architetture di scelta e, infine, delle condizioni istituzionali e di mercato che rendono possibili o impossibili certe condotte. Non traspare, dunque, un riduzionismo individualista; si scorge piuttosto il tentativo di collocare il comportamento entro una stratificazione di livelli decisionali.

5. L'amministrazione "giardiniere" e il ripensamento adattivo dell'azione pubblica

Nelle pagine conclusive il saggio compie un ultimo scarto, quasi di tono, introducendo l'immagine dell'amministrazione come "giardiniere" (cfr. la nota 51). La metafora raffigura un'amministrazione che non si limita a prescrivere o sanzionare, ma osserva il contesto, riduce attriti, costruisce condizioni di intelligibilità, alimenta fiducia, apprende dagli esiti e corregge il disegno degli strumenti. In questo modo, la funzione pubblica viene ripensata non come dominio su di un ordine lineare e pienamente controllabile, ma come cura adattiva di sistemi complessi. È una conclusione coerente con il più risalente interesse di Cafagno per l'ambiente come "sistema adattativo, complesso, comune", attestato già nella sua produzione anteriore e richiamato nella mappa bibliografica del volume del 2025[13]. Ma, nello scritto qui recensito, quella intuizione si traduce in una precisa proposta metodologica: scegliere strumenti verificabili, adattivi e combinati; assumere la sperimentazione come pratica ordinaria; misurare il rendimento degli istituti non sulla base della loro eleganza concettuale, ma sulla loro capacità di orientare comportamenti compatibili con i fini ambientali.

Considerato nel suo insieme, il saggio appare allora come un punto di approdo provvisorio, ma altamente significativo, della riflessione di Cafagno. Rispetto ai lavori su appalti e amministrazione difensiva, il discorso si è allargato dal comportamento del decisore pubblico a quello, più variegato e sfuggente, dei molteplici attori coinvolti nella tutela ambientale. Rispetto al volume del 2025 l'autore ha compiuto un ulteriore passo di concentrazione teorica, insistendo meno sul catalogo degli strumenti e più sulla loro intelligibilità metodologica. Il risultato è un saggio che non propone facili soluzioni, non indulge all'entusiasmo per la novità disciplinare e non cede all'illusione di una tecnologia regolatoria neutra. Al contrario, esso invita il giurista a prendere sul serio il tratto forse più scomodo della questione: tra i fini del diritto e i suoi effetti concreti si apre uno spazio intermedio, fatto di comportamenti, contesti, limiti cognitivi, incentivi e istituzioni. È in quello spazio che si decide, in larga misura, il successo o il falli-

13 A p. 25 del libro del 2025 *Integrare la tutela giuridica dell'ambiente*, cit., Cafagno si colloca tra gli autori italiani che privilegiano la visione sistemica dell'ambiente.

mento della tutela ambientale.

Se questo è il contributo teorico generale del saggio, la sua rilevanza per la letteratura giuridica italiana risiede anche nel metodo che implicitamente promuove. Cafagno non chiede di sostituire la dogmatica con l'empiria, né di rimpiazzare il ragionamento giuridico con modelli psicologici. Suggerisce piuttosto che la riflessione giuridica divenga più consapevole dei propri presupposti fattuali, più attenta agli effetti, più disposta a confrontarsi con il carattere situato e sperimentale dell'azione pubblica. In questo senso, il testo recensito rappresenta non soltanto l'ultimo scritto di una serie, ma il punto nel quale quella serie prende più chiaramente la forma di un programma di ricerca: un programma che tiene insieme teleologia normativa, osservazione empirica, attenzione ai comportamenti e ripensamento adattivo dell'amministrazione. Ed è proprio tale programma a spiegare perché questo scritto meriti di essere letto non come una semplice appendice al dibattito sui *nudges*, ma come una meditazione più ambiziosa sulle condizioni di efficacia del diritto ambientale contemporaneo.

Credo che il saggio di Cafagno segni un punto a favore del rinnovamento del diritto amministrativo; non perché proponga una nuova tecnica regolatoria, ma perché impegna il giurista a confrontarsi con un'esigenza che a me appare scontata e che, proprio per questo, è stata a lungo elusa.

Sono cioè convinto che il problema della razionalità limitata vada rigorosamente soggettivizzato: deve essere riferito alle persone concrete (gli esseri umani) che decidono, applicano, controllano e rispondono, e non ad un'astratta figura di agente pubblico, sempre informato, sempre ponderato, sempre immune dai condizionamenti del contesto ed "immedesimato", quale titolare dell'organo, nell'amministrazione pubblica.

Quando Cafagno sostiene che le scienze comportamentali servono «soprattutto» come «strumento diagnostico utile a verificare la tenuta degli strumenti giuridici, entro le coordinate del ragionamento teleologico e funzionale» (come scrive nell'*abstract* del saggio), il suo discorso riguarda in primo luogo i destinatari delle norme ambientali. La logica dell'argomento, nondimeno, si estende inevitabilmente all'amministrazione stessa. Se gli assunti impliciti sui cittadini e sulle imprese vanno esplicitati e verificati, non si vede perché non debbano es-

serlo anche quelli sul funzionario chiamato a dare attuazione al precetto. L'immagine dell'amministrazione "giardiniere", che osserva il contesto, riduce gli attriti, apprende dagli esiti e corregge gli interventi, presuppone a mio avviso un funzionario capace di riconoscere i propri limiti cognitivi e di governarli.

Le note suggestioni del premio Nobel Daniel Kahneman offrono a questa conclusione il suo fondamento più noto. La distinzione tra un sistema di pensiero rapido, automatico e associativo e un sistema lento, riflessivo e dispendioso, che il titolo italiano dell'opera divulgativa ha consegnato all'immagine dei "pensieri lenti e veloci", spiega perché anche il decisore esperto si affidi a scorciatoie che, in condizioni di pressione, di sovraccarico informativo o di timore della responsabilità, producono errori sistematici e prevedibili. La teoria del prospetto, elaborata con Amos Tversky[14], ci mostra che le scelte non vengono valutate in termini assoluti, ma rispetto ad un punto di riferimento; le perdite pesano più dei guadagni equivalenti; il modo in cui le alternative sono incorniciate modifica la decisione anche quando il contenuto sostanziale resta invariato.

Trasposte nel diritto amministrativo, queste acquisizioni illuminano retrospettivamente l'intero percorso di Cafagno. L'"amministrazione difensiva" descritta nel saggio sulle procedure contrattuali non è altro che la manifestazione istituzionale dell'avversione alla perdita. Il funzionario percepisce il rischio di responsabilità come una perdita certa e incombente, e il beneficio di una procedura flessibile (quando non addirittura l'inazione) come un guadagno incerto e altrui; per questo sceglie la soluzione più protettiva anche quando essa è sostanzialmente inefficiente: questo spiega un paradosso che le recenti riforme in materia di responsabilità amministrativa, che qualcuno ha definito come espressione di *nudging*[15], obnubilano. L'*hindsight bias* e l'*outcome bias* del giudice contabile o pena-

14 D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect theory: an analysis of decision under risk*, cit. Nel notissimo lavoro gli autori criticano l'idea secondo cui il decisore razionale confronta sempre le alternative secondo il valore atteso finale. Mostrano invece, mediante esempi di scelta ipotetica, che le preferenze reali violano sistematicamente gli assiomi dell'utilità attesa; ad esempio, un esito certo viene preferito in misura sproporzionata rispetto ad un esito solo probabile (c.d. effetto certezza); oppure, i soggetti tendono ad essere più avversi al rischio nei guadagni e più propensi al rischio nelle perdite (c.d. effetto riflesso); o, ancora, nella comparazione tra alternative, le persone tendono a trascurare gli elementi comuni e a concentrarsi sulle differenze, con il risultato che la stessa scelta può mutare se cambia la formulazione del problema (c.d. effetto isolamento).

15 I. Giannone, *Scienze comportamentali e merito amministrativo: lo "scudo erariale"*, in S. Foà (a cura di), *Il nuovo merito amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2025, pp. 270 ss.

le completano il quadro, perché trasformano ogni scelta discrezionale in una scommessa asimmetrica.

La letteratura successiva a Kahneman, e in parte critica nei suoi confronti, non smentisce questa diagnosi; piuttosto la affina, ed è proprio questo affinamento a mostrare che la razionalità limitata non può essere ridotta a formula. Come abbiamo visto, Stanovich e West hanno dimostrato che gli scarti dagli standard normativi non sono uniformi, ma variano tra individui in funzione di disposizioni cognitive relativamente stabili. Nella meta-analisi sulle scelte ambientali dal titolo *Behavioural insights and environmental sustainability: Key findings and policy implications from a systematic review*[16], de Costa, Ferrara, Toplak, Alam, Bowie e Burnett documentano che il *myside bias* è sostanzialmente indipendente dall'intelligenza: selezionare funzionari cognitivamente dotati non basta a proteggerli da questa distorsione, che si attenua solo quando procedure e istruzioni segnalano esplicitamente la necessità di separare la valutazione delle prove dalle convinzioni pregresse. Le misure individuali di *heuristics and biases* oggi disponibili confermano tale variabilità, pur segnalando che alcune di esse, tra cui proprio quelle sul *framing*, presentano ancora un'affidabilità modesta[17].

Non potrebbe chiudersi il canale di comunicazione tra razionalità delle decisioni ambientali e psicologia comportamentale senza ricordare il fondamentale contributo di Gerd Gigerenzer, il principale critico del paternalismo libertario, le cui tesi incroceremo con quelle di Cafagno. Nel saggio di riferimento nella letteratura *in thema*[18], Gigerenzer muove da una domanda di legittimazione: su quali basi scientifiche il paternalismo libertario si autorizza a correggere le scelte dei cittadini? La risposta che i suoi fautori danno è triplice: esiste un *choice architect* benevolo in grado di determinare ciò che è meglio per gli individui; esistono strumenti non coercitivi, i *nudges*, capaci di orientare le scelte sfruttando i *bias* anziché contrastarli; e soprattutto esiste una giustificazione psicologica, fondata sull'idea che gli individui siano sistematicamente irrazionali e, cosa decisiva, che

16 in *Journal of Environmental Management*, 2025, pp. 1 ss.

17 V. Berthet, V. de Gardelle, *The heuristics-and-biases inventory: An open-source tool to explore individual differences in rationality*, in *Frontiers in psychology*, 2023, pp. 1 ss.

18 *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*, in *Rev. Phil. Psych.*, 2015, 6:361, pp. 383 ss.

tale irrazionalità sia stabile e non educabile.

È su questo terzo pilastro che Gigerenzer concentra la critica più incisiva. La letteratura sui *nudges*, egli sostiene, è stata selezionata con un *confirmation bias* evidente: si citano gli studi che documentano errori sistematici, ma si trascurano quelli che mostrano sensibilità al contesto e capacità di apprendimento. Il caso più istruttivo è quello del ragionamento bayesiano. Quando i problemi probabilistici vengono riformulati in termini di frequenze naturali anziché di probabilità condizionate, le prestazioni migliorano drasticamente: medici che, nella formulazione standard, rispondevano correttamente solo nel 21% dei casi, raggiungevano l'87% di risposte corrette dopo un breve *training*; bambini in età scolare risolvevano problemi bayesiani se presentati come numeri concreti. Studi di *training* dimostrano che queste competenze si acquisiscono e si mantengono nel tempo. La premessa della non educabilità (che Gigerenzer ascrive al paternalismo libertario), dunque, non reggerebbe all'esame dell'evidenza.

A questa critica metodologica Gigerenzer affianca una critica di merito attraverso tre famosi casi concreti, scelti precisamente perché mostrano come il *nudging* possa servire interessi istituzionali ed economici piuttosto che il benessere dei cittadini. Il primo è lo *screening* mammografico: la riduzione del rischio viene comunicata in termini relativi («riduce del 20% la mortalità»), il che produce un'impressione di efficacia molto superiore a quanto i dati assoluti giustifichino («1 donna su 1000 evita la morte per cancro al seno»). Questo *framing* non è neutro: aumenta la partecipazione agli *screening* e riduce l'informazione effettiva. Il secondo caso è quello del vaccino Tamiflu e delle campagne H1N1, in cui si osserva come decisioni di *policy* abbiano preceduto le prove di efficacia e i *nudges* informativi abbiano amplificato messaggi di dubbia solidità scientifica. Il terzo è la diffusione del test PSA, promosso da ospedali e organizzazioni con benefici sovrastimati rispetto ai rischi di sovradiagnosi. Questi esempi convergono verso un'unica diagnosi: chi progetta le scelte non è necessariamente benevolo né competente.

È a questo punto che Gigerenzer introduce il concetto di «sindrome SIC», le cui iniziali stanno per *Self-defense*, *Innumeracy* e *Conflicts of interest*. I professionisti praticano medicina difensiva per proteggersi dalla responsabilità legale; molti esperti e funzionari non padroneggiano le statistiche di base; le orga-

nizzazioni che raccomandano gli *screening* hanno spesso interessi economici diretti negli *screening* stessi. Questa sindrome non riguarda i soli medici: è una patologia istituzionale che colpisce chiunque sia investito del ruolo di *choice architect*, inclusi gli amministratori pubblici. Affidarsi al *nudging* senza affrontare questa sindrome significa partire col proverbiale piede sbagliato.

La proposta alternativa di Gigerenzer non è il *laissez-faire*, ma una «terza via»: investire nell'alfabetizzazione statistica e nella gestione del rischio, rendere *savvy* (competenti) i cittadini, insegnare le frequenze naturali, adottare rappresentazioni visive chiare come le icone di frequenza, introdurre *checklist* e protocolli decisionali, garantire trasparenza dei dati e delle assunzioni sottostanti alle politiche. Il punto dirimente è che questa strategia affronta il problema alla radice, potenziando l'autonomia, anziché aggirarla. Sul piano istituzionale, l'autore richiama il rapporto della Camera dei Lord del 2011[19], che aveva già segnalato come gli effetti dei *nudges* fossero spesso modesti, raramente valutati su larga scala e difficilmente confrontabili con i costi degli interventi: prove insufficienti per giustificare la sostituzione dell'educazione con l'architettura delle scelte.

L'adesione all'antipaternalismo libertario dev'essere però ponderata, a mio avviso, sviluppando i medesimi anticorpi predicati dal suo autore, il che riconduce l'osservatore alla importanza di un approccio fondato sul pluralismo informativo e scientifico.

I dubbi di Gigerenzer sullo *screening* preventivo non sono rimasti senza risposta. Si badi: oncologi e radiologi non contestano l'esistenza dei danni segnalati da Gigerenzer ma contestano soprattutto la quantificazione di tali danni, valorizzano il bilanciamento tra danni e benefici e si oppongono all'idea che i benefici dello *screening* siano relativamente modesti. Ad esempio, una delle repliche più autorevoli è quella del gruppo indipendente presieduto da Sir Michael Marmot (un epidemiologo), incaricato dal governo britannico e da *Cancer Research UK* di riesaminare l'intera letteratura. Il panel concluse che la sovradiagnosi esiste realmente; che essa va comunicata alle donne; ma che tuttavia lo *screening* mammografico riduce la mortalità per cancro della mammella in misura clinicamente

19 Si veda il link https://publications.parliament.uk/pa/ld201012/ldselect/ldsctech/179/17905.htm

significativa[20].

La critica più dura è provenuta da Daniel Kopans (un radiologo). Sostenne che alcune stime di sovradiagnosi erano fortemente esagerate e che la diminuzione della mortalità da carcinoma mammario dipende in larga misura dalla diagnosi precoce ottenuta con la mammografia[21].

In un tale contesto problematico, a chi deve prestare fede il decisore? A questa domanda premetterei la necessità di fare chiarezza su *come* approcciarsi alla decisione. Egli deve innanzitutto *partecipare*, e non *rivedere* o, peggio, *far propria* l'attività conoscitiva del suo *staff*. Decisore e *staff* devono essere informati sul *thema decidendum* e lontani da ogni anche vago conflitto di interessi (essendo pronti a lasciare l'incarico nel momento in cui tale conflitto, che potrebbe essere anche inconscio, gli si manifesti o divenga percepibile anche solo in via di mera ipotesi). Devono essere cioè, nei limiti del possibile, "*debiasizzati*" (una completa debiasizzazione è impossibile, alla luce della letteratura sin qui citata), il che richiede, ancor più a monte, una formazione rigorosa sulle nozioni principali di scienze comportamentali (come quella che si è autoimposta chi scrive, per il che egli è solo all'inizio). Tutte le garanzie del procedimento amministrativo seguono e condividono questa preparazione, purché si tenga conto che un confronto partecipativo è possibile solo se si è consapevoli delle trappole delle euristiche, e le si voglia "onestamente" evitare. Solo al termine di questo complesso procedimento potrà svilupparsi l'apprezzamento discrezionale, che dovrà a sua volta fondarsi sulla rappresentazione quanto più possibile minuziosa dei vari scenari di riferimento.

Il mio pensiero è che, quando si tratti di assumere una decisione discrezionale, *il decisore non deve limitarsi a recepire i risultati dell'istruttoria svolta dagli uffici, ma deve partecipare criticamente alla costruzione della base conoscitiva della decisione. Ciò presuppone l'assenza di conflitti di interesse, la consapevolezza dei principali* bias *cognitivi e l'adozione di procedure idonee a contenerne gli effetti. In*

---

20 *The Benefits and Harms of Breast Cancer Screening: An Independent Review. A Report Jointly Commissioned by Cancer Research UK and the Department of Health (England)*, in *British Journal of Cancer*, vol. 108, 2013, pp. 2205 ss.

21 D. Kopans, *Point: The New England Journal of Medicine Article Suggesting Overdiagnosis From Mammography Screening Is Scientifically Incorrect and Should Be Withdrawn*, in *Journal of the American College of Radiology*, vol. 10, n. 5, 2013, pp. 317 ss.

questa prospettiva, le garanzie del procedimento amministrativo non rappresentano soltanto strumenti di tutela dei destinatari dell'azione pubblica, ma costituiscono anche tecniche di miglioramento cognitivo della decisione. L'apprezzamento discrezionale potrà così fondarsi sulla rappresentazione rigorosa delle alternative decisionali.

Questo limitato approccio problematico deve necessariamente confrontarsi con la complessità legale dell'apparato organizzativo, tra cui rilievo comprensibilmente importante rivestono la qualificazione delle competenze e la struttura, unipersonale o collegiale, degli organi e degli uffici.

Ci tornerò alla fine.

Per concludere questa breve rassegna ragionata rammento che, sul piano normativo, l'ipotesi dell'eterogeneità di Polonioli[22] e la nozione consequenzialista di «*cognitive success*» di Schurz e Hertwig[23] spiegano perché nessun *benchmark* unico valga in ogni contesto. Una strategia decisionale va giudicata in base alla sua attitudine a conseguire gli scopi effettivi dell'agente nell'ambiente in cui opera.

Zilhão[24], distinguendo razionalità psicologica, economica e biologica, avverte che il passaggio dall'una all'altra non è mai automatico. Per questo la stessa razionalità ecologica resta, nelle sue parole, «*more like a research program than like a full-blown view of the issue*». Zamora-Bonilla[25], infine, colloca la razionalità nelle pratiche e nelle norme inferenziali che strutturano le istituzioni epistemiche, ossia nella «*capacity of navigating in a satisfactory way this web of inferential links between psychological states and normative statuses*».

Già Lindblom[26] aveva descritto il *policy making* come «*a process of successive limited comparisons*». In altri termini, la decisione pubblica reale procede per

22 A. Polonioli, *Adaptive Rationality, Biases, and the Heterogeneity Hypothesis*, in *Rev. Phil. Psych.*, 2015, pp. 1 ss. (della versione *open access*).

23 G. Schurz, R. Hertwig, *Cognitive Success: A Consequentialist Account of Rationality in Cognition*, in *Topics in Cognitive Science*, 2019, pp. 7 ss.

24 A. Zilhão , in *Rationality and Decision Making: From Normative Rules to Heuristics*, Brill Rodopi, 2018, pp. 224 ss.

25 J. Zamora-Bonilla, *Inferentialism, Rationality, and Value-driven Epistemology*, in *loc. ult. cit., pp. 163 ss.*

26 C.E. Lindblom, *The science of 'muddling through*, in *Public administration review*, vol. 19, n. 2, 1959, pp. 79 ss.

approssimazioni, confronti marginali e apprendimento, e non per massimizzazioni globali: le "popperiane "prove ed errori", riferite però all'essere umano ed al suo stato cognitivo, non all'amministrazione impersonale. Mi pare che secondo Cafagno il ciclo di sperimentazione, monitoraggio e rettifica che egli propone per il diritto ambientale, e che aveva già richiamato per i contratti pubblici, è la traduzione giuridica di questa razionalità incrementale. Anche l'analisi più recente sulle politiche ambientali conferma che le *behavioural insights* funzionano soltanto entro un *policy mix* fondato su diagnosi, progettazione, sperimentazione, valutazione e adattamento. Le stesse competenze interdisciplinari necessarie a governare quel ciclo devono entrare stabilmente nella formazione dei funzionari pubblici.

6. La razionalità limitata dei funzionari e l'autoprotezione della funzione pubblica

Torno sull'approccio poco sopra evidenziato e mi avvio alla conclusione. Lo studio del saggio di Cafagno e l'analisi della letteratura essenzialissima in tema mi conducono a sostenere la necessità della soggettivizzazione delle teorie sulla razionalità limitata, da accompagnarsi alla costruzione di meccanismi di autoprotezione della funzione pubblica, e dunque dei suoi funzionari, che possono realizzarsi soltanto attraverso la loro formazione, che insegni a riconoscere i propri *bias*, a separare la valutazione dell'evidenza dalle aspettative, a leggere il rischio in forme cognitivamente trasparenti e ad utilizzare protocolli, liste di controllo e revisioni tra pari come presidi organizzativi. L'autoprotezione, in questo senso, non coincide con l'atteggiamento difensivo: ne è l'antidoto. Protegge il funzionario non sottraendolo alla decisione, ma mettendolo in condizione di decidere meglio e di poter dimostrare di averlo fatto.

Uno studio del Formez del 2024[27] rappresenta, in questa direzione, un primo passo significativo. Nel progetto sui processi innovativi per le *performance* individuali nella pubblica amministrazione, il team di analisi comportamentale ha sperimentato, con approccio partecipativo, cinque interventi di *nudging* a basso costo. Tra questi figurano le *call for ideas* e *for issues*, i promemoria ai dirigenti

27 S. De Luca, N. Alessandro, Eugenio Mattia, A. Pisano (a cura di), *Processi innovativi per le performance individuali nella PA*, Roma, Formez, 2024, *passim*.

per il riconoscimento del merito, le iniziative di condivisione interdisciplinare, quelle di relazione e gratitudine e i "*one-hour meeting*". Gli interventi sono stati costruiti sui presupposti della razionalità limitata di Simon, dei due sistemi di Kahneman e del paternalismo libertario di Thaler e Sunstein. La valutazione, condotta con questionari pre e post intervento, ha registrato un aumento statisticamente significativo dei comportamenti di cittadinanza organizzativa auto-attribuiti, in particolare della coscienziosità, oltre ad un maggiore *engagement* e ad una più forte identificazione organizzativa tra i partecipanti. Ha però rilevato anche una percezione di minore equità tra sforzo e ricompensa. Il progetto si è completato con la costruzione di dizionari delle competenze, con la sperimentazione del colloquio di patto, che ha fatto emergere la necessità di formare valutatori e valutati per evitare effetti *boomerang*, e con linee guida articolate in cinque fasi (obiettivo, *baseline*, intervento, valutazione, condivisione).

Si tratta di un primo passo, ma non è abbastanza. L'esperienza del Formez opera sul terreno della gestione del personale e del clima organizzativo; non tocca il punto in cui la razionalità limitata diventa giuridicamente rilevante, cioè la decisione amministrativa, la sua motivazione, il suo sindacato e la responsabilità che ne consegue. Finché i *behavioural insights* resteranno confinati nella cultura organizzativa proiettata verso la regolazione esterna, senza una vera soggettivizzazione del fenomeno decisionale dei funzionari, non sarà possibile parlare seriamente di un modello di razionalità adeguato al diritto amministrativo contemporaneo. A quasi un secolo dalle prime elaborazioni, la razionalità limitata non può essere ridotta ad una formula stereotipata, evocata dalla giurisprudenza pratica come vessillo di rinnovamento, ma inapplicata.

Una ordinanza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 10 ottobre 2022, n. 8650), ha chiesto alla Corte di Giustizia U.E.[28], in via pregiudiziale, se "la nozione di consumatore medio, nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scor-

28 La Corte ha affermato, con sentenza della Sezione V, 14 novembre 2024, causa C-646/22, che la pratica del cosiddetto "incorniciamento" (proposta contestuale di un finanziamento e di una polizza assicurativa non collegata al credito) non costituisce di per sé una pratica commerciale aggressiva. Per integrare la fattispecie prevista dagli artt. 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE occorre verificare se il professionista abbia posto in essere molestie, coercizione o indebito condizionamento tali da limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore.

rette, deve essere interpretata in modo evolutivo alla luce delle acquisizioni dell'economia comportamentale sulla 'razionalità limitata', riconoscendo rilievo giuridico all'effetto di incorniciamento ('*framing*') delle informazioni, idoneo a influenzare la capacità di scelta del consumatore rendendo una pratica commerciale potenzialmente aggressiva se atta a indurre il soggetto a decisioni condizionate; conseguentemente, si pone la necessità di chiarire se, in presenza di un concreto pericolo di condizionamento psicologico derivante dall'abbinamento di prodotti finanziari e assicurativi complessi, l'Autorità garante nazionale possa imporre, in deroga al principio generale di libera vendita abbinata, specifiche cautele procedimentali (quali uno spatium deliberandi) e come debba ripartirsi l'onere della prova tra professionista e Autorità nel rispetto dei limiti di armonizzazione massima imposti dalla normativa dell'Unione Europea".

La pronuncia è emblematica della ambivalenza che ho appena segnalato. Da un lato vi si riconosce che la nozione di razionalità limitata «da tempo è studiata dagli economisti e dai giuristi per comprendere se e in che modo tale nozione può avere ricadute in detti ambiti disciplinari»; vi si elencano l'avversione alla perdita, il *framing effect*, il *present bias* e il *bias* di conferma, attingendo alla direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 febbraio 2018. Dall'altro, quelle acquisizioni sono utilizzate per ripensare la figura del consumatore medio, cioè di un destinatario esterno da proteggere, mentre il giudice e l'amministrazione restano idealmente collocati in una posizione di razionalità per nulla problematizzata, e quindi presunta. È esattamente l'asimmetria che Gigerenzer denuncia come presunzione di superiorità cognitiva dell'architetto delle scelte, e che il saggio di Cafagno, con la sua insistenza sulla verifica degli assunti impliciti, permette di confutare.

Il rinnovamento del diritto amministrativo, dunque, non passa per la citazione rituale di Simon o di Kahneman nelle motivazioni delle sentenze, ma per un mutamento di metodo. La razionalità limitata deve essere assunta come dato di partenza della progettazione normativa, della costruzione delle procedure, della valutazione della discrezionalità e del giudizio di responsabilità. Deve essere riferita a tutti gli attori del sistema, decisori pubblici e giudici, e deve essere governata attraverso una formazione sistematica, verificata empiricamente e periodicamente aggiornata, e capace di tradursi in pratiche istituzionali. È questo, in ulti-

ma analisi, il messaggio più fecondo del saggio di Cafagno. Tra i fini del diritto e i suoi effetti si interpone lo spazio dei comportamenti, e in quello spazio stanno anche coloro che il diritto lo applicano: amministratori e giudici.

7. Razionalità limitata e organizzazione amministrativa: monocraticità, collegialità, frammentazione delle competenze

Concludo. L'approccio della razionalità limitata, nella sua versione più sobria cui aderisce anche Cafagno, lavora su un soggetto tendenzialmente astratto, il decisore, senza che tale categoria si confronti sempre in modo esplicito con le differenze strutturali che il diritto amministrativo introduce tra chi decide in solitudine e chi decide in collegio, né con le differenze di competenza che le norme di organizzazione presuppongono. A mio avviso, introdurre queste variabili cambia considerevolmente il quadro.

Il primo cambiamento riguarda la relazione tra *bias* cognitivi e livello di *expertise*. La letteratura psicologica è chiara nel segnalare che la competenza tecnica attenua alcuni errori ma ne lascia intatti altri, e per alcuni versi li aggrava. Il *myside bias* (ossia la tensione cognitiva a cercare, interpretare e valutare le informazioni in modo da favorire le proprie convinzioni, opinioni o interessi preesistenti) è sostanzialmente indipendente dall'intelligenza e dalla formazione: anche il funzionario altamente qualificato, se non è esplicitamente istruito a separare la valutazione delle prove dalle proprie convinzioni pregresse, tende a raccogliere e ponderare le informazioni in modo conforme alle aspettative[29].

L'*overconfidence* (*bias* che porta le persone a sovrastimare la correttezza delle proprie conoscenze, capacità o previsioni) può addirittura aumentare con la specializzazione, perché il soggetto esperto ha più strumenti per costruire narrazioni coerenti a supporto della propria posizione iniziale[30]. Ciò significa che la qualificazione della distorsione o del pregiudizio cognitivo non costituisce un antidoto automatico alla razionalità limitata: è una condizione necessaria ma non sufficiente, che deve essere accompagnata da procedure esplicite di *decoupling* (la capacità di sospendere temporaneamente ciò che si crede vero per esaminare ipo-

29 K.E. Stanovich, R.F. West, M.E. Toplak, *Myside Bias, Rational Thinking, and Intelligence*, in *Current Directions in Psychological Science*, 2013, pp. 259 ss.

30 A. Polonioli, *op. cit.*

tesi alternative), da istruzioni formali che segnalino la necessità di considerare ipotesi alternative, da meccanismi istituzionali di controllo. In termini giuridici, la qualificazione rileva non perché neutralizzi i *bias*, ma perché rende il decisore più capace di utilizzare procedure correttive quando queste sono predisposte e rese cognitivamente accessibili[31].

Essendo i *bias* cognitivi deviazioni della mente umana, e quindi delle persone fisiche titolari di organi e uffici, credo che sia essenziale distinguere tra organi monocratici e collegiali. L'organo monocratico concentra responsabilità, accelera la decisione e riduce i costi di coordinamento. Sul piano comportamentale, tuttavia, presenta una vulnerabilità strutturale: il decisore unico non ha interlocutori istituzionali che introducano informazioni discordanti, che attivino il sistema lento di pensiero (il Sistema 2 di Kahneman) o che rendano visibile la differenza tra quanto atteso e quanto emerso dall'istruttoria. L'assenza di confronto favorisce la chiusura prematura, il *confirmation bias* e la tendenza a trattare la base conoscitiva già raccolta come sufficiente. In questo contesto, le garanzie del procedimento amministrativo – partecipazione, contraddittorio, obbligo di motivazione – non svolgono soltanto una funzione di tutela dei destinatari, ma operano come dispositivi cognitivi che obbligano il decisore a confrontarsi con prospettive alternative prima di concludere[32].

Credo quindi che l'obbligo di partecipazione critica alla costruzione della base conoscitiva da parte del decisore trovi una giustificazione teorica precisa: non si tratta di una pretesa di perfezione decisionale, ma di un meccanismo istituzionale di compensazione dei limiti cognitivi individuali. Una partecipazione autocratica, viceversa, condurrà ad un aumento di intensità dei *bias*.

Il collegio introduce viceversa pluralità di prospettive e distribuisce il carico cognitivo, con effetti potenzialmente positivi sulla qualità della decisione. Non è tuttavia immune da distorsioni proprie. La polarizzazione di gruppo può portare a posizioni più estreme di quelle che ciascun componente avrebbe assunto indivi-

---

31 R. Samuels, S. Stich, *Rationality & Psychology*, in *The Oxford Handbook of Rationality*, ed. by Alfred R. Mele & Piers Rawling, Oxford, 2004, pp. 279 ss.

32 M.F. Shaughnessy, *Cognition and rationality*, *paper* presentato all'*Annual Convention of the Rocky Mountain Psychological Association*, Las Vegas, Nevada, 25-28 aprile 1984; E. Borg, *In defence of individual rationality*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 122, fasc. 3, 2022, pp. 195 ss.

dualmente; inoltre, la pressione alla conformità riduce la probabilità che le voci dissenzienti emergano; infine, la diluizione della responsabilità individuale può abbassare il livello di attenzione di ciascun membro. Questi rischi non annullano i vantaggi della collegialità, ma indicano che essa non produce automaticamente decisioni migliori: la sua efficacia dipende in misura decisiva dal design procedurale interno, dalle regole di deliberazione, dalla presenza di ruoli formalmente dedicati alla verifica critica, dalla distribuzione del peso argomentativo tra i componenti. Sul piano della razionalità limitata, un collegio ben progettato probabilmente aumenta la probabilità che le inferenze errate siano intercettate prima della decisione; un collegio mal progettato può produrre esiti peggiori di una decisione monocratica perché la responsabilità diffusa riduce l'incentivo individuale alla verifica.

Vi è poi un terzo scenario, che Cafagno richiama esplicitamente e che il diritto ambientale suggerisce con particolare chiarezza: quello in cui la competenza è distribuita tra una pluralità di organi e uffici distinti, ciascuno titolare di un segmento del procedimento. Questa frammentazione non è né la struttura monocratica né quella collegiale, ma produce effetti cognitivi propri. La eccessiva frammentazione delle competenze, come nota bene il nostro autore, moltiplica i punti di veto, incentiva ciascun attore istituzionale a sopravvalutare i costi dell'accordo e a resistere per ragioni di identità organizzativa, genera *anticommons* decisionali nei quali la somma delle resistenze supera la somma dei vantaggi attesi dalla cooperazione.

Sul piano comportamentale questo è il terreno più difficile: non basta formare i singoli decisori né progettare meglio i collegi interni, perché il problema è relazionale e inter-istituzionale. Le scienze comportamentali suggeriscono in questi casi di lavorare sulla visibilità dei benefici condivisi, sulla costruzione di fiducia e reciprocità, sulla riduzione degli attriti procedurali che rendono costoso l'accordo[33].

In fin dei conti, l'approccio della razionalità limitata applicato all'individuo astratto è un punto di partenza; la sua declinazione organizzativa è l'approdo ne-

33 De Costa, Ferrara, Toplak, Alam, Bowie e Burnett, *Behavioural insights and environmental sustainability: Key findings and policy implications from a systematic review*, cit.

cessario. La qualificazione delle competenze modifica il profilo dei *bias* più probabili e la capacità di utilizzare strumenti correttivi, ma non elimina la necessità di procedure. La struttura monocratica concentra responsabilità e rischio cognitivo, e richiede garanzie procedimentali forti come correttivi cognitivi oltre che giuridici. La struttura collegiale distribuisce il rischio ma introduce distorsioni di gruppo che dipendono dal *design* deliberativo. La frammentazione interorganizzativa produce un livello di complessità che non si risolve né con la formazione né con la procedura interna, ma richiede interventi di *governance* relazionale. La conseguenza per il metodo giuridico è che la scelta tra strutture organizzative non è neutrale rispetto alla qualità della decisione, e che valutarla richiede criteri empirici oltre che formali: l'attribuzione delle responsabilità non solo impone di selezionare chi è competente "per regola scritta", ma anche di accertare in quali condizioni cognitive quella competenza viene effettivamente esercitata.

Una cosa è certa: gli sforzi di Maurizio Cafagno e di altri studiosi che si stanno approcciando al tema della applicazione delle scienze comportamentali alla teoria della decisione amministrativa sono e resteranno vani se prima non si abbandona la teoria della imputazione organica, che dello stato cognitivo dei funzionari pubblici non sa davvero che farsene.

Alberto Zito
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata
albertozito@legalprotection.it

Scienze comportamentali e diritto: considerazioni di metodo sull'uso di tali scienze da parte del giurista

Behavioural sciences and law: methodological considerations on the use of these sciences by legal practitioners

Sintesi

Il contributo esamina criticamente l'impostazione metodologica e l'impianto epistemologico del saggio di Maurizio Cafagno dedicato al rapporto tra scienze comportamentali e diritto amministrativo, con particolare riguardo alla regolazione ambientale. L'A. analizza la proposta di Cafagno alla luce delle tradizionali categorie dogmatiche del diritto positivo — fondate sui poli della validità e dell'interpretazione —, confrontandola con altre esperienze metodologiche quali l'effettività, la costituzione materiale e l'analisi economica del diritto. Pur evidenziando alcune perplessità in merito alla distinzione tra il lavoro del giurista e l'analisi delle politiche pubbliche, l'A. riconosce la grande utilità euristica delle behavioral sciences come strumento diagnostico per far emergere gli assunti impliciti degli strumenti giuridici, a condizione che il giurista verifichi sempre l'ammissibilità e la compatibilità delle leve comportamentali con i vincoli a tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

Abstract

This paper critically examines the methodological approach and epistemological framework of Maurizio Cafagno's essay on the relationship between behavioral sciences and administrative law, with a particular focus on environmental regulation. The Author analyzes Cafagno's proposal in light of the traditional dogmatic categories of positive law — anchored in the poles of validity and interpretation —, comparing it with other methodological approaches such as effective-

ness, material constitution, and the economic analysis of law. While raising some concerns regarding the boundary between the work of legal practitioners and public policy analysis, the Author acknowledges the high heuristic value of behavioral sciences as a diagnostic tool for uncovering the implicit assumptions of legal instruments, provided that legal scholars always verify the admissibility and compatibility of behavioral nudges with the constraints protecting subjective legal situations.

PAROLE CHIAVE: Scienze comportamentali e diritto, Metodo giuridico e regolazione ambientale, Efficacia e validità della norma, Analisi economica del diritto, Situazioni giuridiche soggettive

KEYWORDS: Behavioral sciences and law, Legal method and environmental regulation, Effectiveness and validity of norms, Economic analysis of law, Subjective legal situations

INDICE: 1. Il rapporto tra scienze comportamentali e diritto: una riflessione sul metodo proposto nel saggio di M. Cafagno. 2. L'innovatività delle indicazioni presenti nel saggio. 3 Alcune criticità nella proposta complessiva.

1. Il rapporto tra scienze comportamentali e diritto: una riflessione sul metodo proposto nel saggio di M. Cafagno

È da tempo che Cafagno persegue una linea di ricerca scientifica attenta ai risultati cui sono pervenute le scienze comportamentali sul modo effettivo con cui le persone decidono, al fine di verificare se tali risultati possano essere utili per la scienza giuridica soprattutto quando la stessa si cimenta in una materia tanto rilevante quanto complicata e complessa qual è l'ambiente. In questo nuovo saggio[1] Cafagno ci consegna una riflessione che affronta questioni di grande rilievo per la scienza giuridica quali in particolare l'oggetto e il metodo. Siamo dunque di fronte ad un contributo che ha una chiara impostazione epistemologica e che dunque va preso molto seriamente.

I presupposti da cui parte il saggio sono enunciati in modo chiaro. Mai come nella materia ambientale il rapporto tra regola e risultato atteso è deludente. A fronte di un corpo sempre più imponente di norme, che prescrivono comportamenti da tenere, non si registrano miglioramenti significativi in termini di tutela dell'ambiente. Segno questo che gli obiettivi, che costituiscono la ratio che sta

1 M. CAFAGNO, *I comportamenti tra fini ed effetti del diritto ambientale, in P.A. Persona e amministrazione*, 2026, p. 1 ss.

alla base delle norme, rimangono nella *law in books*.

Cafagno muove da questo dato per affermare, per un verso, che nel "loro insieme i dati rendono difficile ricondurre la divaricazione tra ambizioni normative e trasformazioni effettive a un ordinario fenomeno di difficoltà di attuazione"[2] e, per altro verso, che lo studio del tratto di strada che si distende tra la regola e i suoi comportamenti non è né deve essere estraneo alla scienza giuridica, costituendone anzi un oggetto che va indagato e studiato dal giurista. E qui siamo al cuore della questione epistemologica e metodologica: come il giurista deve accostarsi al tratto di strada che si distende tra la regola e i comportamenti dei soggetti che sono destinatari della regola? Qual è l'utilità euristica che deriva dall'assunzione nell'oggetto di studio di tale problema? Quali sono gli strumenti concettuali da utilizzare? Come è evidente si tratta di questioni assai importanti.

2. L'innovatività delle indicazioni presenti nel saggio

Prima di discutere le soluzioni che Cafagno propone, è però doveroso sottolineare la novità dell'impostazione che sorregge il saggio.

In proposito conviene partire ricordano come vi sia una tradizione secolare che risolve il lavoro scientifico dei giuristi, soprattutto di quelli che si occupano di diritto positivo, in un giudizio volto a verificare la validità della norma, ossia se essa sia stata posta nel rispetto delle procedure previste per la sua introduzione, e il significato del contenuto dispositivo della norma stessa. In definitiva validità e interpretazione costituiscono i due poli all'interno dei quali si muove tradizionalmente il discorso scientifico del giurista positivo. Tutto ciò che esula dagli stessi si colloca o sul piano della giustizia (e in quanto tale è terreno proprio della filosofia del diritto) o sul piano della verifica empirica del grado di adesione dei comportamenti dei destinatari alle prescrizioni normative (e in quanto tale è terreno di riservato dominio della sociologia giuridica).

Fermo restando lo schema che si è detto e le molte discussioni che sono sorte sul livello di scientificità di tale lavoro, livello che è maggiore quando si discorre di validità della norma e minore quando si scende sul terreno dell'interpretazione della stessa in cui possono entrare i giudizi di valore di cui l'interprete è

2 M. Cafagno, I *comportamenti* ..., cit., p. 3

portatore[3], si deve per completezza sottolineare come il riferimento ai comportamenti degli attori del sistema giuridico abbia fatto breccia nell'ambito della scienza giuridica in ordine alla questione dell'effettività di un ordinamento giuridico. Una diffusa e sistematica violazione dei suoi precetti segnala infatti una ineffettività dell'ordinamento giuridico, che dunque cessa di essere tale per essere sostituito da un altro ordinamento. Il tema dell'effettività è stato particolarmente approfondito in relazione al cambiamento politico ed in particolare al mutamento rivoluzionario ossia alla sostituzione repentina e violenta di un assetto istituzionale con un altro.

Ma è evidente che guardare ai comportamenti degli attori del sistema nell'ottica dell'effettività appena ricordata, sia cosa diversa da quella che propone Cafagno ossia di guardare al modo reale in cui le persone scelgono e decidono a partire dalle riflessioni che le scienze comportamentali ci consegnano.

Vi è anche una seconda prospettiva di analisi giuridica, in cui riemerge la centralità delle azioni degli attori del sistema giuridico. Il riferimento è a tutti quei metodi di indagine giuridica che operano una saldatura tra il dovere essere dell'ordinamento giuridico e l'essere della realtà. Esempi in tal senso non mancano nella nostra dottrina e se ne possono ricordare tre particolarmente significativi tutti riferibili ai "piani alti" del sistema giuridico.

Il primo esempio riguarda l'elaborazione concettuale della nozione di costituzione materiale, individuata "in un fine politico fondamentale, dotato di valore normativo, in quanto sostenuto ed attuato dalla forza politica dominante"[4]. In questo modo, come è evidente, il dualismo o, se si preferisce, la separazione tra

3 Il problema della validità della norma attiene ad un profilo formale dell'ordinamento giuridico e giustifica anche ricostruzioni come quella di Kelsen sulla dottrina pura del diritto; il problema dell'interpretazione risente maggiormente dei presupposti valoriali, quando non del tutto ideologici, dell'interprete che, se non annullano la dimensione scientifica del discorso, la riducono fortemente soprattutto quando i presupposti valoriali e ideologici vengono sottaciuti.

4 Così C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 75, al quale si deve la più compiuta teorizzazione del concetto. Sul tema del rapporto tra realtà esistenziale e ordine giuridico con riferimento al potere costituente cfr. di recente le illuminanti considerazioni di B. De Giovanni, Elogio della sovranità, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, in particolare p. 203-286 dove l'autore discute accanto alla posizione di C. Mortati anche le posizioni dottrinale critiche.

fatto e diritto, mondo dell'essere e mondo del dovere essere, si ricompone in una sintesi primigenia in virtù della quale l'ordinamento giuridico si legittima non soltanto perché fondato sul rispetto del criterio formale di validità delle norme in esso presenti, ma anche perché fondato su un dato di realtà (l'indirizzo politico sostenuto ed attuato dalla forza politica dominante) che è immediatamente dotato di senso e significato giuridico in quanto riesce ad imporre un ordine e a garantire l'effettività dell'esercizio del potere politico.

Il secondo esempio è dato dalla ricostruzione del fenomeno dei partiti politici, condotta soprattutto dopo l'introduzione della Costituzione. I partiti, nonostante gli sforzi compiuti inizialmente dalla dottrina, si sono sempre mostrati refrattari ad essere inquadrati dentro uno schema unitario ed interamente giuridico e dunque ora come organi dello Stato ora come mere associazioni, sicché si è dovuto prendere progressivamente atto che, al fine di comprenderne la natura giuridica, non si potesse fare a meno, per spiegare il fondamentale ruolo che la Costituzione ad essi assegna (ossia di concorrere alla formazione dell'indirizzo politico), di partire dalla realtà materiale e dal ruolo di mediazione e rappresentanza tra società civile e Stato che i partiti politici si sono assunti e hanno svolto, perlomeno a partire da un certo momento storico, prima di (ed indipendentemente da) ogni riconoscimento giuridico[5].

5 È nuovamente C. Mortati ad individuare con riguardo alla materia dei partiti politici il momento di congiunzione tra realtà materiale e sistema giuridico. Cfr. in proposito il saggio Note introduttive ad uno studio sui partiti politici, in Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando, Vol. II, Padova, Cedam, 1957, pp. 113-143 dove si legge che "Si è visto come il popolo non possa diventare titolare del potere sovrano di direzione politica se non si dà un'organizzazione capace di operare sintesi di interessi collettivi e come siano i partiti ad adempiere a tali compiti organizzativi. Per effetto della loro presenza il popolo non trova più il suo ordine giuridico nel parlamento, secondo ritenva la pubblicistica del secolo scorso, ma conferisce esso ordine al parlamento, attraverso una nuova ruota aggiunta al congegno rappresentativo, che arricchisce il procedimento di formazione della volontà statale, facendo divenire giuridicamente rilevanti le varie correnti di opinione che si agitano nel Paese. Il partito, lungi dal porsi come diaframma che, interponendosi fra società e stato, impedisce l'immediatezza della comunicazione, appare mezzo necessario di azione della società che si fa Stato. Si fa Stato non occultando in una fittizia e presunta volontà comune ilreale contrasto degli interessi, bensì organizzando tali interessi e mostrano la loro suscettibilità di porsi a base di sintesi politiche. La sovranità nazionale appare così non già un'idea data, precostituita, indivisibile, bensì un'unità sempre in via di formazione attraverso un procedimento dialettico di contrasto tra parti contrapposte, legalizzato nel metodo democratico" (p. 138-139).

Il terzo esempio può essere tratto dalla materia sindacale. Sebbene l'art. 39 della Costituzione prevede che i sindacati possono stipulare contratti collettivi di lavoro aventi efficacia *erga omnes* nel caso in cui abbiano ottenuto la registrazione e sebbene tale articolo non sia mai stato attuato, tuttavia vi è stato, perlomeno a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, (e con il decisivo contributo della dottrina e della giurisprudenza) il progressivo riconoscimento di un effetto vincolante dei contratti collettivi di lavoro al di là della cerchia degli iscritti ai sindacati stessi. Sicché si può fondatamente dire il diritto sindacale si sia originato nella prassi e da questo abbia tratto il carattere della giuridicità a prescindere dall'attuazione della norma costituzionale[6].

Come è evidente dagli esempi fatti la rilevanza della realtà fattuale e delle azioni degli attori serve per teorizzare una capacità normogenetica del fatto e nuovamente siamo ben lontani, per le ragioni poc'anzi indicate, dalla impostazione di Cafagno.

Vi è infine anche un terzo approccio che guarda ai comportamenti delle persone ed è quello proprio della c.d. analisi del diritto che ha avuto le sue origini nel secolo scorso in particolare negli Stati Uniti d'America[7]. Fermo restando che nell'ambito dell'analisi economica del diritto si deve distinguere tra l'analisi fatta dagli economisti e l'analisi fatta dai giuristi, i cui esiti non sempre sono coincidenti, e che nell'ambito di tale scuola di pensiero si possono annoverare perlomeno

---

6 Tra gli studiosi che si sono impegnati a ricostruire il tema dell'inderogabilità dei contratti collettivi, pur in assenza di attuazione dell'art. 39 Cost., si deve ricordare quantomeno M. Persiani, Saggio sull'autonomia privata collettiva, Padova, Cedam, 1972. Tale autore, muovendo da una critica assai serrata della dottrina tradizionale, ha affermato con decisione, sulla base dell'originaria rilevanza che la Costituzione attribuisce agli interessi di gruppo come tali, che l'autonomia collettiva si pone su un piano autonomo, diverso e prevalente rispetto a quello individuale, e che il contratto collettivo costituisce una fonte regolatrice del rapporto individuale di lavoro eteronoma rispetto ai soggetti di tale rapporto nel senso che, pur essendo in gioco i loro interessi, questi ultimi non sono nella loro piena disponibilità. Sulla questione dell'edificazione dell'ordinamento intersindacale quale ordinamento che si fonda su fonti autonome di produzione giuridica e sul ruolo della dottrina che si è mossa consapevolmente in tal senso cfr. anche il contributo di G. Tarello, *Teorie ed ideologie del diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1967.

7 Sull'analisi economica del diritto rimane sempre valido lo studio di P. Chiassoni, *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1992, che resta ancora oggi un testo fondamentale per orientarsi nella materia della Law and Economics.

sei orientamenti differenti, si deve ricordare come tale metodo d'analisi parte dal presupposto che il sistema giuridico deve tendere al perseguimento dell'efficienza allocativa del sistema economico. Sicché la ragion d'essere dell'analisi economica del diritto deve essere quello di indicare quale siano le norme che disciplinano i comportamenti economici che sono coerenti con tale obiettivo e quali invece non lo siano e dunque impegnarsi non solo nella critica del diritto vigente, ma anche nel suggerire i cambiamenti che si rendono necessario in vista del raggiungimento dell'obiettivo.

Visto da questa prospettiva sembra che il metodo proposto da Cafagno, che guarda a ciò che succede tra la norma e il risultato nell'ottica dei comportamenti dei destinatari della norma sia abbastanza affine al metodo proprio dell'analisi economica del diritto. Vi è però una differenza fondamentale che divide i due metodi. L'analisi economica del diritto parte da un postulato, la finalizzazione del sistema giuridico alla ricerca della massima efficienza allocativa del sistema economica, che non pare proprio in linea con il ruolo che la Costituzione assegna al sistema giuridico rispetto al sistema economico. La nostra Costituzione, infatti, non affida la produzione dell'ordine economico (e anche di conseguenza dell'ordine sociale)[8] unicamente al dispiegarsi delle libere energie individuali dei soggetti che operano all'interno dell'ordinamento, ma cerca di realizzare un proprio disegno che, come detto, prevede certamente il riconoscimento e la garanzia delle libertà e dei diritti, ma anche la necessità che vi sia un livello di uguaglianza reale non irrisorio.

Il saggio di Cafagno vuole invece studiare i comportamenti degli attori, che sono destinatari delle norme in materia ambientale, al fine di garantire che questi comportamenti si adeguino alle prescrizioni e dunque che ne possa scaturire il risultato auspicato in tema di tutela dell'ambiente. La proposta di Cafagno riguarda dunque un settore o un interesse, quello ambientale ed ecosistemico, che rice-

8 L'idea che vi possa essere un ordine economico che non incida sull'ordine sociale è pura ideologia, dal momento che nella maggior parte dei casi allo status economico corrisponde un conseguente status sociale. La riflessione giuridica può occultare ciò rifugiandosi nell'astrazione dei concetti giuridici, nelle libertà e nei diritti che spettano a tutti in egual misura, ma questo modo di ricostruire l'esperienza giuridica non elimina il fatto che l'esercizio della libertà e dei diritti (con esclusione forse della sola libertà personale e della libertà di corrispondenza e inviolabilità del domicilio, sono pesantemente condizionati dallo status economico e sociale della singola persona.

ve diretta e primaria tutela nel nostro sistema costituzionale oltre che, a partire dalla c.d. Direttiva Red, nel diritto eurounitario.

Al di là, dunque, di alcuni tratti comuni della proposta metodologica di Cafagno con il metodo proprio dell'analisi economico del diritto vi è un tratto mutualmente esclusivo che ne impedisce l'assimilazione.

Anche dunque se si guarda all'analisi economica del diritto, ciò non diminuisce o sminuisce la portata innovativa del saggio di Cafagno.

3. Alcune criticità nella proposta complessiva

Ma qual è l'utilità che può venire dalle scienze comportamentali al giurista se si pone nella prospettiva indicata da Cafagno? Conviene in proposito far parlare direttamente l'autore per poi svolgere qualche considerazione critica.

Secondo Cafagno se "il giurista è chiamato a interrogarsi sulle conseguenze che le soluzioni producono, non può ignorare i processi cognitivi e comportamentali, perché da essi viene pur sempre a dipendere l'efficacia reale degli istituti. In questa prospettiva la costatazione del modesto rendimento del diritto ambientale pone allo studioso un problema di affinamento delle conoscenze, perché non consente di assumere sbrigativamente che la congruenza formale dello strumento giuridico assicuri l'efficacia, né di accontentarsi di una rappresentazione intuitiva e sommaria delle probabili risposte dei destinatari"[9].

Sin qui siamo di fronte ad una proposta che chiede al giurista di studiare le scienze comportamentali al fine di fare emergere in particolare l'inidoneità dei precetti a tradursi in comportamenti fattuali delle persone che si adeguano agli stessi.

Il punto è particolarmente delicato e l'autore ne è pienamente consapevole, dal momento che subito dopo precisa che "il riferimento alle conseguenze non vuole legittimare alcuno scivolamento incontrollato dell'interpretazione sul terreno della policy, perché in punto di principio resta ferma l'idea che all'interprete non compete massimizzare risultati soggettivamente reputati desiderabili, ma accertare il contenuto obiettivo del diritto"[10].

---

9 M. Cafagno, I *comportamenti* ..., *cit*. p. 5.
10 M. Cafagno, I *comportamenti* ..., *cit*. p. 6.

Il punto mi lascia perplesso e forse va approfondito. Gli studiosi di politiche pubbliche, che appartengono all'area disciplinare della scienza politica, quando studiano le suddette politiche analizzano una serie di questioni che possono essere così sintetizzate: a) la decisione di assumere un problema collettivo come oggetto di una politica pubblica; b) l'individuazione degli obiettivi che si vogliono raggiungere per il tramite della politica pubblica; c) le alternative decisionali che sono idonee al raggiungimento degli obbiettivi e dunque alla soluzione del problema; d) il processo decisionale e le correzioni che si rendono necessarie per ottenere il consenso più ampio possibile da parte della base sociale ossia di coloro ai quali si chiedono determinati comportamenti; e) l'analisi dei condizionamenti che gli attori sociali individuali e collettivi possono mettere in campo per orientare la scelta in una direzione (quella che massimizza la loro utilità) piuttosto che in un'altra direzione (quella che non massimizza la suddetta utilità); f) le risorse, economiche, comunicative e di lobbying che gli attori sociali (individuali e collettivi) possono mettere in campo per orientare la scelta e talvolta per far sì che nessuna scelta venga fatta; g) le risorse legali che definiscono l'ambiente e i vincoli di contesto.

La sequenza può essere arricchita e approfondita, ma non c'è dubbio che costituisca lo schema e la griglia di qualunque ricostruzione di una politica pubblica sia a livello teorico sia a livello di analisi di ciò che si è realizzato, del suo successo e delle cause che l'hanno determinato oppure del suo insuccesso e delle cause che l'hanno determinato[11].

Se le cose stanno così qual è lo spazio del giurista? Analizzare il contenuto delle disposizioni adottate per realizzare una politica pubblica per chiarirne il significato, eliminare dal quadro giuridico le antinomie, risolvere problemi pratici di applicazione delle norme? Ma si tratta del compito tradizionale del lavoro del giurista che si è ricordato in apertura. Se invece si ritiene che il giurista, avvalendosi delle scienze comportamentali, possa o debba profferire enunciati sul se la politica pubblica risponda ad un fondamentale criterio di idoneità tra gli scopi perseguiti e i mezzi utilizzati, questo è terreno che rimane fuori dal campo di in-

11 Per una conferma cfr. B. Dente, *Le decisioni di policy. Come si prendono, come si studiano*, Bologna, Il Mulino, 2011.

dagine del giurista e chiama in causa altri saperi, tra i quali (e peraltro non solo) le scienze comportamentali. Infilare il giurista in questo lavoro significherebbe trasformarlo in una sorta di tuttologo. Verrebbe dunque da dire che la novità della proposta di Cafagno venga meno perché, posto che l'unica cosa che il giurista ha titolo a fare è pronunciarsi su validità e contenuto delle norme, al fondo si ripropone uno schema di analisi giuridica tradizionale che il giurista pratica peraltro da tempo immemore.

Fermarsi a questa osservazione, che a mio parere merita comunque un approfondimento specifico, non rende però giustizia al lavoro di Cafagno. Nel saggio in commento, infatti, l'autore ricorda come nel "dibattito pubblico e in parte della letteratura il contributo delle scienze comportamentali è sovente identificato con il nudge, vale a dire con quegli accorgimenti che cercano di orientare le scelte senza modificare in modo rilevante il quadro dei divieti o degli incentivi"[12]. Ritiene però, pur senza minimizzare il valore, specie in materia ambientale, della nudge regulation, che "L'utilità più generale degli studi di behavioural insights consiste ... nel rendere espliciti gli assunti che ogni strumento giuridico sottintende riguardo ai propri destinatari e al proprio funzionamento"[13], sicché sempre secondo l'autore "le leve comportamentali non sostituiscono gli strumenti giuridico-amministrativi, ma li preparano e li accompagnano. Il punto non è rimpiazzare la regola con la persuasione, bensì costruire un percorso nel quale il problema divenga percepibile, le prime condotte cooperative acquistino visibilità sociale e l'ordinamento le consolidi poi mediante regole, sostegni, coordinamento e procedure più accessibili"[14].

Ritengo che in questa affermazione vi sia un importante indicazione di metodo. Conoscere le scienze comportamentali serve al giurista come base per l'analisi di quali siano le modalità deontiche (e questa sì che è materia giuridica) che sono all'interno delle quali si devono collocare le misure siano necessarie per realizzare il coordinamento tra gli attori dalla cui azione viene a dipendere il successo o l'insuccesso della tutela ambientale. Siamo di fronte ad una proposta metodologica, che senza negare la necessità di un inquadramento sistematico della nudge

12 Cfr M. Cafagno, I *comportamenti* ..., *cit*. p. 7
13 Cfr, M. Cafagno, I *comportamenti* ..., *cit*. p.8
14 Cfr, M. Cafagno, I *comportamenti* ..., *cit*. p. 11.

regulation estende l'ambito di osservazione proprio del giurista. A condizione però che il giurista non dimentichi che l'azione pubblica è sempre accompagnata da vincoli a tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari e che dunque il giurista si deve sforzare in primo luogo di verificare se l'utilizzo della leva comportamentale, per usare le parole di Cafagno, sia ammissibile e in linea con i suddetti vincoli.

V
Saggi

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Andrea Carbone
Professore associato di diritto amministrativo presso la Sapienza Università di Roma
andrea.carbone@uniroma1.it

Considerazioni generali sulla discrezionalità amministrativa

General considerations on administrative discretion

Sintesi

Il presente saggio propone una ricostruzione della discrezionalità amministrativa in correlazione con la struttura normativa che si ritiene, da parte nostra, essere propria della relativa funzione; questa sarebbe, infatti, strutturata quale modello processuale di accertamento in ordine ad una o più situazioni giuridiche di potere da esercitare. Tale considerazione comporta la rivisitazione della tesi tradizionalmente accolta sulla discrezionalità, per la configurazione di un'impostazione *procedurale* di quest'ultima. In questo senso, si ritiene che, poiché il modello strutturale della funzione è fondato sull'accertamento, la regola di preferenza discrezionale, che sotto il profilo sostanziale è demandata all'Amministrazione, quale partecipazione alla determinazione del valore all'interno dell'ordinamento, sia da considerarsi, sul piano procedurale, già operativa, tale per cui la sua determinazione, *unicamente su questo piano*, atterrebbe alla definizione dell'accertamento in ordine ad una regola di preferenza normativamente già sussistente.
I rapporti tra Amministrazione e giudice sarebbero, di conseguenza, improntati alla corrispondente relazione esistente sul piano procedurale, che ne conforma il carattere, senza tuttavia poter obliterare il piano di rilevanza sostanziale che comunque connota la scelta discrezionale. Ciò comporta una serie di conseguenze. In primo luogo, la scelta amministrativa discrezionale, in ragione di quanto rappresentato in ordine al suo carattere e alla sua rilevanza, se non può essere sostituita dal giudice (piano sostanziale della discrezionalità), può però essere esaurita in giudizio dall'Amministrazione, con mezzi processuali (piano procedurale della discrezionalità). Inoltre, alla generale ricostruzione procedurale appena esposta deve essere riferita anche l'individuazione dell'estensione della discrezionalità (quando vi è, cioè, discrezionalità amministrativa); per cui essa deve essere ricava-

ta dalle diversità strutturali tra i due ordini procedurali, nell'ipotesi della loro idoneità a comportare un'effettiva differenziazione della relativa determinazione, secondo i termini che si andranno a spiegare nel corso della trattazione (§ 7.2). Infine, alla luce delle considerazioni effettuate, è possibile ricavare l'effettivo tenore del principio di separazione dei poteri vigente nel nostro ordinamento.

Abstract

This article proposes a reconstruction of administrative discretion in relation to the normative structure considered to be characteristic of the administrative function, namely that of a procedural model of ascertainment concerning one or more legal powers to be exercised. This approach entails a reconsideration of the traditional account of administrative discretion and the adoption, instead, of a *procedural* conception of it.

On this view, since the structural model of the administrative function is based on ascertainment, the discretionary rule of preference – which, at the substantive level, is entrusted to the Administration as a form of participation in the determination of value within the legal order – must be regarded as already operative at the procedural level. Its specification, *at that level alone*, would therefore concern the ascertainment of a rule of preference that already exists as a matter of law.

The relationship between the Administration and the courts would accordingly be structured by a corresponding relationship at the procedural level. This means, first, that although the discretionary administrative choice cannot be substituted by the court – the substantive dimension of discretion – it may nevertheless be exhausted in judicial proceedings by the Administration itself through procedural means – the procedural dimension of discretion.

Moreover, the identification of the scope of administrative discretion – that is, the determination of when administrative discretion exists – must likewise be understood in the light of the general procedural reconstruction outlined above. Its scope must, in fact, be derived from the structural differences between the two procedural orders, insofar as those differences entail a specific characterisation of the procedural stage in which a given issue is determined by the Administration.

Finally, it is in the light of these considerations that the actual meaning and implications of the principle of separation of powers within the actual legal order must be understood.

PAROLE CHIAVE: diritto amministrativo; discrezionalità; potere amministrativo; funzione amministrativa; procedimento amministrativo.

KEYWORDS: administrative law; administrative discretion; public power; administrative function; administrative procedure.

INDICE: Sommario: 1. Introduzione generale della problematica. – 2. L'evoluzione storica della discrezionalità amministrativa. I termini della questione. – 2.1. Questioni correlate. La nozione di merito e la sua autonomia concettuale. – 2.2. *(segue)* L'attuale declinazione del sindacato giurisdizionale e il suo rilievo in ordine alla delimitazione della discrezionalità amministrativa. – 3. Tentativi di inquadramento dottrinale. – 3.1. *(segue)* In relazione al rapporto tra attività di qualificazione e attività di creazione della norma. – 3.2. *(segue)* In relazione all'individuazione del presupposto dell'attività di creazione della norma. – 4. Considerazioni introduttive per la ricostruzione della discrezionalità amministrativa. – 4.1. Presupposti teorici sulla qualificazione giuridica e l'interpretazione. – 5. Profili ricostruttivi della discrezionalità amministrativa. Considerazioni generali. – 5.1. *(segue)* Effettivo tenore delle considerazioni effettuate in ordine alla ricostruzione della discrezionalità amministrativa. – 6. La natura della discrezionalità quale scelta di definizione di una regola di preferenza teleologica. – 6.1. Il rilievo del modello strutturale di produzione in ordine alla considerazione della discrezionalità sul piano teleologico. La struttura normativa della funzione amministrativa come modello procedurale di accertamento. – 6.2. La relativa connotazione della discrezionalità in senso *procedurale*. Caratteri. – 6.3. *(segue)* Conseguenze di tale impostazione. – 7. L'individuazione degli ambiti di scelta teleologicamente rilevanti in ordine ad una concezione procedurale della discrezionalità. – 7.1. La definizione procedurale del momento soggettivo. – 7.2. *(segue)* Le conseguenze in ordine all'individuazione dell'ambito di discrezionalità teleologicamente orientata. – 8. Rapporto tra giudice e Amministrazione (tra ordine procedurale giurisdizionale e ordine procedurale amministrativo). La discrezionalità davanti al giudice amministrativo. – 8.1. *(segue)* Specificazioni. – 8.2. Negazione di eventuali obiezioni in ordine ad una (presunta) sovrapposizione tra giudice e Amministrazione. Sulla separazione dei poteri.

1. Introduzione generale della problematica

La considerazione del potere, nella sua visione tradizionale, per come riscontrabile nella dogmatica pandettistica, risultava strettamente collegata alla concezione che si aveva del diritto soggettivo. Essa corrispondeva, essenzialmente, alla scissione fra la predeterminazione normativa del diritto nei suoi rapporti esterni, e la sua inerenza alla sfera interna del diritto stesso, come relativo alla volontà del suo esercizio[1].

1 Su tale rappresentazione e sulle considerazioni che seguono, cfr. quanto da noi ampiamente sostenuto in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020, rist. 2025, pp. 4 ss. e 36 ss.; *Potere e situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in A. CARBONE (a cura di), *Potere e diritto amministrativo. Saggi per una ricostruzione del sistema*, Pisa, 2026, p. 15 ss.;

La facoltà di esercizio, collegata alla sua titolarità, era quindi ciò che definiva, al contempo, diritto e potere. Nel diritto pubblico, ciò veniva rappresentato dalla contrapposizione fra diritti(/poteri) dei cittadini, da un lato, e diritti(/poteri) dell'Amministrazione, dall'altro; e dal corrispondente appuntarsi della tutela sulla presenza/esclusione del diritto in capo al privato che la richiedeva.

Tale visione, non serve ricordarlo, sarebbe stata destinata a mutare profondamente con la successiva evoluzione dell'ordinamento. L'impossibilità, nel superamento dello Stato liberale ottocentesco, di fare riferimento ad una norma regolatrice del rapporto già data, ed estranea come tale al soggetto pubblico, che dalla norma stessa dovrebbe vedersi attribuire i relativi diritti, ha portato all'accoglimento di una prospettiva della rilevanza giuridica improntata in una chiave maggiormente dinamica.

In tale ottica, il rapporto giuridico non si è identificato più con la considerazione che dà la legge dei limiti di un diritto sull'altro, per il resto lasciando il loro esercizio al libero movimento delle sfere soggettive; il rapporto giuridico viene invece a corrispondere alla giuridica rilevanza che viene attribuita alla modalità dell'esercizio delle corrispondenti situazioni giuridiche, nella sua positiva considerazione. A sua volta il potere, non più ascritto alla generale espressione della volontà, viene a fornire una sistemazione compiuta rispetto a quello che, nella realtà attuale, ne viene considerato il tratto fondamentale, cioè la specifica incisione effettuale su una situazione giuridica nel senso della sua costituzione, modificazione o estinzione.

Sotto il profilo logico, lo svolgimento in tale direzione della rilevanza giuridica è idoneo a comportare il compiuto superamento della correlazione fra potere e facoltà del suo esercizio. Il potere, in questo senso, è quella situazione giuridica, che comporta la produzione di una situazione effettuale, la cui modalità deontica può essere, a seconda della prescrizione normativa che lo considera, una facoltà o un obbligo, quest'ultimo potenzialmente idoneo a corrispondere ad una pretesa altrui. Vi è una dissociazione, quindi, fra profilo contenutistico del potere, che lo caratterizza come tipologia di situazione giuridica, e la modalità

Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa, in *Federalismi*, 2024, 17, p. 25 ss.; ivi i relativi riferimenti. Si veda poi, su tutti, G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 12 ss.

deontica del suo esercizio[2].

La correlazione tra questi elementi, deontico e contenutistico, è idonea a definire, nell'evoluzione riscontratasi, la considerazione e la consistenza del potere quale situazione giuridica soggettiva. Proprio per tale motivo, essa è incorsa in una serie di problematiche.

In primo luogo, va considerato che, storicamente, la dissociazione indicata tra profilo deontico e profilo contenutistico, se ha trovato un indubbio riscontro in via generale, si è tuttavia verificata in maniera soltanto progressiva e tendenziale, cosicché non sempre è stata portata alle sue compiute conseguenze. Prova ne sono quegli indirizzi, dottrinali e giurisprudenziali, che ancora collegano la presenza di un potere amministrativo (e, corrispondentemente, l'assenza di un diritto soggettivo del privato) alla mancanza di un obbligo puntuale nella produzione dell'effetto precettivo riferibile al potere in questione.

Inoltre, quale profilo da quest'ultimo distinto ma ad esso collegato, è sorto il problema di valutare in che modo il piano deontico del potere si verrebbe in concreto a caratterizzare. Rispetto all'alternativa fra facoltà e obbligo (quest'ultimo, positivo o negativo), propria della teoria generale, particolari incertezze si riscontrano, infatti, nella valutazione di situazioni giuridiche in sé composite, particolarmente rilevante per quanto concerne il diritto pubblico.

La questione, che a tal proposito si pone, è così quella della effettiva consistenza della modalità deontica del potere in genere, e del potere pubblico particolare, che in sé sottende la qualificazione del potere stesso come situazione giuridica soggettiva. Rapportata alla specificità del diritto amministrativo, il suo oggetto concerne l'analisi, e la corrispondente rappresentazione, della considerazione, rilievo ed estensione, della sfera deontica di azione dell'Amministrazione, e del suo ruolo all'interno della considerazione del potere amministrativo.

Tale profilo rappresenta l'oggetto del presente scritto. La nostra trattazione sarà, cioè, volta ad esaminare il rilievo attribuito, nell'ambito di una più generale ricostruzione da noi in più occasioni rappresentata del potere nel diritto amministrativo[3], a ciò che viene definito con il termine di *discrezionalità ammini-*

2 Cfr. ancora *opp. locc. ult. citt.*

3 Si veda quanto da noi rappresentato in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, cit.; II-1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo*

strativa, nel suo ruolo all'interno della considerazione della situazione giuridica di potere della P.A.

2. L'evoluzione storica della discrezionalità amministrativa. I termini della questione

La tradizionale considerazione del potere, tale per cui, come si è ricordato, la sua consistenza corrispondeva alla facoltà di fruizione della relativa situazione giuridica, inquadrava, sul piano dogmatico, la visione che, nell'ambito del diritto pubblico, aveva assunto l'attività dell'Amministrazione con la sistematizzazione dello Stato liberale ottocentesco.

Nel corso di quest'ultima, infatti, si era consumato il passaggio da una visione dell'attività amministrativa prettamente attuativa ed esecutiva della volontà legislativa, tale da porsi in maniera in qualche modo similare all'interpretazione giurisdizionale, alla sua considerazione quale sfera di azione libera, nell'ambito della legge, dell'Amministrazione, in sé rivolta alla soddisfazione del bene pubblico, le cui esigenze andavano nel frattempo aumentando[4].

---

amministrativo, Torino, 2022; II-2, *Le situazioni prettamente procedurali*, Torino, 2023; ora tutti nell'edizione *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I-II, rist. 2025, che contiene anche le *Considerazioni conclusive*, precedentemente inedite. Si veda anche, per una sintesi, il saggio *Potere e situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, *loc. ult. cit.*

4 In proposito, si deve partire dalla considerazione per cui l'Amministrazione, quale concepita nello Stato liberale di primo Ottocento, si reputava esprimere la sovranità dello Stato nell'esecuzione e attuazione della legge; in particolare, la tipologia di attività dell'Amministrazione si raccordava alla formazione del sistema di diritto amministrativo nell'Europa continentale, derivante, come noto, da una separazione tra forme procedurali di amministrazione e forme procedurali di giurisdizione. In questo quadro, all'attività amministrativa era, in effetti, comunque in qualche modo sotteso il parallelo con l'attività interpretativa dei giudici. Tuttavia, se da un lato quindi la prospettiva di riferimento conteneva comunque in sé la rappresentazione dell'azione amministrativa come rito procedurale (cfr. G. Manna, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1876, p. 336 ss.; L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909, p. 597 ss.), dall'altro, proprio la separazione ricordata, fondata sulle differenti esigenze delle due tipologie di attività (si veda quanto all'epoca affermato da G.D. Romagnosi, *Principj fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1839, pp. 16 ss.), comportò, nella nostra esperienza, la svalutazione dello stesso rito amministrativo, inserendo l'attività amministrativa progressivamente in un'ottica maggiormente sostanzialistica. In tale scenario, la concezione ottocentesca della divisione dei poteri, e, con essa, la tendenziale inconoscibilità e insindacabilità da parte dell'autorità giudiziaria dell'azione amministrativa espressione di sovranità, portò allora a concepire, in capo all'Amministrazione, una sfera di

L'inquadramento, nel senso rappresentato, del potere amministrativo, qualificava così in maniera corrispondente, nelle logiche della dogmatica pandettistica, ciò che venne descritto – in un primo momento in via generica, poi in senso progressivamente più tecnico – come *discrezionalità* in ordine al suo esercizio. Nella prospettiva indicata, infatti, la concezione della discrezionalità amministrativa poteva essere collegata a quella che si aveva del diritto e del potere, tale per cui essa individuava la sfera di libertà dell'Amministrazione, per come limitata essenzialmente in negativo dalla legge, e rispetto alla quale il riferimento all'interesse pubblico si presentava del tutto generico[5].

---

libertà, strumentale alla soddisfazione dei bisogni e degli interessi propri dei suoi fini; la quale, nel contesto dello Stato liberale, si venne essenzialmente a determinare per sottrazione rispetto ad una sua altrimenti illimitata estensione, vedendo il suo limite nel rapporto con i diritti riconosciuti dalla legge ai singoli. In questo contesto, in cui in particolare si mossero i giuristi preorlandiani, la concezione della discrezionalità si inizia dunque a definire – per ragioni essenzialmente processuali, di sottrazione della cognizione all'autorità giudiziaria, e di riconoscimento nel caso opposto – nell'ambito proprio della considerazione del potere, e del rapporto con i diritti dei singoli.

L'assunzione, nei termini descritti, del potere amministrativo quale sfera di libertà dell'Amministrazione, e la sua commistione in questo senso con la relativa modalità deontica della discrezionalità, si pose in termini fondanti nel successivo sviluppo della nostra scienza amministrativa, nel momento di valorizzazione del ruolo dell'Amministrazione in una concezione giuridica di unità dello Stato: si vedano in particolare O. Ranelletti, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, Macerata, 1899, ora in *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1992, p. 206 ss.; Santi Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, p. 1 ss. Dalla descritta concezione della discrezionalità, e di quella corrispondente del potere, si porranno così le basi per la sua successiva evoluzione, conformemente a quella che stava intervenendo in seno allo stesso Stato liberale (inclusa, in particolare, l'istituzione della giustizia amministrativa); lasciando intatte, peraltro, tutte le problematiche connesse al suo rapporto con la definizione del potere, e alla sua relazione con la procedura e l'interpretazione, che continueranno, per varia via, a ricevere riscontro, come si vedrà nel corso della trattazione.

Sul punto, per approfondimenti e per i relativi riferimenti, cfr. G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989, p. 1 ss., spec. p. 240 ss.; L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2006, *passim*, spec. pp. 36 ss., 225 ss. e 305 ss.; G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., p. 12 ss.; S. Perongini, *Le nuove categorie dogmatiche della discrezionalità comparativa. Das intendierte Ermessen, das null Ermessen e la maturazione del potere amministrativo discrezionale*, Torino, 2025, p. 51 ss.; A. Moliterni, *La discrezionalità dell'amministrazione*, Torino, 2025, p. 9 ss.; nonché quanto da noi espresso in *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, cit., p. 25 ss.; *Potere*, I, cit., p. 4 ss., nel testo e in nota.

La compiuta affermazione di tale paradigma, avvenuta nel solco della relativa considerazione dell'unità giuridica dello Stato, coincideva, tuttavia, con il presupposto per il suo superamento, per come andava trovando affermazione negli ultimi decenni del XIX secolo. Nel momento in cui, infatti, si riduce ad unità lo Stato, viene meno la possibilità di soggettivizzazione della figura dello Stato propria degli schemi dello statualismo monoclasse borghese, ed entra conseguentemente in crisi, come già prima ricordato, il generale riferimento alla giuridicità quale espressione di una norma regolante un rapporto giuridico bilaterale, per la stessa impossibilità di concepire lo Stato come estraneo alla produzione del diritto al quale è soggetto[6].

---

5 Per questa concezione, su tutti, O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, pp. 268 ss. e 360 ss., nei termini descritti alla nota precedente, e secondo quanto si rappresenterà subito di seguito, nel testo e in nota.

6 In proposito, può partirsi dal ricordare come la figura dello Stato persona, se da un lato rappresentò un punto fondamentale per la creazione dello Stato di diritto, rendendo impersonale lo Stato, e riducendo il Monarca a suo organo, dall'altro fu funzionale all'elaborazione di un'unitaria e compatta visione dell'entità statale, quale propria dell'epoca. L'unitarietà giuridica dello Stato era, cioè, sotto tale profilo, funzionale alla difesa rispetto alle istanze di disgregazione che allo stesso potevano contrapporsi; al contempo, ne esibiva una configurazione, di stampo originariamente organicistica, che, nella sua struttura, si presentava idonea a conformarsi ai dettami dogmatici della pandettistica, e a spiegarne conformemente la giuridicità, secondo i paradigmi propri della corrispondente definizione del tempo. Il dogma del soggetto, in uno con quello dell'atto, su cui, per tale via, si incentrava la dialettica tra Stato e cittadini, forniva così una contrapposizione tra interesse pubblico e interesse privato la cui risoluzione veniva effettuata dal ruolo fondante della legge, quale appunto scioglitrice del conflitto, nell'attribuzione dei relativi diritti alla P.A. o ai privati.

Il punto di crisi, è noto, sorge dalla circostanza per cui, ridotto ad unità lo Stato, ne vengono meno i presupposti su cui era avvenuta la soggettivizzazione della figura dello Stato stesso come persona, propri degli schemi dello statualismo monoclasse borghese. Essi, infatti, erano stati determinati dalla contrapposizione dialettica tra lo Stato, da un lato, e il Parlamento, quale rappresentanza della società civile, dall'altro; ma nella considerazione istituzionale che ricompone la giuridicità nell'unità, tutt'al contrario, il secondo viene inglobato nel primo, costituendone espressione. Si registrò, così, una crisi dell'equilibrio giuridico fondato sul rapporto tra poteri(/diritti) dello Stato e (poteri/)diritti dei cittadini, regolato dalla norma, in ragione dell'impossibilità di concepire lo Stato come estraneo alla produzione del diritto al quale è soggetto.

Sul punto, può rimandarsi, fra gli altri, a P. Costa, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, 1986, p. 9 ss.; M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, p. 3 ss.; Id., *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, pp. 708 ss.; Id., *Costituzione, amministrazione e*

In questo quadro, il tentativo di mantenersi ancorati alla precedente visione giuridica, avvenuto, essenzialmente, fondando la bilateralità della norma sull'autolimitazione dello Stato[7], fu ciò che consentì, in un primo momento, alla nostra Scuola di diritto pubblico di perpetuare il modello statuale liberale[8], e per tale via affermare, e consolidare, la definizione della discrezionalità amministrativa quale sfera di libertà limitata dalla legge[9]. Ma, risultando, l'ordine giuridico, e il relativo substrato storico-sociale, che si andavano affermando in quel periodo, inidonei ad essere contenuti adeguatamente nella relativa concettualizzazione, la

---

trasformazioni dello Stato, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari-Roma, 1990, pp. 3 ss.; G. Berti, *La parabola della persona dello Stato (e dei suoi organi)*, in *Quad. fiorentini*, 1982-1983, ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2018, pp. 17 ss.; Id., *Il "rapporto amministrativo" nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Milano, 1977, p. 41 ss.; A. Massera, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato ed organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986, pp. 10 ss. e 193 ss.; S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, pp. 9 ss.; Id., *Fortuna e decadenza della nozione di Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 1988, pp. 91 ss.; Id., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, pp. 110 ss.; G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, pp. 32 ss. e 62 ss.; F.G. Scoca, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998, pp. 443 ss.; G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., p. 12 ss.; Id., *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, pp. 513 ss.; nonché a quanto da noi rappresentato in *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, *loc. ult. cit.*; *Potere*, I, *loc. ult. cit.*; in tali opere i relativi riferimenti alla giuspubblicistica tedesca, tra cui in particolare Gerber, Laband, G. Jellinek, e italiana, dell'epoca.

7 In questo quadro, la soluzione, di carattere generale, che fu autorevolmente perseguita, senza disattendere la personalità unitaria statuale e la norma come regolativa del rapporto bilaterale, è stata infatti quella, come noto, di ipotizzare un'autolimitazione dello Stato, attraverso la considerazione di un'obbligazione di quest'ultimo contratta con sé stesso: è questa, non serve ricordarlo, la soluzione approntata da G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912 (seconda ediz. orig. 1905), p. 10 ss.; Id., *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921 (seconda ediz. orig. 1905), p. 302 ss., spec. pp. 346 ss. e 373 ss., che scaturisce dalla distinzione tra dottrina sociale dello Stato e dottrina giuridica dello Stato.

8 La concezione di G. Jellinek, quantomeno nei suoi termini generali, fu infatti essenzialmente accolta da parte della dottrina italiana del tempo: cfr. V.E. Orlando, *Prefazione*, in G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., pp. IX ss.; Id., *Note alla trad. it.*, *La personalità giuridica dello Stato*, in G. Jellinek, *La dottrina generale dello Stato*, cit., pp. 680 ss.; Id., *Introduzione al diritto amministrativo*, in Id. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1897, pp. 32 ss.; nonché, nella considerazione del rapporto unisoggettivo, Santi Romano, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, 1898, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, pp. 24 ss., sia pure successivamente risolvendo la propria elaborazione in termini istituzionistici. Sul punto si rinvia, ancora, a *Considerazioni generali*

ricerca dovette, in breve, rivolgersi verso altre ricostruzioni.

È, quindi, risultato necessario fornire una nuova base giuridica per la discrezionalità amministrativa, la quale, in sé, nient'altro rappresentava che il riflesso della, parimenti necessaria, riconsiderazione della categoria del giuridico in ordine al potere nel diritto pubblico, e, per suo tramite, allo stesso ordinamento.

In via consequenziale, e per le medesime ragioni, doveva essere parimenti delimitato, in maniera specifica, il contenuto della potestà discrezionale, correlativamente al fondamento giuridico a cui essa veniva ancorata, non potendo questo più risiedere nell'intangibilità di due sfere soggettive preregolate in via legislativa.

Tutto ciò avrebbe portato, non serve ricordarlo, ad una evoluzione, e ridefinizione, del concetto in esame, nei noti termini che si andranno poi ad affermare a partire dai primi decenni del secolo successivo.

I) In tale contesto, l'esigenza di un rinnovato fondamento per la giuridicità dell'ordinamento si manifestò attraverso l'emersione di due profili, che assunsero un ruolo centrale nella partecipazione alle trasformazioni in corso.

In primo luogo, l'istituzione della giustizia amministrativa fornì il presupposto da cui partire per una nuova considerazione del rapporto con il potere, non più ancorato a sfere soggettive non comunicanti, ma posto invece in relazione alla posizione del soggetto rispetto alla modalità deontica dei modi dell'esercizio del potere stesso. Di fatto, ciò che trovò espressione fu una riconsiderazione del principio di legalità rispetto all'azione della pubblica Amministrazione.

In questo senso, con riferimento ai fini che qui interessano, fu in particolare notato che la giurisprudenza amministrativa, a partire dai primi accenni in proposito[10], e poi con più profondo sviluppo negli anni successivi, non considerava la legittimità dell'azione quale limitata al rispetto della legalità formale e ad un generico riferimento all'agire nell'interesse pubblico; al contrario, essa richie-

---

sull'organizzazione, *loc. ult. cit.*

9 Cfr. *supra*, nn. 4 ss.

10 Si veda la nota decisione Cons. St., sez. IV, n. 3 del 7 gennaio 1892, annotata da A. Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1892, ora in *Foro amm.*, 1989, p. 2927 ss., ove il Consiglio di Stato, sulla falsariga dell'esperienza francese, e della sua stessa di precedente giudice del contenzioso, reputò che il sindacato di eccesso potesse rivolgersi all'illogicità, irrazionalità e contrarietà allo spirito della legge del provvedimento impugnato.

deva il doveroso e positivo perseguimento del determinato interesse esplicitamente o implicitamente contemplato dalla legge, nei modi ad esso confacenti[11]. Forte della sua (allora) vicinanza all'Amministrazione – e sia pure nei limiti e con le discrasie che il suo assetto originario portava con sé – la giustizia amministrativa consentì di rivalutare, nel senso descritto, il paradigma di giuridicità del potere – in generale e, per quanto qui interessa – con riferimento al concetto di potere discrezionale, che, in forza di ciò, avrebbe assunto il carattere proprio che l'avrebbe poi connotato nel corso del periodo successivo.

In secondo luogo, la necessità di una definizione in positivo della discrezionalità amministrativa, che in tale contesto, in termini più stringenti, veniva ad emersione, pose a sua volta la questione dell'effettiva delimitazione del suo contenuto.

A tal proposito, la dottrina aveva in effetti già iniziato a distinguere, nell'ambito della sfera dell'agire amministrativo, tra i casi caratterizzati dall'assenza della norma regolatrice, e quelli in cui la norma sussiste ancorché imprecisa nel suo contenuto, ove gli eventuali limiti alla tutela sarebbero stati dettati da circostanze del tutto contingenti, determinati, cioè, da un concetto non preciso, sotto un profilo qualitativo o quantitativo, nel riferimento fattuale al correlato referente normativo[12]. Mentre i primi, si disse, sarebbero stati rappresentativi di effettiva discrezionalità dell'Amministrazione, per quanto concerneva i secondi si sarebbe trattato di una discrezionalità riferibile unicamente all'accertamento di un fatto tecnicamente complesso, come tale in sé attinente all'ordinaria valutazione giudiziale. Al contempo, tuttavia, in ordine ad essi, si escludeva comunque la possibilità di procedere ad una rivalutazione da parte del giudice, seppur per motivi non

11 Si veda G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, p. 203 ss., il quale, appunto facendo riferimento alla giurisprudenza sull'eccesso di potere, rileva che l'Amministrazione, nell'uso dei poteri discrezionali, deve agire non soltanto nell'interesse pubblico, "ma anche per un *determinato* interesse pubblico, cioè per quell'interesse pubblico che è presupposto dalla legge, dalla quale il potere discrezionale discende nel caso specifico" (p. 210, corsivo testuale).

12 Distinzione che, invece, non trovava riscontro nella considerazione generale della discrezionalità quale libertà nell'esplicazione del potere, nei termini precedentemente riferiti: cfr. O. Ranelletti, *Principii*, cit., p. 368 ss., nel testo e in nota, che considera comunque come, quando la discrezionalità è fondata su apprezzamenti tecnico-amministrativi, non per questo debba distinguersi tale figura da quella generale della discrezionalità.

sostanziali, ma inerenti ai limiti del sindacato di legittimità del giudice amministrativo, come allora considerato[13].

Tale ambiguo trattamento, da un lato di distinzione, dall'altro di equiparazione, che caratterizzava la c.d. *discrezionalità tecnica*, costituirà il termine di raffronto rispetto al quale sarebbe stato possibile considerare le successive impostazioni sulla discrezionalità amministrativa, in ordine al contenuto e alla tenuta della loro base concettuale.

Nella maniera indicata, dunque, gli elementi appena rappresentati hanno costituito, in generale, i poli di confronto su cui si svilupperà, nella loro diversa considerazione e interpretazione, il dibattito successivamente intervenuto in ordine al potere discrezionale dell'Amministrazione.

II) Nello scenario rappresentato, l'evoluzione della considerazione dell'agire discrezionale dell'Amministrazione risultava dunque idonea a connotare, così come nella sua precedente visione, la stessa concezione del potere a cui si aderiva,

---

13 In questo senso F. Cammeo, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, nota a Cons. St., sez. IV, 13 giugno 1902, in *Giur. it.*, 1902, III, c. 275 ss.; Id., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d. ma 1911, pp. 133-134; Id., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (rist. 1914, a cura di G. Miele), p. 193 ss., che configura una discrezionalità soltanto tecnica nei casi in cui una norma giuridica esiste, ma i relativi fatti presupposti da accertare non siano semplici, bensì complessi, cioè valutabili secondo più lati criteri tecnico amministrativi. In particolare, in tale illustre A., mentre, rispetto alle prime due opere citate, si riscontra una negazione di limiti al sindacato del giudice amministrativo in ordine a tale evenienza, nel *Corso*, pur riaffermandosi la differenza con la discrezionalità pura, si separa l'attività vincolata dai casi in cui la norma è imprecisa e i fatti vanno apprezzati con particolari criteri, casi appunto di discrezionalità tecnica, ove le conseguenze in ordine alla tutela sarebbero uguali a quelli ravvisabili per la discrezionalità pura, per ragioni essenzialmente di opportunità nell'esercizio del sindacato giudiziale (sul punto, cfr. V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 489 ss., n. 92).

Si veda anche E. Presutti, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, c. 10 ss.; Id., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, p. 48 ss., il quale distingueva, all'interno dell'accertamento dei fatti dai quali una norma giuridica fa scaturire determinati effetti, quelli la cui natura ne rende possibile accertare solo la sussistenza/insussistenza, da quelli in cui attributi, qualità, caratteri possono sussistere in grado maggiore o minore, sancendone comunque la non riconducibilità alla discrezionalità pura; anche in questa ultima ipotesi, tuttavia, si riteneva comunque non sostituibile da parte del giudice la scelta tecnica discrezionale dell'Amministrazione, non in ragione della mancanza della norma, ma dei limiti del sindacato di legittimità.

e la sua definizione come situazione giuridica, nel rapporto con quelle dei cittadini. Essa, a sua volta, presupponeva una specifica visione ordinamentale, nella quale trovava riscontro l'intero assetto strutturale della pubblica Amministrazione. Era necessario, allora, fornire una ridefinizione, confacente all'evoluzione intervenuta, della discrezionalità amministrativa, nelle sue fondamenta e nel suo legame con il soggetto pubblico.

La ridefinizione della legalità dell'azione amministrativa, di cui si è detto, portava infatti ad un abbandono della logica, non più conferente con la visione ordinamentale, del potere come sfera di autonomia a sé stante, presupponendo una pervasione del diritto nell'indirizzo e nella regolamentazione dell'attività della P.A.[14]. In tale contesto, le tesi di maggiore rilievo, che, nel nostro ordinamento[15], si espressero in ordine al fondamento e alla consistenza della discrezionalità

14 G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., pp. 217-218.

15 È noto come nell'esperienza germanica le analoghe problematiche presentatesi sul punto abbiano trovato un'esplicazione che si è posta in termini in sé non del tutto coincidenti, ma comunque comparabili, rispetto a quanto avvenuto nel nostro ordinamento. Non a caso, la generale ricostruzione che si è avuta in quella letteratura è stata tenuta in ampia considerazione dalla nostra dottrina, sia da parte di quella intervenuta sino al secondo dopoguerra, sia, pur in termini differenti, da quella a tale periodo successiva.

In questo senso, può ricordarsi come il relativo dibattito si sia ivi sviluppato nel rapporto tra concetti vaghi/indeterminati e presenza di discrezionalità, in sé e con riferimento alla scomposizione della norma di legge nella fattispecie normativa (*Tatbestand*) e nelle conseguenze giuridiche (*Rechtsfolge*). In tale scenario, importante rilievo ha rivestito la prospettiva espressa da E. Bernatzik, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien*, Wien, 1886, secondo cui la possibilità di ravvisare una sfera di discrezionalità in sé libera (*freies Ermessen*), quale applicazione di regole non giuridiche ma logiche, sarebbe stata da individuare nelle premesse di fatto della decisione, con la conseguenza che i concetti legislativi indeterminati (*unbestimmte gesetzliche Begriffe*) si sarebbero risolti in concetti di discrezionalità (*Ermessensbegriffe*), ai quali il giudice non avrebbe potuto avere accesso. Tale ricostruzione fu contestata soprattutto da F. Tezner, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Leipzig-Wien, 1924, il quale sostenne, in un'ottica di piena sottoposizione alla legge dell'Amministrazione, che i presupposti di fatto contenenti concetti legislativi indeterminati sarebbero stati, in via di principio, sempre determinabili (si introduce così la nozione di *Rechtsbegriff* al posto di quella di *Ermessensbegriff*), mentre la discrezionalità, in questo senso libera, avrebbe dovuto risiedere nella definizione, sulla base di quei presupposti di fatto, delle conseguenze giuridiche non determinate dalla norma. La distinzione che si ritrova nella fortunata trattazione di W. Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, fu invece diversa, nel senso che, rispetto a concetti indeterminati in generale contenuti nella fattispecie normativa, riferì agli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, sempre determinabili nell'ambito dell'unica soluzione corretta, le ipotesi di mera indeterminatezza linguistica, individuando al contrario, nell'ambiguità della legge

del potere amministrativo, furono essenzialmente le seguenti, ben note.

Secondo una prima impostazione, che poi è risultata quella affermatasi come prevalente, la discrezionalità sarebbe una sfera di agire libero limitato positivamente, il cui esercizio corrisponderebbe ad un giudizio riconducibile ad una valutazione di stampo politico, consistente in una ponderazione comparativa degli interessi in gioco, pubblici e privati, rispetto ad un interesse pubblico essenziale/primario attribuito dalla norma. Tale giudizio sarebbe appunto un giudizio di volontà, differente rispetto al giudizio qualificatorio, per come relativo a fatti anche complessi (con la conseguente esclusione dall'ambito della discrezionalità

---

voluta dal legislatore, le *Ermessensermächtigungen*, comportanti attribuzioni di potere discrezionale. Su un differente piano si pose poi R. von Laun, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig-Wien, 1910, il quale, sull'esempio dell'esperienza giurisprudenziale francese e italiana, considerò che la stessa discrezionalità soggiacerebbe anche a limiti giuridici extralegislativi, introducendo così il concetto di discrezionalità vincolata (*gebundenes Ermessen*), in contrapposizione con quello tradizionale di *freies Ermessen*. Fu però l'impostazione di H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, in *Opere*, II, Catanzaro, 2022 (op. orig. 1911), p. 501 ss., spec. p. 512 ss.; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000 (op. orig. 1934), p. 120 ss.; Id., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966 (op. orig. 1960), p. 293 ss., che, risolvendo l'ordinamento giuridico nel processo gradualistico di concretizzazione normativa, negò del tutto cittadinanza al concetto di discrezionalità libera: in disparte il problema della sua insindacabilità, la discrezionalità, si è infatti affermato, ponendosi nel processo di concretizzazione della norma, non sarebbe estranea (non potrebbe essere estranea) alla giuridicità che è propria dell'ordinamento (sul punto, cfr. *infra*).

Rispetto al quadro delineato, la posizione tradizionale si è posta, ad ogni modo, nel senso di rapportare la presenza di concetti vaghi nella fattispecie agli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, reputati interamente riconducibili alla determinazione normativa; mentre a fronte dell'indeterminatezza delle conseguenze giuridiche sarebbero ravvisabili *Ermessensermächtigungen*, rispetto alle quali il margine di scelta sarebbe esterno alla norma, come riconoscimento dell'autonomia della P.A. Tale rigida corrispondenza è stata, peraltro, in gran parte rivisitata dalla dottrina successiva, che ha sottolineato, in varie e differenti ricostruzioni, come spazi di scelta riservati all'Amministrazione possano rinvenirsi anche nell'ambito della fattispecie astratta, e che, per un certo verso, essi non necessariamente sussistano in tutti i casi in cui vi sia indeterminatezza nelle conseguenze giuridiche.

Per una più approfondita ricostruzione, e per i relativi riferimenti, si vedano in particolare S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, pp. 70 ss. e 199 ss.; D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, p. 11 ss.; M. Clarich, in M. Clarich, M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, p. 18 ss.

della c.d. discrezionalità tecnica)[16].

Tale concezione si è posta in una visione del potere di matrice dualista, che tradisce un certo legame di continuità con l'istituzionismo[17], pur se in termini sfumati[18]. In particolare, essa risulta in stretta correlazione con la considerazione, da parte della medesima dottrina, della 'figura soggettiva' quale produttore giuridico: le figure soggettive costituiscono infatti, all'interno di tale visione, espressione dell'interesse incorporato nella relativa norma organizzativa, quali norme di identificazione di interessi come pubblici, e verrebbero individuate dall'ordi-

16 Tale concezione della discrezionalità si è sviluppata, non serve ricordarlo, a partire dal pensiero di M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, *passim*, spec. p. 51 ss.; Id., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 97 ss.; Id., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 477 ss.; cfr. anche Id., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 207 ss.

17 La ricostruzione teorica, lo si ricorda solo per completezza, di Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, spec. pp. 219-221. In particolare, può sottolinearsi come, in tale impostazione, il fondamento della giuridicità venga recuperato rispetto alla crisi del modello classico liberale in quanto, spostandosi il fondamento della produzione giuridica nello Stato-ordinamento, si può raffigurare lo Stato persona come destinatario della norma e quindi come parte di un rapporto giuridico: è questo passaggio teorico, che apre, infatti, il versante interno dello Stato-persona ad un processo di progressiva giuridicizzazione, divenendo possibile, rispetto alla norma bilatera che emana dallo Stato-ordinamento, pensare la persona dello Stato quale parte di rapporti che fino allora erano rimasti confinati nella sfera fattuale interna senza poter attingere ad una dimensione del giuridicamente qualificabile (cfr. sul punto G. Di Gaspare, *Organizzazione amministrativa*, cit., p. 516).

18 In particolare, la tesi in esame si è posta all'interno di quell'indirizzo che, pur in continuità con l'ottica della giuridicità propria dell'istituzionismo, vi si è rapportato in maniera tendenzialmente più sfumata rispetto alla sua originaria elaborazione, ed anzi finendo per prescindere, proprio nella estrinsecazione di M.S. Giannini, dal riferimento ad un ordinamento particolare, non ritenendosi che la P.A. potesse essere (più) considerata un ordinamento giuridico.

In via generale, può dirsi, infatti, che la dottrina successiva, che si è posta nella medesima ottica di Santi Romano, ha dimostrato un approccio tendenzialmente sempre più sfumato rispetto all'originaria concezione dell'ottica istituzionistica, e come tale è venuta a caratterizzare la definizione della considerazione giuridica dell'organizzazione amministrativa: in proposito, si vedano in particolare E. Silvestri, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950, pp. 1 ss. e 39 ss.; V. Ottaviano, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, p. 91 ss.; F. Bassi, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milano, 1963, p. 207 ss.; N. Saitta, *Premesse per uno studio delle norme di organizzazione*, Milano, 1965, pp. 69 ss.; M.S. Giannini, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 337 ss.; Id., *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1965, p. 103 ss.; Id., *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 91 ss. In tale prospettiva, da parte dell'illustre Maestro da ultimo citato (*Corso*, cit., p. 180 ss.; *Diritto*

namento generale quali entità, anche prive di personalità giuridica, la cui azione faccia derivare la produzione di effetti giuridici[19]; attraverso di esse, può così emergere il momento di politicità della scelta, altro rispetto alla norma, che per tale via fa appunto assumere al potere una connotazione dualista.

L'impostazione appena descritta in ordine alla discrezionalità amministrativa realizzava dunque, nella maniera indicata, una sintesi fra una concezione normativa del potere, per come positivamente regolamentato, e una sfera di autonomia amministrativa, evitando, per tale via, che quest'ultima fagocitasse la prima, com'era nella visione precedente[20].

A tale tesi, se ne contrappose originariamente un'altra, differente, secondo cui, invece, la definizione della scelta discrezionale non sarebbe stata attinente ad un momento extra-giuridico[21].

---

amministrativo, I, cit., p. 161 ss.), si è messo in luce come l'Amministrazione non poteva più (quantomeno della seconda metà del secolo scorso, giacché tale processo non era ancora considerato compiuto nelle *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 138 ss.) essere qualificata come ordinamento autonomo, in quanto l'ampliamento della normativa generale relativa all'organizzazione amministrativa aveva portato all'erosione degli spazi di autonomia dell'ordinamento amministrativo, fino a ricondurlo a quello generale.

19 M.S. Giannini, *Corso*, II, cit., pp. 116 ss. e 133 ss.; Id., *Diritto amministrativo*, I, cit., pp. 103 ss. e 115 ss. In tale prospettiva, può dirsi che la figura soggettiva rappresenta l'emersione, sul piano dell'ordinamento generale, di ciò che precedentemente sarebbe stato rappresentato dall'ordinamento amministrativo, per il progressivo dissolversi della autonoma realtà istituzionale di quest'ultimo in quella dell'ordinamento generale. La produzione avviene quindi, in questo senso, nell'ottica soggettiva propria di una concezione dualista del potere.

20 Sotto tale profilo, la tesi di M.S. Giannini veniva così a costituire una sintesi tra la concezione normativistica di Zanobini e la dottrina dello Stato amministrativo di Santi Romano: in questo senso M. Pastorelli, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 2012, pp. 151-152. Situandosi in via generale nel solco tracciato dalla prima, vi inseriva il momento dualista proprio della seconda, nei termini, peraltro, più sfumati, in cui l'impostazione istituzionistica veniva ad essere recepita (cfr. subito sopra, in nota).

21 È la tesi di C. Mortati, *Note sul potere discrezionale*, Roma, 1936, ora in *Scritti*, III, Milano, 1972, p. 997 ss.; Id., *Potere discrezionale*, in *Nov. Dig. it.*, X, Torino, 1939, p. 76 ss.; Id., *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 1098 ss.; cfr. già Id., *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, ora in *Scritti*, II, cit., p. 471 ss., spec. p. 518 ss.

In maniera sostanzialmente conforme a tale teorizzazione, ma precisandosi che è l'organo stesso a determinare la norma da applicare, sulla base delle direttive che si traggono dall'ordinamento, V. Ottaviano, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. dir. comp. e studi legisl.*, Roma, 1947, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 267 ss., spec. p. 282 ss.; Id., *Merito (dir. amm.)*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 575 ss.

In particolare, la tesi in esame si situa in una precisa visione della realtà giuridica, la quale fa derivare la giuridicità del potere intrinsecamente dalla costituzione in senso materiale, quale ricomprensiva dei fini e quindi dei limiti riconducibili al rapporto di forze affermatesi, tale per cui la dimensione normativa del potere risulta permeata della stessa politicità che caratterizza la costituzione materiale[22]. In questo senso, vi è una visione monista del potere, ove gli spazi di discrezionalità non evocano un elemento politico esterno alla realtà giuridica: corrispondentemente, si ritiene che con l'attribuzione di una sfera di autonomia, l'esercizio del relativo potere, nel comportare l'osservanza del requisito di una giusta causa, non può che esprimersi in conformità con il rinvio a norme extralegali, la cui estensione e grado di efficacia è data in via generale, dalla costituzione intesa in senso materiale[23].

---

22 Il riferimento è all'impostazione dello stesso C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998 (rist. 1940), spec. p. 53 ss., secondo cui la giuridicità deriva dal fatto normativo della costituzione in senso materiale, quale insieme di forze, di rapporti e di situazioni che scaturiscono dal conflitto di interessi che porta all'affermazione del gruppo di potere e alla posizione di questo come Stato. In questo senso, la costituzione in senso materiale non è un antecedente sociale logicamente precedente all'instaurazione dello Stato, ma è essa stessa norma che si pone quale porsi dello Stato, ricomprensiva dei fini e quindi dei limiti riconducibili al rapporto di forze affermatesi: si supera così il problema del rapporto tra realtà giuridica e realtà sociale, che in Jellinek aveva portato all'elaborazione del concetto di autolimitazione, assumendo che il limite del potere è insito nel suo stesso fondamento. Se, infatti, la giuridicità del potere deriva intrinsecamente dalla costituzione in senso materiale, ne consegue che la sua dimensione normativa è permeata della stessa politicità che caratterizza quest'ultima. Vi è quindi una visione monista del potere, ove gli spazi non coperti dalla norma legislativa non evocano un elemento politico esterno alla realtà giuridica; in relazione ad essa si viene a caratterizzare la dinamica giuridica.

23 Nota è la polemica di Mortati con M.S. Giannini sulla rivista *Stato e diritto* (scaturita dalla recensione ad A. Codacci Pisanelli, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940), su cui si veda C. Mortati, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, *ivi*, 1941, p. 131 ss.; M.S. Giannini, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, *ivi*, 1941, p. 439 ss.; C. Mortati, *Ancora sul merito amministrativo*, *ivi*, 1942, p. 47 ss.: se infatti per Giannini non sempre è possibile fare riferimento a regole, e comunque, anche ad opinare ciò, queste rimarrebbero non giuridiche, per Mortati il problema è superato nella Sua concezione della giuridicità, esposta alla nota precedente (cfr. anche la *Recensione* di Mortati alle *Lezioni* di Giannini, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 145 ss., p. 150). Sul punto si veda G. Azzariti, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Pol. dir.*, 1989, p. 347 ss.; F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 1049-1050, n. 14.

La prima delle due impostazioni, dunque, pur situandosi nel pieno riconoscimento dell'avvenuta giuridicizzazione del relativo contesto in cui il potere amministrativo veniva a muoversi, che riceve la sua strutturazione nella ponderazione di interessi, preservava, della discrezionalità, una chiave comunque volontaristica. Per tale via, essa ha potuto esprimere una visione maggiormente sostanzialistica del potere, e, con esso, della stessa Amministrazione, venendo in tal modo a connotare un ambito di libertà latamente politica lasciato alla P.A.

La seconda, ponendosi su un piano più propriamente normativistico, recuperava invece la dimensione giuridica dei caratteri interni alla scelta, non cedendo così alle logiche del dualismo. Quest'ultima risultava, in tal modo, maggiormente idonea a porsi in linea con la tradizionale considerazione dell'attività amministrativa nell'ambito dell'attuazione dell'ordinamento giuridico, conformemente ad altri poteri di ordine costituzionale, come quello giurisdizionale (e consentendo, del pari, un parallelismo maggiormente stringente con l'attività interpretativa)[24].

La medesima logica era, del resto, quella che si ritrovava in un ulteriore, e ben noto, paradigma di giuridicità proposto, in chiave prettamente normativistica, per superare la crisi della bilateralità della norma, cioè la ricostruzione gradualistica kelseniana[25]; la quale, all'interno della concezione che le è propria,

24 Non è un caso che una prospettiva analoga, sotto tale profilo, sia stata proposta da A. Raselli, *Il potere discrezionale del giudice civile*, I, Padova, 1927, *passim*, spec. pp. 3 ss., 151 ss. e 193 ss., il quale ha concepito la discrezionalità, quale categoria comune al giudice civile e all'autorità amministrativa, come valutazione di un criterio di opportunità dell'azione, per tutti i casi in cui mancano norme imperative particolari di legge, in sé avente carattere giuridico. In questo senso, dunque, la discrezionalità si distingueva dalla mera attività interpretativa, senza per questo, però, tracciare una distinzione fra attività giurisdizionale e attività amministrativa, potendo, la stessa, caratterizzare entrambe (si noti, peraltro, che il rapporto dell'attività giurisdizionale con le sentenze c.dd. determinative o dispositive, in sé particolarmente complesso, è stato comunque risolto in svariati modi dalla dottrina: cfr., sul punto, *Potere*, I, cit., p. 127, nel testo e alla n. 129; ivi i relativi riferimenti).

25 In particolare, può ricordarsi come nella teorizzazione gradualistica di H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 50 ss., si sia potuta fornire, rimanendo in una chiave di lettura normativistica, una giustificazione della giuridicità che prescindesse dal tradizionale riferimento al rapporto giuridico intersoggettivo. Vi è, in tale ottica, il superamento della concezione dell'autolimitazione dello Stato attraverso la riconduzione del relativo momento alla potenzialità effettuale della norma fondamentale; attraverso, cioè, la sua considerazione quale limite intrinseco al momento genetico del diritto, assunto in termini di ipoteticità della norma. Si

nell'ambito, cioè, della concretizzazione normativa propria dell'ordinamento giuridico, ha potuto compiutamente negare autonomia concettuale alla categoria della discrezionalità[26].

Affermatasi, ad ogni modo, nella nostra esperienza, la prima delle impostazioni descritte, e quindi la corrispondente caratterizzazione del potere, l'intero assetto del diritto pubblico si è venuto a definire di conseguenza. La visione accolta della discrezionalità ha infatti contribuito a perpetuare un modello giuridico incentrato sull'atto amministrativo, quale momento di espressione della volontà della P.A., e di conseguente definizione della contrapposizione autorità-libertà, per come rapportato tuttavia ad una dogmatica di stampo non più privatistico ma pubblicistico, idonea a razionalizzarne il corrispondente sistema di riferimento[27]. In questo senso, la determinazione delle categorie di diritto pubblico si è posta in continuità e in correlazione con la caratterizzazione del potere discrezionale nel senso descritto, dando fondamento dogmatico al corrispondente modello concettuale, e, con esso, all'intero sistema di diritto amministrativo, nel rapporto tra momento organizzativo e momento attizio che rispetto a detta caratterizzazione scaturisce.

III) L'evoluzione successiva del nostro diritto amministrativo, tuttavia, pur lasciando intatto il nucleo centrale della ricostruzione in questione, ha conosciuto una serie di profondi mutamenti, che hanno portato, quantomeno, a riconsiderarne le fondamenta.

Il profilo che, in questo senso, ha determinato un radicale cambiamento di prospettiva è stato l'affermazione di una differente rappresentazione di funzione rispetto a quella propria della visione tradizionale. Mentre, infatti, quest'ultima ne individuerebbe il concetto facendo leva sull'aspetto teleologico del potere[28], l'altra ha considerato la figura in esame sotto un diverso profilo, quello struttura-

---

perviene, così, ad una concezione della norma come ipotetica, rispetto alla quale si viene a costruire la dinamica giuridica secondo l'ordine della produzione; mentre il soggetto, in questi termini, è ridotto all'ordine dell'imputazione. Su tali profili si tornerà *infra*.

26 Cfr. quanto già rappresentato *supra*, n. 15.

27 Avvenuta, non serve ricordarlo, a partire da M.S. Giannini, *Lezioni*, cit., *passim*.

28 Si veda Santi Romano, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 179 ss.

le, e ha definito corrispondentemente la funzione quale attività di trasformazione del potere in atto[29]. In questa prospettiva, che porta con sé una declinazione maggiormente oggettivistica del potere[30], quest'ultimo si inserisce nell'ottica normativistica della concretizzazione dell'ordinamento che avviene attraverso il processo di produzione normativa[31]: all'interno di essa, la funzione costituisce un'entità, sintesi di tempo e di spazio logico, che assume rilevanza giuridica in quanto idonea a manifestarsi attraverso la corrispondente attribuzione di giuridica rilevanza al processo decisionale che l'esercizio del potere caratterizza[32].

Nello scenario rappresentato, la riconciliazione fra visione dualista della discrezionalità e teoria della funzione, in sé di stampo monista, avvenne, come noto, ad opera di quella dottrina che, forte di una specifica (seppur in generale non

---

29 Questa la concezione della funzione di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1117 ss.; Id., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 991 ss., spec. p. 1018 ss., ed ivi n. 59 ss.; Id., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 2 ss.; Id., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, p. 85 ss.; Id., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 176 ss.

30 Si noti, peraltro, come nella stessa impostazione di F. Benvenuti, pur ponendosi le basi per il superamento della tradizionale concezione volontaristica e psicologistica del potere attraverso la sua oggettivizzazione nella riferita caratterizzazione della funzione, non si determina anche la totale espunzione del versante soggettivo dall'ordine della produzione dei fenomeni giuridici (cfr. in tal senso le lucide osservazioni di G. Di Gaspare, *Il potere*, cit., p. 175 ss.). Nell'ottica dell'illustre Autore, infatti, il soggetto rimane legato alla produzione giuridica della situazione effettuale, giacché, dal punto di vista soggettivo (cfr. F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1121), la funzione si risolve nell'attività del "soggetto a cui la funzione va imputata e che ne è, dunque, l'autore"; mentre, dal punto di vista oggettivo, la funzione è ciò che descrive l'esercizio del potere, la cui manifestazione sensibile avviene nel procedimento, che della funzione rappresenta la forma.

La dottrina successiva, che dal concetto di funzione di Benvenuti prenderà le mosse, si caratterizzerà invece in senso di una più marcata de-soggettivizzazione: G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; Id., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 782 ss.; Id., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 437 ss.; F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, Milano, 1969, p. 95 ss. Cfr. *infra*, n. 45.

31 In via generale espressa nella teorizzazione gradualistica di H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 95 ss.; Id., *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 217 ss., di cui si è detto.

32 F. Benvenuti, *Funzione*, cit., p. 3; Id., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 1119-1120; Id., *Eccesso di potere*, *loc. ult. cit.*

condivisa) ricostruzione del potere amministrativo e del conseguente rapporto giuridico ad esso correlato, ha considerato l'autonomo rilievo giuridico del momento dell'attività, intermedio tra il potere e l'atto, appunto la funzione, nel quale avviene la scelta di avvalersi o meno dell'effetto che l'ordinamento ha posto nella disponibilità del titolare del potere; momento in cui, quindi, si verrebbe a collocare il fenomeno della discrezionalità[33].

La discrezionalità verrebbe a consistere allora, in questo senso, in una forma di doverosità strutturata secondo quanto impone la dinamica della funzione, che risulta dall'attività di più uffici; mediante, cioè, l'organizzazione dell'attività in una sintesi che, garantendo l'introduzione e la presenza motivata nella decisione di ogni interesse che sia rilevante in ordine all'oggetto della volizione, pervenga per questa via alla ponderazione degli interessi stessi. In tal modo, la discrezionalità si andrebbe a risolvere nella formulazione di una regola per l'agire, non integrante il contenuto dell'atto, ma destinata a fungere da elemento di eterointe-

---

33 In questo senso A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, p. 289 ss., ed ivi nn. 72-73, p. 312 ss., p. 397 ss., ed ivi nn. 54, 57 e 58, p. 410 ss., p. 429 ss. ed ivi n. 83; Id., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 77 ss., che per tale via si pone sulla scia di F. Benvenuti, *Eccesso di potere*, cit., p. 1018 ss., n. 59, a cui espressamente si fa riferimento.

Tale impostazione, come detto nel testo, si ricollega alla specifica concezione del potere come situazione giuridica soggettiva proposta dallo stesso A. Piras, *Interesse legittimo*, I-II, *passim*. Secondo l'illustre A., infatti, il potere corrisponderebbe ad *una modalità optativa di avvalersi di un effetto già prodotto ma non operativo*, nel senso che la modificazione della realtà giuridica non deriverebbe dall'esercizio del potere sostanziale, come nell'idea comunemente accettata di potere, ma risulterebbe già avvenuta sul piano sostanziale al verificarsi del fatto normativamente previsto, di cui il titolare può decidere se valersi o meno. All'interno di tale prospettiva, l'avvenuta modificazione nella realtà sostanziale potrebbe verificarsi, però, soltanto qualora essa abbia la propria fattispecie compiutamente definita dalla norma, configurando, così, una corrispondente situazione giuridica di potere; in caso contrario, il potere individuerebbe non una situazione giuridica, ma una diversa entità astratta e generica, che corrisponderebbe ad una qualità del soggetto, descritta nei termini della generale capacità. Facendo dunque riferimento alla considerazione della discrezionalità esposta nel testo, e quindi alla definizione della regola discrezionale nell'ambito della funzione, risulta possibile, per l'A., integrare il requisito della predeterminazione della fattispecie in via normativa, necessario perché possa configurarsi una situazione giuridica soggettiva di potere in senso proprio. Sulla concezione del potere di Piras, cfr. ad ogni modo ampiamente *Potere*, I, cit., p. 143 ss.

Il nesso fra funzione e discrezionalità fu valorizzato, peraltro, anche da E. Casetta, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 298 ss.

grazione dello schema legislativo del rapporto[34]. Si individua, così, un punto di mediazione tra approccio istituzionistico e approccio normativistico sul potere, ove viene mantenuto il rilievo soggettivo nel momento della funzione, in ragione dell'impossibilità di eliminare l'elemento della politicità dalla scelta discrezionale[35].

La visione generale conseguente ha potuto, per la via indicata, porre in correlazione la considerazione strutturale della funzione, come farsi del potere, con la connotazione teleologica della funzione stessa, salvando un momento soggettivo, rispetto al quale poter eventualmente mantenere l'ancoraggio all'elemento politico di carattere extra-giuridico.

In questi termini, in particolare, la correlazione tra i due piani considerati ha fatto sì che il piano di doverosità del potere, espressione del profilo teleologico che detto potere va a connotare, venisse a rilevare, sotto il profilo strutturale, nell'ambito del modello di esplicazione dell'attività che caratterizza la funzione.

Nel senso descritto, il perseguimento dei fini che caratterizza il potere è emerso, nella sua oggettiva rappresentazione, nella realtà dinamica di attuazione del potere stesso, collocandosi, per tale via, nel più generale processo di attuazione dell'ordinamento. L'interesse pubblico non si è così più venuto a definire, come era nell'ottica tradizionale, quale entità individuata a priori, contrapposta all'interesse del privato: nell'acquisita consapevolezza dell'incapacità della legge attributiva del potere di svolgere il ruolo di selezione degli interessi rilevanti, esso è divenuto oggetto di determinazione nello svolgimento dell'azione amministrativa, attraverso la prospettazione di tutti gli interessi in gioco[36]. A sua volta, la

---

34 A. Piras, *Interesse legittimo*, II, cit., p. 409, n. 58; Id., *Discrezionalità*, cit., p. 85 ss.

35 Cfr. A. Piras, *Discrezionalità*, cit., p. 82 ss. Invero, non sono mancate neppure letture antivolontaristiche dell'impostazione in esame: in questo senso L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, p. 176, n. 143; si pone il dubbio, ma pare risolverlo in senso negativo G. Di Gaspare, *Il potere*, cit., p. 262, n. 278.

36 È questa la rappresentazione della crisi del concetto di interesse pubblico 'astratto' identificato dalla norma, in favore della centralità dell'interesse pubblico 'concreto', che si determina in relazione alle risultanze dell'attività amministrativa: si veda in proposito F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 301 ss.; cfr. anche E. Cannada Bartoli, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 6 ss.

Si riscontra quindi un'evoluzione dalla concezione di M.S. Giannini del rapporto tra interesse primario e interessi secondari nell'ambito del bilanciamento degli interessi proprio dell'esercizio del

procedimentalizzazione dell'attività, e la partecipazione dei portatori dei relativi interessi che essa portava con sé, ha consentito alla dottrina, non serve ricordarlo, di perseguire un corrispondente assetto istituzionale, di stampo paritario, dell'Amministrazione[37], con il suo inserimento, in particolare, in una definizione costituzionale dell'imparzialità amministrativa declinata in chiave funzionale[38].

L'attenzione rivolta al contenuto dell'attività ha reso anche possibile superare l'eccessiva connotazione formale che, altrimenti, rischiava di assumere la figura della funzione. Si è infatti distinto il momento che si riferisce in senso pro-

---

potere discrezionale: cfr. quanto affermato dallo stesso A. in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 265; nonché, tra gli altri, F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., p. 1070, il quale ha rilevato che l'interesse che l'Amministrazione deve perseguire non è uno tra gli interessi pubblici dati dalle leggi, sia esso l'interesse primario o uno degli interessi secondari "ma è un interesse (composto, misto, frutto di confronto o compromesso) diverso, scolpito (o costruito) dalla stessa Amministrazione" nello svolgimento della propria attività, che si può convenire di chiamare "interesse pubblico concreto"; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012, pp. 286-287; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2010, p. 25 ss.; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 284; V. Ottaviano, *Appunti in tema di Amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, cit., p. 385; M. Stipo, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, *ivi*, III, p. 913 ss.; G. Azzariti, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, *ivi*, III, p. 103; S. Cognetti, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, pp. 106-107, p. 124; Id., *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania*, Napoli, 1987, p. 64 ss.

È, però, con riferimento alla concezione oggettivo-funzionale dell'Amministrazione che tale ottica, come spiegato nel testo, trova specifico riscontro: cfr. in particolare F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1131 ss.; Id., *Disegno*, cit., p. 237 ss., nonché gli altri scritti dell'illustre A. già diffusamente citati; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., *passim*; Id., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 782 ss.; Id., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 437 ss.; Id., *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, p. 99 ss., spec. pp. 107-108; Id., *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970, p. 84 ss.; G. Pastori, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 483 ss.; Id., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, p. 1313.

Cfr. anche F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e "contrattazione"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1505-1506, che fa riferimento all'impostazione di F. Benvenuti per affermare che nei procedimenti che attendono alla composizione di interessi eterogenei non esiste un interesse pubblico prefigurato dalla norma, essendo l'interesse espresso dalla norma idoneo soltanto a definire la competenza dell'organo legittimato a decidere la figurazione giuridica dell'assetto di interessi, "ma [esso] non è un interesse sostanziale (o concreto) di cui la figura soggettiva pubblica sia portatrice (...), perché un tale interesse non è un interesse reale ma si

prio alla modificazione della realtà giuridica (la produzione degli effetti) dal momento che attiene al venir in essere della determinazione ad essa corrispondente, incentrando su quest'ultimo il *proprium* della funzione[39]. In questo senso, la funzione è stata declinata come processo formativo di una *decisione*[40], intesa come una scelta tra le diverse alternative che sulla base dell'indagine compiuta rappresentano altrettanti modi di soluzione del problema amministrativo[41]. La decisione, in tal modo, è stata associata compiutamente alla scelta discrezionale, rappre-

risolve in una regola di giudizio che servirà di guida per la risoluzione del conflitto o per la composizione degli interessi (questi sì reali) che le vengono *riferiti* dalla comunità e dalle sue formazioni sociali" (corsivo testuale).

37 Idoneo a porsi, quantomeno in termini generali, nella prospettiva di F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 873 ss., spec. pp. 883 ss., 909 ss. e 957 ss.; Id., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, ora in *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 3467 ss.; Id., *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico*, in *Jus*, 1987, ora in *Scritti giuridici*, V, cit., p. 3927 ss.

38 Si veda U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, pp. 230-231, secondo cui "l'imparzialità esige, in vista dell'oggettiva considerazione di tutti gli elementi di fatto della specie concreta, l'accentuazione della dimensione razionale di questa, e quindi porta ad evidenza l'intero procedimento conoscitivo che sta alla base dell'atto amministrativo (...) il che significa che l'imparzialità amministrativa si consegue sopra tutto – senza trascurare l'aspetto organizzativo (...) – per mezzo di una articolata disciplina della funzione", cosicché (p. 245) "le attività imparziali concrete postulano la partecipazione dei soggetti particolari, titolari delle qualificazioni ad esse attinenti, perché non ci può essere piena e giusta soddisfazione delle posizioni di un soggetto senza la sua attività personale"; cfr. anche Id., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 131 ss. Analogamente, A. Cerri, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, p. 128 ss., per cui se il principio di imparzialità consiste "nella *necessità di ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati che possono essere direttamente toccati dall'agire amministrativo e solo essi* ..." (corsivo testuale), allora tale obbligo postula (pp. 128-129) l'esigenza di una procedimentalizzazione dell'attività amministrativa: "se, infatti, i diversi e molteplici interessi, esistenti nella concreta situazione, appartengono a persone distinte, è necessario che essi si possano manifestare e far valere anche nello svolgimento dell'attività dei pubblici poteri; è necessario, in altri termini, che tale attività si svolga in contraddittorio con i privati interessati". Cfr. anche G. Sala, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, 1985, p. 96 ss.; Id., *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 433 ss.

39 Una volta, infatti, che inizia ad essere messa in evidenza l'attività amministrativa nel suo svolgersi, il passo successivo risulta essere quello dell'attribuzione di rilievo giuridico alla sua

sentandone il tratto preminente o addirittura essenziale[42].

IV) La stessa relazione tra momento soggettivo e momento oggettivo di esplicazione della funzione, e la conseguente ricostruzione del fondamento del rapporto tra organizzazione e attività[43], ha seguito un percorso analogo a quello appena descritto.

In proposito, si è visto come l'impianto dualista della discrezionalità avesse fatto originariamente riferimento alla c.d. figura soggettiva, che consentiva

---

complessiva dimensione sostanziale, in sé considerata. Si è in particolare evidenziato da parte di F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002, pp. 76 ss. e 83-84, come la realtà dell'atto, e quella del procedimento in quanto strumentale all'adozione dell'atto, non siano più riuscite a racchiudere, in sé considerate, la dimensione giuridica dell'azione amministrativa. L'attività amministrativa, infatti, è venuta ad assumere rilievo giuridico in una sua complessiva considerazione sostanziale, quale attività rivolta al raggiungimento di un risultato, rispetto alla quale si valutano le singole azioni e possono venirsi a porre più procedimenti tra loro connessi. Si viene così ad abbandonare la tradizionale impostazione per cui l'attività come tale non poteva formare oggetto di qualificazione se non attraverso la mediazione degli atti nei quali si manifestava (così M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 988, che pure già rilevava, p. 989, come si ritrovassero "casi nei quali l'agire dell'amministrazione ha rilievo come attività, nel senso stretto di fattispecie legale"), e si considera (F.G. Scoca, *op. ult. cit.*, p. 83) come l'attività complessivamente considerata venga ad assumere sempre più in sé rilievo giuridico, "si erge", cioè "a fattispecie, allorché viene globalmente o unitariamente presa in considerazione dal diritto": l'attività amministrativa, in questo senso, non rileva nella sua consistenza materiale, ma appunto in quanto fattispecie, nel modo, cioè, in cui è assunta a rilevanza giuridica dalla norma.

In questo quadro, la concezione della funzione, rispetto al generale canone del farsi del potere, ha dovuto rispondere alla necessità di porre in risalto l'aspetto contenutistico dell'attività di trasformazione, di modo da caratterizzarne maggiormente l'aspetto sostanziale, senza tuttavia collocarsi al di fuori dell'ottica prettamente strutturale in ordine al rilievo che viene conferito all'attività stessa: cfr. di seguito, nel testo e in nota.

40 F. Ledda, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 242 ss.; Id., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 264 ss. Cfr. anche D. Sorace, *Promemoria per una nuova 'voce' "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, cit., p. 756 ss.; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel provvedimento amministrativo*, Milano, 1996, spec. p. 77 ss.

41 F. Ledda, *La concezione dell'atto amministrativo*, cit., p. 243; Id., *L'attività amministrativa*, cit., p. 263.

Il concetto di decisione che viene ad essere utilizzato, ove centrale è il momento di determinazione della scelta, si viene così a separare da quello a cui tale termine faceva tradizionalmente riferimento, con cui si individuava un atto che risolveva un procedimento (più

un'effettiva emersione dell'elemento volitivo afferente alla discrezionalità[44].

Intervenuta l'ottica della funzione, la dottrina, che, prendendo le mosse da quest'ultima, l'ha portata alle sue più radicali conseguenze, ha però declinato il modello di produzione in una visione normativista prettamente oggettiva, in essa risolvendo qualsiasi rilievo del soggetto, relegato così al piano della mera imputazione[45].

Nello scenario individuato, si è assistito, in effetti, allo sviluppo di un filone di stampo oggettivista, il quale, per la via indicata, è venuto ad affermare in

---

o meno latamente) contenzioso (cfr. in questo senso M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953, pp. 37 e 49 ss.; Id., *Decisioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 810 ss., spec. p. 812; per la considerazione della decisione amministrativa quale manifestazione di volontà volta a risolvere un conflitto di interessi tra Amministrazione e amministrati si veda M.S. Giannini, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amm.*, 1949, ora in *Scritti*, III, Milano, 2003, p. 39; Id., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, ora in *Scritti*, III, cit., p. 553 ss., spec. p. 572 ss.; Id., *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1946, ora in *Scritti*, II, Milano, 2002, p. 607 ss.). In particolare, è stato poi a seguito della generale recezione dell'indirizzo volto alla processualizzazione dell'attività amministrativa, che si è avuta con l'adozione della l. n. 241/1990, che la genericità della considerazione della decisione amministrativa quale atto amministrativo contenzioso, adottato attraverso un procedimento amministrativo contenzioso, è divenuta manifesta, appunto per la generalizzazione di un modello processuale/para-processuale di attività attraverso la legge generale sul procedimento (sul punto, si veda *infra*, par. 6.1, nel testo e in nota). Ciò ha allora portato, da un lato, ad individuare un'attività giustiziale in senso stretto, svincolandola dal legame con la funzione di amministrazione attiva, e a collegare ad essa il concetto di decisione (in correlazione, quindi, ad una struttura procedimentale prettamente garantistica: cfr. *infra*, n. 157); dall'altro, appunto, sotto un diverso piano, a valorizzarsi la decisione quale momento di determinazione della scelta, presente in via generale nell'attività amministrativa, pervenendosi ad un corrispondente (diverso) concetto di decisione. Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, I, cit., p. 391 ss., nel testo e in nota; ivi approfonditi riferimenti.

42 Cfr. ad es., nelle varie declinazioni, A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, *passim*, spec. p. 90; M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, *passim*; A. Romeo, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, p. 287 ss.; da ultimo, M. Trimarchi, *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, in M. Renna, R. Ursi (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, p. 115 ss.

43 Su cui cfr., ampiamente, *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, cit., p. 45 ss.; *Potere*, I, cit., *passim*.

44 Cfr. *supra*, nel testo e alla n. 19.

45 In tal senso l'impostazione di F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, cit., p. 95 ss., la quale si basa sul presupposto che l'idea di potere serva ad esprimere soltanto l'astratta

termini corrispondenti l'organizzazione e la funzione amministrativa. Nello specifico, da ultimo, esso si è connotato per rimanere su un canone oggettivo, ma declinando in chiave maggiormente contenutistica e meno formale la funzione, con particolare riferimento ai doveri e alle libertà costituzionali; rispetto ad esso è possibile ravvisare una specifica commistione fra momento organizzativo e momento dell'attività (c.d. 'neo-oggettivismo')[46].

Non sono mancate, peraltro, neppure soluzioni normativistiche che, senza scadere nel puro oggettivismo, hanno consentito comunque una distinzione tra i

possibilità di porre in essere un comportamento idoneo a produrre una modificazione nell'ordinamento, e che in questa prospettiva può sostenersi che la figura del potere prescinda totalmente da qualsiasi riferimento soggettivo; il momento soggettivo riacquisterebbe una propria ben precisa rilevanza, invece, nella fattispecie normativa dell'atto precettivo, cioè nella fattispecie normativa dell'atto di attuazione del potere, e rileva quindi sotto il profilo dell'imputazione dell'atto. La compiuta separazione dei due piani considerati, che consente di estromettere completamente il soggetto dall'ordine della produzione giuridica, avviene quindi (p. 122 ss.) in un'ottica prettamente normativista, considerando separatamente, attraverso il metodo della pluriqualificazione normativa, la fattispecie normativa procedimentale e la fattispecie normativa dell'atto, portando così alle sue estreme conseguenze la contrapposizione tra ordine della produzione e ordine dell'imputazione.

La piena estromissione del soggetto dal piano della produzione è avvenuta invece in una differente prospettiva da parte di G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 209 ss., spec. p. 219 ss., il quale, avvertita l'inadeguatezza della personalità giuridica a porsi quale referente del fenomeno della produzione, ha descritto il potere come energia giuridica *attuale*, che scaturisce dal continuo contatto tra realtà normativa e realtà istituzionale, la cui esplicazione consente il progredire dell'ordinamento. In questa prospettiva, i fenomeni giuridici, distinti in quelli che attengono all'ordine della produzione e quelli che concernono l'ordine dell'imputazione, sarebbero infatti rappresentati, in relazione al primo dei due ordini, dal potere e dal procedimento, e, con riferimento al secondo, dalla persona giuridica e dalla responsabilità (mentre figure intermedie, di sintesi, che descrivono gli aspetti terminali del campo della produzione, e quelli iniziali dell'imputazione, sono l'organo e l'atto). In questo senso, il potere è dunque energia (non potenziale, bensì) attuale, che si inserisce nello spazio compreso tra la norma e la sua attuazione; corrispondentemente, l'organizzazione si viene a risolvere nella dinamica del potere, nel senso che il nucleo organizzatorio essenziale scaturisce dalla composizione di un valore istituzionale e di un valore normativo che dà luogo al potere, per cui l'organizzazione amministrativa può concepirsi in senso dinamico come complesso di poteri. Sul punto, per approfondimenti, sia consentito rinviare a *Potere*, I, cit., p. 51 ss., nel testo e in nota.

Si noti peraltro come l'effettiva declinazione, in senso istituzionistico o normativistico, della teoria di Berti, sia discussa, in ragione della complessità che strutturalmente la caratterizza che nella sua declinazione. Secondo L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, cit., p. 170, n. 130, alla cui opinione si ritiene di aderire, essa sembra essenzialmente costituire una rimeditazione critica dal punto di vista normativistico della teorizzazione istituzionistica. La iscrive però nel più ampio filone dell'istituzionismo A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere giuridico*, in

due termini di riferimento, soggettivo e oggettivo della funzione, e, quindi, tra organizzazione e attività. In particolare ciò si è riscontrato considerando, nell'ottica dell'art. 97 Cost., l'organizzazione come sviluppo logico del corpo sociale, quale differenziazione in seno ad esso, strumentale alla cura di certi interessi della collettività, ove la struttura prodotta, in questo modo, nel farsi dell'organizzazione, parteciperebbe necessariamente alla considerazione dei fini dell'attività, in un processo continuo organizzazione-attività-interessi, senza necessità di un ri-

---

Ann. Fac. Econ. Univ. Messina, 1981, p. 429; allo stesso modo S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 749. Mentre ne considera l'approccio normativista G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., p. 187 ss., ed ivi n. 84, anche in relazione al confronto con il precedente lavoro dello stesso G. Berti, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986 (ristampa di una prima edizione provvisoria de *La pubblica amministrazione come organizzazione* del 1961, poi profondamente modificata per l'impianto e per buona parte del contenuto e delle argomentazioni nella successiva opera omonima), che invece si sarebbe mosso in un ambito caratterizzato da un forte tentativo di conciliazione teorica dei punti di vista istituzionista e normativista.

46 La visione oggettivistica è infatti passata dalla centralità del potere obiettivato, di cui alla nota precedente, alla centralità delle libertà della persona. In questo senso l'evoluzione del pensiero di G. Berti che, rispetto all'impostazione sostenuta ne *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., può riscontrarsi già nella *Nota di chiusura* (1985), in Id., *Il principio organizzativo*, cit., p. 175 ss., per farsi poi più evidente nel corso delle opere successive: cfr., Id., *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994 (ma varie ediz., antecedenti e successive), spec. pp. 37 ss. e 139 ss.; Id., *La responsabilità pubblica. (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994, *passim*, spec. p. 357 ss.; Id., *Amministrazione e costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 458 ss.; Id., *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Padova, 2008, spec. p. 83 ss. (opera postuma e parzialmente incompiuta). Si sostiene, in proposito, che l'Amministrazione sarebbe una forma della società, non un'immagine dello Stato; sarebbe, cioè, uno spazio all'interno del quale può rilevarsi l'effettivo atteggiarsi dell'ordine sociale, assumendo rilievo, a tale fine, la dimensione procedimentale come sede in cui detto ordine viene ad emergere. Il momento organizzativo si strutturerebbe di conseguenza, e rispetto a tale rappresentazione si verrebbe a risolvere lo stesso potere: l'organizzazione si costituirebbe, infatti, come effetto di un ordine giuridico già esistente e, come tale, dovrebbe adattarsi al principio di libertà da cui appunto l'ordine stesso ha preso l'avvio, cosicché l'ordine basato sulle libertà andrebbe direttamente a condizionare l'ordine come espressione di organizzazione. In tale scenario, la funzione normativa si esplicherebbe allora come interpretazione del divenire sociale, che viene svolta dai vari operatori giuridici quali, appunto, operatori dell'interpretazione.

Attualmente, l'impostazione oggettivistica si pone in continuità con la seconda fase del pensiero bertiano, e si ritrova in particolare in L.R. Perfetti, *L'amministrazione repubblicana. Un percorso di ricerca attraverso potere pubblico, sovranità, diritti fondamentali*, Padova, 2025, p.

ferimento altro rispetto alla norma[47].

Il collegamento al momento soggettivo è però per lo più avvenuto in altro modo, e in termini compatibili con la tesi maggioritaria sulla discrezionalità, in forza della ricomposizione dualista tra discrezionalità e funzione di cui si è dato riscontro.

In questo senso, si è dunque semplicemente perpetuato, nell'ottica della funzione, il riferimento al concetto di figura soggettiva, in termini invero non sempre corrispondenti alla sua originaria elaborazione, ma comunque idonei a

---

1 ss.; Id., *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in *Pers. amm.*, 2023, 2, p. 45 ss.; Id., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 309 ss.; Id., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, p. 119 ss.; Id., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 2019, p. 43 ss.; Id., *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss.; Id., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 138-139; Id., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 61 ss.; Id., *Diritto di azione e interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, p. 241 ss.; Id., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, pp. 175 ss. e 228 ss. Si afferma, in particolare, che l'Amministrazione apparterrebbe all'ordine giuridico della società: rispetto a quest'ultima, infatti, la sovranità si esprimerebbe, in ragione dell'interpretazione che viene accolta del combinato disposto degli artt. 1 e 2 Cost., non solo nella legittimazione democratica di tipo rappresentativo, ma anche trattenendosi nel perimetro della sovranità popolare, senza articolarsi in forme istituzionali ed esprimendosi con l'esercizio delle libertà e dei diritti 'riconosciuti' dalla Costituzione, un ordine della società. Tale ordine, appunto per le caratteristiche appena esposte, è propriamente giuridico, di carattere extralegale: in seno ad esso è dato rinvenire, attraverso l'esplicazione di un moto continuo, la formazione di regole (concretamente conoscibili e verificabili) che i valori dell'ordine giuridico della società esprimono, ovviamente in conformità con gli elementi fondativi dell'ordine stesso (poiché, cioè, ciò che fonda la sussistenza di un siffatto ordine giuridico è il trattenersi delle libertà e dei diritti inviolabili nell'ambito della sovranità popolare, nessuna regola di quest'ordine potrà mai contrastare con libertà e diritti inviolabili che ne costituiscono il fondamento). L'esistenza di un ordine giuridico della società, in cui si continua ad esprimere la sovranità, sarebbe allora idoneo a funzionalizzare ad esso tutte le funzioni pubbliche; la persona umana diviene, del pari, parte della stessa organizzazione amministrativa, declinata nel senso descritto.

Nella medesima prospettiva si inseriscono anche, sotto i diversi profili rilevanti, B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013; Id., *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; M. Monteduro, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *Pers. amm.*, 2020, 1, pp. 545; Id., *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, *ivi*, 2021, 1, pp. 49 ss. nonché Id., *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, *ivi*,

mantenere una correlazione con il ruolo dalla stessa ricoperto[48].

In tale prospettiva, ove si è evidenziato il ruolo fondamentale degli uffici, quali unità organizzative a cui si correla una sfera di compiti individuata dal dato normativo[49], vi è stato peraltro anche chi ha adottato un approccio specifico, ponendo in chiave centrale proprio il ruolo svolto da tali entità. L'ufficio rileverebbe così quale centro idoneo a collegare le azioni umane, nell'ambito della funzione, per la produzione di effetti giuridici; e rispetto ad esso si è considerato il collegamento con l'attività dinamica attraverso l'interposizione di un elemento di

---

2020, 2, pp. 523 ss.; Id., *Dietro il potere. Le matrici costituzionali dell'amministrare*, in A. Carbone (a cura di), *Potere e diritto amministrativo*, cit., p. 109 ss. In generale, si veda poi pure M. Bellavista, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, 2001, p. 3 ss., spec. p. 112 ss.

Per una specifica analisi della relativa impostazione sulla discrezionalità, si veda *infra*, par. 3.1. Per i relativi approfondimenti sull'oggettivismo, si rinvia poi a *Potere*, I, cit.., p. 243 ss.; *Considerazioni generali sull'organizzazione*, cit., p. 38 ss.

47 In questo senso, la tesi di M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, spec. 114 ss. e 122 ss.,, il quale, ponendosi in un'ottica riconducibile ai termini della costituzione materiale mortatiana (su cui cfr. *supra*, nel testo e alla n. 22), può considerare quale cellula dell'organizzazione, sul piano giuridico, l'ufficio, cioè la possibilità-doverosità per un soggetto di curare un interesse collettivo, che sul piano oggettivo si risolve in una sfera di competenza, rimanendo in un'ottica monistica del potere, nei termini specificati nel testo. L'illustre Maestro, considerando infatti, come detto, nell'ottica dell'art. 97 Cost. l'organizzazione come sviluppo logico del corpo sociale, può affermare che la struttura prodotta, nel farsi dell'organizzazione, partecipi, non possa che partecipare, alla considerazione dei fini dell'attività, sia, cioè, posizione del canone valutativo della futura attività, in un processo continuo organizzazione-attività-interessi, che non abbisogna di un riferimento altro rispetto alla norma. La decisione organizzativa si rivela, così, necessariamente come decisione d'indirizzo dell'attività, in una continuità tra organizzazione e attività amministrativa ove l'assorbimento fra le due è precluso (cfr. p. 125, n. 54, per la critica alla tesi di Berti) proprio dalla circostanza che è dalla loro contrapposizione dialettica che scaturisce l'esperienza giuridica.

Per un approfondimento, cfr. *Considerazioni generali sull'organizzazione*, cit., p. 36 ss.

48 Si veda ad es., in termini differenti tra loro, F.G. Scoca, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 473 ss. e 494 ss.; V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, p. 77 ss.; G. Sciullo, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 2013, p. 67 ss.; S. Valentini, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di teoria dell'organizzazione*, Padova, 1996, p. 67 ss.; M. Trimarchi, *Premesse sistematiche sulle relazioni organizzative*, in *Pers. amm.*, 2021, p. 255 ss.

49 In questo senso, in varie declinazioni, M.S. Giannini, *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, pp. 41 ss.; Id., *Diritto amministrativo*, I, cit., pp. 127 ss. e 140 ss.; F. Marongiu, *Organo e ufficio*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, pp. 5-6; A. Pioggia, *Organizzazione amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, p. 4025, pp. 4019 ss.; Id., *La competenza amministrativa*, Torino, 2001, pp. 141

carattere mediato (il riferimento è all'attività di direttiva), mantenendo, in tal modo, un elemento dualista di connotazione del potere[50].

V) La continuazione della generale considerazione della discrezionalità all'interno del canone della funzione, così descritta, è poi riuscita a preservarsi anche all'interno della disciplina della l. n. 241/1990, la quale ha positivizzato la struttura normativa della funzione, e quindi il processo di definizione della decisione, in un modello procedurale fondato sulla partecipazione fra le parti, ove avviene la valutazione dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto che porta all'adozione di una determinata decisione amministrativa, relativa alla produzione/non produzione dell'effetto riferibile ad uno o più poteri amministrativi.

Rispetto ad essa, si è, in effetti, comunemente affermato che l'introduzione della normativa generale del procedimento avrebbe portato con sé una nuova considerazione dell'impianto organizzativo e procedurale proprio del momento della produzione[51]. Tuttavia, a fronte di ciò, non si è accompagnata anche una

---

ss.; F.G. Scoca, *I modelli organizzativi*, cit., pp. 545 ss.; V. Cerulli Irelli, *Corso*, cit., pp. 68 ss. e 86 ss.; G. Sciullo, *L'organizzazione*, cit., pp. 75 ss.; S. Valentini, *Figure, rapporti, modelli organizzatori*, cit., pp. 30 ss.

50 È questa, in particolare, la rappresentazione che si ritrova in G. Marongiu, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, 1969, spec. p. 108 ss.; Id., *Organo e ufficio*, cit., p. 4 ss., in cui è centrale l'ufficio, il quale, in disparte la sua possibile connotazione come organo, assume rilievo quale dato normativo a cui può far capo l'organizzazione: in un'ottica che fa riferimento all'esplicazione della funzione in senso strutturale, esso rappresenta il punto mediale, idoneo a consentire l'organizzazione dell'attività e a raccordare le azioni individuali in un agire strutturato rivolto alla produzione giuridica. L'ufficio assume dunque un ruolo centrale nell'ambito dell'organizzazione, non esaurendosi semplicemente in una sfera astratta di competenza normativamente attribuita, ma fungendo da centro idoneo a collegare le azioni umane per la produzione di effetti giuridici. In questo senso, l'organizzazione amministrativa è il risultato di una qualificazione normativa che interviene a formare i rapporti organizzativi, e quindi la struttura organizzativa nel suo aspetto statico: questa, come detto nel testo, si lega all'azione concreta nella sua dinamicità attraverso l'interposizione dell'attività, di carattere mediato, di direttiva, che interrompe il gradualismo normativo, inserendo nella sua dialettica un elemento proprio di una prospettiva dualistica del potere, senza per questo ricorrere ad un'ottica istituzionista.

51 In particolare, in tale prospettiva, si è denunciato il sostanziale venir meno, o comunque la forte svalutazione, delle relazioni organiche e formali proprie del modello organizzativo precedente: è venuta in rilievo, a tal proposito, la figura del responsabile del procedimento, la quale avrebbe incentrato il modello organizzativo amministrativo sulla dinamica della produzione giuridica; mentre è stato svalutato lo schermo dell'organo, che, secondo alcuni,

compiuta ridefinizione del relativo assetto strutturale e funzionale. Ed infatti, sul piano strutturale, a fronte della pacifica influenza che la rinnovata dinamica della produzione avrebbe avuto sul modello organizzatorio, non si è passati ad una effettiva riconsiderazione di quest'ultimo, non è stato cioè, di fatto, posto in diretta discussione l'assetto precedente, il quale, come è stato da chi scrive ampiamente rappresentato in altra occasione, viene nella sostanza mantenuto, sia pure con le opportune precisazioni e i necessari distinguo, anche nel quadro attuale[52]; conservando, così, corrispondentemente inalterata la considerazione che si assume del suo rapporto con la valutazione discrezionale amministrativa.

VI) La struttura procedurale di espressione del potere, a sua volta, si è accompagnata ad una riconsiderazione del suo carattere sostanziale, sintomo di un'essenziale inscindibilità dei due momenti[53]. Sotto questo profilo, i due termini di riferimento possono essere, in effetti, considerati in reciproca influenza fra loro: da un lato, la rilevanza ascritta alla definizione del contenuto sostanziale dell'attività pone la necessità di una valorizzazione della procedura volta a definire la decisione in ordine al suo esito; dall'altro, nel momento in cui l'azione amministrativa è regolamentata da un sistema di regole procedurali volte a verificare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere, al fine di definire la decisione in ordine ad esso, la regolamentazione sostanziale dei poteri amministrativi, che di quella attività è termine di riferimento, tende a venire normativamente configurata in maniera da porsi quale effettivo referente dell'attività stessa.

Il profilo sostanziale, che in questo senso ha assunto rilievo, è stato quello determinato, nel corso della seconda metà dello scorso secolo, da una differente funzionalità operativa delle pubbliche amministrazioni, in particolare di quelle

---

sarebbe da considerarsi definitivamente relegato al momento formale dell'imputazione, perdendo, in tale prospettiva, ogni valenza dinamica. Per i relativi riferimenti, sia consentito rinviare a *Considerazioni generali sull'organizzazione*, cit., p. 45 ss.

52 Si veda ancora *Considerazioni generali sull'organizzazione*, *loc. ult. cit.*; in generale *Potere*, I, cit., p. 398 ss.

53 Sul punto, si veda in particolare F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969, spec. pp. 118 ss., 145 ss. e 192 ss., che, prendendo in considerazione lo svolgimento procedimentale dell'attività amministrativa, considera quest'ultima un'attività di giudizio, improntata alle regole dell'obiettività e dell'imparzialità, analoga a quella del giudice; in ragione di ciò vengono ridotte di molto le ipotesi in cui, secondo l'illustre A., si sarebbe al cospetto di un'attività discrezionale.

rivolta prima alla direzione, e poi alla regolazione, di fenomeni economici[54]. Lo svolgimento che ne è seguito si è accompagnato, a sua volta, all'affermarsi della distinzione, e progressiva separazione, fra la sfera politica della scelta, confinata ad atti di indirizzo, e quella propriamente amministrativa[55]; tale per cui la politicità in questione, se intesa in senso proprio, si è trovata ad essere confinata, essenzialmente, nella categoria degli atti c.dd. di alta amministrazione (oltre che in ciò che residua degli atti politici)[56].

Si è registrata così, in questo quadro, una sempre maggiore specificazione e, per tale via, 'tecnicizzazione', che ha caratterizzato il contenuto dell'attività amministrativa, su cui la dottrina ha iniziato, corrispondentemente, a porre l'attenzione in maniera più specifica[57]. In questi termini, in particolare, la tecnicizzazione si è caratterizzata sia nel senso della sottoposizione dell'attività discrezionale ai criteri propri delle scienze tecniche, sia in ragione del fatto che la P.A. si è occupata sempre più di settori governati da regole tecniche[58].

Il conseguente arretramento della scelta discrezionale, rispetto alla valutazione tecnica complessa, in sé opinabile nel suo risultato, ha posto quindi in evidenza la compiuta necessità di affrancamento, anche sotto un profilo definitorio e concettuale, della seconda rispetto alla prima, al fine di enuclearne il differente

---

54 Per una ricostruzione, V. Cerulli Irelli, *L'Amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, p. 303 ss.

55 Su tutti, ancora V. Cerulli Irelli, *L'Amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., p. 1 ss.; *Costituzione e amministrazione. Saggi*, Torino, 2022, p. 1 ss.

56 V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 101 ss.; *L'Amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., p. 34 ss.; *Costituzione e amministrazione*, cit., p. 34 ss.

57 Su tutti, V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, p. 1 ss.

58 In ordine a tale fenomeno, tra gli altri, V. Bachelet, *L'attività tecnica*, cit., p. 116 ss., p. 120; M.S. Giannini, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo. Intervista a M.S. Giannini*, a cura di M. D'Alberti, *Quad. pluralismo*, 1984, ora in *Scritti*, VIII, Milano, 2006, p. 126; M. Nigro, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1985, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 1824 ss.; D. Sorace, *Promemoria*, cit., p. 763; E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata, interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2015, p. 441; F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 685 ss.; D. de Pretis, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, cit., p. 270 ss.; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, *passim*, spec. p. 104 ss.

statuto e le differenti conseguenze ad esso correlate.

Sotto questo profilo, lo si è visto, la distinzione fra le due tipologie di valutazioni, discrezionale in senso proprio e tecnica, è stata oggetto di considerazione sin da subito; e, soprattutto, la tesi della discrezionalità come ponderazione di interessi avrebbe dovuto, almeno in via di principio, fornire la base concettuale per evitare la relativa commistione.

Tuttavia, l'ascrizione della discrezionalità tecnica a sottospecie della discrezionalità si era mantenuta per lo più inalterata nella visione comune, certamente anche in ragione della reciproca interferenza fra le due tipologie di valutazioni; come tale, il relativo sindacato giurisdizionale si era assestato su un profilo esterno e indiretto, essenzialmente incentrato sul vizio di eccesso di potere. Del resto, sotto quest'ultimo profilo, anche a contrapporre le due tipologie di attività, permaneva comunque, come già si è avuto modo di notare, il problema di un limitato accesso al dato fattuale da parte del giudice amministrativo.

Non è un caso, allora, che sarà proprio su questo terreno, quello, cioè, della dimostrazione dell'insussistenza concettuale della discrezionalità tecnica[59], che la dottrina degli ultimi decenni del secolo scorso ricercherà la pienezza del sindacato del giudice amministrativo, con riferimento, in particolare, all'accesso pieno al fatto[60]. Ma, anche nel momento in cui, fra la fine degli anni '90 e il primo decennio degli anni 2000, il risultato di un giudizio di piena giurisdizione è stato raggiunto, prima dalla giurisprudenza[61], e poi dal legislatore[62], il rapporto tra di-

59 Su cui, nella letteratura di quel periodo, cfr. E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, p. 285 ss.

60 Si vedano, nelle rispettive declinazioni, in particolare F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 ss.; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa*, cit., p. 463 ss.

61 Si veda Cons. St., sez. IV, n. 601 del 9 aprile 1999, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 182 ss., con note di M. Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, e P. Lazzara, *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*.

62 L'art. 44, T.U. C.d.S. fu infatti modificato dall'art. 16, l. n. 205/2000, conferendo la possibilità al giudice amministrativo, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità, di disporre dei mezzi di prova necessari per il pieno accesso al fatto; fino a poi l'avvento del Codice, che ha completato e sancito definitivamente tale assetto, in conformità e in recezione dell'interpretazione fornita dai giudici costituzionali degli artt. 24 e 111 Cost. (in particolare, da parte della sent. Corte cost., n. 204 del 6 luglio 2004), nonché dalla giurisprudenza europea in

screzionalità amministrativa e valutazione/discrezionalità tecnica non ha subito un'effettiva modificazione, come si verrà meglio a considerare[63].

VII) In definitiva, può in generale concludersi che, nella prospettiva rappresentata, preminente è risultata l'impostazione volta a coniugare la tesi tradizionale della discrezionalità con la concezione normativa della funzione. Tuttavia, non sono neppure mancati tentativi differenti, che, o indirettamente in ragione della considerazione che si ha del momento organizzatorio e/o di quello della struttura procedimentale dalla funzione, o direttamente con riferimento alla discrezionalità, hanno proposto alternative rispetto ad essa, come si è in parte già visto, e come meglio si evidenzierà nel proseguo del testo.

Del resto, la sempre maggior valorizzazione del principio di legalità attraverso l'inquadramento della discrezionalità, e della relativa area di invalidità dell'atto, nell'ambito dello svolgimento della funzione, da ultimo correlata ad un compiuto assetto normativo di regole corrispondenti, ha contribuito ad inserire compiutamente la discrezionalità in una dimensione procedurale, assoggettandola alle regole corrispondenti; marcando così una distinzione difficilmente occultabile rispetto alla originaria visione tradizionale, incardinata su una sostanza comunque volontaristica, ove centrale è l'atto, e non direttamente il procedimento e il relativo farsi della decisione, di cui l'atto rappresenta solo una forma di manifestazione[64].

La struttura procedurale di espressione del potere, a sua volta, non è andata disgiunta da una riconsiderazione del carattere sostanziale di questo, come si è visto. Risulta evidente, infatti, la reciproca influenza tra l'inserimento del potere all'interno della sua esplicazione procedurale e la maggiore espansione della rego-

---

ordine all'art. 47 CFUE e all'art. 6 CEDU.

63 Cfr. *infra*, par. 2.2.

64 Notava lucidamente A. Romano Tassone, *Il contributo di Franco Ledda alla teoria del provvedimento amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, p. 492 ss., che, accedendosi al concetto di decisione di cui si è dato sora riscontro, nel testo e in nota, si capovolge il rapporto di strumentalità che, nella tradizionale concezione gianniniana, collegava al provvedimento gli atti procedimentali, per cui appunto il luogo in cui si esprimeva l'autorità era il provvedimento, attraverso il quale si puntualizzava nel caso concreto il rapporto fra autorità e libertà (M.S. Giannini, *Lezioni*, cit., p. 289 ss.; Id., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 163 ss.; Id., *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 543 ss.): al contrario, è ora quest'ultimo a porsi in posizione di servizio rispetto alla decisione autoritativa che si concreta nel procedimento.

lamentazione normativa sostanziale dell'azione amministrativa, con la conseguente riduzione degli ambiti liberi di scelta rispetto al suo carattere di maggiore tecnicità.

Né ci pare che tale conclusione possa essere messa in discussione da profili che, rispetto ad essa, potrebbero in vario senso apparire in contrasto, e che, proprio a tale fine, vengono solitamente invocati.

Così, la diffusione della descrizione dei presupposti dell'esercizio del potere attraverso concetti giuridici indeterminati e clausole generali[65], che verrebbe ad ampliare l'area della genericità del riferimento normativo, non è nient'altro che ciò che, a livello di fattispecie, caratterizza la problematica, già ricordata, afferente alla valutazione tecnica complessa. Pur nella consapevolezza del rilievo delle questioni collegate a tali profili, può dirsi infatti che, in sé considerato, tale fenomeno non si discosta dall'inclusione nella regolamentazione giuridica dei relativi elementi di riferimento[66]; sia, si precisa, per l'ipotesi in cui i concetti in questione esprimano valutazioni di carattere effettivamente tecnico specialistico, sia qualora essi siano rivolti, in via generale, a nozioni di comune esperienza che necessitino di specificazione. Il tenore delle precedenti considerazioni, e delle relative questioni, in via di principio non viene quindi spostato.

Per quanto concerne, poi, una certa tendenza, che si è registrata di recente, ad ampliare l'ambito di scelta amministrativa su valutazioni più propriamente di

---

65 Su tali elementi e sul rapporto tra loro si vedano in particolare, nel diritto amministrativo, M. Clarich, M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 9 ss.; M. Ramajoli, *Standard valutativi e interpretazione tassativizzante delle clausole generali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2024, p. 267 s.; M. Trimarchi (a cura di), *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, Napoli, 2024, ed ivi i contributi presenti; S. Perongini, *Le nuove categorie dogmatiche della discrezionalità*, cit., p. 112 ss.; F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, p. 273 ss.; G. Corso, *Tra legge e fattispecie: la prospettiva del diritto amministrativo*, in *Ars Interpr.* 2019, p. 71 ss.; S. Cognetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1197 ss.; in via generale, D. de Pretis, *op. ult. cit.*, p. 11 ss.; ivi più generali riferimenti. Cfr. anche *supra*, n. 15.

66 Cfr. F. Merusi, *Sulla "nuova" discrezionalità amministrativa secondo Luigi Benvenuti*, in C. De Benetti, G. Fonderico, M. Mancini, M. Olivi (a cura di), *La discrezionalità amministrativa. Scritti in occasione della ripubblicazione dell'Opera di Luigi Benvenuti*, Torino, 2026, pp. 113-114.

opportunità politica, complici circostanze contingenti ai tempi attuali (il riferimento è solitamente alla disciplina dei c.dd. *golden powers*), può parimenti evidenziarsi come la stessa non sembri essersi posta in termini tali da presuppore, in via generale, un cambio di paradigma in senso corrispondente; essa invece viene semplicemente ad estendere, sotto tale profilo, quelle ipotesi – comunque limitate – in cui ancora si è visto preservarsi una certa politicità della scelta discrezionale[67].

L'effettiva considerazione della discrezionalità nell'ambito di un assetto del potere amministrativo caratterizzatosi in senso procedurale, e la connotazione della normativa sostanziale che rispetto alla forma della produzione ha trovato riscontro, ha posto dunque la questione della perpetuazione di categorie concettuali rivolta a spiegare in maniera (almeno parzialmente) differente l'esplicazione dell'azione amministrativa. Ciò che viene in questione, in particolare, nei suoi termini generali, è la possibilità di preservare la sintesi dualismo/funzione che, nel corso della sua evoluzione, ha caratterizzato la comune visione della discrezionalità amministrativa nel nostro ordinamento; con tutto quello che da tale determinazione si è fatto o si dovrebbe far conseguire.

2.1 Questioni correlate. La nozione di merito e la sua autonomia concettuale

La medesima ambiguità denunciata è stato possibile riscontrare, va da sé, anche sul versante speculare alla discrezionalità, quello riferibile, cioè, al merito amministrativo, quale concetto di carattere sostanziale.

In ordine ad esso, infatti, chi si era posto nel senso che l'agire discrezionale dell'Amministrazione fosse retto da norme che vengono ad assumere carattere giuridico, ha poi sostenuto che nessuna distinzione potesse ravvisarsi tra i concet-

67 In particolare, proprio sui c.dd. *golden powers*, quali poteri speciali in materia di difesa, sicurezza nazionale e settori strategiche, di cui alla l. n. 56 dell'11 maggio 2012, di conv. del d.l. n. 21 del 15 marzo 2012, con tutte le integrazioni intervenute, si è infatti evidenziata, da un lato, la specialità rispetto agli ordinari poteri amministrativi, classificando i relativi atti come di alta amministrazione; e dall'altro, la necessità di circoscrivere comunque, sotto il profilo sostanziale e procedurale, la pur ampia discrezionalità riconosciuta: cfr. ad es. E. Guarnieri, *L'ampiezza della discrezionalità e incertezze sulla sindacabilità dei golden power*, in *Dir. amm.*, 2025, spec. p. 1050 ss.; L. Masotto, *Il golden power alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, p. 662 ss.

ti di legittimità e merito, fermo restando che il sindacato che trovava espressione nella giurisdizione di legittimità era idoneo a portare ad una valutazione soltanto indiretta, attraverso l'eccesso di potere, sull'azione amministrativa[68]. Al contrario, chi aveva ritenuto che la discrezionalità comportasse un giudizio di natura politica, ha poi affermato che il merito corrispondesse alla parte del processo decisionale amministrativo non regolato dal diritto[69]. In questo senso anche la tradizionale ricostruzione del merito quale riconducibile ad un principio di opportunità, espressione di una norma che sarebbe e rimarrebbe non giuridica[70].

Ora, nell'evoluzione intervenuta, permane, invero, un'impostazione che, conformemente alla relativa concezione portata avanti in ordine al potere amministrativo, consente di continuare a parlare di merito come effettiva area – pur fortemente ristretta rispetto a come essa originariamente si poneva – al di fuori della considerazione giuridica, come tale insindacabile. Portando, anzi, tale impostazione ai suoi termini estremi, nel merito si viene a risolvere, di fatto, la discrezionalità (e, nella concezione accolta, lo stesso potere) dell'Amministrazione[71].

---

68 In questo senso V. Ottaviano, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., p. 267 ss.; Id., *Merito*, cit., p. 575 ss.; C. Mortati, *Note sul potere discrezionale*, cit., p. 997 ss.; Id., *Potere discrezionale*, cit., p. 76 ss.; Id., *Discrezionalità*, cit., p. 1098 ss.; Id., *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, cit., p. 131 ss.

69 M.S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., p. 179 ss.; Id., *Problemi relativi al merito amministrativo*, cit., p. 439 ss.

70 Cfr. A. Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 25 ss., p. 36, il quale, peraltro, nel dichiarato tentativo di non limitarsi a tale constatazione, assume una rilevanza del relativo principio, e prospetta una visione, sotto il profilo che viene ora in questione, per così dire intermedia tra le due impostazioni precedenti, con la considerazione di un'invalidità, conseguente alla violazione del merito, di carattere tuttavia non giuridico, bensì amministrativo, perpetuando così, per tale via, l'ambiguità del concetto.

71 È la prospettiva della Scuola fiorentina, che, all'esterno del rapporto cittadino-Amministrazione, definito dalle prescrizioni normative che disciplinano l'azione amministrativa, pone invece ciò che attiene alla scelta discrezionale in senso proprio, rispetto alla quale non si configura alcun vincolo, essendo stati ascritti, quelli relativi alla funzione, all'ambito delle regole. Si vedano, in via generale, sui vari profili E. Capaccioli, *Manuale*, cit., p. 257 ss.; Id., *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, 1963, ora in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, pp. 111 ss. e 125 ss.; A. Orsi Battaglini, *"L'astratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quad. fior.*, 1989, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1307 ss., spec. p. 1328 ss.; Id., *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*

Tuttavia, nel riferito inquadramento della discrezionalità nell'ambito dello svolgimento della funzione[72], per come accompagnato, da un lato, lo si è visto, da una sempre maggiore espansione della regolamentazione normativa della realtà sostanziale e procedurale dell'azione amministrativa[73], e dall'altro, lo si vedrà di seguito, dal mutamento di prospettiva in ordine alla caratterizzazione della giurisdizione di legittimità, progressivamente divenuta una forma di giurisdizione piena, con accesso diretto al fatto[74], la visione sostanzialmente maggioritaria non si è assestata nel senso appena descritto. Si è ritenuto, infatti, anche se non sempre

---

(Sonntagsgedanken), Milano, 2005, p. 153 ss.; C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 34 ss.; Id., *Un diritto "non amministrativo"*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 133 ss.; L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, p. 168 ss.; Id., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 617 ss.; Id., *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 73 ss.; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, *passim*, spec. p. 352 ss.; G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016, p. 11 ss. Si veda pure in proposito S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità*, cit., p. 762 ss. (di cui cfr. anche Id., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, p. 203, n. 183). Aderisce poi a questa impostazione anche G. Poli, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 863 ss.; Id., *I principi nel diritto amministrativo. Tracce di un cambiamento in corso*, Napoli, 2023, p. 115 ss. Sul punto, per una compiuta esposizione, e per più precisi riferimenti, sia consentito rimandare a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 227 ss.

In particolare, si fa riferimento a quanto affermato da A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, *loc. ult. cit.*, il quale ha rappresentato l'esigenza di ristabilire una netta distinzione tra l'area regolata dalla legge (legittimità) e area riservata all'autonomia dell'Amministrazione (merito, che non discenderebbe tanto dall'assenza della legge, quanto da un'ineliminabile riserva di amministrazione, intesa come area entro la quale si svolge l'autonomia e la responsabilità politica della P.A. in quanto democraticamente legittimata). Da un lato, quindi, vi sarebbero le regole, idonee a configurare un rapporto P.A.-cittadino; l'area esterna rispetto alle regole costituirebbe, invece, l'area di libera scelta riservata all'Amministrazione (il merito, insindacabile in sede giudiziaria), che le deriva dalla sua posizione istituzionale. Vi è dunque, in tale prospettiva, una totale risoluzione della discrezionalità nel merito: si veda in particolare S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo*, cit., p. 767, secondo cui nell'impostazione di A. Orsi Battaglini si viene a togliere qualsiasi valenza euristica alla nozione di discrezionalità, corrispondendo, questa, soltanto ad un altro nome che si dà al merito.

L'impostazione in esame è stata portata alle sue estreme, ma naturali, conseguenze da C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit., spec. p. 176 ss., nella cui prospettazione le regole, a cui l'Amministrazione deve rapportarsi sono state oggetto di una specifica individuazione, volta a depurarle da ogni substrato proprio della struttura pubblicistica: esse consisterebbero nelle

ammettendolo apertamente, che il concetto di merito, inteso nella sua valenza sostanziale, sia inidoneo ad assumere un'autonoma connotazione di carattere concettuale sotto un profilo propriamente giuridico, per cui esso si risolverebbe – in antitesi dunque, alla concezione precedente – essenzialmente nella discrezionalità; rispetto alla quale rileva soltanto la non sostituibilità, da parte de giudice, di una scelta di cui non possa ravvisarsi l'illegittimità, di cui, cioè, non possa ravvisarsi un errore nella ragionevole ponderazione degli interessi, anche a seguito di

---

prescrizioni normative determinate che disciplinano l'azione amministrativa; nelle clausole generali a questa applicabili, essenzialmente risolte nella buona fede e correttezza, e nei principi speciali dell'attività amministrativa di imparzialità e buon andamento; nella norma di fine, laddove, come nel caso del potere amministrativo, è prescritto che l'atto di esercizio del potere sia volto al perseguimento di una particolare finalità. Il vincolo del fine (pp. 223 ss. e 240 ss.) rileva quindi solo sotto un profilo esterno, relativo alla possibilità di ricondurre l'interesse pubblico concretamente perseguito con il provvedimento all'interesse astrattamente assunto dalla norma che il fine ha attribuito: l'esame di tale rapporto di continenza rivela soltanto se è stato perseguito un fine differente, non come tale fine è stato perseguito (si è nell'ambito di ciò che viene tradizionalmente definito sviamento di potere). I limiti ulteriori (p. 251 ss.), riferibili alle modalità attraverso le quali il potere deve essere esercitato, compresa la ponderazione degli interessi al fine di determinare l'interesse pubblico concreto, possono rilevare, se non come violazione di norme determinate, attraverso la violazione di clausole generali, essenzialmente rappresentate dalla buona fede e dalla correttezza, ma anche (p. 334 ss.) ascrivibili a principi speciali dell'azione amministrativa (imparzialità e buon andamento: questi ultimi in parte rilevano *sub specie* di buona fede, in parte autonomamente, ma in ogni caso mantengono la medesima struttura). Rispetto a tali prescrizioni, si aggiunge, è assente la prospettiva della funzionalizzazione, in quanto l'interesse pubblico viene preso in considerazione, come detto, solo sotto un profilo esterno, o in ragione della non conformità dell'interesse nel caso concreto a quello astratto previsto dalla relativa norma (sviamento di potere), o in relazione alla violazione di una clausola generale neutrale rispetto a detto interesse. All'esterno di tali regole, e quindi del rapporto, si situa invece ciò che attiene alla scelta discrezionale in senso proprio, rispetto alla quale non si configura alcun vincolo, essendo stati ascritti, quelli relativi alla funzione, all'ambito delle regole: in questi termini, secondo la generale impostazione Fiorentina, l'area esterna rispetto alle regole è l'area di libera scelta riservata all'Amministrazione (il merito, insindacabile in sede giudiziaria), che le deriva dalla sua posizione istituzionale, con una totale risoluzione della discrezionalità nel merito.

72 Sul punto, in ordine al profilo che si sta esaminano, cfr. in particolare G. Coraggio, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 133 ss.

73 Cfr. *supra*, al par. precedente.

74 Cfr. *infra*, il par. successivo. In ordine allo specifico profilo in esame, cfr. F.G. Scoca, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, p. 1376 ss.; di recente, tra gli altri, F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio*

un giudizio pieno sul fatto[75].

Anche sotto il profilo del merito, dunque, pare che la struttura normativa della funzione, nella determinazione procedurale e sostanziale dei poteri che in essa ricevono riscontro, abbia contribuito a ridefinire le fondamenta stesse del suo rapporto con l'originaria concezione della discrezionalità amministrativa, seppure senza disattenderne compiutamente gli esiti.

2.2 *(segue)* L'attuale declinazione del sindacato giurisdizionale e il suo rilievo in ordine alla delimitazione della discrezionalità amministrativa

Vi è poi un ulteriore profilo che, sia pure indirettamente, risulta rilevante ai fini della presente trattazione. In particolare, esso assume rilievo in ordine alla delimitazione dell'ambito della discrezionalità amministrativa, alla distinzione, cioè, fra ciò che attiene alla definizione di una nuova regola, e ciò che concerne invece una valutazione, sia pure complessa, in ordine alla qualificazione normativa di un fatto riferibile ad una regola già esistente. Tale profilo si viene a ritrovare sul versante del processo amministrativo.

---

dei profili evolutivi, Torino, 2013, spec. p. 113 ss.; ID., *Esiste ancora il merito amministrativo?*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli, 2017, p. 139 ss.

75 Questa l'impostazione che si ricava in particolare da A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di merito*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 517 ss., spec. p. 530 ss., il quale ha ritenuto che il rapporto legittimità-merito non possa più concepirsi come un rapporto 'a terzo escluso', in quanto, opinandosi in tal senso, dovrebbe concludersi che l'avanzata della legittimità, e il fatto che sia ormai positivamente valutabile alla stregua di questa ogni momento dell'attività amministrativa, impediscono ai nostri giorni di individuare un ambito tipico ed esclusivo del concetto di merito: si dovrebbe allora rinunciare al concetto di merito come vizio, e rapportarlo invece alla modalità di controllo in cui il controllore può disapprovare la misura disposta anche se intrinsecamente ragionevole, per sostituirla con altra e diversa misura scelta dal controllore.

In termini in questo senso netti la Scuola oggettivistica: cfr. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, cit., *passim*, spec. pp. 58 ss., 91 ss., 241 ss., 276 ss. e 322 ss., che, in considerazione del pieno assoggettamento dell'agire pubblico al principio di legalità, nei termini propri di tale filone dottrinale già considerati *supra*, par. 2, n. 46, si esprime espressamente in senso negativo rispetto alla possibilità di attribuire una connotazione funzionale e uno spazio giuridico significativo al concetto di merito. Sul punto, si veda anche quanto si dirà *infra*, par. 3.2, n. 93, sulla concezione della discrezionalità di L.R. Perfetti.

Sulla questione, da ultimo, cfr. M. PALADINO, *Potere della P.A. e merito amministrativo. L'esercizio del potere e la sindacabilità delle scelte di merito*, Bari, 2026, p. 269 ss.

In proposito, si è già ricordato come, a fronte degli interventi dottrinali volti a premere su tale profilo, l'evoluzione, prima giurisprudenziale, ed infine legislativa, intervenuta a cavallo dell'ultimo decennio dello scorso secolo e il primo di quello attuale, abbia comportato un mutamento in ordine alla caratterizzazione della giurisdizione di legittimità, che è progressivamente divenuta una forma di giurisdizione piena, con accesso diretto al fatto[76]. Prospettiva, questa, che ha ottenuto la sua sanzione definitiva nell'interpretazione fornita dai giudici costituzionali degli artt. 24 e 111 Cost. – in particolare, da parte della sent. Corte cost., n. 204 del 6 luglio 2004 – nonché dalla giurisprudenza europea in ordine all'art. 47 CFUE e all'art. 6 CEDU, per come, entrambe, pienamente recepite dalla disciplina del Codice del processo amministrativo, dalle norme di principio a quelle riguardanti la cognizione del giudice e l'istruttoria processuale[77].

In forza di ciò, non risulta dunque più possibile dubitare della circostanza che qualsiasi limitazione nell'accertamento del fatto, in ordine alla fattispecie della situazione giuridica oggetto del giudizio, si porrebbe in contrasto con il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale.

Il giudice, infatti, nell'effettuare la sua valutazione, usufruisce dei poteri sostitutivi che sono propri della sua funzione, nella verifica della sussistenza dei fatti e nella loro qualificazione giuridica. Gli eventuali limiti che a detta sostituzione si pongono non possono che derivare dalla connotazione *sostanziale* delle situazioni giuridiche che vengono in considerazione, perché, appunto, caratterizzate dalla presenza di discrezionalità amministrativa, che sancirebbe la mancanza della norma in forza della quale il giudice dovrebbe procedere al relativo accertamento. Lo stesso art. 31, co. 3, c.p.a., che prescrive che il giudice – in relazione all'azione avverso il silenzio, nonché in generale per l'azione di adempimento (in forza del richiamo di cui all'art. 34, lett. c), ult. parte, c.p.a.) – possa pronunciare sulla fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente in caso di attività vincolata ovvero laddove non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, deve essere interpretato in questo senso[78].

---

76 Cfr. *supra*, al par. 2.

77 Sul punto, per i relativi approfondimenti e i corrispondenti riferimenti, sia consentito rinviare a *Potere*, I, cit., pp. 326 ss.; II-1, cit., p. 185 ss.

Nei termini descritti, rispetto al margine di scelta discrezionale riconosciuto alla P.A., si giustifica allora un sindacato che assume carattere non direttamente sostitutorio, bensì *confutatorio*, volto, cioè, alla verifica del rispetto, da parte della P.A., di specifiche previsioni normative o di principi di ordine generale dell'azione amministrativa, senza tuttavia la possibilità di intervento sui margini di opinabilità di una scelta che superi indenne la confutazione[79-80]. Conseguentemente, attraverso un modello di sindacato confutatorio, in tanto potrà pervenirsi, secondo la lettera del richiamato art. 31, co. 3, c.p.a., alla definizione della

78 In particolare, si deve ritenere che tale disposizione esprima un principio volto a definire il sindacato giurisdizionale nei confronti dell'agire amministrativo discrezionale, che appunto generalizza ciò che nel processo impugnatorio è, sotto tale aspetto, rappresentato dal modello costruito sui vizi di illegittimità dell'atto. La norma, in altri termini, estende ad un sindacato che si svolge in positivo sull'azione amministrativa lo stesso principio che trova riscontro in quello in negativo rappresentato dal sindacato di legittimità proprio del giudizio di annullamento, nei termini subito di seguito, nel testo. Sul punto, cfr. ancora *Potere*, I, *loc. ult. cit.*, ed ivi anche la correlata interpretazione, nel medesimo senso, dell'ulteriore inciso della norma, rivolto agli adempimenti istruttori che devono essere compiuti dall'Amministrazione, dei quali si assume il necessario collegamento alla valutazione discrezionale da svolgersi.

79 Sulla distinzione tra le due tipologie di sindacato si veda F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., spec. p. 446 ss. In via generale, per la dicotomia sindacato diretto/indiretto, cfr. poi F. Levi, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 489 ss.; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 236 ss.

80 Si precisa, solo per inciso, che quanto detto vale, deve valere, anche per le ipotesi di giurisdizione di merito. Rispetto alla posizione tradizionale che considera la giurisdizione di merito come giurisdizione di opportunità, si deve rilevare, infatti, come tale connotazione non sia mai stata del tutto chiara nel suo rapporto rispetto al sindacato, sempre più pregnante, sull'eccesso di potere, e in generale rispetto a quello di legittimità, ormai anch'esso caratterizzato, come ricordato, dall'accesso pieno al fatto, precedentemente proprio, fra le due, solo della giurisdizione di merito. Ritenere, del resto, che nella giurisdizione di merito sia sempre rideterminabile da parte del giudice il criterio di preferenza idoneo a definire la scelta discrezionale si porrebbe del tutto in contrasto con il nostro attuale quadro ordinamentale, di rapporto fra giudice e amministrazione, e di considerazione costituzionale della giustizia amministrativa. Residua, invero, l'istituto del giudizio di ottemperanza, ma questo è ormai strutturato dalla sua particolare disciplina positiva come giudizio di *esecuzione*, che giustifica, in quanto tale (quale, appunto, giudizio esecutivo di una sentenza), la sostituzione. In questa prospettiva, ciò che attualmente caratterizza la giurisdizione di merito (in sede di cognizione) rispetto a quella di legittimità è soltanto la presenza di un'azione costitutiva generalizzata *in positivo*, ai sensi dell'art. 34, lett. d), c.p.a.: la possibilità del giudice di sostituirsi all'Amministrazione, di cui all'art. 7, co. 6, c.p.a., va quindi riferita alla mera produzione diretta dell'effetto dovuto, come auto-esecuzione della sentenza (che prende così il posto della semplice condanna a produrlo, di cui in generale all'art. 34, lett. c), c.p.a.); non invece alla rideterminazione della regola discrezionale alla base della decisione di produrre o meno l'effetto in questione.

pretesa sostanziale del ricorrente, in quanto non residuino scelte discrezionali da effettuarsi.

Se, però, non vengono in questione i profili sostanziali che alla norma in questione sono collegati (non si è, quindi, di fronte ad una scelta discrezionale non definita in tutto o in parte), il sindacato giurisdizionale non potrebbe che essere di carattere *sostitutorio*. Ciò appunto perché, come detto, la necessità, di ordine costituzionale e sovrannazionale, richiamata anche all'art. 1 c.p.a., di conformità dell'assetto processuale ai principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, non consentirebbe una limitazione dei poteri cognitori del giudice in ordine all'accertamento della situazione giuridica oggetto del processo amministrativo; non consentirebbe, cioè, una limitazione di carattere *processuale*, che impedisca di rapportare la tutela giurisdizionale alla consistenza sostanziale della situazione dedotta in giudizio.

Ora, tanto considerato, va tuttavia pure evidenziato come la situazione che trova riscontro nel diritto vivente non pare porsi in maniera conforme a quello che è l'attuale assetto normativo del processo amministrativo.

A fronte della garanzia di accesso diretto al fatto, adesso accordata, e in via generale all'impossibilità di ammettere limiti processuali in ordine all'accertamento giudiziale, il giudice amministrativo, infatti, non ritiene comunque di poter sostituire, ad una scelta tecnica opinabile compiuta dall'Amministrazione, un'altra scelta tecnica ugualmente opinabile, soprattutto in relazione alle decisioni di autorità il cui compito istituzionale assume esso stesso carattere tecnico (come accade in relazione alle Autorità indipendenti)[81].

Invero, nel concreto, tale posizione presenta delle oscillazioni, in quanto la giurisprudenza, a fronte delle petizioni di principio sul tipo di sindacato utilizzato, varia spesse volte l'intensità del controllo a seconda della materia o della singola fattispecie controversa: così, si registrano pronunce che, pur affermando un

81 In giurisprudenza, la posizione in via generale prevalente è infatti nel senso di affermare l'impostazione per cui il giudice amministrativo, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dalla P.A. in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, deve valutare se le valutazioni dell'autorità siano corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, ma non può spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte: cfr. *ex multis* Cons. St., sez. VI, n. 3197 del 29 maggio 2018; n. 926 del 2 marzo 2004.

sindacato non sostitutivo, valutano poi l'intrinseca condivisibilità della soluzione prescelta[82]; né è mancata, sotto tale profilo, qualche timida apertura verso l'affermazione di un sindacato di tipo sostitutorio[83]. Ma, in via generale, può riconoscersi come la giurisprudenza di gran lunga maggioritaria sia rimasta ferma nell'affermare, e nell'applicare, un sindacato di carattere confutatorio nelle proprie valutazioni[84]. Di talché, non è chiaro se, in tal modo, si stia perpetuando una limitazione processuale del sindacato, che però in sé sarebbe inammissibile, come spiegato; ovvero se si sottenda una conformazione sostanziale del margine di scelta tecnico allo statuto del relativo potere amministrativo, così disattendendo, tuttavia, il paradigma di partenza che nega nella valutazione tecnica un potere di definizione di una regola di preferenza normativamente non esistente.

La dottrina, sul punto, si è dimostrata più ondivaga, ma, di fatto, a fronte di una generale concordia su affermazioni di principio e formule generali, di sindacato pieno, effettivo, ecc., non si è riscontrata, in via unanime, anche da parte di coloro che si sono schierati per una piena sindacabilità della valutazione tecnica, una specifica invocazione di un sindacato compiutamente sostitutorio in ordine alle valutazioni tecniche opinabili, pur generalmente ammettendosi di non

82 Cfr. ad es. Cons. St., sez. III, n. 1957 del 19 marzo 2020, in materia di sicurezza elettronica.

83 Si veda la nota sent. Cons. St., sez. VI, n. 4990 del 15 luglio 2019 (annotata criticamente da M. Delsignore, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 740 ss.), la quale, in ordine ad una decisione sanzionatoria dell'AGCM, concernente un'intesa restrittiva della concorrenza, ha affermato la diretta sostituibilità del giudice rispetto alla statuizione tecnica amministrativa, proponendo un sindacato c.d. 'di maggiore attendibilità'. In particolare, in tale sentenza, si afferma espressamente che il controllo 'non sostitutivo' sia proprio di tutti i casi in cui si riscontri la sussistenza di discrezionalità amministrativa. Tuttavia non si riconosce detto carattere alla scelta tecnica in questione, affermandosi, al contrario, che la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (come quella del 'mercato rilevante') sarebbe una attività intellettiva ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, limitandosi, il tratto 'libero' dell'apprezzamento tecnico, a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche; come tale, esso dovrebbe conseguentemente reputarsi sostituibile. Si veda, in proposito, anche il contributo del relatore della sentenza, D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, in *Riv. regol. merc.*, 2022, p. 47 ss.

84 In particolare, sulla stessa materia su cui si è pronunciata la sent. Cons. St., n. 4990/2019, di cui alla nota precedente, cioè la determinazione delle condotte anticoncorrenziali, hanno ribadito il sindacato confutatorio, tra le altre, Cons. St., sez. VI, n. 6022 del 2 settembre 2019; n. 448 del 13 gennaio 2023; ord. n. 5413 del 1° giugno 2023.

essersi al cospetto, in tali ipotesi, di discrezionalità amministrativa in senso proprio[85].

3. Tentativi di inquadramento dottrinale

L'impostazione tradizionalmente accolta della discrezionalità, lo si è ricordato, considera la ponderazione di interessi, quale espressione di una scelta connotata da un elemento politico, il tratto distintivo tra un'attività di definizione di una regola precedentemente non esistente e un'attività, invece, di qualificazione giuridica di una determinata realtà fattuale. A sua volta, essa risulta in grado di determinare la caratterizzazione dell'elemento soggettivo volontaristico, che rimane intatto nei suoi termini pur nell'ottica della procedimentalizzazione dell'attività, la quale, come ricordato, è venuta a caratterizzare la struttura normativa della funzione amministrativa.

I due profili, della considerazione della discrezionalità come definizione di una regola estranea alla qualificazione giuridica, e della sua individuazione attraverso l'identificazione di una ponderazione di interessi di cui si assume un valore latamente politico, come tale non compiutamente riconducibile al diritto, sono strettamente collegati tra loro, in ragione della circostanza che, nell'impostazione tradizionalmente assunta, è in ragione della seconda evenienza che verrebbe a determinarsi la prima.

In questo senso, la questione, che si è posta, è stata quella del mantenimento della concezione di discrezionalità nel mutato contesto giuridico di riferimento, ovvero la necessità di una sua diversa considerazione. In via generale, lo si è visto, è la prima della due alternative ad essere stata portata avanti, sia pure a fronte delle possibili discrasie già evidenziate. Non sono mancati, tuttavia, tentativi nel secondo senso.

3.1 *(segue)* In relazione al rapporto tra attività di qualificazione e attività di creazione della norma

In primo luogo, si pone la questione del rapporto tra attività di qualificazione e attività di creazione della norma. Rispetto alla visione tradizionale, è possibile ravvisare le seguenti posizioni di carattere generale, che dalla prima si disco-

85 Sul punto, cfr. *infra*, par. 3.2, nel testo e in nota.

stano in misura più o meno maggiore.

In una prima prospettiva, si è, in vario modo, ritenuto che i profili di scelta relativi alla discrezionalità non potrebbero essere distinti dai profili di scelta che in generale attengono ad un'attività interpretativa, riconducendosi l'una all'altra, ovvero ponendoli comunque sullo stesso piano ai fini dell'integrazione della fattispecie. Si è ritenuto, cioè, che il profilo che alla discrezionalità si lega, il perseguimento dell'interesse pubblico da cui consegue la necessità di porre in essere una specifica situazione effettuale, non sarebbe diverso, in via generale, dagli altri presupposti che devono essere integrati al fine dei requisiti idonei a porre in essere quella determinata situazione effettuale. In tale prospettiva, quindi, in definitiva, la discrezionalità si verrebbe a risolvere nell'interpretazione[86].

86 Si veda in particolare la prospettiva di F.M. Nicosia, *Potere ed eccesso di potere*, cit., p. 80 ss., in cui si critica la tradizionale nozione di vincolatezza, in quanto, si dice, qualsiasi attività interpretativa presuppone un procedimento logico complesso, rispetto ad un testo normativo che racchiude necessariamente una pluralità di significati. In questo scenario, (p. 94 ss.) a differenza di quanto avviene in L. Benvenuti, di cui subito di seguito, nel testo, non si perviene tuttavia alla tendenziale ricomprensione della vincolatezza nella discrezionalità, quanto piuttosto all'esito opposto: la differenza tra vincolatezza e discrezionalità è determinata solo dalla assenza, nella seconda, di un vincolo determinato a priori, ma tale vincolo si individuerebbe comunque, e necessariamente, a posteriori, stante l'obbligo, gravante sull'Amministrazione, di valutare correttamente i fatti; si assume quindi (p. 174 ss.) che vi possa essere, anche con riferimento alla discrezionalità, una sola scelta corretta. Si veda anche M. Gioiosa, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012, spec. pp. 300 ss., 329 ss., 358 ss. e 370 ss., che ha considerato, sulla base della rilettura della discrezionalità nelle logiche dell'amministrazione di risultato, come il potere di scelta sarebbe riconducibile all'indeterminatezza della fattispecie, cosicché, non potendo ritenersi che esso sia di per sé insindacabile, essendo soggetto a parametri generali pienamente valutabili dal giudice, si dovrebbe affermare la piena sindacabilità della scelta discrezionale compiuta dalla P.A. (salvi i rari casi di adozione del provvedimento da parte di un organo politico: p. 378, n. 130), mettendosi in discussione il nucleo di libertà ad essa correlato.

Si noti, ad ogni modo, come solitamente non sia chiaro l'effettivo tenore delle conseguenze a cui per tale via si dovrebbe pervenire, se la piena sostituibilità di qualsiasi forma di opinabilità, o soltanto l'utilizzo di un sindacato particolarmente pregnante (si riscontrano in proposito formule ambigue, quale il riferimento a scelte 'completamente' o 'integralmente' sindacabili), né risulta sempre evidente se una particolare tesi possa essere ascritta all'impostazione volta a configurare in ogni caso una sola scelta legittima. La conclusione, tuttavia, non potrebbe essere diversa da quella appena esposta: se, in ordine alla decisione concernente la produzione di un determinato effetto precettivo, si struttura la fattispecie sostanziale di modo che (lo si ammetta o meno espressamente) il margine di scelta venga ascritto all'attività di qualificazione normativa, o comunque sia a questa equiparato nelle conseguenze, allora, tra le differenti scelte opinabili in relazione al singolo caso concreto, la scelta legittima sarà quella effettuata dall'autorità giudiziaria, davanti alla quale la questione è portata all'esame, che potrà sostituirla a quella già compiuta

In maniera in via generale similare, ma in un senso specifico differente, e anzi in sé opposto, si pone invece quella dottrina che ha preso le mosse da una particolare teorizzazione ontologica dell'interpretazione, quella propria della filosofia ermeneutica contemporanea[87], per fondarvi una ricostruzione della discrezionalità, e correlativamente del potere, nel diritto amministrativo, in relazione alla quale non si assume sussistente una differenza di ordine qualitativo rispetto all'interpretazione[88]. Si afferma, infatti, che il fenomeno della comprensione, nel suo moto oscillatorio, non è divisibile in fasi se non al prezzo di snaturarne il ri-

---

ovvero compierla direttamente, se non effettuata. Sul punto, si veda *infra*, nel testo.

87 L'impostazione, cioè, di H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, Firenze-Milano, 2019 (op. orig. 1960), il quale, come si vedrà meglio nel proseguo, prendendo le mosse dalla considerazione che, nell'analisi del processo della comprensione, quest'ultima, sotto il profilo ontologico, si situa in una struttura circolare, che dal problema concreto, cioè dalla realtà fattuale che viene in considerazione, si sposta al testo da interpretare e viceversa, afferma che il processo di concretizzazione, così descritto, porta ad un'equiparazione tra la realtà della fattispecie astratta e realtà concreta, che consente la qualificazione giuridica, rendendo l'applicazione della norma attività non separata dalla sua interpretazione. Sul punto, cfr. *infra*, par. 4.1.

88 È questa la tesi di L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, cit., spec. p. 223 ss., secondo cui la concezione gadameriana sarebbe idonea a spiegare non soltanto il fenomeno dell'interpretazione, ma anche la dinamica del meccanismo stesso della produzione. Rilevato come nell'ottica del giuspositivismo il riferimento al potere come momento della produzione presupponga, come punti di riferimento, centri di imputazione soggettivi, e considerato che, secondo l'impostazione a cui si sta facendo riferimento, il ruolo effettivo del soggetto consiste, in un'ottica ermeneutica, nell'operazione di mediazione, svolta tramite un alternarsi di atteggiamenti di familiarità e di estraneità con il testo interpretato, si afferma che il ruolo del soggetto si presenta non facilmente sintetizzabile né come intervento attivo degli interessi rappresentati dal sistema, né come atteggiamento meramente passivo consistente nella trasmissione meccanica delle valenze espresse dalla comunità. Si sostiene allora (p. 227) che, appunto in ragione del fatto che l'intervento di concretizzazione non possa essere disgiunto da una più ampia considerazione della realtà storica entro cui gli stessi interessi della comunità trovano origine, nel processo della trasformazione del potere, così come nel meccanismo di comprensione di ogni sistema di segni linguistici, sarebbe comunque costante la presenza di un atteggiamento "non tanto concepibile come appropriazione di una realtà esterna alla sfera del soggetto bensì come manifestazione di un unico inesauribile processo storico di cui lo stesso soggetto sarebbe ad un tempo parte attiva e parte passiva in una stessa guisa". Una definizione del potere, quella appena descritta, che comporta (p. 227, n. 63) un suo sradicamento da ogni possibile valenza soggettiva e psicologistica.

La prospettiva assunta da tale dottrina si colloca quindi nell'ambito di quelle ricostruzioni, e in particolare di quella di G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., in cui il potere assume rilievo come energia attuale (cfr. *supra*, par. 2, n. 45). Si è già visto, del resto, (cfr. *supra*, par. 2, n. 46) come nella successiva evoluzione del pensiero di G. Berti, *Manuale di*

lievo ontologico ed accedere ad una schematizzazione eccessivamente formalistica, accettabile solo se intesa in modo piuttosto generico[89]: in questo senso, allora, la discrezionalità non potrebbe assurgere a manifestazione particolare del processo del comprendere, ma si risolverebbe nell'attuarsi del potere all'interno della problematica della comprensione attraverso il linguaggio, individuandosi solo sulla base della definizione normativa dei limiti dell'azione per il caso concreto[90]. Proprio per tali ragioni, tuttavia, al contrario dell'impostazione precedente, tale tesi non comporta una riconducibilità dell'intero fenomeno decisionale ad un'operazione qualificatoria: si afferma infatti il permanere comunque della distinzione, pur all'interno della concezione ermeneutica di produzione giuridica appena descritta, tra interpretazione (in senso stretto), il cui oggetto sarebbe l'attività vincolata, e la discrezionalità in senso proprio, in cui vi sarebbe una scelta dispositiva; più nello specifico, rispetto a questa considerazione di ordine generale, sul piano del diritto amministrativo si propone – in ragione della difficoltà di stabilire l'estensione delle valutazioni discrezionali, nonché dell'esigenza di evitare una ricostruzione eccessivamente rigida e formalistica del meccanismo della comprensione – una nozione allargata di discrezionalità, che vada in sé a ricomprendere la presenza di profili di vincolatezza, riscontrabili in occasione delle sin-

---

interpretazione costituzionale, cit., p. 45 ss.; Id., *Diritto amministrativo*, cit., p. 90 ss., dalla centralità del potere come energia attuale si è passati alla centralità del fenomeno interpretativo come processo normativo sostanziale. Ad ogni modo, rispetto alla tesi di G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 266 ss. – che non accoglie la contrapposizione della potenzialità del potere con l'attualità del suo uso, contrapposizione che rappresenterebbe, a detta dello stesso Berti, un riflesso della visione soggettivistica dell'ordinamento – L. Benvenuti, *La discrezionalità*, cit., p. 231 ss., n. 72, ritiene invece che il contrasto, espresso dall'A. in questione, tra potenzialità, propria del soggetto, e attualità, propria dell'ordinamento, seppure utile ad evidenziare la problematicità del fenomeno organizzatorio, sarebbe il prodotto di una radicalizzazione, che avrebbe come conseguenza l'occultamento della soluzione di ipotesi in cui non vi sia un uso del potere o in cui il potere resti inutilizzato. L'inquadramento proposto dallo stesso L. Benvenuti, una volta chiarito tale profilo, sarebbe allora nel senso che l'attualità del potere evidenziata da Berti assuma la sua importanza quale intesa come strettamente congiunta al farsi stesso della funzione sostanziale, giacché il potere attuale, svincolato da ogni eccessiva intromissione soggettiva, finisce per essere spostato nell'orbita della funzione, essendo entrambi, potere e funzione, appartenenti al modo dinamico dell'attività, quale riflesso della prospettiva ermeneutica adottata, in cui le varie figure soggettive rappresentano il veicolo dell'inesauribile problematicità emergente dall'interpretazione della realtà storica.

89 L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, cit., p. 279 ss.

90 L. Benvenuti, *La discrezionalità*, cit., pp. 249 ss. e 279 ss.

gole operazioni interpretative[91]. Secondo questa teorizzazione, dunque, è l'interpretazione che si risolverebbe nella discrezionalità, rivisitata all'interno di una visione ermeneutica del potere[92].

In una terza prospettiva, dovrebbe invece considerarsi irrilevante se l'integrazione della fattispecie normativa, lasciata imprecisa in taluno dei suoi elementi, sia ascrivibile o meno ad un'attività interpretativa. In ogni caso, infatti, l'indeterminatezza, che si esprime nelle clausole generali, contiene un margine di incertezza che richiede un'assegnazione di significato da parte dell'interprete, non essendovi un metodo logico attraverso il quale si possa giungere ad un significato univoco. In tal senso, ciò che rileva è allora chi possa procedere all'assegnazione di significato e a cosa detto significato debba fare riferimento. Seguendosi un'impostazione monistica di stampo oggettivistico del potere amministrativo, si ritiene quindi che la scelta di preferenza discrezionale non sia un prodotto della volontà di un'autorità amministrativa, ma sarebbe già predeterminata nell'ordine giuridico della società, che si tratterebbe solo di far emergere[93].

---

91 Si veda L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 81 ss., ed ivi n. 13, ove si ribadisce e si precisa quanto affermato in Id., *La discrezionalità*, cit., pp. 279 ss., 290 ss. e 326 ss. Si veda, da ultimo, pure Id., *Postfazione. La discrezionalità amministrativa nella lente dei suoi interpreti*, nella ristampa de *La discrezionalità amministrativa*, Pisa, 2023, p. 261 ss.

92 Per le ulteriori riflessioni, e generali sviluppi, in ordine a tale impostazione, cfr. il successivo L. Benvenuti, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017, spec. p. 55 ss.; Id., *Postfazione*, cit., p. 300 ss., ove, in ragione della irrimediabile vaghezza del linguaggio, che caratterizza quest'ultimo come problema quantitativo e non qualitativo, il rapporto tra discrezionalità e interpretazione considerato come *continuum*, nel prisma appunto di una concezione connotata da costitutiva indeterminatezza, viene posto a fondamento di una più generale considerazione del pensiero e del linguaggio al fine di una rivisitazione della tradizione filosofico-metafisica, rappresentandosene le conseguenze nel diritto amministrativo.

93 Si veda in particolare in questo senso l'impostazione di L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., p. 316 ss.; Id., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, cit., pp. 129 ss. e 152 ss.; Id., *Diritti fondamentali e potere amministrativo*, cit., p. 45 ss.; Id., *L'amministrazione repubblicana*, cit., p. 143 ss. In particolare, secondo, l'A., come si è visto *supra*, par. 2, n. 46, poiché l'Amministrazione non rappresenterebbe un potere dello Stato, ma sarebbe espressione dell'ordine giuridico della società (si riprende l'impostazione di G. Berti, *Amministrazione e costituzione*, cit., p. 458 ss.; Id., *Diritto amministrativo*, cit., p. 101 ss., di cui *supra*, par. 2, *ivi*), come tale deve procedere all'integrazione del precetto: l'interesse pubblico, infatti, non apparterrebbe ad un'autorità amministrativa in questo modo strutturata, ma risulterebbe predeterminato al pieno ed

Le interpretazioni riferite si collocano al di fuori della considerazione volontaristica della discrezionalità a cui tradizionalmente si è fatto riferimento. Peraltro, va sottolineato, non sono mancate alternative che, pur ponendosi nel medesimo senso di quelle appena rappresentate, ne hanno dato una connotazione parziale, in questo senso finendo per non discostarsi del tutto dalle fondamenta della visione classica del potere discrezionale, che per tale via può essere recuperata.

Così, vi è chi, rispetto alla prima delle tesi esaminate, pur ritenendo che la presenza di un margine di opinabilità o la ponderazione di interessi non siano caratteristiche tali da distinguere una particolare attività dall'applicazione del diritto, ha affermato, tuttavia, che una sfera di libertà potrebbe comunque giustificarsi, ma nei soli (e limitati, partendosi dal presupposto della generale separazione tra politica e amministrazione) casi in cui sussista un legame con un'effettiva politicità della scelta (sfera libera-politica, essenzialmente riferibile all'alta amministrazione)[94].

---

effettivo godimento delle libertà e dei diritti fondamentali, che, in ragione della lettura che si dà al combinato disposto degli artt. 1-2 Cost., si ritengono trattenuti nel perimetro della sovranità popolare quale appunto espressione dell'ordine giuridico della società. In quest'ottica, la determinazione discrezionale non potrebbe considerarsi quale scelta libera tra alternative lecite: l'integrazione della fattispecie avverrebbe ricavando la regola dall'ordine giuridico della società, attraverso un'assegnazione di significato in cui l'interesse pubblico sarà interamente (pre)determinato dallo scopo di consentire il più alto grado di godimento dei diritti delle persone. L'operazione di eterointegrazione avverrebbe dunque con riferimento a tale predeterminazione: ciò tuttavia – si badi – non escluderebbe, secondo l'A., l'esistenza di spazi di valutazione in capo all'autorità che procede, anche se ne riduce di molto il perimetro; in ogni caso, si afferma, essa risulta "interamente sindacabile" davanti al giudice (L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., p. 373; Id., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, cit., p. 158; nonché Id., *Diritti fondamentali e potere amministrativo*, cit., pp. 140-141, ove si utilizza la locuzione "interamente ripetibile"; Id., *L'amministrazione repubblicana*, cit., p. 169, ove la si considera "verificabile, riproducibile e contestabile").

94 È questo l'approccio di E. Codini, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008, p. 1 ss.; su cui cfr. anche Id., *La legge sul procedimento come fattore di crisi della discrezionalità amministrativa (note a proposito di una tesi di Feliciano Benvenuti)*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 241 ss. Partendo dal riferito presupposto per cui la presenza di un margine di opinabilità o la ponderazione di interessi non sarebbero caratteristiche tali da distinguere una particolare attività dall'applicazione del diritto, si ritiene che la giustificazione di un particolare regime per l'attività amministrativa debba,

Allo stesso modo, rispetto alla seconda impostazione riferita, può dirsi di quella dottrina che, pur accedendo alla visione ermeneutica della discrezionalità, non ne ha accettato un approccio totalizzante, e ha invece cercato un inquadramento del processo ermeneutico nell'ambito della qualificazione normativa, isolando tuttavia, rispetto ad essa, l'aspetto propriamente discrezionale che caratterizzerebbe la decisione[95]. In questo senso, riconducendosi al moto oscillatorio proprio del modello di comprensione il processo di concretizzazione della norma astratta, si è ritenuto che attraverso di esso si pervenga alla determinazione della

---

quindi, trovare un determinato fondamento di natura sostanziale. In questo senso, come detto nel testo, si afferma che la discrezionalità in senso proprio debba consistere in una sfera di libertà la cui estensione concernerebbe i soli (e limitati, partendosi dal presupposto della generale separazione tra politica e amministrazione) casi in cui sussista un legame con un'effettiva politicità della scelta, cioè con la sua correlazione ad un apparato amministrativo di carattere politicamente rappresentativo o comunque politicamente responsabile (sfera libera-politica, essenzialmente riferibile all'alta amministrazione). Da ciò si fa derivare che, in tutte le altre ipotesi in cui tradizionalmente si riscontra la sussistenza di discrezionalità amministrativa, non vi sarebbe invece alcun margine di insindacabilità, ma al contrario si sarebbe al cospetto, a prescindere dalla denominazione utilizzata, di un'attività di applicazione del diritto pienamente sindacabile (da intendersi nel senso di compiutamente sostituibile da parte del giudice, che applicherà, al pari di quanto avviene in qualsiasi attività interpretativa, l'opzione che ritiene preferibile: pp. 45-46 e 133).

95 È la tesi di N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, spec. pp. 111 ss., 120-121, 130 ss., 142 ss., il quale conforma il processo di concretizzazione dell'interesse pubblico contenuto nella norma attributiva del potere all'impostazione ermeneutica di Gadamer (già ricordata, e su cui cfr. ampiamente *infra*, par. 4.1), ed afferma che la determinazione dell'interesse pubblico concreto, cioè della norma del caso singolo, è il risultato di un'attività di carattere interpretativo, corrispondente alla fase predecisionale di impostazione delle premesse per la decisione, da cui deve essere tenuto distinto il momento decisorio in senso proprio, della scelta discrezionale.

In questo senso, si recepisce espressamente, nelle sue premesse generali, l'impostazione di F. Levi, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 280 ss. In particolare, secondo questa dottrina, che per prima si è posta nella prospettiva della concretizzazione dell'interesse pubblico astrattamente previsto in via normativa, riconducendolo ad un'attività conoscitiva dell'Amministrazione, le categorie indeterminabili (p. 259 ss.) non indicherebbero un tipo di fatti la cui sussistenza in concreto doveva essere accertata prima dell'emanazione di un provvedimento, ma, concorrendo alla descrizione dell'interesse pubblico specifico che rappresenta il canone fondamentale dell'agire amministrativo, imporrebbero all'autorità procedente di considerare l'intera situazione storica per stabilire se esista qualche fatto a tal fine significativo: i fatti considerati non sono accertati in quanto previamente descritti dalla legge, bensì in quanto in qualche modo connessi con l'interesse pubblico. Quest'attività sarebbe un'attività prettamente cognitiva, che quindi si concreta in un accertamento, in un giudizio storico, che consente di determinare quello che l'A.

norma in concreto, che in sé rappresenta un precetto posto dall'autorità decidente a cui si ascrive il carattere dell'originarietà, e consegue, quale suo esito, ad un fenomeno di qualificazione giuridica del fatto. Tuttavia, è stato anche aggiunto, detta determinazione non racchiuderebbe in sé la scelta della misura più idonea a massimizzare l'interesse concreto così individuato, la quale, qualora sia previsto un certo margine di discrezionalità, viene considerata una valutazione dispositiva lasciata all'autorità decidente[96]. In tale impostazione, dunque, il riferito approccio non totalizzante si è tradotto in una compiuta distinzione tra attività di qualificazione, ricompresa nel processo della comprensione, e scelta discrezionale, che invece ne è esclusa.

In disparte tali connotazioni 'parziali', ad ogni modo, nella loro considerazione generale i tre approcci riferiti possono dirsi proporre una differente visione della considerazione della discrezionalità rispetto all'attività qualificatoria. Non si

---

definisce interesse pubblico concreto (p. 301 ss., p. 326 ss.), idoneo a rappresentare il presupposto effettivo (che non potrebbe essere integrato dall'intere pubblico in astratto configurato dalla norma) sulla base del quale si deve esplicare l'azione amministrativa.

96 In particolare, secondo N. Paolantonio, *Il sindacato*, cit., p. 111 ss., il complesso di operazioni che caratterizza l'attività conoscitiva richiama l'idea della necessaria individuazione, da parte dell'Amministrazione, della ragione che consente di considerare il risultato della valutazione, la c.d. norma del caso singolo. Questo precetto (pp. 120-122), che viene posto dalla P.A. e consiste certamente in "un qualcosa che prima non esisteva", non si identifica tuttavia nella determinazione discrezionale, ma costituisce l'esplicazione di un'attività logicamente antecedente alla scelta medesima, destinata a concludersi con l'elaborazione del criterio giuridico sulla scelta: "il problema, in sostanza, è quello di sapere "in ragione di che", in una data situazione storica, si deve (o non si deve) provvedere, e non "come" si deve provvedere, domanda alla quale nessuna proposizione normativa può (né deve) fornire risposta" (pp. 143-144). Vi è quindi (pp. 353-354) un primo apprezzamento sui fatti compresenti nella fattispecie concreta, diretto ad identificare nella sua consistenza l'eventuale interesse pubblico specifico che costituisce il presupposto per l'esercizio del potere, apprezzamento che ha natura strettamente qualificatoria; e un secondo apprezzamento consistente in una valutazione ponderata dell'interesse così individuato, che ha ad oggetto, qualora la norma attribuisca all'autorità decidente un certo margine di discrezionalità, l'individuazione della soluzione maggiormente idonea, "*a giudizio insindacabile dell'amministrazione*" (corsivo testuale), a consentire la massimizzazione di quell'interesse: in questo secondo caso, il margine di discrezionalità rimesso alla P.A. esclude qualsiasi giudizio a carattere qualificatorio. Non si accoglie, quindi, la prospettiva di L. Benvenuti, rispetto alla quale (pp. 134-135, n. 117) si reputa eccesiva l'impostazione di fondo, che qualifica la discrezionalità come modo di essere della stessa attività interpretativa.

Sui rilievi da parte nostra sollevati in ordine a tale tesi (nonché all'impostazione, sotto tale profilo, assunta da F. Levi, di cui alla nota precedente), cfr. *infra*, par. 5, n. 146.

ritiene, tuttavia, che essi possano essere accolti, in quanto, rispetto ad ognuno, paiono emergere talune criticità, più o meno marcate, o comunque punti di difficile condivisibilità.

In particolare, rispetto alla prima impostazione, è evidente che l'equiparazione della discrezionalità all'attività interpretativa dovrebbe comportare la piena sostituibilità del giudice nella scelta amministrativa discrezionale (sia qualora sia stata effettuata, sia quando non sia stata ancora effettuata, essendo, sotto il profilo della sostituzione, tale circostanza del tutto irrilevante). Opinare il contrario, infatti, porrebbe un limite processuale all'accertamento che, come sopra si è visto, non sarebbe ammissibile. Tuttavia, non soltanto le relative tesi solitamente non si spingono sino a tale conclusione[97], ma quest'ultima risulta comunque disattesa, quantomeno, dal diritto positivo, che all'art. 31, co. 3, c.p.a. sancisce la non sostituibilità del giudice rispetto ad una scelta discrezionale non esaurita[98].

La seconda impostazione, risolvendo l'interpretazione nella discrezionalità propria dell'ermeneutica[99], non si presta invece a tale obiezione. Ma, distinguendo all'interno della ampia considerazione della discrezionalità tra operazioni interpretative vincolate e scelte dispositive, pone comunque il problema dell'attività di disposizione, che necessità del pieno accoglimento della prospettiva ermeneutica contemporanea per poter trovare fondamento. Se ad essa non si ritiene di poter accedere nei termini totalizzanti di questa dottrina, non si riesce a pervenire alla soluzione della relativa problematica, come dimostrato dagli approcci 'parziali' sul punto.

La terza impostazione sviluppa, infine, la struttura procedurale della funzione in una specifica matrice oggettivistica, quella relativa all'ordine giuridico della società, che, in sé, consegnerebbe già data la scelta discrezionale. In disparte l'adesione o meno a tale prospettiva, anche al suo interno, andrebbe tuttavia specificato come la ricerca della norma già presente nell'ordine giuridico della società possa essere effettuata dall'Amministrazione, ma non essere sostituita dal giudice, considerato che, a ben vedere, l'attribuzione di senso non spetterebbe né

97 Si veda quanto detto *supra*, n. 86.

98 Cfr. *supra*, par. 2.2. Sul punto, per eventuali approfondimenti, si rinvia a *Potere*, I, cit., p. 326 ss.

99 L. Benvenuti, *opp. ult. citt.*

all'una né all'altro, ma dovrebbe unicamente essere ricavata da una regola già determinata. Se, allora, di ciò si tratta, non sarebbe evitabile un sindacato sostitutorio dall'organo che da ultimo è deputato a tale attività (ricadendosi, per tale via, nell'obiezione rivolta alla prima delle impostazioni esaminate); in caso contrario, invece, si dovrebbe ammettere comunque un apporto soggettivo da parte della P.A., rimanendo conseguentemente irrisolta la relativa problematica[100].

---

100 Questa dunque l'obiezione che può muoversi alla tesi di L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., p. 316 ss.; Id., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, cit., pp. 129 ss. e 152 ss.; Id., *Diritti fondamentali e potere amministrativo*, cit., p. 45 ss.; Id., *L'amministrazione repubblicana*, cit., p. 143 ss. (nonché nei confronti dell'impostazione, da cui essa prende le mosse, dello stesso G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 45 ss.; Id., *Diritto amministrativo*, cit., p. 90 ss., secondo cui, come si è visto, la funzione normativa si esplica come interpretazione del divenire sociale, che viene svolta dai vari operatori giuridici quali, appunto, operatori dell'interpretazione). Ed infatti, come spiegato, laddove i margini di scelta ricadano interamente all'interno dell'attività qualificatoria, l'unico modo di evitare una completa sostituzione della scelta effettuata sarebbe quello di ammettere un limite *processuale/procedurale* all'accertamento; in caso contrario, una successiva attività di accertamento, per sua natura, sarebbe sostitutiva in ogni caso della qualificazione giuridica (eventualmente) effettuata in prima battuta dal soggetto. Un limite all'accertamento, tuttavia, come pure si è visto, non può riscontrarsi in ordine al sindacato del giudice amministrativo sull'operato della P.A. Da ciò consegue che, se alla sussistenza di spazi di valutazione si accompagna l'impossibilità di una completa sostituzione da parte degli altri operatori nella preferenza accordata dall'autorità procedente, allora la predeterminazione supposta non potrebbe essere totale, ma si dovrebbe comunque fare riferimento ad un apporto soggettivo dell'operatore giuridico che derivi dalla consistenza della propria situazione giuridica di potere sotto il profilo sostanziale. Questo punto, invero, non è chiarissimo in relazione alla dottrina che si sta esaminando (cfr. *supra*, n. 93), nel senso che non è chiaro, anche in ragione della terminologia utilizzata, se alla sussistenza di un margine di valutazione in capo alla P.A. si accompagni la possibilità per il giudice di scegliere quale opzione ritenere preferibile; sembra tuttavia che il riferimento non sia ad un sindacato interamente sostitutorio. Se, dunque, un apporto soggettivo viene ammesso, e tale apporto soggettivo non può che avere natura sostanziale, quale derivante dalla consistenza della situazione giuridica di potere, allora il problema della discrezionalità, attraverso il riferimento a regole predeterminate proprie di un ordine giuridico della società (in cui la sovranità si trattiene, senza trasferirsi interamente al circuito della rappresentanza politica), sarebbe soltanto ridotto, ma non risolto del tutto.

Invero, la prospettiva in esame, in ragione della sua matrice oggettivistica, fondata sulla struttura procedurale della funzione amministra, pare sottendere che il rapporto tra ordine di scelta amministrativa e ordine di scelta del giudice si ponga effettivamente su un piano procedurale, quale attinente, cioè, a differenti modalità procedurali di accertamento. Il problema è che, però, tale considerazione non supererebbe comunque l'obiezione per cui, se così fosse, di

3.2 *(segue)* In relazione all'individuazione del presupposto dell'attività di creazione della norma

Il secondo profilo che si è menzionato è rappresentato dal ruolo svolto, nell'identificazione della discrezionalità amministrativa, dalla ponderazione di interessi di cui si assume un valore politico. Come si è detto, tale profilo è direttamente collegato con il precedente, atteso che la distinzione fra attività qualificatoria di una norma già esistente e attività creativa di una nuova norma andrebbe individuata appunto nella ponderazione di interessi di stampo latamente politico. Discostandosi da tale assunto, si viene, quindi, a porre una differente distinzione con l'attività di qualificazione giuridica.

In sé, peraltro, il collegamento tra i due profili si è presentato senza un'effettiva soluzione di continuità, atteso che il rapporto tra attività di creazione e attività di qualificazione ha spesso portato ad una riconsiderazione anche del ruolo della ponderazione di interessi, come si è visto in ordine a quelle impostazioni che, partendo dal primo dei due momenti, sono poi finite per ricadere, almeno in parte, in una ridefinizione del secondo. D'altro canto, va pure rilevato come l'espressa considerazione di quest'ultimo, del presupposto, cioè, sul quale fondare un'attività normativa creativa, non qualificatoria, al fine di definire la discrezionalità amministrativa, non sia stata solitamente trattata *ex professo*, ma al contrario tendenzialmente evitata.

Ora, per affrontare il profilo in esame, si può partire dalla constatazione per cui, come si è visto, il ruolo della ponderazione di interessi ha rivestito massima importanza nella distinzione con la c.d. discrezionalità tecnica, cioè con l'attività

---

fatto si avrebbe un limite processuale all'accertamento giurisdizionale (di una procedura su un'altra), come detto non consentito. L'unico modo, per sviluppare una siffatta intuizione, sarebbe quello di ritenere che un valore sostanzialistico, di apporto soggettivo, vada riconosciuto alla discrezionalità; ma che esso assuma, d'altro canto, *all'interno della struttura normativa della funzione*, un carattere procedurale, così recuperando, per tale via, una concezione della discrezionalità compatibile con la visione rappresentata. Ciò tuttavia risulta possibile soltanto attraverso la scissione della rilevanza normativa propria delle situazioni di potere amministrativo (e, con essa, quella relativa alla definizione della regola di preferenza discrezionale) in due differenti piani, l'uno sostanziale e l'altro processuale; la quale, peraltro, necessiterebbe di un differente fondamento – e corrispondentemente, a ben vedere, un differente valore attribuito alla discrezionalità – rispetto a quello su cui si basa la Scuola oggettivistica: cfr. *infra*, parr. 5 ss., per la tesi da parte nostra sostenuta.

di valutazione di un fatto rispetto ad una norma, come tale in sé ascrivibile ad un'attività qualificatoria, che presenta un margine di opinabilità nel suo esito.

Come ricordato all'inizio della nostra trattazione, la distinzione tra l'ipotesi di assenza della norma regolatrice, e quella in cui la norma sussiste ancorché imprecisa nel suo contenuto, sotto un profilo qualitativo o quantitativo, nel riferimento fattuale al correlato referente normativo, è stata messo in luce già dalla dottrina più risalente. In tale scenario, il limite accordato alla tutela, determinato dalla tradizionale concezione del sindacato giurisdizionale di legittimità, conferiva una rassicurante giustificazione ad una situazione in cui, pur non potendosi parlare di discrezionalità in senso proprio, non si consentiva al giudice di sostituirsi all'Amministrazione.

Tuttavia, come pure si è visto, non è più questa la situazione che caratterizza il processo amministrativo. La garanzia, di ordine legislativo e costituzionale, di pieno accesso al fatto, non permette più di riferirsi al sindacato del giudice amministrativo assumendone possibili limiti di carattere processuale. Se, dunque, il sindacato del giudice su valutazioni tecniche opinabili non si presenta come sostitutorio, ma soltanto confutatorio (in disparte le eventuali formule enfatiche utilizzate, di sindacato 'forte', intrinseco, ecc.), ciò dovrebbe trovare un fondamento di natura sostanziale, non una giustificazione determinata da inammissibili limiti di carattere processuale.

In proposito, la dottrina ha, in effetti, tentato di proporre differenti ricostruzioni in ordine alla configurazione di un ambito di valutazione riservato in capo alla P.A. sulle valutazioni tecniche, rispetto al quale non possa aversi un sindacato giurisdizionale integralmente sostitutorio.

In questo senso, si è cercato quindi di sostenere che la valutazione tecnica, ancorché non partecipi dei caratteri propri della discrezionalità amministrativa, sarebbe espressione, comunque, di un potere valutativo sostanzialmente ascritto all'Amministrazione.

In particolare, una tale riserva si è ipotizzata: in relazione ai casi in cui viene in rilievo la soggettività assoluta del momento valutativo e/o l'irripetibilità del giudizio[101]; in considerazione della presenza di conoscenze tecniche soggettiva-

101 In questo senso V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità*, cit., p. 496 ss. In particolare, l'illustre Maestro nega qualsiasi valenza concettuale alla nozione di discrezionalità

mente specialistiche, idonee a creare una struttura di potere reale, in quanto tale non sindacabile da parte del giudice, nel momento in cui viene attribuito alla PA. in ragione della sua maggiore rappresentatività[102]; oppure in forza del nesso di funzionalità tra il tipo di giudizio e il soggetto a cui esso è demandato nell'ambito dell'organizzazione amministrativa[103].

Le soluzioni fornite si caratterizzano per tentare di fornire, in vario modo, un fondamento giustificativo ad una riserva su una valutazione tecnica, pur non afferente come tale alla discrezionalità amministrativa, rapportandosi a conside-

---

tecnica, che si ritiene di dover abbandonare, coincidendo con un mero accertamento dei fatti che richiede un apprezzamento tecnico: in questo senso, dunque, nel momento in cui il fatto è fissato nella fattispecie normativa dell'atto, esso non potrebbe essere oggetto, in sede giurisdizionale, di un sindacato soltanto esterno, sull'eccesso di potere; vi dovrebbe essere, invece, un sindacato di violazione di legge con accesso pieno al fatto (all'epoca non riconosciuto in via generale). Tuttavia, si precisa, quando l'attività accertativa e valutativa presenta due proprie caratteristiche, spesso tra loro unite, la *soggettività* assoluta del momento valutativo e l'*irrepetibilità* del giudizio, allora vi sarebbe (non già discrezionalità, ma) l'*esclusività* della competenza in capo all'Amministrazione, in ragione della particolare struttura del tipo di attività.

102 Si veda C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, pp. 185 ss. e 197 ss., il quale, differenziando (p. 165) il potere quale mero fenomeno di produzione di un effetto dal potere quale implicante una sfera di autodeterminazione, come tale escludente un sindacato pieno e diretto in sede giurisdizionale, ritiene che quest'ultima ipotesi si verifichi non soltanto in presenza di discrezionalità amministrativa, ma anche in quella, pur differente, di una valutazione di accertamento, quando questa non comporti un risultato certo. Ed infatti, stabilito che la politica non è giuridicamente qualificabile come tecnica, si afferma che l'ordinamento è costruito sul primato del non tecnico rispetto al tecnico, precisandosi, tuttavia, che la tecnica può comunque emergere, al suo interno, come struttura di potere reale: l'esercizio delle conoscenze tecniche, infatti, sfugge alla possibilità di critica dell'opinione pubblica, e, in tal modo, (p. 205) "emerge come una struttura di potere che tende a (o che può) contrastare il primato del non tecnico sul tecnico che è alla base dell'ordinamento"; in questo senso, la tecnica esprime dei valori che determinano l'esito dell'apprezzamento, i quali sono, almeno in parte, i valori propri della cultura del ceto professionale che quella tecnica detiene. In tale prospettiva, l'attribuzione all'Amministrazione di una valutazione tecnica consentirebbe allora, nelle ipotesi previste, di ascrivere ad essa, quale esprimente valori maggiormente rappresentativi della società, quel potere reale, impedendo l'altrimenti primazia della tecnica sull'ordinamento: ne conseguirebbe, dunque, che ogniqualvolta una valutazione tecnica opinabile (non vincolata) sia conferita alla P.A., si dovrebbe ritenere sussistere un potere di valutazione tecnica che, pur differente dal potere discrezionale, impedirebbe, in ragione di quanto spiegato, la sostituzione da parte del giudice.

103 È la tesi di D. de Pretis, *Valutazione amministrativa*, cit., p. 297 ss., secondo cui l'affidamento di una scelta in via riservata all'Amministrazione costituirebbe una conseguenza dei caratteri dell'ordinamento, in specie dell'equilibrio che corre fra i poteri dello Stato, la quale, tuttavia, non dipenderebbe necessariamente dagli elementi *oggettivi* della scelta in questione, ma

razioni strutturali proprie dell'organizzazione e/o dello svolgimento della funzione amministrativa. Rispetto ad una siffatta prospettiva, tuttavia, si è dubitato che le argomentazioni formulate fossero in grado di giustificare un'effettiva riserva di valutazione, non risultando in ogni caso inserite in un quadro ricostruttivo sistematico più generale, idoneo a conferire loro una più solida base strutturale[104]. Peraltro, va evidenziato che, in alcune delle tesi considerate, la valutazione tecnica opinabile non riservata, se prevista, viene comunque assoggettata ad un sindacato di tipo confutatorio[105]. Infine, non è chiaro a quale declinazione sostanziale si

---

deriverebbe piuttosto dalla specifica imputazione *soggettiva* che alla scelta stessa viene riferita. Se, dunque, con l'attribuzione riservata all'Amministrazione della scelta concernente interessi l'ordinamento esprimerebbe un'opzione che, nell'economia generale del sistema, presenterebbe caratteri di necessarietà, in ragione del compito precipuo ed esclusivo della P.A. di cura concreta dell'interesse pubblico, ciò non escluderebbe che, per altre ipotesi di scelta, ove si pongono analoghi problemi di opinabilità e soggettività del giudizio, vi possa essere comunque affidamento in via riservata alla P.A. L'elemento scriminante, che viene in questo senso in considerazione, sarebbe determinato dalla specifica funzionalizzazione dell'organizzazione all'attività amministrativa: questa, si ritiene infatti, non si esaurirebbe nell'ambito dell'attività in senso stretto discrezionale, ma potrebbe invece astrattamente riguardare qualsiasi attività amministrativa, quale l'attività comportante apprezzamenti tecnici non discrezionali; ne consegue (p. 348) che l'attribuzione in via riservata all'Amministrazione di valutazioni non discrezionali troverebbe la propria legittimazione sotto il profilo organizzatorio, nella specifica competenza dell'articolazione organizzativa affidataria, vale a dire "nella circostanza che la scelta organizzatoria operata ai fini dell'affidamento di quel compito valutativo sia comunque stata una scelta condizionata funzionalmente dall'obiettivo di garantire l'adeguatezza dell'azione amministrativa". Ciò, secondo l'A., deriverebbe (p. 363 ss.) non dalla semplice soggettività dell'Amministrazione nella valutazione, ma dalla circostanza che la norma abbia "segnatamente, volutamente, consapevolmente" affidato il relativo potere alla P.A., esprimendo un nesso di qualificata funzionalizzazione dell'organizzazione al compimento del giudizio, il quale, in ragione degli specifici caratteri dell'organo designato, potrà rilevare, in particolare, (pp. 351-352) in termini di rappresentatività, preparazione tecnico-scientifica, o responsabilità dell'organo, oppure di un apporto composito di più di questi (o altri) elementi. In questi termini, (p. 395 ss.) pur non disconoscendosi un sindacato giurisdizionale pieno sulla veridicità del fatto, esso non potrebbe comunque avere carattere sostitutorio rispetto alla valutazione opinabile espressa dall'Amministrazione.

104 Si veda, in particolare, quanto si dirà *infra*, parr. 7 ss.

105 Così, V. Cerulli Irelli, *Note*, cit., pp. 529-530, ritiene che, anche nelle ipotesi estranee alla *soggettività* assoluta del momento valutativo o all'*irrepetibilità* del giudizio, in ogni caso, "ove l'opinabilità in concreto delle valutazioni (...) di un fatto da parte dell'amministrazione stia a fronte di valutazioni diverse dello stesso fatto acquisite nell'istruttoria processuale, che risultano altrettanto opinabili, la valutazione dell'amministrazione resterà ferma, come quella che non risulta non veritiera, epperciò risulta legittima". Il problema, che veniva affrontato, era, dunque, solo quello dell'accesso pieno al fatto, proprio dell'epoca; mentre il sindacato rimaneva di carattere

vada a riferire l'ambito di valutazione riservato, che spesse volte viene assunto al rango di effettivo 'potere': in ragione della non univocità di quest'ultimo concetto, sussiste l'ambiguità del relativo riferimento, e delle conseguenze che da ciò scaturiscono.

Di fatto, permane quindi, in via generale, come già riferito, il problema di un'attività in sé qualificatoria, ancorché opinabile, non assoggettata ad un sindacato giurisdizionale sostitutivo[106].

Una volta che, ad ogni modo, si viene ad ammettere, conformemente all'impostazione che si è visto assunta dalla giurisprudenza, un sindacato confutatorio anche a fronte di valutazioni che non sarebbero ascritte a discrezionalità amministrativa, la conclusione a cui si finisce per pervenire, per tale via – e al netto della constatazione di uno stato di fatto reputato non superabile, derivante dalla stretta commistione, e parallela contaminazione, tra la sfera dell'opinabilità e la sfera dell'opportunità amministrativa, che ne renderebbe difficoltosa la separazione[107] – dovrebbe essere quella per cui andrebbe modificato lo stesso presupposto sostanziale sul quale fondare la discrezionalità, prescindendo dalla politicità propria della ponderazione di interessi[108].

---

comunque confutatorio. Tale profilo è, del resto, condiviso anche da F. Ledda, *Potere, tecnica*, cit., p. 434 ss., che, come visto, si esprimeva sul punto nel medesimo periodo.

106 Né la problematica ci pare superata nella prospettiva di F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 791 ss., spec. p. 826 ss., il quale, a ben vedere, finisce per ascrivere la valutazione tecnica a discrezionalità in ragione della sua opinabilità, e, per tale via, postula una restrizione dei risultati a cui il giudice amministrativo può pervenire attraverso la consulenza tecnica. Tale impostazione, infatti, può essere sostenuta, ma soltanto ammettendo espressamente una riformulazione del criterio discretivo su cui si fonda la discrezionalità amministrativa (ciò che non si ritrova, per lo meno espressamente, nella ricostruzione dell'A.): cfr. subito di seguito, nel testo.

107 Cfr. in particolare F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., p. 104 ss. secondo cui la reciproca contaminazione, in materia di autorità indipendenti, tra diritto e tecnica si sarebbe risolta in una parallela contaminazione tra la sfera dell'opinabilità e la sfera dell'opportunità amministrativa, rendendone difficoltosa la separazione.

108 Una tesi invece differente è quella che, nel pervenire, di fatto, al medesimo obiettivo di ridefinire il concetto di discrezionalità descritto nel testo, non lo ha perseguito attraverso la caratterizzazione del contenuto dell'attività, quanto piuttosto dando precipua rilevanza alla configurazione da parte della norma della titolarità pubblica del bene, che può essere disposto solo tramite atti autoritativi, in relazione al meccanismo di produzione degli effetti nel cui contesto l'ordinamento l'ha inserita: così P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002, spec. pp. 149 ss. e 219 ss.; Id., *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., IV,

Tale opzione, in particolare, può essere perseguita sotto un profilo di teoria generale, facendo riferimento ad un diverso presupposto logico-concettuale della discrezionalità, su cui la stessa troverebbe fondamento, quello della indeterminatezza di un elemento conoscitivo, dispositivo o teleologico della fattispecie[109]. È stata ricercata, inoltre, anche in via maggiormente empirica, in considerazione della storicità della originaria concezione della discrezionalità, e del trattamento che la giurisprudenza riserva, egualmente, alle scelte opinabili, a prescindere dal riferimento alla ponderazione di interessi, che dunque andrebbe supera-

Torino, 2010, p. 146 ss., spec. p. 167 ss. Secondo l'A., rilievo scriminante, per assumere la non sostituzione del giudice, risiederebbe infatti nella circostanza che il meccanismo regolativo di produzione della determinata situazione effettuale, scelto dal legislatore, non è quello dell'efficacia *ex lege* al verificarsi di determinati fatti, ma quello dell'attribuzione del potere, in capo alla P.A., di produzione dell'effetto, al verificarsi dei medesimi fatti (secondo lo schema, quindi, norma-potere-effetto, per come contrapposto a quello norma-fatto-effetto). Non verrebbe in conto, dunque, l'opinabilità o meno della valutazione, il carattere più o meno complesso della scelta o l'indeterminatezza del dato normativo: ciò che rileva è invece, il valore normativo dell'attribuzione di una situazione giuridica di potere giuridico in capo all'Amministrazione. In questi termini, si ritiene (p. 265 ss.) che solo in caso di efficacia *ex lege*, si configurerebbe attività vincolata della P.A., esprimentesi in chiave dichiarativa dell'effetto già prodotto; in caso contrario, al cospetto di un potere, sussisterebbe discrezionalità.

109 Tale prospettiva può essere ricavata dall'impostazione di F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., p. 423 ss. (ancorché, si badi, ivi non espressamente sostenuta). L'A., nel ricostruire il modello logico di sindacato di legittimità del giudice amministrativo, prende in considerazione la classificazione di teoria generale che, in relazione all'esercizio del potere, fa riferimento alla presenza di un margine di scelta in capo all'autorità decidente, che derivi dall'indeterminatezza di taluni degli elementi della corrispondente fattispecie normativa: in questo senso, sarebbe dunque possibile riscontrare una discrezionalità nel momento *conoscitivo*, quando vi è un margine di scelta circa la possibilità di rapportare il *quid* da qualificare alla classe corrispondente al concetto di riferimento (discrezionalità nell'apprezzamento dei presupposti); una discrezionalità nel momento *dispositivo*, qualora vi sia un margine di scelta nell'individuazione della conseguenza giuridica, in sé e con riferimento all'*an*, al *quomodo* o al *quando* della produzione degli effetti (discrezionalità nella misura da adottare); e una discrezionalità nel momento *teleologico*, laddove sia lasciato all'autorità decidente un margine di scelta circa la determinazione del fine da perseguire, come avviene da parte della normativa amministrativa per la definizione dell'interesse da perseguire in concreto. La classificazione descritta non coincide con quella relativa alla concezione della discrezionalità amministrativa solitamente utilizzata nel nostro ordinamento, per cui la discrezionalità viene intesa come ponderazione di interessi, che, in sé, può attenere ad ognuno dei tre momenti (in questo senso, si sottolinea, come, ad es., anche nel momento conoscitivo si possa far riferimento ad una ponderazione di interessi, come nella nuova valutazione dell'interesse pubblico originario di cui all'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990). Nondimeno, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo viene strutturato nel medesimo senso per tutte le valutazioni che presentano

ta in favore della generale considerazione della concretizzazione di clausole generali o concetti giuridici indeterminati[110].

Ora, in disparte le considerazioni inerenti alle singole tesi che sul punto possono essere effettuate, e i rilievi che ad esse possono essere mossi[111], ciò che comunque ci sembra doversi ammettere è che, nel momento in cui, indirettamente o direttamente, si vuole pervenire ad una ridefinizione della discrezionalità amministrativa, o ad un ampliamento delle ipotesi assoggettate alle medesime conseguenze, ciò che si deve prospettare, per le ragioni già considerate, sarebbe la rivisi-

---

margini di opinabilità, quale sindacato pienamente *confutatorio*, ma non *sostitutorio*; rispetto al quale, cioè, la scelta opinabile di cui non è riuscita la confutazione, non può essere sostituita da altra scelta, altrettanto corretta e altrettanto opinabile, effettuata dal giudice. Lo stesso A., del resto, se mantiene fermo (cfr. Id., *Discrezionalità e interpretazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, p. 621 ss.) che la discrezionalità, "nell'accezione ristretta accolta dalla dogmatica del diritto amministrativo", esprimendo un giudizio di preferenza, non coincide con l'instaurazione di una relazione di identità nella qualificazione di uno stato-di-cose rispetto ad una fattispecie astratta (cioè l'interpretazione), ammette pure che propendere per una certa interpretazione o qualificazione comporta l'attuazione di un certo assetto di valori o interessi, determinati dalla conseguenza giuridica associata ad una certa classe di fatti o al fatto concreto qualificato. In generale, cfr. anche Id., *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, in *Pers. amm.*, 2017, 1, p. 123 ss.

Il riferimento a incompletezza della fattispecie astratta e incompletezza delle conseguenze giuridiche, al fine della considerazione della discrezionalità amministrativa, come tale sindacabile ma non sostituibile nella scelta opinabile, si ritrova anche in G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, p. 124 ss.

Tali profili, di indubbio rilievo per la nostra ricostruzione, saranno ripresi ampiamente *infra*, parr. 5.

110 Tale impostazione è quella che si ritrova in A. Moliterni, *La discrezionalità*, cit., p. 409 ss., secondo cui la nozione gianniniana della discrezionalità risentirebbe del contesto storico in cui è stata formulata, e sarebbe stata determinata, in particolare, dall'esigenza di salvaguardare un margine di autonomia dell'Amministrazione rispetto alla generale giuridicizzazione dell'attività di attuazione della legge (di cui, infatti, alla tesi di Mortati, come già ricordato), per come in quel tempo si era venuta a concepire; l'autonomia, in questo senso, era intesa di stampo latamente politico, propria, come tale, di un momento storico in cui non era stata elaborata una compiuta distinzione della funzione di indirizzo politico dalla funzione amministrativa (il punto è bene evidenziato da M. Pastorelli, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, I, cit., p. 87 ss., spec. pp. 116 ss. e 148 ss.). Tali presupposti, che portano invero l'A. ad una specifica valorizzazione del pensiero di Giannini nel tempo in cui fu teorizzato, sarebbero però ormai superati, a fronte del mutato quadro ordinamentale e delle conseguenze, ben note, che si sono anche in questa sede poste in evidenza (la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, la sua tecnicizzazione, e in generale la modalità ricostruttiva della scelta amministrativa basata su una sua giuridicizzazione attraverso clausole generali e concetti giuridici indeterminati). In questo

tazione del presupposto sul quale fondare la sussistenza di un'attività di creazione di una norma non esistente, come tale rimessa ad una definizione estranea ad un organo a cui non è conferita la relativa attribuzione.

4. Considerazioni introduttive per la ricostruzione della discrezionalità amministrativa

La questione del rapporto tra discrezionalità amministrativa, creatrice di una norma, e attività di applicazione di una norma già esistente, consistente in

---

quadro, invero, la dottrina non ha generalmente posto in discussione la concezione della discrezionalità in esame, ma ne ha affermato poi un restringimento e/o una crisi. Mentre la giurisprudenza, dal canto suo, da un lato ha utilizzato un modello unitario di sindacato, di stampo confutatorio, sia su valutazioni che possono sottendere una ponderazione di interessi, sia su valutazioni intellettive complesse; dall'altro, in ragione della generale incertezza sul punto, ha fatto riferimento alla sussistenza o insussistenza di discrezionalità in maniera *strategica*, in ragione dell'obiettivo da conseguire nel caso concreto (restrizione o ampliamento del sindacato, riparto di giurisdizione, ecc.). Si ritiene, allora, che, nel mutato quadro ordinamentale, debba essere proprio ripensata la concezione di discrezionalità amministrativa: questa, in ragione della sua attuale considerazione istituzionale, si dovrebbe riscontrare dinnanzi a tutte le fattispecie normative caratterizzate dall'attribuzione di un potere amministrativo fondato su presupposti giuridici indeterminati o clausole generali; e il suo esercizio sarebbe rivolto alla loro concretizzazione, per come idonea a trovare riscontro all'interno del modello procedimentale, normativamente previsto per lo svolgimento dell'azione amministrativa. Il sindacato del giudice, rispetto ad una scelta in questo senso discrezionale, sarebbe di carattere confutatorio (esplicito il riferimento a F. Follieri, di cui alla nota precedente); tuttavia, in taluni casi – si prendono ad esempio le sanzioni amministrative antitrust, per il loro carattere punitivo, siccome considerato in sede CEDU; o i diritti fondamentali della persona, in ragione del loro rilievo costituzionale – esso potrebbe declinarsi in chiave sostitutoria. Cfr., in proposito, anche A. Moliterni, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, p. 393 ss.; Id., *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in Id. (a cura di), *Le valutazioni tecnico scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021, p. 5 ss.

La teorizzazione in esame presenta certamente, sotto taluni profili, punti di contatto con la nostra, già espressa in *Potere*, I, cit., e qui riproposta al fine di considerarne le implicazioni e le conseguenze (in particolare, in ordine alla sua estensione). Proprio per tale ragione, non si comprende invero la critica rivoltaci dall'A. (*La discrezionalità*, cit., p. 494, n. 373), per cui l'impostazione da noi sostenuta non sarebbe accoglibile, in quanto la discrezionalità, in sé, non potrebbe essere riconducibile ad un procedimento sillogistico e puramente accertativo. Nella nostra ricostruzione, infatti, non c'è una siffatta equiparazione, che anzi viene espressamente negata: *Potere*, I, cit., p. 446 ss.; cfr. *infra*, parr. 5 e 6.2. Ciò che si sostiene è che, nel momento in cui l'ordinamento struttura il procedimento amministrativo su un modello normativo fondato sull'accertamento degli elementi della fattispecie ai fini dell'adozione della decisione (presupposto in sé pacifico, in via generale, per come ricavabile dalla relativa disciplina della l. n. 241/1990), il

una qualificazione giuridica, non si è presentata dunque scevra da dubbi in dottrina, relativi non soltanto alla difficoltà nell'individuazione, in concreto, del presupposto su cui la discrezionalità stessa troverebbe fondamento, ma alla stessa considerazione del parametro al quale fare riferimento in ordine all'alternativa fra applicazione/creazione.

Ciò che è sotteso, a questa valutazione, è la stessa considerazione del *potere*, in generale e nel diritto pubblico; e, corrispondentemente, la stessa considerazione del modello di giuridicità dell'ordinamento. La dinamica della produzione, per tale via, porta infatti con sé la questione della propagazione della giuridicità dell'ordinamento, e del suo fondamento.

Proprio per tale ragione, chi scrive ha avuto modo di affrontare la questione in una più ampia trattazione concernente il potere e le situazioni giuridiche nel diritto amministrativo; ove la discrezionalità, appunto, ha costituito il fulcro della ricostruzione da cui ha preso le mosse la nostra impostazione[112].

---

valore normativo sotteso a tale scelta sarebbe idoneo a giustificare, *unicamente sul piano procedurale*, l'operatività della regola di preferenza discrezionale pur non ancora definita del suo contenuto, di modo da poter rapportare la discrezionalità al modello procedurale in questione; ma la dimensione *sostanziale* della discrezionalità, di scelta che crea la regola, rimane intatta, per cui, su questo diverso piano, la regola stessa non risulta (ancora) operativa. Valga quello che si dirà di seguito, anche sulle conseguenze di tale nostra impostazione (in particolare, sull'esauribilità in giudizio della discrezionalità, ma sulla non sostituibilità da parte del giudice).

Piuttosto, va rilevato che, una volta ammesso, come fa l'A., che in talune fattispecie (in via esemplificativa, si menzionano le sanzioni antitrust e le controversie concernenti diritti fondamentali della persona) il sindacato del giudice amministrativo possa essere di carattere sostitutivo, si dovrebbe conseguentemente assumere che, in tali ipotesi, non vi sia discrezionalità. Come spiegato, infatti, la limitazione o l'ampliamento del sindacato giudiziario non può che dipendere da ragioni di carattere *sostanziale* (cfr. *supra*, par. 2.2); cosicché un sindacato sostitutivo non potrebbe essere ammesso, se si fosse effettivamente al cospetto di discrezionalità amministrativa (per come riformulata nella tesi in esame). Se così è, però, si dovrebbe allora conseguentemente ritenere che l'impostazione in esame costituisca in realtà, più che un risultato ricostruttivo finale di una tesi sulla discrezionalità, il *presupposto* ricostruttivo generale per la sua formulazione, di cui andrebbe quindi, a questo punto, specificato il criterio discretivo per selezionare le ipotesi che, all'interno della riferita logica di concretizzazione, risultano incluse o escluse nella discrezionalità amministrativa. Sul punto, si veda quanto si dirà *infra*, parr. 7 ss.

111 Su cui cfr. comunque, oltre a quanto si dirà di seguito, le due note precedenti.

112 Si veda *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 416 ss., 427 ss.; II, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 509 ss.; nonché il saggio *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 38 ss.

Su tali considerazioni, ci pare opportuno tornare, di modo da completare la ricostruzione a suo tempo effettuata. In questo senso, oltre alla necessità di riproporre, e approfondire, la connotazione della discrezionalità da noi intesa in senso *procedurale*, in ragione della struttura normativa della funzione all'interno della quale il potere trova esplicazione, si procederà a fornire, proprio sulla base di tale carattere procedurale afferente alla discrezionalità, il criterio generale di individuazione degli ambiti di scelta qualificabili, in questo senso, come discrezionali.

4.1 Presupposti teorici sulla qualificazione giuridica e l'interpretazione

La questione preliminare da affrontare, a tal fine, è quella che concerne la considerazione che, nella teoria generale del diritto, è attribuita alla distinzione tra attività di qualificazione normativa e quella di creazione della norma.

Ora, in via generale, può dirsi che la qualificazione giuridica consista nell'attribuzione del significato dell'entità normativa all'entità fattuale; essa corrisponde, quindi, ad una qualificazione della realtà fattuale nei termini della realtà normativa. La qualificazione avviene attraverso la sussunzione del fatto alla norma, cioè attraverso una relazione di appartenenza del fatto alla classe[113] rappresentata dalla fattispecie astratta, che si determina in ragione della corrispondenza del primo alla seconda[114].

Come in concreto tale processo si svolga è questione complessa, che evoca una serie di problematiche di estremo spessore concettuale, quali, in particolare, la concezione dell'interpretazione a cui si accede, il rapporto tra questa e l'applicazione della norma, nonché, per quanto viene in questione in questa sede, il ruolo attribuito, in tale ordine di prospettive, a quegli aspetti comunemente riferiti alla discrezionalità amministrativa.

---

113 La quale rappresenta un insieme di entità individuali che condividono un medesimo attributo o un medesimo insieme di attributi: R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 53.

114 Sussumere significa quindi ricondurre un'entità individuale entro una classe: cfr. G. Lazzaro, *Sussunzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 975 ss.; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 248 ss.; Id., *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 6; R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 24.

In proposito, può iniziarsi col ricordare come sia stata da tempo abbandonata la possibilità di considerare l'applicazione della norma quale processo che avviene attraverso lo schema del sillogismo deduttivo[115]. Si è obiettato, infatti, come tale schema rappresenterebbe una semplificazione e una forzatura, con rilievi mossi non soltanto da parte di quelle teorie che fanno capo ad un indirizzo negativo della razionalità del giudizio decisorio, come le correnti realiste[116], ma anche da chi, pur rimanendo all'interno di un contesto razionalistico, ha posto in discussione che lo schema sillogistico possa effettivamente descrivere l'esplicarsi dell'attività di decisione[117]. Diversamente, la logica della deduzione non potrebbe trovare riscontro per l'inevitabile presenza, nella fattispecie astratta, di concetti vaghi, elastici o indeterminati, che si rivelano rispetto ad essa incompatibili, mentre sarebbe al limite riferibile ai soli elementi della fattispecie facenti capo a concetti che possano definirsi univoci.

La prospettiva che si è andata per questa via sviluppando ha mosso allora dalla più ampia ottica di critica del positivismo tradizionale[118], e dell'automaticità (e quindi sostanziale univocità) del procedimento interpretativo che la logica deduttiva portava con sé[119], conducendo, per tale via, ad una varietà di impostazio-

115 Si veda in proposito quanto riportato, in particolare, da M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 11 ss. e 149 ss.; Id., *Giudizio*, cit., p. 1 ss.; L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia del metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3 ss., spec. p. 14 ss.; F. Levi, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 229 ss., ed ivi ampi riferimenti.

116 Si fa riferimento alle differenti concezioni comportamentali e psicologiste che fanno capo al realismo americano (J. Frank, *Law and the modern mind*, New Brunswick-London, 2009 (rist. 1930), p. 3 ss., spec. pp. 35 ss. e 109 ss.; O.W. Holmes, *The Path of the Law*, in *Harvard Law Rev.*, 1897, p. 457 ss.) e al realismo svedese (K. Olivecrona, *Law as fact*, Copenaghen-Londra, 1939; più moderata è la posizione, che risente dell'influsso normativista, di A. Ross, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965 (op. orig. 1958)).

117 La critica si è sviluppata nell'ottica dell'inidoneità del sillogismo a descrivere l'attività del soggetto giudicante, di cui si veda in particolare G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1964 (rist. 1937), p. 48 ss.

118 In relazione alla quale si situa la più generale prospettiva neo-empirista di N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, s.d. ma 1950, pp. 136 ss., 151 ss. e 175 ss., ed ivi il ruolo dell'interpretazione giuridica nella considerazione della scienza giuridica come scienza empirica. Sul punto cfr., tra gli altri, i rilievi di M. Jori, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, 1976, p. 47 ss.

119 In generale, si è cioè nell'ambito della crisi dell'"unica interpretazione corretta' propria del positivismo ottocentesco, in ragione delle critiche mosse, secondo le varie declinazioni, dalla *Freirechtsbewegung*, dall'*Interessenjurisprudenz*, dal realismo scandinavo, da quello americano,

ni e approcci metodologici volti a descrivere lo svolgimento di quell'attività interpretativa che connota l'applicazione del diritto da parte di un organo decidente (in particolare, da parte del giudice), e il rapporto, di detta attività, con il fenomeno della produzione del diritto[120].

La varietà riferita appare ben evidente dall'esame delle differenti proposte ricostruttive che si collocano nell'ambito della concezione dell'interpretazione quale ascrizione di significato alla norma. Può evidenziarsi, infatti, come queste

---

dall'ermeneutica contemporanea e da alcuni degli indirizzi analitici, secondo quanto esposto nel testo e in nota.

120 Per una sintesi del panorama delle differenti proposte interpretative, cfr. in particolare F. Modugno, *L'interpretazione giuridica*, I, *L'oggetto*, Padova, 2015, p. 40 ss.; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 21 ss. In questa sede, si segue la classificazione in generale accolta che distingue in teorie cognitive, teorie c.dd. eclettiche o mediane, e teorie dispositive o decisionali o scettiche: sono cognitive le teorie che concepiscono l'interpretazione come conoscenza di norme preesistenti (a tale categoria fanno riferimento non solo le tesi formalistiche, che ricalcano il tradizionale dettato positivistico, ma anche versioni c.dd. 'moderate', come si vedrà); sono dispositive le teorie che vedono l'interpretazione come decisione o valutazione in ordine all'attribuzione di un significato ad un testo che altrimenti ne sarebbe privo (anche in questo caso, è ravvisabile uno scetticismo estremo e uno moderato, come pure si dirà in nota); sono mediane le teorie per cui l'attività è cognitiva o dispositiva (cioè è atto di conoscenza o di volontà) a seconda che il testo che venga in questione sia univoco ovvero sia equivoco (o, in altre versioni, se il caso sia facile o sia difficile).

A tale gruppo di teorie si affianca la prospettiva propria delle teorie ermeneutiche, sulle quali si dirà *infra*, che sono volte alla descrizione del processo del comprendere, spostando così l'accento dall'interpretazione-prodotto all'interpretazione-attività (secondo la distinzione classica tra i due piani dell'interpretazione: cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 39 ss.; non sembra, in questo senso, di potersi ridurre l'approccio ermeneutico a mera "congettura psicologista sull'interpretazione", come sostenuto da R. Guastini, *op. loc. ult. cit.*, nel contrapporla alle "controversie epistemologiche sull'interpretazione" riguardanti invece la distinzione tra teorie cognitive e dispositive); sul punto cfr. ad ogni modo F. Modugno, *L'interpretazione giuridica*, cit., p. 76 ss.; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, pp. 115 ss. e 175 ss. In relazione ai due piani che vengono in esame, M. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, p. 422 ss., giustamente avverte come la contrapposizione tra dottrine analitiche e dottrine ermeneutiche solo in parte si sovrappone all'alternativa tra teorie cognitive, che riportano l'attività interpretativa all'accertamento di norme già manifestate, e teorie creative, che la concepiscono come vera e propria produzione, giacché, come sarà chiaro dall'analisi che verrà effettuata nel testo, anche all'interno di chi ritiene l'interpretazione ascrizione di un significato ad un enunciato vi sono tesi che ne postulano la creatività (quelle scettiche, e, in parte, quelle eclettiche), che dunque non è caratteristica propria unicamente della prospettiva ermeneutica. Del resto, il valore creativo delle teorie analitiche che si pongono in questo senso è

spazino da visioni che riconoscono all'interprete una funzione creativa[121], o perlomeno la riconoscono nel caso in cui il significato degli enunciati normativi non sia inequivoco[122]; ad altre che, pur abbandonate le mitologie ottocentesche dell'unica possibile interpretazione del testo, si situano nel solco di quello che può definirsi come cognitivismo moderato, ponendosi in chiave fortemente critica in ordine al riconoscimento di un ruolo creativo dell'interprete, con riferimento a quell'interprete qualificato che è il giudice[123].

---

ben diverso da quello che si riscontra nelle teorie ermeneutiche, come evidenziato da F. Modugno, *op. ult. cit.*, p. 98 ss., in ragione del differente rapporto tra interpretazione e applicazione (su cui cfr. *infra*).

121 È questa, in particolare, l'impostazione che si ritrova in G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, p. 389 ss.; Id., *L'interpretazione della legge*, cit., p. 61 ss.; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, p. 13 ss.; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 3 ss.; Id., *Interpretare e argomentare*, cit., *passim*, i quali assumono una prospettiva sostanzialmente scettica della possibilità di riconoscere alla disposizione un significato normativo preesistente all'interpretazione, risultando, l'attribuzione del significato, dal processo dell'interpretazione attraverso il quale dall'enunciato normativo-disposizione si elabora appunto il suo contenuto di significato-norma. Più esattamente, siamo nell'ambito di uno scetticismo moderato, nel senso cioè (R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 27-28) che si afferma che ciascun testo normativo esprime potenzialmente non già un solo univoco significato ma una pluralità di significati in competizione tra loro, rispetto ai quali l'interpretazione consiste nella scelta di un significato a preferenza di altri. Diversa la prospettiva dello scetticismo estremo, che si ritrova nelle teorie realiste più radicali, quali quelle del realismo americano, secondo le quali, consistendo il diritto nelle sole decisioni dei giudici verificate nel passato o prevedibili nel futuro, gli interpreti sarebbero interamente liberi di attribuire a qualunque testo qualunque significato (non in questo senso, ad es., altre posizioni realiste come quella di A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 111 ss., che, nell'ottica dell'attività applicativa come attività creativa, ritiene che i documenti normativi entrino come condizioni nell'attività di applicazione, e, in quanto oggetto di interpretazione, permettano asserzioni più o meno attendibili in ordine a ciò che, secondo la prospettiva dell'A., può assumersi a diritto valido).

Più in generale, per la posizione che fa coincidere la libertà di convincimento del giudice con la qualificazione della sua attività come sostanzialmente nomopoietica cfr. M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, p. 10 ss. Cfr. anche, nel senso che la giurisprudenza è sempre creativa, contribuendo sempre alla formazione del diritto, L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, spec. pp. 371 ss. e 497 ss.

122 È la tesi mediana che si ritrova in H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965 (op. orig. 1958), p. 146 ss. Cfr. anche G.R. Carrió, *Sull'interpretazione giuridica* (op. orig. 1965), in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989, p. 127 ss.; A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995 (op. orig. 1989), pp. 91

Va detto che, ai fini dell'indagine che in questa sede si sta svolgendo, non appare invero sempre chiaro come le differenti tesi si pongano nella relazione con il fenomeno della qualificazione giuridica, atteso che l'apporto creativo, per poter trovare un compiuto inquadramento in questo senso, deve comunque essere collegato al ruolo che gli si riconosce all'interno del fenomeno dell'applicazione del diritto; ciò che risulta peraltro direttamente correlato alla problematica del legame tra interpretazione e applicazione giuridica, che a sua volta dipende dalla con-

---

ss., p. 95.

Sul punto, si esprimono nel senso di individuare nella norma un nucleo semantico relativamente stabile, che rende possibile l'esistenza stessa del diritto ed il funzionamento come struttura sociale, rispetto al quale si accompagna sempre un contorno di incertezza, U. Scarpelli, *Il metodo giuridico*, Padova, 1971, p. 553 ss., p. 569; Id., *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983, p. 321 ss.; M. Jori, *Oggetto e metodo della scienza giuridica*, *ivi*, p. 177 ss.; Id., *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, cit., p. 307 ss.

123 Si veda per questa posizione, su tutti, M. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., pp. 399 ss., 422 ss. L'A. critica l'assunto di partenza secondo cui la norma non sarebbe identificabile nella disposizione, ma verrebbe ad esistenza come prodotto dell'interpretazione, che dunque si caratterizzerebbe quale attività di creazione della norma. Tale assunto, che si ritrova tradizionalmente nella varietà degli studi sull'interpretazione, dai più sensibili al rigore analitico a quelli che accedono invece ad un'ottica ermeneutica (cfr. in particolare, nelle differenti accezioni, V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 195 ss.; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., p. 15 ss.; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 15 ss.; A. Pizzorusso, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, pp. 415-416; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 320 ss.), porterebbe infatti, a partire dall'enunciato contenuto nella disposizione, ad un suo significato comunque contenuto in un nuovo enunciato bisognevole di interpretazione, cosicché si dovrebbe concludere che la norma non verrebbe mai ad esistenza, perché si comporta come un'entità metafisica, ovvero perché resta ineffabile. In questa prospettiva, (M. Luciani, *op. ult. cit.*, p. 413) "denominare norma proprio l'enunciato interpretante primario è arbitrario tanto quanto lo sarebbe riservare questa denominazione all'enunciato interpretante secondario o ad altro enunciato della catena": l'enunciato legislativo nasce invece già contestualizzato e ad esso andrebbe riconosciuta la denominazione di norma. Viene meno, in questo modo, il presupposto per un'equiparazione tra legislatore e giudice sul piano della nomopoiesi, equiparazione basata sulla circostanza che, se entrambi producono enunciati, entrambi parrebbero esercitare un'attività creativa. Diviene necessario, quindi, (p. 422 ss.) individuare rigorosamente il fenomeno della creazione del diritto in senso proprio rispetto ad una più generica considerazione del momento creativo: si afferma allora che per aversi creazione in senso stretto è necessario identificare un punto di logica discontinuità nell'ambito della produzione normativa, punto di discontinuità che corrisponderebbe alla legittimazione a definire le 'condizioni di possibilità' dell'agire di un altro attore. Alla luce di tali considerazioni, si nega dunque qualsiasi possibilità di equiparazione tra

cezione che si assume dello stesso fenomeno interpretativo[124].

In effetti, la circostanza per cui si riconosce all'attività dell'organo decidente una funzione creativa, in termini non meglio precisati, può logicamente ricondurre, a seconda dei caratteri che alla stessa funzione creativa si attribuiscono, o ad una sua ascrizione all'attività di qualificazione, o ad una esclusione di quest'ultima in ordine agli spazi creativi, o ancora all'una o all'altra soluzione in relazione a possibili differenti modi di atteggiarsi della creatività. Non è un caso, allora, che, ad es., anche chi riconosce che la norma, in quanto tale, è sempre creazione dell'interprete in quanto attribuzione di significato ad una (o più, o

---

legis-latio e *iuris-dictio*, e quindi di attribuzione al giudice di una funzione creatrice del diritto (con la conseguente esclusione della possibilità di qualificare la pronuncia giudiziaria quale fonte del diritto, come invece affermato in particolare da A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011, p. 705 ss.); e si afferma che (M. Luciani, *op. ult. cit.*, p. 432), senza volersi dar credito all'illusione positivistico-ottocentesca dell'unica possibile interpretazione del testo, e nella perfetta consapevolezza della polisemia dei termini del linguaggio naturale e dell'impossibilità che il testo, fuori da un concreto contesto materiale, manifesti tutte le sue potenzialità significanti, nonché del continuo gioco di rimandi che segna l'applicazione normativa, l'interpretazione debba comunque considerarsi quale attività di ascrizione di significato agli enunciati, senza possibilità di riconoscervi un carattere in senso proprio creativo.

Per una critica a tale impostazione, F. Modugno, A. Longo, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli, 2021. Per una replica, M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, p. 176 ss.

124 Il rapporto tra interpretazione e applicazione è infatti direttamente connesso con l'impostazione a cui si accede in ordine alla prima, e in relazione ad essa influisce sull'attività di qualificazione, atteso che nel rapporto tra le prime si inserisce il processo relativo a quest'ultima. In proposito, se in generale non si nega che l'interpretazione giuridica si caratterizzi per essere un'interpretazione per l'applicazione, i due piani rimangono rigorosamente distinti nelle teorie analitiche (cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 42 ss.; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 98 ss.), ove si evidenzia come l'applicazione del diritto richiede l'interpretazione delle fonti e la qualificazione della fattispecie. Più sfumata è la teoria ermeneutica tradizionale, come si riscontra in Betti, per cui, come si vedrà ampiamente *infra*, l'interpretazione è vista come problema dell'intendere per agire o per decidere, e i due piani risultano in correlazione l'uno con l'altro. L'applicazione e l'interpretazione risultano invece intimamente connesse sia nelle tesi realiste radicali, ove il riconoscimento della qualità giuridica alle sole decisioni verificate nel passato o prevedibili nel futuro e la conseguente negazione di detta qualità agli enunciati oggetto di interpretazione fa sì che le due attività si identifichino senza residui, esaurendo, l'applicazione giudiziale, l'attività creativa del diritto; sia in quelle proprie dell'ermeneutica contemporanea, di cui si dirà subito *infra*, nel testo e in nota, descrivendo in particolare la posizione di Gadamer.

parte di) disposizione(/i), si premura poi di precisare una distinzione, per cui la riconducibilità al fenomeno della qualificazione può aversi nei soli casi in cui la norma concreta individuale sia implicitamente ricompresa in una norma generale[125]. Senza ulteriori precisazioni, dunque, non è possibile collegare al riconoscimento dell'attività dell'organo decidente di un (più o meno marcato) apporto creativo conseguenze in ordine all'effettivo inquadramento di detta attività nelle logiche della qualificazione normativa[126].

Un più ampio piano di riflessione, sulla tematica in esame, si apre poi se si volge lo sguardo agli studi della filosofia ermeneutica contemporanea[127].

---

125 Si veda in questo senso in particolare R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., p. 165 ss., secondo cui, sotto un profilo generale, se l'attività giurisdizionale è un'attività applicativa di norme a casi particolari, le norme a cui i giudici danno applicazione sono tuttavia le norme che essi stessi producono attraverso l'interpretazione, consistente nell'attribuzione di significato alla disposizione, cosicché, sotto questo profilo, i giudici creano sempre diritto, rappresentando l'interpretazione un'attività di produzione di norma. Nondimeno, altro è produrre una norma nel senso di interpretare, altro è produrre una norma nel senso di formulare un testo normativo *ex novo*: se ci si pone nella prospettiva per cui le decisioni giurisdizionali sono comunque produttive di norme individuali (come nella prospettiva kelseniana), e si precisa tuttavia che la formulazione di una certa norma (generale o individuale) costituisce creazione in senso stretto di tale norma solo a condizione che la norma così formulata non fosse già logicamente implicita in un'altra norma preesistente, si deve allora concludere che qualora la formulazione della norma individuale derivi dall'applicazione di una norma generale, nel senso che derivi dalla qualificazione di una fattispecie concreta attraverso la sua sussunzione nel campo di applicazione della norma generale in cui la norma individuale è logicamente implicita, si avrà appunto un fenomeno di qualificazione normativa, e non di creazione in senso stretto di diritto. Cfr. anche Id., *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 331-332, ove si specifica ulteriormente che la norma in senso soltanto lata 'creata' sarebbe comunque non già la norma individuale, bensì quella generale su cui il giudice fonda la propria decisione.

126 Si pensi anche all'obiezione che, ad es., nell'ambito delle relative ricostruzioni, D.J. Galligan, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999 (op. orig. 1986), p. 19 ss., muove a R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), 1977-1978, p. 31 ss., per cui non sarebbe possibile distinguere, come fa quest'ultimo A., una discrezionalità debole (rispondente alla logica di una sola soluzione corretta) da una discrezionalità forte (ove la soluzione non è ricompresa nella norma) in ragione della presenza di standard determinati in via normativa per la prima, e della loro mancanza, e quindi della necessità di crearli, per la seconda: da un lato, infatti, standard particolari potrebbero essere desunti dal complessivo contesto ordinamentale; dall'altro, la presenza di standard non esclude la necessità di creare standard più specifici e distintivi. Da qui, il susseguente tentativo di delimitazione della discrezionalità effettuato dallo stesso Galligan, mutando il criterio di identificazione della presenza di standard di riferimento.

127 L'impostazione a cui si fa riferimento è in particolare quella, ben nota, e già anticipata *supra*, par. 3.1, in nota, espressa da H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 527 ss., il quale

Nell'ottica da questi assunta, infatti, si ritiene riduttivo concepire l'attività interpretativa come mera individuazione o assegnazione di uno o più significati a determinati enunciati linguistici, com'è nella prospettiva analitica[128]; essa deve invece essere intesa come l'impresa generale della comprensione del senso[129].

In particolare, gli studi a cui si fa riferimento hanno preso le mosse dalla considerazione che, nell'analisi del processo della comprensione, quest'ultima, sotto il profilo ontologico, si situa in una struttura circolare, che dal problema concreto, cioè dalla realtà fattuale che viene in considerazione, si sposta al testo

---

prende le mosse dal concetto del 'circolo ermeneutico', quale necessaria circolarità del rapporto tra singola parte e totalità dell'oggetto del conoscere, di cui a W. Dilthey, *La nascita dell'ermeneutica*, Genova, 2013 (op. orig. 1900), p. 11 ss., rivisitandone criticamente il fondamento quale criterio metodologico e ponendo invece la relativa questione su un piano prettamente ontologico. In particolare, facendosi riferimento al pensiero di M. Heidegger, *Essere e tempo*, Milano, 1976 (op. orig. 1927), si afferma infatti che (H.G. Gadamer, *op. ult. cit.*, p. 539 ss.) il problema del comprendere si legherebbe con quello dell'essere nella sua storicità, cosicché la comprensione viene ad assumere il carattere ontologico dell'esistenza umana. In questa prospettiva ermeneutica, la verità può essere soltanto una pretesa universale di validità, il cui fondamento risiede nella capacità di interpretazione infinita propria del comprendere (pp. 603 ss., p. 617). Vi è quindi un rapporto circolare e dialogico tra interprete e testo, nel senso che l'interprete deve porsi nella condizione di percepire la chiamata del testo, che, d'altro canto, è preliminarmente influenzata dai presupposti della sua precomprensione; punto di partenza da cui muove l'interpretazione non sarà allora il testo, ma la situazione esistenziale su cui il testo è interrogato (cfr. ampiamente *infra*, nel testo e in nota). Su Gadamer, si vedano in particolare G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, 1984, p. 9 ss.; L. Mengoni, *Problema e sistema*, cit., p. 22 ss.

Vi è quindi un distacco dalla prospettiva dell'ermeneutica tradizionale, che trova la sua espressione particolarmente in E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, pp. 57 ss. e 91 ss.; Id., *Teoria generale dell'interpretazione*, I-II, Milano, 1955, pp. 59 ss., 304 ss. e 801 ss., il quale poneva il problema dell'intendere come problema fondamentalmente epistemologico, di verifica delle condizioni di validità del procedimento conoscitivo proprio delle scienze dello spirito. In questo senso, la caratterizzazione dell'interpretazione giuridica come interpretazione in funzione normativa, ove il problema che viene in questione è quello dell'intendere per agire, o, comunque, per decidere, richiede che rispetto ad essa si debbano rapportare i canoni propri dell'interpretazione, quali l'alterità, specificità e autonomia dell'oggetto dell'interpretazione (canone dell'autonomia ermeneutica), la necessaria correlazione tra le parti e il tutto (canone della totalità e coerenza, che importa un incremento di significato delle singole parti in relazione alla totalità del discorso nel circolo ermeneutico che si viene a configurare), l'imprescindibile ruolo della soggettività nel processo interpretativo (canone dell'attualità dell'intendere, quale impulso di uno specifico interesse alla comprensione, che anticipa l'idea esseriana della precomprensione) e lo sforzo di porsi in armonia con il messaggio che gli perviene dall'oggetto (canone della corrispondenza ermeneutica). Come si

da interpretare, e viceversa, in un'oscillazione tra l'uno e l'altro, quale complessa opera di mediazione tra attualità del presente e tradizione[130].

In questa prospettiva, la comprensione della norma muove da un'anticipazione di senso (la precomprensione)[131] relativa ai possibili risultati di soluzione, che, nel moto oscillatorio descritto[132], consente di pervenire ad uno sviluppo del senso della norma astratta, ad una sua concretizzazione nella norma decisionale concreta quale prodotto del processo ermeneutico. Il processo di concretizzazione, così descritto, porta quindi ad un'equiparazione tra la realtà della fattispecie

---

vede, si è su un piano prettamente metodologico, che invece l'ermeneutica contemporanea nega affermando che il processo di comprensione non descrive un metodo, cioè un criterio interpretativo, ma un dato fenomenologico. Proprio quest'ultima prospettiva permetterà un approccio maggiormente oggettivistico al processo di comprensione, e in generale a quello di decisione, rispetto ai residui psicologismi che comunque permanevano nell'ermeneutica tradizionale, pur nella tendenza all'oggettività sottesa al metodo, in ragione dei confini strutturali in cui essa era costretta a muoversi.

È noto come le due differenti impostazioni portarono ad una importante polemica tra Betti e Gadamer, su cui cfr. G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, cit., p. 73 ss.; L. Mengoni, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quad. fior.*, *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, Milano, 1979, p. 125 ss.

128 Sul punto, cfr. M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, 1994, ed ivi in particolare F. Viola, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, p. 63 ss.

129 In generale, nell'ottica ermeneutica si pongono, nella nostra letteratura, tra gli altri G. Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, Padova, 1996, *passim*, spec. p. 63 ss.; F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990, p. 1 ss.; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., spec. p. 176 ss.; L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 1 ss.; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2017, pp. 161 ss., 179 ss.

130 H.G. Gadamer, *op. ult. cit.*, pp. 539 ss., 551 ss. e 603 ss., su cui cfr. subito sopra, in nota.

131 Cfr. in particolare J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983 (op. orig. 1972), spec. p. 38 ss., ove si considera come (pp. 48-49) l'impiego ragionevole del concetto espresso dalla norma e la qualificazione delle circostanze di fatto, nel processo di applicazione del diritto, necessitano della soluzione ipotetica e anticipatoria di un confronto per tentativi con una serie di altre deviazioni del caso, almeno pensate o simulate, affinché possa essere chiarita nella fattispecie la giusta rilevanza generale dei criteri normativamente appropriati: in questa prospettiva, si nega dunque che l'utilizzo della logica sillogistica tradizionale possa garantire un'esattezza sussuntiva, e si afferma che il punto di partenza dell'interpretazione non è nel testo, quanto nel problema da risolvere, da cui inizia a formarsi l'opinione giuridica della soluzione del caso. Cfr. anche A. Kaufmann, *Ermeneutica e filosofia del diritto*, in *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, 2003, p. 21 ss.; nonché lo stesso H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 551 ss., che parla di pre-giudizio ermeneutico nell'ottica heideggeriana dell'orizzonte implicito di senso.

astratta e realtà concreta[133], che consente la qualificazione giuridica. L'applicazione della norma non è allora attività separata dalla sua interpretazione, come ritenuto invece dalla ermeneutica tradizionale[134], giacché alla comprensione del testo non si potrebbe giungere senza applicare il testo alla situazione concreta[135].

Ora, è evidente che, portando tale impostazione alle sue estreme conseguenze, si finisce per racchiudere nel processo di comprensione tutto il fenomeno della dinamica del diritto: il potere, infatti, ove inteso come elemento dinamico della produzione, dovrebbe essere descritto, nella prospettiva appena riferita, come un processo inesauribile concepito in un'ottica ermeneutica quale riflesso della tematica interpretativa.

È questo l'approccio, lo si è visto, della dottrina che, prendendo appunto le mosse dalle riferite teorizzazioni della filosofia ermeneutica, vi ha fondato, parallelamente alla concezione del potere appena descritta, una ricostruzione della discrezionalità nel diritto amministrativo, in relazione alla quale non si assume sussistente una differenza di ordine qualitativo rispetto all'interpretazione[136]. Peraltro, come pure si è avuto modo di spiegare, ciò non ha comportato la riconducibilità dell'intero fenomeno decisionale ad un'operazione qualificatoria, distinguendosi piuttosto all'interno della concezione ermeneutica di produzione giuri-

---

Su Esser si veda in particolare G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, spec. pp. 33 ss. e 145 ss.

132 H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., pp. 551 ss. e 603 ss. Sull'interazione continua tra fattispecie astratta e situazione concreta, nell'ottica del già riferito circolo ermeneutico, K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963, p. 14 ss.

133 Cfr. K. Engisch, *op. loc. ult. cit.*; Id., *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953.

134 Tale impostazione si ritrova in E. Betti, *Interpretazione della legge*, cit., p. 91 ss., pp. 99-100; Id., *Teoria generale dell'interpretazione*, II, cit., p. 801 ss., p. 810, il quale, seppure considera l'interpretazione giuridica come interpretazione normativa, e quindi come intendere per agire, comunque mantiene la distinzione tra le due attività: in questo senso l'applicazione della norma ad una determinata situazione di fatto corrisponde alla sussunzione di quest'ultima a categorie legali predeterminate, ove l'operazione logica attraverso cui si verifica se e in qual misura la fattispecie concreta corrisponda a quella legale viene denominata qualificazione giuridica; mentre l'interpretazione, quale ricognizione del senso da attribuire all'atto in questione, è logicamente precedente e pregiudiziale alla qualificazione.

135 H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 635 ss.

136 È questa la tesi di L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, cit., spec. p. 223 ss., di cui si è detto *supra*, par. 3.1, nel testo e in nota.

dica appena descritta, differenti tipologie di scelte[137]. Né, del resto, come pure si è rappresentato, l'impostazione ermeneutica di cui si è dato riscontro ha comportato, necessariamente, un approccio totalizzante in ordine alla discrezionalità, non mancando, in proposito, chi ha cercato un inquadramento del processo ermeneutico nell'ambito della qualificazione normativa, isolando, rispetto ad essa, l'aspetto propriamente discrezionale che caratterizzerebbe la decisione[138].

5. Profili ricostruttivi della discrezionalità amministrativa. Considerazioni generali

La problematica generale, a cui i differenti approcci interpretativi danno riscontro, è dunque quella dell'aspetto creativo dell'attività dell'operatore del diritto in ordine alla struttura necessariamente aperta della fattispecie normativa, e, soprattutto, dell'inquadramento di tale valore creativo all'interno della prospettiva dinamica della produzione del diritto, in uno con la possibilità, direttamente correlata con la considerazione che si ha di detto aspetto creativo, che esso sia riconducibile ad un fenomeno di qualificazione giuridica.

Le varie impostazioni che si sono esaminate, lo si è visto, non corrispondono a specifiche concezioni su tale punto. Sia nell'ottica (di talune) delle dottrine analitiche, sia in quella dell'ermeneutica contemporanea, l'apporto creativo non è idoneo ad individuare, in sé, una linea di confine tra ciò che può ascriversi alla qualificazione giuridica, e quindi rientrare nell'attività di accertamento, e ciò che invece ne è escluso.

In effetti, si ritiene ormai pacifico che, per addivenire alla sussunzione, sia necessaria una costruzione giuridica del caso attraverso la selezione dei fatti che si assumono rilevanti e una parallela concretizzazione della norma, e che tali attività siano in rapporto di reciproca interazione e oscillazione tra loro[139]; parimenti non è in discussione che tale modello presupponga una serie di scelte che l'interprete deve effettuare. La presenza di un momento di scelta in capo all'autorità decidente

137 Cfr. ancora *supra*, ivi.

138 La tesi di N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità*, cit., a cui si è fatto pure riferimento *supra*, ivi.

139 Cfr. M. Luciani, *Interpretazione conforme*, cit., p. 432, per cui anche nella prospettiva del cognitivismo attuale si riconosce che tra precetto legislativo e sua applicazione intercorre un gioco continuo di rimandi.

non in tutti i casi, e comunque non in tutte le ricostruzioni, può quindi escludere la riconducibilità ad un'attività di accertamento (la scelta sussiste anche con riferimento alla qualificazione), evidenziandosi anzi come l'univocità del dato normativo sia una circostanza al limite ravvisabile solo in relazione a taluni elementi della fattispecie. Nondimeno, l'indeterminatezza della norma sotto taluni aspetti, o la presenza di differenti possibilità in essa contemplate, può portare ad estromettere i corrispondenti profili di scelta dalla prospettiva del fenomeno qualificatorio.

L'oscillazione, nell'uno o nell'altro senso, nelle differenti prospettive adottate, risulta idonea ad incidere, di conseguenza, sulla definizione dei caratteri della discrezionalità amministrativa. La sensazione è dunque quella di trovarsi, rispetto all'attività qualificatoria, propria dell'accertamento, in un fenomeno che non può intendersi nei termini della classica sussunzione, ma necessita di essere inquadrato in una più ampia considerazione dell'accertamento stesso[140].

Ora, rispetto a tale scenario, può comprendersi come, una volta rilevato che il dato indeterminato necessiti in ogni caso di un'integrazione intesa in senso lato, si sia ritenuto più importante considerare il valore sotteso all'attribuzione, da parte dell'ordinamento, della possibilità di integrare il dato normativo, rispetto al profilo tecnico della sua qualificazione[141].

È in questa prospettiva che è necessario, allora, valutare in che modo possa stabilirsi quando la scelta si collochi all'interno o all'esterno di un'attività di accertamento, e conseguentemente in che limiti, con riferimento alla decisione amministrativa, e quindi ai caratteri propri della relativa situazione giuridica di potere, l'attività dell'organo decidente sia ascrivibile ad un modello di accertamento.

---

140 In proposito, non è in effetti mancato chi, come R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, p. 15 ss., ha suggerito un paragone con l'universo fisico, per cui, se la dogmatica propria del gradualismo kelseniano sarebbe rapportabile alla fisica classica newtoniana, la realtà attuale (il riferimento è, in particolare, al creazionismo giurisprudenziale) sarebbe spiegabile nell'ottica della fisica *quantistica*, in cui, cioè, la misurazione può definire ciò che è misurato. Tale paragone, che invero assume solo carattere di suggestione da parte dell'A., può avere un fondamento concettuale specifico, nel momento in cui si accoglie la tesi da noi proposta: cfr. quanto si dirà *infra*, e in particolare al par. 6.3, nel testo e alla n. 172.

141 In questo senso, come visto, L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., p. 316 ss.; Id., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, cit., pp. 129 ss. e 152 ss.; Id., *L'amministrazione repubblicana*, cit., p. 143 ss., su cui *supra*, par. 3.1, nel testo e alla n. 93.

Per procedere in tal senso, si può partire da quella classificazione di ordine generale che, in relazione al potere amministrativo, fa riferimento alla presenza di un margine di scelta in capo all'autorità decidente, che derivi dall'indeterminatezza di taluni degli elementi della fattispecie normativa, quale discrezionalità (in senso lato), afferente ai differenti profili di una situazione di potere: in questo senso si distingue tra un margine di scelta circa la possibilità di rapportare il *quid* da qualificare alla classe corrispondente al concetto di riferimento (discrezionalità nell'apprezzamento dei presupposti), e un margine di scelta nell'individuazione della conseguenza giuridica, in sé e con riferimento all'*an*, al *quomodo* o al *quando* della produzione degli effetti (discrezionalità nella misura da adottare)[142].

Tale classificazione generale, dunque, non coincide con quella relativa alla concezione della discrezionalità amministrativa solitamente utilizzata nel nostro ordinamento. In questo senso, se, come detto, la discrezionalità viene intesa come ponderazione di interessi, e si distingue dalla c.d. discrezionalità tecnica, che si avrebbe nel caso in cui un elemento della fattispecie faccia riferimento ad un fatto complesso accertabile attraverso conoscenze specialistiche e tendenzialmente caratterizzato per un margine di opinabilità, allora i due modelli riportati si intersecherebbero tra loro su piani differenti: la discrezionalità amministrativa può essere infatti riferita non solo al momento dispositivo ma anche a quello conoscitivo; la discrezionalità tecnica concerne (una parte del)la discrezionalità nel momento conoscitivo, ma non necessariamente corrisponde ad essa, ben potendo attenere anche al momento dispositivo[143].

---

142 È la distinzione che si ritrova nella dottrina tedesca con la scomposizione della norma di legge nella fattispecie normativa (*Tatbestand*) e nelle conseguenze giuridiche (*Rechtsfolge*), di cui si è detto *supra*, par. 2, n. 15.

143 In questo senso, nel rapportare espressamente i due modelli, come già visto, F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., p. 426 ss., che sottolinea come anche nel momento conoscitivo si possa far riferimento ad una ponderazione di interessi (si pensi ad es. alla nuova valutazione dell'interesse pubblico originario di cui all'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990). Quanto all'attività tecnica, essa copre tutta l'attività conoscitiva amministrativa se alla tecnica si ascrivono anche la scienza giuridica, la scienza amministrativa, la scienza politica, ecc.; ma giuridicamente queste non vengono qualificate come tecnica, se si intende questa sotto un profilo non solo oggettivo, ma soggettivo, come "l'esercizio di quelle competenze (in quanto sapere soggettivamente specialistico) [che] sfugge alla critica dell'opinione pubblica": C. Marzuoli, *Potere amministrativo*, cit., p. 197 ss., cit. p. 205. La scelta tecnica può, poi, intervenire anche sul momento dispositivo, quale modalità per scegliere il modo di comportamento più adeguato

A fronte della distinzione tra discrezionalità nel momento conoscitivo e discrezionalità nel momento dispositivo, si è evidenziato come la presenza di un elemento teleologico nella normativa che disciplina la situazione giuridica di potere[144] renda necessario fare riferimento ad un profilo di discrezionalità anche in relazione allo stesso momento teleologico, laddove sia lasciato all'autorità decidente un margine di scelta circa la determinazione dell'interesse da perseguire in concreto[145]. La decisione amministrativa, in ragione appunto del rilievo che il potere assume sotto il profilo teleologico, può allora essere caratterizzata da discrezionalità nel momento conoscitivo, da discrezionalità nel momento dispositivo e da discrezionalità nel momento teleologico.

Partendo da tale rappresentazione, è possibile, a nostro avviso, pervenire ad una ricostruzione che si articoli nei termini seguenti, e in essa inquadrare la struttura del modello decisorio proprio dell'azione amministrativa.

Si consideri, in proposito, come il momento dispositivo si colleghi alla situazione effettuale da porre in essere, e, quindi, come tale, ponga in correlazione il momento qualificatorio con quello effettuale della situazione di potere da esercitare, o di più situazioni di potere da esercitare in alternativa tra loro. A sua volta, il momento teleologico rappresenta un profilo che non si contrappone a quello conoscitivo e a quello dispositivo, ma, al contrario, ad essi si relaziona

---

rispetto al risultato pratico da raggiungere: cfr. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, cit., pp. 390-391; F. CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 130.

144 Si afferma in proposito che la norma attributiva del potere amministrativo può essere considerata (sempre, o in taluni casi, a seconda delle differenti rappresentazioni) una norma di fine, non una norma di azione, in cui cioè la prescrizione è diretta non tanto sul comportamento da tenere, quanto piuttosto sullo scopo da perseguire, seguendosi in questo senso la distinzione proposta da M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004 (op. orig. 2000), p. 14 ss.; M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni sull'argomentazione*, Napoli, 2019 (op. orig. 2006), p. 168 ss.: cfr., con differenti sfumature, in particolare F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., pp. 48 ss. e 433 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., pp. 109 e 403 ss. Da parte nostra, come si specificherà *infra*, al par. successivo, si ritiene che ogni potere sia volto ad attuare un valore, cosicché la differente struttura delle norme rappresenterebbe più una differenza quantitativa in ordine alla sua specificazione, che non una differenza qualitativa. Ciò che può mutare, invece, è il rilievo giuridico che al profilo teleologico attribuisce l'ordinamento, in ragione della considerazione che esso assume nell'ambito della funzione in senso strutturale, quale processo formativo della decisione: cfr. pure *infra*.

145 In questo senso, ancora, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., p. 432 ss.

nell'ambito della fattispecie normativa propria della situazione giuridica di potere/delle situazioni giuridiche di potere che risultano in correlazione tra loro. Da ciò consegue che, laddove non sia ravvisabile discrezionalità nel momento conoscitivo e/o dispositivo (giacché oggetto di individuazione in maniera univoca), allora neppure potrebbe esservi discrezionalità sotto il profilo teleologico.

Si vuole dire, in altri termini, che il margine di scelta in ordine al profilo teleologico risponde alla necessità di una concreta determinazione di quest'ultimo, che non può che derivare da un certo grado di indeterminatezza e non univocità che caratterizza il riferimento ai presupposti e/o la loro correlazione con la produzione degli effetti della/e situazione/i giuridica/he di potere. La discrezionalità teleologica attiene, infatti, ad un margine di scelta in ordine alla definizione, in concreto, del fine per il quale si deve o non si deve provvedere.

In particolare, questo si determina, nella visione tradizionale, attraverso il bilanciamento degli interessi coinvolti nella vicenda amministrativa; tali interessi risultano dalla valutazione dei fatti, i quali, in quanto non specificamente definiti a livello normativo, sono assunti come rilevanti, nell'ambito del processo decisorio, per la loro relazione con l'interesse pubblico astratto; la considerazione degli interessi, a sua volta, avviene (non può che avvenire) in ordine al loro rapporto con la produzione di una determinata situazione effettuale o delle differenti situazioni effettuali previste dalla normativa di riferimento. Siamo, in questo senso, all'interno del processo di determinazione dell'interesse pubblico concreto. Rispetto ad esso, se si fa cioè riferimento ad una siffatta ricostruzione, si deve parimenti convenire che, nel momento in cui la definizione degli elementi conoscitivi e dispositivi non lascia alcun margine di scelta all'autorità decidente, la decisione sull'assetto degli interessi, in ordine alla produzione di un determinato effetto, risulta già risolta a livello normativo.

La presenza di discrezionalità nel momento teleologico verrebbe quindi in considerazione in quei casi in cui si ravvisi l'impossibilità di fare riferimento ad un criterio di preferenza tra interessi compiutamente definito dalla norma, in ragione della non univocità dei presupposti e delle conseguenze normativamente considerate. In tali ipotesi, l'indeterminatezza normativa necessita, appunto, della individuazione e determinazione di un criterio di preferenza in ordine agli interessi coinvolti, che consenta di pervenire, nel rapportare il fatto concreto al crite-

rio elaborato, ad una soluzione compiutamente definita, corrispondente alla necessità o meno della produzione di una determinata situazione effettuale, sia questa l'unica ipoteticamente stabilita dalla norma, sia che anch'essa sia lasciata ad una precisa definizione all'interno del processo decisorio, nell'ambito di alternative più o meno compiutamente individuate dalla norma stessa.

Tale criterio di preferenza corrisponderebbe a quella che può definirsi come regola di decisione del caso concreto. Nei termini riferiti, la sua elaborazione prenderebbe le mosse dalla valutazione della realtà fattuale che si esplica nello svolgimento della funzione, considerata alla luce del rilievo teleologico desumibile normativamente (nel modello in considerazione, l'interesse pubblico astratto) e degli altri principi generali (imparzialità, ragionevolezza, ecc.) e regole specifiche che governano l'azione amministrativa. Il bilanciamento e ponderazione degli interessi in gioco, a cui per tale via si perviene, corrisponderebbe ad un criterio di preferenza dell'assetto di interessi (l'interesse pubblico concreto).

La definizione del criterio di preferenza, va evidenziato, non potrebbe essere disgiunto dall'apprezzamento dei presupposti e dalla considerazione della/e misura/e da adottare in relazione al suo perseguimento: al contrario, la concretezza che caratterizza tale bilanciamento si esprime attraverso il collegamento di tali entità, per cui il criterio di preferenza si traduce in una regola di azione per il caso concreto.

In altri termini, la regola, che nel quadro ricostruttivo rappresentato fa riferimento alla concretizzazione dell'interesse pubblico, non potrebbe esprimere un criterio di preferenza che non tenga conto anche delle misure da porre in essere. Il criterio di preferenza, la cui elaborazione corrisponderebbe appunto alla concretizzazione dell'interesse, produrrebbe quindi una regola, la norma del caso concreto, che mette necessariamente in comunicazione tutti gli elementi a cui fa/nno riferimento la/e situazione/i di potere, quello, cioè, riferibile ai presupposti della fattispecie, quello teleologico e quello concernente la/e situazione/i effettuale/i. La scelta in ordine all'assetto teleologico, non definito a livello normativo, collega quindi fattispecie e conseguenze, rispetto alle quali si rinviene un margine di indeterminatezza (lo si deve necessariamente rinvenire, come detto, perché vi sia discrezionalità anche sotto il profilo teleologico, e quindi un assetto di interes-

si non compiutamente definito), e crea una regola idonea a risolvere il concreto problema amministrativo[146].

In questo senso, la regola in esame consiste quindi, secondo quanto detto, nel porre un vincolo deontico tra una determinata qualificazione dei presupposti e una determinata situazione effettuale ipoteticamente stabilita (e quindi, ad una determinata situazione giuridica di potere), ovvero tra differenti qualificazioni dei presupposti e una pluralità di situazioni effettuali (e quindi, ad una pluralità di situazioni giuridiche di potere) in relazione tra loro quali ipoteticamente previste,

146 Ponendoci in quest'ottica, non può accettarsi l'autorevole prospettazione di F. Levi, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 301 ss. (riportata *supra*, par. 3.1, n. 95), per cui l'elaborazione dell'interesse pubblico concreto sarebbe l'esito di un giudizio storico, rispetto al quale si pone poi il momento decisorio dell'Amministrazione. Cfr. in questo senso le obiezioni che a F. Levi muove A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 287, per cui "se (...) si riferisce l'"accertamento" dell'interesse pubblico concreto, come secondo noi imprescindibilmente si deve, non solo all'individuazione dell'istanza maggiormente meritevole di tutela da parte del potere pubblico, ma altresì al contemperamento tra la stessa ed altri interessi pur degni d'attenzione, è evidente come la relativa valutazione non possa non includere le misure adottande a protezione dell'interesse concreto così definito".

Non può quindi neppure condividersi quell'impostazione, che si ritrova in N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità*, cit., spec. pp. 111 ss., 120-121, 130 ss., 142 ss. (riportata *supra*, ivi) che, espressamente riprendendo in questo senso le premesse già affermate da F. Levi, *op. loc. ult. cit.*, separa la concretizzazione dell'interesse dal momento dispositivo, per riferire la prima ad un fenomeno di accertamento e il secondo alla scelta discrezionale. Secondo Paolantonio, la concretizzazione dell'interesse pubblico costituirebbe, infatti, l'esito di un'attività di accertamento; rispetto ad essa deve distinguersi l'individuazione della soluzione concreta maggiormente idonea alla massimizzazione di quell'interesse, espressione di una scelta discrezionale, che sussiste ogniqualvolta un margine di discrezionalità sia in tal senso riconosciuto in capo all'Amministrazione. Ora, rispetto a tale costruzione, va evidenziato che, in essa, l'interesse pubblico concreto non contiene (non può contenere) in sé anche un effettivo criterio di contemperamento degli interessi in gioco, che quindi andrebbe a ricadere nel momento decisorio discrezionale: se la concretizzazione dell'interesse ricomprendesse anche la ponderazione degli interessi, infatti, essa non potrebbe che esprimere la scelta di un criterio di preferenza tra gli stessi in ordine ad una determinata situazione effettuale da porre in essere (o, il che è lo stesso, a più situazioni effettuali da porre in essere in rapporto tra loro), risultando, i due elementi, strettamente collegati sul piano concreto. Deve quindi distinguersi, in caso di discrezionalità nel momento teleologico, il criterio di preferenza in ordine alla situazione effettuale astrattamente considerato, e l'accertamento dei fatti che, secondo la logica oscillatoria propria del processo decisorio, ha portato all'elaborazione di quel criterio e quindi alla decisione. Si segnala che tale nostra posizione sulla tesi dell'A., già espressa in *Potere*, I, cit., è stata criticata da N. Paolantonio, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, in *Dir. amm.*, 2024, pp. 529-530, n. 23, il quale, in proposito, ha ribadito la propria posizione sul punto; ma dall'obiezione ci si permette di dissentire, sulla base degli stessi motivi appena spesi; l'occasione è

in maniera più o meno definita dalla norma, per la possibile soluzione di un medesimo problema amministrativo.

La regola posta attraverso una definizione del profilo teleologico che risulti validamente composto non è, come è ovvio, l'unica normativamente possibile (non vi è, cioè, un'unica alternativa che la normativa di riferimento consideri valida); o, per lo meno, non lo è necessariamente (è tale laddove il margine di scelta conferito dalla norma risulti assente nel caso concreto). Essa costituisce, invece, una delle alternative che la normativa sul potere considera accettabili in relazione al rilievo teleologico e alle altre regole e principi che governano l'esercizio di quella/e determinata/e situazione/i giuridica/he di potere.

Ora, se si accoglie il ragionamento sin qui descritto, e lo si rapporta alla struttura del modello decisorio, deve concludersi nel senso che la determinazione di un siffatto criterio di preferenza non può risultare riconducibile ad un fenomeno di qualificazione normativa.

---

tuttavia grata per ringraziare l'A. del fecondo dialogo e della cara attenzione che ha sempre dimostrato nei nostri confronti.

Allo stesso modo, non si può convenire con le altre dottrine che riconducono il processo di elaborazione dell'interesse pubblico concreto ad un'attività conoscitiva, tenendolo separato dalla definizione del criterio decisorio: cfr. A. Romeo, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, p. 331 ss., pp. 340-341; M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, p. 159 ss. In particolare, secondo quest'ultimo A. (p. 152 ss.) l'interesse pubblico astratto, espresso dalla norma, sarebbe il criterio guida di ordine teleologico nella ricerca dei fatti rilevanti per la determinazione del problema amministrativo. Una volta che quest'ultimo è stato individuato, verrebbe in gioco un nuovo giudizio di rilevanza, avente ad oggetto non più i singoli fatti (fatti parziali), ma il problema nella sua interezza, e finalizzato a decidere se in esso ricorre o meno l'esigenza di attuazione del valore in cura all'Amministrazione: questo secondo giudizio di rilevanza sarebbe anch'esso condizionato dal valore da attuare, che però è ora rappresentato dall'interesse pubblico concreto, cioè la specificazione del valore da attuare quale determinato dai fatti oggetto di selezione. Logicamente separata (p. 161 ss.) risulta la fase in cui si identifica la soluzione da dare al problema ritenuto rilevante, la quale consiste nella determinazione dell'effetto giuridico (giudizio di efficacia). Ora, rispetto a tale impostazione, si deve ripetere quanto sopra detto, che la determinazione dell'interesse pubblico concreto non rappresenta un'attività che si possa tenere separata dal momento relativo alla definizione del criterio di scelta in ordine alla situazione effettuale: esprimendo una sintesi degli interessi ricavati dalla realtà fattuale, l'interesse pubblico concreto non può che contenere in sé un criterio di preferenza che si rapporti alle possibili situazioni effettuali da porre in essere.

L'individuazione della regola presuppone, infatti, una scelta che non consiste nell'inclusione della realtà fattuale in una classe prevista dalla fattispecie astratta, giacché i due elementi di corrispondenza, la classe a cui si fa riferimento e la relazione di preferenza, non si presentano come omogenei[147]. Non può, cioè, rapportarsi la regola di preferenza di cui si discorre, che come detto si viene a definire nel collegamento del momento teleologico con quello conoscitivo e con quello effettuale, alla considerazione che viene data, in via normativa, al relativo referente teleologico (in questo senso, all'interesse pubblico astratto) e alle differenti opzioni dispositive dalla stessa normativa contemplate[148].

In definitiva, la regola decisoria si esprime in un criterio di preferenza teleologico che, a fronte di determinati presupposti, comporta la necessità di porre in essere una determinata situazione effettuale. L'elaborazione di tale regola, cioè della norma del caso concreto, è l'esito di un'attività di scelta, in cui si concreta l'esercizio della discrezionalità che avviene nell'ambito della funzione. La regola elaborata viene così ad integrare la fattispecie normativa della situazione giuridica di potere, permettendo alla realtà fattuale di rapportarsi ad un assetto teleologico definito[149].

---

147 Condivisibilmente, F. Follieri, *Logica del sindacato*, cit., p. 524 ss.

148 Rispetto allo scenario descritto, farlo significherebbe negare lo stesso fenomeno della concretizzazione dell'interesse pubblico come bilanciamento degli interessi che avviene all'interno del processo decisorio; significherebbe, in altri termini, fare riferimento direttamente all'interesse astratto quale contenente, in sé, la regola di decisione nel caso concreto. Ciò che, del resto, è negato anche da N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 135, il quale, come visto, pure considera la concretizzazione dell'interesse un'attività di accertamento: la non riconducibilità a quest'ultima anche della regola di decisione del caso concreto è resa possibile dalla separazione del momento di comparazione degli interessi da quello decisorio-dispositivo (cfr. subito *supra*, in nota); separazione che, tuttavia, come detto, non può considerarsi condivisibile.

149 Sul punto si può quindi considerare, nei suoi termini generali, e nella differente declinazione che caratterizza la relativa ricostruzione, A. Piras, *Interesse legittimo*, II, cit., p. 289 ss., ed ivi nn. 72-73, p. 312 ss., p. 397 ss., ed ivi nn. 54, 57 e 58, p. 410 ss., p. 429 ss. ed ivi n. 83; Id., *Discrezionalità*, cit., p. 77 ss., il quale, come già visto (cfr. *supra*, par. 2, nel testo e alla n. 33), afferma che il fenomeno della discrezionalità si viene a collocare nel momento dell'attività, intermedio tra il potere e l'atto, appunto la funzione, nel quale avviene la scelta di avvalersi o meno dell'effetto che l'ordinamento ha posto nella disponibilità del titolare del potere: la discrezionalità si risolverebbe allora (Id., *Interesse legittimo*, II, cit., p. 409, n. 58; Id., *Discrezionalità*, cit., p. 85 ss.) nella formulazione di una regola per l'agire destinata a fungere da elemento di eterointegrazione dello schema legislativo del rapporto; integrazione necessaria nella

5.1 *(segue)* Effettivo tenore delle considerazioni effettuate in ordine alla ricostruzione della discrezionalità amministrativa

La presenza di discrezionalità nel momento teleologico richiede dunque la definizione di un criterio di preferenza, quale regola di decisione nel caso concreto, espressione del valore teleologico ricavabile dalla normativa che predispone la situazione giuridica di potere, che esula dal contesto qualificatorio e che caratterizza il modello decisorio proprio del potere amministrativo, laddove sussista appunto discrezionalità teleologica.

Ora, una volta pervenuti ad una siffatta conclusione, deve essere però evidenziato che, nel momento in cui si fa riferimento ad un particolare ruolo attribuito al rilievo teleologico proprio di una situazione di potere, si deve anche considerare come, nell'ambito dell'ordinamento giuridico, *qualsiasi* potere sia funzionale al perseguimento di un valore, che deve avvenire attraverso la produzione della corrispondente situazione effettuale.

Il valore, in particolare, può essere definito attraverso la previsione esplicita di un fine da perseguire, o può implicitamente ricavarsi dalle regole puntali o dalle clausole generali che il potere disciplinano; ma esso è comunque presente. L'esercizio del potere si colloca, in questo senso, nella promanazione del contenuto assiologico posto a fondamento dell'ordinamento, che si esplica così nella dinamica giuridica pervadendo la dimensione normativa.

La presenza, sotto il profilo teleologico, di un margine di discrezionalità, implica che chi esercita il potere contribuisca non solo all'*attuazione*, ma anche alla *definizione* del valore. Il margine di discrezionalità, lo si è visto, si esprime attraverso la determinazione del criterio di preferenza in ordine alla produzione di un effetto. Se infatti tale margine mancasse, come pure si è detto, l'assetto finalistico da attuare troverebbe espressione direttamente nel dato normativo, senza che sia necessaria l'elaborazione di una regola del caso concreto che colleghi il

---

ricostruzione di tale illustre A., come pure si è detto, perché in tal modo può configurarsi una situazione giuridica soggettiva di potere in senso proprio.

L'obiezione, che è stata mossa a tale ricostruzione, è che per tale via, l'integrazione della fattispecie del potere rappresenterebbe solo una superfetazione rispetto alla decisione finale: in questo senso F. Levi, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 220 ss., p. 225. Sul punto, si veda quanto si dirà *infra*, par. 6.3, n. 170.

momento teleologico a quello dei presupposti e delle conseguenze.

In questa prospettiva, una specificazione è necessaria in ordine a quanto poco sopra affermato in merito al rapporto tra apprezzamento dei presupposti e determinazione della misura da adottare, da un lato, e profilo teleologico del potere, dall'altro. Si è detto, infatti, che tali aspetti sono intimamente collegati, nel senso che, mancando qualsiasi margine di scelta in ordine al momento conoscitivo o dispositivo, non potrebbe ravvisarsi discrezionalità nel momento teleologico.

La correlazione dei differenti profili in ordine alla definizione di un criterio di preferenza non significa, tuttavia, che, con riferimento alla valutazione dei fatti rilevanti e delle misure da adottare, la non univocità dell'elemento preso in considerazione dal dato normativo corrisponda sempre ad un legame tra presupposti e definizione del fine dell'agire.

Si entra, in tal modo, direttamente all'interno della problematica che tradizionalmente inerisce alla c.d. discrezionalità tecnica. Ad essa, da un punto di vista logico, si può dare risposta nei termini che seguono.

Indubbiamente, se l'insussistenza di margini di discrezionalità sotto un profilo conoscitivo o dispositivo comporta la mancanza di discrezionalità nel momento teleologico, può non essere vero il contrario; nel senso che, in presenza di discrezionalità conoscitiva o dispositiva, questa può non essere ricollegata al profilo attinente alla determinazione del fine da perseguire, per cui, appunto, non sussisterebbe discrezionalità teleologica.

Nell'ipotesi in cui si ritenga di dover concludere in tal senso, non verrebbe in rilievo un criterio di preferenza teleologico che colleghi il momento della qualificazione dei presupposti a quello della produzione della situazione effettuale. Si dovrebbe invece ritenere, al contrario, che i profili di scelta in ordine ai presupposti rimangano *interni* al processo di qualificazione normativa, nel loro rapportarsi alla/e misura/e da porre in essere (alla/e corrispondente/i situazione/i giuridica/he di potere), rispetto alla/e quale/i un eventuale margine di scelta verrebbe a corrispondere, in definitiva, all'attitudine tecnica (e al suo possibile grado) della/e misura/e stessa/e allo scopo già determinato, la quale si porrebbe in dipendenza con la determinazione, in concreto, dei presupposti stessi.

Su tali basi, si arriva al *punto nodale* della questione concernente *la qualificazione di un determinato ambito di scelta*. Nella nostra ricostruzione, infatti, *la*

sua definizione non attiene ad un mero profilo di tecnica giuridica, ma si pone in relazione alla rappresentazione che di esso viene effettuata da parte dell'ordinamento.

La scelta del collegamento o meno del margine di scelta al profilo teleologico dipende, difatti, dal rilievo che ad esso si conferisce nella relativa normativa. Ciò, a sua volta, deriva da una *scelta di valore* compiuta dall'ordinamento. In sé, infatti, un risultato opinabile raggiunto attraverso l'utilizzo di parametri propri di una scienza tecnica *può essere ricondotto ad un criterio di preferenza orientato sotto un profilo teleologico* (anche, cioè, interno alla stessa disciplina tecnica); così come, all'inverso, la stessa ponderazione di interessi, come solitamente la si intende, *può essere, in sé, valutabile sotto un profilo tecnico* (attraverso le scienze dell'amministrazione, politiche, ecc.)[150]. La scelta di valore consiste allora nel ritenere rapportabili i margini di scelta riferibili alla situazione di potere alla discrezionalità di ordine teleologico; nel ritenere, cioè, che l'autorità decidente, nel porre in essere la scelta, non si limiti ad attuare il valore definito dall'ordinamento, ma concorra essa stessa alla determinazione del valore da attuare.

Per tale via, si perviene alla conclusione per cui la tradizionale narrativa in ordine alla discrezionalità, se può mantenersi idonea – per come peraltro precisata al paragrafo precedente – a descrivere in via generale la determinazione della scelta amministrativa e la relativa decisione, deve ricevere, tuttavia, una specifica riconsiderazione in ordine al suo effettivo tenore, per poter essere in grado di esprimere la natura della determinazione stessa e la sua estensione.

Ciò che rileva è, infatti, *l'individuazione della definizione del valore, che l'ordinamento lascia impreciso*. Il riferimento ad una ponderazione di interessi, e all'assetto di interessi determinato in concreto, rappresenta dunque, in questo senso, un riferimento, in chiave soggettiva, al generale riconoscimento normativo

150 Si è in generale sottolineato come qualsiasi attività amministrativa si risolve in un'attività di tipo tecnico, salvo far assumere a quest'ultima un significato, sotto un profilo della rilevanza giuridica, più ristretto: C. Marzuoli, *Potere amministrativo*, cit., p. 197 ss. Si è peraltro evidenziato come sia rilievo comunemente diffuso quello per cui si sta da tempo assistendo ad una sempre maggiore 'tecnicizzazione' dell'attività amministrativa, sia nel senso della sottoposizione dell'attività discrezionale ai criteri propri delle scienze tecniche, sia in ragione del fatto che la P.A. si occupa sempre più di settori governati da regole tecniche: cfr. *supra*, par. 2, nel testo e in nota.

dell'imprecisione del valore da definire[151], esplicantesi attraverso la determinazione di una regola di preferenza per il caso concreto; ma non sottenderebbe la corrispondente visione dualista tradizionalmente accordata alla discrezionalità, né sarebbe in sé idoneo a richiamare, come detto, una distinzione contenutistica fra attività tecnica/attività discrezionale.

Nella maniera descritta, può dirsi allora che l'ottica della funzione, e l'opera di ridefinizione della discrezionalità iniziata in seno ad essa, ha posto le basi per il compiuto passaggio della considerazione della discrezionalità amministrativa al corrispettivo di definizione del valore quale regola di preferenza teleologica, della cui determinazione è attribuita al soggetto la partecipazione da parte dell'ordinamento, nell'ambito del corrispondente modello di esercizio del potere, nei termini che si sono riferiti, e che si andranno di seguito a specificare.

Ferma tale conclusione di carattere generale, è dunque dai presupposti indicati che è necessario prendere le mosse per una compiuta ricostruzione della discrezionalità, in ordine, nello specifico, alla sua natura e all'estensione degli ambiti di scelta ad essa afferenti.

6. La natura della discrezionalità quale scelta di definizione di una regola di preferenza teleologica

Le considerazioni sin qui effettuate trovano un preciso inquadramento in ordine al modello di produzione che si ritiene proprio dell'ordinamento giuridico, da cui è possibile prendere le mosse al fine di pervenire alla compiuta definizione del profilo strutturale della funzione amministrativa.

La concretizzazione dell'ordinamento, come detto, è sempre espressione dell'attuazione di un valore, che avviene attraverso la produzione della situazione effettuale a cui è funzionale la corrispondente situazione giuridica di potere. Il valore, a sua volta, promana dal nucleo assiologico idoneo a sorreggere l'ordinamento: in questo senso, l'esplicarsi di quest'ultimo porta con sé, nell'intrinseca essen-

151 Nel senso descritto, si assume quindi, da parte nostra, che il riferimento all'interesse, sotto il profilo qui considerato, costituisca il semplice corrispettivo soggettivo del valore, che, in punto di rilevanza, ai fini ora espressi, si appunta in maniera meramente ipotetica rispetto a quest'ultimo, quale, cioè, suo ipotetico referente. La rilevanza che, invece, in termini specifici, ad esso può essere conferita da parte dell'ordinamento, è quella propria delle situazioni giuridiche soggettive.

za della propria giuridicità, il suo fondamento valoriale, che pervade così l'intera dimensione normativa.

L'ordinamento non conosce, in questa prospettiva, un'interruzione di giuridicità nella sua attuazione; anche la partecipazione alla definizione del valore da attuare, quando ammessa in ragione della presenza di un elemento teleologico non compiutamente determinato, si muove nell'ambito del quadro giuridico di riferimento, e del correlato contesto assiologico.

Tuttavia, all'interno dello stesso ordinamento, è possibile riscontrare *differenti modelli strutturali* attraverso cui la sua attuazione avviene.

Si deve in proposito considerare che, nell'ambito della dinamica giuridica, il ruolo degli operatori si esprime attraverso varie modalità: nel valutare la rilevanza di un determinato complesso di fatti in relazione ad un valore che deve trovare attuazione; nell'attuare un determinato valore, ponendo in essere un determinato effetto; nel partecipare alla determinazione del valore da attuare, che a sua volta si inserisce all'interno della generale dimensione assiologica dell'ordinamento.

Il modello strutturale attraverso cui ciò avviene dipende essenzialmente dalla rilevanza giuridica che viene assegnata al momento di esplicazione dell'attività corrispondente. Si è già considerato, in proposito, come un'attività di accertamento possa essere sempre compiuta dagli operatori, ma essa non necessariamente risulti rilevante sotto il profilo giuridico.

In particolare, ciò ci interessa ora per quanto concerne la definizione del profilo teleologico. Si è detto che un siffatto profilo è sempre presente: nello specifico, la norma può espressamente prendere in considerazione il fine da perseguire per la valutazione di validità dell'esercizio del potere, in senso positivo o negativo (si deve/non si deve perseguire un determinato fine), oppure, detto fine può rilevare indirettamente dal rispetto delle clausole generali e delle regole puntuali stabilite per il suo esercizio. La presenza di un margine di scelta, afferente a tale profilo, comporta la partecipazione del soggetto alla determinazione del valore da attuare, e si sostanzia nell'elaborazione di un criterio di preferenza che porta ad una regola concreta di azione, come detto. In questo senso, se il potere non è vincolato, esso porta sempre con sé la necessità di specificazione del profilo teleologico di cui è partecipe.

Ciò, tuttavia, non significa che la determinazione del fine da perseguire sia in ogni caso direttamente rilevante, in sé considerata. In altri termini, perché l'elaborazione del criterio di preferenza possa assumere rilievo *in via autonoma e diretta*, possa, cioè, rilevare in quanto tale in sé e per sé, non è sufficiente che l'ordinamento riconosca la giuridica rilevanza del margine di scelta sotto il profilo teleologico, nel senso già chiarito. È altresì necessario che vi sia *una specifica considerazione del processo formativo della decisione*. L'elaborazione di un criterio di preferenza su base teleologica, che ricolleghi la qualificazione effettuata dalla norma al momento dispositivo del potere, richiede quindi, per assumere autonomo rilievo giuridico nel senso anzidetto, che la stessa attività decisoria, in cui detto criterio si viene ad inserire, risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali.

Se non vi è, in questo senso, una decisione, se questa, cioè, non rileva giuridicamente come tale, neppure vi sono spazi per dare rilevanza, in via diretta, alla determinazione di un criterio di preferenza che ad essa risulti sotteso. In questa prospettiva, la compiuta definizione del profilo teleologico da parte dell'operatore, l'assunzione, quindi, di un criterio di preferenza, può assumere un rilievo soltanto esterno, estraneo alla funzionalizzazione, nel senso che la determinazione della regola dell'agire attiene ad un profilo di autonomia o libertà di scelta, e il rilievo ad essa attribuito è solo quello, indiretto, che deriva (esplicitamente) dalla norma che pone un vincolo sul fine o (implicitamente) da quelle che comunque hanno ad oggetto clausole generali.

Ora, non è mancato chi, in effetti, ha riferito quest'ultima rappresentazione allo stesso potere amministrativo. In particolare, ciò è avvenuto da parte di chi, estromettendo il perseguimento del fine dall'ottica della funzionalizzazione all'interesse pubblico, ha fornito una ricostruzione del potere dell'Amministrazione corrispondente ad una siffatta declinazione strutturale, in un'ottica, cioè, *prettamente sostanziale*[152].

152 Il riferimento è all'impostazione della Scuola fiorentina, e in particolare, sotto tale profilo, alla ricostruzione di C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit.: cfr. *supra*, par. 2.1, n. 71. Nello specifico, in tale prospettiva – che è quella che deve invece seguirsi nell'ipotesi in cui la sostanza del processo decisorio non assuma rilievo giuridico nel senso anzidetto – il profilo teleologico assumerebbe valore in relazione alla non sussumibilità dell'interesse concreto perseguito all'interno della categoria dell'interesse pubblico astratto (come, cioè, sviamento di potere in

Tuttavia, alla luce di quanto appena esposto, è evidente che, concependosi in questo modo il potere amministrativo, si svaluta il rilievo strutturale che ad esso viene invece attribuito dall'ordinamento, in uno con la declinazione del profilo teleologico che all'interno del relativo modello troverebbe riscontro[153]. L'aspetto relativo alla procedimentalizzazione dell'attività si estranierebbe, cioè, dal profilo attinente alla struttura della funzione, e si verrebbe, per così dire, ad appiattire su quello prettamente sostanziale afferente i termini del rapporto, da cui la sfera di disposizione degli interessi attinente al potere risulta esclusa.

---

senso stretto), ovvero come violazione di clausole generali o regole specifiche che governano l'esercizio del potere. La discrezionalità, per tale via, non presenta alcuna differenza qualitativa con l'autonomia privata e viene, essenzialmente, a coincidere col merito: cfr. ancora *supra*, ivi. Per apprendimenti, sia consentito rimandare a *Potere*, I, cit., p. 227 ss.

153 Allo stesso modo, non può condividersi neppure l'impostazione di S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio*, cit., spec. pp. 325 ss. e 403 ss.; Id., *Funzione, potere amministrativo*, cit., p. 768 ss. Secondo tale A. si distinguerebbe, infatti, una discrezionalità determinata dalla mera indeterminatezza delle previsioni normative (discrezionalità-i) e una discrezionalità legata ad un potere normativo di compiere scelte, di cui il decisore ha la responsabilità (discrezionalità-n). Nel primo caso, si sarebbe di fronte ad una libertà negativa (un permesso), ove la vaghezza è un problema di derivazione nomostatica e il potere è soltanto una competenza formale (potere-PR): il decisore non possiede discrezionalità, non ha, cioè, un potere che gli deriva da una particolare legittimazione riconosciutagli da parte dell'ordinamento a sviluppare il diritto, ma *esercita* una discrezionalità che ritrova nella vaghezza del dettato normativo. Nel secondo caso, vi è invece una libertà positiva (una responsabilità), che deriva dalla circostanza di non essere stata fissata una regola d'azione (nel senso delle regole di azione e delle regole di fine inteso da Atienza e Manero: cfr. *supra*, n. 144) e il potere consiste nell'introduzione di un nuovo assetto di interessi (potere-PL): in questa ipotesi, il decisore *possiede*, quindi, discrezionalità. Nel momento in cui si tratta di verificare quando, in concreto, sussista l'una e quando l'altra ipotesi, si ammette, tuttavia, che non possa tracciarsi una linea di demarcazione netta tra le due forme di indeterminatezza. Un indicatore abbastanza affidabile viene individuato nella vaghezza del conseguente, cioè nell'assenza di una regola d'azione, e nella presenza, quantomeno per i poteri amministrativi, soltanto di una regola di fine o di norme programmatiche: in questo caso, si sarebbe al cospetto di discrezionalità-n. Anche nel caso in cui, tuttavia, una regola di azione sussista, l'indeterminatezza non necessariamente comporterebbe una discrezionalità-i, ancorché in tale ipotesi la valutazione da effettuare a fronte di un parametro vago è la qualificazione di un fatto: l'indeterminatezza potrebbe, infatti, comunque interpretarsi come l'attribuzione di un potere riservato. In entrambi i casi, peraltro, potrebbe aversi una ponderazione di interessi. La differenza tra i due tipi di discrezionalità, allora, non viene considerata qualitativa ma di struttura, in quanto nel caso di libertà positiva si ha un'attribuzione di una competenza a sviluppare il diritto che nel caso della libertà negativa non si riscontra: ciò che connota il potere-PL è il tipo di collegamento tra potere e discrezionalità, nel senso di essere poteri normativi consegnati a soggetti inseriti in una determinata organizzazione la

La ricostruzione a cui si sta facendo riferimento, in sé, può dunque ritenersi un modello valido per la rappresentazione, in generale, di un potere soggetto ad un più o meno ampio ambito di scelta nel suo esercizio; tuttavia, non si reputa che essa possa essere idonea a descrivere il potere amministrativo, e, più in generale, tutte quelle situazioni che presentino caratteri di funzionalizzazione, sia in relazione al profilo strutturale sia in relazione a quello teleologico, al potere amministrativo assimilabili.

---

cui esistenza è giustificata dal perseguire fini pubblici stabiliti dal diritto oggettivo.

Le due tipologie di discrezionalità (*La forma presa sul serio*, cit., p. 413 ss.) corrispondono, l'una, ad un'attività propriamente discrezionale, l'altra, invece, ad un ambito di vincolatezza: rispetto ad esse, si rapportano due modelli di attività, l'area dell'attività discrezionale e l'area dell'accertamento. A loro volta, queste due aree di attività corrispondono a due modelli decisori (pp. 136 ss. e 196 ss.): l'attività discrezionale corrisponde alla strategia dell'agire secondo la funzione, l'attività di accertamento a quella dell'agire secondo le regole. La funzione è intesa come funzionalità, è, cioè, pura forma che individua un determinato ambiente decisionale, il quale, in relazione ai poteri-PL, nel diritto amministrativo, deve considerarsi costituzionalmente necessitato; intesa in questo senso, peraltro, essa non implica necessariamente una funzionalizzazione ad un interesse da perseguire (il problema, in proposito, è stabilire se le regole decisionali risultino separate dallo spazio di decisione attribuito al decisore, se, cioè, può ravvisarsi uno spazio di merito del tutto separato dalle regole, secondo l'impostazione di A. Orsi Battaglini, espressamente richiamato: tale opzione, che ne *La forma presa sul serio*, cit., p. 203, n. 183, viene considerata come possibile una volta individuata la funzione nella funzionalità, riceve espressa adesione in *Funzione, potere amministrativo*, cit., p. 764 ss.; sul punto cfr. *supra*, par. 2.1, n. 71). La funzione, tuttavia, comporta un costo, ed è quindi un ambiente decisionale che può essere escluso laddove si scelga di fare ricorso alle regole regolative e ai poteri-PR: ciò effettivamente troverebbe riscontro in quanto stabilito dall'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, sulla non annullabilità dei provvedimenti vincolati per vizi formali e procedurali.

Tale impostazione non appare condivisibile. Essa, nella sostanza, affronta la questione della sussistenza di un potere a fronte di un atto vincolato in relazione alla problematica dell'indeterminatezza normativa. Riconoscendo un concetto di vincolatezza in senso stretto in relazione ai 'casi facili' (*La forma presa sul serio*, cit., p. 414), si afferma che anche la discrezionalità-i può rientrare nell'ambito concettuale del provvedimento vincolato, per il quale l'ambiente decisionale della funzione non sarebbe necessario: si interpreta corrispondentemente il regime dell'invalidità per vizi formali e procedurali di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, affermando che esso porterebbe a reputare la funzione non necessaria laddove non sia ravvisabile discrezionalità-n: in altri termini, si nega rilevanza alla funzione amministrativa quale modello procedurale di accertamento (a cui, come visto, secondo la dottrina in esame l'area esclusa dalla discrezionalità-n corrisponderebbe). Anche nel caso di attività discrezionale in senso proprio, peraltro, il modello della funzione, a cui essa corrisponde, non implica funzionalizzazione, non implica, cioè, un particolare valore strutturale del modello procedurale in relazione al profilo caratteristico della discrezionalità-n, ma solo la necessità di fare

La funzionalizzazione del potere al valore da perseguire, in sé, condivisibilmente, non può infatti trovare riscontro se ancorata al solo profilo teleologico, sempre presente, proprio del potere stesso, per le ragioni appena spiegate. Essa può, però, risultare idonea a conferire una diretta rilevanza giuridica in questo senso, se il profilo teleologico in questione viene considerato in uno con il profilo strutturale della funzione, alla presenza di determinati caratteri propri di quest'ultimo.

6.1 Il rilievo del modello strutturale di produzione in ordine alla considerazione della discrezionalità sul piano teleologico. La struttura normativa della funzione amministrativa come modello procedurale di accertamento

La valutazione del modello strutturale della funzione consente, in questo senso, di pervenire alle conclusioni che seguono.

Il modello strutturale proprio dell'azione amministrativa deve ritenersi improntato ad un canone generale di carattere processuale, inteso, secondo l'insegnamento proprio della dottrina processualcivilistica, quale procedura caratterizzata dall'esprimersi, nella definizione della decisione, nel contraddittorio tra le parti[154]. La l. n. 241/1990 ha recepito, infatti, un modello procedimentale fonda-

riferimento ad un modello procedurale quale quello previsto in via normativa.

La nostra prospettiva, invece, è del tutto opposta, secondo quanto meglio si andrà a spiegare: il modello procedurale del potere amministrativo è quello dell'accertamento, idoneo ad ascrivere a sé anche i casi in cui l'indeterminatezza normativa comporta una scelta che dall'accertamento stesso esula; a tale ascrizione corrisponde un particolare valore strutturale della funzione, che conforma le situazioni giuridiche sostanziali afferenti al potere che si esplica mediante funzione (e che comporta una particolare interpretazione, ad essa corrispondente, dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, sui vizi procedimentali: *Potere*, II-2, cit., pp. 372 ss. e 436 ss.). L'implicazione necessaria delle due differenti prospettive è che, nell'una, quella di S. Civitarese Matteucci, il potere (potere-PL) risulta necessariamente connesso ad un ambito di scelta qualificata, cosicché il nucleo della scelta risulta essere la caratteristica propria di esso (ci si collega, in questo modo, come visto, all'impostazione di A. Orsi Battaglini): sulla base di tale caratterizzazione trova infatti fondamento la funzione (ma sarebbe meglio dire la funzionalità). Nell'altra, quella che in questa sede è rappresentata, il potere prescinde invece, nella sua connotazione, da tale ambito di scelta, e rileva in senso prettamente strutturale: in questo senso, è il suo inserimento all'interno di un particolare modello procedurale (quello di accertamento) ad essere idoneo a incidere sulla sua caratterizzazione, secondo quanto affermato nel testo.

154 La considerazione di un generale canone processuale dell'attività amministrativa parte dal superamento della considerazione teleologica del processo, secondo la posizione tradizionale, la

to su canoni che assumono, in termini soggettivi e oggettivi, i caratteri propri in via generale di un processo, per come appena specificati[155].

In particolare, sotto il profilo soggettivo, pur non ponendosi i soggetti partecipanti su un piano di parità rispetto al momento decisorio, né assistendosi, sotto tale profilo, ad una compiuta separazione tra contraddittori e autorità decidente, si è comunque in presenza di una procedura che, nella definizione della decisione, consente ai soggetti, nella cui sfera giuridica la decisione stessa dispiegherà i suoi effetti, di partecipare all'attività strutturalmente volta alla definizione

---

quale richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi, attuale o potenziale: cfr., in merito ad essa, in particolare F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 44; Id., *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1939, p. 4. La dottrina amministrativistica che ha sviluppato il concetto di funzione sotto un profilo strutturale, quale processo formativo dell'effetto, ha infatti avuto buon conto di considerare che il concetto di processo dovesse necessariamente rifarsi alla connotazione strutturale propria della stessa esplicazione della funzione: si è così distinto, da parte di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 1131-1132, il procedimento dal processo in relazione alla circostanza che nel processo partecipano soggetti che perseguono interessi diversi da quello del soggetto a cui compete l'emanazione dell'atto, i quali possono in tal modo concorrere alla trasformazione del potere (cfr. anche Id., *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 739). Per questa via, è risultato possibile giungere alla considerazione per cui il contraddittorio è ciò che caratterizzerebbe la sostanza processuale dell'attività, ciò che, quindi, definisce il processo come tale, a prescindere da qualsiasi connotazione di ordine teleologico; il processo è, cioè, un procedimento che si svolge attraverso la rappresentazione delle posizioni delle parti nella cui sfera giuridica la decisione dispiegherà i suoi effetti. In particolare, l'affermazione dell'impostazione generale appena descritta si deve ai contributi di E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, pp. 60-61 e 73 ss.; Id., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1067 ss.; Id., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; Id., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss., il quale, ponendosi, sotto tale profilo, su analoga linea, in via generale, di quella tracciata da F. Benvenuti, ha specificato come la partecipazione debba atteggiarsi, perché possa parlarsi di processo: nel senso cioè che mentre il procedimento si identifica con una serie concatenata di atti, il processo è qualche cosa di più e di diverso, essendo necessaria la partecipazione di coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale produrrà i suoi effetti in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare la loro attività (E. Fazzalari, *Istituzioni*, cit., p. 73 ss., spec. p. 82 ss.; Id., *Processo*, cit., p. 1072; Id., *Diffusione del processo*, cit., p. 868 ss.; Id., *Procedimento e processo*, cit., p. 824 ss., spec. p. 827 ss.).

È su tali basi che la dottrina amministrativistica successiva, che si è inserita nel solco del concetto di funzione considerato da F. Benvenuti, ha potuto porre in diretta correlazione quest'ultima con la valorizzazione della sostanza processuale dell'attività amministrativa: in questo senso G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 782 ss.; Id., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 437 ss.; *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.; nonché G. Pastori, *Introduzione generale*, in Id. (a cura di), *La procedura*

del contenuto del relativo atto, senza che il decisore possa obliterare tale attività, pur potendosi discostare dalle relative posizioni, dandone conto[156]. La presenza di una procedura in contraddittorio – sia pure, nel senso appena descritto, non *prettamente garantistico* (come tale rispettoso, in sé, sotto il profilo strutturale e funzionale, di tutte le prescrizioni del giusto processo), ma *collaborativo-garantistico*, secondo la terminologia da noi utilizzata in precedenti scritti[157] – consente quindi, come detto, di concludere nel senso che l'azione amministrativa si svolge nella forma di un processo, il cui oggetto, in particolare, si rivolge alla decisione

---

amministrativa, Milano, 1964, p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, cit., p. 483 ss. Il passo successivo sarà quello di rapportare la sostanza processuale dell'attività non alla funzione intesa come farsi del potere, ma, come rappresentato nel testo, quale farsi della decisione: cfr. quanto già detto *supra*, par. 2, ed ivi i relativi riferimenti.

In proposito, per una più ampia considerazione della questione, e più approfonditi riferimenti, si veda, anche in ordine a quanto si dirà alle note successive, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 403 ss.; II-2, cit., p. 288 ss.; *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, pp. 34, 54 e 181 ss.

155 Dopo l'introduzione della l. n. 241/1990, si è in via generale ammessa, perlomeno da una parte della dottrina, una generale processualizzazione, o quantomeno una processualizzazione in senso lato, dell'azione della P.A.: cfr. in particolare, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, p. 248 ss.; L. MIGLIORINI, *La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo*, in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Napoli, 1993, p. 89; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, *passim*; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss.; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, *ivi*, 2005, p. 1003 ss.

L'impostazione propriamente processuale della funzione amministrativa, ad ogni modo, si ritrova attualmente, nello specifico, nel filone dottrinale oggettivistico, che, ponendosi nel solco dell'insegnamento di F. Benvenuti, G. Berti e G. Pastori (cfr. la nota precedente), ha da ultimo cercato di portare ad una più compiuta ricostruzione strutturale la considerazione della forma processuale del procedimento e, per tale via, la stessa ascrizione del procedimento amministrativo al genere procedurale a cui appartiene il processo giurisdizionale: in questo senso, cfr. in particolare L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss., spec. p. 61 ss.; ID., *L'amministrazione repubblicana*, cit., p. 157 ss.; M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 103 ss. (che amplia una riflessione già effettuata, in forma più ridotta, in ID., *La "manifesta infondatezza" della domanda nel procedimento e nel processo*, in *Procedura, procedimento, processo*, Padova, 2007, p. 309 ss.); M. BELLAVISTA, *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena*

in ordine all'esercizio della situazione giuridica di potere.

Sotto il profilo oggettivo, poi, la considerazione normativa, che riceve l'attività procedimentale, è improntata ad un'ottica processuale, per come avente carattere di accertamento: viene infatti prevista la proposizione di una domanda da parte del privato istante o la sua auto-proposizione dalla P.A., con l'avvio del procedimento; e viene corrispondentemente regolamentata un'attività di verificazione della sussistenza degli elementi fattuali e della integrazione della relativa fattispecie normativa, ai fini della definizione della decisione concernente l'eserci-

---

e cognizione differenziata), in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, cit., p. 93 ss.; Id., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.; Id., *Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura*, Padova, 2012.

156 In particolare, la previsione, ai sensi degli artt. 7 ss., l. n. 241/1990, della comunicazione dell'avvio del procedimento, della partecipazione delle parti, delle modalità partecipative attraverso l'accesso e il deposito di memorie scritte e documenti che l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento, nonché del preavviso di rigetto, comporta che l'autorità decidente debba necessariamente aprirsi al confronto delle parti e considerare l'attività dell'altra parte intervenuta. In questo modo, si sancisce la presenza di una procedura in contraddittorio, e si consente, secondo l'insegnamento processualcivilistico, di cui subito sopra, in nota, di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all'interno di un processo. L'assenza di una piena pariteticità tra le parti non toglie, infatti, che i soggetti privati assumano un ruolo, all'interno del procedimento, che si caratterizza per la rappresentazione della propria posizione in termini di contraddittorio con l'autorità decidente, giacché quest'ultima, se può disattendere, non può anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola affatto in considerazione ovvero non dandone conto (si veda, in particolare, l'art. 10, lett. b), l. n. 241/1990, sull'obbligo di valutazione delle memorie e dei documenti, per come correlato con il precedente art. 3, sulla motivazione dell'atto). Il contraddittorio, in questo senso, è limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che riguarda la sua esplicazione tra le parti), ma non lo è sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e l'autorità decidente: cfr., su tale distinzione M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio*, cit., p. 69 ss.). Non si può quindi negare la presenza di un contraddittorio in senso tecnico sulla base della circostanza che l'autorità decidente sia al tempo stesso appunto soggetto che decide e contraddittore, sia, cioè, parte in senso sostanziale, la quale, ancorché imparziale, cura direttamente interessi pubblici coincidenti o in conflitto con quelli dei privati attraverso lo svolgimento dell'azione amministrativa, mentre perché vi sia pariteticità effettiva l'autorità decidente dovrebbe necessariamente essere terza e indipendente rispetto alle parti (così, invece, S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 239 ss.; A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, pp. 939-940; Id., *Procedimento amministrativo*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, cit., pp. 4512-4513; A. Pajno, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 121 ss.).

zio o il non esercizio del potere nel caso concreto; di tali risultanze procedimentali, è prescritto debba darsene conto nell'apposita motivazione dell'atto, nel momento, quindi, di manifestazione della decisione assunta, che ad esse deve appunto essere rapportata[158].

Il modello di produzione, che viene in questione in relazione al potere amministrativo, può dirsi essere dunque strutturato nel senso di un *processo*, che incentra la formazione della decisione sull'*accertamento*[159]. La funzione amministrativa, intesa, sotto il profilo strutturale, come processo di manifestazione di

---

157 Se, infatti, ponendosi nella prospettiva descritta, si assiste ad una "capacità espansiva del contraddittorio", idonea a portare le logiche processuali al di là dell'ambito proprio del processo giurisdizionale (in questo senso L.P. Comoglio, *Contraddittorio (principio del), I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1997, pp. 11-12, il quale, richiamando le considerazioni di Fazzalari, aggiunge che se l'essenzialità del contraddittorio si manifesta in una correlazione indissolubile con la funzione giurisdizionale, esso si appalesa anche "come veicolo indispensabile di diffusione del paradigma processuale anche al di fuori dell'orbita del fenomeno giurisdizionale in senso tecnico", come avvenuto in relazione alla disciplina della l. n. 241/1990 per il procedimento amministrativo; cfr. anche lo stesso E. Fazzalari, *Diffusione del processo*, cit., p. 861 ss.), è pur vero che, d'altro canto, lo stesso riferimento al contraddittorio, per le diverse modalità in cui può trovare applicazione, in relazione al tipo di processo, porta ad una genericità dei contenuti del processo stesso, senza possibilità di pervenire per tale via ad un'ipotesi ricostruttiva definita. In questi termini, il paradigma comune deve allora essere mantenuto, ma ciò non va a negare la possibilità di sue diverse declinazioni; anzi, è proprio in questi termini che è possibile pervenire alle considerazioni da noi effettuate, per cui la consistenza della funzione si ricollega alla struttura del modello procedurale in cui essa trova esplicazione.

Nello specifico, si ritiene possibile individuare due modelli processuali generali, sulla base della considerazione che del contraddittorio si assume, sotto il profilo strutturale e funzionale, nel rapporto con la norma di cui all'art. 6 CEDU, sul giusto processo (applicabile, come noto, anche al procedimento amministrativo, nei particolari termini che si ricorderanno subito di seguito). Il primo modello è quello che può definirsi *prettamente garantistico*, corrispondente ad un modello procedurale in sé rispettoso delle garanzie riscontrabili nell'art. 6 CEDU, in sé considerate. Il secondo è quello *collaborativo-garantistico*, ove l'autorità decidente non è pienamente separata dal soggetto procedente, in quanto la separazione è solo eventuale, e non è comunque perfetta sotto il profilo strutturale, ma la partecipazione delle parti non può comunque essere obliterata; in ordine ad esso, il rispetto dell'art. 6 CEDU è assicurato dalla compensazione *ex post* in un successivo processo prettamente garantistico, secondo il pacifico insegnamento della Corte europea sul punto. Ora, il primo modello è quello che deve necessariamente riscontrarsi nel processo giurisdizionale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 24, 100, 101 ss. e 111 Cost., e degli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE; il secondo è, invece, come spiegato nel testo e alla nota precedente, il modello corrispondente al modulo procedurale generale dell'azione amministrativa, che appunto può poi usufruire della compensazione *ex post* davanti all'organo giudiziario (attraverso un sindacato di *full jurisdiction*, il quale, ha chiarito la Corte, non va

una decisione, rappresenta cioè una procedura che, nella complessità soggettiva che si esplica attraverso il contraddittorio tra le parti, sarebbe rivolta all'accertamento della sussistenza della/e situazione/i giuridica/he che assurgono ad ipotesi da verificare.

6.2 La relativa connotazione della discrezionalità in senso *procedurale*. Caratteri

La rappresentazione effettuata, lungi dall'assumere un carattere meramente descrittivo, deve considerarsi idonea ad incidere sulla natura e sui caratteri inerenti alla rilevanza giuridica della discrezionalità. Se così non fosse, del resto, non si supererebbe l'obiezione per cui, se la situazione oggetto della decisione non è normativamente definita (perché, appunto, è attribuita discrezionalità nella determinazione della regola di preferenza della scelta), allora non si potrebbe essere, in

---

comunque inteso, rispetto alla discrezionalità propria dell'Amministrazione, in termini sostitutori, ma solo confutatori, con pieno accesso al fatto). È possibile, va peraltro aggiunto, che, in taluni specifici procedimenti amministrativi (ad es., quelli propri delle Autorità indipendenti), la configurazione dell'organo decidente e l'articolazione del relativo contraddittorio tra le parti siano strutturate in senso prettamente garantisco. Sul punto, si veda, ancora, *Potere*, II-2, cit., p. 288 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 181 ss.; nonché *Il dibattito sull'art. 6 CEDU nel diritto amministrativo italiano ed europeo*, in A. Carbone (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Napoli, 2020, p. 1 ss.; ivi i relativi riferimenti. Si veda inoltre quanto si dirà *infra*, par. 7.2, nel testo e in nota.

158 In questo modo, viene normativamente prevista una procedura all'interno della quale assume rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti; come detto nel testo, ciò che si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori, regolamentata dagli artt. 6 ss., l. n. 241/1990. Tale attività viene, poi, come pure si è considerato, inquadrata all'interno di un modello processuale corrispondente, che consente di rapportarla alla relativa decisione. A questo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di proposizione o auto-proposizione della domanda, come detto nel testo); rispetto ad essa, si pone infatti la necessità di verificazione della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica. Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, rapporta la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta: ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra nella norma di cui all'art. 3, l. n. 241/1990. In presenza di detti caratteri, l'attività viene quindi unitariamente considerata quale ascritta ad una verificazione in relazione ad una proposta di decisione che trova la sua esplicazione nell'ambito di un corrispondente processo. Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, I, cit., p. 410 ss.

159 Quindi, in maniera differente dalla concezione maggioritaria, che considera il modello della funzione come processo di tipo *determinativo*, e formativo della decisione essenzialmente discrezionale. Sul punto, cfr. quanto detto *supra*, par. 2. Si veda poi quanto si dirà *infra*, par. 6.3.

realtà, al cospetto propriamente di un accertamento, che presupporrebbe, invece, quale referente nel rapporto tra fatto e diritto, una realtà normativa predeterminata, secondo quanto si è spiegato.

Tale obiezione è stata, in effetti, il principale impedimento a configurare il procedimento amministrativo quale procedura di accertamento. Nonostante, infatti, la procedimentalizzazione dell'attività abbia portato alla valorizzazione del carattere conoscitivo del procedimento, quale volto ad accertare i presupposti per l'esercizio del potere[160], poi oggetto di sanzione, come visto, da parte della disciplina della l. n. 241/1990, il modello di formazione della decisione, che nella procedura trova riscontro, è stato essenzialmente strutturato, lo si è sopra ricordato, quale modalità di formazione della scelta discrezionale.

Anche la relativa strutturazione della procedura, tale per cui, attraverso tecniche di *predeterminazione* della regola di preferenza, risulta possibile racchiudere in una determinazione normativa l'esercizio della discrezionalità, non è stata intesa in senso differente, e, del resto, non sarebbe in grado di superare compiutamente il problema: da un lato, essa, esplicandosi come esternazione e graduale fissazione dei valori e dei parametri da assumere nella ponderazione degli interessi, si svolgerebbe comunque nel processo decisorio[161]; dall'altro, non in tutti i casi sarebbe possibile raggiungere una specificità tale da escludere ogni successivo margine di decisione nella scelta puntuale[162].

---

160 F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., pp. 201 ss. e 237 ss.

161 Si veda A. Police, *La predeterminazione*, cit., *passim*, spec. p. 77 ss., che evidenzia come la predeterminazione concerna l'esternazione, attraverso una manifestazione espressa, delle scelte di base e delle scelte parziali compiute dall'Amministrazione nel corso del processo decisorio, che comportano la fissazione di una scala di valori e di preferenze in base alla quale verranno effettuate le scelte puntuali. L'esercizio della discrezionalità può quindi avvenire in vari momenti, quando il problema amministrativo non si è ancora declinato in una specifica vicenda individuale (come nell'ipotesi contemplata dall'art. 12, l. n. 241/1990), quando si è già al cospetto dello svolgimento di un processo decisorio (la determinazione dei criteri da parte della commissione di concorso), ovvero in relazione all'iniziale fissazione di una scala di valori e preferenze che avviene con l'apertura del procedimento amministrativo.

162 Che il declinarsi del processo decisorio nel senso rappresentato non si coniuga con una compiuta predeterminazione dell'attività amministrativa è ben evidenziato da P.M. Vipiana, *L'autolimite della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, pp. 292 ss. e 301 ss.; ma sul punto in generale già F. Levi, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 336 ss. Si veda poi A. Police, *La predeterminazione*, cit., spec. p. 154 ss., per cui, come detto, la predeterminazione è l'emersione

In questo scenario, vi sono stati, va detto, tentativi che, valorizzando il ruolo dell'accertamento, si sono precipuamente rivolti a configurare il modello procedimentale amministrativo quale procedura di accertamento in senso proprio[163]. Essi, tuttavia, si sono comunque dovuti arrestare, rispetto alla configurazione di una struttura normativa generale e unitaria di tipo accertativo del procedimento amministrativo, al carattere discrezionale dell'esercizio del potere[164].

---

progressiva di scelte parziali che si succedono nello svolgimento dell'attività istruttoria; lo stesso A., del resto, propone (pp. 96-98 e 130 ss.) una distinzione in fasi del processo decisorio che non si concilia con la previa fissazione definitiva di un criterio di preferenza.

163 La considerazione del procedimento amministrativo quale procedura di accertamento è stata infatti prospettata, in differenti declinazioni, da B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, spec. p. 75 ss.; e, successivamente, da M. Monteduro, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, p. 92 ss.

Secondo Tonoletti, in particolare, tale risultato sarebbe conseguibile considerando che la preesistenza di una disciplina normativa da attuare costituirebbe il tratto caratteristico della funzione accertativa. Nello specifico, si è distinto, al suo interno, tra funzioni di accertamento autonome, in caso di completezza della disciplina stessa, e funzioni di accertamento strumentali, laddove sia necessario invece il completamento della disciplina nel caso singolo. In tal modo, viene concepito un modello decisorio che si colloca nell'ottica dell'accertamento, riscontrabile sulla base del criterio appena descritto, in relazione al quale si viene a collocare anche l'esercizio della discrezionalità: le valutazioni di opportunità ad essa riferibili, orientate dal criterio teleologico normativo, si innestano sulla struttura di accertamento dell'attività svolta in relazione ad una disciplina sostanziale incompiuta, cosicché detta attività si caratterizza per il completamento della disciplina sostanziale nel caso singolo sulla base dell'accertamento compiuto.

Da parte di Monteduro, invece, il processo decisorio riferibile all'attività amministrativa viene sostanzialmente strutturato nelle forme dell'accertamento, ritenendo in questo senso elemento scriminante la circostanza che il provvedimento amministrativo, al pari di quello giurisdizionale, abbia carattere *concreto*, cioè presupponga un'attività di accertamento e di valutazione di fatti. Tale caratteristica si ricaverebbe dalla fattispecie del provvedimento, che ha al suo interno elementi che implicano la sussistenza di una più o meno determinata realtà fattuale; nonché dalle previsioni legislative che comportano un rilievo giuridico dell'attività in questione (come quelle relative allo svolgimento dell'istruttoria procedimentale) e delle sue risultanze (come quelle attinenti alla motivazione). In questo quadro sarebbe dunque ravvisabile, in capo al provvedimento amministrativo, il connotato della concretizzazione, che consente di strutturare l'attività amministrativa come attività di applicazione del diritto, a prescindere dal più o meno elevato tasso di discrezionalità o vincolatezza dell'attività di attuazione demandata all'Amministrazione (così come del resto di quella demandata al giudice), nonché dal tipo di effetti che dal provvedimento scaturiscono.

La nostra impostazione costituisce, dunque, una proposta ricostruttiva volta a superare tali rilievi[165].

I) In proposito, si deve partire dalla considerazione che la ricostruzione da noi svolta deve considerarsi rappresentativa di un'esplicita *scelta di valore*, effettuata dall'ordinamento, nella definizione del modo di partecipazione alla determinazione del valore propria delle ipotesi in cui la situazione di potere da esercitare non presenti, in sé, carattere vincolato.

La presenza di un margine di scelta, afferente al profilo teleologico proprio del potere, comporta, infatti, lo si è detto, la partecipazione del soggetto alla determinazione del valore da attuare, che si sostanzia nell'elaborazione di un criterio di preferenza che porta ad una regola concreta di azione. Tale elaborazione non rileva però, in ogni caso, in via autonoma e diretta: ciò avviene solo qualora si attribuisca una specifica rilevanza al processo formativo della decisione, nei termini della corrispondente configurazione della relativa struttura procedurale a cui si conferisce rilievo.

La considerazione non è senza conseguenze perché, nel momento in cui il valore riferito, da parte dell'ordinamento, è alla rilevanza normativa di una procedura fondata, come visto, sull'accertamento (scelta di valore *procedurale*), la stessa attribuzione di una partecipazione alla determinazione del valore da attuare (scelta di valore *sostanziale*) deve essere considerata necessariamente insieme alla prima, andando a costituire, entrambe, due piani di rilevanza del medesimo rapporto. In questi termini, in ragione, cioè, della considerazione di tale duplicità di

164 Nessuna delle due impostazioni rappresentate alla nota precedente è infatti idonea a superare i rilievi esposti nel testo. Non la prima (B. Tonoletti, *op. ult. cit.*), che è piuttosto volta a strutturare il procedimento sul paradigma dell'accertamento (di cui l'A. ha certamente l'indubitabile merito), non a ridurre ad una considerazione strutturale unitaria l'attività svolta: ed infatti, nel fondare la struttura dell'attività amministrativa sull'accertamento, essa distingue tra funzioni di accertamento autonome, laddove si sia al cospetto di una disciplina normativa completa, e funzioni di accertamento strumentale, nel caso la disciplina normativa sia invece incompleta. Neppure la seconda (M. Monteduro, *op. ult. cit.*), la quale, seppure invece tale esigenza di unitarietà in un certo senso intuisce, non può andare oltre la configurazione di un procedimento rivolto alla ricostruzione e qualificazione di fatti reali, quale processo di applicazione della norma al fatto; dovendosi però necessariamente rapportare, rispetto a ciò, alla natura normativa propria della scelta discrezionale.

165 *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 416 ss., 427 ss.; II, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 509 ss.; *Potere e situazioni giuridiche*, cit., p. 38 ss.

piani di rilevanza, deve essere conseguentemente possibile porre in correlazione l'accertamento, proprio della procedura, con la discrezionalità della scelta, propria della situazione di potere oggetto della procedura, pervenendo, per tale via, ad una loro conciliazione.

La connotazione della funzione amministrativa quale modello processuale rivolto alla verifica della sussistenza delle condizioni dell'esercizio del potere costituirebbe, quindi, ciò che consente di ascrivere normativamente a tale modello (ad un modello, quindi, fondato sull'accertamento) l'intera struttura della funzione, nei termini che seguono.

II) La circostanza per cui, nel processo formativo della decisione, l'attività decisoria risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali si deve ritenere rappresentare, dunque, una precisa scelta di valore da parte dell'ordinamento, relativa all'esplicazione della dinamica della produzione. Tale scelta di valore ha conseguenze in ordine all'emersione del profilo teleologico a cui il potere (ogni potere) è rivolto, nel senso che tale profilo, e l'eventuale elaborazione di un criterio di preferenza che si accompagna alla sussistenza di discrezionalità nella sua definizione, risulta idoneo, per tale via, ad assumere rilievo in via autonoma e diretta, secondo quanto in precedenza spiegato. In ciò consiste l'essenza della funzionalizzazione, nella sua commistione tra profilo teleologico e profilo strutturale.

Vi è cioè, in questo senso, l'espressione di un valore procedurale proprio della struttura normativa del modello di produzione, che si accompagna al valore sostanziale consistente nell'attribuzione della definizione della regola di preferenza discrezionale propria della situazione di potere in ordine all'assetto teleologico da attuare. Entrambi i profili si pongono su un piano normativo, ed entrambi risultano idonei a caratterizzare la consistenza della situazione giuridica di potere, e di quelle che vi si pongono in rapporto.

Nella prospettiva indicata, l'essenza strutturale della funzionalizzazione deve, allora, risultare in grado di conciliare entrambi i valori (sostanziale e procedurale) riferiti. Essa deve quindi reputarsi idonea ad *ascrivere proceduralmente all'accertamento*, che detta struttura connota, anche l'attività, differente, che caratterizza la scelta in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza discrezionale, *pur mantenendone inalterata la connotazione sostanziale*. Il modello di ac-

certamento, costituendo, cioè, una scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, di conferimento di rilievo giuridico, in generale, all'attività di correlazione tra fatto e diritto, fa sì che, per tale ragione, il modello stesso si deve reputare in sé idoneo a ricomprendere, sotto il profilo normativo della funzione, laddove suffragato dai caratteri strutturali corrispondenti alla sostanza processuale del procedimento decisorio, anche attività di valutazione che dall'accertamento tecnicamente esulerebbero, senza per questo obliterarne la relativa essenza sostanziale.

In altri termini, nel momento in cui risulta possibile rinvenire un modello di produzione incentrato sulla verificazione del fatto rispetto alla norma, rispetto al quale riceve rilievo giuridico la sostanza processuale dell'attività, *anche le ulteriori attività valutative*, che rispetto all'accertamento siano strumentali o correlate, devono poter essere ascritte, *sotto il profilo procedurale*, a tale modello strutturale, appunto in ragione della compresenza, *accanto al valore sostanziale di definizione della scelta in ordine alla definizione della regola di preferenza, che in sé rimane intatto*, di quello procedurale proprio del modello strutturale della determinazione stessa[166].

Il presupposto, da cui a tal fine si muove, è la circostanza, già riferita, per cui, in considerazione dell'indefinitezza del relativo scenario di riferimento, si ritiene che la collocazione del margine di scelta all'interno o all'esterno dell'attività qualificatoria, e quindi la sua riconducibilità all'accertamento, non possa attenere ad un mero profilo di tecnica giuridica, ma sia determinata da una scelta valoriale espressa dall'ordinamento[167]. A questo punto, interviene la duplicità assiologica individuata, procedurale e sostanziale, che consente di attribuire rilevanza ad entrambe le alternative. La conseguenza, a cui si perviene, è così la seguente.

---

166 Si intende che ciò in tanto vale in quanto un modello di accertamento sia normativamente configurabile in ordine al procedimento amministrativo in cui lo specifico potere considerato trova esplicazione, in ragione della disciplina della l. n. 241/1990, o di altra normativa speciale. Non può così, ad es., ravvisarsi il particolare modello di accertamento sopra descritto per gli atti normativi e quelli a contenuto generale, per i quali l'art. 3, co. 2, l. n. 241/1990, non richiede la motivazione, in disparte ogni considerazione in ordine alla idoneità della relativa fattispecie normativa a configurare uno schema in cui sia previsto il rapportarsi della realtà fattuale a quella giuridica ai fini dell'integrazione degli elementi previsti dalle norme sostanziali sulla produzione.

167 Cfr. *supra*, par. 5.1.

Da un lato, *sul piano sostanziale*, la scelta discrezionale dell'Amministrazione comporta la definizione di una norma di preferenza del caso concreto precedentemente non esistente. Dall'altro, *sul piano procedurale*, la regola in questione si deve invece considerare già normativamente esistente nel suo profilo di rilevanza, risultando in questo modo idonea, come tale, a porsi come referente dell'accertamento (e a consentire così, per tale via, la convivenza tra discrezionalità e accertamento). In tale prospettiva, *vengono dunque a delinearsi due piani di rilevanza, sostanziale e procedurale*, afferenti a due dimensioni della medesima situazione giuridica. Rispetto ad essi, *si viene a scindere l'operatività della regola di preferenza discrezionale*, che risulta distinta *sul piano sostanziale* e *su quello procedurale*, sussistendo comunque nel secondo, anche senza esserlo nel primo.

Tale connotazione è quella che deve quindi considerarsi propria del potere amministrativo.

III) La discrezionalità amministrativa, nel senso da noi descritto, *pur mantenendo intatto il suo carattere sostanziale, si declina quindi in chiave procedurale*, e consente di essere vista nella duplicità dimensionale, appunto procedurale e sostanziale, che caratterizza le relazioni che si situano nell'ambito della funzione amministrativa, per come da noi rappresentata. In tal modo, la definizione della regola ad essa afferente partecipa della duplicità dimensionale propria della struttura del modello di produzione in cui trova collocazione, e viene considerata, come si è spiegato, quale già normativamente sussistente sul piano procedurale.

Nel momento in cui, in altri termini, il modello procedurale amministrativo si esprime nel senso di una considerazione normativa della relativa attività, complessivamente intesa, quale improntata sull'accertamento, si viene a ritenere sussistente un'equiparazione normativa – *rivolta, si badi bene, unicamente al piano procedurale* – tale per cui l'attività di definizione del valore da attuare, relativa all'elaborazione del criterio di preferenza discrezionale di ordine teleologico, verrebbe normativamente ascritta, appunto sotto il profilo procedurale, a quella di verificazione dei fatti in ordine all'integrazione della fattispecie. Tale equiparazione procedurale si verificherebbe, come detto, in quanto l'ordinamento, nel porre il modello strutturale di accertamento quale modalità di esercizio del potere, ha effettuato una precisa scelta di valore in ordine alle modalità di esplicazione del potere stesso, fondando su di esse il profilo dinamico a quest'ultimo

afferente.

Il meccanismo *tecnico*, attraverso il quale è possibile avere tale risultato, è quello per cui la regola di preferenza discrezionale si considera, come spiegato, *già operativa sul piano procedurale, ancorché non lo sia su quello della dimensione prettamente sostanziale*. La circostanza per cui la regola di preferenza, afferente al profilo teleologico del potere, non risulti normativamente definita sul piano sostanziale, non preclude, infatti, ad una sua considerazione già effettuale, per come operativa sul piano procedurale, in ragione della componente normativa riferibile al piano procedurale stesso. L'indefinizione contenutistica, relativa al contenuto della regola, passa così, *sul solo piano della rilevanza procedurale*, dal profilo di definizione della regola stessa a quello di verificazione rispetto ad una regola assunta come già definita.

Tale fenomeno di operatività della situazione effettuale è del tutto conosciuto nel nostro ordinamento, ed è proprio dell'ottica processuale generale, ove l'operatività di un fatto, pur già effettuale su un piano sostanziale, potrebbe non occorrere su quello procedurale se non a seguito dell'esercizio di un particolare potere processuale. È questo, nello specifico, il fenomeno riconducibile all'eccezione in senso stretto (cioè non rilevabile d'ufficio dal giudice): l'eccezione in senso stretto è, infatti, un potere processuale volto, attraverso la richiesta di applicazione dell'effetto giuridico corrispondente a determinati fatti allegati, ad attribuire rilevanza a detti fatti, già produttivi di effetti giuridici nella realtà sostanziale, anche sul piano processuale, ai fini dell'operatività del relativo effetto[168]. Rispetto a tale evenienza, cambia il contenuto dell'effetto, e risulta invertito il rapporto di

168 Come tale (per una compiuta ricostruzione sia consentito rinviare a *Potere*, I, cit., p. 166 ss., n. 310; II-1, cit., p. 186 ss., n. 286; ivi i relativi riferimenti), essa si distingue sia dall'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio (rispetto alla quale si ricadrebbe nella più generale problematica dell'allegazione dei fatti e del relativo onere di provarli), sia dall'eccezione costitutiva (la quale individua, nell'ambito delle eccezioni in senso stretto, l'eccezione diretta ad attribuire rilevanza a fatti che non sono autonomamente produttivi di effetti giuridici; e rappresenta, come tale, un potere processuale dal cui esercizio scaturisce la costituzione del dovere del giudice di attuare la modificazione giuridica richiesta, per come limitata al suo rilievo sulla situazione giuridica dedotta in giudizio). L'eccezione in senso stretto (non costitutiva) è dunque il corrispettivo, a piano processuale e piano sostanziale invertiti, di quanto si viene a verificare, nella nostra ricostruzione, in ordine alla regola di preferenza discrezionale nella fattispecie della situazione giuridica di potere.

operatività tra i due piani, ma il presupposto logico è il medesimo: si considera, in altri termini, che il piano di rilevanza processuale è scisso da quello sostanziale, e da ciò si fanno derivare le relative conseguenze[169].

Nella maniera rappresentata, si può dunque concludere nel senso che la *distinta operatività* di una situazione effettuale (quella afferente alla *regola di preferenza discrezionale*, propria della fattispecie del potere), *sul piano procedurale* e *su quello (prettamente) sostanziale*, *è il carattere ricostruttivo su cui si fonda la nostra impostazione*, possibile in ragione del riconoscimento della duplicità dimensionale che, sul piano normativo, viene conferita, sotto tale profilo, al modello di produzione proprio della funzione amministrativa.

6.3 *(segue)* Conseguenze di tale impostazione

La scelta di valore effettuata dall'ordinamento risulta così, in definitiva, idonea a tenere distinti, sotto il profilo che viene in rilievo, il piano di rilevanza giuridica sostanziale da quello procedurale con riferimento all'ambito dell'attività amministrativa. La struttura normativa della funzione si determina, cioè, nel fornire una distinta rilevanza al piano procedurale rispetto a quello sostanziale, la quale, in questi termini, si pone all'interno di una specifica e corrispondente visione della dinamica giuridica. La scissione dei piani di rilevanza, che di tale considerazione della realtà giuridica è conseguenza, fa sì, a sua volta, che la regola di preferenza, pur non sussistendo ancora nella realtà sostanziale, possa essere nor-

169 La nostra tesi rappresenta, cioè, una diretta conseguenza della scissione tra piano di rilevanza sostanziale e piano di rilevanza processuale delle situazioni giuridiche, presente nella generale considerazione del diritto a partire dall'elaborazione della concezione dell'azione quale situazione autonoma rispetto al diritto sostanziale ad essa collegata (sul punto, sia consentito rimandare a *Potere*, I, cit., p. 91 ss., nel testo e in nota). Una volta, dunque, accettate le premesse da cui la tesi muove, della consistenza procedurale della funzione amministrativa, e del rilievo normativo che si collega alla corrispondente scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, risulta del tutto consequenziale accedere alla nostra considerazione della discrezionalità, e scindere l'operatività della regola di preferenza discrezionale tra piano sostanziale e piano processuale. In tale prospettiva, in effetti, negare cittadinanza alle premesse concettuali della nostra tesi, e così alle sue conseguenze, sarebbe possibile, ma solo negando lo stesso dualismo tra diritto sostanziale e diritto processuale; seguendosi un'impostazione che, seppur in passato autorevolmente avanzata (è questa la ricostruzione, non serve ricordarlo, di S. Satta, su cui cfr. *Potere*, I, cit., *ivi*, n. 126), non ha mai ricevuto positivo riscontro.

mativamente considerata come già operativa sul piano procedurale[170].

La situazione giuridica di potere amministrativo si viene a strutturare di conseguenza. La concezione della discrezionalità che si è rappresentata, presupponendo la relativa regola di preferenza già effettuale rispetto alla fattispecie della situazione di potere, include infatti in detta fattispecie anche gli elementi propri della discrezionalità della scelta. La modalità deontica della situazione viene poi a configurarsi, in relazione a ciò, in ragione della generale doverosità che è propria della funzione amministrativa. La situazione di potere amministrativo si presenta allora, conseguentemente, come un *obbligo* di produrre/non produrre l'effetto precettivo al potere correlato (o, il che è lo stesso, di produrre un effetto al posto di un altro, per come correlati, detti effetti, a diverse situazioni di potere), sussistente se sussistono/non sussistono gli elementi, *vincolati e discrezionali*, della fattispecie in questione.

---

170 Si comprende, in questi termini, come solo in tal modo, solo, cioè, scomponendo i due piani di rilevanza, sostanziale e procedurale, sia possibile concepire una situazione già effettuale ma non operativa, così come proposta nella tesi di Piras (su cui cfr. *supra*, par. 2, n. 33), senza per questo incorrere nelle obiezioni che alla tesi stessa sono state mosse, relative all'impossibilità di considerare, rispetto al potere, un effetto già prodotto ma non operativo (si veda ancora *supra*, ivi; nonché *Potere*, I, cit., p. 143 ss.). In un modello di giuridicità quale quello proprio del nostro ordinamento, infatti, l'unico modo di accedere alla ricostruzione in questione è risolvere la duplicità in questione nella distinzione dei due piani di rilevanza giuridica (solo per inciso, si noti che, nella tesi di Piras, l'effetto a cui si fa riferimento è quello riconducibile al potere, come creazione/incisione di una situazione finale; mentre, nella nostra ricostruzione, a venire in rilievo è la regola di preferenza discrezionale, quale norma che definisce la fattispecie dell'effetto creativo/incisivo di una situazione finale; ma, ad ogni modo, la tipologia di correlazione è quella indicata).

Allo stesso modo, per la via indicata, è possibile dare anche un valore strutturale, e non soltanto descrittivo, all'impostazione dello stesso Piras in ordine alla discrezionalità, quale fenomeno che si viene a collocare nel momento dell'attività, intermedio tra il potere e l'atto, appunto la funzione, risolvendosi nella formulazione di una regola per l'agire destinata a fungere da elemento di eterointegrazione dello schema legislativo del rapporto (si veda sempre *supra*, ivi). Se si scinde il piano di rilevanza sostanziale da quello procedurale in ordine alla scelta discrezionale, non varrebbe, infatti, l'obiezione (mossa da F. Levi a Piras, come visto *supra*, n. 149) per cui la considerazione della regola di preferenza discrezionale, quale integrativa della fattispecie del potere, rappresenterebbe solo una superfetazione rispetto alla decisione finale; tutt'al contrario, essa risulterebbe normativamente rilevante, quale già operativa sul piano procedurale, pur dovendo essere ancora 'staticizzata' nel suo contenuto (su tale concetto, subito di seguito, nel testo e in nota).

La circostanza che la regola discrezionale di riferimento, per la via indicata, sia considerata, sotto un profilo tecnico, nei termini descritti, connota, a sua volta, la definizione del concetto di accertamento. Nella maniera rappresentata, infatti, il modello procedurale, e la relativa attività, *non si pongono in chiave determinativa* rispetto alla definizione della scelta sulla produzione o meno dell'effetto precettivo, ma vengono ad essere *unitariamente considerati quale espressione di un modulo processuale di accertamento*[171]. L'attività di definizione della regola, sul medesimo piano procedurale, corrisponde, in questo senso, ad un accertamento, sia pure, per così dire, discrezionalmente complesso, da parte dell'organo procedente a ciò deputato[172].

---

171 La considerazione da noi assunta di un modello procedurale di accertamento può, infatti, essere meglio compresa, sotto il suo profilo oggettivo, attraverso un suo confronto con il diverso modello procedurale di tipo *determinativo*. In quest'ultimo modello, si assume che la necessità di produzione o meno dell'effetto precettivo, oggetto della procedura, si venga a determinare (e non semplicemente ad accertare) a seguito dei singoli passaggi procedurali, che dunque vengono ad essere costitutivi non unicamente della fattispecie dell'effetto, ma della fattispecie dell'obbligo di produrre l'effetto stesso. Nel modello di accertamento, invece, vi è una situazione giuridica assunta come già esistente all'apertura della procedura, la quale deve essere soltanto oggetto di verificazione da parte dell'organo procedente, attraverso adempimenti che concernono le modalità procedurali di esercizio della situazione in questione. Il modello determinativo è quello che viene comunemente collegato ad un'attività di carattere discrezionale (secondo quanto detto *supra*, par. 2; per i relativi riferimenti si veda anche *Potere*, I, cit., p. 410 ss.). Il modello di accertamento, invece, viene accostato ad un'attività di tipo vincolato, soggetta a verificazione. Non mancano, ovviamente, ricostruzioni volte a presentare una commistione dei due modelli, in ragione della considerazione di entrambe le attività.

Rispetto a tale rappresentazione, deve tuttavia evidenziarsi che la correlazione descritta, e con sé l'eventuale commistione di modelli, ha carattere unicamente funzionale, non logico. Non è infatti logicamente in sé contraddittorio considerare, a fronte di un'attività vincolata, un modello procedurale determinativo, tale per cui l'obbligo di produrre l'effetto precettivo si viene a determinare con la decisione (è, questa, una particolare considerazione, prettamente procedurale, dell'azione concreta in sede giurisdizionale, cioè della determinazione dell'obbligo del giudice di adottare una sentenza di un determinato contenuto). Del pari, è possibile logicamente considerare un modello di accertamento a fronte di un'attività discrezionale, attraverso il meccanismo da noi proposto nel corso della trattazione; e può così conseguentemente ritenersi che, ogniqualvolta l'ordinamento predisponga un modello di produzione fondato sull'accertamento, tutte le attività vengano ad esso ricondotte, in ragione della scelta di valore che, per tale via, viene effettuata dall'ordinamento stesso.

172 Volendo riprendere la suggestiva intuizione proposta da R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, *loc. ult. cit.*, su cui *supra*, par. 5, può ritenersi che la considerazione da noi assunta sulla discrezionalità, e la corrispondente definizione del concetto di accertamento, costituisce il fondamento tecnico-giuridico attraverso cui porre il modello

Tale rappresentazione procedurale della discrezionalità, insieme con il relativo concetto di accertamento, riguarda tutti i modelli procedurali – aventi le corrispondenti caratteristiche – all'interno dei quali la situazione di potere amministrativo viene ad essere oggetto di considerazione, ai fini di una decisione su di essa.

In tale scenario, l'attribuzione normativa della definizione del valore in capo ad un determinato soggetto, che ne caratterizza il relativo potere, conserva il suo rilievo sostanziale, declinandosi però in chiave procedurale all'interno di ogni

---

procedurale proprio del potere amministrativo (e, a ben vedere, qualsiasi modello procedurale di esplicazione del potere, e, con esso, l'intera dinamica ordinamentale) in una chiave di lettura *quantistica*, conforme cioè, in via di principio e per approssimazione, al corrispondente modello fisico, in generale attualmente accolto. Vi è, in altri termini, una definizione dell'accertamento che non considera come ontologicamente esistente la realtà a cui si rapporta (la misurazione può, in questo senso, definire ciò che è misurato), ma riconosce che la distinzione fra integrazione della norma che ricade nell'interpretazione e integrazione della norma che ricade nella discrezionalità non è in sé ontologicamente definibile in positivo. Per tale via, senza negarsi la distinzione fra le due categorie indicate (interpretazione e discrezionalità), ma anzi espressamente ribadendola, si viene però a declinare la stessa su altre basi, non cioè ontologiche, ma relative all'operatività della norma, se solo sul piano procedurale o anche su quello sostanziale, la cui scelta è demandata all'ordinamento sulla base dei riferimenti propri del medesimo piano normativo.

Il profilo, peraltro, non assume carattere meramente descrittivo di una realtà tecnico-giuridica, ma assurge anche a paradigma epistemologico a (ulteriore) supporto della tesi che qui si propone. Il paradigma quantistico, infatti, è in sé idoneo a dimostrare come non vi sia alcuna necessità epistemologica generale di identificare l'accertamento con la mera rilevazione di una realtà già integralmente determinata; cosicché una concezione giuridica dell'accertamento costruita su tale presupposto non potrebbe pretendere di imporsi come concettualmente necessaria. In questo senso, il risultato della considerazione quantistica sarebbe quindi non soltanto quello di prospettare una possibile visione quantistica del diritto, ma quello di impedire una necessaria ontologizzazione della dogmatica classica. La concezione classica dell'accertamento non potrebbe, infatti, fondare la propria necessità sull'idea che ogni accertamento presupponga per natura un oggetto interamente predeterminato, perché proprio la moderna descrizione della realtà fisica ha dissolto la pretesa universale di tale schema soggetto-oggetto. Nel momento in cui, allora, si è venuta a giustificare, sotto il profilo assiologico, per come ricavabile dal dato normativo proprio dell'ordinamento, una ricostruzione dell'accertamento quale quella prospettata, questa non potrebbe essere disattesa soltanto in ragione della presunzione che un modello 'classico' di accertamento sia concettualmente necessario: perché concettualmente necessario non è, come il paragone quantistico ha dimostrato; anzi, se si volesse davvero ricavare dalla struttura della realtà fisica un argomento di necessità concettuale, il modello attualmente riconosciuto sarebbe semmai proprio nel senso contrario. Cade così, completamente, anche su questo ulteriore piano, il tenore delle obiezioni di M. Trimarchi, *A proposito di "Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse*

modello procedurale in cui viene ad essere considerata. Così, di fronte ad un organo di revisione della decisione, che appartiene ad un ordine procedurale differente da quello che la decisione ha adottato, o a cui comunque non è attribuita la definizione della regola, *il carattere sostanziale della discrezionalità viene a declinarsi*, sempre sul piano procedurale che caratterizza l'azione dei differenti organi in questione, *quale limite procedurale all'accertamento*, che può essere superato nei termini in cui la regola venga definita nel corrispondente piano procedurale, ammissibile proprio in ragione della consistenza della discrezionalità, nella duplicità dimensionale che la caratterizza[173].

Per tale via, la ricostruzione effettuata fornisce dunque la base concettuale per sostenere che il giudice amministrativo non può sì sostituirsi ad una scelta discrezionale non esaurita (piano di rilevanza sostanziale della discrezionalità), ma questa può però essere svolta nel processo giurisdizionale, con mezzi processuali, da parte della P.A. parte del giudizio (piano di rilevanza procedurale della discrezionalità), e quindi, in tal modo, *esaurirsi* nel giudizio stesso[174].

---

allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)" di Andrea Carbone, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 831 ss., spec. p. 845 ss.; Id., *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive tra diritto sostanziale e processo. Qualche osservazione*, in *Pers. amm.*, 2021, p. 529 ss., già del resto sconfessate, sotto altri profili, nei nostri saggi successivi, tra cui *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, *ivi*, 2022, p. 244 ss.

Sul punto, si veda anche quanto da noi sostenuto in *Riflessioni introduttive su metodo e potere giuridico nel diritto pubblico*, in *Pers. amm.*, 2025, 2, p. 801-802, n. 50.

173 Più nello specifico, può dirsi che, in una differente realtà procedurale rispetto a quella di appartenenza, quale quella del processo giurisdizionale, la situazione oggetto dell'accertamento, la quale viene in rilievo (non può che venire in rilievo) mantenendo intatte entrambe le dimensioni di rilevanza giuridica, è conosciuta dall'organo decidente corrispondente (il giudice) quale effettuale nella realtà procedurale di appartenenza, ma la cui cognizione non è consentita rispetto alla parte di fattispecie non staticizzata. La limitazione è riferita quindi solo alla cognizione del giudice, ma non concerne l'operatività della regola (sul piano procedurale); ne consegue che la limitazione stessa viene corrispondentemente intesa come processuale (e come tale superabile nei modi corrispondenti).

174 Sul punto cfr. *infra*, par. 8.1, ove si specificherà, peraltro, come la scelta discrezionale debba essere, in ogni caso, non meramente indicata in memoria dalla difesa erariale, ma contenuta in un documento proveniente dall'Amministrazione a detta scelta deputata, il quale, proprio in ragione del carattere procedurale in cui la struttura della funzione si colloca, assumerebbe appunto carattere procedurale, di integrazione dell'allegazione processuale, con relativo deposito in giudizio, e corrispondenti difese processuali nel contraddittorio con le altre parti (che non devono quindi impugnarlo).

La considerazione, nel senso descritto, della discrezionalità e del relativo accertamento, e del suo svolgimento all'interno di una procedura di accertamento, è ciò che consente, infine, di parlare – accanto alle definizioni talvolta utilizzate, di rapporto amministrativo di tipo 'statico' e di tipo 'dinamico' – di rapporto 'staticizzato', e di '*staticizzazione*' della regola di preferenza discrezionale[175]. Tale concetto si risolve, infatti, in un accertamento rispetto ad una realtà normativa già effettuale in ragione della sua rilevanza sul piano procedurale, che ha quale conseguenza quella di rendere operativa la norma stessa (e quindi il fatto rispetto alla norma) anche sul piano di rilevanza giuridica della dimensione prettamente sostanziale proprio della situazione giuridica di potere[176].

---

175 In maniera essenzialmente descrittiva, al fine di rappresentare il rapporto tra discrezionalità ed accertamento processuale del giudizio amministrativo, è infatti possibile distinguere (si riprende qui quanto rappresentato in *Potere*, I, cit., pp. 279 ss., 291 ss. e 296 ss.; ivi i relativi riferimenti) tra rapporto pretesa del privato-potere della P.A. di tipo '*statico*', di tipo '*staticizzato*' e di tipo '*dinamico*': nel primo la discrezionalità è estranea all'accertamento, e la pretesa ha ad oggetto, conseguentemente, la possibilità normativa del risultato favorevole (l'impostazione di L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 168 ss.; Id., *Domanda giudiziale*, cit., p. 617 ss., e in generale della Scuola fiorentina, su cui si veda in generale *supra*, par. 2.1); nel secondo la discrezionalità è oggetto di accertamento, una volta 'spesa', e quindi 'staticizzato' il corrispondente elemento nella fattispecie della situazione giuridica di potere, e corrispondentemente in quella della relativa pretesa; nel terzo si ha la medesima ricostruzione che si riscontra nel secondo, con la differenza che la discrezionalità deve necessariamente esaurirsi in giudizio. Ora, va rilevato come l'elaborazione dottrinale prevalente nell'arco di tali alternative – ed essenzialmente anche il dato normativo, con il riferimento, da parte dell'art. 31, co. 3, c.p.a., all'esaurimento della discrezionalità – propenda o presupponga la seconda rappresentazione, senza tuttavia riuscire a fornirle un fondamento giustificativo convincente. Proprio tale profilo è ciò che può trovare riscontro nella nostra ricostruzione, la quale, per tale via, è idonea a conferire valore concettuale ai termini, altrimenti come detto soltanto descrittivi, di rapporto '*staticizzato*' e di '*staticizzazione*', quali rappresentativi di un rapporto pretesa-obbligo rispetto ad un potere e ad un modello di produzione che si caratterizzano in chiave processuale di accertamento: in particolare, la loro declinazione tecnica è quella che riceve espressione nel senso descritto subito di seguito, nel testo e in nota.

176 La staticizzazione rappresenta, cioè, l'esito dell'attività, compiuta dall'Amministrazione nel procedimento, attraverso la concreta definizione della regola di preferenza, ovvero dal giudice nel processo giurisdizionale, in ragione dell'attività processuale dell'Amministrazione corrispondente alla concreta definizione della regola di preferenza (su quest'ultimo punto, cfr. *infra*, par. 8.1), che si sostanzia nel contenuto della relativa decisione. Detta attività, in ragione della considerazione normativa già effettuale della regola di preferenza, per come operativa sul piano procedurale, si qualifica come attività di accertamento, e corrispondentemente dichiarativo risulta il contenuto della decisione; la quale, a sua volta, ha la conseguenza di rendere operativa sul piano

7. L'individuazione degli ambiti di scelta teleologicamente rilevanti in ordine ad una concezione procedurale della discrezionalità

La considerazione della discrezionalità, in via generale, come partecipazione alla determinazione del valore attribuita dall'ordinamento, e la sua declinazione in termini procedurali, in ragione del modello strutturale proprio della funzione amministrativa, sono ciò che consentono anche una riconsiderazione, in via di principio, dell'*estensione* dell'ambito ad essa attinente, dell'ambito, cioè, all'interno del quale viene conferita all'Amministrazione la potestà di definire una regola di preferenza teleologica che abbia valore per il caso concreto.

Ora, si è visto come, sotto tale profilo, la tradizionale definizione contenutistica della discrezionalità, quale determinazione di un assetto di interessi che ponga una nuova norma, abbia in sé valenza generica. Ed infatti, a fronte dell'alternativa fra l'ascrizione di un momento di scelta, presente in capo all'autorità decidente, ad un'attività di qualificazione giuridica, per come interno ad essa, ovvero ad un'attività di creazione di una norma prima non esistente, per come definita, quest'ultima, quale attività che viene a completare una determinazione di valore prima non compiutamente definita attraverso la posizione di una regola di preferenza di carattere teleologico, che consenta di rapportare determinati fatti alla produzione/non produzione di un effetto (/di un effetto al posto di un altro), si è rilevato come la sua individuazione non attenga ad un mero profilo di tecnica giuridica, ma si ponga in relazione alla rappresentazione che di esso viene effettuata da parte dell'ordinamento; tanto che, lo si è visto, è stato possibile assumere, del medesimo profilo, una differente rilevanza su piani distinti, quello procedurale e quello prettamente sostanziale. Il punto è, allora, verificare quando l'Amministrazione risulti attributaria, sul piano sostanziale, della partecipazione alla definizione del valore da perseguire.

In proposito, è evidente che, in ragione della ricostruzione sin qui effettuata, la soluzione di tale questione non possa porsi in maniera prettamente sostanzialistica. Il ruolo riconosciuto, nell'ambito della nostra impostazione, alla struttura procedurale della funzione, al fine di definire il carattere, altrettanto proce-

---

di rilevanza giuridica della dimensione prettamente sostanziale della situazione giuridica di potere la regola di preferenza la cui rilevanza viene considerata normativamente già effettuale sul piano della dimensione procedurale della situazione stessa.

durale, della discrezionalità, fa sì che è in seno ad essa che la relativa risposta debba essere ricercata.

7.1 La definizione procedurale del momento soggettivo

La definizione del rapporto fra momento soggettivo e oggettivo dell'esercizio del potere corrisponde, nell'ambito della funzione amministrativa, alla tradizionale relazione intercorrente tra organizzazione e attività, la quale, per tale via, come si è già avuto modo di considerare, viene ad assumere un ruolo centrale nella definizione della discrezionalità amministrativa.

È, infatti, nella correlazione dei due momenti, in sé, e nella loro effettiva declinazione, che la discrezionalità viene a ricevere il suo fondamento. Così, la logica che considera l'organizzazione quale profilo statico e separato dall'attività rispecchia, in sé, il collegamento con una visione unitaria dello Stato, e un'adesione ad una sua concezione improntata ad un soggettivismo sostanzialistico e alla sua espressione attraverso il dogma volontaristico; suoi corollari sono la considerazione dell'interesse pubblico in senso astratto, profilo già dato in capo allo Stato-persona, e il fondamento dei relativi rapporti con il cittadino sul paradigma della tradizionale contrapposizione autorità-libertà. La logica che, invece, lega organizzazione e attività, si pone, al contrario, all'interno di una visione pluralistica dei centri di interesse, e ad una considerazione della definizione dell'interesse pubblico all'esito dello svolgimento della funzione amministrativa, inteso quindi in concreto; nella sua espressione più radicale, ciò comporta la piena obiettivizzazione dell'azione amministrativa, e la piena confluenza del momento organizzatorio in quello dell'attività, inclusa anche la stessa ascrizione della persona privata all'organizzazione amministrativa[177].

Rispetto a tale scenario, si è configurata, da parte nostra, la struttura normativa della funzione amministrativa quale modello di tipo processuale, sotto il profilo soggettivo e oggettivo; e si è caratterizzato, in tal modo, tutto l'assetto strutturale dell'attività amministrativa. L'incidenza che, a sua volta, la ricostruzione effettuata è in grado di svolgere in ordine alla declinazione del complessivo modello organizzativo proprio dell'assetto strutturale della pubblica Ammini-

177 Cfr. *supra*, par. 2, nel testo e alle nn. 45-46.

strazione, e, per tale via, dell'individuazione dei margini di discrezionalità amministrativa, può essere espressa nei termini seguenti[178].

In via generale, la norma organizzativa va definita come quella che attribuisce, in sé, una competenza di carattere procedurale, di differente rilievo a seconda dei casi, oppure predetermina un compito corrispondente di carattere materiale, in capo ad un'unità organizzativa, già normativamente individuata, o individuata dalla norma stessa.

La norma organizzativa si inserisce, in questo senso, nel tessuto procedurale proprio della funzione amministrativa, quale idonea a predisporne un'entità strutturale, che in essa viene a svolgersi. Nei termini indicati, essa partecipa quindi dei caratteri propri delle relazioni di carattere procedurale. L'assetto delle competenze procedurali è così determinato dai requisiti concernenti la definizione della particolare articolazione organizzativa della trama procedurale di attuazione di situazioni di potere amministrativo, che consente di procedere validamente al relativo accertamento e all'adozione della decisione, secondo quanto stabilito dalle norme formali sulla produzione[179].

---

178 Sulla rappresentazione che segue, si veda *Considerazioni generali sull'organizzazione*, cit., p. 55 ss.

179 L'attribuzione di una competenza procedurale, in questo senso, deve quindi intendersi consistere, in ragione della struttura normativa della funzione amministrativa, nella determinazione normativa di una situazione giuridica, avente, in ragione della generale doverosità della funzione amministrativa, la modalità deontica dell'obbligo, il quale è rivolto, in disparte la specifica declinazione del relativo contenuto, verso la produzione di un effetto corrispondente a quanto rappresentato. Tale effetto può, in sé, avere carattere soltanto interno, relativo alla procedura di verificazione dei fatti e definizione della decisione, ovvero può spiegarsi, e assumere rilevanza, anche sul piano sostanziale; ma, per quanto qui interessa, esso viene in rilievo, nei termini in esame, nel suo carattere prettamente procedurale, relativo, quindi, ai rapporti procedurali. La relazione organizzativa, del pari, è definita dal correlarsi, rispetto a tale situazione procedurale, di una situazione altrui di pretesa, concernente l'esercizio della prima situazione da parte del soggetto competente, ovvero il suo non esercizio in mancanza della relativa assegnazione o al di fuori dei suoi presupposti, in ragione della sussistenza, in capo a quel determinato soggetto, di una propria situazione avente le medesime caratteristiche e il medesimo contenuto, o comunque un contenuto con l'altra incompatibile.

La considerazione normativa di una situazione procedurale quale quella appena descritta presuppone, in capo al relativo referente soggettivo, l'attitudine ad essere titolare della situazione in questione, cioè la capacità in ordine a tale situazione. La capacità, sotto tale profilo, è ciò che identifica la soggettività, per come collegata alle differenti situazioni considerate, senza che sotto tale profilo possa assumere rilievo, se non di tipo specificativo di un insieme determinato di capacità, il concetto di persona giuridica. In tale prospettiva, perde di senso una possibile

Nella prospettiva descritta, non vi è, dunque, una connotazione in via generale differente, in ordine alle relazioni in questione, rispetto a quella che verte sul loro carattere procedurale. L'organizzazione, tuttavia, assume una particolare valenza all'interno dello scenario rappresentato, quale momento di predisposizione dell'articolazione soggettiva idonea ad esprimersi nell'esplicazione della funzione amministrativa: in questo senso, la condizione di continuità tra organizzazione e attività non ne annulla comunque la distinzione[180]. L'attività organizzativa pone quindi la norma, che definisce il relativo assetto procedurale nei termini

---

distinzione tra relazioni intersoggettive e relazioni interorganiche: o è configurabile un rapporto tra situazioni procedurali, nei termini indicati, riconoscendosi quindi corrispondentemente il valore dei relativi soggetti, o la relazione in sé non assume alcuna rilevanza giuridica. Allo stesso modo, i modelli organizzativi, che storicamente sono stati individuati in merito all'assetto delle pubbliche Amministrazioni, quali la gerarchia, la direzione, ecc., devono essere considerati formule riassuntive ricomprensive di determinate situazioni giuridiche che si pongono nei termini indicati. Cfr. ancora *Considerazioni generali sull'organizzazione*, *loc. ult. cit.*

180 Intesa nel senso descritto, la ricostruzione effettuata non consente neppure di ascrivere i privati, in via generale, all'organizzazione amministrativa. In particolare, la posizione dei privati, che nella dinamica procedurale può entrare all'interno del processo di formazione della decisione, quali contraddittori in senso proprio in seno ad esso, non presenta una strutturazione corrispondente a quella dei soggetti pubblici, in ragione del fatto che la modalità deontica delle situazioni giuridiche procedurali previste in capo ai primi, o di quelle in esse ricomprese ed inerenti al relativo esercizio, si declina in termini di facoltà, non di obbligo, come invece per i secondi. Tale aspetto costituisce, infatti, ciò che è in grado di segnare la distinzione, rispetto alla dinamica procedimentale, tra chi esplica il proprio apporto soggettivo unicamente nella partecipazione al procedimento amministrativo come contraddittore, e chi, invece, nella sua partecipazione al procedimento, esprime (anche) l'attuazione di una relazione organizzativa. Sin tanto che la presenza del privato si presenta nei termini descritti, dunque, il suo apporto non può rilevare in termini organizzativi.

Si respinge, dunque, l'ottica della co-decisione, in cui, invece, viene a sfociare l'impostazione prettamente oggettivistica, di cui si è detto, e che, in via generale, ha trovato un certo riscontro a seguito dell'introduzione della l. n. 241/1990, nell'esame della struttura procedimentale della funzione: si vedano, nelle diverse declinazioni, A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel provvedimento amministrativo*, cit., spec. p. 77 ss.; M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., *passim*, spec. pp. 197 ss., 274 ss. e 343 ss. Da parte nostra, più nello specifico, le considerazioni effettuate si correlano a quanto si è già avuto modo di spiegare in altra sede, sulla negazione della logica della co-decisione sotto il profilo strutturale della dinamica della funzione, nel legame tra il suo dato soggettivo e quello oggettivo dell'attività. In particolare, si è detto come l'accoglimento di tale logica si scontra con l'obiezione, innegabile, per cui, se può sicuramente affermarsi che le valutazioni compiute durante la fase istruttoria, alla quale intervengono i privati, partecipino già della decisione che si verrà a determinare, le scelte che intervengono all'interno dell'arco decisionale risultano comunque demandate all'autorità

di una struttura deputata all'accertamento della sussistenza delle condizioni per l'esercizio del potere.

La conseguenza, che da tale rappresentazione si ricava, è così quella per cui le relazioni di tipo organizzativo, per come aventi carattere procedurale, definiscono la propria struttura nella funzionalità, più o meno diretta, ad un modello processuale di accertamento. In questo senso, si può corrispondentemente qualificare l'Amministrazione, nel suo assetto strutturale complessivo, quale ordine procedurale, avente una struttura rivolta all'accertamento, con i caratteri che si sono indicati.

7.2 *(segue)* Le conseguenze in ordine all'individuazione dell'ambito di discrezionalità teleologicamente orientata

La caratterizzazione della funzione, e dei rapporti ad essa afferenti, nel senso appena rappresentato, comporta, a sua volta, una generale considerazione comune della realtà amministrativa e della realtà giurisdizionale. Esse, infatti, costituiscono due ordini di funzioni normativamente caratterizzate, entrambe, da una struttura di accertamento, nelle relative declinazioni[181].

I due ordini in questione non sono separati fra loro, ma si pongono in collegamento l'uno con l'altro. La funzione giurisdizionale interviene infatti, su ricorso del soggetto interessato, a fronte dell'asserita inadempienza, da parte della P.A., alla situazione giuridica del privato che si rapporta con la situazione di potere oggetto dell'esercizio della funzione amministrativa, derivante, essenzialmente,

---

procedente, la quale ne assume la responsabilità; avvertendosi che, in caso contrario, si sarebbe sfociati in una logica prettamente oggettivistica: cfr. *Potere*, I, cit., pp. 402 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 19 ss. Nel medesimo senso, si veda anche A. Travi, *Interessi procedimentali e 'pretese partecipative': un dibattito aperto. (A proposito di due contributi di Duret e di Zito)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, pp. 543-544, secondo cui "solo all'Amministrazione spetta stabilire la regola del giudizio e l'ordine di prevalenza fra i vari interessi in gioco"; cfr. anche F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 347 ss.; F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 34-36; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., pp. 13-14 e 33; Id., *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 255 ss.; M. Trimarchi, *La validità*, cit., p. 153; Id., *Premesse sistematiche sulle relazioni organizzative*, in *Pers. amm.*, 2021, 1, p. 269. Cfr. ancora *Considerazioni generali sull'organizzazione*, *loc. ult. cit.*

181 Cfr. *infra*, parr. 8 ss.

da un atto che si pone con essa in contrasto o da un silenzio-inadempimento.

Ora, il collegamento appena descritto è idoneo ad evidenziare i termini sostanziali della relazione fra P.A. e giudice amministrativo: a fronte di un asserito inadempimento da parte dell'Amministrazione in ordine all'esercizio del potere, il privato può far valere, davanti al giudice, la sua situazione sostanziale, che assume lesa.

A sua volta, però, lo stesso collegamento si esprime tra due ordini strutturalmente procedurali: vi sono, infatti, due ordini procedurali differenti, tra loro altrettanto proceduralmente collegati[182].

In questo senso, sul versante procedurale, il rapporto tra ordini presenta una caratterizzazione analoga a quella che, all'interno di uno specifico ordine procedurale, si verifica tra i vari gradi del medesimo ordine. La differenza è che, in merito a quest'ultimo, il raccordo si esprime necessariamente in maniera interna e diretta, tale per cui esso è risolto, non potrebbe che essere risolto, in seno all'ordine stesso, che correlativamente si presenta in maniera unitaria; in relazione, invece, al rapporto tra ordini differenti, il raccordo si esprime in diversa maniera, e può esplicarsi in vario modo e secondo varie possibilità (oltreché non presentarsi sempre in maniera compiuta). Nell'ipotesi che a noi interessa, ora in esame, il collegamento procedurale è di tipo esterno, e lascia intatto, come visto, il rilievo sostanziale delle situazioni che vengono ad essere oggetto della procedura (il potere amministrativo, e quelle dei privati che con esso si pongono in rapporto).

Le conseguenze che da tale impostazione derivano in ordine alla generale considerazione del processo giurisdizionale, e al trattamento a cui è soggetta la discrezionalità in ragione del suo carattere procedurale, saranno trattate nei paragrafi successivi. Ciò che qui si vuole rilevare, invece, è che la ricostruzione in ter-

182 In generale, va evidenziato come il rapporto tra ordini procedurali non sia un fenomeno sconosciuto nel nostro ordinamento. È possibile, infatti, che vi siano ordini processuali differenti che presentino tra loro un collegamento, più o meno compiuto, l'uno con l'altro. In proposito, si può pensare, ad es., al rapporto tra ordine giurisdizionale nazionale e ordini giurisdizionali europei, rispetto al quale in *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 456 ss., si è da noi posto in correlazione il sistema di ordini sovrannazionali con quello dei rispettivi ordini giudiziari, e si è sottolineato come le modalità attraverso le quali i differenti ordini giudiziari trovano collegamento possano essere diverse, rappresentando diversi gradi di integrazione tra gli ordini giudiziari stessi (e, conseguentemente, tra i vari ordini sovrannazionali).

mini procedurali dell'ordine amministrativo è idonea a determinare, in ragione del suo rapporto con il processo giurisdizionale, *gli stessi termini di individuazione dell'ambito di estensione* della rilevanza sostanziale proprio della regola di preferenza afferente alla *discrezionalità amministrativa*[183].

La circostanza, infatti, che il collegamento fra ordini si esprime in termini procedurali, ma mantenendo un rilievo esterno sostanziale, fa sì che è dalle differenze procedurali fra i due modelli (profilo procedurale) che deve ricavarsi il valore di un accertamento compiuto in seno ad un ordine procedurale, a cui l'ordinamento conferisce un rilievo teleologico di determinazione del valore non attribuito invece all'altro (profilo sostanziale).

In altri termini, si vuole dire che, all'interno della nostra ricostruzione, la differenza nella modalità di accertamento, sotto il profilo oggettivo (la struttura dell'attività di verificazione) e/o soggettivo (il rapporto fra centri organizzativi e quello con gli altri soggetti partecipanti), che in sé riveste carattere procedurale, è idonea ad esprimere una connotazione che assume rilevanza sostanziale; è idonea ad esprimere, cioè, una connotazione che porta l'ambito della definizione della scelta dal profilo interno della qualificazione (che rimane comunque intatto sotto il profilo procedurale, come visto) a quello esterno della determinazione della regola di preferenza discrezionale (che appunto assume rilevanza sotto il profilo sostanziale). In questo senso, la distinzione che, nel rapporto fra gradi all'interno del medesimo ordine procedurale, sarebbe e rimarrebbe di tipo prettamente procedurale (si pensi alla differenza, nel processo giurisdizionale, fra giudizio di merito e giudizio di cassazione), assume rilievo sostanziale nel rapporto fra ordini procedurali, nel momento in cui, secondo quanto si è rappresentato, è questo stesso rapporto che viene posto dall'ordinamento in termini sostanziali.

In particolare, sotto tale profilo, va ricordato come le modalità di svolgimento del procedimento accertativo, e la valutazione in esso compiuta del fatto rispetto alla norma, concernano l'accertamento considerato come attività di veri-

183 Le considerazioni che seguono sono state presentate da chi scrive, come ipotesi di lavoro, all'interno di un apposito incontro nei *Dialoghi italiani*, al *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* di Heidelberg, il 6 settembre 2023. In forma più generale sono state espresse anche nella relazione *The Creative Gesture. The Role of Courts and Administrative Authorities*, tenuta al Simposio internazionale *The Creative gesture*, presso l'Università degli Studi del Molise, il 28 maggio 2024.

fica del suo referente, cioè della situazione giuridica di potere oggetto della decisione amministrativa. In questo senso, lo si è visto, il procedimento amministrativo presenta in via generale una struttura che, nel solco della disciplina di cui alla l. n. 241/1990, regolamenta la partecipazione in contraddittorio delle parti, gli adempimenti istruttori dell'autorità procedente e di altri soggetti afferenti al procedimento principale, gli apporti decisori delle diverse autorità, all'interno del corrispondente modello procedurale di accertamento. Nell'ambito di essa, trovano quindi riscontro, in vario modo, i referenti organizzativi che partecipano all'istruttoria e alla decisione (si veda, ad es., la disciplina in ordine a pareri e valutazioni tecniche di cui agli artt. 16 e 17, o quella propria della conferenza di servizi di cui agli artt. 14 ss.), secondo quanto si è avuto modo di spiegare al paragrafo precedente.

Ora, la specificità propria di questa struttura, nel suo referente organizzativo, per come riversato nel dinamico svolgimento della funzione, comporta, a nostro avviso, che, (i) al cospetto di *una determinazione che in sé non possa dirsi vincolata* sotto il profilo conoscitivo e/o in quello relativo all'esito dispositivo sulla decisione finale, (ii) rispetto alla quale sia *deputato un apposito segmento procedurale strutturato in maniera specifica, sotto il profilo dei centri organizzativi rivolti al suo svolgimento e alle modalità di effettuazione della relativa attività*, tale per cui il corrispondente accertamento *non possa essere svolto, in termini sostanzialmente equivalenti, da un qualsiasi altro operatore del settore*, nella definizione e nell'esito della valutazione, allora (iii) *la regola di preferenza discrezionale*, che della decisione determina o contribuisce a determinare l'esito, *assume rilevanza di ordine teleologico* (di determinazione in concreto del valore da definire con la decisione), facendo emergere, sul piano di rilevanza sostanziale del potere amministrativo, il valore strutturale in sé afferente al piano procedurale della funzione in cui esso trova attuazione.

La conclusione, a cui si è appena pervenuti, conferisce così, in linea con la ricostruzione generale da noi portata avanti, uno specifico rilievo al dato strutturale, sotto il profilo organizzativo/procedimentale, al fine di delimitare l'ambito proprio della discrezionalità che, rilevando sotto un profilo teleologico, partecipa della determinazione della regola di preferenza prima non esistente sul piano nor-

mativo sostanziale, e che, come tale, non può essere sostituita da un organo a cui non è conferita la medesima attribuzione (quello giurisdizionale). Tale rilievo è dato dalle differenze strutturali tra i due ordini procedurali (amministrativo e giurisdizionale), i quali, nonostante partecipino del medesimo modello generale (un modello processuale di accertamento), si differenziano in ordine alla loro possibile declinazione: quando questa differenza comporta una specifica considerazione procedurale di una valutazione, nei termini indicati, essa, in ragione della duplicità dimensionale che nella nostra impostazione si è conferita alla discrezionalità amministrativa, viene ad emergere sul piano sostanziale dell'attribuzione del potere[184].

La rilevanza, del resto, del dato organizzativo/procedurale, quale modalità, se non per estendere l'ambito della discrezionalità amministrativa, quantomeno per sottrarre le relative valutazioni ad un sindacato giudiziale di tipo sostitutivo, ha trovato riscontro in dottrina, e di fatto anche in giurisprudenza, come si è visto[185]. Nonostante le pur rilevanti argomentazioni addotte in proposito, ci sem-

---

184 In effetti, se nel rapporto tra gradi di un medesimo ordine procedurale, quale quello giurisdizionale (il riferimento è, ancora, al rapporto tra giudizio di merito e cassazione), la differenza nella possibilità di procedere direttamente alla verificazione del fatto corrisponde ad un diverso assetto del relativo procedimento e dei centri che vi intervengono (poteri istruttori del giudice e delle parti, consulenze, ecc.), è ragionevole ritenere, una volta aderitosi alla nostra generale opzione ricostruttiva, che una tale distinzione procedurale, nei suoi termini sostanziali specifici, sia ciò che giustifichi, *mutatis mutandis*, la presenza di un accertamento in sede amministrativa, come si è definito, discrezionalmente complesso, come tale non sostituibile dal giudice.

185 Cfr. *supra*, parr. 2.2 e 3.2, nel testo e in nota.

In questo modo, in particolare, ci pare possa trovare opportuno riscontro il criterio proposto da V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità*, cit., p. 496 ss., in ordine al rilievo da conferire all'attività accertativa In effetti, se nel rapporto tra gradi di un medesimo ordine procedurale, quale quello giurisdizionale (il riferimento è, ancora, al rapporto tra giudizio di merito e cassazione), la differenza nella possibilità di procedere direttamente alla verificazione del fatto corrisponde ad un diverso assetto del relativo procedimento e dei centri che vi intervengono (poteri istruttori del giudice e delle parti, consulenze, ecc.), è ragionevole ritenere, una volta aderitosi alla nostra generale opzione ricostruttiva, che una tale distinzione procedurale, nei suoi termini sostanziali specifici, sia ciò che giustifichi, *mutatis mutandis*, la presenza di un accertamento in sede amministrativa, come si è definito, discrezionalmente complesso, come tale non sostituibile dal giudice.,*n* e valutativa che presenti caratteristiche di *soggettività* assoluta del momento valutativo e/o di *irrepetibilità* del giudizio, per come, si aggiunge da parte nostra, idonee a trovare riscontro in una specifica strutturazione del relativo momento procedurale (in questo senso, ci pare condivisibile l'es. portato dall'A., sulle commissioni concorsuali).

bra tuttavia che, per la via da noi indicata, si possa dare al profilo in questione un fondamento più specifico e maggiormente incentrato sul piano sistematico e strutturale, per come rivolto all'intero assetto della funzione amministrativa, in sé e nei suoi rapporti con l'ordine giurisdizionale, corrispondendo lo stesso, come detto, all'emersione, sul piano sostanziale, del rapporto fra i due ordini procedurali.

L'assetto procedurale, in cui la funzione si viene a muovere, è ciò che definisce, quindi, il rilievo teleologico delle scelte da effettuarsi nell'ambito della funzione stessa, nel suo rapporto con una normativa sostanziale sul potere non compiutamente definita sotto il profilo contenutistico dei singoli elementi della relativa fattispecie, in ordine alla mancanza di vincolatezza del momento conoscitivo e/o dispositivo. In esso riceve riscontro il rapporto tra profili soggettivi e oggettivi della funzione, e quindi la stessa esplicazione del contraddittorio, tra centri organizzativi pubblici e soggetti privati[186].

Sotto quest'ultimo profilo, si può anzi sottolineare come la massima valorizzazione delle considerazioni effettuate trova riscontro quando, a fronte delle specificità procedurali indicate, il modello strutturale della funzione amministrativa non sia quello generale, ma un modello specifico, che sia disciplinato, a differenza di quanto si ritrova nella l. n. 241/1990, *in termini prettamente garantistici*, come rispondente cioè in sé, compiutamente e direttamente, alle prescrizioni del giusto processo, di matrice costituzionale ed europea[187]; un modello che, si aggiunge, si ritiene dovrebbe trovare riscontro, quantomeno in via di principio, in particolare nei procedimenti dinnanzi alle Autorità indipendenti[188]. Nell'ipo-

---

Analogamente, nei termini descritti nel testo, può pervenirsi ad una rivalutazione dell'impostazione di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., p. 297 ss., secondo cui la non sostituibilità del giudice su valutazioni tecniche andrebbe fondata sulla specifica funzionalizzazione dell'organizzazione all'attività amministrativa, in particolare in relazione al collegamento che l'A. svolge (p. 381 ss., ed ivi l'es. del vincolo sul bene di interesse storico e artistico) alla "previsione normativa di un particolare procedimento amministrativo e, in esso, di una fase propriamente preordinata al migliore compimento della valutazione".

186 Sul ruolo di questi ultimi, cfr. le precisazioni di cui *supra*, al par. precedente, n. 180.

187 Sul punto, cfr. quanto rappresentato *supra*, par. 6.1, nel testo e alla n. 157.

188 È considerazione comune, infatti, che il canone che le Autorità indipendenti esprimono, in ragione del ruolo istituzionale che viene loro assegnato nel complessivo assetto dell'ordinamento, in relazione all'attività svolta, si ripercuote sul relativo modello strutturale della funzione, sotto i

tesi descritta, infatti, in ragione della pienezza che caratterizza il relativo contraddittorio e le attività correlate, la specificità procedurale può svolgere appieno la sua potenzialità, e così porsi, in maniera corrispondente, rispetto al successivo momento giurisdizionale (anche ai fini dell'esplicazione del relativo sindacato confutatorio)[189].

È nei termini indicati, di carattere procedurale, che, dunque, si sarà al cospetto di discrezionalità che assume rilevanza sostanziale sotto il profilo teleologico, con le implicazioni che si sono rappresentate. La valutazione corrispondente,

---

diversi profili ad esso attinenti. Si è allora cercato di valutare, anche nel raffronto con il diritto europeo, quando questo canone si venga a caratterizzare in modo tale da inserirsi compiutamente in un modello strutturale prettamente garantistico, un modello procedurale che, cioè, rispetti integralmente, già nella fase amministrativa, le garanzie del giusto processo, di diritto nazionale ed europeo; in particolare, con riferimento all'art. 6 CEDU, senza la necessità, a tal fine, del ricorso alla successiva compensazione nella fase giurisdizionale (sul punto, cfr. quanto rappresentato *supra*, par. 6.1, n. 157).

A quest'ultimo proposito, un particolare rilievo ha rivestito la previsione, presente nelle normative di diverse Autorità indipendenti, secondo cui "*il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*" (cfr., in particolare, l'art 195, co. 3, TUF, per la CONSOB, come da ultimo modificato dal d.lgs. n. 128 del 25 giugno 2026; l'art. 45, co. 6, d.lgs. n. 93 del 1° giugno 2011 sull'ARERA, ecc.; in relazione all'AGCM, peraltro, l'art. 10, co. 5, l. n. 287/1990, considera la regolamentazione delle "*procedure istruttorie che garantiscono agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione*", senza riferimento alla separazione di funzioni istruttorie e decisorie, e le relative attività trovano poi disciplina nella stessa l. n. 287/1990, agli artt. 12 ss., e nel d.p.r. n. 217 del 30 aprile 1998, adottato appunto in forza dell'art. 10, cit.). In particolare, con riferimento alla CONSOB, è nota la vicenda in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Grande Stevens v Italy*, 4 marzo 2014, ha riscontrato la non conformità all'art. 6 CEDU del regolamento procedurale di irrogazione delle sanzioni dell'Autorità, in relazione a taluni profili concernenti il contraddittorio, aggiungendo, tuttavia, come tale circostanza non comportasse automaticamente anche la violazione della norma europeo-convenzionale in questione, purché, come da suo costante insegnamento giurisprudenziale, al procedimento dinnanzi all'autorità amministrativa seguisse un successivo sindacato dinnanzi ad un'autorità giurisdizionale che rispettasse le garanzie di cui allo stesso art. 6. Il Consiglio di Stato, successivamente adito in merito alla medesima vicenda, con sent. sez. VI, nn. 1595 e 1596 del 26 marzo 2015, nel confermare che la non rispondenza del procedimento di irrogazione di una sanzione CONSOB ai canoni dell'art. 6 CEDU, rilevata dai giudici di Strasburgo, non integrava, di per sé, una violazione di tale norma, ben potendo le garanzie convenzionali essere rispettate attraverso il successivo sindacato giurisdizionale, ha però anche affermato che, poiché la normativa interna stabiliva prescrizioni precise in ordine ai principi a cui la struttura del procedimento sanzionatorio deve conformarsi, il relativo regolamento non poteva comunque considerarsi legittimo. In ragione della disciplina legislativa richiamata, anche in assenza di una violazione della Convenzione, il procedimento di irrogazione

in ragione appunto del suo rilievo sostanziale, potrà essere oggetto di un sindacato confutatorio davanti al giudice, ma non sostitutorio. Ciò che non impedisce, tuttavia, in ragione del carattere comunque procedurale della discrezionalità, che questa venga ad essere esaurita in giudizio, con mezzi processuali, secondo quanto già accennato, e per come si approfondirà subito di seguito, ai paragrafi successivi.

Nel caso contrario, in cui, cioè, non siano riscontrabili i profili individuati, l'imprecisione normativa si deve ritenere attinente, anche sotto il profilo del suo rilievo sostanziale, ad un'attività meramente qualificatoria. Come tale, essa risulta

---

delle sanzioni doveva dunque essere strutturato secondo i canoni di un contraddittorio prettamente garantistico; in altri termini, in presenza di una statuizione legislativa che prescrive questo tipo di contraddittorio, l'art. 6 CEDU risulta idoneo a svolgere una funzione interpretativa integratrice, nel senso che fornisce di fatto il canone di confronto per valutare la rispondenza della normativa regolamentare ai principi enunciati dalla legge.

Si segnala peraltro che la considerazione prettamente garantistica della procedura, con particolare riferimento alla piena separazione strutturale tra organo istruttorio e organo decisorio, è stata intesa in maniera particolarmente rigida da parte di Corte cost., n. 13 del 31 gennaio 2019, la quale, sia pure ai soli fini di identificazione del giudice *a quo* legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale, ha negato all'AGCM, il requisito, a tal fine necessario, della terzietà dell'organo decidente, in ragione dell'attitudine dell'autorità in questione – quindi, come autorità decidente, non spettando la legittimazione a ricorrere al relativo organo istruttorio – ad essere parte nel giudizio amministrativo, così mantenendosi il contraddittorio, a dire della Corte, comunque sul piano verticale.

Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, II-2, cit., p. 304 ss., n. 60; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 188 ss.

189 In questo modo, può trovare giustificazione la tradizionale posizione che, muovendo dalla circostanza della presenza di un'attribuzione alla sfera di valutazione di un'autorità indipendente appositamente istituita a tale scopo, non reputa possibile un sindacato sostitutorio in ordine alle valutazioni in questione, privandosi di senso, altrimenti, il significato dell'attribuzione stessa. A tale argomentazione generale, si può aggiungere quella, maggiormente strutturale, per cui un procedimento specifico apposito, soprattutto se strutturato in chiave prettamente garantistica (cfr. la nota precedente), è ciò che individua, per i motivi riferiti, il rilievo teleologico proprio della discrezionalità, rendendo la relativa valutazione (confutabile ma) non direttamente sostituibile: si rapporta così la ragione procedurale al profilo sostanziale della discrezionalità. Nella specifica ipotesi in esame, peraltro, ciò avverrebbe con un ulteriore apporto argomentativo, atteso che la non sostituzione sarebbe ulteriormente suffragata – sempre in chiave procedurale, per come idonea ad assurgere al rilievo sostanziale della discrezionalità – dalla circostanza per cui la decisione adottata a seguito di una procedura prettamente garantistica non sarebbe bisognevole, in sé, di una compensazione *ex post* con il processo giurisdizionale in chiave art. 6 CEDU (cfr. ancora la nota precedente, ed il relativo rinvio a quanto detto *supra*, par. 6.1, n. 157).

interamente sostituibile dal giudice nell'ambito dell'esercizio della sua funzione processuale (se del caso, attraverso il ricorso ad una consulenza tecnica).

8. Rapporto tra giudice e Amministrazione (tra ordine procedurale giurisdizionale e ordine procedurale amministrativo). La discrezionalità davanti al giudice amministrativo

Si è visto come la caratterizzazione della funzione, e dei rapporti ad essa afferenti, nel senso che si è avuto modo di rappresentare, comporti che realtà amministrativa e realtà giurisdizionale costituiscano due ordini di funzioni normativamente caratterizzate, entrambe, da una struttura di accertamento, nelle relative declinazioni.

In tale prospettiva, vi è quindi un rapporto tra due ordini strutturalmente procedurali; vi sarebbero, cioè, due ordini procedurali differenti, tra loro altrettanto proceduralmente collegati, ove sul versante procedurale, il rapporto tra ordini presenta una caratterizzazione analoga a quella che, all'interno di uno specifico ordine procedurale, si verifica tra i vari gradi del medesimo ordine[190].

Nello specifico, il rapporto tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale assume una generale considerazione procedurale nel senso descritto, la quale si pone però, a sua volta, come pure si è avuto modo di spiegare, nei termini del rilievo sostanziale dei rapporti che vengono in questione, idoneo, in quanto tale, a porre in maniera specifica la relazione fra le due funzioni. La funzione giurisdizionale interviene infatti, su ricorso del soggetto interessato, quando la funzione amministrativa è stata esercitata, o è scaduto il termine per la conclusione del relativo procedimento – secondo quanto si deve ritenere esprima l'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a. sul divieto del giudice di pronunciarsi su poteri non esercitati[191] – a fronte dell'asserita inadempienza, da parte della P.A., alla situazione giuridica del privato che si rapporta con la situazione di potere oggetto dell'esercizio dell'azione amministrativa.

La presenza di discrezionalità amministrativa è stata individuata appunto in rapporto a tale modello ricostruttivo. Va ora aggiunto che la sua stessa declinazione strutturale, all'interno dei vari ordini procedurali, si pone in conformità

190 Cfr. *supra*, al par. precedente.

191 Sul punto, si veda più nello specifico *infra*, par. 8.2.

con tale rappresentazione.

La discrezionalità, che può caratterizzare la situazione di potere sotto il profilo teleologico della sua definizione, si inserisce infatti in una corrispondente caratterizzazione procedurale, in ragione della duplicità dimensionale che si è detto esserle propria. Essa, pur mantenendo intatta la sua dimensione sostanziale, viene quindi a porsi, nel rapporto con il processo giurisdizionale, quale *limite processuale all'accertamento giudiziale*.

Più nello specifico, si deve considerare come la concezione della discrezionalità che si è rappresentata, presupponendo la relativa regola di preferenza già effettuale rispetto alla fattispecie della situazione giuridica di potere, include in detta fattispecie anche gli elementi propri della discrezionalità della scelta. Di conseguenza, lo si è visto, essa viene a strutturare la situazione di potere come un obbligo di produrre/non produrre l'effetto, sussistente se sussistono/non sussistono gli elementi, vincolati e discrezionali, della fattispecie stessa. Nel medesimo senso si verrebbe, allora, necessariamente a configurare anche la situazione soggettiva del privato che con il potere si pone in rapporto (l'interesse legittimo), che corrisponderebbe così ad una situazione di carattere procedurale a rilievo sostanziale, avente come contenuto una *pretesa* (si intende, giuridicamente garantita nella sua soddisfazione) rispetto all'*obbligo dell'amministrazione di produrre o non produrre l'effetto* corrispondente al potere (*rapporto pretesa-obbligo all'utilità finale*), sussistente, a sua volta, se, rispettivamente, sussistono o non sussistono gli elementi della relativa fattispecie. Tale situazione, in ragione del carattere procedurale della discrezionalità, risulta in ogni caso effettuale (anche prima, cioè, della definizione della scelta discrezionale), in quanto, appunto, la regola di preferenza discrezionale risulta già operativa sul piano procedurale, e la sua definizione è (proceduralmente) ascritta all'accertamento[192].

In tale prospettiva, la situazione di pretesa sostanziale all'utilità finale del privato può essere quindi comunque posta ad oggetto del giudizio (in particolare, ai sensi dell'art. 34, lett. c), c.p.a., attraverso l'esperimento di una condanna ad un *facere*, rispetto alla quale l'azione di annullamento avrebbe il ruolo, mera-

192 La caratterizzazione, in questo senso, della situazione giuridica di potere amministrativo, e di quella di pretesa del privato che vi si pone in rapporto, è stata il precipuo oggetto della ricostruzione compiuta in *Potere*, I-II, cit.

mente strumentale, di eliminazione dell'eventuale atto difforme[193]). Il giudice, però, non può sostituirsi all'Amministrazione nell'accertamento della fattispecie corrispondente alla definizione della discrezionalità non esaurita. La discrezionalità viene quindi ad essere considerata, appunto in ragione del suo profilo procedurale, un limite alla cognizione del giudice su quegli elementi della fattispecie della situazione oggetto della domanda giudiziale che abbiano carattere discrezionale; non invece un limite all'ammissibilità di una domanda sulla pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, che in sé, in ragione del medesimo profilo, non verrebbe in questione.

In ciò deve considerarsi esprimersi, dunque, la clausola di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a., secondo cui il giudice amministrativo può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità[194]. In ciò, soprattutto, si spiega la consistenza del carattere proprio della discrezionalità amministrativa, nel mantenere intatta la sua dimensione sostanziale (la scelta deputata all'Amministrazione nella definizione della regola di preferenza discrezionale), ma inserendola nella rilevanza procedurale che caratterizza, al medesimo tempo, il potere discrezionale.

8.1 *(segue)* Specificazioni

Le considerazioni effettuate comportano specifiche conseguenze in ordine al sindacato giudiziale. Questo, rispetto alla decisione amministrativa discrezionale, si pone in corrispondenza del carattere appena indicato, per come correlato alla considerazione della decisione stessa, e rivolto alla definizione, in termini positivi o negativi, della pretesa sostanziale del ricorrente, oggetto del giudizio.

Il sindacato giudiziale non può, quindi, in ragione del rilievo *sostanziale* della discrezionalità amministrativa, ammettere che la relativa scelta, non com-

193 Si veda sul punto *Potere*, II-1, cit., pp. 78 ss. e 83 ss.

194 In questo senso, va quindi evidenziato come non possa stabilirsi a priori se il limite della discrezionalità non esaurita, di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a., faccia riferimento all'ammissibilità o al merito della domanda (con un'inversione che cercherebbe di ricavare il dato sostanziale da quello processuale); la definizione, nell'uno o nell'altro senso, deriva invece dai caratteri che si attribuiscono alla situazione giuridica posta ad oggetto della condanna ad un *facere*. In questo senso, rispetto alla nostra ricostruzione, essa si viene a rapportare al merito dell'accertamento. Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., p. 338 ss.

piuta o comunque non esaurita, possa essere svolta dal giudice.

In questo modo, sulla scelta discrezionale, si declina un sindacato *confutatorio*, non invece *sostitutorio*, come per gli aspetti vincolati della decisione amministrativa. Detto sindacato, rispetto alla considerazione della pretesa del ricorrente, non porta infatti, necessariamente, ad un'automatica rideterminazione della regola discrezionale; ciò potrebbe avvenire, invece, solo qualora la definizione di quest'ultima sia stata effettuata, e si mantenga intatta a seguito della contestazione, non risultando vinta in concreto, con riferimento ai profili e agli elementi addotti dalle parti, la circostanza che la decisione, in astratto, si presenti esaustiva rispetto al proprio oggetto[195]. Nel caso contrario, qualora, cioè, a seguito della con-

---

195 Si veda ampiamente *Potere*, I, cit., p. 507 ss.; II-1, cit., pp. 196 e 217 ss.; II, p. 518 ss., n. 27; *Potere e situazioni giuridiche*, cit., p. 54 ss., n. 65.

Sul punto, va evidenziato come la circostanza che la decisione si presuma in sé esaustiva rispetto al suo oggetto significhi, in quanto tale, soltanto che la dichiarazione della sussistenza o insussistenza della situazione giuridica è prefigurata dalla legge come compiuta sulla base della ricognizione degli elementi che, alla stregua della norma giuridica che prevede l'effetto giuridico azionato, hanno rilevanza in ordine alla sua sussistenza. La presunzione, sotto questo profilo, non soltanto può essere vinta in concreto, ma si esplica in sé sotto un mero profilo logico-astratto, nel senso che non comporta, in sé, che sussista necessariamente un onere dell'autorità procedente di ricercare tutti i fatti, né un onere dell'autorità decidente di decidere su tutti i fatti. La tenuta dell'esaustività della decisione dipende, a sua volta, dalla tenuta di quest'ultima: nel momento in cui la decisione può essere contestata, e venga effettivamente contestata, oppure possa anche semplicemente esservi una nuova decisione sullo stesso oggetto (logica dell'abrogazione, ovvero eccezione rispetto al vincolo), allora il riferimento all'esaustività non ha ragion d'essere. L'esaustività può rimanere comunque intatta in ordine alle parti di decisione non contestate, se rispetto ad esse si presuppone l'esplicazione di un vincolo, di carattere identico rispetto a quello che si produrrebbe sulla decisione finale, ma interno rispetto ad essa.

Nella prospettiva descritta, l'esaustività è quindi carattere che riguarda la decisione, compiuta o parziale, e che viene meno con la contestazione della decisione stessa. Essa è, quindi, semplicemente, proiezione sul piano della decisione del carattere di esaustività proprio dell'accertamento come contenuto dell'atto, nei casi in cui sia previsto un modello procedurale di accertamento. La decisione potrebbe poi essere contestata sulla base di qualsiasi aspetto, se rispetto ad essa non sussiste un vincolo, ovvero se si rimane all'interno dei vincoli entro i quali può essere contestata.

L'aspetto considerato assume peraltro specifico rilievo in una particolare circostanza, cioè qualora, rispetto ad una nuova decisione con lo stesso oggetto, sussista un limite alla cognizione diretta, da parte del nuovo organo decidente, su di essa. In particolare, il profilo risulta particolarmente complesso qualora concerna un limite cognitorio all'accertamento che non riguarda l'estensione dell'attività di verificazione, ma il suo esplicarsi. Nello specifico, il riferimento può essere rivolto alla discrezionalità dell'organo precedente non esaurita, di cui l'organo

futazione, risultino ulteriori margini di valutazione, non precedentemente svolti, la discrezionalità non può considerarsi completamente esaurita, e l'accertamento del giudice non può corrispondentemente andare a coprire l'intera situazione di pretesa sostanziale del ricorrente: se così non fosse, la scelta discrezionale sarebbe demandata al giudice, e non all'Amministrazione[196].

La considerazione *procedurale* della discrezionalità, e il suo conseguente rilievo quale limite cognitorio all'accertamento giudiziale, comporta però a sua volta, come già avvertito, che, anche nell'evenienza negativa rispetto alla rideter-

---

decidente ha un limite alla propria cognizione sull'oggetto del giudizio, come è appunto nel rapporto Amministrazione-giudice. In tale ipotesi, l'organo decidente non ha cognizione diretta sul profilo inerente al limite, ma la contestazione si potrebbe rivolgere ad un profilo che coinvolge quel limite: violazione di una norma procedurale che lo contempla; violazione di una norma che regola il giudizio su di esso (erronea definizione del criterio di preferenza, sia o meno connessa ad un'erronea verificazione sulla sussistenza di un fatto ad essa inerente); mancata contemplazione di un elemento ad esso inerente (un profilo di preferenza, sia esso o meno connesso ad un elemento di fatto non contemplato). Inoltre, a seguito di una censura, potrebbe essere necessario procedere ad un'ulteriore attività in ordine al profilo in questione (nuova definizione del criterio di preferenza sulla base di un determinato profilo, si basi o meno su un fatto precedentemente considerato).

In questo scenario, il limite interno alla cognizione diretta da parte del giudice fa sì che la presunzione di esaustività rimanga intatta nei termini seguenti. Preliminarmente, si deve considerare come l'esaustività non possa esplicarsi, o comunque non possa rimanere intatta, se la definizione del profilo di cui l'organo decidente non ha cognizione diretta non sia proprio avvenuta: quindi, se la decisione è mancata, ovvero se vi è stata una decisione pregiudiziale, preliminare o comunque espressamente assorbente. In secondo luogo, si deve valutare cosa accade nell'ipotesi in cui vi sia stata la definizione del profilo in questione: ed infatti, a fronte di una censura che, in ragione dell'affermazione della sussistenza della situazione giuridica oggetto del giudizio, faccia valere, in vario modo, l'erroneità del precedente giudizio, la rideterminazione della regola di preferenza, all'interno dell'esaustività della decisione, potrà avvenire nei termini dell'esplicazione di un sindacato confutatorio, secondo quanto detto nel testo, e specificato subito di seguito, alla nota successiva.

196 La non sostituzione dell'Amministrazione in ordine alla discrezionalità non esaurita è così garantita, come detto nel testo (sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, I, cit., p. 326 ss.; II-1, cit., pp. 196 ss. e 217 ss.), dal rivolgersi, il sindacato giudiziale attinente alla regola discrezionale, ad un modello di tipo confutatorio, nell'ambito del quale la regola di preferenza posta dall'Amministrazione viene ritenuta corretta da parte del giudice qualora il ricorrente non sia riuscito a dimostrare il contrario attraverso apposita confutazione (in proposito, si veda in generale F. Follieri, *La logica del sindacato di legittimità*, cit., p. 442 ss., spec. p. 528 ss., ed ivi anche i relativi riferimenti).

La confutazione garantisce, in primo luogo, che una definizione della scelta discrezionale vi sia stata, dovendo ad essa necessariamente rivolgersi. Nello specifico, poi, la confutazione può avvenire su due piani. Il primo è quello strutturale, e concerne le regole procedurali di azione

minabilità della scelta, il limite in questione *possa essere superato in via processuale*. Il profilo procedurale comporta, cioè, l'*esauribilità della discrezionalità in giudizio* da parte dell'Amministrazione, nei modi e nei termini, corrispondentemente *processuali*, che la normativa codicistica mette a disposizione.

Se, infatti, la consistenza della discrezionalità, e della situazione di pretesa ad essa correlata, si pone nel senso procedurale descritto, non è dato ravvisare alcuna obiezione in senso contrario.

---

amministrativa, quali idonee ad influire, nella loro esplicazione, sul contenuto della decisione (in particolare, l'insufficienza dell'istruttoria, ecc.); la relativa violazione, se inserita all'interno del giudizio avente ad oggetto la situazione giuridica di pretesa del privato (per quanto lo si ritenga possibile: da parte nostra si veda, sui vizi procedurali che concernono il contraddittorio, *Potere*, II-2, cit.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit.), consente di rapportare la violazione stessa alla verifica della sussistenza della situazione giuridica. Il secondo piano è quello del contenuto della decisione, e consiste, essenzialmente, nella proposizione e dimostrazione di un'asserzione incompatibile, sotto il profilo sostanziale, con la correttezza della regola di preferenza affermata dall'Amministrazione.

Ora, tanto considerato, si deve rilevare come, in via generale, la confutazione sia idonea ad essere diretta, oltre appunto a confutare la tesi contro cui è rivolta, anche ad affermare una differente tesi, rispetto alla quale l'enunciato confutatorio, non ammesso dalla tesi oggetto di censura, risulta invece ammesso dalla, e può essere quindi portato a giustificazione della, tesi che si intende proporre. Può dunque prospettarsi il seguente scenario. La confutazione del ricorrente, per come rivolta al piano strutturale (si è detto del riferimento ad un'istruttoria erronea o manchevole), non consente di fare riferimento ad una differente regola di preferenza senza necessariamente presupporre una previa considerazione di profili ed elementi ulteriori, estranei alla precedente determinazione appunto in ragione della violazione; in questo senso, afferendo la confutazione al profilo della definizione della scelta discrezionale, non è consentito al giudice di accedere alla sua ridefinizione, opponendovisi il limite (normativamente considerato di carattere cognitorio) proprio della discrezionalità non esaurita. La confutazione del ricorrente, per come rivolta invece al contenuto del giudizio, non impedisce l'automatica rideterminazione di una differente regola di preferenza, favorevole al ricorrente stesso, da individuarsi in una regola idonea a sorreggere l'affermazione della situazione giuridica contenuta nella domanda. In questo senso, il carattere di esaustività proprio della decisione, per come si viene a rapportare alla scelta discrezionale (si veda la nota precedente), è ciò che consente alla regola di preferenza, nell'ipotesi appena descritta, di poter essere automaticamente rideterminata nel senso (quantomeno implicitamente) ipotizzato; il giudice, ad ogni modo, può reputare di escludere la rideterminazione in favore del ricorrente in considerazione del rapporto della/e confutazione/i accolta/e con gli ulteriori eventuali enunciati, presenti nel discorso giustificativo di cui alla motivazione della decisione amministrativa, che non siano stati censurati o di cui non è stata accolta la confutazione; in tale prospettiva, le argomentazioni portate dalle parti in proposito, quali rivolte a confutare o a difendere, in tutto o in parte, il discorso giustificativo, rappresentano

In primo luogo, non potrebbero essere sollevati rilievi sotto il profilo sostanziale, in ordine all'effettiva attualità di una situazione siffatta (di una pretesa, cioè, all'utilità finale)[197]. Appunto perché la regola di preferenza discrezionale si considera normativamente già effettuale sul piano procedurale, si determina, come si è avuto modo di spiegare, l'attualità della corrispondente situazione giuridica soggettiva, oggetto del giudizio.

Allo stesso modo, non potrebbero esprimersi obiezioni sotto il profilo di un presunto esercizio del potere in giudizio. Queste andrebbero, infatti, comunque escluse, giacché, rispetto alla situazione giuridica (già effettuale) di pretesa sostanziale, oggetto dell'accertamento giudiziale, si sarebbe al cospetto del mero svolgimento di *difese processuali*, le quali devono poter essere effettuate in ragione del diritto, costituzionalmente garantito, di difesa in giudizio[198]. Non verrebbe

---

il piano su cui si svolge il sindacato del giudice. Lo scenario appena rappresentato, va peraltro aggiunto, non viene in considerazione qualora ci si ponga al di fuori del limite proprio dell'esaurimento della discrezionalità: in questo senso, se le argomentazioni prospettate dalle parti comportano valutazioni da effettuarsi su profili ed elementi correlati ad ulteriori margini di scelta discrezionale, potenzialmente influenti sul contenuto della decisione contestata, allora l'astratto carattere dell'esaustività della decisione risulta comunque vinto in concreto; conseguentemente, la discrezionalità non potrà considerarsi esaurita, e sarà necessaria, in proposito, una nuova valutazione dell'Amministrazione per potersi pervenire all'accertamento giudiziale, secondo quanto spiegato alla nota precedente.

197 Questa l'obiezione che L. Ferrara, *Domanda giudiziale*, cit., pp. 639-640, pone in via generale alle tesi sulla pretesa all'utilità finale, per cui la pretesa rispetto al bene finale non sarebbe esistente, in caso di potere discrezionale, fin quando la scelta discrezionale non è compiuta (e rimanga intatta): la situazione in questione, cioè, non sarebbe (ancora) attuale; e la pretesa nei confronti dell'Amministrazione potrebbe concernere quindi, in sé, solo la *possibilità* di ottenere il bene finale (la *chance* legale propria della visione di tale A.). Nella prospettiva da noi indicata, tale obiezione, che in sé sarebbe altrimenti decisiva, non può però ricevere riscontro: la scissione fra piano procedurale e piano prettamente sostanziale, con l'operatività della regola discrezionale già nell'uno ma non nell'altro, è ciò che infatti consente, nella nostra impostazione, di superare l'inattualità della regola discrezionale (e della corrispondente pretesa rispetto all'utilità finale), senza negare che la scelta discrezionale rimane in capo all'Amministrazione, mantenendo così intatto il suo rilievo sostanziale.

198 In proposito, va rilevato come la questione, concernente la possibilità o meno, per l'Amministrazione, di addurre elementi ulteriori rispetto a quelli esplicitati nella motivazione dell'atto, si è posta, solitamente, nei termini dell'*integrazione della motivazione dell'atto in giudizio*. L'integrazione della motivazione, a sua volta, è stata poi correlata ad un giudizio c.d. 'di spettanza', un giudizio, cioè, in via generale non avente ad oggetto la mera impugnazione di un provvedimento, ma esteso alla pretesa sostanziale del ricorrente. In tale prospettiva, a fronte di una posizione che ammetterebbe detta 'integrazione', di cui si ha riscontro soprattutto in

invece in conto, in tale prospettiva, il riesercizio del potere sostanziale, che, anzi, non si ritiene proprio poter rilevare se funzionalizzato alla difesa processuale della decisione amministrativa adottata, pena la sovrapposizione di due differenti funzioni che su detta decisione possono intervenire (quella di secondo grado amministrativa e quella giurisdizionale)[199].

Rispetto all'esercizio del potere, si aggiunge, neppure potrebbero farsi valere riserve in ordine ad *una eventuale lesione della dimensione sostanziale della discrezionalità amministrativa*, a causa del suo esaurimento in via processuale.

---

dottrina, l'impostazione maggioritaria, soprattutto in giurisprudenza, si pone in senso negativo, o comunque in termini fortemente limitativi sul punto. Uno dei profili di maggiore problematicità, in proposito, è proprio quello concernente la spendita della discrezionalità in giudizio, atteso che, in molte posizioni, se non si sollevano problemi in ordine alla possibilità di far valere elementi vincolati, si esclude invece la possibilità di spendita della discrezionalità, in quanto attinente questa, si assume, necessariamente al potere sostanziale, che non potrebbe esercitarsi nel processo.

I profili indicati, considerati nel modo anzidetto, appaiono tuttavia del tutto generici e, come tali, forieri di fraintendimenti. A tal proposito, a fronte di posizioni certamente avvedute dei corretti termini della questione, è dato ravvisare una generale incertezza sul punto, con conseguente incongruità delle relative conclusioni. Valga in proposito quanto segue (per una più ampia ricostruzione della problematica, e per i relativi riferimenti, si rimanda ad ogni modo a *Potere*, II-1, cit., p. 202 ss., nel testo e in nota, spec. nn. 316 e 323; II-2, cit., p. 392 ss., nel testo e in nota, spec. n. 183, e p. 467 ss., nel testo e in nota).

In primo luogo, la considerazione dell'integrazione di un elemento dell'atto parrebbe sottendere, in sé, un riferimento all'esercizio del potere sostanziale. Questo, peraltro, qualora un atto sia stato adottato, non potrebbe consistere, a ben vedere, nel riesercizio del potere originario, atteso che l'effetto ad esso relativo è stato prodotto ed è operativo; esso atterrebbe invece all'esercizio di un potere di secondo grado (conferma, convalida, ecc.), come tale autonomo e differente dal primo (su quest'ultimo profilo, Corte cost., n. 88 del 26 giugno 2025). In ogni caso, l'adozione di un nuovo atto di esercizio del potere, concretandosi, se non satisfattivo, in una nuova impugnazione, non si pone, in sé, al di fuori delle logiche del giudizio di impugnazione, ma anzi espressamente le ribadisce (vi è solo una correlazione funzionale tra atti, attuabile tramite motivi aggiunti); ciò varrebbe, si aggiunge, per tutti i casi in cui, pur ponendocisi in relazione con il processo, si sia di fronte all'esercizio di un potere sostanziale (come, ad es., se lo si considera tale, attraverso il *remand*, di cui dubbio, peraltro, appare l'ancoraggio normativo, come adesso riconosciuto dalla stessa giurisprudenza: Cons. St., sez. II, n. 2047 del 12 marzo 2026; n. 6828 del 1° agosto 2025). In questi termini, il problema non è allora comunque quello dell'esercizio del potere *in giudizio*, ma dell'esercizio del potere *durante il giudizio*, ammesso da taluni e negato o limitato da altri.

In secondo luogo, la genericità del riferimento all'integrazione della motivazione ha finito per includere, seppur in maniera tecnicamente non corretta, anche la possibilità di addurre elementi ulteriori in giudizio, per il caso in cui, cioè, la pretesa sostanziale del privato risulti oggetto del

Ferma la consistenza procedurale della discrezionalità, che ne consente l'esaurimento in giudizio, il mantenimento della sua rilevanza sostanziale verrebbe, infatti, comunque assicurato nel momento in cui si ritiene, come a nostro avviso si deve ritenere, che la scelta discrezionale debba essere, in ogni caso, non meramente indicata in memoria dalla difesa erariale, ma contenuta in un documento proveniente dall'Amministrazione a detta scelta deputata; il quale documento, però, proprio in ragione del carattere procedurale in cui la struttura della funzione si colloca, assumerebbe appunto carattere procedurale, di integrazione dell'allega-

---

giudizio. In tal caso, però, è evidente, non verrebbe in conto nessun esercizio di potere sostanziale (e nessuna integrazione della motivazione dell'atto): semplicemente, l'Amministrazione difenderebbe in giudizio, con mezzi processuali, la decisione da essa assunta (la produzione/non produzione dell'effetto/di un effetto invece di un altro). E poiché, in tale ipotesi, oggetto dell'accertamento è l'intera situazione di pretesa che viene in rapporto con la situazione di potere, l'allegazione potrà riguardare tutti gli elementi concernenti la relativa fattispecie (che non ampliano l'oggetto dell'*accertamento*, appuntato sulla situazione giuridica, ma solo la *cognizione* del giudice in ordine a quest'ultima). Se così non fosse, vi sarebbe, infatti, una lesione del diritto di difesa, costituzionalmente garantito: cfr., in proposito, S. Menchini, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 850 ss. (e in C. Cudia (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, 2020, p. 253 ss.)

Ora, la situazione giuridica del privato nei confronti del potere amministrativo è stata da noi ricostruita, nei termini che si sono riferiti, quale pretesa all'utilità finale (alla produzione/non produzione dell'effetto), ascrivendosi così, alla sua fattispecie, anche gli elementi discrezionali afferenti al potere stesso, nei termini pure spiegati. Una volta posta, detta situazione, ad oggetto del giudizio, nei modi anzidetti, le allegazioni potranno allora riguardare tutti gli elementi (vincolati e discrezionali) ad essa relativi, *senza che per tale via si faccia riferimento all'esercizio di alcun potere sostanziale*.

Il problema, che pure si solleva, per l'ipotesi di potere discrezionale, finisce allora per concernere non tanto il potere sostanziale, in sé considerato, cioè la produzione del relativo effetto, quanto piuttosto il *rilievo sostanziale dell'attribuzione della discrezionalità all'Amministrazione*. La questione attiene dunque, per tale via, soltanto alla necessità di non obliterare il piano di rilevanza sostanziale che, pure nella nostra ricostruzione, si mantiene intatto all'interno della considerazione procedurale della discrezionalità amministrativa: cfr. subito di seguito, nel testo e in nota.

199 Più in particolare, va evidenziato come, nel momento in cui la realtà procedurale di riferimento è quella giudiziale, la P.A. debba far valere tali elementi con i mezzi processuali a sua disposizione (incluso il ricorso incidentale, come consentito dall'art. 42 c.p.a.), e comunque in maniera strumentale al suo ruolo di parte nel giudizio. Corrispondentemente, *non potrebbero venire in rilievo, a tal proposito, i poteri, e la funzione, di secondo grado*, perché andrebbero a sovrapporsi al ruolo procedurale che l'Amministrazione assume quale parte del processo giurisdizionale.

zione processuale, con relativo deposito in giudizio, e corrispondenti difese processuali nel contraddittorio con le altre parti[200].

La denuncia delle riferite (presunte) criticità non coglierebbe, dunque, nel segno. L'esaurimento della discrezionalità può allora avvenire in via processuale, determinandosi, per tale via, la 'staticizzazione' della situazione giuridica nel corso del processo giurisdizionale[201].

Nel rapporto tra due ordini di secondo grado, quello amministrativo e quello giurisdizionale, la funzione di ordine sostanziale di secondo grado non potrebbe, infatti, essere funzionalizzata all'esplicazione di quella giurisdizionale (si pensi, in questo senso, alla convalida dell'atto a giudizio in corso, che poi andrebbe impugnata), pena, appunto, la sovrapposizione fra le due funzioni, entrambe intervenienti in seconda battuta sulla decisione adottata. Si determina così, rispetto allo svolgimento del processo giurisdizionale, una prevalenza di quest'ultimo, per il valore ordinamentale ad esso conferito nel controllo della funzione amministrativa (cfr. *infra*, al par. successivo). Ne consegue che, una volta adito l'ordine procedurale giurisdizionale, si devono seguire, rispetto alla sua esplicazione, le logiche di tale ordine.

La situazione si presenta in maniera differente qualora dalla riferita qualità di parte si esuli, ricercandosi direttamente il perseguimento e l'attuazione di uno specifico assetto sostanziale, differente da quello eventualmente posto in essere col provvedimento, o comunque non sia possibile accedere all'accertamento giurisdizionale della situazione a rilievo sostanziale (nella nostra ricostruzione, perché la funzione amministrativa è stata obliterata, per violazione del contraddittorio procedimentale o per completa assenza della motivazione del provvedimento: su tale profilo, si rinvia a *Potere*, II-2, cit., pp. 372 ss., 392 ss. e 436 ss.): in tali ipotesi, deve, infatti, necessariamente venire in rilievo l'esercizio del potere sostanziale.

Sui profili descritti, cfr. *Potere*, II-1, cit., p. 219 ss., nel testo e alla n. 335; II-2, cit., p. 467 ss.; nonché *Considerazioni generali sui poteri amministrativi di secondo grado*, in *Federalismi*, 2025, 19, p. 37 ss.

200 In particolare, si deve ritenere, alla luce di quanto spiegato, che il c.d. esaurimento della discrezionalità in giudizio (la staticizzazione della regola di preferenza nel corso del processo giurisdizionale) debba avvenire attraverso l'integrazione di un'*allegazione*, da parte dell'Amministrazione, avente ad oggetto la definizione della regola di preferenza discrezionale, spontaneamente o su richiesta istruttoria di *chiarimenti* da parte del giudice, rispetto alla quale si può porre il sindacato giudiziale, nei termini già ricordati. L'allegazione, in questo senso, si verrebbe cioè ad esplicare attraverso una rappresentazione del fatto rapportata alla realtà staticizzata dei profili discrezionali di cui si discute, per come essenzialmente contenuta in un *documento* di carattere istruttorio, che si accompagna, a seconda dei casi, alla memoria difensiva o al ricorso incidentale con cui si fa valere da parte della P.A. la relativa difesa, ovvero che risponde alla richiesta di chiarimenti effettuata dal giudice, d'ufficio o su istanza delle altre parti. L'allegazione in questione è espressione di un potere processuale, la cui fattispecie è però strutturata nel senso che la definizione del valore provenga, come detto nel testo, dal soggetto a

8.2 Negazione di eventuali obiezioni in ordine ad una (presunta) sovrapposizione tra giudice e Amministrazione. Sulla separazione dei poteri

La ricostruzione da noi proposta non crea in alcun modo una sovrapposizione tra giudice e Amministrazione.

Ora, si è detto come, nella rappresentazione effettuata, la funzione giurisdizionale e la funzione amministrativa, da un punto di vista strutturale di carattere generale, si pongano nei medesimi termini, quali funzioni volte all'accertamento

---

cui l'ordinamento conferisce il relativo margine di valutazione nella determinazione del criterio di preferenza discrezionale, espletandosi nel rispetto delle particolari modalità sostanziali che risultino a ciò strumentali. Il documento, in ragione del suo valore processuale, *non ha necessità di essere impugnato*; deve essere invece *depositato* in giudizio dalla P.A., e potrà essere contestato dalle altre parti con memoria (con evidenti vantaggi, anche sul versante pratico, rispetto all'impugnazione dell'atto). In tale contesto, l'esplicazione del contraddittorio viene così peraltro ad usufruire delle forme (più pregnanti) del processo giurisdizionale, le quali possono ascrivere direttamente, integrandole a sé, quelle procedimentali.

Vi sarebbe dunque l'esercizio, nei termini rappresentati, di un potere processuale, ammissibile, da un lato, in ragione della duplicità dimensionale che caratterizza la discrezionalità, e quindi la situazione giuridica oggetto del giudizio, e, dall'altro, per essere inserita, l'Amministrazione, all'interno del processo, ove detto accertamento è effettuato, nella qualità di parte. Tali aspetti legittimerebbero la determinazione del valore per come considerata non all'interno di un procedimento volto a pervenire ad una decisione in ordine all'attuazione del valore stesso, attraverso l'esercizio del potere sostanziale, ma quale attività che viene in considerazione, all'interno della realtà giudiziale, quale direttamente e strutturalmente strumentale all'accertamento giurisdizionale, senza che venga in questione, in tal senso, la produzione di un effetto sostanziale di attuazione del valore. Nella maniera descritta, nel corso del processo, considerandosi già operativa la regola di preferenza discrezionale, la sua definizione in concreto corrisponde infatti, sul piano parimenti procedurale, ad un accertamento rispetto ad essa, che tuttavia necessita, per poter essere effettuato, del superamento del limite (considerato, sempre sul piano procedurale, di carattere cognitorio) della discrezionalità non esaurita, che avviene appunto attraverso l'attività processuale dell'Amministrazione. Il mantenimento dell'integrità della dimensione sostanziale della scelta discrezionale, per come posta in chiave procedurale, viene quindi assicurato, per tale via, da un lato, sotto un profilo generale, dal non potersi comunque il giudice sostituire alla P.A. nella definizione della scelta; dall'altro, più nello specifico, dalla necessità che l'integrazione della fattispecie dell'esercizio del potere di allegazione sia strutturata nel senso che la definizione del valore provenga dal soggetto a cui l'ordinamento conferisce il relativo margine di valutazione nella determinazione del criterio di preferenza, espletandosi nel rispetto delle particolari modalità sostanziali che risultino a ciò strumentali, e poi confluendo in un documento, che assume appunto valore processuale quale integrativo in questo senso dell'allegazione, e che come tale deve essere fatto valere nel processo.

Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, II-1, cit., p. 209 ss., nel testo e in nota, spec. n. 326, e p. 212 ss., spec. p. 219 ss., nel testo e alla n. 334. Per un'intuizione di tale profilo, si veda anche G.

della sussistenza/insussistenza di una situazione giuridica, oggetto del procedimento, che si conclude con una decisione avente un effetto precettivo (che assume natura dichiarativa, o anche costitutiva).

Le differenze, sotto il profilo normativo, sono le seguenti.

In primo luogo, il modello processuale proprio della funzione giurisdizionale si caratterizza necessariamente in chiave prettamente garantistica[202], deve cioè rispettare, in sé, sotto il profilo strutturale e funzionale, tutte le prescrizioni del giusto processo, in ragione della relativa garanzia costituzionale e di diritto europeo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 24, 100, 101 ss. e 111 Cost., e degli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE[203]. Quello amministrativo, invece, assume forme più consone all'esplicazione dei compiti attribuitigli ai sensi dell'art. 97 Cost., ma comunque mantenendosi, in via generale, nella considerazione *processuale* che è propria della struttura normativa della relativa funzione (l. n. 241/1990, in correlazione con l'art. 97 Cost. e gli artt. 6 CEDU e 41 CDFUE[204]).

In secondo luogo, l'ordine procedurale giurisdizionale, nell'espressione ordinamentale che si ha in via generale (in special modo, all'art. 24 Cost.), e che è dato ritrovare, nella sua specifica declinazione, all'interno del disposto dell'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a., può intervenire, su ricorso del soggetto che assume lesa la propria situazione, soltanto nel momento in cui la funzione amministrativa sia stata esercitata[205].

Taccogna, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 696 ss., il quale, nell'ammettere differenti modalità di allegazioni difensive, ritiene che, qualora l'elemento che viene in questione sia vincolato, la relativa allegazione possa provenire anche dalla difesa della P.A. o del controinteressato, mentre, se l'elemento è discrezionale, allora la sua allegazione debba necessariamente provenire dall'organo competente alla decisione, attraverso un atto che assumerebbe valore processuale, e la cui contestazione avverrebbe con memoria.

201 Sul concetto di staticizzazione, *supra*, par. 6.3, nel testo e alla n. 176.

202 Su tale qualifica, cfr. *supra*, par. 6.1, nel testo e alla n. 157.

203 Per approfondimenti sul modello prettamente garantistico, e in sé e nella necessaria applicazione al processo giurisdizionale, cfr. *Potere*, I, cit., p. 102 ss.; II-2, cit., p. 288 ss.

204 Per un approfondimento di tale profilo, sia consentito rinviare a *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 69 ss.; ivi i relativi riferimenti.

205 In proposito, oltre a quanto si dirà subito di seguito, nel testo, si veda, ampiamente, *Potere*, I, cit., p. 328 ss.

Infine, la partecipazione della struttura soggettiva amministrativa, in ragione del suo ruolo istituzionale espresso dall'art. 97 Cost. e dalla relativa disciplina positiva, alla determinazione del valore nell'attuazione dell'ordinamento attraverso l'esercizio del potere – il conferimento normativo, cioè, di discrezionalità all'Amministrazione – pur ponendosi, in sé, in chiave procedurale, conserva intatta la dimensione sostanziale a tale definizione riferibile. Il giudice amministrativo non è attributario della medesima partecipazione, e non può quindi sostituire la regola di preferenza propria della scelta discrezionale, ancorché si declini, la relativa attribuzione, quale limite processuale all'accertamento, e in tali termini possa trovare espressione nel riferimento alla discrezionalità esaurita di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a., con conseguente esauribilità in giudizio della stessa, come visto[206].

Nella prospettiva descritta, l'interpretazione, che viene conferita in ordine alle disposizioni normative appena richiamate, verrebbe quindi a definire la funzione amministrativa, per come considerata, in ordine al sistema, nei rapporti tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale.

Specifico rilievo, a tal fine, assume la relazione tra le due norme codicistiche di cui si è appena fatta menzione. L'interpretazione da noi fornita, in proposito, è quella per cui tali norme non interferiscono l'una con l'altra. L'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a. non inerisce, in altri termini, all'esercizio della discrezionalità amministrativa, e non si pone, come tale, in correlazione con l'art. 31, co. 3, c.p.a., che all'esaurimento della discrezionalità fa invece riferimento. Il significato dell'art. 34, co. 2, prima parte, va ricavato da una sua lettura in combinazione con la norma che disciplina l'ambito della funzione giurisdizionale amministrativa, rappresentata dall'art. 7 c.p.a. Quest'ultima delinea, infatti, l'ambito della cognizione del giudice amministrativo, facendo, nello specifico, riferimento alle controversie concernenti l'esercizio (l'adozione di un provvedimento), o il mancato esercizio nei termini (il silenzio-inadempimento), del potere amministrativo: in questo modo, essa viene a definire corrispondentemente il concetto positivo di potere esercitato[207]. Non rileva invece se, rispetto ad un effetto precettivo, sulla

206 Si veda quanto rappresentato al par. precedente. Per approfondimenti, *Potere*, I, cit., pp. 338 ss. e 450 ss.; II-1, cit., p. 185 ss.

207 Si veda ancora, ampiamente, *Potere*, I, cit., p. 328 ss.

cui produzione o non produzione si appunta l'interesse sostanziale del singolo che riceve rilevanza giuridica, non sia stata svolta, in generale, una determinata fase procedimentale, o non sia stata compiutamente definita una scelta discrezionale: la funzione, in sé considerata, è stata comunque esercitata[208]; mentre l'art. 31, co. 3, rapporta soltanto la dimensione sostanziale della discrezionalità al piano procedurale corrispondente, ponendola come limite cognitorio all'accertamento.

La funzione giurisdizionale interviene dunque quando quella amministrativa è stata svolta, o è scaduto il termine normativamente previsto per il suo svolgimento. La conoscibilità della regola discrezionale *non partecipa di tale valutazione*, e si pone nei termini del suo rilievo procedurale: come tale, non è consentito al giudice di effettuare la relativa scelta al posto dell'Amministrazione, ma ri-

208 Vi possono essere delle ipotesi in cui, in effetti, il potere risulti solo 'parzialmente' esercitato, ma queste non corrispondono alle alternative rappresentate nel testo. Le ipotesi in questione hanno infatti in comune la circostanza che in sé non si rivolgono al mancato espletamento di una o più fasi del procedimento, o di particolari adempimenti procedimentali, ma concernono invece una limitazione strutturale nella generale possibilità di riferimento, da parte della realtà procedurale (perché le norme formali sulla produzione pongono limitazioni, o costruiscono in modo particolare il relativo procedimento, anche in ragione della correlazione tra le diverse situazioni di potere in esso ricomprese), alla situazione giuridica compiutamente considerata in relazione alla funzione; per cui, come conseguenza, vi sarebbe appunto una limitazione alla considerazione del potere come esercitato, ancorché sia intervenuta una decisione che della relativa situazione accerti la sussistenza o insussistenza. In questo senso, possono venire in questione i casi in cui all'autorità amministrativa non è in generale consentito, nello svolgimento del procedimento, l'accertamento, in ordine alla produzione di un possibile effetto, di tutti gli elementi del fatto costitutivo, o di tutti i profili di valutazione ad essi inerenti, anche in considerazione di tutti i fatti o profili normativamente previsti come tra loro alternativi (si pensi, ad es., ai procedimenti ad istanza di parte, rispetto ai quali l'istanza deve contenere l'indicazione del fatto costitutivo in base al quale il provvedimento è richiesto, non essendo compito dell'Amministrazione integrarla in questo senso, e non rilevando la possibilità di soccorrere l'istante sollecitandone l'integrazione, che avverrebbe comunque da parte dello stesso istante). Si possono poi considerare, del pari, le ipotesi in cui all'interno di una procedura ove si debba valutare la produzione di uno tra più effetti in comparazione tra loro, intervenga preliminarmente una decisione in cui la P.A. valuti negativamente la produzione di un effetto, escludendolo dal possibile contenuto del provvedimento finale, senza essere ancora pervenuta alla decisione relativa a quale degli effetti produrre; in tale evenienza, il potere, anche con riferimento alla situazione corrispondente all'effetto già escluso, non potrebbe dirsi compiutamente esercitato sin quando non intervenga la decisione finale (o il silenzio-inadempimento in ordine ad essa) concernente tutte le situazioni proceduralmente coinvolte, in ragione della loro correlazione (sin quando, cioè, il potere non possa dirsi esercitato anche rispetto alle altre situazioni). Sul punto, cfr. *Potere*, II-1, cit., pp. 141-142.

sulta possibile l'esaurimento delle diverse alternative in giudizio, nei modi e nei termini corrispondenti al carattere procedurale della discrezionalità (attraverso cioè, come detto, l'esercizio dei relativi strumenti processuali)[209].

In ciò può dirsi dunque venire a definire la distinzione fra giurisdizione e amministrazione. Sono, come detto, entrambi ordini procedurali, fondati sull'accertamento. Essi, da un punto di vista statico, possono presentare, e generalmente presentano, una differente declinazione strutturale del (medesimo, sotto il profilo generale) modello processuale di accertamento. Da un punto di vista

209 Nella nostra impostazione, non è quindi necessario, per poter accedere ad una spendita della discrezionalità in giudizio, fare ricorso ad un presunto esaurimento del potere, che avverrebbe una volta che esso è stato esercitato, come invece proposto da una particolare dottrina, che ha fatto leva, a tal fine, sulla struttura normativa della funzione amministrativa, e sulla sua conseguente esplicazione in una decisione corrispondentemente motivata. È questa la tesi di M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, spec. p. 229 ss., secondo cui l'esercizio del potere, in termini positivi o negativi (produzione o decisione di non produrre il relativo effetto), produrrebbe una preclusione al riesercizio della situazione giuridica di potere in questione da parte della P.A. in ragione della struttura normativa del potere amministrativo. La disciplina relativa al suo esercizio, prevedendo, infatti, un procedimento che porta ad una decisione, la quale deve essere corredata da una motivazione, alla decisione stessa collegata, farebbe sì che la motivazione consisterebbe nell'esternazione dei motivi che, secondo l'Amministrazione, sono i presupposti e le ragioni (quindi, tutti i possibili presupposti e le possibili ragioni) della decisione entro il contesto normativo e fattuale in cui essa è concretamente assunta. La preclusione consisterebbe allora in ciò, che, a seguito dell'annullamento dell'atto, l'Amministrazione non potrebbe riadottarlo (produrre il medesimo effetto precettivo, ovvero rifiutarsi nuovamente di produrlo) sulla base di ragioni non previamente espresse (salvo, ovviamente, l'intervento di sopravvenienze rilevanti). Inoltre, e ciò che qui più interessa, anche in caso di potere discrezionale, il suo esercizio determinerebbe in ogni caso l'esaurimento della discrezionalità, con accesso alla possibilità per il giudice di sostituirsi alla scelta discrezionale.

Per questa differente tesi, l'esercizio della funzione determinerebbe, dunque, una preclusione in ordine al potere, o, quantomeno, in ordine alla stessa funzione, facendosi evidentemente coincidere, in tal modo, il *proprium* della funzione amministrativa con la discrezionalità (più esattamente, con la decisione, considerata tuttavia a sua volta quale espressione unicamente della scelta discrezionale: M. Trimarchi, *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 127 ss.). La discrezionalità, in tale prospettiva, si esaurirebbe esaurendosi l'esercizio procedimentale dell'azione, creando corrispondentemente una preclusione sostanziale non tanto all'esercizio del potere (che pure, invero, dalla conclusione dell'azione viene fatta conseguire), quanto alla insostituibilità del giudice alla scelta discrezionale, che verrebbe quindi ammessa una volta verificatasi la preclusione. Per tale via, tuttavia, si conferisce un rilievo massimo alla scelta discrezionale prima dell'esercizio del potere, e sostanzialmente nullo dopo, potendo la stessa essere sostituita dal giudice: più nello specifico, può dirsi che, delle due alternative che, nella descritta chiave di lettura, vengono presupposte al fine di regolare il rapporto tra amministrazione e giurisdizione, l'una nel senso di attribuire al giudice la piena sostituibilità su ogni aspetto della

dinamico, intervengono, poi, in momenti e con scopi differenti, pur nella generale comunanza di struttura normativa della funzione, all'interno del relativo ciclo funzionale[210]. Sotto il profilo, infine, contenutistico, la partecipazione alla determinazione del valore conferita alla P.A. non appartiene anche al giudice, pur ponendosi nella chiave procedurale propria della relazione tra due ordini procedurali di accertamento, nei termini spiegati.

La discrezionalità si viene a connotare in relazione a tutti questi elementi. Essa, riguardata nel suo rilievo sostanziale, rappresenta la differenza contenutisti-

---

decisione amministrativa, l'altra nel conformare il potere amministrativo in modo che lo stesso si esaurisca prima del giudizio, si opta per la seconda, ma di fatto si finisce per ricadere nella prima, nel momento in cui, quando il potere è esercitato (cioè in sé potenzialmente sempre, non potendo altrimenti accedersi al sindacato giurisdizionale), la preclusione consente al giudice di sostituirsi alla scelta discrezionale dell'Amministrazione.

Invero, l'utilizzo in questo senso della preclusione non risulta come tale accoglibile, né, del resto, si presenta in sé necessario. Ciò da cui l'impostazione rappresentata muove è infatti, nella sostanza, l'esigenza di assicurare che, per la via indicata, il giudice non si fermi ad una scelta discrezionale scorrettamente effettuata per ritenere che la discrezionalità non sia esaurita in concreto. Tale esigenza è senza dubbio condivisibile, ma non può fondarsi su una preclusione che scaturirebbe dal riferimento alla struttura normativa della funzione, e alla conseguente esplicazione della decisione, giacché detto riferimento non giustifica, in sé, l'esistenza di alcuna conseguenza preclusiva. I presupposti considerati da Trimarchi dimostrano, infatti, soltanto che la decisione, in quanto tale, si presume in astratto esaustiva rispetto al proprio oggetto, nei termini già considerati rispetto alla sua contestazione (cfr. *supra*, par. 8.1, nel testo e alle nn. 195-196). Ora, il carattere dell'esaustività è in sé comunque sufficiente a garantire l'esigenza rappresentata in ordine al sindacato del giudice. Ciò vale però, a sua volta, nei termini in cui detto carattere si esplica, e, quindi, sin tanto che non sia proposta, nella contestazione della relativa decisione, una censura da cui risulti dimostrato il contrario, in ragione della considerazione di profili ed elementi correlati ad ulteriori margini di scelta discrezionale (come del resto ammette, quantomeno in parte, lo stesso Trimarchi, che ritiene comunque non esaurito il potere nell'ipotesi in cui il giudice ravvisi l'insufficienza dell'istruttoria amministrativa: *L'inesauribilità*, cit., p. 243). Se, dunque, la dimostrazione in questione viene fornita, l'esaustività è sovvertita in concreto, e la scelta, che manca o è incompleta, non può essere effettuata dal giudice, mancando il dato normativo ad essa corrispondente: la protezione normativa dell'interesse, a fronte di un potere discrezionale, garantisce infatti una pretesa alla produzione/non produzione del relativo effetto, come da noi sostenuto, *solo in relazione al carattere procedurale della relativa situazione, non anche l'operatività della definizione della regola discrezionale rispetto alla dimensione prettamente sostanziale della situazione stessa*, nei termini che si sono indicati.

Per approfondimenti, si rimanda a *Potere*, I, cit., p. 358 ss., ove l'impostazione in questione è stata compiutamente esaminata; II, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 527 ss., ove la stessa è stata ripresa; nonché al saggio *Potere e situazioni giuridiche*, cit., p. 63 ss.

210 Cfr. subito di seguito, nel testo e alla nota successiva.

ca, espressa dall'ordinamento, nell'attribuzione di un particolare potere amministrativo rispetto al potere giurisdizionale. La stessa, però, in ragione della sua caratterizzazione procedurale, si inserisce, nei termini che si sono descritti, nella connotazione, altrettanto procedurale, che è propria della funzione giurisdizionale, con le conseguenze che si sono spiegate, di impossibilità di sostituzione da parte del giudice ma di esauribilità in giudizio. A sua volta, le differenze strutturali, relative alla struttura normativa del modello procedurale, pur all'interno della stessa connotazione generale di processo di accertamento, sono ciò da cui è possibile ricavare l'estensione della sfera di discrezionalità attribuita all'Amministrazione.

In questo senso, dunque, convivono le due dimensioni, sostanziale e procedurale, proprie della nostra concezione della discrezionalità amministrativa; e nei relativi termini risultano idonee a rapportarla, e a proiettarla, davanti al giudice amministrativo.

In questo senso, infine, e di conseguenza, le considerazioni appena effettuate possono essere ritenute rappresentative, se si vuole, di una particolare espressione del principio della separazione dei poteri. Questo viene così inteso non in un senso rigido (presumibilmente mai immaginato neppure nella sua concezione più tradizionale), ma quale distinzione di funzioni, nei rapporti tra una pluralità di unità, all'interno di ciascun ciclo funzionale di previsione, attuazione e controllo su un determinato potere[211], per come declinato – si badi bene

211 Si veda G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, spec. p. 710 ss.; Id., *La separazione dei poteri*, II, Milano, 1984, p. 245 ss., il quale, rispetto al presunto superamento del principio di separazione dei poteri, ritiene al contrario che questo può essere inteso non in senso rigido, come detto presumibilmente mai immaginato neppure nella sua concezione più tradizionale, ma quale principio ordinatore dei rapporti tra una pluralità di unità sistemiche tra le quali sono variamente distribuite le tre funzioni fondamentali dell'ordinamento, per cui la correlazione tra le istituzioni-poteri deve sempre assicurare il non-cumulo delle funzioni normativa, attuativa e di controllo. In questo senso, l'incompatibilità di più funzioni in capo allo stesso potere può ritenersi tuttora vigente e valida, ma solo all'interno di ciascuno dei 'cicli funzionali' nei quali fluisce la dinamica del potere pubblico.

Sul punto, per una generale ricostruzione della problematica, si vedano anche, tra gli altri, F. Bassi, *Il principio di separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 17 ss.; F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 472 ss.; M.A. Carnevale Venchi, *Contributo allo studio della funzione pubblica*, I-II, Padova, 1969-1974, *passim*; G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1979; G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001; ivi compiuti riferimenti.

– negli specifici termini in cui la distinzione in questione si è venuta a prospettare nella nostra ricostruzione[212].

212 In questa prospettiva, non può condividersi l'impostazione assunta, sul tema, da M. Trimarchi, *Separazione dei poteri e sindacato giurisdizionale sull'amministrazione: una possibile chiave di lettura*, in A. Carbone (a cura di), *Potere e diritto amministrativo*, cit., p. 223 ss. (cfr. pure Id., *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri (rileggendo Luigi Benvenuti)*, in C. De Benetti, G. Fonderico, M. Mancini, M. Olivi (a cura di), *La discrezionalità amministrativa*, cit., p. 63 ss.), che pur prende le basi da un impianto ricostruttivo, sotto tale profilo, similare al nostro. L'A., infatti, aderendo anch'Egli ad una concezione di divisione dei poteri in chiave di distinzione all'interno del ciclo funzionale, afferma che il principio della separazione non può essere considerato una ragione di limite alla cognizione giudiziaria sull'attività amministrativa, ritenendo, tutt'al contrario, che sul piano ideale esso tenda a realizzare il massimo controllo possibile di ciascun potere dello Stato sull'altro. Il principio di separazione dei poteri vuole però, d'altro canto, che il controllo di un potere sull'altro obbedisca a sua volta a un principio di differenziazione tra la funzione controllante e la funzione controllata, pena la sovrapposizione dei due poteri e quindi la smentita dei presupposti di uno scrutinio effettivo. Il massimo controllo possibile, evitando la confusione di funzioni, dovrebbe dunque tenere conto dei seguenti fattori. In primo luogo, l'esercizio della giurisdizione è volto alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive (artt. 24, 103 e 113 Cost.), mentre la funzione amministrativa è protesa alla cura in concreto dell'interesse pubblico definito dalla legge in attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.): da ciò scaturisce il fatto che l'intervento della giurisdizione è necessariamente successivo (divieto di pronuncia del giudice su poteri non ancora esercitati, di cui all'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a.); e che il sindacato giurisdizionale, quale che sia il suo specifico contenuto, non può risolversi in un'attività protesa istituzionalmente alla cura degli interessi pubblici. In secondo luogo, la sottoposizione alla legge della giurisdizione e dell'amministrazione si esprime in termini differenti, in ragione dei diversi contenuti delle due attività: questo comporta che potrà sempre esservi uno iato tra ciò che l'Amministrazione dispone discrezionalmente e ciò che il giudice può sindacare rimanendo tale e senza farsi amministratore. Infine, il giudice, a differenza dell'Amministrazione, è posto in una posizione di indipendenza, terzietà e imparzialità (artt. 104, 108 e 111 Cost.): da ciò consegue che l'intervento della funzione giurisdizionale dovrebbe costituire il momento terminale del ciclo funzionale. Ora, quest'ultimo punto risulta fondamentale, in quanto, per come lo intende l'A., consente di raccordarsi con la Sua tesi sull'esauribilità del potere(/funzione), di cui subito *supra*, in nota. Si afferma, infatti, che, decisa la controversia dal giudice con sentenza di accoglimento, l'assetto degli interessi non dovrebbe poter essere rimesso in discussione dall'intervento della

funzione amministrativa: il potere amministrativo – o anche soltanto la discrezionalità – si esaurirebbe prima del giudizio, al termine del procedimento, cosicché, se la decisione amministrativa si presenta illegittima, il giudice sarebbe nelle condizioni di determinare in via definitiva l'assetto del rapporto controverso.

Tale impostazione, come detto, non appare condivisibile, essenzialmente per le stesse ragioni che non ci hanno consentito di aderire alla tesi dell'A. sull'esauribilità della funzione, come sopra considerate. L'impostazione in esame parte (*Separazione dei poteri*, cit., p. 224) da una critica ad una particolare interpretazione della considerazione kelseniana per cui amministrazione e giurisdizione esplicherebbero una funzione concettualmente unitaria di attuazione del diritto, considerazione che non andrebbe intesa in maniera rigida, ma quale determinazione generale che poi può essere specificata e differenziata nel diritto positivo. Su questa base, si afferma una distinzione contenutistica fra le due funzioni, che troverebbe il suo fondamento nella disciplina costituzionale. Da questa si fanno scaturire anche i rapporti fra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale, le quali, trovandosi in due punti del medesimo ciclo funzionale, ed essendo posta quella giurisdizionale in termini di controllo rispetto a quella amministrativa, devono coordinarsi nel senso della successione e del massimo controllo possibile della prima sulla seconda, senza che però ciò si traduca in una violazione della loro diversità contenutistica, pena la relativa sovrapposizione. Sin qui, si può convenire in termini generali, pur – si badi – nelle innegabili differenze di declinazione fra la nostra impostazione e quella di Trimarchi. A questo punto, si afferma che poiché il giudice è istituzionalmente terzo e indipendente, ed è posto al termine del ciclo funzionale, il controllo giudiziale dovrebbe essere il punto terminale del ciclo funzionale, con la conseguenza che, se la decisione amministrativa si presenta illegittima, il giudice potrebbe sostituirsi all'Amministrazione nella determinazione dell'assetto di interessi. Ora, si concorda sui due presupposti, e sulla prima delle due conseguenze (la chiusura della vicenda in giudizio), ma non sulla seconda (la sostituzione da parte del giudice). Quest'ultima, a ben vedere, non si pone in correlazione logica con le precedenti e, soprattutto, contraddice apertamente i presupposti iniziali da cui muove tutta la ricostruzione, cioè la differenziazione contenutistica fra le due funzioni, che è ciò che, nella stessa tesi dell'A., regge la loro distinzione e la stessa separazione dei poteri, evitando la relativa sovrapposizione. Invero, che il giudizio debba essere il punto terminale della vicenda appare corretto, ma ciò non implica la sostituzione del giudice all'Amministrazione. Vale ciò che si è detto poco sopra, in nota, sulla tesi dell'A. relativa all'esauribilità del potere: la garanzia dell'interesse del singolo rispetto alla discrezionalità è solo sul piano procedurale, non sostanziale, per cui questa può esaurirsi in giudizio, ma non essere sostituita dal giudice.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Barbara Mameli
Professore associato di diritto amministrativo Uniupo
barbara.mameli@uniupo.it

Merito, arbitrio e etica: politica, tecnica e mercato

Merit, arbitrariness, and ethics: politics, technology, and the market

Reigniting the entrepreneurial spirit in Europe,
"a radical change of the European culture towards new notions about entrepreneurship".
European Commission Communication COM(2012),
"Entrepreneurship 2020 Action Plan"

Sintesi

L'arretramento della *hard law*, sempre più frequentemente sostituita da principi e valori, insieme all'espansione della *soft law* nell'arena del diritto pubblico, hanno inizialmente indotto a credere in un ampliamento dell'ambito del merito amministrativo.
In realtà, la minuziosa regolamentazione *soft* finisce con il disciplinare ogni azione dell'amministrazione, garantendo risultato ed efficienza.
Neoliberismo, insieme a tecno potere e scientismo, giustificano l'implementazione di regole imposte da poteri forti, al fine di perseguire risultati non necessariamente coincidenti con la garanzia di diritti e libertà fondamentali.
L'amministrazione, guidata da piloti automatici, può, quindi, essere privata di responsabilità (scudo erariale) e l'attività amministrativa semplificata.
L'ambito del merito può ritenersi attratto nella scelta politica o, forse più correttamente, avocato da influenze globali che si impongono ai singoli ordinamenti.
In tale secondo caso diviene un ambito di scelta totalmente arbitrario ed escluso da qualsiasi sindacato. Finisce, altresì, con il coincidere con la disciplina etica e morale che s'intende imporre alla società, grazie alla formulazione di ulteriori regole *soft* (*nudge*, *gamification, social scoring)* che potrebbero consentire l'amplia-

mento dell'illegittimità provvedimentale (violazione dei principi- eccesso di potere).

ABSTRACT

The decline of hard law, increasingly replaced by principles and values, along with the expansion of soft law into the public arena, initially led to the belief in an expansion of the scope of administrative merit.

In reality, meticulous soft regulation ultimately disciplines every administrative action, ensuring results and efficiency.

Neoliberalism, along with techno-power and scientism, justify the implementation of rules imposed by powerful forces in pursuit of results that do not necessarily coincide with the guarantee of fundamental rights and freedoms.

The result is a private administration of accountability (a fiscal shield), driven by autopilot.

The scope of merit can be considered influenced by political choice or, perhaps more correctly, by global influences that impose themselves on individual legal systems.

In the latter case, it becomes a completely arbitrary sphere of choice, beyond any scrutiny.

It also ends up coinciding with the ethical and moral discipline that is intended to be imposed on society, thanks to the formulation of additional soft rules (nudge, gamification, social scoring) that could allow the expansion of the illegitimacy of measures (violation of principles - excess of power).

PAROLE CHIAVE: Merito - Arbitrio – Etica – Politica - Tecnica - Mercato.

KEYWORDS: Merit - Arbitrariness - Ethics - Politics - Technique – Market.

INDICE: 1. Riflettendo... - 2. Il presupposto: insindacabilità della scelta politica (merito) e conseguente irresponsabilità del potere (economico). – 3. Scientismo, arbitrio e fuga dalla responsabilità. – 4. L'affermazione dei nuovi valori e il dominio del mercato: la trasformazione della pubblica amministrazione nel modello privatistico-imprenditoriale. – 5. I principi, l'assolutizzazione dei valori e l'informatizzazione. – 6. *Lex mercatoria* e privatizzazione della PA (del potere pubblico). – 7. Potere di mercato e governo dell'emergenza, uno strano connubio dove il welfare si adegua alla paura. – 8. Vita economica, sociale, politica e amministrativa trasferite nella dimensione virtuale. – 9. Concludendo.

1. Riflettendo...

L'esito della comparazione tra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari (pubblici o privati), lascia un ambito di ponderazione riconducibile alla convenienza, opportunità tra opzioni legittime, lo spazio di una scelta che si muove tra tecnica e politica[1].

Nel diritto amministrativo tale spazio prende il nome di merito e si ricollega alla definizione letterale del vocabolo: "Il diritto che con le proprie opere o le proprie qualità si è acquisito all'onore, alla stima, alla lode, oppure a una ricompensa (materiale, morale o anche soprannaturale), in relazione e in proporzione al bene compiuto (e sempre sulla base di un principio etico universale che, mentre sostiene la libertà del dovere, afferma la doverosità dell'agire morale). Il concetto del merito è dunque strettamente legato con il problema morale, e particolarmente con quello della responsabilità individuale delle azioni, che è necessario presupporre perché possa aver luogo un merito per ciò che si è compiuto di bene e un 'demerito' per ciò che si è compiuto di male (➔ etica)"[2].

Ecco, quindi, che quello spazio di scelta, sottratto ai limiti di disposizioni normative puntuali o, sempre più frequentemente, di principio (o valore), dovrebbe esplicarsi nell'ambito della morale e dell'etica per garantire una soluzione utile, opportuna ed efficace, rispondente al benessere pubblico[3].

Uno spazio dirimente se si pensa che la scelta di merito non è limitata al solo diritto amministrativo procedimentale e processuale, ma si spinge fino a toccare gli equilibri nei rapporti tra i poteri dello Stato.

Tuttavia, mentre morale e etica continuano a restare restie all'oggettivizzazione, scientismo e liberalizzazione tendono, invece, ad invadere il campo del merito, lasciando indenne da ogni controllo la sola scelta politica[4] che potrebbe divenire arbitraria perché eterodeterminata.

---

1 Oserei dire tra oggettività e soggettività, intesa quest'ultima come preparazione, sensibilità, capacità, esperienza, intuizione, buon senso del soggetto decisore.

2 Così Enciclopedia Treccani. Sul merito amministrativo cfr. ampiamente B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

3 Si è ben consapevoli dell'ampio dibattito della dottrina in merito alla difficile linea di demarcazione tra attività vincolata, attività discrezionalità e di merito.

4 Per il sindacato della Corte dei Conti, *ex multis* Corte conti, sez. III, 7 dicembre 2005 n. 750; Id., sez. II, 2 luglio 2003 n. 233.

Così, dinnanzi ad una apparente contrazione del merito insindacabile, grazie a certezza tecnico/scientifica e aziendalizzazione dell'agire amministrativo[5], l'ambito dell'arbitrio potrebbe dilatarsi a dismisura, non conoscendo chi di fatto influenza le scelte politiche che si presentano quale esecuzione di temporanee certezze scientifiche, imposizioni di mercato, influenze sovranazionali[6].

2. Il presupposto: insindacabilità della scelta politica (merito) e conseguente irresponsabilità del potere (economico).

L'ambito della scelta politica dovrebbe costituire garanzia per il popolo sovrano della migliore applicazione delle fonti attraverso scelte condivise dalla collettività, perché rispondenti al maggior grado di benessere possibile.

E' rilevante, quindi, domandarsi come siano determinati i fini pubblici e se questi possano essere imposti alla scelta politica così che, da interprete del benessere dei cittadini, divenga esecutrice irresponsabile di finalità eterodeterminate[7].

---

5 L' aziendalizzazione della PA si colloca all'interno del più ampio processo di riforma amministrativa che ha progressivamente visto affermarsi il paradigma del New Public Management (NPM), imponendo l'adattamento della pubblica amministrazione alle logiche del management privato (misurabilità dei risultati, gestione per obiettivi, valutazione sistematica della performance, contenimento dei costi). Cfr. C. HOOD, *A Public Management for All Seasons?*, in *Public Administration*, 1991, Vol. 69; D. OSBORNE, T. GAEBLER, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York, Addison-Wesley, 1992; M. BARZELAY, *The New Public Management: Improving Research and Policy Dialogue*, in *University of California Press*, 2001; E. FERLIE, L. ASHBURNER, L. FITZGERALD, A. PETTIGREW, *The New Public Management in Action*, in *Oxford University Press*, 1996.

6 Riportando le parole di un analista messicano, E. SANTORO, *Le politiche penali nell'era della globalizzazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 3/2002, 78, afferma: "una volta distrutta la sua base materiale, annullata la sua sovranità e la sua indipendenza, cancellata la sua classe dirigente, lo Stato nazione diviene un semplice servizio di sicurezza per le grandi imprese". Cfr., per esempio, il programma nazionale di integrazione tra Difesa, Industria e Istruzione, dove specifiche finalità di interesse pubblico potrebbero essere condizionate da esigenze di mercato. "Serve una riorganizzazione complessiva della Difesa: un modello capace di affrontare le sfide di domani e, prima di tutto, di cambiare alla velocità richiesta dal presente. La proposta che porterò al Parlamento è chiara: una Difesa che possa adattarsi alle situazioni, con norme adeguate capaci di assicurare un ecosistema integrato in cui Industria, Università, Centri di ricerca e Difesa lavorino in sinergia". Così Ministro Crosetto, Defence Summit 2025 "Un'Italia più sicura e difesa". Le università, da istituzioni finanziate dallo Stato, sono oggi chiamate a svolgere un ruolo imprenditoriale e valutate per la capacità di produrre ricchezza. L'influenza del diritto europeo e della giurisprudenza della Corte di Giustizia consacrano il primato dei principi del libero mercato sui diritti sociali.

7 Con la pandemia si è assistito a una decisa accentuazione della prospettiva del diritto amministrativo come diritto orientato a perseguire obiettivi di prevenzione e di potenziamento degli obiettivi di efficienza declinati in un'ottica funzionale all'affermazione degli obiettivi del

Anche l'atto di fede nella verità scientifica e nella tecnologia, potrebbe trasformare la scelta politica in mera ricezione di certezze sopravvenute.

Il pieno rispetto della sovranità e del Testo Costituzionale presuppongono un apparato amministrativo organizzato per essere depositario di scienza e tecnica, capace di superarne limiti e incertezze, preparato ad affrontare situazioni complesse, imparziale e indipendente da influenze dominanti.

Le valutazioni ampiamente discrezionali dovrebbero così restare in parte sindacabili, grazie alla misurabilità della scienza e della tecnica, e in parte libere nella valutazione della migliore opportunità offerta tra soluzioni tutte legittime. Maggiore è l'ambito ascrivibile a scienza e tecnica, minore sarà lo spazio riservato al merito.

Per comprendere la effettiva rilevanza concreta di tali affermazioni occorre, però, prendere in considerazioni i differenti fattori spesso in contraddizione tra loro, merito e scienza/tecnica.

Con riferimento all'ambito del merito, va anzitutto precisato che il mercato globale esula, come tale, dall'ambito del pubblico potere dei singoli Stati e lo spazio di regolamentazione del mercato interno è stato demandato a poteri sovranazionali che hanno progressivamente esautorato l'influenza sovrana nazionale.

Deregolamentazione, liberalizzazione, flessibilità e semplificazione ridimensionano (forse fino a renderla puramente formale) la sovranità statale, rafforzando una nuova tipologia di potere (economico) che sfugge al controllo della politica, privata altresì di disponibilità di risorse[8].

L'economia, però, come tutte le scienze sociali, è costruita su interpretazioni e non già su certezze[9], "l'economia non esiste separata da un contesto, separata

---

mercato, così G. Tropea, A. Giannelli, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una "semplificazione" in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in *Munus*, 2020, 309 ss. Il PNRR è il mezzo con cui, all'interno di ciascuno Stato, si realizzano gli obiettivi di *Next Generation EU* (NGEU), il quale è uno strumento europeo di politica economica che, per il periodo compreso tra il 2021 e il 2026, mobilita risorse complessive per circa 807 miliardi di euro, imponendo dove e come allocarle: i controlli intermedi sul corretto adempimento dei traguardi imposti è condizione per il rilascio delle diverse tranches di finanziamento.

8 E. Santoro, *Le politiche penali nell'era della globalizzazione*, cit., 77.

9 L. Buffoni, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso 'decisivo'*, in *Rivistaaic.it*, n. 2/2016, 19; C. Schmitt, *Il concetto di «politico»: Testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, *Saggi di teoria politica*, (a cura di) G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, 177; C. Giust. UE, Grande Sezione, 16 giugno 2015, in

dalla vita economica e politica contemporanea che le dà forma o che le conferisce gli interessi, impliciti o espliciti, che plasmano secondo i loro bisogni. Le idee economiche, come sostenne Keynes, guidano la politica. Ma le idee sono anche i prodotti della politica e degli interessi che questa serve"[10].

La diffusa convinzione per cui chi detiene il potere economico è, altresì, dotato della capacità di elaborazione della soluzione migliore per il cittadino e per l'apparato politico e detiene la cura per l'emergenza, lascia molto perplessi[11].

Stato di emergenza e sentimento di paura (crisi economica, pandemie, cambiamento climatico, catastrofi, aggressioni, guerre, lockdown energetico) agevolano la possibilità di influire sull'emotività che apre più facilmente la strada a disinformazione e post verità, rendendo superflua la ricerca del vero[12].

Ecco, quindi, che si palesa la necessità di imporre comportamenti razionali ai cittadini non identificabili *nell'homo oeconomicus*, affinchè possano migliorare le proprie scelte[13].

La tecnica del *nudging* ha giustificato la diffusione della valutazione della performance individuale, dove i risultati non attengono all'implementazione del benessere sociale, bensì, a risultati meritevoli in termini economici.

Parallelamente si innesca un profondo cambiamento culturale nella società, guidato dai valori della globalizzazione[14], accettazione acritica e inclusione

---

causa C- 62/14, *Gauweiler c. Deutscher bundestag,* par. 68, sottolinea che scelte di natura tecnica, previsioni e valutazioni complesse necessitano di ampio potere discrezionale, confermando l'ambito politico della scelta non riconducibile al mero uso della tecnica.

10 J. K. Galbraith, *Storia dell'economia*, Milano, 2015, 330 e 331.

11 "ogni contrasto religioso, morale, economico, etnico o di altro tipo si trasforma in un contrasto politico, se è abbastanza forte da raggruppare effettivamente gli uomini in amici e nemici». (…) Il 'politico' può trarre la sua forza dai più diversi settori della vita umana, da contrapposizioni religiose, economiche, morali o di altro tipo; esso infatti non indica un settore concreto particolare ma solo il grado di intensità di un'associazione o di una dissocia- zione di uomini, i motivi della quale possono essere di natura religiosa, nazionale (in senso etnico o culturale), economica o di altro tipo". C. Schmitt, *Il concetto di «politico»,* in *Le categorie del 'politico'*, (a cura) G. Miglio, P. Schiera, Bologna, 2013.

12 Per lo stato di eccezione come dittatura, cfr. C. Schmitt, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, 1975, 148 ss.

13 Pare davvero "un'immane sventura essere soggetti a un signore della cui bontà non si può avere mai certezza e che ogni volta che lo vorrà potrà mostrarsi malvagio" e restare impunito, É. De La Boétie, *La servitù volontaria*, opuscoli provvisori, in *www.edizionianarchismo.net*

14 La concentrazione di potere tecnologico e finanziario, che è conseguita alla globalizzazione, è senza precedenti e si accompagna a diseguaglianze sociali che sembrano appartenere ad epoche passa- te, sicché il controllo sociale e la repressione ne conseguono.

esasperata.

Come si approfondirà più oltre, il clima di emergenza e paura che contraddistingue i nostri tempi[15] è proprio il tassello per ridimensionare le politiche sociali a favore di politiche di sicurezza e controllo[16], indispensabili per implementare le politiche globali di sviluppo sociale ed economico.

Si definiscono prioritariamente quali obiettivi economici debbano prevalere su tutti gli altri valori e si delinea un nuovo bilanciamento tra esigenze di innovazione e tutela dei diritti fondamentali dell'uomo: trova così giustificazione la semplificazione valoriale[17].

Ne consegue la perdita di autorità delle istituzioni nazionali (sovranità interna ed esterna compresa), nonché di tutte le strutture della nostra società, quali la politica, le religioni, famiglia, identità sessuale[18]

La globalizzazione sovrasta e smantella i singoli Stati che "possono facilmente venire ridotti all'(utile) ruolo di commissariati locali di polizia, che assicu-

---

Così L. Perfetti, *Lo Stato parallelo: Brevi considerazioni su P. Thiel, The straussian moment, trad. it., Macerata, Liber libri, 2025.* in *PA Persona e Amministrazione*, 2025, 746.

15 L. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio*, Rubbettino editore, 2022. "E' agevole imbattersi in dispositivi emergenziali e derogatori con sempre maggiore frequenza; la loro giustificazione viene propagandata attraverso l'evocazione dell'emergenza, ma a guardare bene si scopre senza troppa fatica che l'emergenza viene innescata da bisogni di sicurezza o gestione del rischio, vale a dire da forme di anticipazione dell'emergenza a ciò che non ha nulla a che fare con essa ed, anzi, attiene alla quotidiana vicenda umana e sociale, sicché dalle pratiche è più agevole comprendere come sia evoluto il potere, come siano trasformati legalità e ruolo del Parlamento, come si sia funzionalizzato il potere alle esigenze neo-liberali e via discorrendo" L. Perfetti, *L'amministrazione repubblicana. Un percorso di ricerca attraverso potere pubblico, sovranità, diritti fondamentali*, Milano, 2025, 59.

16 Cfr. L. Perfetti, *Lo Stato parallelo: Brevi considerazioni su P. Thiel, The straussian moment, trad. it., Macerata, Liber libri, 2025.*, cit., 745.

17 M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 164: "Funziona invece una nuova politica, ma cero ben poco soddisfacente in termini di rendimento democratico; una politica che ha allo stesso tempo un volto pubblico e privato, e nella quale si intrecciano le volontà degli esecutivi degli stati (o almeno di alcuni di essi: si pensi al ruolo sempre più significativo che è giuocato dal G7), di potenti tecnocrazie internazionali (WTO, FMI, Banca mondiale), di imprese transnazionali dominatrici di settori strategici (primi fra tutti quelli della comunicazione e dell'informazione). (…) L'idea moderna di sovranità è infatti intimamente legata (soprattutto dopo essere stata tradotta nella teoria del potere costituente) a due precondizioni – la 'concezione ascendente del potere' e l'idea di nazione – che sono entrambe assenti nella nuova politica".

18 "Vale a dire che decisioni implicanti valori politici collettivi possono esser prese e giustificate facendo ricorso ai soli criteri dell'efficacia e della redditività", L. Thévenot, "*Autorità e poteri alla prova della critica. L'oppressione del governo orientato all'obiettivo*", in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 2010, 644 ss.

rano quel minimo di ordine necessario a mandare avanti gli affari, ma che non vanno temuti come freni efficaci per la libertà delle imprese globali"[19].

Principio di sussidiarietà e decentramento hanno consentito di trasferire molte competenze sovrane ai poteri locali e di indebolire l'unità statale, frantumando la sovranità in piccoli centri di potere.

Il ridimensionamento dei centri sovrani ha giustificato la necessità del controllo al fine di garantire trasparenza ed efficienza. Quest'ultima è stata progressivamente declinata in ottica squisitamente aziendalistica, portando a una lettura del principio costituzionale del buon andamento attraverso la lente di efficacia, efficienza ed economicità[20] e alla valutazione di un valore prestabilito, il risultato amministrativo, fino a ritenere che, in ogni attività amministrativa, il successo economico sostituisca le forme giuridiche di legittimazione[21].

In tale contesto il merito e la scelta politica non possono che trasformarsi in concetti ontologicamente differenti, conformi alla verità imposta da tecnicismo, scientismo e conseguente (presupposta) neutralità/imparzialità della scelta[22].

La conoscenza derivante da saperi scientifici è certa, conduce alla verità e, solo grazie a quest'ultima, lo Stato può raggiungere le finalità che gli sono attribuite[23].

---

19 Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999, 77.

20 Lo stesso Regolamento UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 13 marzo 2021, n. 2024/900, relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica, prende atto della contaminazione tra politica e pubblicità commerciale, anche per competizioni elettorali, referendum o procedimenti per la formazione di fonti del diritto. In tema cfr. E. Caterina, *Verso il nuovo regolamento Ue in materia di pubblicità politica: mercato delle idee o della propaganda?* in *Quad. cost.*, 2024.

21 Cfr. G. Tropea, A. Giannelli, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una "semplificazione" in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale,* cit., laddove si specifica altresì che "il mercato produce verità, e l'economia sostituisce il diritto come criterio di veridificazione del potere pubblico".

22 E. Mauro, *I pesci e il pavone: contro la valutazione meritocratica della ricerca scientifica. Milano-Udine: Mimesis,* 2017, 85, parla di scelte politiche compiute sotto un nuovo velo di tecnicità e di neutralità di dati «dalle tronfie ambizioni scientistiche e dalle friabili basi scientifiche». Coloro che controllano l'informazione controllano l'interpretazione e coloro che controllano l'interpretazione plasmano la realtà stessa. Il problema è esautorare la politica dal ruolo di produzione della norma, e il dominio del tecnocapitalismo.

23 A. Di Martino, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, 28.

Soft law e *nudge*, qui considerati per gli effetti nei confronti della PA quali indicazioni per l'adozione delle decisioni, costituiscono lo strumento per influire su discrezionalità e merito e assicurare il raggiungimento dell'effettività[24].

Scegliere temi, approcci e prospettive originali, non in linea con i dettami di comparabilità, quantificazione, omogeneizzazione e mercatizzazione, imposti da strumenti per la valutazione della qualità, potrebbe portare a illegittimità provvedimentale sotto il profilo dell'eccesso di potere e violazione del principio del buon andamento[25].

Ecco che, così, può mutare la stessa interpretazione dell'art. 2 della Costituzione, che finisce con il sancire il dovere di provvedere nei soli confronti dei soggetti meritevoli, ovvero di quelle figure che i criteri economici indicano come da prediligere in un determinato momento storico.

Il primato dell'economia e l'operatività delle sue leggi nell'agire politico e amministrativo porteranno a dubitare della stessa effettività dei diritti fondamentali: ci saranno soggetti che è economicamente più conveniente aiutare e tale scelta potrà prendere il posto della scelta politica[26].

Ci si potrebbe domandare se i soggetti vulnerabili sono creati dalla politica per assicurare poi il raggiungimento del livello minimo di benessere sociale rite-

---

24 G. Tropea, A. Giannelli, *Anticorruzione e regimi di veridificazione. Una traccia*, in *Ceridap.it*, n. 2/2024, 166, dove si precisa che la soft law equivale a "resa" del sistema democratico rappresentativo a una serie di ideologie forti, su tutte quella neoliberale dell'effettività, che prevale sul modello kelseniano della validità.

25 In questi termini, per la valutazione della ricerca scientifica, cfr. E. Mauro, *I pesci e il pavone: contro la valutazione meritocratica della ricerca scientifica*, cit.

26 G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in M. D'amico, F. Biondi (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017; A. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1/2017; P. Corradino, *I diritti sociali: il giudice supplente nella dimensione nazionale e sovranazionale*, in *ildirittoamministrativo.it.:* "La loro condizione inevitabilmente influenzata dalla disponibilità delle risorse statali li pone in posizione delicata. Da un lato, infatti, si colloca l'art. 81 Cost, la cui riforma del 2012, "*ha dato una vera e propria sferzata ai vincoli, non soltanto programmatici ma anche finanziari delle P.A., imponendo loro di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito",* dall'altro, l'inalienabile diritto alla dignità della persona, posto in posizione apicale, all'art. 2 Cost., ma il cui eco si propaga in ogni articolo della Carta, fino ad arrivare, nella veste di dovere, all'art 118, quarto comma, Cost. che "non è che uno degli aspetti della emersione a livello costituzionale del principio di solidarietà. Esso si esprime con vigore in ciò che concerne le garanzie e i diritti inviolabili dell'essere umano*".*

nuto necessario in un determinato periodo storico[27].

Assistiamo alla crisi dello Stato sociale e all'emersione di istanze inedite di vulnerabilità: di fatto si persegue il rispetto degli equilibri economico-finanziari dello Stato e degli altri livelli di governo e le prestazioni sociali sono strettamente legate alla disponibilità di risorse umane ed economiche. La ragione stessa del potere pubblico (trovare la sintesi tra concorrenza e solidarietà) viene meno nel momento stesso in cui si abbandona altresì il compito di bilanciare i diritti in conflitto e le lobby soffocano le istanze dei bisognosi[28].

Si perseguirà, comunque, il raggiungimento degli obiettivi posti dal PNRR[29], contribuendo al rilancio dell'economia al prezzo della completa commistione tra politica ed economia[30].

Come già da tempo evidenziato, siamo dinnanzi alla creazione dell'antisovrano (un *quid* che in tutto e per tutto si contrappone al sovrano da noi conosciuto): "non è un soggetto (ma semmai una pluralità di soggetti, (...) che ben difficilmente potrebbe candidarsi a detenere il monopolio del potere «sovrano»; non dichiara la propria aspirazione all'assoluta discrezionalità nell'esercizio del proprio potere (cerca anzi di presentare le proprie decisioni come logiche deduzioni da leggi generali oggettive, quali pretendono d'essere quelle dell'economia e dello sviluppo)" reclama una legittimazione immanente (gli interessi dell'economia e dello sviluppo) e pretende di ordinare "una pluralità indistinta, anzi la tota-

---

27 M. Manetti, *I nuovi diritti nascenti dal mercato: illusioni e delusioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 3387 ss.

28 A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, prefazione, XX. "politiche di indirizzo del mercato".

29 Corte Cost., 6 giugno 2024, n. 132, p. 6.8 "Il Pnrr è il mezzo con cui, all'interno di ciascuno Stato, si realizzano gli obiettivi di Next Generation Eu (Ngeu), il quale è uno strumento europeo temporaneo di politica economica che, per il periodo compreso tra il 2021 e il 2026, mobilita risorse complessive per circa 807 miliardi di euro. Ngeu – il cui obiettivo principale consiste nel superare la crisi determinata dalla pandemia stimolando una crescita delle economie europee che sia sostenibile e che, pertanto, promuova la loro «doppia transizione verde e digitale» – è composto di sette programmi, di cui il Recovery and Resilience Facility (Rrf) è di gran lunga il principale con una copertura fino a circa 724 miliardi di euro. L'Italia, cui sono attualmente destinati 194,4 miliardi di euro, è il maggior beneficiario del Rrf, per due ordini di ragioni, indicate nello stesso Pnrr".

30 L. Buffoni, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso 'decisivo'*, in *Rivistaaic.it*, n. 2/2016, 1 ss. citando Schmitt.

lità dei gruppi sociali (tutti i popoli di tutto il mondo)". Non ha una investitura democratica e come l'anticristo è detentore di un potere universale, ed è l'agente che determina la crisi del mondo democratico[31].

Trattasi, come condivisibilmente definito, di uno Stato parallelo del capitale neoliberale occidentale privo di confini e regole, in grado di condizionare quasi completamente le politiche di quello tradizionale[32].

La democrazia diviene comunicazione, narrazione e persuasione politica, volte a influenzare le opinioni dei consociati su temi politici ed amministrativi, mediante l'uso di forme di propaganda alquanto evolute[33].

La comunicazione politica diviene strumento sofisticato per orientare la realtà, come è stato bene delineato, il punto nodale "sta proprio in questo passaggio dalla *rappresentanza* alla *rappresentazione* e dalla *competenza (...)* all'*immagine*"[34].

L'immagine è l'opposto della competenza, non ha bisogno di prove e non ammette verifiche, ma, paradossalmente, è proprio l'immagine a costituire l'unica competenza riconosciuta nel mondo delle marche e nella politica: la sola qualità di cui si possa parlare nel mondo del consumo è quella percepita. "L'immagine è dunque *rappresentazione di una competenza (un saper fare) dentro una narrazione* e proprio perciò è in grado di sostituirla. Chi è portatore di un'immagine è il protagonista di un racconto più o meno implicito che esibisce il suo saper fare come costituito in passato e stabilizzato nella forma di una *sanzione* narrativa"[35].

E quando l'intelligenza artificiale plasma il mondo reale, la crisi delle democrazie è ancora più evidente[36]. L'amministrazione è chiamata al raggiungimen-

---

31 M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, cit., 165 e 166.

32 Così L. Perfetti, *C'è uno Stato parallelo in grado di condizionare i governi. Da Peter Thiel al tecnocapitalismo,* cit. L'A specifica altresì che a tale fatto si accompagna un secondo rilevante elemento, la concreta attuazione di dispositivi nel diritto pubblico interno agli Stati e di conflitti all'esterno, del tutto funzionali agli interessi dello Stato parallelo. In conclusione si riconosce che lo Stato nazionale è soggetto al dominio dello Stato parallelo (757)

33 A. Lamberti, *Libertà di informazione e democrazia, ai tempi della società digitale: problemi e prospettive*, in *giurcost.org*, 2022, 883.

34 U. Volli, *Problemi di rappresentanza e rappresentazione nella comunicazione politica italiana*, in *Versus-Quaderni di studi semiotici,* n. 107-108, 2010, 64.

35 Così U. Volli, *Problemi di rappresentanza e rappresentazione,* cit., 64.

36 L. Torchia, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023, 21, afferma che comprendere lo Stato digitale significa "studiare come gli sviluppi della tecnologia incidono sul diritto e come il diritto, di converso, cerca di conformare e plasmare quegli sviluppi".

to di una verità formale sul presupposto che una decisione tecnica tende all'onnipotenza[37] di una "ineludibile domanda di certezza, sicurezza e stabilità proveniente dalla società"[38].

La società potrebbe, però, volere benessere e maggiore attenzione alla persona umana e non necessariamente labile certezza scientifica/tecnica; quest'ultima è un valore per il mercato e può essere costruita a priori fittiziamente[39].

Esigenze di sicurezza, certezza e stabilità potrebbero costituire propaganda per legittimare l'ingresso di tecnologie sempre più avanzate nel mondo del diritto e vincolare le scelte politiche a dati e argomentazioni provenienti dalle scienze[40], non necessariamente finalizzati all'interesse pubblico, poiché la concentrazione del potere tecnologico è in capo ai soggetti privati[41].

Proprio la fiducia acritica nella scienza e nel progresso comporta la totale sottrazione dell'economia agli interventi regolatori della politica e, più in generale, la totale perdita del potere della politica[42].

La prevalenza della tecnica sui fini che lo Stato deve perseguire è, infatti, espressione di una volontà tesa alla trasformazione in senso tecnocratico dei processi decisionali e della realtà[43].

Potremmo trovarci davanti al risultato di una volontà di costituzione di un campo di sapere al quale far corrispondere ambito di potere. Si rende, di conseguenza, necessario controllare che tale sapere permei l'attività de dipendente pubblico e questi riesca a concretizzarne l'indirizzo politico/economico[44].

---

37 N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, 30 ss.

38 A. Moliterni, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, 2021, 5.

39 F. Benvenuti, *Caso e incertezza del diritto*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988, 27 ss., elogia: "l'incertezza del diritto (...) altro non è se non il divenire della società e quindi del suo ordinamento giuridico".

40 Riferendosi ad ANAC, L. De Lucia, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, 25, evidenzia il dubbio che il tentativo di ammantare di scientificità la sua azione risponda alla consapevolezza che alla costituzione di un campo di sapere tecnico corrisponda la contestuale costituzione e rafforzamento di una relazione di potere.

41 L. Torchia, *Lo Stato digitale*, cit., 28.

42 E. Santoro, *Le politiche penali nell'era della globalizzazione*, cit. 77.

43 Così A. Di Martino, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, cit, 22.

Si rivela, quindi, indispensabile che l'amministrazione sia autolimitata dai propri organi politici attraverso produzione di *soft law* (linee guida) *e nudge*, fino a giungere al "disciplinamento" del dipendente pubblico[45], il quale sarà costantemente monitorato su come assolve le sue funzioni[46].

La flessibilità dello strumento delle linee guida si rivela ideale per l'impiego dei "pungoli" del paternalismo libertario[47] e la tecnica, da mezzo utile per istruire il procedimento, rischia di divenire strumento di determinazione dei fini[48].

3. Scientismo, arbitrio e fuga dalla responsabilità

E' stato acutamente osservato che la *public accountability* "è quel che resta una volta che è stata sottratta la responsabilità"[49].

Ebbene, come cercherò di esporre in questo paragrafo, la responsabilità è sempre più ridimensionata e, di conseguenza, si espande un ambito di scelta -guidato da tecnicismo e scientificità- che richiede esclusivamente attività burocratica volta a rendere evidente l'efficacia della decisione presa nel raggiungere il risultato

---

44 L. Perfetti, *C'è uno Stato parallelo in grado di condizionare i governi. Da Peter Thiel al tecnocapitalismo, cit.* specifica: "Il ruolo dello Stato diviene quello di essere strumento del capitale neoliberale e delle sue capacità tecnologiche in funzione difensiva della loro supremazia. L'ossessione del tecnocapitalismo è proprio quella della supremazia".

45 L. De Lucia, *'Pastorato' e 'disciplinamento' nella governance economica europea. Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 867 ss.;

46 L'art. 54 della Costituzione assume così una nuova interpretazione e "disciplina e onore" rispondono all'adempimento delle prescrizioni imposte. E' evidente che tali meccanismi di sorveglianza, controllo, punizione esulino dal diritto, ma si fondano sul presupposto che vi siano soggetti con maggiori capacità che provvedono a disciplinare pecore che non si sono comportate nel modo ritenuto migliore. Secondo tale forma di disciplinamento "meno si oppone resistenza, meno se ne avverte l'azione, mentre al contrario, più si tenta di sfuggirvi e più si è destinati a soffrire", e la sanzione incide sulla stessa reputazione dell'assoggettato poichè l'umiliazione serve a reprimere condotte non conformi a quanto ritenuto corretto, giungendo alla conformazione di tutti i comportamenti alle condotte predeterminate. Cfr. M. Foucault, *Il potere psichiatrico,* Milano, 2003, 106 ss.; ID., *Sorvegliare e punire,* Torino, 1976, 196 ss.

47 S. Valaguzza, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di Anac*, in *Riv. della regolazione dei mercati,* 2017, 91 ss.

48 Il giudice amministrativo è chiamato ad applicare una norma percepita come mezzo ad un fine e la interpreta ricercando la regola più idonea a promuovere l'assetto concorrenziale del mercato. Cfr. M. Trimarchi, *Neoliberalismo e giustizia amministrativa (metodo e merito)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2025, p. 23 ss.

49 V. Pinto *La valutazione come strumento di intelligence e tecnologia di governo*, in *All'indice. Critica della cultura della valutazione* (a cura di A. Dal Lago, *Aut Aut* – ottobre-dicembre 2013, 30.

prestabilito[50].

Si aprono, così, ampi spazi di merito e insindacabilità, ma non del funzionario che agisce, ridotto a un burocrate, bensì del potere che discende dalla tecnica e dalla scienza che ha anche predeterminato il risultato efficiente da perseguire.

L'incentivo della deresponsabilizzazione verso l'incondizionata assunzione della firma, in nome del principio del risultato, è introdotto con l'art. 21, comma 2, del d.l. n. 76 del 2020, convertito in legge 11 settembre 2020, che prevede, per le sole condotte commissive, una temporanea (poi reiterata) limitazione della responsabilità amministrativa alle sole ipotesi dolose[51].

La Corte Costituzionale si esprime in termini di "fatica dell'amministrare", in considerazione dei "costanti tagli alle risorse finanziarie, umane e strumentali delle amministrazioni, a causa delle ben note esigenze di bilancio, in presenza di un elevatissimo debito pubblico", e sottolinea il consolidamento dell'amministrazione di risultato, in condizioni che non possono ignorare "il moltiplicarsi dei rischi provocati dalla stessa attività umana e che spesso sono conseguenze non intenzionali dello sviluppo tecnologico ed economico (rischi ambientali, sanitari, connessi al clima, legati alle dinamiche delle catene globali del valore, finanziari, inerenti alla sicurezza pubblica, *et cetera*"[52].

E se amministrare con mezzi spesso inadeguati accresce il rischio che il dipendente pubblico commetta un errore, non ha importanza, è preminente l'interesse che amministri, ma non si assuma responsabilità della scelta.

Il risultato è imposto dal diritto europeo e il perseguimento degli obiettivi del Pnrr[53], rispettandone il cronoprogramma attuativo, è elevato dalla Consulta a valore di valenza costituzionale. Il nuovo valore costituzionale, che discende dagli articoli 11 e 117 Cost., consiste nel dare slancio all'economia nazionale, realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplifica-

50 Sotto la guida del disciplinamento.

51 La situazione pandemica ha intensificato il c.d. "timore della firma" dei funzionari pubblici, dato l'elevato rischio di compiere errori dovendo operare con urgenza in situazioni di elevata incertezza.

52 Corte Cost., sentenza 16 luglio 2024, n. 132.

53 Sul PNRR e sulla sua natura emergenziale (legge-provvedimento che introduce norme derogatorie legittimandole con l'emergenza, rilevanti le affermazioni di L. Perfetti, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2022, 265 ss.

zione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, introdurre misure di semplificazione procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, adottare misure di semplificazione in materia di attività imprenditoriale, di ambiente e di green economy. Tali misure garantiscono (verità, certezza) il superamento di alcuni divari economici, sociali e di genere[54].

La connessione tra principio del risultato e scudo erariale equivale a rendere irrilevante l'utilizzo amministrativo di un mezzo inefficiente imputabile a decisione gravemente colposa, tutte le volte in cui il risultato sia comunque conseguito[55].

La discrezionalità e il merito si conformano al risultato in un processo di standarizzazione, dove imparzialità e buon andamento, tradizionalmente principi del diritto amministrativo, vengono misurati attraverso l'aderenza a *standard* statistici e tecnici di qualità del dato, realizzando una convergenza di prescrizioni tra diritto amministrativo e regole tecniche.

Il rapporto tra attività amministrativa e sapere tecnico-scientifico diviene dirimente e può costituire strumento per l'affermazione dell'irresponsabilità della scelta[56].

Il risultato economico prevale e sovrasta la scelta politica e rende il potere arbitrario, occultandolo.

La stessa Consulta acclama l'obiettivo perseguito con l'introduzione dello scudo erariale e la tecnica del *nudge* offre ampia garanzia che le condotte dei funzionari pubblici si adegueranno a quanto sperato dal potere economico/politico. Il mezzo utilizzato, però, desta perplessità, perchè sembra stridere con i principi cardine dell'*agere* amministrativo, quali quello della trasparenza, della fiducia, del buon andamento della pubblica amministrazione e della proporzionalità, nel senso di adeguatezza dei mezzi rispetto ai fini[57].

---

54 Corte cost., 18 gennaio 2022 n. 8.

55 La stessa semplificazione amministrativa e, in particolare, l'ampio utilizzo del silenzio assenso e termini sempre più circoscritti entro cui decidere perseguono medesime finalità.

56 R. Ferrara, *Scienza e diritto nella società del rischio: il ruolo della scienza e della tecnica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 68, per il quale "è tale e tanto il ruolo sempre più rilevante giocato dal progresso scientifico e tecnologico nelle società affluenti che è verosimilmente la struttura materiale del diritto (e quindi il mondo della regola- zione e della gestione degli interessi) ad essere toccato [...] nella sua essenza più profonda e significativa".

57 I. Giannone, *Scienze comportamentali e merito amministrativo: lo "scudo erariale"*, in *Il nuovo merito amministrativo* (a cura di) S. Foà, Torino, 2025, 272.

La scelta economica discende da meccanismi stabili e automatici, numerici, non si pone, quindi, il problema della sua legittimazione rispetto al potere politico, perchè non c'è alcun 'potere', tanto meno politico, da legittimare, ma solo regole da applicare (automatismo delle decisioni).

L'incertezza si sposta, però, sulla elaborazione delle regole e sulle finalità del potere che le elabora. Ci si può chiedere se tale potere intenda perseguire l'efficienza amministrativa e rispondere ai mutati bisogni della società, oppure limitare l'impiego delle risorse pubbliche per garantire i soli bisogni che si è indotta la società a ritenere di rilevanza primaria.

Tecno potere, *soft law e nudge* impongono di affidarsi alla guida di "piloti automatici", si mette al posto della responsabilità della politica «l'algoritmo sordo e impassibile di un "pilota automatico" che non è tenuto a rispondere a coloro che governa»[58].

Un sistema computazionale, si argomenta, non conosce favoritismi, non subisce pressioni, non cede a tentazioni. In questa prospettiva, l'automazione decisionale si configurerebbe come il compimento tecnico del principio costituzionale di imparzialità[59].

La scelta da parte della pubblica amministrazione di avvalersi di un determinato algoritmo rappresenta un'espressione di "merito politico" e su concretizza nella volontà di trasferire il proprio potere decisionale alle società informatiche – per lo più private – che predispongono e forniscono i *software*.

Se la promessa è quella di una giustizia procedurale finalmente emancipata dalle debolezze della natura umana (corruzione, negligenza, arbitrio)[60], una riflessione più attenta potrebbe insinuare il dubbio che possa anche trattarsi di creazione della fattispecie *ex ante* da parte degli sviluppatori o di chi commissiona il

58 D. Borrelli, *Contro l'ideologia della valutazione. L'Anvur e l'arte della rottamazione dell'università*. Milano (Jouvence), 20.

59 Il principio di imparzialità amministrativa non può essere ridotto a coerenza computazionale. Richiede qualcosa di più profondo: la capacità di ascolto, il discernimento del contesto, l'empatia verso le situazioni concrete, la consapevolezza delle conseguenze delle proprie scelte. Qualità irriducibilmente umane.

60 G. Racca, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Diritto Amministrativo*, 2022, 3, 601, riporta come la Corte costituzionale abbia più volte chiarito che il principio di buon andamento deve essere inteso quale garanzia dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità, i quali trovano oggi nella digitalizzazione un imprescindibile strumento attuativo.

software[61], così l'amministrazione algoritmica crea performativamente la realtà e non si limita a registrarla[62].

L'algoritmo non elimina il *bias*, lo rende invisibile, lo traveste da oggettività matematica[63].

L'intelligenza artificiale non sceglie, si limita a calcolare, non delibera, applica. Ma quando tutto è sotto controllo, dapprima non si ha paura di muoversi, poi si scopre che non ci si può muovere, tutto è già prestabilito e conduce inesorabilmente al risultato performante (per chi?)[64].

La diffusione delle tecnologie digitali ha inciso in maniera significativa sul ciclo della *performance*, consentendo la gestione e la valutazione in tempo reale di dati economici, patrimoniali e ambientali e determinando così una trasformazione dell'architettura decisionale.

Gli algoritmi appaiono condizionati dal sistema di valori e dalle intenzioni di chi li crea o ne commissiona la creazione con la conseguenza che, spesso, essi non rappresentano altro che la mera proiezione di quei pregiudizi con il rischio che retaggi del passato, per mezzo dell'algoritmo, vengano proiettati nel futuro favorendo la persistenza di certe ideologie e pregiudizi.

---

61 Il dato non è mai semplicemente "dato" (*datum*), ma è sempre "da dare" (*datur*) – frutto di scelte metodologiche, categorie interpretative, decisioni circa ciò che merita di essere osservato e ciò che può essere trascurato. I dati sono il risultato di un'indagine, non la sua premessa. Non esistono in natura come entità brute, pronte per essere "raccolte", ma vengono prodotti attraverso processi che incorporano necessariamente prospettive culturali, priorità politiche, pregiudizi cognitivi, relazioni di potere, gerarchie…

62 Così Tropea, A. Giannelli, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una "semplificazione" in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale,* cit.

63 In questa cornice ogni attività critica è condotta in scacco a un'oggettività ancora più "democratica", che pare evitare l'uso di qualunque categoria discriminante (classe, genere, etnia ...) a vantaggio della neutralità del dato. Alla fine la legittimità dipende dal fatto che "il governo algoritmico 'crea' una realtà per lo meno altrettanto quanto la registra". V. Pinto, *Un nuovo immaginario: l'amministrazione dell'evidenza,* in *Rivista di Studi Sociali sull'immaginario* - Anno III, numero 4, dicembre 2014, 16.

64 E. Mauro, *I pesci e il pavone: contro la valutazione meritocratica della ricerca scientifica. Milano-Udine: Mimesis.*

4. L'affermazione dei nuovi valori e il dominio del mercato: la trasformazione della pubblica amministrazione nel modello privatistico-imprenditoriale.

Come è stato osservato, le riflessioni di teoria generale sulla "crisi della fattispecie" hanno fotografato un fenomeno tendenziale dell'intero ordinamento giuridico dei Paesi di *civil law*, che registra un regresso della disposizione normativa puntuale a favore di un rinvio a principi che, a loro volta, richiamano valori, ossia criteri di comportamento che orientano l'agire dei consociati, in ragione di un presupposto legittimante di carattere generale, sfumato ma imperioso. Il valore "non ha bisogno di fattispecie, di una qualche figura o descrizione di fatti, poiché vale in sé, e si applica dovunque sia invocato e preteso" [65].

Proprio l'elaborazione giurisprudenziale dei principi ha rappresentato il "ponte" tra valori e regole[66], consentendo l'affermazione di uno spazio nuovo, governato dalla concorrenza globale quale garanzia di qualità, efficienza e impresa[67].

Il passaggio da una regolazione per norme a una regolazione per principi e valori ha aggravato la crisi di democrazia. Assistiamo all'arretramento dello Stato a favore del potere di mercato e, nello stesso tempo, al rafforzamento del potere di controllo del primo per garantire l'efficace realizzazione dei risultati di politica economica imposti dal secondo. Come precisato dalla Corte Costituzionale, sia-

---

65 S. Foà, *Prefazione*, in *Il nuovo merito amministrativo* (a cura di) S. Foà, Torino, 2025, 24, citando N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, 36 ss.

66 G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giust. amm.*, 2023, 29.

67 E' stato osservato da I. Giannone, *Scienze comportamentali e merito amministrativo: lo "scudo erariale",* in *Il nuovo merito amministrativo,* cit., 273, che la definizione del particolare è ora in capo all'amministrazione e, se prima l'agire amministrativo era quantomeno assoggettato ad una disciplina di dettaglio che consentiva un sindacato del contenuto alla luce del principio di logicità, ragionevolezza, proporzionalità; oggi, il passaggio ad una disciplina astratta per principi sottrae al giudice l'oggetto su cui esercitare il proprio controllo e determina la creazione di questo nuovo spazio di discrezionalità in capo all'amministrazione. Sempre secondo il citato A., l'esito che si intravede dalla sostituzione di una disciplina normativa puntuale di dettaglio con una legislazione per principi è, dunque, la trasformazione del ruolo del principio da metro di valutazione dell'operato dell'amministrazione in capo al giudice all'oggetto del controllo. Tale espressione della discrezionalità amministrativa costringerebbe il sindacato giurisdizionale ad arrestarsi ai confini di una valutazione sull'attuazione del principio, salvo recuperare una valutazione sulle scelte di merito, che una volta erano ritenute insindacabili.

mo di fronte al consolidamento dell'amministrazione di risultato[68] e la stessa si trova a operare in un contesto istituzionale, giuridico e sociale strutturalmente mutato [69].

Si persegue il "modello dell'attore razionale", in virtù del quale l'attore che agisce razionalmente sulla base di conoscenza certa (verità) non può che compiere un'azione buona[70].

Questo nuovo potere impone strumenti disciplinari che svolgono una funzione di standarizzazione e di allineamento dei soggetti con i fini del sistema di potere (e sapere) dominante[71].

Valutazione e controllo rappresentano il nuovo modo di essere dello Stato nella sua configurazione neoliberale[72].

Si comprende, così, anche la complessiva riforma della responsabilità amministrativa, necessaria per ristabilire una coerenza tra la sua disciplina e le più volte richiamate trasformazioni dell'amministrazione e del contesto in cui essa deve operare.

Pratiche di valutazione e il proliferare di apparati volti a garantire l'efficacia rendono obsoleta la responsabilità del dipendente, ormai ridotto strumento burocratico di pedissequa attuazione di linee guida e decisioni algoritmiche, l'unico rischio resta il comportamento omissivo.

Di fronte allo scenario della necessaria implementazione del risultato, è, però, verosimile il rischio del ragionamento circolare come ben prospettato da altra dottrina: a) il decisore politico-giuridico si appoggia al sapere medico-scientifico per stabilire quale sia la decisione "sorretta da evidenze scientifiche" e sulla base di tale appoggio trova la propria autorevolezza (politica) e legittimità (giuridica), ma al contempo; b) è solo in forza di processi sociali e procedimenti giuridici che

---

68 Il raggiungimento degli obiettivi posti dal PNRR., mezzo con cui, all'interno di ciascuno Stato, si realizzano gli obiettivi di *Next Generation EU* (NGEU), strumento europeo di politica economica. Così Corte Cost., n. 132 del 2024, cit.

69 Corte Cost., n. 132 del 2024, cit.

70 Così E.M Distefano, *La scienza dice la verità al potere?*, in *Jus*, 2002, 399.

71 Così G. Tropea- A. Giannelli, *Anticorruzione e regimi di veridificazione. Una traccia*, cit., 176 e 177.

72 V. Pinto, *La valutazione come strumento di intelligence e tecnologia di governo*, in A. Dal Lago (a cura di) *All'indice. Critica della cultura della valutazione*; Cfr. anche M. Merlo, *Il governo tecnico delle scienze*, in *www.connessioniprecarie.org/2012/06/07/il-governo-tecnico-delle-scienze.*

viene acquistato lo *status* di "esperto" titolato ad esprimere quali siano le migliori evidenze scientifiche disponibili[73].

Tuttavia, "se ci si riflette un momento l'idea che la verità non esista non è più paradossale o paralizzante dell'idea di una verità scientifica che è sempre provvisoria e che sarà dichiarata falsa domani"[74], e che potrebbe essere frettolosamente diffusa per interessi economici di imprenditori che finanziano la ricerca e la sperimentazione.

Le verità scientifiche sono essenzialmente storiche e sociologiche e, infatti, nel corso del XX secolo, gli studiosi di scienze dure, ma anche storici e filosofi della scienza, hanno progressivamente rinunciato a ritenere possano esistere verità definitive e si è intrapreso il cammino della conoscenza nella consapevolezza che non esistono mete terminali perché definitive[75].

Ecco allora che, allo studio della fattispecie e al perseguimento dell'interesse pubblico concreto, individuato in contraddittorio mediante attenta ponderazione di ogni elemento pertinente e rilevante, si sostituisce il dominio del *politically correct*[76] che, per la sua piena attuazione, richiede l'elaborazione di schemi di rieducazione[77] che impongano l'adeguamento alle indicazioni politicamente impartite e l'allontanamento da differenti forme di verità individuale[78].

---

73 G. Tropea- A. Giannelli, *Anticorruzione e regimi di veridificazione. Una traccia*, cit., 177, richiamando altresì la pronuncia del Consiglio di Stato in tema di vaccinazione obbligatoria, Cons. St., 20 ottobre 2021, n. 7045

74 P. Veyne, *I Greci hanno creduto ai loro miti?*, Bologna, 1984.

75 T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2009, *passim.;* P. Pasqualucci, *Brevi considerazioni su legge e verità nel nostro tempo, in Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani,* N. Picardi, B. Sassani, F. Treggiari (a cura di), Napoli 200, 337: "La fede contemporanea nel carattere rigorosamente soggettivo della verità e la conseguente pervicace negazione dell'esistenza di una verità assoluta, manifestano l'aporia che, sul piano della coerenza ai principi, è stata sempre rinfacciata ad ogni forma di scetticismo e relativismo".

76 Sull'indeterminatezza e complessità della scienza, M. Tallachini, *Sicurezze e responsabilità in tempi di crisi*, in *Riv. Dir. alim.*, 2012., 4.

77 "il sapere valutativo può essere inteso come un sapere cibernetico sistematico di controllo", scienza sottomessa a finalità, valori, metodi, forme di organizzazione e giudizio ad essa tradizionalmente estranei e imposti dall'esterno ed all'alto, ma anche un regime che trova nella scienza - nella configurazione tecnica della scienza - e nella conoscenza - nel senso della "società della conoscenza" - al sua nuova dimensione. Così V. Pinto, *La valutazione come strumento di intelligence e tecnologia di governo*, in A. Dal Lago (a cura di) *All'indice. Critica della cultura della valutazione,* cit., 18.

Un ruolo decisivo assume in questo processo di formazione dello *evaluative State* il lungo lavoro di invenzione di una "cultura della valutazione", una figura del *référentiel* neoliberale, discendente diretta della "cultura d'impresa"[79].

L'altro lato della medaglia della valutazione è costituito dalla formazione permanente poiché "un'efficace cultura dell'apprendimento permanente è fondamentale per garantire che tutti abbiano le conoscenze, le abilità e le competenze necessarie per prosperare nella società, nel mercato del lavoro e nella loro vita personale"[80].

Appare così evidente che l'apparente ampliamento dell'area del merito non costituisce spazio di manovra del dipendente[81], ma l'insindacabilità dell'intensa e capillare attività governamentale di costruzione del nuovo spirito d'impresa ad ogni livello della vita pubblica[82].

Controllo, valutazione e *soft skills* trovano anche il loro approccio normativo. Il Ministro per la pubblica amministrazione ha adottato la Direttiva del 23 marzo 2023[83] e nella relazione al Codice dei contratti pubblici del 2023, si sottolinea come la digitalizzazione costituisce anche una efficace misura di prevenzione

---

78 B. Mameli, *L'amministrazione dinnanzi alla dignità della vita. Considerazioni intorno all'amministrazione di mercato*, in *Lo schermo delle norme*, Mimesis, 2026, 305 ss. (*https://www.mimesisedizioni.it/libro/9791222330495*).

79 La metamorfosi dell'*evaluative State* si estende all'intero apparato amministrativo, a partire dagli ambiti della sicurezza sociale, dell'assistenza sanitaria e dell'istruzione.

80 Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea del 6 giugno 2022 su un approccio europeo alle microcredenziali per l'apprendimento permanente e l'occupabilità.

81 Si è instaurato un potere agile, plastico e avvolgente, che investe e attraversa per intero i soggetti, "conducendoli a condursi" in modo conforme all'ambiente costruito, o meglio a reagire autonomamente in modo conforme a ciò che l'ambiente si aspetta da loro, così V. PINTO, *Un nuovo immaginario: l'amministrazione dell'evidenza,* in *Rivista di Studi Sociali sull'immaginario* - Anno III, numero 4, dicembre 2014, 9.

82 I valori della valutazione divengono sistemi sempre più evoluti e tecnologici di controllo e disciplinamento, comportano una intensa e capillare attività governamentale di costruzione del nuovo spirito d'impresa ad ogni livello della vita pubblica. Per paradossale che possa apparire, qui l'arretramento dello Stato a vantaggio delle forze del mercato è attuato mediante un rafforzamento della sua funzione di guida e controllo. Proprio questo è lo *evaluative State* e quell'essenziale dispositivo sistematico di controllo ch'è in esso il complesso delle tecniche gestionali di valutazione, operanti come catene (gerarchiche) di sorveglianza reciproca e di «(auto) osservazione istituzionale» sempre più coincidenti con le dinamiche di normale funzionamento delle organizzazioni, così V. Pinto, *Un nuovo immaginario: l'amministrazione dell'evidenza,* cit., 10.

83 Direttiva 23 marzo 2023 avente per oggetto "*Pianificazione della formazione e sviluppo delle competenze funzionali alla transizione digitale, ecologica e amministrativa promosse dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*".

della corruzione in quanto consente trasparenza, tracciabilità, partecipazione, controllo di tutte le attività, in modo da assicurare il rispetto della legalità[84].

L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione[85] è oggi sottoposta a sistemi sempre più evoluti e tecnologici di controllo e disciplinamento finalizzati a garantire obbiettivi europei di mercato. La regolazione soft recepisce i dettami della sorveglianza digitale e dei grandi poteri privati e si impone all'attività conoscitiva della PA, annullandone lo spazio riservato al merito, perché già assorbito a monte nella scelta compiuta da chi sperimenta nuove forme di regolazione nelle politiche pubbliche, come il *nudge*, talora declinato nelle tecniche della *gamification* e del *social scoring*[86].

5. I principi, l'assolutizzazione dei valori e l'informatizzazione

Ed ecco il paradosso: da un lato irresponsabilità contabile per colpa, dall'altro la drastica riduzione della scelta di merito del dipendente pubblico.

Ogni valore è sempre espressione di qualcosa che è funzionale al valere di interessi specifici (soggettivamente identificati da poteri che trascendono il contesto nazionale) e si traduce nella legittimazione di un interesse particolare attraver-

84 Si cfr. anche la comunicazione della Commissione europea del 30 settembre 2020, "Un nuovo SER per la ricerca e l'innovazione" (COM(2020) 628, che definisce una strategia per rilanciare lo spazio europeo della ricerca (SER) e declina l'eccellenza in principio e obbiettivo richiamandone la nozione tecno-burocratica mutuata dal management ma senza fornire alcun contenuto specifico.

85 Ormai non più riconducibile a quanto delineato nel noto lavoro di F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 2018.

86 G. Tropea - A. Giannelli, *Anticorruzione e regimi di veridificazione. Una traccia*, cit., 173. Come rilevato da M. Foucault, siamo di fronte alla necessità di una "visibilità incessante, una classificazione permanente degli individui, una gerarchizzazione, una qualificazione, la creazione di limiti, la formulazione di diagnosi. La norma diventa il criterio di suddivisione degli individui". M. Foucault, *Dits et éctits III.* Paris: Gallimard. Trad.it., 1976, 130; M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, If press, Roma, 2018, 349-350; Annuario AIPDA 2019, *Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*, Napoli, 2020; L. Lo Sapio, *Biomoral enhancement: definizioni e problemi aperti,* in Etiche, 2019, 109: l'uomo è homo fallax, ontologicamente "sbagliato", difettoso, irrazionale, non sa scegliere senza farsi influenzare e per questa va "aiutato" (nudge), "educato" (boost) o "potenziato" (moral enhacement). Mai si prende in considerazione l'idea che la norma sia invece il risultato di una costruzione sociale, da interpretare nel suo significato simbolico, che assegni (controllati/controllori, governanti/governati, devianti/non devianti) e stabilisca confini (normale/a-normale, benessere/malessere, morale/immorale). Sul tema cfr. anche R. Bin, *Legge e amministrazione*, in *Le Regioni*, 1, 2023, 11; Aa.Vv, *All'indice. Critica della cultura della valutazione*, in *Aut Aut* , cit..

so il richiamo ad un fattore di verità universale[87].

Attraverso l'efficienza l'amministrazione deve raggiungere tale risultato con il minor dispendio di risorse.

Se il risultato dell'attività amministrativa è un elemento che dev'essere considerato ai fini della legittimità dell'attività amministrativa in sé, evidentemente si tratta di un elemento che non fa parte del merito ma fa parte della legittimità[88]. Scientismo e decisione algoritmica riducono la discrezionalità, l'efficienza elimina il merito, non vi è più nulla di insindacabile, a valle tutto può esser misurato[89].

L'insindacabilità resta a monte.

In questo senso, "l'assiomatica nozione tecnica di efficienza, oggi tanto in voga, altro non è che una declinazione, e nemmeno l'unica, della più tradizionale e sostanziale idea di funzionalità che, a seconda del contesto storico, talvolta si nasconde dietro lo schermo della legalità, talaltra si ammanta del paradigma della produttività, in altra ancora si riduce alla stretta economicità. (...) l'idea della efficienza come adeguatezza e funzionalità è la chiave di lettura per percepirne il processo di giuridificazione registrabile nel corso tempo e rispondente, seppur con diverse accentuazioni, al quadro costituzionale vigente"[90].

Ciò che prima era valutazione non giuridica (merito), volta a orientare l'amministrazione chiamata a scegliere tra diverse modalità di soddisfacimento dell'interesse pubblico, tutte astrattamente possibili, ragionevoli e legittime, ades-

---

87 "Dopo il legalismo manageriale che ha costituito la degenerazione dell'amministrazione di risultato il primato dell'economicità reca in dono il legalismo dell'efficienza inteso come supino rispetto del- le norme che comportano risparmio e permettono la compressione del debito pubblico. Per il funzionario l'importante è non sforare i limiti legali di spesa e non tanto fornire un servizio o esercitare una funzione", R. Ursi, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione,* in B. Marchetti, M. Renna (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana - Studi - La giuridificazione*, Firenze, 468.

88 C.E. Gallo, *Conclusioni: presupposti e limiti all'ampliamento del sindacato giurisdizionale,* in *Il nuovo merito amministrativo* (a cura di S. Foà), cit. 313 ss.

89 A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di merito*, in *Dir. amm.*, 2008, 532-533: «il concetto di "merito" appare sempre più spesso oscuro e di difficile decifrazione: tanto da far sostenere che esso è ormai scomparso, appunto perché integralmente assorbito dalla legittimità». Sull'invasione del merito da parte dei principi di proporzionalità e buon andamento, cfr. V. Fanti, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi e processo amministrativo*, Torino, 2012, 142-143; P.M. Vipiana, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 371.

90 Così R. Ursi, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione,* cit. 447.

so è attratta, con la giuridificazione dell'efficienza, nella sfera di legittimità [91].

L'attrazione del settore pubblico nella cultura aziendalistica (Riforma Brunetta e Riforma Madia) ha comportato il collegamento del merito ai risultati ottenuti in base ad obiettivi posti *ex ante* con indicatori di *output* e l'avvento dei diritti finanziariamente condizionati[92].

La tutela dei diritti, e delle situazioni soggettive in generale, non è più concepita come strumento al servizio del soggetto (creazione di ambiti per lo sviluppo della sua personalità e l'esercizio della sua autonomia) ma come funzionale alla massimizzazione del benessere complessivo. I diritti devono essere assegnati a chi ne determina a priori un valore assoluto che risponde all'uso migliore, e tutta l'articolazione della protezione è pensata come dipendente da questa finalità, e non dall'importanza che il singolo diritto riveste per la persona del titolare[93].

Ecco che la tutela soggettiva è spesso sacrificata ad obiettivi di efficienza (valore assoluto) mentre ingegnerizzazione delle procedure e divisione del lavoro sono il parametro di valutazione dell'efficienza[94].

6. *Lex mercatoria* e privatizzazione della PA (del potere pubblico)

Il dibattito sulla *lex mercatoria*, come è stato osservato, ha per oggetto un tema che porta a interrogarsi sul potere, sul modo di condividerlo e su come esercitarlo[95].

---

91 S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna 1983, 80: "in passato, la pubblica amministrazione aveva un solo *input*, la legge, mentre oggi "non si chiede solo che la condotta amministrativa sia legittima, ma anche che essa sia adeguata al raggiungimento del risultato finale", predeterminato e assolutizzato. Dovrà "recedere la giurisprudenza per la quale il giudice non può sostituire alla ragionevole soluzione di merito prescelta dall'amministrazione una soluzione altrettanto ragionevole" F. Pugliese, *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole, nuova responsabilità*, Napoli, 2013, II ed., 31.

92 F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 28.

93 F. Denozza, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. Rispoli Farina, A. Sciarrone Alibrandi, E. Tonelli (a cura di), *Regole e mercato*, II, Torino, 2017, XXXIV; Si veda anche F. Denozza, *Le situazioni soggettive nelle concezioni strumentali del diritto: un'incursione teorica tra Jhering e l'Economic Analysis of Law*, in *Notizie di Politeia*, 2016, 1128.

94 F.W. Taylor, *L'organizzazione scientifica del lavoro*, (a cura di) A. Fabris, Etas, Milano, 1967, 82.

95 Così A.M. Luciani, *La nuova lex mercatoria*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021, 242 e 243.

La consacrazione di un potere economico dotato di regole economiche indubbiamente limita lo spazio delle decisioni politiche minando la democrazia[96].

Le amministrazioni non sono immuni a queste trasformazioni e, esattamente come la politica, perdono potere discrezionale per essere attratte nella *lex mercatoria* attraverso privatizzazione e semplificazione.

L'Amministrazione diviene un "problema" o "disvalore", la causa dello squilibrio dei bilanci e della insostenibilità del debito pubblico, un soggetto da "controllare". Al legislatore è imposto di "costruire" una pubblica amministrazione che sia in condizione di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico, a nulla rilevando che i pubblici uffici siano organizzati in modo da assicurare buon andamento e imparzialità (art. 97 Cost.) [97].

Il risultato è la necessaria riduzione della sfera pubblica e la conseguente rimessione ai privati dei compiti tradizionalmente affidati ai pubblici poteri, nella convinzione che società e mercato possano costituire valida alternativa per la realizzazione degli interessi pubblici[98], anzi provvedere meglio allo sviluppo della persona umana[99].

L'imposizione di una differente lettura del Testo costituzionale potrebbe addirittura enfatizzare l'interpretazione del principio del buon andamento in un'ottica strettamente aziendalistica di massimizzazione del profitto e limitazione dei costi, giungendo così a legittimare l'introduzione a livello costituzionale di un limite alla pubblicizzazione degli interessi[100].

---

96 Si esprime in termini di tensioni tra potere monetario, esercitato dalla Banca centrale europea con totale indipendenza, e principio democratico, nella sua articolazione rappresentativa, A. Conzutti, *Il governo della moneta nella prospettiva del diritto costituzionale*, Torino, 2024; L. Buffoni, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso 'decisivo'*, in *Rivistaaic.it*, n. 2/2016, 1 ss.

97 M. Trimarchi, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari,* cit.

98 Cfr. M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, 195 ss.

99 L'ormai radicato connubio tra democrazia, mercato e welfare in un'Europa molto attenta alla dimensione economicistica e molto poco sensibile a quella politico-sociale., ha imposto e reso legittimo il bilanciamento tra diritti (compresi i diritti sociali) e perseguimento dell'equilibrio finanziario. Le leggi dell'economia s'impongono su ogni scelta politica e principi e diritti, sociali in particolare sono "ormai abbandonati, sacrificati sull'altare dello sviluppo economico e della crescita senza umanità", G. Azzariti, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, cit., 7.

100 Sulle forme di disciplinamento per garantire l'efficienza, seppure con il limite costituzionale della tutela all'integrità psichica, autonomia e pieno sviluppo della persona, cfr. L. De Lucia, *Governare con le scienze umane. Diritto amministrativo e persone*, cit.

Se le risorse sono limitate, la distribuzione delle risorse necessaria a garantire diritti e libertà fondamentali è necessariamente rimessa ad una scelta politica (o globale), con drastica riduzione e rivisitazione degli interessi pubblici, poiché anche questi andranno determinati secondo logiche e pressioni di mercato.

L'estensione del regime di diritto privato alle amministrazioni, giustificato dall'esigenza di maggiore efficienza, in realtà non ha fatto altro che accrescere la burocratizzazione amministrativa[101].

Il risultato attuale è quello di un'amministrazione che ha spalancato le porte all'intelligenza artificiale, ha ridotto l'organico e si ritrova continuamente impegnata a svolgere riunioni, redigere verbali, compilazioni, relazioni, piani ...[102] Sotto ogni profilo si sta investendo in previsioni normative che si traducono in continui adempimenti formali, il cui unico fine sembra quello di giustificare attività di controllo di amministrazione e cittadini[103].

---

101 Sul collegamento tra prestazione amministrativa valutata in un'ottica aziendalistica e aumento della burocratizzazione, cfr. già F. Salvia, *La buona amministrazione ed i suoi miti*, in *Dir. e società*, 2005, 560: "essa potrebbe riprodurre paradossalmente comportamenti di stampo burocratico a catena, del tutto simili a quelli della vecchia amministrazione basata sul culto della forma". G. Tropea, *Anticorruzione e regimi di veridificazione. Una traccia*, cit., 169, si esprime in questi termini: "Marco Cammelli ha accostato il rapporto tra riformatori e amministrazione da riformare a quello tra medici e malati indicato da Georges Canguilhem, maestro di Foucault: «i medici vogliono curare, i malati vogliono guarire». Ecco un'ottima sintesi di come i sistemi di veridificazione relativi alle riforme amministrative degli ultimi anni, ispirati anche da politiche di anticorruzione e trasparenza, siano progressivamente divenuti una struttura profonda di sapere/potere spesso autoreferenziale, banalizzando l'amministrazione pubblica. L'espansione delle tecnologie valutative come modalità disciplinari che poggiano sul fatto che più l'individuo calcolatore è considerato libero di scegliere, più deve essere sorvegliato e valutato. La valutazione diviene «tecnologia totale di governo»: un nuovo «campo di cognizione, calcolo, sperimentazione e valutazione», «agile plastico e avvolgente, che investe e attraversa per intero i soggetti, «conducendoli a condursi» in modo conforme all'ambiente costruito, o meglio a re-agire autonomamente in modo conforme a ciò che l'ambiente si aspetta da loro».

102 Da Monsù Travet a oggi "ogni mattina con puntualità inderogabile lasciava la sua abitazione piccolo-borghese del centro e si recava al ministero. Qui calzava le mezze maniche simbolo della sua condizione impiegatizia e si accingeva alle occupazioni tipiche del suo status: protocollare, copiare, archiviare, redigere minute, aggiornare registri, vistare, spedire atti, verificare, controllare, elencare, riscontrare, relazionare", G. Melis, *La burocrazia. Da monsù Travet alla riforma del Titolo V: vizi e virtù della burocrazia italiana*. Bologna, 2003, 11.

103 Il rigido e complesso sistema dei controlli sull'operato di un'amministrazione, sotto diversi profili equiparata ad una azienda privata e valutata attraverso logiche strettamente economiche, non pare aver prodotto i risultati sperati in termini di godimento dei diritti e qualità della vita.

E se il disciplinamento può servire a garantire l'interesse pubblico, sistematici dispositivi di controllo e di valutazione garantiscono che anche i c.d. "liberi pensatori" si conformino a ciò che l'ambiente si aspetta da loro[104].

Un'amministrazione che si identifica nell'accezione industriale e manageriale, dove efficienza è sinonimo di produttività[105], trasforma il cittadino in utente e consumatore[106]. L'efficienza non ti dice dove andare, solo che devi arrivarci con il minimo sforzo possibile e conformarti alle aspettative che il sistema ha stabilito[107].

7. Potere di mercato e governo dell'emergenza, uno strano connubio dove il welfare si adegua alla paura

Se l'influsso egemonico dello spirito sotteso allo *european competition law*, ha imposto di immaginare che tra utilità sociale e concorrenza ci potesse essere un bilanciamento, come se fossero entrambi principi di uguale rango costituzionale e perciò bisognosi di convivere in modo paritario ed equilibrato, da molti anni il nostro sistema giuridico si caratterizza anche per una disciplina *ad hoc* che introduce regimi particolari, comprime la possibilità di critica giurisdizionale e deroga alle norme ordinarie. "Lo stato di emergenza in cui viviamo è la regola"[108].

La progressiva "normalizzazione dell'emergenza" ha profondamente caratterizzato le pubbliche amministrazioni e la disciplina che le riguarda[109]: la sempli-

104 La razionalità limitata appartiene sia all'individuo sia al decisore (soggetto spesso non identificabile pubblico o privato).

105 L'amministrazione e i soggetti pubblici in generale abbracciano il *performance management* e la persona è identificata nella categoria dei "consumatori e utenti"; affermare che il titolare di diritti e libertà fondamentali non è più la persona, bensì il consumatore/utente (significativo il cambiamento nei servizi pubblici poi liberalizzati) è la più chiara affermazione del primato del mercato divenuto elemento principe per l'analisi e l'organizzazione sociale.

106 Essere efficiente significa intraprendere la strada più corta, con i mezzi meno cari, per il raggiungimento degli obiettivi desiderati, H. Simon, *Il comportamento amministrativo*, trad. it. di S. Cimmino, Bologna, 2001. Così, per esempio, un ospedale è efficiente se sono ridotti i tempi di attesa (nulla rileva se poi la diagnosi è errata o se si è costretti a una nuova visita in pronto soccorso); una università è efficiente se ha un numero di laureati in corso molto elevato (a nulla rileva la preparazione effettiva degli stessi).

107 A.B. Wildavsky, *Speaking truth to power* (XII ed.), Little, Brown & Company, New Brunswick, 131: l'efficienza «does not tell you where you go, only that you should arrive there with the least possible effort».

108 Così L. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio*, Rubbettino editore, 2022, 30.

109 F. Merloni, *Diritti e amministrazioni nell'austerità liberista. Storia di un abbandono,* Napoli, 2025.

ficazione e l'ampio utilizzo dei silenzi procedimentali, la riforma del Codice dei contratti pubblici e il ricorso agli affidamenti diretti, lo scudo erariale ma anche molteplici commissariamenti che si sono susseguiti e un controllo sempre più stringente da parte degli organi di Governo[110].

Proprio attraverso l'emergenza il diritto può essere sospeso, si introducono nuove fonti finalizzate a garantire l'esistenza del popolo. Il clima di paura che ne consegue giustifica ampia prevenzione e con il ridimensionamento di diritti e libertà fondamentali dinnanzi all'imminente pericolo ecco che il welfare può abbandonare le politiche sociali per concentrarsi sulle politiche di sicurezza e controllo che diventano precondizione per lo sviluppo sociale ed economico.

Come già evidenziato, pandemia e crisi economica hanno giustificato limitazioni di diritti e libertà e irresponsabilità amministrativa[111], mentre le attuali scene di violenza urbana concentrano il dibattito politico per mutare gli obiettivi che il welfare deve proporsi, ampliandolo o riconducendolo a strumento per creare disincentivi alla scelta di delinquere.

La crisi del sistema di Welfare State e il minor interventismo economico richiedono più Stato poliziesco; diventa un obiettivo prioritario anche per le politiche di welfare interessarsi alla creazione delle condizioni per un corretto sviluppo economico e sociale, collaborando con gli altri soggetti coinvolti nella lotta alla criminalità, imponendo azioni e interventi che puntino ad aumentare la coesione e la sicurezza degli individui e del territorio[112].

---

110 In materia universitaria sono estremamente significative le disposizioni normative sulla riforma Anvur, approvata in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 5 novembre 2025, dove il Consiglio direttivo passa da 7 a 5 membri, e il Presidente è nominato dal Ministro e la proposta di riforma della governance universitaria volta ad accentrare i poteri decisionali su rettori e ministero, riducendo le rappresentanze interne nei Consigli di Amministrazione (CdA) per un maggiore controllo governativo sui fondi.

111 L. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio*, cit., *passim*.

112 L. Perfetti, *C'è uno Stato parallelo in grado di condizionare i governi. Da Peter Thiel al tecnocapitalismo,* cit.: "Il compito pubblico essenziale, quindi, è quello della garanzia della sicurezza, all'interno e all'esterno dei confini statali. Con il risultato di generare conflitti – militari o economici (basterebbe evocare le politiche doganali) o più spesso entrambi (militari con funzione economica) – verso altre nazioni. Oppure, nei confronti della società, repressivi, polizieschi e spionistici per colpire il dissenso interno, mantenere lo stato di diseguaglianza, reprimere migranti e fasce di popolazione travolte dalle disparità nei confronti della cui emarginazione (e disperazione) si dovrebbe agire con il controllo militare o poliziesco in funzione di garanzia della sicurezza e non in termini di sviluppo ed emancipazione".

Ecco che la paura comporta richiesta di diritto alla sicurezza e la conseguente crescita delle risorse destinate alle funzioni di mantenimento dell'ordine pubblico. Il vuoto del potere politico nel governo dell'economia è colmato dal subentro dello Stato penale[113].

Sembra, però, sfuggano i reati e i pericoli più gravi, che derivano da forme elevate di corruzione spesso protratte da persone influenti e benestanti, capaci di influire su meccanismi politici ed economici. Ci si concentra su controllo e indottrinamento della popolazione nella volontà di educare a capire cosa è bene e cosa è male, cosa è giusto e cosa è ingiusto[114].

Una completa emancipazione dell'uomo può avvenire solo attraverso l'eliminazione delle cause che creano dipendenza culturale, politica ed economica dai centri di potere clientelari e illegali, situazione incompatibile con il massiccio impiego di sorveglianza e controllo e con forme diffuse di "servitù volontaria"[115].

L'indebolimento da parte degli Stati della loro capacità di intervento sociale e la perdita di molte delle prerogative della sovranità politica hanno lasciato piena espansione a globalizzazione e mercato, fattori che, come visto, hanno comportato l'espansione del controllo sociale[116].

Assistiamo alla "resa" del sistema democratico rappresentativo a una serie di ideologie forti e, in particolare, su quella neoliberale dell'effettività[117].

Il soggetto è sollecitato e incentivato, deve essere indotto a comportarsi da imprenditore di se stesso e, quindi, a investire e a competere con gli altri secondo regole molto precise, atte a far sì che la competizione si traduca in una continua massimizzazione degli sforzi e, in definitiva, dell'accumulazione, fino al livella-

---

113 Cfr. G. Tropea, *Storie di abbandoni e di dogmi da superare. A proposito di due libri recenti*, in *www.costituzionalismo.it,* n. 3/2025. cfr. anche bibliografia in nota

114 Nella nuova governance economica il diritto perde il proprio ruolo tradizionale di scienza autonoma per funzionalizzarsi allo *status* dell'efficacia del mercato, ossia alla logica del profitto e dell'efficienza. Il compito del pastore (Commissione europea) è quello di attuare un sistema di continua sorveglianza su chi può farsi male (Stato). "La pecora che dà scandali, la pecora corrotta che rischia di corrompere tutto il gregge, deve essere abbandonata, eventualmente esclusa". M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione*, Milano, 2004, 102 e 128.

115 É. De La Boétie, *La servitù volontaria,* cit.

116 M. Mosca, Welfare e contrasto alla criminalità, in "La fine è l'inizio", a cura di M. Musella, 2011, Torino, 2011, 347 ss.

117 G. Tropea, *Storie di abbandoni e di dogmi da superare,* cit.

mento globale[118] e alla legittimazione dello Stato di polizia[119].

La società deve essere organizzata per permettere al mercato di funzionare secondo le proprie leggi[120], nelle fonti del diritto si impone la *lex mercatoria*, scardinando il principio gerarchico, grazie al primato riconosciuto alla normativa europea ma anche a *soft law* e *nudge*.

Nello stesso tempo il potere si accentra presso i governi centrali, mentre quelli locali, che sono tradizionalmente votati alla cura dei diritti sociali, perdono autonomia finanziaria[121].

Resta così da chiedersi se l'emergenza, idonea a limitare diritti e libertà per garantire la salvaguardia del popolo, climatica, pandemica, militare, crisi economica, sicurezza, può giustificare forme di disciplinamento collettivo al fine di normalizzare comportamenti individuali e consentire il raggiungimento dell'obbiettivo sotteso alla manifestazione dell'emergenza[122].

8. Vita economica, sociale, politica e amministrativa trasferite nella dimensione virtuale

Se il merito è criterio di percezione dell'utilità e della bontà del provvedimento rispetto al fatto, ne discende che l'abilità nella comprensione della singola fattispecie è momento dirimente del delicato procedimento che porta all'applicazione di una disposizione normativa al caso concreto.

Quando, però, il significato dell'agire pubblico cambia e l'attenzione è rivolta unicamente alla corretta ed efficiente rendicontazione, dove il fine è di contenere e razionalizzare la spesa pubblica, allora certamente le abilità necessarie

---

118 C.d. *governmentality* neoliberale, F. Denozza, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. Rispoli Farina, A. Sciarrone Alibrandi, E. Tonelli (a cura di), *Regole e mercato*, II, Torino, 2017, XXIX ss. precisa altresì che l'ordine viene oggi imposto molto più per ottenere quello che possiamo chiamare livellamento del campo da gioco, che non per raggiungere equilibri giusti o comunque apprezzabili

119 Sostengono lo stretto legame tra politiche neoliberali (sponsorizzate dalla globalizzazione) e il diffondersi delle politiche "sicuritarie" Z. Bauman, *Globalization. The Human Consequences*, Columbia Univ. Press, 1998; L. Wacquant, *Les prisons de la misère, Raisons d'Agir*, Parigi, 1999, trad. it., *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Feltrinelli, Milano 2000.

120 K. Polanyi, tr. It. *The Great Transformation*, Torino, Einaudi, 1974.

121 G. Tropea, *Storie di abbandoni e di dogmi da superare,* cit.

122 Su *nudge* e forme di disciplinamento, fino al principio della delicatezza amministrativa cfr. L. De Lucia, *Governare con le scienze umane. Diritto amministrativo e persone*, Roma, 2025.

cambiano.

Sensibilità, professionalità, esperienza, empatia ma anche competenza possono lasciare il passo alle macchine dove semplificazione, snellimento e risultato sono più facilmente garantiti e predeterminati a priori in base alle regole di efficienza di mercato[123].

Il potere riconosciuto alla scienza, che diviene fondamento per guidare tutta la conoscenza, non risparmia la scelta politica e giuridica, consentendo il passaggio dal merito alla verità presupposta[124]. E quando lo scientismo passa da teoria ad applicazione tecnica ecco che spalanca le porte alla tecnologia.

Il rischio è l'abbandono del mondo reale per il parallelo mondo virtuale, tecnologico, dimenticando i caratteri della civiltà, le peculiarità della tradizione, le complessità e imprevedibilità del pensiero.

Ecco, quindi, che si può tranquillamente affermare che, quando il dipendente pubblico agisce sulla base di conoscenza certa (scientismo – verità presupposta), non può che compiere un'azione buona[125] e, attraverso la scienza, la deci-

---

123 F. Conte, *Il ruolo del principio di risultato e della digitalizzazione nel processo di riforma nella pubblica amministrazione*, in *Amministrativ@mente*, 2024, 3, 1302 ss.; in particolare, le elaborazioni dottrinali successive hanno cercato di delineare i contorni dell'«amministrazione performance oriented», muovendo da prospettive differenti: vi è chi ha sostenuto che essa debba essere ricondotta al principio costituzionale di buon andamento, inteso come criterio programmatorio volto a vincolare l'amministrazione all'osservanza dei canoni di efficienza, efficacia ed economicità; vi è chi ne ha ridimensionato la portata, limitandola alla sola esigenza di misurare e valutare gli esiti dell'azione amministrativa; vi è chi, al contrario, ha individuato nell'orientamento ai risultati il presupposto per ridefinire il rapporto tra politica e amministrazione, enfatizzando la responsabilità dei funzionari e dei dirigenti non solo per la legittimità formale degli atti, ma anche per la capacità di conseguire gli obiettivi loro assegnati; e, infine, vi è chi ha visto nella categoria lo strumento per adattare contenuti e modalità dell'azione pubblica alle esigenze differenziate delle comunità e dei contesti territoriali. Non meno variegato è stato l'apporto della giurisprudenza amministrativa e contabile, la quale, pur avendo più volte fatto ricorso al parametro del risultato come criterio valutativo dell'azione pubblica, non è tuttavia approdata a una elaborazione compiuta e unitaria della nozione, mantenendo un'oscillazione costante tra l'assimilazione al principio di buon andamento e la prospettiva di una sua autonoma configurazione concettuale. Ciò anche perché permaneva diffuso il timore che un'eccessiva enfasi sul risultato potesse incrinare il principio di legalità, giacché nella tradizione amministrativa italiana la legittimità dell'atto è stata a lungo considerata l'unico parametro idoneo a misurare la correttezza dell'azione dei pubblici poteri.

124 Proprio la gestione della recente pandemia covid è stato un esempio significativo di attenuazione del principio di legalità dell'azione amministrativa a favore della "riserva di scienza" e imposizione di valori.

125 E.M. Distefano, *La scienza dice la verità al potere?*, in *Jus*, 2002, 396: "si è giunti ad un momento della storia dell'uomo in cui sembra che la scienza e la tecnica sovrastino l'uomo stesso, lo precedono e lo sorprendono svelando e mostrando sempre nuove problematiche

sione politica non può che massimizzare il pubblico interesse[126].

La scienza da possibilità di ricerca diviene fede nella quale riporre ogni domanda per averne risposte certe.

Si consente, così, il superamento delle annose questioni dottrinali sulla distinzione tra attività vincolata e discrezionale e tra quest'ultima e il merito. Alla domanda se esista l'attività vincolata, si fornisce la risposta per cui, dinnanzi alla certezza, ogni decisione è vincolata (se A, allora B)[127].

Il principio di legalità, perde la funzione di guida tra attribuzione del potere e concreto esercizio della scelta amministrativa, la fonte normativa è sostituita da decisione per principi, predeterminazione e assolutizzazione dei valori[128].

Il merito, tradizionalmente situato nello spazio tra diritto ed etica, quale collante tra regole *extra-legem* e norme giuridiche dell'agire amministrativo, è assorbito dai valori che, a monte, plasmano il sistema culturale, le credenze e le scelte di natura morale, predeterminando cosa sia meritevole di cura[129].

---

spesso inaspettate".

126 A. Zito, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove autonomie.*, 2022, 93.

127 L. Perfetti, *op. cit.*, condivisibilmente spiega che l'accertamento del fatto (apparentemente vincolato) deve sempre essere il frutto di un suo apprezzamento in relazione alla misura amministrativa che dovrà essere applicata.

128 Già C. Mortati, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato dir.*, 1941, 132, aveva osservato che la fuga dell'ordinamento giuridico verso le clausole generali rappresenta una minaccia per il diritto e per lo Stato.

129 Sottolinea la permanenza della distinzione tra legittimità e merito, ritenendo che il risultato imposto non sia tale da assorbire completamente la scelta di merito, G. Montedoro, *Il problema del merito amministrativo ed il principio di risultato emergente dal nuovo codice dei contratti pubblici*, in (a cura di) S. Foà, *Il nuovo merito amministrativo*, cit., 61 ss. Secondo l'A., un'attenta lettura della recente giurisprudenza amministrativa ricorda che il risultato e il merito amministrativo sono nozioni distinte, ed ammonisce il giudice a non sovrapporle in sede di cognizione e di decisione. Il principio del risultato si lega al buon andamento amministrativo e consente di arricchire il sindacato di legittimità per eccesso di potere con riguardo alla valorizzazione dello scopo dell'azione amministrativa quale canonizzato nelle norme o concretizzato nel provvedimento o nel contratto, laddove il merito è il terreno della scelta opinabile nella quale il sindacato del giudice non deve entrare. Secondo questa distinzione, il risultato ascritto qualche volta al merito amministrativo inteso in senso ampio (e conforme ad un'impostazione autoritaria dello Stato, come negli studi di Amorth) ora è estrapolato dal merito amministrativo e diviene un parametro di controllo della legittimità dell'azione amministrativa, identificandosi con lo scopo sostanziale dell'atto o del contratto. L'aver previsto il principio di risultato nel codice dei contratti non impedisce affatto di ritenere che residui uno spazio di insindacabilità giurisdizionale delle scelte amministrative, ciò essendo coessenziale al principio di separazione dei poteri.

Prende il sopravvento l'amministrazione di risultato che acquista rinnovata centralità con l'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), dove tale principio è assunto a criterio ordinatore delle dinamiche procedimentali e organizzative[130].

La nuova *governance* pubblica trova nella realizzazione dei risultati dell'amministrazione il parametro sostanziale di legittimazione dell'azione pubblica[131]; un modello la cui effettività è garantita dall'osservanza di regole di matrice europea, sempre più stringenti, che impongono il rispetto dell'equilibrio di bilancio, la piena trasparenza dei processi decisionali e la sostenibilità del debito pubblico[132]. Come la storia ci insegna, anche i regimi più oppressivi possono essere "efficienti" nel perseguire i propri obiettivi.

9. Concludendo

Il primo degli obiettivi che dovrebbe prefiggersi uno Stato democratico è il "pieno sviluppo della persona umana", diritto consacrato all'art. 3 della Costituzione, che garantisce persone sovrane, libere e autonome, capaci di autogoverno sia nella dimensione pubblica sia nella dimensione privata, senza alcuna interferenza da forme di paternalismo che non trovano espressione nella *hard law* e nell'esplicarsi della democrazia rappresentativa[133].

---

130 F. Conte, *Il ruolo del principio di risultato e della digitalizzazione nel processo di riforma nella pubblica amministrazione*, in *Amministrativ@mente*, cit.

131 Così L. Giani, *Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, 307-331.

132 L'attuazione delle riforme previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha imposto un approccio unitario alla misurazione e valutazione della performance, fondato sul principio della competenza economica e orientato a valorizzare la dimensione patrimoniale come indicatore imprescindibile della salute organizzativa, proiettando la gestione pubblica verso un modello più vicino al «controllo manageriale complessivo d'azienda» e di restituirne una rappresentazione più attendibile non solo in relazione all'equilibrio immediato dei conti, ma anche alla loro sostenibilità futura. Così F. Conte, *Oltre la burocrazia: il nuovo paradigma della performance pubblica*, in *PA persona e amministrazione*, 1/2025. Sempre più frequentemente le disposizioni legislative prevedono che le amministrazioni adottino decisioni sulla base di studi d'impatto o altre forme di valutazioni che consentano, in via preventiva, di misurarne l'effettività Il tema è ampiamente trattato da M. D'Alberti, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, 2011.

133 M. Franzini, *Il paternalismo liberale, i nudge e la politica economica*, in *jstore.org*, n. 79, 2014.

L'amministrazione e il potere pubblico dovrebbero essere funzionali al soddisfacimento dei diritti e libertà fondamentali da parte della persona umana e, in tale prospettiva, dovrebbe essere individuato l'interesse pubblico[134].

Il merito, quindi, non consiste nel mero conformarsi a una norma esterna prefissata (sempre più spesso imposta da meccanismi che esulano dalle procedure formali tipiche delle istituzioni costituzionali) riducendo la funzione amministrativa a specchio che riflette un principio esterno, qualunque esso sia.

L'attività amministrativa, attraverso la scelta di merito è chiamata a esercitare uno sforzo continuo, volontà e costanza nel raggiungere una finalità individuata concretamente e con senso di responsabilità. Si tratta di "interiorizzare criticamente la norma, passandola al vaglio di principi etici di ordine superiore che si radicano nel concetto del libero volere e nel vivo senso di responsabilità della persona" quale agente etico[135].

L'alternativa è quella di essere mere "macchine protocollari", che agiscono come ingranaggi senza porsi domande e a cui non è dato migliorarsi[136].

Con tale seconda opzione si raggiunge l'obbiettivo di standardizzazione dei comportamenti, dove il sapere è assorbito dalla macchina e i soggetti sono privati di ogni capacità di discernimento e giudizio e, quindi, di responsabilità.

Alla "disindividualizzazione" si accompagna l'oggettività dei saperi (scientismo e tecno-potere) che prelude al governo per risultati, dove il fine pubblico perseguito è difficile da cogliere e criticare, perde la visibilità politica e si giustifica con l'efficienza.

La fattispecie concreta non ha più alcuna rilevanza, poiché il fine è predeterminato sulla base di una realtà antecedente, affidabile e oggettiva[137].

La persona cede la propria sovranità, i propri diritti e libertà fondamentali. Pare davvero "un'immane sventura essere soggetti a un signore della cui bontà

---

134 L. Perfetti, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2023, 45 ss.

135 G. Cuozzo, *I concetti giuridici indeterminati. Volto e repraesentatio tra arte, filosofia e diritto*, in *Il nuovo merito amministrativo* cit., 17 e 18

136 G. Cuozzo, *I concetti giuridici indeterminati. Volto e repraesentatio,* cit, 18.

137 Si fatica a riconoscere cosa si intenda con "civiltà occidentale" una volta che la si sia amputata di diritti, eguaglianza, Stato-di-diritto, libertà, così L. Perfetti, *Lo Stato parallelo*, op. cit., 745.

non si può avere mai certezza e che ogni volta che lo vorrà potrà mostrarsi malvagio" e restare impunito[138].

Il merito politico è inglobato nell'arbitrio del tecno-potere e si traveste da regola di mercato pervasa da morale ed etica, conducendo a scelte politicamente corrette.

138 É. De La Boétie, *La servitù volontaria*, opuscoli provvisori, in *www.edizionianarchismo.net.*

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Fabio G. Angelini
Professore associato di Diritto amministrativo e pubblico
Facoltà di Economia e Diritto, UniNettuno Università di Roma
fabiogiuseppe.angelini@uninettunouniversity.net

Il servizio di *cold ironing* tra concessione portuale e regolazione del settore elettrico

The cold ironing service between port concession and electricity sector regulation

Sintesi

Il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 22 gennaio 2026, n. 10, attuativo dell'art. 34-bis del d.l. n. 162/2019, sembra aver configurato il *cold ironing* come servizio di interesse economico generale che le AdSP sono tenute ad affidare in concessione a un gestore cui dovrebbe competere tanto la disponibilità dell'infrastruttura quanto la vendita dell'energia alle navi. Il contributo sottopone tale assetto a una duplice verifica di compatibilità: con la disciplina europea dei servizi portuali, che riconduce l'alimentazione elettrica da terra alla nozione di *bunkering* e ne assoggetta l'affidamento agli artt. 6 e 12 del regolamento (UE) 2017/352; e con la regolazione del mercato elettrico, con particolare riferimento al principio di libero accesso al sistema elettrico previsto dalla legislazione e dalla giurisprudenza eurounitaria. L'analisi evidenzia come la decarbonizzazione dei porti si riveli, prima ancora che un problema di infrastrutture, un problema di *market design*. La qualificazione del servizio di *cold ironing* come SIEG, laddove includa nel suo perimetro anche l'attività di fornitura dell'energia elettrica e non solo la gestione dell'infrastruttura, non pare infatti soddisfare i limiti posti dal legislatore e dalla giurisprudenza europea. L'analisi proposta evidenzia perciò alcune criticità della qualificazione e della perimetrazione del servizio di *cold ironing* come prevista dal d.m. 22 gennaio 2026, n. 10, suggerendo un suo inquadramento, piuttosto che secondo lo schema della concessione di servizi, alla stregua di un rapporto concessorio avente ad oggetto un bene demaniale sottoposto a duplice regolazione: l'una diretta a conformarne l'uso al pubblico uso del porto, l'altra a garantirne l'accesso agli operatori del mercato dell'energia.

Abstract

Ministerial Decree No. 10 of 22 January 2026, adopted by the Minister for Infrastructure and Transport to implement Article 34-bis of Decree-Law No. 162 of 2019, frames cold ironing as a service of general economic interest, to be awarded by concession to an operator responsible both for making the infrastructure available and for selling electricity to ships. This article tests that arrangement against two distinct legal frameworks. The first is the EU regime on port services, which brings shore-side electricity within the notion of bunkering and subjects its award to Articles 6 and 12 of Regulation (EU) 2017/352. The second is electricity market regulation, and in particular the principle of free access to the electricity system as laid down in EU legislation and developed by the case law of the Court of Justice. The analysis shows that port decarbonisation is, before being a question of infrastructure, a question of market design. Where its scope is taken to extend to the supply of electricity as well, the qualification of cold ironing as a service of general economic interest does not appear to satisfy the limits set by the EU legislature and by European case law. The article identifies a number of critical features in the way the Decree of 22 January 2026 qualifies and delimits the cold ironing service, and accordingly proposes that the arrangement be construed not as a services concession but as a concession over public maritime property subject to a twofold regulation: one directed at aligning its use with the public use of the port, the other at securing access to it for operators in the energy market.

Parole chiave: *cold ironing*; concessione demaniale marittima; servizi di interesse economico generale; regolazione del mercato elettrico; infrastrutture essenziali.

Keywords: cold ironing; maritime State-property concession; services of general economic interest; electricity market regulation; essential facilities.

Indice: 1. Introduzione – 2. La prospettiva europea – 2.1. La decarbonizzazione dei porti come politica climatica: l'*Onshore Power Supply* da opzione volontaria a obbligo giuridico – 2.2. La fornitura di energia alle navi ormeggiate come servizio portuale ai sensi del regolamento (UE) 2017/352 – 2.3. Il principio di libero accesso al sistema elettrico nella legislazione dell'Unione e negli orientamenti della Corte di giustizia – 3. La prospettiva seguita dal legislatore italiano – 3.1. L'erogazione di energia elettrica alle navi ormeggiate come servizio di interesse economico generale *ex* art. 6, co. 4, lett. *c*), della l. n. 84/1994 – 3.2. Le modalità di affidamento della concessione ai sensi dell'art. 6, co. 10, l. n. 84/1994 e del d.m. 22 gennaio 2026, n. 10 – 3.3. La qualificazione del gestore come cliente finale e la sua compatibilità con la deliberazione ARERA 894/2017/R/eel – 4. Il perimetro del servizio e la struttura del rapporto concessorio – 4.1. Il perimetro del servizio di *cold ironing* nel d.m. 22 gennaio 2026, n. 10: il modello dell'«intermediario standard» – 4.2. La concessione demaniale marittima *ex* art. 36 cod. nav. come presupposto necessario dello svolgimento del

servizio – 4.3. La disciplina contrattuale del rapporto concessorio e l'equilibrio economico-finanziario – 4.4. L'inquadramento del servizio di *cold ironing* come concessione di servizi – 5. L'infrastruttura di *cold ironing* come *essential facility* quale presupposto per la creazione di un mercato dell'energia elettrica marittima coerente con la regolazione del settore elettrico – 5.1. Le infrastrutture di *cold ironing* e le reti elettriche portuali come *essential facilities* soggette all'obbligo di libero accesso al sistema elettrico – 5.2. La fornitura di energia elettrica alle navi ormeggiate in porto come attività distinta da quella del concessionario dell'infrastruttura di *cold ironing* – 5.3. La nave come cliente finale con libero accesso al sistema elettrico: *business model* alternativi per il servizio di *cold ironing* compatibili con la regolazione del settore elettrico – 5.3.1. Il modello «facilitatore» – 5.3.2. Il modello *extension-to-grid* – 6. Conclusioni

1. Introduzione

La transizione energetica del trasporto marittimo ha ricadute significative sulla funzione economica e giuridica dei porti, i quali non costituiscono più ormai soltanto luoghi di esercizio di attività amministrative e commerciali connesse alla navigazione e veri e propri nodi delle catene logistiche[1], ma tendono a porsi anche come infrastrutture terminali del sistema energetico, nelle quali si incontrano produzione, distribuzione e consumo di energia. Tale trasformazione è particolarmente evidente nel caso del *cold ironing* – ovvero, dell'*Onshore Power Supply* (OPS) – il sistema che consente alle navi ormeggiate di soddisfare il proprio fabbisogno elettrico mediante energia prelevata da terra, evitando l'impiego dei

1 In questo senso si v. S.M. Carbone, F. Munari, *I porti italiani e l'Europa. Un'analisi delle regole, della giurisprudenza e della prassi amministrativa per operatori pubblici e privati*, Milano, FrancoAngeli, 2019, 17-38; nonché, in chiave più ampia, E. Beretta, A. Delle Vacche, A. Migliardi, *Il sistema portuale italiano: un'indagine sui fattori di competitività e sviluppo*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, n. 39, Roma, Banca d'Italia, 2009. Per una trattazione più generale sul tema si segnalano, tra gli altri, M. Spasiano (a cura di), *Il sistema portuale italiano fra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenza di sviluppo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; S.M. Carbone, F. Munari, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2006; M. Maresca, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2001; F. Munari, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, Giuffrè, 1996; G.C. Tatangelo, *I porti marittimi italiani: legislazioni, classificazioni, recuperi*, Milano, 1969; nonché, per un'analisi dell'evoluzione normativa e delle riforme che hanno interessato il settore, G. Vezzoso, *Politica portuale europea e riforma dei porti in Italia*, in *Dir. econ. trasp. amb.*, XII, 2014, 235 ss.; A. Giannelli, *Piani di settore e progetti speciali territoriali: piano regolatore portuale (art. 5, L. 28.1.1994, n. 84)*, in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, Utet, 2013, 475; G. Vezzoso, *Prospettive di riforma della portualità italiana*, in *Dir. mar.*, 2007, 626 ss.; D. Galetta, D. Traina, *Trasporti marittimi e porti*, in M.P. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II ed., Parte speciale, Milano, Giuffrè, 2007, 2152 ss.; G. Vezzoso, *Il progetto di direttiva comunitaria sull'accesso ai servizi portuali*, in *Dir. comm. scambi int.*, 2001, 575 ss.

generatori ausiliari di bordo.

L'interesse giuridico per il *cold ironing* e, in particolare, per i profili concernenti la configurazione sul piano amministrativo, contrattuale e regolatorio di tale servizio alla luce sia della disciplina dei porti che degli assetti giuridico-regolatori del mercato elettrico, è riconducibile al fatto che esso presuppone una catena di attività economicamente e giuridicamente distinguibili: la connessione alla rete pubblica; l'eventuale gestione di una rete elettrica portuale; la disponibilità e la manutenzione dell'infrastruttura di *cold ironing*; le operazioni di connessione e disconnessione della nave; la misurazione dei consumi; l'acquisto della *commodity* elettrica; la sua fornitura all'utente finale. Il modo in cui tali attività vengono aggregate o separate determina chi sopporta il rischio dell'investimento, chi controlla l'accesso alla banchina elettrificata, chi acquista l'energia sul mercato e, soprattutto, se la nave possa scegliere il proprio fornitore oppure debba rivolgersi necessariamente al gestore dell'infrastruttura portuale, sia essa l'Autorità di sistema portuale (AdSP) o un concessionario affidatario del servizio.

La rilevanza di tali interrogativi è destinata ad aumentare con il passaggio dell'OPS da soluzione ambientale rimessa prevalentemente all'iniziativa volontaria degli operatori a componente necessaria della politica europea di decarbonizzazione. Il regolamento (UE) 2023/1804 sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi impone agli Stati membri di assicurare, entro il 31 dicembre 2029, una capacità minima di erogazione di energia elettrica da terra nei porti marittimi della rete TEN-T che superino le soglie di traffico previste. In modo complementare, il regolamento (UE) 2023/1805, c.d. FuelEU Maritime, stabilisce che, dal 1° gennaio 2030, le navi rientranti nel suo ambito di applicazione, quando ormeggiate nei porti interessati dall'obbligo infrastrutturale, debbano collegarsi all'OPS e utilizzarlo per soddisfare la domanda elettrica a bordo, salve le eccezioni tassativamente disciplinate.

Attraverso i citati regolamenti il diritto europeo ha introdotto due obblighi speculari: da un lato, quello, gravante sugli Stati e sui sistemi portuali, di rendere disponibile l'infrastruttura di *cold ironing*; dall'altro, quello, riferito alle navi, di utilizzare tale infrastruttura. Quanto più la connessione elettrica in banchina diviene obbligatoria, tanto più assume perciò rilievo la configurazione giuridica del

servizio attraverso il quale l'energia viene resa disponibile. La disciplina europea della decarbonizzazione non definisce però compiutamente il modello organizzativo mediante il quale infrastruttura, servizio e fornitura elettrica devono essere messi a disposizione dell'utenza. L'obbligo di utilizzare l'OPS può infatti tradursi nell'obbligo di acquistare un servizio complesso (che copre sia la disponibilità e l'uso dell'infrastruttura di *cold ironing* che la fornitura della *commodity* elettrica) da un unico operatore oppure, diversamente, nella possibilità per la nave di accedere a un'infrastruttura essenziale e di approvvigionarsi sul mercato da un fornitore liberamente scelto.

Il problema investe, in primo luogo, la disciplina europea dei servizi portuali. Il regolamento (UE) 2017/352 include il *bunkering* tra i servizi portuali assoggettati al quadro comune europeo e lo definisce come la fornitura alla nave non soltanto di combustibili solidi, liquidi o gassosi, ma anche di «*qualsiasi altra fonte di energia*» utilizzata per la propulsione o per la fornitura generale o specifica di energia alle navi all'ormeggio[2]. La nozione europea di *bunkering* comprende, dunque, anche l'erogazione di energia elettrica da terra, costituendo pertanto, a tutti gli effetti, un servizio portuale[3], il cui accesso deve essere organizzato secondo condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie e nel rispetto delle regole europee in materia di requisiti minimi, limitazione del numero degli operatori, obblighi di servizio pubblico e operatori interni.

La riconduzione del *cold ironing* nell'ambito della definizione eurounitaria di servizio portuale non esaurisce, tuttavia, il ben più ampio problema dell'inquadramento giuridico di tale attività e dei vincoli a cui essa è sottoposta. L'energia elettrica fornita alla nave è infatti l'oggetto di un complesso assetto regolatorio di

2 Sulla possibilità di qualificare il servizio di *bunkeraggio* come SIEG v. S.M. Carbone, F. Munari, *I porti italiani e l'Europa*, cit., 276-277. Gli autori evidenziano come, a valle del regolamento (UE) 2017/352, «*nulla esclude che [...] anche il bunkeraggio possa essere organizzato come SIEG con l'avvertenza secondo cui, in questo caso, ai fini dell'eventuale limitazione del numero dei prestatori dovranno applicarsi le regole relative alle concessioni di servizi*».

3 *Contra*, v. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, *Linee guida Cold ironing per il rilascio delle concessioni del servizio e la predisposizione degli atti di gara*, pubblicate il 17 luglio 2026, consultabili all'indirizzo https://www.mit.gov.it/nfsmitgov/files/media/documentazione/2026-07/Linee%20guida%20cold%20ironing%202026.pdf, ove a p. 6 si sostiene che «*il servizio in questione non rientri espressamente tra i servizi portuali inclusi nell'ambito di applicazione del Reg. UE n. 352/2017*».

matrice eurounitaria funzionale alla creazione di un mercato interno dell'energia che consenta ad ogni consumatore la libera scelta dei fornitori e ad ogni fornitore la libera fornitura dei propri clienti[4]. Vengono pertanto in considerazione anche i principi – attualmente sanciti, rispettivamente, dagli artt. 4 e 6 della direttiva (UE) 2019/944 – sui quali si fonda il mercato interno dell'elettricità, a partire dalla libertà del cliente di acquistare energia dal fornitore prescelto e dal diritto di accesso dei terzi alle reti di trasmissione e distribuzione sulla base di tariffe pubblicate e applicate secondo criteri obiettivi e non discriminatori.

L'accesso al servizio di *cold ironing* dovrebbe perciò essere considerato almeno sotto due diverse prospettive. La prima concerne l'accesso della nave al servizio portuale, regolato dal regolamento (UE) 2017/352. La seconda riguarda l'accesso dei clienti e dei fornitori al sistema elettrico, disciplinato dalla normativa sul mercato dell'energia. Si tratta di due prospettive complementari e non sovrapponibili a cui se ne potrebbe poi aggiungere un'ulteriore, la cui analisi esula però dagli obiettivi del presente lavoro, attinente all'accesso concorrenziale a un'infrastruttura non ragionevolmente duplicabile, secondo i principi ricavabili dall'art. 102 TFUE e dalla dottrina delle *essential facilities*.

Nel quadro delineato dall'art. 34-bis del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, il d.m. 22 gennaio 2026, n. 10 qualifica l'erogazione di energia elettrica alle navi ormeggiate come servizio di interesse economico generale ai sensi dell'art. 6, co. 4,

4 Per una dettagliata ed aggiornata ricostruzione v. M. Clarich, (voce) *Energia*, in *Enc. dir.*, I Tematici, III, *Funzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2022, 438 ss., spec. 441-454, in cui si mette bene in evidenza come l'evoluzione normativa del settore «*è segnata dall'inserimento sempre più pieno e irreversibile della disciplina nazionale nell'orbita del diritto europeo*» (477), nonché dalla «*compresenza di misure tradizionali di tipo autoritativo o di tipo command and control e strumenti di mercato. Là dove non è possibile la concorrenza "nel mercato", la regolazione pubblica prevede meccanismi di concorrenza "per il mercato", in particolare nel caso del rilascio di titoli concessori per i quali vige, come si è visto, l'obbligo di esperimento di procedure competitive. Quanto ai cosiddetti "mercati artificiali" (certificati verdi, bianchi e neri) essi presuppongono una cornice regolatoria di tipo autoritativo, fondata anzitutto su obblighi imposti agli operatori, che crei i presupposti e il contesto nel quale possa operare il meccanismo della concorrenza*» (478). Come rinvenibile anche nel caso dell'OPS, «*il diritto europeo persegue l'obiettivo di valorizzare la concorrenza agendo, oltre che sul versante dell'offerta, anche sul lato della domanda, cioè puntando su una maggior informazione, su scelte più consapevoli e su maggiori poteri (empowerment) dei consumatori e degli utenti. La velocità della transizione verde dipenderà anche da un mutamento delle preferenze di questi ultimi*» (478).

lett. *c*), della l. 28 gennaio 1994, n. 84. Il servizio comprende tanto la fornitura di energia da terra quanto l'esercizio e la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti necessari alla sua erogazione, nonché il rilascio di una concessione demaniale marittima ai sensi dell'art. 36 cod. nav. La remunerazione è affidata a una tariffa costruita sul piano economico-finanziario della concessione, destinata a coprire i costi del servizio e ad assicurare un ragionevole margine, ferma la necessità di trasferire agli utenti i benefici derivanti dalle agevolazioni applicate all'energia destinata al *cold ironing*. Il gestore del servizio è inoltre qualificato come cliente finale ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 79/1999 per l'energia prelevata dalla rete pubblica o da un sistema di distribuzione chiuso.

Il perimetro della concessione del servizio include pertanto la gestione dell'infrastruttura, la responsabilità operativa del servizio, l'acquisto dell'elettricità e il rapporto economico con la nave. Essa corrisponde, sul piano funzionale, al modello generalmente definito "*Standard Intermediary*"[5]: il gestore OPS acquista energia a monte da uno o più fornitori e la incorpora in una prestazione complessa resa all'armatore, comprendente l'uso dell'infrastruttura, le attività tecniche e la quantità di energia consumata. Il cliente del mercato elettrico è dunque il concessionario, mentre la nave è utente di un servizio portuale integrato che non instaura un rapporto diretto con un fornitore di energia.

Tale soluzione, sebbene presenti indubbi vantaggi sul piano della semplificazione degli assetti organizzativi del servizio, implica però una forma di integrazione tra un'attività caratterizzata da rilevanti costi fissi e da una limitata duplicabilità (la gestione dell'infrastruttura di *cold ironing*) e un'attività potenzialmente concorrenziale (la vendita dell'energia elettrica) particolarmente problematica sul piano del diritto europeo della concorrenza e della regolazione del settore elettrico. Il concessionario diviene, al contempo, controllore dell'accesso alla banchina elettrificata, unico acquirente dell'energia destinata alle navi e unico soggetto dal

5 Per una illustrazione del modello *Standard Intermediary* si rinvia a S. Ennis, C. Mammassis, R. Markellos, J. Prousalidis, A. Manos, G. Loukos, N. Tracey, *Regulatory and Business Innovation in Uncharted Waters: Mandatory Cold Ironing*, CCP Working Paper 25-05, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, 12 giugno 2025, versione aggiornata dell'8 luglio 2026, disponibile all'indirizzo https://competitionpolicy.ac.uk/publications/regulatory-and-business-innovation-in-uncharted-waters-mandatory-cold-ironing/.

quale queste ultime possono ottenere la prestazione. Il problema non si pone soltanto a livello tariffario ma, in modo più radicale, con riferimento alla contendibilità della domanda elettrica generata dal settore marittimo e alla possibilità che fornitori concorrenti accedano a tale domanda.

La qualificazione del servizio come SIEG non sembra di per sé superare tale criticità. Come noto, secondo le indicazioni della Commissione europea[6], un servizio di interesse economico generale è un servizio che soddisfa un interesse pubblico e che, in condizioni di libero mercato, non sarebbe fornito – o non sarebbe fornito alle medesime condizioni di qualità, sicurezza, disponibilità, parità di trattamento ed accesso – senza un intervento pubblico. Sebbene gli Stati membri dispongano di un ampio margine di discrezionalità ai fini della definizione di quali attività costituiscano un SIEG, tale qualificazione resta pur sempre soggetta al controllo della Commissione la quale, nel caso in cui ravvisi un errore manifesto nella valutazione delle caratteristiche del servizio considerato, può opporsi. Tale qualificazione risulta particolarmente importante in quanto l'art. 106, par. 2, TFUE sancisce che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale rimangono sottoposte alle norme dei Trattati, comprese quelle sulla concorrenza, nella misura in cui la loro applicazione non osti all'adempimento della specifica missione affidata[7]. Ciò significa che la nozione di SIEG con-

6 Commissione europea, *Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno*, Bruxelles, SWD (2013) 53 final/2. In merito alla prassi della Commissione e alla giurisprudenza della CGUE in ordine ai criteri sulla base dei quali un servizio può essere qualificato come SIEG v. Trib. primo grado, 26 giugno 2008, causa T-442/03, punto 195; Trib. primo grado, 27 febbraio 1997, causa T-106/95, punto 99 ss.; Trib. primo grado, 12 febbraio 2008, causa T-289/03, punto 166; Trib. primo grado, 15 giugno 2005, causa T-17/02, punto 216.

7 Cfr. Corte giust., 23 ottobre 1997, causa C-159/94, *Commissione c. Francia*, punto 54; Corte giust., 28 febbraio 2013, causa C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, punto 106. D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato, e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2010, 130 ss., ove si sottolinea, sulla scorta di Corte giust., 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione*, punto 22, che dalla previsione di imprese titolari di diritti speciali ed esclusivi non discende la compatibilità di tutti tali diritti con il Trattato, dovendo la legittimità dei monopoli essere apprezzata caso per caso e non su considerazioni astratte; nonché p. 502, dove si precisa che l'accertamento dell'indispensabilità della restrizione concorrenziale impone alle autorità nazionali di individuare i rimedi alternativi al diritto esclusivo e di dimostrare che essi non consentirebbero l'assolvimento della missione di interesse generale

sente di giustificare le restrizioni effettivamente necessarie allo svolgimento del servizio pubblico, ma non determina automaticamente la legittimità di ogni forma di esclusiva o di integrazione verticale.

Le linee guida *Cold ironing per il rilascio delle concessioni del servizio e la predisposizione degli atti di gara* emanate dal MIT specificano che ai fini della qualificazione dei SIEG portuali si deve fare riferimento ai requisiti della nozione stabiliti dalla giurisprudenza nella sentenza *Altmark* (Corte giust., 24 luglio 2003, causa C-280/00), riprodotti negli atti della Commissione europea, vale a dire la comunicazione 2012/C 8/02, la decisione 2012/21/UE e la comunicazione 2012/C 8/03, integralmente recepiti nell'ordinamento italiano nel combinato disposto degli artt. 2, co. 1, lett. *i*), d.lgs. n. 175/2016 e 2, co. 1, lett. *c*), d.lgs. n. 201/2022.

Ai sensi delle suddette norme di diritto interno, per servizi di interesse economico generale si intendono i servizi di interesse generale – e, dunque, le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale – erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato[8].

(con richiamo, quale esemplare alternativa regolatoria meno invasiva, alla soluzione accolta in Corte giust., 13 dicembre 1991, causa C-18/88, *RTT*, punto 22). Nello stesso senso, sul criterio di scindibilità dei servizi ulteriori rispetto al SIEG, pp. 510-511, e, sul riparto dell'onere probatorio, p. 513 e p. 599.

8 Sui SIEG in ambito portuale si v., tra gli altri: R. Ferrara, *Profili della disciplina dei servizi di interesse economico generale: aiuti di Stato e principi dell'Unione europea in materia di concorrenza*, in *Dir. econ.*, 2013, 321 ss.; C. Caggiano, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008; L. Calzolari, *Pari opportunità tra operatori economici e tutela della struttura del mercato: la creazione di mercati concorrenziali come vincolo all'intervento pubblico nella regolazione imposto dagli artt. 106(1) e 102 TFUE*, in *Dir. Un. eur.*, 2005, 637 ss.; D. Casalini, *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro amm.*, 2003, 10, 2733 ss.; L. D'Amario, *Il settore portuale in Italia: abusi di posizione dominante e controlli su servizi di interesse economico generale*, in *Dir. comm. scambi int.*,

Ne consegue che, con riferimento alla qualificazione del servizio di *cold ironing* come SIEG, al fine di escludere la configurabilità di un errore manifesto censurabile dalla Commissione europea, andrebbe verificato se l'attribuzione in capo al gestore del servizio anche della posizione di intermediario dell'energia sia indispensabile per garantire universalità, continuità, sicurezza e sostenibilità economica del servizio oppure se quest'ultima costituisca una scelta organizzativa sostituibile con modelli meno restrittivi della concorrenza[9]. Detto in altri termini, nella prospettiva del diritto unionale, affinché la qualificazione del servizio in parola come SIEG e la sua effettiva perimetrazione possa ritenersi giustificata, occorrerebbe dimostrare che quest'ultima costituisce un rimedio ad un fallimento di mercato, dovendosi escludere che la prestazione del servizio di OPS, intesa come fornitura di energia elettrica tramite l'infrastruttura di *cold ironing*, costituisca un'attività disponibile sul mercato o che quest'ultima sia disponibile alle medesime condizioni di qualità, prezzo, continuità e accesso al servizio[10].

Sulla base di tali rilievi, il presente contributo intende evidenziare come il modello integrato scelto dal legislatore italiano rappresenti solo una delle configurazioni giuridiche del servizio di *cold ironing* consentite dal diritto europeo, e neppure quella più coerente con la regolazione del mercato elettrico. La qualificazione del rapporto concessorio, piuttosto che come concessione di servizi, alla stregua di una concessione di una *essential facility*[11] alla quale devono avere accesso gli operatori del mercato elettrico ai fini della fornitura di energia elettrica alle

---

1999, 35 ss.; L.G. Radicati di Brozolo, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Un. eur.*, 1998, 527 ss.

9 In senso critico v. *Procedimenti relativi all'attuazione della politica della concorrenza, Aiuto di Stato SA. 38399 (2018/E) – Tassazione dei porti in Italia, Invito a presentare osservazioni a norma dell'art. 108, paragrafo 2, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (2020/C 7/03)*, in *GUUE* C 7 del 10 gennaio 2020, 11 ss., punto 42, ove viene espressamente escluso che le attività di pilotaggio, di rifornimento di carburante, di ormeggio, nonché di concessione di autorizzazioni amministrative dietro corrispettivo, presentando carattere economico, costituiscano SIEG, qualificandosi pertanto, rispetto ad esse, le AdSP come imprese soggette alle norme sulla concorrenza.

10 Sulle posizioni della Commissione europea in ordine alla natura economica delle attività di gestione di un porto v. A. Panarella, *Ancora sulla qualificazione giuridica degli enti pubblici come imprese nel diritto dell'Unione europea: riflessioni a margine delle recenti posizioni della Commissione europea sulle Autorità di Sistema Portuale italiane*, in *Dir. econ.*, 2021, 3, 535 ss., e, con riferimento alla nozione di servizio di interesse economico generale, 548 ss.

navi rappresenta, nella prospettiva che qui si intende suggerire, una soluzione maggiormente in linea sia con la disciplina dei servizi portuali che con la regolazione del mercato elettrico. Ciò in quanto l'apertura dell'infrastruttura di *cold ironing* a più fornitori consentirebbe la formazione di ciò che nel presente articolo viene definito il mercato dell'energia elettrica marittima: un mercato nel quale gli armatori possono negoziare direttamente prezzo, provenienza e condizioni della fornitura, mentre il gestore OPS percepisce un corrispettivo distinto per l'accesso e l'uso dell'infrastruttura. Tale risultato potrebbe essere perseguito attraverso modelli alternativi già oggetto di sperimentazione o riflessione regolatoria in altri ordinamenti[12].

La tesi che si intende mettere in evidenza è che la decarbonizzazione dei porti non richiede soltanto la costruzione di nuove infrastrutture, ma anche la definizione di un coerente *market design* che passa necessariamente attraverso un corretto inquadramento ed una coerente perimetrazione della concessione portuale concernente il servizio di *cold ironing*. L'effettività degli obblighi climatici dipenderà, infatti, non soltanto dal numero di banchine elettrificate, ma dalla capacità dell'ordinamento di conciliare sicurezza tecnica, recupero degli investimenti, universalità del servizio, trasparenza dei prezzi e concorrenza nella vendita

11 Non si intende qui postulare che ogni impianto di *cold ironing* costituisca automaticamente un'infrastruttura essenziale. La giurisprudenza europea, a partire dalla sentenza *Bronner*, subordina l'obbligo *antitrust* di accesso a condizioni rigorose, tra le quali l'indispensabilità della risorsa, l'assenza di alternative effettive o potenziali, il rischio di eliminazione della concorrenza nel mercato collegato e la mancanza di una giustificazione obiettiva del diniego. Tuttavia, la collocazione fisica dell'OPS su una determinata banchina, la scarsità degli spazi portuali, gli elevati costi di connessione e la difficoltà di duplicare impianti concorrenti per il medesimo ormeggio possono conferire al concessionario un potere di controllo su un input necessario per raggiungere la domanda elettrica delle navi. La verifica dei requisiti della *essential facility doctrine* deve quindi essere compiuta in concreto, distinguendo l'accesso alla specifica banchina dall'eventuale disponibilità di altri ormeggi e valutando le alternative non soltanto tecniche, ma anche economiche e operative. Come si dirà nel par. 5.1, tuttavia, la tesi che qui si intende sostenere è che l'essenzialità dell'infrastruttura di *cold ironing* non sarebbe tanto riconducibile al diritto della concorrenza quanto alla regolazione del settore elettrico e, in particolare, al regime giuridico delle reti elettriche alla luce del principio di libero accesso al sistema elettrico (v. nt. 113).

12 Cfr. S. Ennis e a., *Regulatory and Business Innovation*, cit.; S. Ennis, C. Mammassis, R. Markellos, G. Wood, *Predicting Optimal Grid Stability and Welfare in Onshore Power Supply (OPS)*, CCP Working Paper 26-03, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, 27 aprile 2026, pubblicato anche in *Journal of the Operational Research Society*, 2026, 1 ss. (https://doi.org/10.1080/01605682.2026.2691129).

dell'energia. In questa prospettiva, separare la gestione dell'infrastruttura di *cold ironing* dalla vendita dell'energia elettrica, superando l'attuale qualificazione del concessionario del servizio di *cold ironing* come cliente finale, lasciando maggiore flessibilità alle Autorità portuali in ordine alla configurazione e perimetrazione del servizio, potrebbe costituire il primo passo per la creazione di un efficiente mercato dell'energia elettrica marittima, configurando il ruolo del gestore del *cold ironing* nei confronti dei diversi attori del settore elettrico e del trasporto marittimo come porta di accesso a tale mercato.

2. La prospettiva europea

2.1. La decarbonizzazione dei porti come politica climatica: l'*Onshore Power Supply* da opzione volontaria a obbligo giuridico

L'alimentazione elettrica da terra delle navi ormeggiate, come si è detto, consiste nella connessione della nave alla rete elettrica terrestre per l'alimentazione dei servizi di bordo durante la sosta, con conseguente spegnimento dei motori ausiliari. Il percorso attraverso il quale il diritto dell'Unione è giunto a renderla obbligatoria si distende su un ventennio e attraversa tre stagioni distinte.

La prima comparsa dell'alimentazione da terra in un atto vincolante dell'Unione avviene per via indiretta e in funzione ancillare. La direttiva 2005/33/CE sul tenore di zolfo dei combustibili per uso marittimo impose alle navi ormeggiate nei porti comunitari, a decorrere dal 2010, l'impiego di combustibili a bassissimo tenore di zolfo, esentandone però le navi che durante la sosta si alimentassero da terra[13]. L'alimentazione elettrica non era dunque oggetto di un obbligo, ma di una facoltà liberatoria: un modo alternativo di adempiere a una prescrizione ambientale concepita per altro. È in questa cornice che si colloca la raccomandazione 2006/339/CE della Commissione, primo atto europeo interamente dedicato alla materia, con la quale gli Stati membri erano invitati a promuovere l'installazione di impianti di terra nei porti maggiormente esposti a

13 Direttiva 2005/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2005, che modifica la direttiva 1999/32/CE, la quale ha introdotto l'obbligo, a decorrere dal 1° gennaio 2010, di impiegare per le navi ormeggiate nei porti dell'Unione combustibili con tenore di zolfo non superiore allo 0,1 per cento in massa, esentandone le navi che durante l'ormeggio utilizzano l'alimentazione elettrica da terra. La disposizione è oggi confluita nella direttiva (UE) 2016/802.

problemi di qualità dell'aria[14]. A questa linea si affiancò, sul versante fiscale, l'impiego della clausola di autorizzazione contenuta nella direttiva sulla tassazione dei prodotti energetici, che consentì a singoli Stati membri di applicare all'elettricità fornita alle navi ormeggiate aliquote ridotte, correggendo almeno in parte il divario di costo rispetto al combustibile marino, esente da accisa[15]. L'intero primo periodo è dunque caratterizzato da strumenti di incentivo indiretto – esenzione da un obbligo altrui, raccomandazione, agevolazione fiscale – e da un esito modesto, poiché nessuno di essi incideva sul nodo strutturale, ossia sull'asimmetria fra un investimento infrastrutturale a carico del porto e una decisione di utilizzo rimessa all'armatore.

La seconda stagione si apre con la direttiva 2014/94/UE sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi, che per la prima volta colloca l'alimentazione da terra all'interno di una programmazione. Gli Stati membri erano tenuti a valutarne il fabbisogno nei rispettivi quadri strategici nazionali e a installarla in via prioritaria nei porti della rete centrale transeuropea entro il 31 dicembre 2025; la prescrizione era però accompagnata da una clausola di fuga di ampiezza tale da svuotarla, poiché l'obbligo veniva meno in assenza di domanda o in presenza di costi sproporzionati rispetto ai benefici, ambientali inclusi. Alla medesima direttiva si deve, però, un'acquisizione destinata a durare: l'allegato tecnico rinvia alla norma internazionale sui collegamenti di utenza in porto, fissando così una base tecnica comune per le installazioni europee[16]. Il periodo si chiude senza risultati apprezzabili sul piano quantitativo, ma con due lasciti: l'inserimento del *cold ironing* fra le infrastrutture per i combustibili alternativi, e la standardizzazione dell'interfaccia nave-banchina.

Il mutamento di paradigma matura fra il 2019 e il 2021, quando il *Green Deal* europeo, la strategia per una mobilità sostenibile e intelligente e il pacchetto

14 Raccomandazione 2006/339/CE della Commissione, dell'8 maggio 2006, sulla promozione dell'elettricità fornita da terra alle navi ormeggiate nei porti della Comunità.

15 Direttiva 2003/96/CE del Consiglio, del 27 ottobre 2003, art. 19, sulla cui base sono state adottate autorizzazioni individuali ad applicare aliquote ridotte all'elettricità fornita alle navi ormeggiate.

16 Direttiva 2014/94/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi, art. 4, par. 5, e allegato II, punto 1.7, quest'ultimo relativo alla conformità alla norma IEC/ISO/IEEE 80005-1. La direttiva è stata abrogata dal regolamento (UE) 2023/1804 con effetto dal 13 aprile 2024.

Fit for 55 inseriscono il trasporto marittimo nel perimetro degli obiettivi climatici vincolanti e ne fanno oggetto di una revisione organica[17]. L'esito è la terza stagione, quella dell'obbligo, che si compie con tre atti adottati nel 2023 e strettamente coordinati fra loro.

Il primo è il regolamento sull'infrastruttura per i combustibili alternativi, che abroga e sostituisce la direttiva del 2014 e converte la programmazione in obiettivi vincolanti[18]. Il suo art. 9 impone agli Stati membri di garantire, entro il 31 dicembre 2029, una fornitura minima di energia elettrica da terra nei porti marittimi della rete transeuropea per le navi portacontainer e per le navi da passeggeri, individuando i porti interessati mediante soglie di traffico differenziate: cento scali medi annui nell'ultimo triennio per le portacontainer, quaranta per le navi ro-ro da passeggeri e le unità veloci, venticinque per le altre navi da passeggeri; e prescrivendo che l'infrastruttura sia dimensionata in modo da coprire almeno il novanta per cento degli scali.

Il secondo è il regolamento sull'uso di combustibili rinnovabili e a basse emissioni di carbonio nel trasporto marittimo, che opera sul versante speculare[19]. Il suo art. 6 impone, a decorrere dal 1° gennaio 2030, alle navi portacontainer e da passeggeri ormeggiate in un porto soggetto all'obbligo di dotazione di collegarsi all'alimentazione da terra e di utilizzarla per l'intero fabbisogno elettrico durante la sosta, estendendo l'obbligo dal 1° gennaio 2035 a ogni altro porto dell'Unio-

17 Comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2019 sul *Green Deal* europeo; comunicazione del 9 dicembre 2020 sulla strategia per una mobilità sostenibile e intelligente; pacchetto di proposte *Fit for 55* del 14 luglio 2021.

18 Regolamento (UE) 2023/1804 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 settembre 2023, sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi, art. 9, par. 1. Sull'attuale grado di copertura, Agenzia europea dell'ambiente, *Sustainability of Europe's Mobility Systems*, sez. *Energy Infrastructure*, ove si riferisce che il 35 per cento dei porti della rete centrale TEN-T e il 6 per cento di quelli della rete globale risultano dotati di alimentazione elettrica da terra, per complessivi 407 e 57 ormeggi.

19 Art. 6, par. 5, del regolamento (UE) 2023/1805, che contempla, fra l'altro, l'ormeggio inferiore a due ore, l'impiego di tecnologie a zero emissioni conformi all'allegato III, lo scalo non programmato dovuto a circostanze impreviste, l'indisponibilità di punti di connessione nel porto, l'incompatibilità fra impianto di terra e apparecchiature di bordo e le situazioni di emergenza. Sul contingentamento delle eccezioni di cui alle lett. *d*), *e*) e *f*) a decorrere dal 1° gennaio 2035, il par. 6 del medesimo articolo.

ne in cui l'impianto sia disponibile[20]. Le eccezioni sono tipizzate – sosta inferiore a due ore, impiego di tecnologie a zero emissioni, scalo non programmato per circostanze impreviste, indisponibilità dei punti di connessione, incompatibilità tecnica fra impianto e nave, situazioni di emergenza – e alcune di esse sono a loro volta contingentate a partire dal 2035, in modo da impedire che l'indisponibilità o l'incompatibilità si trasformino in una via di fuga strutturale.

Non si tratta di due discipline parallele, ma di un circuito chiuso costruito su rinvii reciproci: il regolamento sull'uso individua i porti nei quali l'obbligo di connessione opera mediante rinvio all'articolo sugli obiettivi infrastrutturali, e quest'ultimo, a sua volta, esclude dal computo degli scali rilevanti per il dimensionamento dell'impianto proprio le fattispecie che l'altro regolamento sottrae all'obbligo di connessione[21]. Il porto è tenuto a dotarsi dell'impianto perché la nave è tenuta a usarlo, e la nave è tenuta a usarlo perché il porto è tenuto a dotarsene: l'asimmetria che aveva paralizzato il primo ventennio – investimento certo a fronte di domanda incerta – viene risolta rendendo simultaneamente obbligatorie l'offerta e la domanda.

Il terzo atto, l'estensione al trasporto marittimo del sistema per lo scambio di quote di emissione, agisce nella medesima direzione per via economica, accrescendo progressivamente il costo della sosta a motori accesi e rendendo così conveniente ciò che gli altri due rendono doveroso[22].

Il legislatore europeo ha disciplinato in modo analitico *chi debba installare* l'impianto, chi debba usarlo, entro quando e con quali specifiche tecniche; non ha invece disciplinato chi debba vendere alla nave l'energia che vi transita. Su questo punto i citati regolamenti, perseguendo obiettivi climatici e infrastrutturali, non prendono posizione. Ne consegue che la risoluzione delle questioni concer-

20 Regolamento (UE) 2023/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 settembre 2023, sull'uso di combustibili rinnovabili e a basse emissioni di carbonio nel trasporto marittimo, art. 6, parr. 1 e 2.

21 Art. 9, par. 2, del regolamento (UE) 2023/1804, che esclude dal computo degli scali quelli di cui all'art. 6, par. 5, lett. *a*), *b*), *c*), *e*) e *g*), del regolamento (UE) 2023/1805; art. 6, par. 1, del regolamento (UE) 2023/1805, che individua i porti interessati mediante rinvio all'art. 9 del regolamento (UE) 2023/1804.

22 Direttiva (UE) 2023/959 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 2023, che modifica la direttiva 2003/87/CE, con estensione del sistema al trasporto marittimo a decorrere dal 2024 e introduzione graduale dell'obbligo di restituzione delle quote.

nenti l'accesso e la tariffazione, divenute centrali proprio perché l'OPS è destinato a diventare obbligatorio a partire dal 2030, deve essere affrontata guardando alla disciplina europea dei servizi portuali e alla regolazione del mercato interno dell'energia elettrica.

Tale silenzio ha però già prodotto inevitabili divergenze applicative tra i diversi porti europei, come conferma una delle più recenti indagini sull'attuazione dell'obbligo di OPS, condotta su undici casi presso dieci autorità o gruppi portuali[23]. Emergono tre configurazioni ricorrenti. Nella prima, dell'*intermediario standard*, l'autorità portuale acquista l'energia e la rivende alle navi, applicando in taluni casi un margine: è la configurazione prevalente, osservata fra gli altri a Helsinki, Oslo, Kiel, Amburgo e Livorno. Nella seconda, dell'*intermediario attivo*, il porto assume in proprio la gestione della rete di distribuzione chiusa, rinunciando però al margine sull'energia e adottando corrispettivi orientati ai costi: è il modello del gruppo dei porti di Stoccolma. Nella terza, del *facilitatore*, il porto si limita a mettere a disposizione l'infrastruttura e a coordinarne l'accesso, mentre l'armatore contratta direttamente con il fornitore di energia[24].

2.2. La fornitura di energia alle navi ormeggiate come servizio portuale ai sensi del regolamento (UE) 2017/352

L'ambito oggettivo di applicazione del regolamento europeo in materia di servizi portuali si basa su un elenco chiuso, nell'ambito del quale rientrano il rifornimento di carburante, la movimentazione merci, l'ormeggio, i servizi passeggeri, la raccolta dei rifiuti prodotti dalle navi e dei residui del carico, il pilotaggio e il rimorchio[25]. Tra questi servizi non compare espressamente il *cold ironing*, elemento questo che, almeno in apparenza, sembrerebbe avvalorare la conclusione

23 S. Ennis e a., *Regulatory and Business Innovation*, cit., 7-17 e Appendice A. I casi riguardano undici implementazioni presso dieci autorità portuali o gruppi portuali, fra cui Helsinki, Oslo, Kiel, Kristiansand, Göteborg, Copenaghen, Aarhus, Amburgo, Livorno e il gruppo dei porti di Stoccolma.

24 Ivi, 11-15. Nel porto di Kapellskär la componente di rete è gravata da una maggiorazione di circa il 4-5 per cento e agli utenti regolari è richiesto un corrispettivo fisso annuo dell'ordine di 5.600 euro; il finanziamento pubblico copre di regola circa il 30 per cento del costo dei progetti. Il modello del facilitatore è osservato nel porto di Helsinki (South Harbour) e in alcuni terminal del porto di Oslo, in due varianti a seconda che l'impianto appartenga all'autorità portuale ovvero all'armatore.

circa la sua estraneità rispetto al novero dei servizi portuali disciplinati dal regolamento.

Sennonché, a ben guardare, l'art. 2, n. 1 del regolamento definisce il rifornimento di carburante come la fornitura di carburanti solidi, liquidi o gassosi o di qualsiasi altra fonte di energia utilizzata per la propulsione delle navi, come pure per la fornitura generale e specifica di energia alle navi quando sono all'ormeggio[26]. La definizione poc'anzi citata sembra perciò riferirsi tanto all'energia destinata alla propulsione quanto all'energia destinata al funzionamento della nave durante la sosta. Del resto, se il legislatore avesse inteso riferirsi al solo *bunkeraggio* come consegna di combustibile, la precisazione relativa all'ormeggio sarebbe stata superflua, giacché il rifornimento avviene per definizione a nave ferma; tale specificazione acquista senso soltanto se distingue l'energia di propulsione dall'energia destinata ai carichi di bordo durante la permanenza in porto, che è esattamente la funzione assolta dall'alimentazione da terra. A tale rilievo devono poi aggiungersi due ulteriori elementi: la neutralità tecnologica della formula impiegata, evidentemente concepita per accogliere l'evoluzione dei vettori energetici; la tecnica normativa del regolamento che, quando ha voluto sottrarre un'attività al regime generale, lo ha fatto in via espressa, come per il dragaggio, cui si applica la sola disposizione sulla contabilità separata[27].

La riconduzione del servizio di *cold ironing* tra i servizi portuali disciplinati dal regolamento trova altresì riscontro sia nella guida operativa predisposta dall'Agenzia europea per la sicurezza marittima in cooperazione con l'organizzazione dei porti marittimi europei, la quale riconduce espressamente la fornitura di energia elettrica da terra nei porti all'ambito applicativo del regolamento, qualificandola come servizio portuale e ricostruendo su tale premessa la mappa dei

25 Regolamento (UE) 2017/352 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 febbraio 2017, che istituisce un quadro normativo per la fornitura di servizi portuali e norme comuni in materia di trasparenza finanziaria dei porti, art. 1, par. 2. Ai sensi del par. 4, il regolamento si applica ai porti marittimi della rete transeuropea di trasporto elencati nell'allegato II del regolamento (UE) n. 1315/2013.

26 Art. 2, n. 1, del regolamento (UE) 2017/352. Il testo inglese conferma la latitudine della nozione: «*any other energy source used for the propulsion of the waterborne vessel as well as for general and specific energy provision on board of the waterborne vessel whilst at berth*».

27 Art. 1, par. 3, del regolamento: al dragaggio si applica il solo art. 11, par. 2, in tema di contabilità separata.

soggetti coinvolti[28]; sia nella già richiamata indagine comparata laddove le diverse soluzioni implementate dai porti europei interessati vengono valutate secondo il parametro della contendibilità dell'alimentazione elettrica in banchina offerto dall'art. 6, par. 6 del regolamento, precisando – correttamente – che la disposizione non impone la presenza di più fornitori di energia presso ogni ormeggio, ma esige che siano adottate misure idonee a prevenire i conflitti di interesse in tutti quei casi in cui sia l'ente di gestione del porto a fornire il servizio in proprio o tramite un soggetto controllato (ovvero, nell'ipotesi in cui l'affidamento in concessione del servizio si configuri come concessione traslativa[29]), e che in mancanza di tali misure il numero dei prestatori non sia di norma inferiore a due, salvo che ricorra una limitazione giustificata[30].

La riconduzione del *cold ironing* tra i servizi portuali disciplinati dal regolamento non pare priva di conseguenze sul piano pratico. Se infatti tale qualificazione risultasse corretta, il Capo II del regolamento troverebbe applicazione integrale, poiché l'art. 10 esenta soltanto la movimentazione merci, i servizi passeggeri e il pilotaggio, e il rifornimento non figura fra le esenzioni[31]. Ne discendono quattro ordini di conseguenze. La prima riguarda la perimetrazione dell'affidamento: la limitazione del numero di prestatori è ammessa soltanto per i motivi ti-

28 Agenzia europea per la sicurezza marittima (EMSA), in cooperazione con l'European Sea Ports Organisation, *Quick-Reference Guide for the Development of Shore-Side Electricity/OPS in Maritime Ports*, sez. 3, ove la fornitura di energia elettrica da terra nei porti è espressamente ricondotta all'ambito del regolamento (UE) 2017/352 quale servizio portuale.

29 A conferma della natura traslativa della concessione del servizio in parola si v. l'atto di indirizzo del MIT n. 10251 del 17 aprile 2018 che – nel dare atto che «*l'attività di affidamento di servizi in concessione di competenza delle AdSP riveste ormai un ruolo residuale, dovendosi escludere quei servizi che per legge appartengono alla competenza di altre Autorità (Autorità marittima, enti locali, ecc.) e, per espressa previsione dell'art. 6, c. 4, lett. c) della legge porti, le operazioni e i servizi portuali*» – rileva che potrebbero permanere «*nelle competenze di codeste Autorità i servizi da rendere alla generalità degli utenti portuali quali, ad esempio, quelli di illuminazione delle parti comuni o il servizio di pulizia e disinquinamento degli specchi acquei*», nonché altri ulteriori «*servizi, non elencati nei decreti ministeriali abrogati, ma rientranti nelle competenze di codeste Autorità*» che potrebbero «*essere affidati in concessione o svolti con le altre modalità consentite dalla legge*».

30 S. Ennis e a., *Regulatory and Business Innovation*, cit., 20.

31 Art. 10, par. 1, del regolamento: il Capo II e l'art. 21 non si applicano alla movimentazione merci, ai servizi passeggeri e al pilotaggio; per quest'ultimo il par. 2 consente agli Stati membri di optare per l'applicazione.

pici elencati dall'art. 6, par. 1 – carenza di spazi, ostacolo all'esecuzione di obblighi di servizio pubblico, esigenze di sicurezza o di sostenibilità ambientale, caratteristiche dell'infrastruttura o natura del traffico – e va giustificata porto per porto, sicché la costituzione di ambiti pluriportuali affidati a un gestore unico richiederebbe una motivazione che il regolamento costruisce sul singolo scalo[32]. La seconda riguarda il procedimento: la proposta di limitazione dev'essere pubblicata, con le relative motivazioni, almeno tre mesi prima della decisione, in modo da consentire agli interessati di presentare osservazioni; e non rileva che l'atto abbia forma legislativa o regolamentare, né che a decidere sia un'autorità nazionale anziché l'ente di gestione, giacché la nozione di autorità competente accolta dal regolamento è comprensiva di soggetti operanti a livello nazionale[33]. La terza riguarda le tariffe: i diritti riscossi dai prestatori selezionati in regime di limitazione devono essere trasparenti, obiettivi, non discriminatori e proporzionali al costo del servizio, e possono formare oggetto di reclamo dinanzi all'organismo designato ai sensi dell'art. 16[34]. La quarta è quella già anticipata dell'art. 6, par. 6, che introduce nell'ordinamento portuale una regola di contendibilità minima destinata a operare proprio nelle configurazioni in cui l'autorità portuale, o una sua società, fornisce direttamente il servizio.

Una possibile obiezione rispetto alla lettura poc'anzi proposta della riconducibilità del servizio di *cold ironing* nell'ambito del regolamento potrebbe tuttavia essere mossa a partire dalla fondata constatazione che il Capo II presupporrebbe servizi resi da operatori mobili e potenzialmente concorrenti – bettoline, autocisterne, rimorchiatori – e non la gestione di un impianto fisso a vocazione monopolistica, sicché l'inciso sulle altre fonti di energia alluderebbe ai combustibili alternativi e non all'elettricità prelevata dalla rete. Tale obiezione, pur in parte condivisibile, non sembra però condurre ad escludere *in toto* il *cold ironing*

32 Art. 6, par. 1, lett. da *a*) a *e*), del regolamento; sulla natura tassativa dell'elenco depone il considerando 20. L'art. 8, par. 3, confina l'operatore interno ai porti per i quali è stata assegnata la fornitura.

33 Art. 6, parr. 2 e 3, del regolamento; il termine minimo per la presentazione delle domande nella procedura di selezione è di trenta giorni in circostanze normali (par. 4). Sulla nozione di autorità competente, comprensiva di soggetti operanti a livello nazionale, art. 2, n. 3.

34 Art. 12, par. 1, del regolamento; il par. 3 impone al prestatore, in caso di reclamo formale, di mettere a disposizione dell'autorità pertinente gli elementi posti a base della struttura e del livello dei diritti. Sul meccanismo dei reclami, art. 16.

dall'ambito oggettivo di applicazione del regolamento ma, semmai, a ripensare il perimetro di tale servizio. L'impianto di banchina ha effettivamente natura di rete e giustifica una riserva; la vendita dell'energia che vi transita non ne condivide né la struttura dei costi, in larga parte fissa e affondata, né le economie di scala, né il vincolo di scarsità spaziale che sorregge la limitazione ai sensi dell'art. 6. La risposta a tale obiezione risiederebbe pertanto nella riperimetrazione del servizio di *cold ironing* secondo la formula: rete dove c'è rete, mercato dove c'è mercato.

2.3. Il principio di libero accesso al sistema elettrico nella legislazione dell'Unione e negli orientamenti della Corte di giustizia

La storia del libero accesso al sistema elettrico è la storia di una progressiva trasformazione da modalità organizzativa rimessa alla discrezionalità degli Stati membri a diritto degli utenti del sistema[35]. La prima direttiva di liberalizzazione consentiva ancora di scegliere fra accesso negoziato, accesso regolato e modello dell'acquirente unico, e riservava la facoltà di avvalersene ai soli «clienti idonei» individuati mediante soglie di consumo progressivamente decrescenti. È con la direttiva 2003/54/CE che l'alternativa viene soppressa e si impone un unico modello – accesso fondato su tariffe pubblicate, praticabili a tutti i clienti idonei e applicate obiettivamente e senza discriminazioni, con il solo rifiuto per carenza di capacità debitamente motivato – mentre l'apertura del mercato raggiunge tutti i clienti non civili nel 2004 e la totalità dei clienti nel 2007. La direttiva 2009/72/CE riproduce la disciplina inserendola nell'impianto della separazione effettiva delle reti dalle attività di generazione e fornitura; e, infine, la direttiva (UE) 2019/944 ne conserva la formulazione ma la salda espressamente alla libertà, enunciata in apertura, di ogni cliente di acquistare energia elettrica dal forni-

35 Il processo di liberalizzazione del settore dell'energia elettrica si è attuato in maniera progressiva come ben ricostruito da F. Vetrò, *Il mercato dell'energia*, in R. Lener, P. Lucantoni, M. De Poli, G. Berti de Marinis, P. Corrias, F. Vetrò, *Manuale di diritto dell'economia. I mercati finanziari e dell'energia*, Torino, Giappichelli, 2024, 402 ss., a cui si rinvia per una panoramica più ampia rispetto a quella, incentrata sul principio di libero accesso al sistema elettrico, oggetto del presente lavoro. Con specifico riferimento all'evoluzione della normativa europea delle reti elettriche v. G. Bellantuono, *Regolazione e governance delle reti elettriche private*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento*, n. 109, 2013, consultabile alla pagina https://iris.unitn.it/retrieve/cab0e354-eee7-4606-8753-cc34f84f55c0/pdf_unico_bellantuono_26032013.pdf.

tore di propria scelta[36]. L'accesso è lo strumento, la libera scelta è il fine, e il fine resterebbe nominale senza lo strumento.

In questa architettura la nozione di cliente finale svolge un ruolo doppio, che occorre esplicitare perché è su di esso che si gioca la disciplina dell'alimentazione elettrica delle navi. Sul piano soggettivo, le direttive definiscono il cliente come cliente grossista o finale, il cliente grossista come chi acquista a scopo di rivendita, il cliente finale come chi acquista per uso proprio, e la fornitura come la vendita, compresa la rivendita, di energia elettrica ai clienti, escludendola espressamente tanto dalla nozione di trasmissione quanto da quella di distribuzione[37]. Poiché tali definizioni non contengono rinvii al diritto nazionale, esse ricevono in tutta l'Unione un'interpretazione autonoma e uniforme. Sul piano oggettivo, però, la categoria dei clienti serviti opera anche come criterio di qualificazione delle reti: mentre il livello di tensione distingue i sistemi quanto alla loro natura, la categoria di clienti cui l'energia è destinata li distingue quanto alla loro finalità, sicché la presenza di clienti finali a valle di un'infrastruttura concorre a renderla una rete rilevante per il diritto dell'Unione[38].

Su queste basi la Corte di giustizia ha costruito, in materia di reti private, una giurisprudenza ormai consolidata. Nella sentenza *citiworks*, relativa alla rete di stabilimento dell'aeroporto di Lipsia-Halle che il diritto tedesco sottraeva in via generale e automatica all'obbligo di accesso, la Corte ha affermato che il solo livello di tensione rileva ai fini della qualificazione, che né la dimensione né il livello di consumo valgono a escludere una rete dall'ambito della direttiva, che il margine di discrezionalità sulla forma e sui mezzi non autorizza a eludere il principio del libero accesso fuori delle eccezioni espressamente previste, e che la facoltà di rifiutare l'accesso per insufficienza di capacità va esercitata caso per caso[39]. Nella sentenza *Solvay Chimica Italia*, avente a oggetto le reti private italiane ri-

36 Direttiva 96/92/CE, art. 16, che rimetteva agli Stati membri la scelta fra le procedure di cui all'art. 17 – accesso negoziato, con la variante dell'accesso regolato del par. 4 – e quella dell'acquirente unico di cui all'art. 18; direttiva 2003/54/CE, artt. 20 e 21; direttiva 2009/72/CE, art. 32; direttiva (UE) 2019/944, artt. 4 e 6.

37 Direttiva 2009/72/CE, art. 2, punti 7, 8, 9 e 19; definizioni corrispondenti nell'art. 2 della direttiva (UE) 2019/944.

38 Corte giust., 17 ottobre 2019, causa C-31/18, *Elektrorazpredelenie Yug*, punti 44, 45, 48 e 49.

39 Corte giust., 22 maggio 2008, causa C-439/06, *citiworks*, punti 44, 48, 49, 55, 57 e 60.

condotte alla categoria dei sistemi di distribuzione chiusi, ha stabilito che tali reti sono sistemi di distribuzione rientranti nell'ambito della direttiva a prescindere dalla data di costituzione, dall'originaria destinazione all'autoconsumo e dalla natura privata del gestore; che le esenzioni accordabili sono soltanto quelle tassativamente previste e che gli Stati membri non possono creare categorie ulteriori per riconoscerne di nuove; e soprattutto che il sistema di distribuzione chiuso può essere esentato dall'approvazione preventiva delle tariffe ma non dall'obbligo di libero accesso dei terzi[40]. La medesima sentenza contiene però anche una statuizione di segno inverso, che rivela una logica non unilaterale: poiché gli utenti di un sistema chiuso ricorrono alla rete pubblica in via residuale, applicare loro il metodo di calcolo degli oneri di dispacciamento previsto per gli altri utenti può risultare discriminatorio in assenza di giustificazione oggettiva[41].

La terza pronuncia ha ad oggetto la causa *Elektrorazpredelenie Yug* in cui il gestore del sistema di distribuzione della Bulgaria sud-orientale si opponeva all'autorità di regolazione, con l'intervento della società concessionaria di due terminal del porto di Burgas, i cui stabilimenti erano alimentati da una linea a media tensione di proprietà statale, attribuita alla concessionaria quale elemento patrimoniale necessario al funzionamento dei terminal e connessa al dispositivo a media tensione di una sottostazione appartenente al gestore della rete di trasmissione. In tale sentenza la Corte ha dichiarato che gli Stati membri non possono aggiungere ai criteri della tensione e della categoria dei clienti quello della proprietà dei beni impiegati; che un requisito nazionale di proprietà in capo al gestore non può avere l'effetto di sottrarre un sistema all'obbligo di conformarsi alla direttiva; e che tale requisito non può tradursi in un monopolio di durata illimitata né in una barriera all'ingresso per i terzi. L'avvocato generale ne aveva riassunto la *ratio* osservando che non possono esistere «*zone grigie*», ossia tratti di rete elettrica sottratti al regime giuridico della direttiva[42].

---

40 Corte giust., 28 novembre 2018, cause riunite C-262/17, C-263/17 e C-273/17, *Solvay Chimica Italia e a.*, punti 30-31, 34-35, 40-41, 48 e 58-60, nonché punti 1-3 del dispositivo. Le esenzioni corrispondenti sono oggi previste dall'art. 38 della direttiva (UE) 2019/944.

41 *Solvay Chimica Italia e a.*, cit., punti 66-73 e punto 4 del dispositivo.

42 *Elektrorazpredelenie Yug*, cit., punti 18-19, 55, 59, 71-74 e punto 1 del dispositivo; conclusioni dell'avvocato generale G. Pitruzzella, presentate il 16 maggio 2019, par. 78.

Va per completezza registrato il limite che la stessa giurisprudenza pone. Gli obblighi discendenti dalla disciplina dell'accesso riguardano l'accesso al sistema e non la connessione a esso, intesa come collegamento fisico: gli Stati membri conservano un margine nell'orientare gli utenti verso un tipo di rete piuttosto che un altro, purché secondo criteri obiettivi e non discriminatori, e l'utente non ha diritto di scegliere a propria discrezione la rete alla quale collegarsi. Ciò che in nessun caso può essere compresso è il diritto di scegliere il fornitore, garantito tanto nell'ipotesi di collegamento alla rete di trasmissione quanto in quella di collegamento alla rete di distribuzione[43].

La convergenza fra i due corpi normativi esaminati in questa parte è a questo punto evidente, e costituisce il risultato che si intende consegnare al prosieguo della trattazione. Il regolamento sui servizi portuali, ove correttamente interpretato, assoggetta l'alimentazione elettrica delle navi ormeggiate a una disciplina di accesso al mercato che ammette la riserva soltanto entro limiti tipici, procedimentalizzati e proporzionati, e che impone in ogni caso una soglia minima di contendibilità quando sia l'ente di gestione a fornire il servizio. La disciplina del mercato interno dell'energia elettrica, dal canto suo, qualifica in base a criteri oggettivi le infrastrutture che inoltrano energia a clienti finali, sottrae al legislatore nazionale il potere di crearne categorie esenti e conserva agli utenti il diritto di scegliere il fornitore anche quando la rete che li serve sia privata, chiusa o oggetto di concessione. I due regimi muovono da premesse diverse – l'uno dal mercato dei servizi portuali, l'altro dal mercato dell'energia – ma convergono sulla medesima prescrizione, e insieme colmano il silenzio serbato dai regolamenti del 2023: la riserva può legittimamente coprire l'impianto, non può estendersi all'energia che vi transita.

43 Corte giust., 9 ottobre 2008, causa C-239/07, *Sabatauskas e a.*, punti 42, 43 e 46-49, ripresi in *Elektrorazpredelenie Yug*, cit., punti 82-84.

3. La prospettiva seguita dal legislatore italiano

3.1. L'erogazione di energia elettrica alle navi ormeggiate come servizio di interesse economico generale *ex* art. 6, co. 4, lett. *c*), della l. n. 84/1994

La qualificazione dell'alimentazione elettrica delle navi ormeggiate come servizio di interesse economico generale è il risultato di una stratificazione normativa di cui vale la pena dare conto.

Nella sua formulazione originaria, l'art. 34-bis del d.l. n. 162/2019 – introdotto in sede di conversione[44] – non conteneva alcuna qualificazione. Era una disposizione esclusivamente tariffaria e fiscale: al co. 1 incaricava l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente di prevedere uno sconto sulle componenti a copertura degli oneri generali di sistema; al co. 2 introduceva un'aliquota di accisa ridotta per l'energia erogata da impianti di terra alle navi dotate di impianti elettrici di potenza installata superiore a trentacinque chilowatt, subordinandone però l'efficacia tanto a una decisione del Consiglio ai sensi della direttiva sulla tassazione dei prodotti energetici quanto all'autorizzazione della Commissione in materia di aiuti[45]. Il legislatore del 2020 disciplinava, in altri termini, il costo dell'energia, non il servizio.

La qualificazione compare soltanto con la l. n. 214/2023, che ha premesso all'articolo un co. 01, sostituito il co. 1 e inserito un co. 1-bis[46]. È in quella sede che l'erogazione di energia elettrica da impianti di terra alle navi ormeggiate viene dichiarata servizio di interesse economico generale fornito dal gestore dell'infrastruttura, e che il gestore stesso viene qualificato come cliente finale ai fini della regolazione delle partite di energia elettrica e come consumatore finale ai fini delle accise. Ed è nella medesima sede che il co. 1, nella nuova formulazione, riferisce lo

44 L'art. 34-bis è stato inserito dall'art. 1, co. 1, della l. 28 febbraio 2020, n. 8, in sede di conversione del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162.

45 Art. 34-bis, co. 2, 3 e 4, del d.l. n. 162/2019: l'efficacia dell'aliquota di accisa ridotta è subordinata tanto a una decisione del Consiglio ai sensi dell'art. 19 della direttiva 2003/96/CE quanto all'autorizzazione della Commissione ai sensi dell'art. 108, par. 3, TFUE.

46 Art. 3, co. 1, lett. *a*), *b*) e *c*), della l. 30 dicembre 2023, n. 214 (legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022), che ha rispettivamente premesso il co. 01, sostituito il co. 1 e inserito il co. 1-bis dell'art. 34-bis. Il co. 1 era già stato modificato dall'art. 48, co. 7-bis, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76.

sconto ai punti di prelievo dell'energia elettrica che alimentano le infrastrutture: una precisazione che recepisce puntualmente la segnalazione con la quale l'ARERA aveva chiesto che le agevolazioni non fossero riferite alla fornitura delle navi ormeggiate, non essendo compatibile con la piena liberalizzazione del mercato la definizione di una tariffa amministrata di fornitura[47]. La l. n. 214/2023 ha dunque spostato il baricentro della misura dalla nave all'impianto.

L'art. 34-bis non individua l'autorità competente, non indica il regime di affidamento e non richiama la legislazione portuale, limitandosi a stabilire che il gestore è individuato dall'autorità competente «*nelle forme e secondo le modalità previste dalla normativa vigente*»[48]. Il successivo d.m. 22 gennaio 2026, n. 10, ha colmato tale lacuna normativa introducendo sia la definizione dell'art. 1 sia la disposizione sostanziale dell'art. 2, qualificando il servizio di *cold ironing* come servizio di interesse economico generale ai sensi dell'art. 6, co. 4, lett. *c*), della l. n. 84/1994[49]. Il servizio viene cioè ricondotto alla categoria dei servizi di interesse generale del diritto portuale, quella delle attività dirette alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di prestazioni non coincidenti né strettamente connesse alle operazioni portuali[50]. Da questa saldatura discendono in via automatica la competenza delle Autorità di sistema portuale, il regime dell'affidamento in concessione mediante gara pubblica e l'operatività del divieto, posto dal medesimo articolo, di gestione diretta da parte delle AdSP.

La qualificazione del servizio di *cold ironing* come servizio di interesse economico generale permette, da un lato, di giustificare l'intervento pubblico – in termini di finanziamento dell'infrastruttura e di agevolazione tariffaria – senza incorrere nella violazione del divieto di aiuti di Stato (in dichiarata ottemperanza alle prescrizioni della decisione della Commissione del 17 giugno 2024, C/2024/3934); dall'altro, di legittimare la costituzione di posizioni di esclusiva, e dunque il passaggio da una concorrenza nel mercato a una concorrenza per il

47 ARERA, documento per la consultazione 449/2022/R/eel del 27 settembre 2022, punti 8.3, lett. *a*), e 8.4, ove l'Autorità riferisce di avere segnalato alla Presidenza del Consiglio dei ministri l'opportunità di riferire le agevolazioni alla fornitura di energia elettrica alle infrastrutture di *cold ironing* e non alla fornitura alle navi ormeggiate in porto.

48 Art. 34-bis, co. 01, secondo periodo, del d.l. n. 162/2019.

49 D.m. 22 gennaio 2026, n. 10, art. 1, co. 1, n. 6), e art. 2, co. 1.

50 L. 28 gennaio 1994, n. 84, art. 6, co. 4, lett. *c*), nel testo risultante dal d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169, corrispondente all'originario art. 6, co. 1, lett. *c*).

mercato ai fini dello svolgimento del servizio; e, infine, di porre in capo al concessionario obblighi di servizio pubblico.

L'effetto di tale previsione è, da un lato, la problematica configurazione quale SIEG di un'attività liberalizzata soggetta alla regolazione del settore elettrico e, dall'altro, l'integrale attrazione di tale attività nell'ambito dell'ordinamento portuale. Con riferimento all'effettiva esistenza di obblighi di servizio pubblico in capo al gestore del *cold ironing* occorre invece rilevare come il decreto ne ponga soltanto due: la garanzia di condizioni di accesso e di fornitura eque e non discriminatorie, con pubblicazione delle condizioni previa condivisione con l'Autorità portuale, e la facoltà – non l'obbligo – per l'Autorità di introdurre un criterio di priorità in favore delle navi impiegate in servizi di continuità territoriale, nei limiti in cui ciò sia necessario a garantirne la puntualità[51]. Non vi è obbligo di contrarre, non vi è obbligo di universalità, non vi sono standard di continuità o di qualità del servizio, non vi è disciplina del rifiuto della prestazione, non vi è previsione di un fornitore di ultima istanza per il traffico occasionale. Manca, soprattutto, la durata degli obblighi, che è elemento essenziale di ogni atto di incarico secondo la stessa disciplina dell'Unione richiamata nel preambolo del decreto[52]. Ne risulta un servizio di interesse economico generale al quale corrisponde, sul piano degli obblighi, poco più di una clausola di non discriminazione.

Se l'estensione dell'oggetto del servizio alla gestione e alla manutenzione degli impianti OPS muove senz'altro nella direzione corretta, poiché riconosce che il cuore del servizio in parola è infrastrutturale, occorre rimarcare come a quest'estensione non corrisponda la sottrazione della vendita dell'energia alla nave che resta invece ricompresa nel medesimo perimetro, con la conseguenza che il servizio di interesse economico generale finisce così per abbracciare simultaneamente un segmento di rete, che l'esclusiva può legittimamente coprire, e un segmento di mercato, che invece non sembrerebbe poter legittimamente coprire.

---

51 D.m. n. 10/2026, art. 4, co. 6.

52 Sugli elementi che l'atto di incarico deve contenere – oggetto e durata degli obblighi di servizio pubblico, impresa incaricata e territorio interessato, natura dei diritti esclusivi, parametri di calcolo, controllo e revisione della compensazione, modalità per evitare ed eventualmente recuperare le sovracompensazioni – si vedano gli atti richiamati nello stesso preambolo del decreto: la comunicazione della Commissione 2012/C 8/02 e la disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia (2022/C 80/01).

3.2. Le modalità di affidamento della concessione ai sensi dell'art. 6, co. 10, l. n. 84/1994 e del d.m. 22 gennaio 2026, n. 10

L'art. 2 del d.m. 22 gennaio 2026, n. 10 prescrive che i gestori delle infrastrutture di *cold ironing* siano individuati dalle AdSP «*sulla base della procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell'articolo 6, comma 10, della legge n. 84/1994 e del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*». Tale procedura, prosegue il co. 3 del medesimo articolo, deve garantire «*il rispetto dei principi di concorrenza, economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*», tenendo conto «*dell'eventuale finanziamento pubblico degli impianti e dell'esigenza di incentivare la massima diffusione ed utilizzo di tale modalità di alimentazione anche con riferimento al piano tariffario proposto*».

In modo coerente con queste previsioni, le già richiamate linee guida del MIT sul rilascio delle concessioni del servizio e la predisposizione degli atti di gara specificano ulteriormente che «*le procedure di affidamento per l'individuazione del gestore dell'infrastruttura per l'erogazione del servizio di cold ironing sono regolate dai principi stabiliti dal nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 36/2023 e dal regime proprio delle concessioni di servizi, stabilito dal Libro IV Parte I e II, nonché Titoli I, II, III, IV dello stesso*». Ferma restando l'autonomia delle AdSP rispetto alla selezione degli strumenti contrattuali previsti dal d.lgs. n. 36/2023 ritenuti più opportuni in funzione delle caratteristiche dell'operazione da realizzare, quanto al procedimento di affidamento, le linee guida rinviano: i) all'istituto del partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale, comprendente la concessione (art. 174), anche nelle forme della finanza di progetto, escludendo invece forme di partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale (art. 174, co. 4); ii) al contratto misto di concessione (art. 180, per le concessioni di lavori e servizi), utilizzabile laddove il servizio di *cold ironing* oggetto di affidamento comprenda sia la gestione dell'infrastruttura che il suo ulteriore sviluppo; e, infine, iii) alla finanza di progetto (art. 193).

L'architettura dell'affidamento disegnata dal d.m. 22 gennaio 2026, n. 10 si articola su tre livelli e su due titoli. Sul piano soggettivo, la Direzione generale per i porti individua gli ambiti ottimali e l'Autorità competente per ciascuno di essi; l'Autorità così designata seleziona il gestore mediante procedura a evidenza pub-

blica ai sensi dell'art. 6, co. 10, della legge porti e del codice dei contratti pubblici[53]; ove l'ambito comprenda più Autorità, queste possono regolare l'organizzazione dell'affidamento mediante accordi di collaborazione. Sul piano oggettivo, all'affidamento del servizio si accompagna il rilascio di una concessione demaniale marittima ai sensi dell'art. 36 del codice della navigazione[54].

La costruzione è lineare e, nel suo presupposto, coerente. Presenta tuttavia alcuni punti critici che vale la pena analizzare, seppur sinteticamente, punto per punto.

Il primo attiene alla duplicazione dei titoli. L'art. 6, co. 10, della legge porti già dispone che l'esercizio dei servizi di interesse generale sia affidato in concessione mediante gara pubblica. A essa il decreto affianca la concessione demaniale marittima. Il rapporto fra i due titoli non è regolato: nulla si dice sull'allineamento delle rispettive durate, sulle conseguenze della decadenza o della revoca dell'uno sull'altro, sul regime dei beni al termine del rapporto. Poiché i due titoli hanno causa, disciplina ed estinzione differenti, il disallineamento è una possibilità concreta, e la sua gestione è rimessa per intero agli atti di gara e ai diversi rimedi previsti dalle linee guida con riferimento ai rapporti tra il concessionario del servizio di *cold ironing* e i titolari delle concessioni che insistono nella stessa area o banchina in cui risiede l'infrastruttura di *cold ironing*.

Il secondo attiene alla perimetrazione dell'ambito. La definizione del decreto precisa che il *cluster* è «*comprensivo dei porti di rilevanza regionale*»[55]: l'ambito si estende dunque al di là del sistema portuale dell'Autorità designata. Ciò solleva una questione di competenza che il decreto non affronta, poiché i poteri dell'Autorità di sistema portuale sono istituzionalmente circoscritti alla propria circoscrizione territoriale, e l'affidamento di un servizio destinato a essere reso in scali che non appartengono a quel sistema richiederebbe una base legale che il decreto non possiede e non potrebbe attribuirsi.

---

53 L. n. 84/1994, art. 6, co. 10, corrispondente all'originario art. 6, co. 5, a norma del quale l'esercizio delle attività di cui al co. 4, lett. *b*) e *c*), è affidato in concessione dall'Autorità mediante gara pubblica; d.m. n. 10/2026, art. 2, co. 1, che richiama tale disposizione unitamente al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

54 D.m. n. 10/2026, art. 2, co. 2 e 4; il preambolo richiama altresì il regolamento 28 dicembre 2022, n. 202, recante disciplina per il rilascio di concessioni di aree e banchine.

55 D.m. n. 10/2026, art. 1, co. 1, n. 2).

Il terzo attiene alla durata, che rappresenta la variabile che determina, ad un tempo, la bancabilità dell'operazione e la contendibilità futura del mercato, ed è elemento essenziale dell'affidamento. Il problema è acuito dalla provenienza in larga parte pubblica delle risorse impiegate: un investimento sovvenzionato richiederebbe durate più contenute e, soprattutto, la predeterminazione del valore residuo e delle condizioni di subentro, che sono ciò che rende effettivamente aperta la gara successiva. Il decreto si limita a prescrivere che il bando «*tenga conto dell'eventuale finanziamento pubblico degli impianti*»[56], formula che rimette all'amministrazione procedente l'intera questione.

Il quarto attiene alla qualificazione del rapporto. Il piano economico-finanziario in equilibrio, i ricavi tratti dalle tariffe applicate agli utenti e il margine di utile ragionevole tendente al costo medio ponderato del capitale investito[57] compongono lo schema tipico della concessione. Ma il rischio operativo, che di quello schema è l'elemento qualificante, si presenta in misura assai diversa a seconda dello scenario: nei porti soggetti agli obblighi europei e a decorrere dal 2030 la domanda è imposta per legge e la remunerazione è costruita sui costi, sicché il rischio si assottiglia fino a porre il problema della riconducibilità del rapporto all'appalto anziché alla concessione; nei porti non soggetti a tali obblighi, e prima di quella data, il rischio di domanda è invece pieno. Il decreto adotta un unico schema per due profili di rischio radicalmente diversi.

Il quinto attiene ai requisiti di partecipazione. Il decreto ammette alla procedura l'impresa, o il raggruppamento costituito o costituendo, che dimostri comprovata esperienza nella gestione di infrastrutture energetiche complesse, di reti di distribuzione elettrica, di impianti di *cold ironing* ovvero di stazioni di ricarica ad alta potenza o analoghe, anche operanti al di fuori del territorio dell'Unione purché nel rispetto di standard tecnici e di sicurezza equivalenti[58]. La selezione è dunque orientata verso operatori del settore energetico e non verso operatori portuali: il che conferma, sul piano dei fatti, che l'attività oggetto dell'affidamento appartiene alla filiera elettrica prima che a quella portuale. Vi è però un dato ulteriore. Il richiamo espresso alle stazioni di ricarica ad alta potenza

56 D.m. n. 10/2026, art. 2, co. 3, ultimo periodo.
57 D.m. n. 10/2026, art. 4, co. 1.
58 D.m. n. 10/2026, art. 3, co. 1.

importa nel diritto dei porti l'analogia con un settore nel quale la distinzione fra chi gestisce il punto di ricarica e chi vende l'energia è stata costruita come condizione dell'apertura del mercato, e presidiata da obblighi di accesso, di trasparenza dei prezzi e di pagamento *ad hoc*. Il decreto ne mutua i requisiti professionali senza mutuarne però l'architettura.

Infine, la disposizione che presidia gli obblighi del gestore prevede che, in caso di presunta violazione, l'Autorità informi il Ministero vigilante e, ove le condotte siano suscettibili di integrare violazioni della disciplina *antitrust* nazionale o dell'art. 102 del Trattato, trasmetta segnalazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e all'Autorità di regolazione dei trasporti. Il meccanismo è opportuno, ma la disposizione rinvia agli «*obblighi previsti dal comma 5*» – che disciplina la delimitazione temporale delle agevolazioni e non enuncia obblighi del gestore – anziché al co. 6, che è la sede degli obblighi di accesso e fornitura equi e non discriminatori: un difetto di coordinamento redazionale che, se non corretto, priva di aggancio testuale proprio il rimedio più significativo[59].

Un rilievo autonomo merita, infine, il meccanismo di monitoraggio, che è la parte più originale del decreto. Le AdSP trasmettono semestralmente i dati sui volumi, sulle agevolazioni riconosciute, sulle tariffe corrisposte ai fornitori di energia e sui piani tariffari applicati; la Direzione generale del MIT rileva il prezzo medio del combustibile marino impiegato per l'autoproduzione di bordo, i costi derivanti dal sistema europeo di scambio di quote e il rendimento medio dei motori; e provvede annualmente a confrontare il prezzo medio nazionale del servizio con i costi dell'autoproduzione, valutando la soppressione o la riduzione dell'agevolazione al fine di garantirne la proporzionalità, con comunicazione degli esiti all'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente[60]. È un dispositivo intelligente, che riconosce espressamente ciò che l'intera vicenda ha come posta: se l'energia da terra non costa meno dell'autoproduzione, l'infrastruttura resta

59 D.m. n. 10/2026, art. 4, co. 7. Il rinvio al «*comma 5*» è verosimilmente frutto di un difetto di coordinamento redazionale: il co. 5 disciplina la delimitazione delle agevolazioni a decorrere dal 1° gennaio 2030 e non enuncia obblighi suscettibili di violazione da parte del gestore, mentre gli obblighi di accesso e fornitura equi e non discriminatori, cui la segnalazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e all'Autorità di regolazione dei trasporti evidentemente si riferisce, sono enunciati dal co. 6.

60 D.m. n. 10/2026, art. 5, co. da 1 a 4.

inutilizzata.

Due osservazioni, però, ne limitano la portata. La prima è che il confronto è condotto sul prezzo medio nazionale del servizio: una media che neutralizza per costruzione proprio ciò che il monitoraggio dovrebbe intercettare, cioè gli scostamenti locali riconducibili all'esclusiva di ambito. La seconda, e più seria, riguarda il rimedio prescelto. Se dal confronto emerge che il servizio costa troppo, la conseguenza prevista non è l'apertura del mercato ma la riduzione o la soppressione dell'agevolazione: una risposta calibrata sull'esigenza di proporzionalità dell'aiuto, e dunque sulla tutela dell'erario e della concorrenza fra Stati, non sulla posizione dell'armatore, il quale si troverebbe a pagare un prezzo elevato praticato da un fornitore non contendibile e, per giunta, privato del beneficio. È la conferma, sul piano dei rimedi, di ciò che si è osservato sul piano della qualificazione: il decreto guarda al *cold ironing* come a una misura di aiuto da mantenere proporzionata, non come a un mercato da rendere contendibile.

Nessuno dei rilievi qui svolti richiederebbe di per sé una completa riscrittura dell'impianto normativo. La struttura a tre livelli, il doppio titolo, il piano economico-finanziario e il meccanismo di monitoraggio reggerebbero senza modifiche una diversa perimetrazione dell'oggetto del servizio di *cold ironing*: sarebbe sufficiente che le procedure di affidamento avessero ad oggetto la messa a disposizione dell'infrastruttura a condizioni di accesso regolate, e che la vendita dell'energia alla nave restasse al mercato, con un fornitore di ultima istanza per il traffico occasionale.

3.3. La qualificazione del gestore come cliente finale e la sua compatibilità con la deliberazione ARERA 894/2017/R/eel

La qualificazione del gestore del servizio di *cold ironing* come cliente finale resta però la previsione forse più problematica dell'intero impianto normativo in esame. L'art. 34-bis dispone che il gestore è cliente finale ai sensi del d.lgs. n. 79/1999 ai fini della regolazione delle partite di energia elettrica prelevata dalla rete pubblica o dal sistema di distribuzione chiuso a cui l'infrastruttura è connessa, e consumatore finale ai fini dell'applicazione del testo unico delle accise[61]. En-

61 Art. 34-bis, co. 01, lett. *a*) e *b*), del d.l. n. 162/2019; d.m. n. 10/2026, art. 1, co. 1, n. 8), e art. 3, co. 2.

trambe le qualificazioni sono dunque teleologicamente circoscritte: valgono per il *settlement* e per la fiscalità, non enunciano uno statuto generale. E la medesima disposizione, al co. 1-bis, denomina gli armatori «*utilizzatori finali del servizio di cold ironing*», distinguendoli con cura dal cliente finale dell'energia[62]. L'architettura della norma primaria è, in sé, coerente: il gestore è perciò cliente finale dell'elettricità, l'armatore è invece l'utilizzatore finale del servizio di *cold ironing*, nel cui perimetro v'è anche la vendita dell'energia.

L'art. 4, co. 3, prevede che il gestore sia tenuto a comunicare i dati relativi «*all'energia fornita ai clienti finali in volume e valore, disaggregati per singola fornitura*»; mentre l'art. 5, co. 1, dispone che le Autorità trasmettano al Ministero «*i volumi di energia forniti ai clienti finali e il relativo piano tariffario applicato, disaggregati per singola fornitura*»[63]. In queste due disposizioni l'espressione «clienti finali» non sembra designare il gestore – che è il soggetto obbligato alla comunicazione e il fornitore dell'energia di cui si riferisce – ma soltanto le navi. Il decreto usa dunque la medesima locuzione per indicare, in punti diversi, due soggetti diversi. Quella appena segnalata non sembra una semplice imprecisione lessicale, bensì la spia che la costruzione formale – secondo cui il gestore è cliente finale mentre l'armatore sarebbe l'acquirente di un servizio – non regge ad una lettura sostanziale dell'operazione, che è una fornitura di energia misurata in volume, valorizzata per singola fornitura e articolata in componenti tariffarie.

Ulteriori rilievi critici in ordine alla compatibilità della qualificazione del concessionario come cliente finale ai sensi del d.lgs. n. 79/1999 emergono altresì alla luce della deliberazione ARERA 21 dicembre 2017, 894/2017/R/eel concernente i cosiddetti «clienti nascosti», ovvero i casi in cui un soggetto assuma la veste di cliente finale per impianti di consumo messi a disposizione di terzi.

Il d.lgs. n. 79/1999, nel liberalizzare il mercato elettrico, ha stabilito che il trasporto di energia elettrica per la consegna ai clienti finali – trasmissione e distribuzione – sia svolto in regime di concessione, prevedendo la deroga soltanto per le fattispecie qualificabili come autoapprovvigionamento[64]. Su questa base

62 Art. 34-bis, co. 1-bis, primo periodo, del d.l. n. 162/2019.

63 D.m. n. 10/2026, art. 4, co. 3, e art. 5, co. 1.

64 D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, art. 2, co. 3, 5, 14, 24 e 25-sexies. Sul regime concessorio delle attività di trasporto per la consegna ai clienti finali e sulla deroga per le fattispecie di

l'Autorità ha costruito una bipartizione esaustiva: da un lato le reti elettriche, pubbliche o chiuse, caratterizzate dalla coesistenza di una pluralità di clienti finali e di produttori; dall'altro i sistemi semplici di produzione e consumo, sistemi privati nei quali il trasporto non è attività di distribuzione ma di autoapprovvigionamento, e che postulano di regola un solo produttore e un solo cliente finale[65]. Ogni configurazione elettrica deve collocarsi in una delle due categorie: non sono ammessi *tertia genera*.

La deliberazione ARERA in parola ha aggiornato la definizione di unità di consumo, stabilendo che essa coincide di norma con la singola unità immobiliare e ammettendo l'aggregazione di più unità in tre soli casi, l'ultimo dei quali è quello qui rilevante: unità immobiliari nella piena disponibilità della medesima persona giuridica, eventualmente da quest'ultima messe a disposizione di soggetti terzi, localizzate su particelle catastali contigue, all'interno di un unico sito e utilizzate per attività produttive di beni o servizi destinate prevalentemente alla realizzazione, in quello stesso sito, di un unico prodotto finale o servizio[66]. La motivazione precisa la *ratio* e, soprattutto, il limite: in tali casi la persona giuridica che svolge l'attività principale si configura come il cliente finale elettrico e fornisce servizi, non energia elettrica, ai soggetti che svolgono le attività secondarie, sicché non può configurarsi un'attività interna di vendita di energia né può esservi fatturazione avente a oggetto i consumi elettrici; e la fattispecie è costruita sull'*outsourcing* di attività prive di indipendenza funzionale ed economica, che non sono attive se non è attiva l'attività principale e che non hanno altra fonte di reddito nel sito in assenza del rapporto commerciale esclusivo[67].

Il confronto con la fattispecie del *cold ironing* dà esito negativo su tutti e tre i requisiti. Quanto al primo – piena disponibilità, contiguità catastale, unicità

---

autoapprovvigionamento, ARERA, deliberazione 21 dicembre 2017, 894/2017/R/eel, parte motiva.

65 Deliberazione 894/2017/R/eel, parte motiva, ove si dà conto della bipartizione fra reti elettriche – reti pubbliche e sistemi di distribuzione chiusi, a loro volta distinti in reti interne di utenza e altri sistemi di distribuzione chiusi – e sistemi semplici di produzione e consumo, questi ultimi caratterizzati dalla presenza di un solo produttore e di un solo cliente finale.

66 Deliberazione 894/2017/R/eel, punti 1 e 2 del deliberato, che sostituiscono rispettivamente la lett. *pp*) dell'art. 1, co. 1.1, del Testo integrato dei sistemi semplici di produzione e consumo e la lett. *oo*) dell'art. 1, co. 1.1, del Testo integrato dei sistemi di distribuzione chiusi.

67 Deliberazione 894/2017/R/eel, parte motiva, sezione «*Ritenuto opportuno*».

del sito – la difficoltà è evidente già nella dimensione del singolo scalo, dove le banchine elettrificate sono disperse e non necessariamente contigue, e diventa insormontabile nella dimensione dell'ambito ottimale, che per definizione comprende più porti e, secondo il decreto, anche porti di rilevanza regionale. Un ambito pluriportuale non può costituire un'unica unità di consumo, e a ogni unità di consumo deve corrispondere un solo punto di connessione e un solo contratto di trasporto in prelievo. Che il perimetro non sia limpido lo ammette lo stesso decreto, il quale impone al gestore di dichiarare se il punto di prelievo alimenti esclusivamente impianti di *cold ironing* e, in caso contrario, di definire una procedura di calcolo per delimitare i soli volumi dedicati, sulla base di una relazione tecnica asseverata[68].

Quanto al secondo requisito, l'aggregazione presuppone che le attività dei terzi siano prevalentemente destinate alla realizzazione, nel medesimo sito, di un unico prodotto o servizio finale, e che si tratti di attività secondarie prive di indipendenza funzionale ed economica. La nave non è nulla di tutto ciò: è un operatore economico autonomo, dotato di ricavi propri, transitoriamente presente nel sito, la cui attività non è di supporto al *core business* del porto ma ne costituisce la ragione. Il gestore non esternalizza alla nave un'attività accessoria: le vende una prestazione. La distanza rispetto al modello dell'*outsourcing* industriale sul quale la deliberazione è costruita è perciò particolarmente evidente.

Quanto al terzo requisito, quello che la stessa ARERA pone come condizione di ammissibilità, il decreto lo contraddice nella struttura stessa del corrispettivo. Il gestore definisce «*la tariffa del servizio*», riconosce agli armatori i crediti relativi alle quote di agevolazione non corrisposte in tariffa «*sotto forma di conguaglio o di sconto sulle forniture successive*» e rendiconta «*l'energia fornita ai clienti finali in volume e valore, disaggregati per singola fornitura*», con indicazione delle diverse componenti tariffarie[69]. Sono, punto per punto, gli indici che la deliberazione del 2017 impiega per escludere la configurabilità di un servizio e

68 D.m. n. 10/2026, art. 3, co. 4, lett. *e*), che impone al gestore di dichiarare se il punto di prelievo sia dedicato in via esclusiva all'alimentazione degli impianti di *cold ironing* e, in caso contrario, di definire la procedura di calcolo idonea a delimitare i soli volumi dedicati, sulla base di una relazione tecnica asseverata.

69 D.m. n. 10/2026, art. 4, co. 2 e 3.

per affermare quella di una vendita: la commisurazione ai volumi di energia effettivamente prelevati, la valorizzazione per singola fornitura, la scomposizione in componenti.

Ne discende un dilemma (formalmente un servizio, sostanzialmente una rivendita misurata al chilowattora) dal quale l'assetto vigente non sembra avere via d'uscita. O le navi sono clienti finali dell'energia e allora il trasporto dell'energia lungo la linea elettrica che dal punto di prelievo del gestore raggiunge la banchina è attività di distribuzione, soggetta a regime concessorio e all'obbligo di connessione dei terzi; oppure, se si nega tale qualificazione, occorre che sussistano le condizioni della deliberazione ARERA che, tuttavia, non paiono ricorrere con riferimento al caso di specie. Il *tertium* che il decreto presuppone – un soggetto che è cliente finale dell'energia e insieme venditore esclusivo di una prestazione misurata in energia a una pluralità di utenti autonomi – non sembra trovare una legittima collocazione nella regolazione del settore elettrico.

A conferma di ciò si noti come la stessa ARERA, con la deliberazione in parola, abbia imposto ai cosiddetti clienti finali «nascosti» – i clienti finali non connessi direttamente o indirettamente alla rete pubblica né appartenenti a un sistema di distribuzione chiuso o a un sistema semplice di produzione e consumo – di autodichiararsi e di chiedere la connessione o l'identificazione di un sistema di distribuzione chiuso, sotto comminatoria di penale[70]. Una nave alimentata a valle del punto di prelievo del gestore, mediante linee elettriche portuali e impianti OPS, e fatturata sui volumi prelevati, sembrerebbe trovarsi esattamente in quella posizione.

La conclusione che si impone non è però che la qualificazione operata dall'art. 34-bis sia illegittima. Essa è anzi corretta, e necessaria, nei limiti in cui la norma primaria la enuncia: il gestore è cliente finale *ai fini della regolazione delle partite*, perché qualcuno deve pur essere titolare del punto di prelievo e responsabile del contratto di trasporto. Ciò che non regge è l'uso che di quella qualificazione è stato fatto ai fini della configurazione giuridica del servizio di *cold ironing*,

70 Deliberazione 894/2017/R/eel, parte motiva e punto 3 del deliberato, in relazione alla deliberazione 20 aprile 2017, 276/2017/R/eel; il termine per l'autodichiarazione dei clienti finali non connessi direttamente o indirettamente alla rete pubblica né appartenenti a sistemi di distribuzione chiusi o a sistemi semplici di produzione e consumo è stato posticipato al 30 giugno 2018, con applicazione di una penale in caso di regolarizzazione tardiva.

dove da una regola di imputazione delle partite si è tratto il perimetro del servizio, e dalla titolarità del punto di prelievo si è dedotta l'esclusiva sulla vendita. La deliberazione ARERA in esame dimostra che la regolazione del settore elettrico conosce quel modello, ammettendolo però solo in presenza di precise condizioni che, nel caso del *cold ironing*, non sembrano essere soddisfatte.

4. Il perimetro del servizio e la struttura del rapporto concessorio

4.1. Il perimetro del servizio di *cold ironing* nel d.m. 22 gennaio 2026, n. 10: il modello dell'«intermediario standard»

La più recente indagine comparata sull'attuazione dell'obbligo europeo nei porti dell'Unione classifica le configurazioni osservate secondo il soggetto cui compete in via prevalente la fornitura di energia, la determinazione dei prezzi e il coordinamento dell'infrastruttura, ricavandone tre archetipi[71]. Il primo, definito dell'intermediario standard (o, secondo la terminologia utilizzata nelle pagine precedenti, "*Standard Intermediary*"), si caratterizza per il fatto che il porto conserva il rapporto con il cliente, si approvvigiona dell'energia e la rivende alle navi – con o senza margine – e mantiene una discrezionalità significativa sui corrispettivi, che possono comporsi di canoni d'uso, oneri connessi all'energia e tariffe ambientali; mentre l'interazione con il gestore di rete resta limitata allo scambio di informazioni sulla domanda attesa e alla definizione dei parametri tecnici di prelievo[72]. Il secondo, dell'intermediario attivo, aggiunge a ciò la gestione in proprio della rete di distribuzione chiusa e la pianificazione della capacità. Il terzo, del *facilitatore*, sottrae al porto l'intermediazione energetica e gli lascia la messa a disposizione dell'infrastruttura e il coordinamento dell'accesso, mentre l'armatore contratta direttamente con il fornitore[73].

---

71 S. Ennis e a., *Regulatory and Business Innovation*, cit., 8-9 e Appendice A, ove i casi sono assegnati agli archetipi «*secondo il soggetto cui compete in via prevalente la fornitura di energia, la determinazione dei prezzi e il coordinamento dell'infrastruttura*».

72 Ivi, 9-11. Nel campione il modello è osservato, fra gli altri, a Helsinki, Oslo, Kiel, Kristiansand, Göteborg, Aarhus, Copenaghen, Amburgo e Livorno.

73 Ivi, 11-13 (modello dell'intermediario attivo, riferito al gruppo dei porti di Stoccolma) e 13-15 (modello del facilitatore, osservato a Helsinki – South Harbour – e in alcuni terminal di Oslo).

Se confrontata con il d.m. 22 gennaio 2026, n. 10, la griglia restituisce un esito univoco su tutte e cinque le dimensioni sulle quali gli archetipi sono costruiti. Quanto alla proprietà e al finanziamento dell'infrastruttura, gli impianti sono in larga parte realizzati con risorse pubbliche e insistono su beni demaniali. Quanto all'approvvigionamento dell'energia, il gestore è qualificato come cliente finale e acquista dunque in nome e per conto proprio l'energia che poi eroga alle navi[74]. Quanto all'autorità tariffaria, essa spetta al gestore, che propone il piano tariffario e definisce la tariffa del servizio nell'ambito di un piano economico-finanziario che deve coprire i costi e assicurare un margine di utile ragionevole[75]. Quanto alla responsabilità operativa, l'oggetto del servizio comprende, oltre all'erogazione, la gestione e la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti[76]. Quanto infine all'intensità del coordinamento con la rete, essa resta contenuta: il gestore regola i rapporti con il gestore della rete di trasmissione mediante un regolamento di esercizio e alimenta flussi informativi periodici verso l'Autorità portuale e il Ministero, senza assumere funzioni di pianificazione della capacità[77].

Il modello delineato dal legislatore italiano sembra, per ciascuno di questi indici, riconducibile a quello dell'intermediario standard. Esso presenta tuttavia due varianti che meritano di essere rimarcate, perché non trovano riscontro nel campione europeo e ne modificano in modo significativo le implicazioni. La prima è la dissociazione fra il ruolo di intermediario e la figura dell'AdSP. Nei casi europei l'intermediario è il porto stesso, che acquista e rivende in proprio; nel modello italiano il divieto di gestione diretta impone che l'intermediazione sia affidata a un concessionario, mentre all'AdSP restano funzioni di regolazione – approvazione delle condizioni di accesso, pubblicazione, vigilanza, rendicontazione – secondo il principio di separazione fra funzioni regolatorie e attività economiche che le linee guida ministeriali ribadiscono espressamente[78]. La dissociazio-

74 D.m. n. 10/2026, art. 1, co. 1, n. 8), e art. 3, co. 2.

75 D.m. n. 10/2026, art. 4, co. 1.

76 D.m. 22 gennaio 2026, n. 10, art. 1, co. 1, n. 6).

77 D.m. n. 10/2026, art. 3, co. 3, quanto al regolamento di esercizio con il gestore della rete di trasmissione; art. 4, co. 3, e art. 5, co. 1 e 2, quanto ai flussi informativi.

78 Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Direzione generale per i porti, la logistica e l'intermodalità, *Linee guida per l'affidamento del servizio di cold ironing*, rese note con comunicato del 17 luglio 2026; il repertorio della documentazione ministeriale le associa al

ne è, in sé, coerente con l'assetto della legislazione portuale e va valutata positivamente sotto il profilo del conflitto di interessi. Ma produce un effetto che nessuno dei casi europei conosce: il margine dell'intermediazione viene privatizzato, mentre nel modello dell'intermediario standard esso resta in capo a un soggetto pubblico e concorre a finanziare l'infrastruttura. La seconda variante è quella dimensionale. In tutti i casi esaminati la configurazione è definita a livello di singolo porto o, al massimo, di gruppo portuale sottoposto a proprietà unitaria, e può mutare da terminal a terminal all'interno dello stesso scalo: a Helsinki e a Oslo il modello del facilitatore convive, in banchine diverse, con configurazioni riconducibili al modello dell'intermediario standard. Il decreto MIT innalza invece l'esclusiva al livello dell'ambito ottimale, che comprende una pluralità di porti, e la irrigidisce nella forma di un rapporto concessorio di durata pluriennale. La convivenza fra modelli diversi nel medesimo scalo – che nel campione europeo è un dato di fatto ricorrente e non un'anomalia – risulta così preclusa per costruzione.

La rilevanza di questa duplice scelta emerge se si considerano le frizioni che la stessa indagine individua come tipiche dell'attuazione dell'obbligo: l'opacità nella formazione del prezzo e nell'imputazione dei costi, il coordinamento con il gestore di rete e gli adeguamenti infrastrutturali, la contendibilità della fornitura in banchina. Le prime e le terze sono espressamente indicate come più acute proprio nel modello dell'intermediario standard, dove la rivendita gestita dal porto può limitare la scelta del fornitore e rendere indistinguibili la componente energia, gli oneri di rete e il margine[79]. Il decreto MIT adotta dunque la configurazione più esposta a entrambe, e vi risponde soltanto rispetto alla prima, mediante gli obblighi di rendicontazione e di trasferimento integrale delle agevolazioni; rispetto alla seconda non predispone alcun rimedio.

---

decreto dirigenziale n. 188 del 22 maggio 2026. Il documento ribadisce che le Autorità non gestiscono direttamente il servizio ma ne organizzano l'affidamento mediante procedura di evidenza pubblica secondo il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

79 S. Ennis e a., *Regulatory and Business Innovation*, cit., 19-21, ove le frizioni sono designate come F1 (*pricing transparency and cost-allocation friction*), F2 (*grid-coordination and infrastructure-upgrade friction*) e F3 (*contestability and electricity-market access friction*), con indicazione dei modelli maggiormente esposti nella Tabella 3.

Occorre inoltre evidenziare come dall'analisi in parola emerga l'esistenza di una possibile variante rispetto al modello dell'intermediario standard, in parte meno problematica rispetto ai profili poc'anzi richiamati. È quella dell'intermediario attivo nella quale il porto (ovvero il soggetto da quest'ultimo delegato per la gestione del servizio) non applica alcun margine sull'energia e costruisce i corrispettivi come somma di oneri di rete e canoni d'uso dell'impianto, secondo una logica dichiaratamente orientata ai costi[80]. L'esistenza di tale variante rispetto al modello dell'intermediario standard, già sperimentata in alcuni porti europei, dimostra come la funzione di intermediazione possa essere esercitata senza che alla vendita dell'energia sia associata una remunerazione autonoma, permettendo in tal modo di superare alcune delle criticità segnalate nelle pagine precedenti in ordine alla compatibilità della riconduzione dell'attività di vendita dell'energia nel perimetro del servizio di interesse economico generale concernente il *cold ironing*.

4.2. La concessione demaniale marittima *ex* art. 36 cod. nav. come presupposto necessario dello svolgimento del servizio

Il decreto MIT stabilisce che l'affidamento del servizio «*comporta*» il rilascio al gestore, da parte dell'Autorità di sistema portuale territorialmente competente, di una concessione demaniale marittima ai sensi dell'art. 36 del codice della navigazione[81]. Il titolo demaniale non è configurato come atto del tutto autonomo, bensì come conseguenza necessaria dell'aggiudicazione del servizio.

La necessità discende dalla materialità della prestazione oggetto del servizio. Le sottostazioni, i quadri, i convertitori di frequenza, i sistemi di gestione del cavo e i punti di connessione insistono su banchine e aree appartenenti al demanio marittimo: senza la disponibilità giuridica del bene non vi è impianto, e senza impianto non vi può essere servizio. La concessione demaniale non è perciò semplicemente un atto accessorio rispetto all'affidamento del servizio ma il suo presupposto; tuttavia la scelta di farla discendere automaticamente dall'esito della gara risponde alla condivisibile esigenza di evitare che la procedura comparativa per

80 Ivi, 12, ove si riferisce che nel modello dell'intermediario attivo i porti non applicano alcun margine sull'energia fornita e la struttura dei corrispettivi si compone di oneri di rete e canoni d'uso dell'impianto.

81 D.m. n. 10/2026, art. 2, co. 4.

l'assegnazione del bene, retta dalle regole del codice della navigazione[82], possa sovrapporsi alla procedura di evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di *cold ironing*, assicurando comunque che l'accesso alla risorsa scarsa avvenga all'esito di una selezione aperta, in conformità con il diritto eurounitario[83].

Tale soluzione lascia tuttavia irrisolti quattro problemi di coordinamento. Il primo è la durata. I due titoli hanno regimi temporali distinti, e il decreto non ne prescrive l'allineamento; le linee guida ministeriali indicano per la concessione del servizio un arco compreso indicativamente fra cinque e dieci anni[84], ma nulla assicura che la concessione demaniale segua il medesimo termine, né si dispone alcunché sulle conseguenze reciproche della decadenza, della revoca o della risoluzione. Poiché i due rapporti hanno causa, disciplina ed estinzione differenti, il disallineamento non è un'ipotesi teorica. Il secondo è il canone, sul quale il decreto MIT tace. La questione non è marginale, perché nella maggior parte dei casi l'oggetto della concessione non è un'area nuda ma un bene attrezzato: l'impianto è già stato realizzato con risorse pubbliche ed è messo a disposizione del gestore. Un canone determinato secondo i criteri ordinari, commisurati all'area occupata, non intercetterebbe il valore dell'infrastruttura conferita, e la differenza si tradurrebbe in un vantaggio economico non contabilizzato: proprio sul terreno, cioè, che il decreto dichiara di voler presidiare. Il problema si riflette sul regime finale dei beni, poiché le opere non amovibili sono destinate a essere devolute al termine del rapporto senza compenso[85], con la conseguenza che ogni investimento del gestore dovrebbe trovare integrale ammortamento entro la durata: il che riporta la questione della durata al centro e ne rivela il carattere non disponibile. Il terzo attiene alle interferenze con le concessioni già in essere. Il decreto MIT prevede che, ove gli impianti insistano su aree già concesse, l'Autorità disciplini negli atti di gara le previsioni idonee ad assicurare al gestore adeguati spazi operativi e

82 Art. 37 cod. nav., quanto al concorso di più domande di concessione.

83 Il preambolo del d.m. n. 10/2026 richiama, fra gli atti presupposti, il regolamento 28 dicembre 2022, n. 202, recante disciplina per il rilascio di concessioni di aree e banchine.

84 Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, *Linee guida per l'affidamento del servizio di cold ironing*, cit., ove la durata delle concessioni è indicata in un arco compreso indicativamente fra cinque e dieci anni, individuato a seguito di consultazione con gli operatori del settore.

85 Art. 39 cod. nav., quanto alla determinazione del canone, e art. 49 cod. nav., quanto alla devoluzione allo Stato delle opere non amovibili al termine della concessione.

garantisca al concessionario esistente il riequilibrio economico del rapporto, a compensazione dell'eventuale riduzione di capacità operativa, previa istanza documentata[86]. L'operazione descritta è, in sostanza, una compressione di una concessione demaniale in essere a beneficio di un terzo. Il codice della navigazione conosce questa vicenda e la governa attraverso l'istituto della revoca per ragioni di pubblico interesse, con il relativo indennizzo[87]; il decreto vi sovrappone invece una nozione di matrice contrattuale – il riequilibrio economico del rapporto concessorio – senza indicare criteri di quantificazione, limiti massimi, procedimento o termini, e collocando l'onere a carico dell'Autorità. La combinazione fra un rimedio indeterminato e un presupposto rimesso all'istanza dell'interessato è, prevedibilmente, una fonte di contenzioso.

Sullo sfondo resta poi un problema di ordine sistematico che rinvia alle considerazioni già svolte in precedenza e ai richiamati orientamenti elaborati dalla giurisprudenza della CGUE. La concessione demaniale attribuisce al gestore la disponibilità esclusiva di un bene. Pertanto, che da quella disponibilità si faccia discendere anche l'esclusiva sulla vendita dell'energia che attraversa l'impianto costituisce un passaggio ulteriore, che il titolo demaniale di per sé non può giustificare. È precisamente il rilievo formulato dalla Corte di giustizia quando, nella richiamata sentenza *Elektrorazpredelenie Yug*, ha escluso che il titolo di godimento dei beni possa operare come criterio di qualificazione della rete o tradursi in una barriera all'ingresso di durata illimitata[88]. Il presupposto necessario dello svolgimento del servizio non può che restare la disponibilità dell'impianto.

4.3. La disciplina contrattuale del rapporto concessorio e l'equilibrio economico-finanziario

Il nucleo della disciplina contrattuale è racchiuso in due commi. Il gestore deve presentare un piano economico-finanziario in condizioni di equilibrio, dal quale risulti la capacità di realizzare le attività connesse alla gestione secondo criteri di efficienza, e i ricavi derivanti dalle tariffe applicate agli utenti devono consentire la copertura dei costi del servizio, compreso un margine di utile ragio-

86 D.m. n. 10/2026, art. 2, co. 5.

87 Art. 42 cod. nav., quanto alla revoca delle concessioni per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse, e al relativo indennizzo.

88 Corte giust., 17 ottobre 2019, causa C-31/18, *Elektrorazpredelenie Yug*, punti 71-74.

nevole tendente al costo medio ponderato del capitale investito; il piano non tiene conto delle agevolazioni, che vanno trasferite integralmente agli armatori, con riconoscimento in conguaglio o in sconto delle quote non corrisposte in tariffa[89]. A questo nucleo le linee guida ministeriali aggiungono un quadro metodologico per la predisposizione delle gare e per la gestione degli aspetti organizzativi, economici e contrattuali, l'indicazione di una durata compresa indicativamente fra cinque e dieci anni e la facoltà di perimetrare le procedure per lotti o per singolo porto in funzione del fabbisogno energetico effettivo dello scalo[90].

Va detto subito che quest'ultima indicazione introduce un elemento di flessibilità che il decreto non contemplava, poiché l'ambito ottimale era concepito come perimetro unitario dell'affidamento. Se i lotti sono lotti interni alla gara di ambito, la previsione è compatibile e anzi opportuna; se invece autorizzano una perimetrazione diversa da quella determinata dalla Direzione generale, un atto dirigenziale di indirizzo verrebbe a derogare a un decreto ministeriale, il che non è consentito. La formulazione andrebbe perciò chiarita quantomeno in sede attuativa.

Sul piano sostanziale, la disciplina dell'equilibrio economico-finanziario sovrappone due logiche senza scegliere fra esse. Il «*margine di utile ragionevole*» appartiene al lessico della compensazione degli obblighi di servizio pubblico, dove esso opera come tetto e si accompagna necessariamente a parametri di calcolo predeterminati, a controlli periodici e a meccanismi di recupero delle sovracompensazioni[91]; il piano economico-finanziario alimentato dalle tariffe degli utenti appartiene invece al lessico della concessione, dove il concessionario che assume il rischio conserva l'eventuale maggior utile. Il decreto MIT prende dal primo modello la nozione di utile ragionevole e dal secondo la struttura della remunerazione,

89 D.m. n. 10/2026, art. 4, co. 1 e 2.

90 Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, *Linee guida per l'affidamento del servizio di cold ironing*, cit., ove si dichiara di fornire alle Autorità un quadro metodologico condiviso per la predisposizione delle gare e per la gestione degli aspetti organizzativi, economici e contrattuali del servizio, e si ammette la perimetrazione delle procedure per lotti o per singolo porto in funzione del fabbisogno energetico effettivo di ciascuno scalo.

91 Sugli elementi dell'atto di incarico e sui meccanismi di controllo, revisione e recupero delle sovracompensazioni, la comunicazione della Commissione 2012/C 8/02, richiamata nel preambolo del decreto.

ma non introduce né il *claw-back* proprio dell'uno né la matrice dei rischi e la revisione periodica propri dell'altro. Il rapporto resta così privo tanto del presidio contro la sovracompensazione quanto della disciplina del riequilibrio.

Il margine è riferito al «*capitale investito*», senza precisare che da esso debbano essere dedotti i contributi pubblici. Poiché gli impianti sono stati in larga misura finanziati con risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza e del Fondo complementare – e nel campione europeo il contributo pubblico si attesta di regola intorno al trenta per cento del costo dei progetti – applicare il costo medio ponderato del capitale all'investimento lordo significherebbe remunerare il gestore anche per la quota che non ha finanziato. Il decreto si limita a prescrivere che il bando «*tenga conto*» dell'eventuale finanziamento pubblico[92], formula che rimette all'amministrazione procedente una questione che avrebbe richiesto una regola: il capitale investito rilevante è quello netto da contributi.

Un terzo profilo riguarda l'allocazione del rischio regolatorio. Le agevolazioni sono escluse dal piano economico-finanziario e trasferite integralmente agli armatori, sicché il gestore parrebbe indifferente alle loro vicende. L'indifferenza è però solo apparente. Il decreto MIT prevede infatti che dal 1° gennaio 2030 le agevolazioni siano circoscritte ai porti e alle navi non soggetti agli obblighi europei, e che il Ministero, sulla base del confronto annuale fra il prezzo medio del servizio e il costo dell'autoproduzione di bordo, possa valutarne la riduzione o la soppressione[93]. In entrambi i casi il prezzo effettivamente pagato dall'armatore aumenta, la domanda si contrae e i ricavi del gestore ne risentono. Si tratta, a tutti gli effetti, di un rischio derivante da atti dell'amministrazione concedente e da sopravvenienze normative: la sede propria per allocarlo sarebbe la convenzione, mediante una clausola di revisione, ma né il decreto MIT né le linee guida MIT vi provvedono.

Quanto alla durata, l'arco indicato appare congruo rispetto alla funzione che le linee guida dichiarano di svolgere, ossia accompagnare la messa in esercizio di infrastrutture già realizzate o in corso di completamento[94]: se l'oggetto è la ge-

92 D.m. n. 10/2026, art. 2, co. 3, ultimo periodo, ove si prescrive soltanto che il bando «*tiene conto dell'eventuale finanziamento pubblico degli impianti*».

93 D.m. n. 10/2026, art. 4, co. 5, e art. 5, co. 2, 3 e 4.

94 Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, *Linee guida per l'affidamento del servizio di cold ironing*, cit. Il documento è espressamente destinato ad accompagnare la messa in esercizio

stione di un impianto esistente e finanziato con risorse pubbliche, un affidamento breve è coerente e favorisce la contendibilità. L'arco temporale diventa però insufficiente ove al gestore siano richiesti investimenti di potenziamento per conformarsi agli obblighi europei entro la fine del 2029, poiché in tal caso l'ammortamento dovrebbe compiersi entro un termine incompatibile con la vita utile degli impianti e con la devoluzione dei beni. Il medesimo intervallo di durata copre dunque due contratti economicamente diversi, e la scelta fra essi è rimessa per intero ai documenti di gara.

Un'ultima notazione riguarda la struttura della tariffa. Il decreto già impone al gestore di rendicontare il piano tariffario applicato «*con indicazione delle diverse componenti tariffarie*» e l'energia fornita in volume e valore, disaggregata per singola fornitura[95]. La scomposizione, dunque, esiste già come obbligo informativo. Renderla vincolante anche nei confronti degli utenti – separando la componente di rete dalla componente energia nella fattura, non solo nella rendicontazione – non richiederebbe alcuna modifica della norma primaria e produrrebbe due effetti immediati: renderebbe strutturale, anziché contabile, il trasferimento delle agevolazioni, e fornirebbe al meccanismo di monitoraggio un termine di confronto verificabile in luogo di una media nazionale.

4.4. L'inquadramento del servizio di *cold ironing* come concessione di servizi

Arrivati a questo punto, al fine di contribuire ad una ricostruzione del rapporto concessorio in parola che possa aiutare a superare almeno alcuni dei profili critici sin qui evidenziati, occorre preliminarmente chiedersi se la concessione del servizio di *cold ironing*, così come delineata dal legislatore e dal MIT, possa essere astrattamente riconducibile alla famiglia delle concessioni portuali e, solo in caso affermativo, da quale lato della linea che quella famiglia attraversa essa venga a collocarsi.

Il decreto e le linee guida impiegano concordemente il termine «concessione», e la legge porti dispone essa stessa che l'esercizio dei servizi di interesse gene-

delle infrastrutture già realizzate o in corso di completamento.

95 D.m. n. 10/2026, art. 4, co. 3, e art. 5, co. 1.

rale sia affidato in concessione mediante gara pubblica[96]; tuttavia il *nomen* non esaurisce né l'uno né l'altro passaggio, poiché nel diritto dell'Unione e nel codice dei contratti pubblici la distinzione fra concessione, appalto e autorizzazione[97] si gioca interamente sulla natura traslativa o costitutiva del titolo giuridico che abilita il gestore allo svolgimento del servizio, sulla configurabilità di un rapporto sinallagmatico tra l'AdSP e il gestore e sul trasferimento del rischio operativo, mentre la distinzione interna alle concessioni portuali si gioca, invece, sul rapporto fra il bene e l'attività.

Che quella linea esista, e che sia mobile, è il dato che emerge dal dibattito ricostruttivo sulla natura giuridica della concessione portuale: dibattito che può qui restare sullo sfondo, ma non può essere ignorato, perché fornisce le categorie con le quali il decreto deve essere letto. La dottrina e la giurisprudenza tradizionali hanno ricondotto la figura al *genus* delle concessioni di beni pubblici, nella variante delle concessioni di beni attrezzati o strumentali ai servizi[98]; a tale impostazione si è opposto il rilievo che l'art. 18 della legge porti disciplina assai più le modalità di svolgimento delle attività del concessionario che l'uso delle aree, donde la riconducibilità della fattispecie al modello delle concessioni di servizi, accolta da una parte della giurisprudenza amministrativa e, in altre pronunce, contraddetta in radice[99]. Sul versante eurounitario, dove la categoria della concessione di

96 L. 28 gennaio 1994, n. 84, art. 6, co. 10; d.m. n. 10/2026, art. 2, co. 1.

97 Sulla concessione portuale come "autorizzazione all'accesso al porto-mercato" e sulla conseguente configurazione dei servizi come mere attività private che assumono rilevanza pubblicistica solo in quanto svolte su beni del demanio marittimo v. M. Maresca, *La regolazione dei porti*, cit., 81 ss. Nel medesimo senso depone, sul versante eurounitario, Corte giust., 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e a.*, punto 47, ove si esclude dalla categoria delle concessioni di servizi il titolo che non verta su una prestazione determinata dell'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale.

98 Per la ricostruzione complessiva del dibattito, e per i riferimenti richiamati nel testo e nelle note che seguono, si rinvia a P. Brambilla, *La concessione portuale*, Torino, Giappichelli, 2022, cap. IV, spec. 163 ss. Nella dottrina tradizionale la riconduzione della figura al *genus* delle concessioni di beni pubblici si deve soprattutto a M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 117 ss., cui risale anche la nozione di concessione di beni attrezzati o strumentali ai servizi; nello stesso senso F.A. Querci, *Diritto della navigazione*, Padova, 1989, 110.

99 Per la riconducibilità della fattispecie al modello delle concessioni di servizio, C. Ingratoci, *La concessione di aree e banchine*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, 2007, V; M. Maresca, *La regolazione dei porti*, cit., 81 ss.; F. Pacciani, G. Loffreda, in *Dir. trasp.*, 2009, 65 ss.; in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3235, che distingue a seconda

beni è sconosciuta, la medesima fattispecie è stata attratta ora alla nozione di autorizzazione, ora a quella di locazione di pubblico dominio, secondo quell'ottica funzionale e pragmatica che ha indotto a parlare di una categoria in erosione[100]. L'esito più persuasivo di quel percorso è la configurazione della concessione portuale come fattispecie autonoma «a geometria variabile», il cui contenuto muta in funzione delle esigenze operative e nella quale il bene non è un fattore secondario bensì un elemento essenziale, poiché dall'ubicazione dell'area dipendono il tipo di attività realizzabile e, con esso, il tipo stesso di operatore interessato[101]. Non è necessario prendere posizione su quella controversia generale per trarne ciò che qui rileva: la qualificazione del rapporto non discende dalla natura dei beni, ma dal modo in cui l'amministrazione perimetra l'oggetto e le condizioni dell'affidamento, e muta con esso.

Quanto alla sua riconducibilità nell'alveo della concessione portuale, l'affidamento del servizio di *cold ironing* non rientra tra le operazioni portuali di cui all'art. 16 e, pertanto, non è una concessione ai sensi dell'art. 18 della legge porti, che ha per oggetto aree demaniali e banchine ed è rivolta ai terminalisti per l'espletamento delle operazioni quali il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito e il movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale nell'ambito portuale. Esso appartiene invece alla distinta sfera dei servizi di interesse generale, che il legislatore ha costantemente tenuto separata da quella delle operazioni e dei servizi

---

che le attività siano svolte in conto proprio ovvero in favore di terzi, e T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 24 maggio 2012, n. 747, quanto alla natura contrattuale del rapporto. In senso contrario, per la qualificazione in termini di concessione di bene pubblico demaniale e non di concessione di servizi, Cons. Stato, parere 27 giugno 2016, n. 1505, e T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 5 luglio 2017, n. 235.

100 R. Dipace, *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*, in *Dir. e doc.*, III serie, 2021, 3, 441 ss. Sul versante eurounitario, Corte giust., 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, e Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, quanto all'attrazione delle concessioni demaniali alla nozione di autorizzazione di servizi; per la qualificazione in termini di locazione di pubblico dominio, le decisioni della Commissione europea in materia di tassazione dei porti (SA.38399, SA.38393 e SA.38398).

101 P. Brambilla, *La concessione portuale*, cit., 221 s., ove la concessione portuale è ricostruita come istituto originale e autonomo, dal contenuto variabile in funzione delle esigenze manifestate dal concessionario e dall'Autorità competente, e si esclude che il bene possa essere degradato a fattore secondario del rapporto.

portuali e alla quale ha dedicato una disposizione e un procedimento propri[102]. Ma l'appartenenza alla famiglia delle concessioni portuali non dipende dal fondamento normativo puntuale: dipende dalla ricorrenza dei tratti che accomunano le figure di quella famiglia, e che nel caso di specie ricorrono tutti. L'atto è rilasciato dall'Autorità di sistema portuale all'esito di una procedura comparativa; ha per oggetto un'attività economica che si svolge in ambito portuale e su beni del demanio marittimo; attribuisce al privato un vantaggio particolare, consistente nell'uso di un bene sottratto all'uso generale degli altri operatori del porto; imprime a quel bene una destinazione funzionale all'attività dello scalo; ed è accompagnato, per espressa previsione del decreto, dal rilascio di una concessione demaniale marittima[103]. Il servizio di *cold ironing* è, in altri termini, un'attività economica che assume rilevanza pubblicistica sia in quanto destinata a diventare necessaria (e, dunque, doverosa) in ambito portuale a partire dal 1° gennaio 2030, configurandosi perciò a tutti gli effetti come attività di servizio pubblico che l'Autorità portuale è tenuta, sebbene indirettamente mediante affidamento a terzi, a soddisfare; sia in quanto essa si svolge su beni del demanio marittimo destinati a soddisfare i pubblici usi del mare.

Quanto invece alla tipologia di rapporto concessorio, il decreto stesso opta per la riconduzione di quest'ultimo nell'orbita della concessione di servizi, come confermato anche dalle richiamate linee guida adottate dal MIT. L'oggetto dell'affidamento non è un bene, ma una prestazione complessa: il servizio è definito come erogazione di energia elettrica alle navi ormeggiate, comprensiva della gestione e della manutenzione degli impianti a tal fine necessari; il corrispettivo del gestore non proviene dall'amministrazione ma dalle tariffe applicate agli utenti; la remunerazione è costruita su un piano economico-finanziario in equilibrio; non è previsto alcun canone di disponibilità, alcuna garanzia di ricavo minimo,

102 Sulla distinzione fra i servizi di interesse generale di cui all'art. 6 e le operazioni e i servizi portuali di cui all'art. 16 della l. n. 84/1994, e sulla cesura che il legislatore ha inteso mantenere fra le due sfere anche nel disciplinare la concessione portuale, P. Brambilla, *La concessione portuale*, cit., 200; in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4667. Sulla qualificazione dell'erogazione di energia elettrica alle navi ormeggiate come servizio di interesse generale ai sensi dell'art. 6, co. 4, lett. *c*), della legge porti, *supra*, par. 3.1.

103 D.m. n. 10/2026, art. 2, co. 4, sul quale *supra*, par. 4.2.

alcun meccanismo di integrazione a carico dell'Autorità[104]. Il titolo demaniale non precede l'affidamento, ma ne discende: il decreto stabilisce che l'aggiudicazione del servizio «*comporta*» il rilascio della concessione ai sensi dell'art. 36 del codice della navigazione. Nello schema dell'art. 18 il programma di attività serve a selezionare colui che otterrà il bene; qui, all'inverso, il bene segue colui che ha ottenuto il servizio. L'ordine dei fattori è capovolto, e con esso la causa prevalente del rapporto, che si colloca senza residui sul versante della prestazione. Ne discende l'applicazione della disciplina delle concessioni dettata dal codice dei contratti pubblici, e con essa dei regimi che ad essa si accompagnano in tema di durata, di modifiche e di revisione del PEF.

Che questa sia la qualificazione formalmente adottata dal decreto non significa, tuttavia, che essa sia risolutiva. Il rischio operativo, sul quale la distinzione fra concessione e appalto si risolve per intero[105], si presenta in misura radicalmente diversa a seconda dello scenario. Nei porti soggetti agli obblighi europei, e a decorrere dal 1° gennaio 2030, la domanda non è più una variabile di mercato ma un obbligo di legge gravante sulla nave[106]: l'alea si riduce alle sole ipotesi di esenzione, di mancato scalo o di impiego di tecnologie alternative. Se a ciò si aggiunge che l'infrastruttura è stata finanziata in larga parte con risorse pubbliche e che la remunerazione è ancorata ai costi maggiorati del costo medio ponderato del capitale, la perdita potenziale del gestore rischia di divenire nominale o trascurabile, e con essa di venir meno la riconducibilità del rapporto alla concessione anziché all'appalto di servizi. Nei porti estranei a quegli obblighi, e in ogni porto prima del 2030, il rischio di domanda è invece pieno, poiché l'armatore conserva la scelta fra energia da terra e autoproduzione di bordo e la deciderà sul confronto fra i due costi. Ne discende una qualificazione a geometria variabile che non

104 D.m. n. 10/2026, art. 1, co. 1, n. 6), quanto all'oggetto del servizio, comprensivo della gestione e della manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti, e art. 4, co. 1 e 2, quanto al piano economico-finanziario e alla tariffa.

105 Art. 177, co. 1, 2 e 3, del d.lgs. n. 36/2023, ove si precisa che il concessionario assume il rischio operativo quando, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti, e che la perdita potenziale non deve essere puramente nominale o trascurabile; direttiva 2014/23/UE, art. 5, n. 1, e considerando 18-20.

106 Regolamento (UE) 2023/1804, art. 9, e regolamento (UE) 2023/1805, art. 6, quanto agli obblighi di dotazione e di connessione a decorrere dal 2030.

muta soltanto da un ambito all'altro, ma anche nel tempo all'interno del medesimo rapporto: un contratto stipulato nel 2027 come concessione può trovarsi, nel 2030, ad essere sostanzialmente un appalto di servizi con domanda garantita per legge. Poiché il regime applicabile alla durata, alle modifiche e alla revisione del PEF differisce nelle due ipotesi, l'incertezza non è di ordine classificatorio, ma incide sull'esecuzione.

Un secondo elemento di instabilità riguarda l'oggetto. Ove al gestore sia richiesta la sola gestione di impianti già realizzati – che è lo scenario prevalente descritto dalle linee guida – il rapporto è una concessione di servizi con beni strumentali messi a disposizione; ove gli sia richiesta la realizzazione di potenziamenti significativi, l'elemento dei lavori può divenire prevalente e attrarre il contratto nell'ambito della concessione di lavori[107]. Il decreto non distingue, e i due scenari sono destinati a coesistere nel medesimo ambito, poiché gli obblighi europei impongono adeguamenti infrastrutturali entro la fine del 2029.

Vi sarebbe poi una ragione ulteriore per non ritenere del tutto soddisfacente la qualificazione operata dal decreto MIT. Ricondurre il rapporto concessorio in parola alla concessione di servizi significa assumere il bene come fattore secondario, come mero strumento per la realizzazione della prestazione: che è precisamente la ricostruzione che il dibattito sopra richiamato ha mostrato non essere più sostenibile neppure per la concessione portuale in senso stretto, dove l'ubicazione dell'area determina il tipo di attività e il tipo di operatore. Nel *cold ironing* l'impianto insiste su una banchina determinata, non è duplicabile in relazione al medesimo ormeggio, è stato realizzato in larga parte con risorse pubbliche ed è destinato alla devoluzione allo Stato al termine del rapporto; e soprattutto – come si è osservato esaminando il titolo demaniale – è dalla disponibilità esclusiva di quel bene che il decreto fa discendere l'esclusiva sulla vendita dell'energia che l'infrastruttura abilita. La qualificazione in termini di concessione di servizi non è dunque neutrale: essa opera come il passaggio logico mediante il quale la disponibilità di un bene demaniale e il carattere di doverosità che esso imprime sull'attività economica in parola si traducono in un'esclusiva su un mercato che l'ordinamento settoriale vorrebbe invece aperto e concorrenziale.

---

107 Art. 180 del d.lgs. n. 36/2023, quanto ai contratti misti di concessione e all'individuazione dell'oggetto principale.

La configurazione accolta dal decreto non sembra essere affatto l'unica possibile, non discendendo né dalla legge porti né dal diritto dell'Unione. L'art. 6, co. 10, della l. n. 84/1994 prescrive che l'esercizio dei servizi di interesse generale sia affidato in concessione previa gara pubblica, ma nulla dice circa l'oggetto della concessione; il regolamento europeo sui servizi portuali, dal canto suo, individua nel contratto di servizio portuale lo strumento del rapporto e fa espressamente salva l'applicazione delle direttive in materia di concessioni e di appalti, senza imporre che oggetto dell'affidamento sia la vendita dell'energia anziché la messa a disposizione dell'impianto[108]. La perimetrazione dell'oggetto è, dunque, una scelta compiuta in sede attuativa; e poiché da essa dipende la qualificazione, e dalla qualificazione il regime, si tratta di una scelta che avrebbe richiesto di essere giustificata sul piano della regolazione, non presupposta su quello delle definizioni.

Nella parte che segue verrà perciò suggerita la possibilità di optare per una diversa configurazione del rapporto concessorio in parola, possibile a normativa primaria invariata: quella che assume ad oggetto della concessione non anche il servizio di fornitura, bensì esclusivamente la gestione dell'infrastruttura di *cold ironing* in quanto bene demaniale destinato a operare come *essential facility* del mercato dell'energia elettrica marittima, e che a quel bene applica una duplice regolazione. La prima è propria del demanio marittimo e attiene alla conformità dell'uso al pubblico uso del porto: la concessione è rilasciata solo compatibilmente con le esigenze di tale uso, imprime al bene una destinazione funzionale all'attività dello scalo ed è misurata su quei criteri di incremento dei traffici e di produttività che la stessa legge porti enuncia come principi direttivi della regolazione demandata all'Autorità portuale[109]. La seconda è propria del settore elettrico e attiene all'accesso: l'infrastruttura, in quanto punto di passaggio necessario per raggiungere la domanda elettrica delle navi, deve essere resa disponibile agli utenti

108 Art. 2, n. 12, del regolamento (UE) 2017/352, quanto alla nozione di contratto di servizio portuale, e art. 1, par. 7, del medesimo regolamento, che fa salve le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

109 Artt. 36 e 37 cod. nav., quanto al rilascio della concessione compatibilmente con le esigenze del pubblico uso e al concorso di più domande; art. 18, co. 6, della l. n. 84/1994, quanto ai criteri dell'incremento dei traffici e della produttività del porto, richiamati come principi che indirizzano l'attività di regolazione demandata all'Autorità da T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 24 maggio 2012, n. 747, cit.

portuali e agli operatori del mercato elettrico a condizioni trasparenti, obiettive e non discriminatorie, in modo da non precludere quella libertà di scelta del fornitore che la disciplina eurounitaria e nazionale riconoscono al cliente finale[110]. Non si tratta di due regolazioni alternative, ma di due statuti distinti che insistono sul medesimo bene e che il titolo concessorio avrebbe il compito di ricomporre e riportare ad unità.

I vantaggi di questa riconfigurazione sono, in larga misura, l'immagine speculare delle difficoltà appena esaminate. Il bene torna ad essere l'elemento essenziale della fattispecie; il rischio si stabilizza, perché riferito all'utilizzo dell'impianto e non alla vendita di un'energia la cui domanda è resa obbligatoria per legge, sicché la qualificazione cessa di oscillare fra concessione, appalto e autorizzazione; la tariffa si scompone nelle sue due componenti e il meccanismo di monitoraggio acquista un termine di confronto verificabile; l'accesso, infine, cessa di essere l'oggetto di un'esclusiva e diviene il contenuto di un obbligo regolato *ex ante*. Né varrebbe opporre che i margini di applicazione della dottrina delle infrastrutture essenziali al settore portuale sono notoriamente angusti, in ragione della sostituibilità fra banchine del medesimo scalo e fra scali contigui, che di regola esclude l'indispensabilità della singola struttura[111]. L'obiezione coglierebbe nel segno se si

110 *Supra*, par.par. 2.3 e 3.2, quanto al principio di libero accesso al sistema elettrico e alla libertà di scelta del fornitore riconosciuta al cliente finale; *infra*, par. 5.1.

111 Sui limiti che l'applicazione della dottrina delle *essential facilities* incontra nel settore portuale, in ragione della sostituibilità fra banchine del medesimo scalo e fra scali collocati in aree contigue, P. Brambilla, *La concessione portuale*, cit., 205 ss., anche per il richiamo alle decisioni della Commissione europea del 21 dicembre 1993 in materia di accesso alle infrastrutture portuali e alla letteratura ivi citata; quanto alle condizioni alle quali è subordinato l'obbligo *antitrust* di accesso, Corte giust., 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Bronner*, e *supra*, nt. 11. In ordine alla connessa qualificazione del porto come mercato v. S.M. Carbone, F. Munari, *I porti italiani e l'Europa*, cit., 21 ss., ove si dà atto che, sebbene «*la logica alla base della qualificazione del porto come "mercato", è stata quella di favorire la presenza al suo interno di una pluralità di operatori che offrono lo stesso tipo di servizi*», l'identificazione del «*porto come "mercato... a sé stante" può dar luogo a molteplici errori di prospettiva, e quindi anche a un'errata valutazione economica e giuridica. Infatti, molto spesso le imprese portuali concorrono tra loro in ambiti ben più ampi rispetto a quelli del singolo porto. Tanto che sempre più spesso è il singolo porto nel suo complesso a "competere" con altri porti, determinando l'esigenza di scelte regolatorie a un livello decisionale superiore, o quanto meno di un coordinamento tra gli enti "regolatori" dei vari ambiti portuali*». Gli autori evidenziano però che «*l'integrazione "verticale" delle imprese interessate alla logistica ha ulteriormente accentuato la caratteristica del porto quale infrastruttura scarsa, condizionata dal suo collegamento con grandi reti di trasporto e logistiche retroportuali. [...]*

trattasse di fondare, *ex post*, un obbligo *antitrust* di contrarre a carico di un'impresa dominante, secondo le condizioni rigorose che la giurisprudenza europea richiede. Qui la prospettiva sarebbe invece rovesciata: non si tratta di imporre l'accesso a un'infrastruttura privata, ma di conformare *ex ante* il contenuto di un titolo concessorio avente ad oggetto un bene pubblico, realizzato con risorse pubbliche, la cui essenzialità è per di più, quanto a una parte crescente del traffico, imposta dal diritto europeo in virtù del fatto che, dal 2030, la connessione all'alimentazione da terra non sarà più una fra le opzioni disponibili all'armatore, ma un obbligo.

La difficoltà di qualificare il rapporto concessorio in esame è dunque il sintomo del fatto che l'affidamento del servizio di *cold ironing* comprende due attività soggette a due tipologie di regolazione diverse: una squisitamente amministrativa incentrata sulla *res* demaniale e sulla qualificazione dell'attività economica svolta attraverso tale bene come servizio pubblico; l'altra riconducibile alla regolazione concorrenziale dei mercati[112]. Tali attività non condividono, peraltro, né la

---

occorre prestare la massima attenzione affinché l'appropriazione di spazi portuali e l'acquisizione del controllo delle relative imprese da parte di soggetti operanti nei mercati a monte o a valle rispetto a quello dei servizi portuali possa avvenire in modo tale da evitare un ingiusto pregiudizio non solo degli interessi delle imprese concorrenti ma anche (i) dei soggetti che movimentano le merci, ovvero (ii) dei passeggeri che transitano per un porto, ovvero ancora (iii) delle stesse navi che richiedono servizi in ambito portuale. E cioè, in definitiva, anche delle categorie economiche e sociali che sono gli utenti finali dei servizi resi all'interno del "mercato" portuale» (23).

112 Sulle specificità della regolazione concorrenziale dei mercati v. A. Zito, (voce) *Regolazione (dei mercati)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, Giuffrè, 2010, 805 ss., secondo il quale «*ove dunque il principio organizzativo (quello concorrenziale) risulti assunto da una norma giuridica, l'attività amministrativa di regolazione diventa elemento essenziale del sistema, atteso che l'operare del principio richiede la messa in opera di forme di controllo volte a verificare, secondo una logica tutta interna al sistema stesso, che i comportamenti degli attori non determinino il passaggio del mercato da una forma concorrenziale o tendenzialmente tale ad una forma monopolistica o tendenzialmente tale*» (814). Per l'autore, la regolazione concorrenziale dei mercati, da un lato, troverebbe il suo naturale terreno di elezione nel mercato e nella tutela del suo specifico principio organizzativo, appunto concorrenziale, essendo destinata ad operare in tutti i mercati in cui tale principio regolativo delle relazioni tra gli operatori di mercato deve essere salvaguardato; dall'altro, il suo perimetro non potrebbe che ricomprendere anche la disciplina *antitrust* la quale, pur con modalità specifiche che rinviano all'esercizio di poteri di vigilanza e sanzionatori, condivide il medesimo obiettivo sul piano politico-costituzionale. Obiettivo quest'ultimo che, secondo tale dottrina, sarebbe comunque da tenere nettamente distinto rispetto a quello perseguito dall'attività di conformazione alla luce del fatto che quest'ultima si caratterizza per il fatto di

struttura dei costi né il profilo di rischio. La loro unificazione nell'ambito del medesimo titolo concessorio corrisponde perciò all'unificazione di due regolazioni che l'ordinamento tiene generalmente distinte. Scegliere fra le qualificazioni possibili implica perciò la scelta di quale delle due regolazioni prevalga: se quella demaniale, che assorbe l'accesso nella disponibilità del bene, o quella elettrica, che dall'accesso fa dipendere l'esistenza stessa di un mercato.

Come si dirà meglio in seguito, la regolazione portuale e quella elettrica non sono però necessariamente antitetiche, bensì suscettibili di ricomposizione con riferimento al medesimo bene demaniale, laddove la concessione portuale avente ad oggetto il servizio di *cold ironing* rappresenta il luogo nel quale esse si incontrano, e la sua corretta perimetrazione e configurazione rappresenta perciò la condizione affinché nessuna delle due venga sacrificata rispetto all'altra.

5. L'infrastruttura di *cold ironing* come *essential facility* quale presupposto per la creazione di un mercato dell'energia elettrica marittima coerente con la regolazione del settore elettrico

5.1. Le infrastrutture di *cold ironing* e le reti elettriche portuali come *essential facilities* soggette all'obbligo di libero accesso al sistema elettrico

L'essenzialità dell'infrastruttura di *cold ironing* non rileva tanto dal punto di vista del diritto della concorrenza quanto da quello della regolazione del settore elettrico[113]. L'infrastruttura di *cold ironing*, e con essa la rete elettrica di banchi-

---

incidere sulle dinamiche dei mercati dall'esterno, in funzione di limite, anziché operare all'interno di queste ultime, come avviene nel caso della regolazione della concorrenza (cfr., in particolare, 815).

113 La focalizzazione sul versante regolatorio ai fini dell'inquadramento dell'infrastruttura di *cold ironing* come *essential facility* e, dunque, del relativo rapporto concessorio in termini diversi rispetto allo schema della concessione di servizi ai sensi del d.lgs. n. 36/2023, sembra trovare conferma nell'evoluzione che la giurisprudenza eurounitaria ha impresso ai criteri enunciati nella sentenza *Bronner*, progressivamente circoscritti al solo rifiuto di accesso a un'infrastruttura che l'impresa dominante abbia sviluppato per le esigenze della propria attività. Nella sentenza *Slovak Telekom* la CGUE ha infatti chiarito che le condizioni di *Bronner*, e segnatamente quella dell'indispensabilità, non trovano applicazione quando l'impresa dominante conceda l'accesso alla propria infrastruttura assoggettandolo a condizioni inique, e che esse non operano neppure là dove un obbligo di accesso sia già imposto dalla regolazione settoriale, avendo in tal caso il legislatore compiuto a monte il bilanciamento fra tutela della concorrenza, libertà contrattuale e diritto di proprietà che quelle condizioni sono destinate a presidiare (Corte giust., 25 marzo

na che la serve, costituiscono a tutti gli effetti un'infrastruttura essenziale: non solo in quanto parte, essa stessa, di un'infrastruttura essenziale qual è il porto, da intendersi quale «mercato» nell'ambito del quale agiscono più soggetti posti in competizione tra loro, laddove «*un'impresa che possegga o gestisca ed utilizzi essa stessa un'installazione essenziale, vale a dire un'installazione o un'infrastruttura senza la quale i suoi concorrenti non possono offrire servizi ai loro clienti e che rifiuti loro l'accesso a detta installazione, commette abuso di posizione dominante*»[114]; ma perché è la stessa disciplina del mercato elettrico a definirla come tale, imponendovi una serie di obblighi funzionali a consentire ad ogni consumatore la libera scelta dei fornitori e ad ogni fornitore la libera fornitura ai propri clienti[115].

Come si è visto esaminando la disciplina del mercato interno dell'energia elettrica, la CGUE ha costruito in materia di reti private una giurisprudenza consolidata, i cui esiti possono essere riassunti in tre argomenti. Il primo è che la qualificazione di un'infrastruttura come rete rilevante per il diritto dell'Unione dipende da criteri oggettivi – il livello di tensione e la categoria dei clienti serviti – e

---

2021, causa C-165/19 P, *Slovak Telekom*, EU:C:2021:239, punti 43 ss. e 54 ss.; v. anche Corte giust., 25 marzo 2021, causa C-152/19 P, *Deutsche Telekom c. Commissione*, EU:C:2021:238, punto 47). Nella sentenza *Lietuvos geležinkeliai* la CGUE ha inoltre escluso l'applicabilità dei medesimi criteri al comportamento del gestore di un'infrastruttura ferroviaria realizzata con risorse pubbliche e gestita in forza di un obbligo di legge, rilevando che in tal caso non viene in considerazione l'esigenza di preservare gli incentivi all'investimento dell'impresa dominante (Corte giust., 12 gennaio 2023, causa C-42/21 P, EU:C:2023:12, punti 81 ss. e 86 s.). Da ultimo, nella sentenza *Android Auto*, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, la Corte ha statuito che i criteri di *Bronner* non si applicano quando la piattaforma non sia stata sviluppata dall'impresa dominante unicamente per le esigenze della propria attività, ma sia concepita per consentire l'accesso di imprese terze: in tal caso il rifiuto può risultare abusivo anche ove l'accesso non sia indispensabile per lo sfruttamento commerciale del prodotto del terzo, essendo sufficiente che esso sia idoneo a renderlo più attraente per i consumatori (Corte giust., grande sezione, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Alphabet e a.*, EU:C:2025:110; in sede di rinvio, Cons. Stato, sez. VI, 29 ottobre 2025, n. 8398). Le quattro ipotesi di disapplicazione così enucleate dalla giurisprudenza – accesso concesso a condizioni inique, obbligo di accesso di fonte regolatoria, infrastruttura realizzata con risorse pubbliche, infrastruttura destinata *ab origine* all'utilizzo da parte di terzi – sembrano ricorrere anche con riferimento all'infrastruttura di *cold ironing*.

114 V. Commissione europea, decisione 21 dicembre 1993, 94/119/CE.

115 Si vedano in particolare i considerando nn. 1, 2, 3, 9, 11, 16, 17, 19 e 44 della direttiva 2009/72/CE.

non dalla dimensione dell'impianto, dal volume dei consumi, dalla natura privata del gestore, dalla data di costituzione della rete o dalla sua originaria destinazione all'autoconsumo. Il secondo è che le esenzioni dall'obbligo di accesso sono soltanto quelle tassativamente previste, che gli Stati membri non possono crearne di nuove e che perfino il sistema di distribuzione chiuso, il quale può essere esentato dall'approvazione preventiva delle tariffe, non può esserlo dall'obbligo di libero accesso dei terzi. Il terzo, che è il presupposto degli altri due, è che il margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri quanto alla forma e ai mezzi non autorizza a eludere il principio del libero accesso al di fuori delle deroghe espresse[116].

A queste acquisizioni di ordine generale se ne aggiunge una ulteriore. La causa *Elektrorazpredelenie Yug* aveva a oggetto una linea a media tensione di proprietà pubblica, attribuita alla società concessionaria di due terminal del porto di Burgas quale elemento patrimoniale necessario al funzionamento dei terminal e connessa alla sottostazione del gestore della rete di trasmissione. La Corte ha, in particolare, stabilito che gli Stati membri non possono aggiungere quale ulteriore indicatore quello della proprietà dei beni impiegati e che, pertanto, un requisito nazionale di proprietà in capo al gestore non può avere l'effetto di sottrarre un sistema all'obbligo di conformarsi alla direttiva, non potendo peraltro tradursi né in un monopolio di durata illimitata né in una barriera all'ingresso per i terzi. L'avvocato generale ne aveva compendiato la *ratio* nella formula secondo cui non possono darsi «*zone grigie*», ossia tratti di rete elettrica sottratti al regime giuridico della direttiva[117].

La natura demaniale dell'impianto di *cold ironing* e il titolo concessorio che ne attribuisce la disponibilità esclusiva non possono pertanto operare né come criterio di qualificazione dell'infrastruttura, né come fonte di un'esclusiva sull'energia che vi transita. Ciò che rileva è un dato oggettivo: quell'infrastruttura

---

116 Corte giust., 22 maggio 2008, causa C-439/06, *citiworks*, cit., punti 44, 49, 55, 57 e 60; Corte giust., 28 novembre 2018, cause riunite C-262/17, C-263/17 e C-273/17, *Solvay Chimica Italia e a.*, cit., punti 30-31, 34-35, 40-41, 48 e 58-60. *Supra*, par. 2.3.

117 Corte giust., 17 ottobre 2019, causa C-31/18, *Elektrorazpredelenie Yug*, cit., punti 18-19, 44-49, 55, 59 e 71-74, nonché punto 1 del dispositivo; conclusioni dell'avvocato generale G. Pitruzzella, presentate il 16 maggio 2019, par. 78, quanto all'inammissibilità di «*zone grigie*» nel regime delle reti elettriche.

fornisce energia elettrica a soggetti che la consumano per uso proprio. Ne discende che, o si riconosce che le navi sono clienti finali dell'energia – come del resto il decreto stesso lascia sfuggire nelle disposizioni sulla rendicontazione, ove impone di rendicontare l'energia fornita ai clienti finali in volume e valore, disaggregata per singola fornitura – e allora la linea che dal punto di prelievo del gestore raggiunge la banchina è attività di distribuzione, soggetta all'obbligo di accesso dei terzi; oppure si nega tale qualificazione, e allora però devono ricorrere le condizioni alle quali l'ARERA subordina la configurabilità di un unico cliente finale per impianti di consumo messi a disposizione di terzi, che invece non ricorrono[118]. Il *tertium* che l'assetto vigente presuppone – un soggetto che è cliente finale dell'energia e insieme venditore esclusivo di una prestazione misurata in energia a una pluralità di utenti autonomi, su un'infrastruttura sottratta al regime delle reti in ragione del titolo demaniale che ne governa l'uso – è esattamente la zona grigia che la Corte ha escluso possa esistere.

Va altresì sottolineato il limite che la stessa giurisprudenza pone: gli obblighi discendenti dalla normativa in parola riguardano l'accesso al sistema e non la connessione fisica a esso. Gli Stati membri conservano infatti un margine nell'orientare gli utenti verso un tipo di rete piuttosto che un altro, purché secondo criteri obiettivi e non discriminatori, e l'utente non ha diritto di scegliere a propria discrezione la rete alla quale collegarsi. Ciò che però in nessun caso può essere compresso è il diritto di scegliere il fornitore[119]. Non si vuole intendere che la nave abbia diritto di scegliere a quale infrastruttura connettersi: la banchina elettrificata è quella che è, la sua individuazione spetta a chi governa lo spazio portuale, e l'assegnazione degli ormeggi resta materia di diritto portuale. Ciò che si intende dire è che la nave non può essere obbligata ad acquistare l'energia da chi detiene quell'infrastruttura. La riserva può perciò legittimamente coprire l'impianto ma non sembra potersi estendere anche alla vendita dell'energia che vi transita.

---

118 *Supra*, par. 3.3, quanto alla deliberazione dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente 894/2017/R/eel e alle condizioni alle quali essa subordina la configurabilità di un unico cliente finale per impianti di consumo messi a disposizione di terzi.

119 Corte giust., 9 ottobre 2008, causa C-239/07, *Sabatauskas e a.*, cit., punti 42, 43 e 46-49, ripresi in *Elektrorazpredelenie Yug*, cit., punti 82-84.

Se il fondamento dell'obbligo di accesso è dunque regolatorio, l'analisi economica dell'assetto serve a misurare la posta in gioco, ossia a stabilire quanto costi ignorarlo. La più recente indagine dedicata al *design* dei mercati dell'alimentazione da terra offre su questo punto elementi convergenti. Sul versante dell'offerta, l'infrastruttura presenta i caratteri strutturali che rendono non ragionevolmente duplicabile una risorsa: essa è fissata su una banchina determinata, richiede capacità di connessione dell'ordine di oltre cento megawatt nei porti maggiori, di dieci-quaranta nei porti medi e di cinque-dieci perfino nei porti minori, e insiste su aree che si collocano di regola alla periferia delle reti di distribuzione, in punti deboli e poco magliati del sistema elettrico[120]. A ciò si aggiunge che una quota rilevante dell'investimento necessario si colloca al di fuori del perimetro portuale – sottostazioni, linee, rinforzi di rete – e che oltre la metà dei porti dell'Unione richiederà interventi di questo tipo non appena la domanda supererà soglie assai modeste[121]. Sul versante della domanda, l'obbligo europeo di connessione produce l'effetto, giuridicamente voluto ma economicamente delicato, di sopprimere l'unica alternativa di cui l'armatore disponeva: l'autoproduzione di bordo, che fungeva da vincolo esterno alla capacità del detentore dell'impianto di praticare prezzi elevati.

Le conseguenze di questa combinazione sono state oggetto di una recente ricerca pubblicata dal *Journal of the Operational Research Society*[122], dalla cui lettura emerge che i prezzi già praticati per l'energia erogata da terra nei porti europei si collocherebbero su valori superiori di cinque-dieci volte a quelli praticati alla clientela industriale ordinaria, con punte che raggiungono un euro per chilowattora, e a essi si aggiungono diritti di connessione e disconnessione di importo

120 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., par. 2.2. Le stime sulle capacità di connessione richieste e sulla collocazione periferica delle aree portuali rispetto alle reti di distribuzione sono ivi tratte da E.DSO, *Technology Radar v7*, 2025, e da L. Osipova, C. Carraro, *Shore power needs and CO2 emissions reductions of ships in European Union ports*, ICCT, 2023.

121 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., par. 5, ove si riferisce che oltre la metà dei porti dell'Unione è attesa richiedere rinforzi di rete significativi al superamento di una domanda di 10-20 MW o di incrementi superiori al venti per cento della capacità di connessione esistente, e par. 2.2, quanto agli investimenti *off-port* e all'imputazione dei relativi costi.

122 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., in *Journal of the Operational Research Society*, 2026, 1 ss. (https://doi.org/10.1080/01605682.2026.2691129).

non marginale[123]. La modellizzazione dell'esercizio del potere di mercato in assenza di alternative mostra che la perdita di benessere a carico dell'armatore cresce in misura inversamente proporzionale all'elasticità della domanda e che, per le navi da crociera – la cui domanda di energia è comprimibile in misura minima – essa può collocarsi su valori dell'ordine di dieci-venti volte il costo dell'energia acquistata[124]. Non si tratta di un rischio meramente ipotetico né di un rischio che la proprietà pubblica dell'ente concedente valga a neutralizzare: la citata letteratura evidenzia anzi che le decisioni di prezzo e di connessione sono assunte da soggetti che non rispondono della sicurezza del sistema elettrico e che il problema è quello, classico, dei difetti di incentivo e di informazione connessi al controllo di un'infrastruttura essenziale da parte di un operatore non sottoposto a regolazione settoriale[125].

Vi è, infine, un'ulteriore dimensione che l'analisi tecnico-economica contribuisce a mettere in luce e che l'ordinamento portuale rischia di non riuscire a cogliere. La domanda elettrica generata dall'alimentazione da terra non è un carico ordinario che si aggiunge in modo incrementale: essa è concentrata e discontinua, poiché la connessione di una singola unità produce uno scostamento istantaneo

123 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., par. 4 e Tab. 4. I dati sui prezzi, rilevati dagli autori nel marzo 2024, indicano corrispettivi per chilowattora pari a 0,52 euro a Bergen e a Kiel, 1,02 a Marsiglia, 0,41 a Cuxhaven, 0,32 a Kristiansand, 0,27 ad Anversa, a fronte di un prezzo medio dell'energia per i clienti industriali pari a 0,0515 euro in Norvegia e a circa 0,13 euro nell'Unione nel 2024 (Eurostat), e senza considerare i diritti di connessione e disconnessione, che in alcuni scali raggiungono importi dell'ordine di alcune centinaia di euro per scalo.

124 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., par. 4 e Tab. 3. Le elasticità impiegate sono, per il naviglio da carico, quelle stimate per la clientela industriale nel lungo periodo (da -0,75 a -1,01) e, per le navi da crociera, quelle stimate per la clientela domestica nel breve periodo (da -0,07 a -0,33), in ragione della limitata comprimibilità dei consumi di bordo e dell'impossibilità di installare capacità di accumulo su unità esistenti. Sulla sanzione per scalo non conforme, commisurata secondo la ricostruzione degli autori a 1,5 euro per chilowatt di potenza elettrica ausiliaria richiesta moltiplicati per le ore di non conformità, ivi, par. 4, con riferimento al regolamento (UE) 2023/1805.

125 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., par. 2.2, ove si osserva che le decisioni di prezzo e di connessione sono assunte da soggetti che non rispondono della sicurezza del sistema elettrico, e par. 4, ove il problema è ricondotto ai classici difetti di incentivo e di informazione connessi al controllo di infrastrutture essenziali da parte di operatori non sottoposti a regolazione settoriale, con richiamo a P. Joskow, J. Tirole e J.-J. Laffont. Sull'inidoneità della proprietà pubblica a fungere da presidio, ivi, par. 4.

del carico che, nei porti insulari e negli scali di dimensioni contenute, può avvicinarsi al carico di base preesistente o addirittura eccederlo, con conseguenti rischi di deviazione della frequenza e, al limite, di interruzione del servizio; e la sua gestione dipende in modo critico dalla qualità dell'informazione che circola fra chi conosce i programmi di scalo – il porto e la nave – e chi deve predisporre le riserve, ossia il gestore del sistema[126]. Ne discende un rilievo che consolida quanto sin qui sostenuto: l'impianto di *cold ironing* non è solo un accessorio dell'area demaniale sulla quale insiste. Esso è, infatti, nello stesso tempo, una componente del sistema elettrico. Ne discende, soprattutto, una precisazione sul modo in cui la scarsità può essere fatta valere. Che la capacità di connessione sia limitata, che la sicurezza dell'esercizio imponga cautele, che le caratteristiche dell'infrastruttura o la natura del traffico giustifichino restrizioni, è possibile e talora certo; ma per queste evenienze l'ordinamento dispone già di strumenti tipici, che sono la limitazione motivata del numero dei prestatori secondo il regolamento sui servizi portuali e il rifiuto dell'accesso per mancanza della necessaria capacità, debitamente motivato e valutato caso per caso, secondo la disciplina del mercato elettrico[127]. La scarsità giustifica un razionamento regolato; non giustifica una riserva commerciale di durata pluriennale e di perimetro pluriportuale.

La lettura dell'infrastruttura di *cold ironing* come risorsa essenziale sembra una diretta conseguenza dell'assetto che il diritto dell'Unione ha delineato introducendo l'obbligo di ricorso a tali tecnologie. E, poiché la qualificazione del servizio come servizio di interesse economico generale non sottrae l'impresa incaricata alle regole di concorrenza, ma consente soltanto le restrizioni effettivamente necessarie all'adempimento della missione affidata, l'esclusiva sulla vendita dell'energia, per risultare compatibile con la regolazione del settore elettrico, dovrebbe superare un vaglio di indispensabilità che, alla luce delle configurazioni alternative

126 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., par. 3, ove la dinamica della frequenza è modellata a partire dall'equazione dell'oscillazione e il rapporto fra domanda della nave e carico di base è assunto quale indice del rischio di instabilità; il valore critico è calibrato sulla soglia di 1 Hz/s indicata da ENTSO-E, *Frequency stability evaluation criteria for the synchronous zone of continental Europe*, 2016.

127 Art. 6, par. 1, lett. da *a*) a *e*), e par. 6 del regolamento (UE) 2017/352, sui quali *supra*, par. 2.2; art. 6, par. 2, della direttiva (UE) 2019/944, quanto al rifiuto dell'accesso per mancanza della necessaria capacità, che deve essere debitamente motivato, e Corte giust., *citiworks*, cit., punto 60, quanto alla necessità che tale facoltà sia esercitata caso per caso.

di cui si dirà nelle prossime pagine, non sembra in grado di superare agevolmente[128].

La conclusione è dunque duplice. Sul piano della qualificazione, l'infrastruttura di *cold ironing* e la rete elettrica di banchina che la serve sono, al tempo stesso, un bene del demanio marittimo e un'infrastruttura essenziale del sistema elettrico: la prima qualità ne governa l'uso in conformità al pubblico uso del porto, la seconda ne impone l'apertura agli operatori del mercato dell'energia. Sul piano del rapporto concessorio, ciò significa che il titolo non può essere costruito in modo da rendere l'una qualità assorbente rispetto all'altra. Occorre perciò verificare, nei paragrafi che seguono, se la fornitura di energia elettrica alla nave sia attività effettivamente separabile dalla gestione dell'infrastruttura e quali configurazioni del rapporto siano compatibili con l'esito di tale separazione[129].

5.2. La fornitura di energia elettrica alle navi ormeggiate in porto come attività distinta da quella del concessionario dell'infrastruttura di *cold ironing*

La tesi sostenuta nel paragrafo precedente presuppone un dato che occorre ora verificare: che la vendita dell'energia alla nave sia attività separabile dalla gestione dell'impianto che la eroga. Il decreto ministeriale presuppone l'opposto, e lo presuppone senza argomentarlo: definendo il servizio come erogazione di energia comprensiva della gestione e della manutenzione degli impianti, e qualificando il gestore come cliente finale dell'energia che poi rivende, esso costruisce una prestazione unitaria della quale la componente commerciale e la componente infrastrutturale sono parti indistinguibili. Che la prestazione possa essere scomposta – e che la sua unificazione sia una scelta e non una necessità – va dimostrato su tre piani distinti: quello giuridico, quello economico e quello tecnico.

Sul piano giuridico la dimostrazione è, per così dire, già scritta. L'intero mercato interno dell'energia elettrica è costruito sulla separazione fra la rete e il bene (*commodity* energetica) che vi transita: la fornitura è definita come vendita,

128 Art. 106, par. 2, TFUE; *supra*, par. 3.1, quanto agli obblighi di servizio pubblico effettivamente imposti dal d.m. n. 10/2026, e par. 1, quanto al carattere non automatico della legittimazione delle esclusive discendente dalla qualificazione come servizio di interesse economico generale.

129 *Infra*, par.par. 5.2 e 5.3.

compresa la rivendita, di energia elettrica ai clienti, ed è espressamente esclusa tanto dalla nozione di trasmissione quanto da quella di distribuzione; a essa si accompagnano la libertà del cliente di acquistare dal fornitore di propria scelta e il diritto di accesso dei terzi alle reti sulla base di tariffe pubblicate e applicate senza discriminazioni[130]. Nel settore elettrico, dunque, la distinzione fra chi gestisce l'infrastruttura e chi vende l'energia non è una fra le organizzazioni possibili: è la grammatica della disciplina, al punto che un gestore di rete che vendesse l'energia trasportata costituirebbe un'anomalia da giustificare, non un modello da presupporre. Il decreto capovolge in banchina la separazione che la legge impone ovunque a monte della banchina, e lo fa per il tramite di una qualificazione – quella del gestore come cliente finale – che la norma primaria detta ai soli fini della regolazione delle partite di energia[131].

Sul piano economico le due attività non condividono né la struttura dei costi né il profilo di rischio, e la loro aggregazione produce un effetto che merita di essere isolato. La gestione dell'impianto è attività a costi fissi, intensiva di capitale, caratterizzata da un fattore di carico strutturalmente basso – l'infrastruttura deve essere dimensionata in funzione del picco, mentre l'utilizzo è intermittente, sicché gli oneri di disponibilità dominano il costo totale[132] – e nel caso italiano finanziata in misura rilevante con risorse pubbliche. La vendita dell'energia è attività a costi variabili, avente per oggetto una *commodity* acquistata su un mercato liquido, il cui rischio è un rischio di prezzo, che si copre con strumenti contrattuali di durata e non con l'ammortamento. Sommarle in un unico piano economico-finanziario significa applicare un tasso di remunerazione calibrato su un investimento infrastrutturale e, specularmente, imputare all'infrastruttura un rischio di

130 *Supra*, par. 2.3, e ivi nt. 37, quanto alle definizioni di fornitura, cliente finale e cliente grossista e all'esclusione espressa della fornitura tanto dalla nozione di trasmissione quanto da quella di distribuzione; artt. 4 e 6 della direttiva (UE) 2019/944, quanto alla libertà di scelta del fornitore e al diritto di accesso dei terzi.

131 *Supra*, par. 3.3, quanto alla qualificazione del gestore come cliente finale ai soli fini della regolazione delle partite di energia elettrica e all'uso che di tale qualificazione è stato fatto in sede attuativa.

132 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., par. 2.2, ove si osserva che l'infrastruttura deve essere dimensionata sulla punta di domanda mentre l'utilizzo è intermittente – le navi da crociera prelevano di norma per meno di quattordici ore al giorno – con fattori di carico assai bassi e conseguente prevalenza dei costi fissi e degli oneri di disponibilità sul costo totale.

domanda (legato all'utilizzo di tale servizio, non all'attrattività dei singoli scali) che il diritto dell'Unione ha di fatto provveduto a sopprimere per effetto dell'introduzione di un obbligo giuridico a partire dal 2030.

Che la separazione sia praticabile non è, poi, una congettura: è pratica osservata nello stesso spazio regolatorio europeo. Il modello dell'intermediario attivo mostra che il porto può conservare l'intermediazione rinunciando a qualsiasi margine sull'energia e costruendo i corrispettivi come somma di oneri di rete e canoni d'uso dell'impianto; il modello del facilitatore mostra che il porto può non intermediare affatto, limitandosi a mettere a disposizione l'infrastruttura e a coordinarne l'accesso mentre l'armatore contratta direttamente con il fornitore[133]. Fra i due estremi si colloca l'intera gamma delle configurazioni possibili, e in nessuno dei casi documentati la separazione ha impedito l'erogazione del servizio.

Sul piano tecnico, infine, gli strumenti della separazione sono già tutti nel decreto, che li impone ad altro fine. Il gestore è tenuto a rendicontare l'energia fornita ai clienti finali in volume e valore, disaggregata per singola fornitura, e a esporre il piano tariffario con indicazione delle diverse componenti; è tenuto a definire una procedura di calcolo idonea a delimitare i volumi dedicati quando il punto di prelievo non alimenti esclusivamente impianti di *cold ironing*; ed è tenuto a regolare i rapporti con il gestore della rete di trasmissione mediante un regolamento di esercizio[134]. La misurazione per singola nave, in altri termini, esiste già, perché è il presupposto della fatturazione. Separare non richiede dunque alcun apparato di misura ulteriore: richiede soltanto di imputare la quantità misurata a una diversa controparte contrattuale.

---

133 S. Ennis e a., *Regulatory and Business Innovation*, cit., 11-15, quanto al modello dell'intermediario attivo, adottato dal gruppo dei porti di Stoccolma, nel quale non è applicato alcun margine sull'energia e i corrispettivi sono costruiti come somma di oneri di rete e canoni d'uso dell'impianto, e al modello del facilitatore, osservato nel porto di Helsinki (South Harbour) e in alcuni terminal del porto di Oslo, in due varianti a seconda che l'impianto appartenga all'autorità portuale ovvero all'armatore. *Supra*, par.par. 2.1 e 4.1.

134 D.m. n. 10/2026, art. 4, co. 3, e art. 5, co. 1, quanto all'obbligo di rendicontare l'energia fornita ai clienti finali in volume e valore, disaggregata per singola fornitura, e il piano tariffario con indicazione delle diverse componenti; art. 3, co. 4, lett. *e*), quanto alla procedura di calcolo idonea a delimitare i soli volumi dedicati ove il punto di prelievo non alimenti esclusivamente impianti di *cold ironing*; art. 3, co. 3, quanto al regolamento di esercizio con il gestore della rete di trasmissione.

Tre obiezioni possono tuttavia essere formulate. La prima attiene al bilanciamento e alla sicurezza: se le navi acquistano da fornitori diversi, chi risponde degli sbilanciamenti e chi governa la connessione? La risposta è che la responsabilità del bilanciamento segue il punto di prelievo e può essere allocata contrattualmente sul soggetto responsabile del bilanciamento del fornitore prescelto, secondo la struttura ordinaria di qualsiasi rete servita da una pluralità di venditori[135]; mentre il governo tecnico della connessione resta al gestore dell'impianto, che ne conserva l'esercizio. La seconda attiene al traffico occasionale: la nave che approda senza contratto di fornitura non può restare priva di energia. Ma è problema notissimo e risolto ovunque mediante l'istituto del fornitore di ultima istanza, che il decreto non prevede e che dovrebbe prevedere anche nell'assetto vigente[136]. La terza attiene alla scala: volumi modesti potrebbero non attrarre fornitori concorrenti. L'obiezione è seria per i singoli scali minori, ma perde forza a livello di ambito, ove la domanda si aggrega, e trascura che la mera disponibilità dell'opzione opera già come vincolo concorrenziale sul comportamento di chi intermedia, anche quando l'opzione non venga esercitata[137].

La separabilità è dunque acquisita, ed è la condizione della duplice regolazione proposta *supra*, paragrafo 4.4. Separare significa restituire a ciascuna delle due attività il regime che le è proprio: all'impianto quello del bene demaniale, funzionalizzato al pubblico uso del porto e soggetto a condizioni di accesso regolate; all'energia quello del mercato, con la libertà di scelta del fornitore che ne costituisce il fondamento.

---

135 Regolamento (UE) 2019/943, art. 5, quanto alla responsabilità del bilanciamento e alla possibilità di delegarla a un soggetto responsabile del bilanciamento; si tratta della struttura ordinaria di ogni rete di distribuzione servita da una pluralità di fornitori.

136 Sul servizio di salvaguardia quale strumento ordinario per la clientela priva di contratto di fornitura sul mercato libero, art. 1, co. 4, del d.l. 18 giugno 2007, n. 73, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2007, n. 125. *Supra*, par. 3.1, quanto alla mancata previsione, nel d.m. n. 10/2026, di un fornitore di ultima istanza per il traffico occasionale.

137 Art. 6, par. 6, del regolamento (UE) 2017/352, sul quale *supra*, par. 2.2; S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., par. 4, ove si osserva che la mera disponibilità per la nave dell'opzione di approvvigionarsi direttamente presso un fornitore opera essa stessa quale vincolo concorrenziale sul comportamento del porto.

5.3. La nave come cliente finale con libero accesso al sistema elettrico: *business model* alternativi per il servizio di *cold ironing* compatibili con la regolazione del settore elettrico

Una volta riconosciuto che la nave non può che essere cliente finale dell'energia[138] secondo la definizione dell'art. 2 del d.lgs. n. 79/1999 e in conformità con la deliberazione ARERA 894/2017/R/eel, nonché che non sussistono ostacoli di natura normativa, regolatoria o tecnica rispetto alla possibilità di separare la vendita dell'energia dalla gestione dell'infrastruttura di *cold ironing*, la questione si sposta unicamente sul piano dell'architettura del servizio portuale in esame: a chi spetta la titolarità dell'infrastruttura, chi assume la funzione di rete, chi vende. La letteratura sul *design* dei mercati dell'alimentazione da terra offre, su questo punto, due configurazioni che soddisfano entrambe la condizione della libera scelta del fornitore, ma la soddisfano in modi assai diversi e con implicazioni non equivalenti. Esse vanno valutate secondo quattro criteri: la contendibilità effettiva della fornitura; l'allocazione della responsabilità di bilanciamento e della sicurezza del sistema; la finanziabilità dell'investimento, con particolare riguardo agli scali minori e insulari; e la compatibilità con l'ordinamento portuale italiano e con il decreto ministeriale vigente[139].

5.3.1. Il modello «facilitatore»

Nella configurazione del facilitatore l'ente di gestione del porto, o il suo concessionario, si limita a mettere a disposizione l'infrastruttura, a coordinarne l'accesso e a riscuotere un corrispettivo per l'uso, mentre l'armatore contratta direttamente con il fornitore di energia. È configurazione già osservata in Europa, nel porto di Helsinki e in alcuni terminal del porto di Oslo, in due varianti a seconda che l'impianto appartenga all'autorità portuale ovvero all'armatore, e si

138 Se la nave è cliente finale connesso a valle del punto di prelievo, una coerente configurazione impiantistica sarebbe la qualificazione della rete portuale come sistema di distribuzione chiuso.

139 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., Tab. 1 e Tab. 5, ove le configurazioni sono parametrate secondo la titolarità e la gestione dell'infrastruttura, la formazione del prezzo, l'imputazione dei costi di adeguamento della rete, la qualità dell'informazione, la capacità di coordinamento operativo e l'allocazione della responsabilità di bilanciamento. *Supra*, par. 5.1, quanto al limite posto da Corte giust., *Sabatauskas e a.*, cit.

caratterizza per il fatto che il prezzo dell'energia non è determinato dal porto e che la responsabilità del bilanciamento resta esterna al perimetro portuale[140].

Il pregio principale di questo modello, ai fini della presente indagine, è che esso è disponibile a normativa invariata. Non richiede alcuna modifica della legge porti né del decreto ministeriale: richiede soltanto una diversa perimetrazione dell'oggetto dell'affidamento, che è esattamente ciò che si è argomentato nei paragrafi precedenti. La concessione avrebbe a oggetto l'impianto e la sua gestione; le condizioni di accesso sarebbero approvate e pubblicate dall'Autorità, secondo il modello che il decreto già prevede; il corrispettivo sarebbe orientato al costo, come del resto la disciplina europea dei servizi portuali già impone ai diritti riscossi dai prestatori selezionati in regime di limitazione[141]; l'architettura a tre livelli, il doppio titolo, il piano economico-finanziario e il meccanismo di monitoraggio reggerebbero senza modifiche. Con un effetto ulteriore, di ordine sistematico: il piano economico-finanziario diverrebbe il piano di un'infrastruttura e non di una rivendita, il rischio si circoscriverebbe alla disponibilità dell'impianto e la qualificazione del rapporto cesserebbe di oscillare fra concessione e appalto in funzione della data e dello scalo.

Due limiti, però, ne circoscrivono la portata. Il primo è di ordine tecnico ed è quello che la letteratura segnala con maggiore insistenza: il modello del facilitatore migliora il benessere degli utenti ma indebolisce il coordinamento con il sistema elettrico, perché il soggetto che decide le connessioni non risponde del bilanciamento e la qualità dell'informazione che raggiunge il gestore di rete resta media[142]. Nei porti nei quali il prelievo di una singola nave rappresenta una fra-

140 S. Ennis e a., *Regulatory and Business Innovation*, cit., 11-15; S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., Tab. 1, ove il modello del facilitatore è parametrato come configurazione nella quale la titolarità dell'impianto compete all'autorità portuale o all'armatore, il prezzo dell'energia è determinato dal contratto fra nave e fornitore, la responsabilità del bilanciamento resta esterna e la capacità di coordinamento operativo è limitata.

141 Art. 12, par. 1, del regolamento (UE) 2017/352, quanto al carattere trasparente, obiettivo, non discriminatorio e proporzionato al costo del servizio dei diritti riscossi dai prestatori selezionati in regime di limitazione; par. 3, quanto agli obblighi di esibizione degli elementi posti a base della struttura e del livello dei diritti. *Supra*, par. 2.2.

142 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., *abstract* e par. 3, ove le configurazioni intermediate sono associate a rischi di prezzo monopolistico e di investimento inefficiente, mentre il modello del facilitatore è associato a un miglioramento del benessere accompagnato però da una minore tenuta del coordinamento con il sistema elettrico.

zione trascurabile del carico di base il rilievo è teorico; negli scali minori e insulari, dove quel rapporto si avvicina all'unità, esso diventa la variabile critica. Il secondo limite è di ordine finanziario: il costo dell'impianto e degli adeguamenti di rete resta a carico del porto o dell'armatore, sicché il modello non risolve il problema della capitalizzazione degli investimenti nei porti privi di capacità finanziaria, che è precisamente il luogo in cui l'obbligo europeo rischia di produrre una transizione a due velocità.

Nessuno di questi limiti giustifica, tuttavia, di scartare il modello. Anche mantenuto come opzione, e non come regime di *default*, esso produce un effetto disciplinante immediato sul comportamento di chi intermedia, poiché la sola possibilità che la nave si approvvigioni altrove vincola la formazione del prezzo[143]; e la sua adozione parziale è tecnicamente agevole, come dimostra il fatto che numerosi porti affidano già a terzi la gestione dell'impianto. Nell'assetto vigente, la facoltà per l'AdSP di ammettere la fornitura diretta – quanto meno per il traffico regolare, assistito da contratti quadro – dovrebbe perciò costituire il contenuto minimo di ogni atto di affidamento.

5.3.2. Il modello *extension-to-grid*

La seconda configurazione muove da una premessa più radicale, e insieme più lineare: se l'infrastruttura di *cold ironing* è un tratto del sistema elettrico, essa andrebbe trattata come tale. Nel modello dell'estensione della rete l'impianto di *cold ironing* è considerato un prolungamento della rete regolata, la cui realizzazione, il cui finanziamento e la cui gestione competono al gestore del sistema di distribuzione; i fornitori si collegano direttamente alla nave attraverso la rete; il gestore non determina il prezzo dell'energia, ma percepisce i soli corrispettivi regolati per l'accesso e l'uso della rete, mentre il prezzo è formato dai fornitori in concorrenza, eventualmente mediante contratti di più lunga durata[144].

---

143 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., par. 4, ove si riferisce che il porto di Helsinki opera in parte secondo il modello del facilitatore pur non essendo proprietario dell'impianto e che numerosi porti, fra i quali Kristiansand, affidano già a terzi la gestione dell'impianto di alimentazione da terra.

144 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., par. 4 e Tab. 5. Nel modello proposto il gestore della rete di distribuzione resta responsabile del solo accesso regolato, del coordinamento del sistema e dei corrispettivi di rete, mentre il prezzo dell'energia è determinato

Il modello risponde, punto per punto, alle obiezioni che il modello del facilitatore non è in grado di superare. Quanto al coordinamento, esso fa coincidere nel medesimo soggetto la conoscenza dei programmi di connessione e la responsabilità delle riserve: e su questo terreno la modellizzazione offre un risultato che merita attenzione anche per il giurista, poiché mostra che governare il rischio di instabilità mediante il prezzo – addossando cioè alla nave, in tariffa, il costo atteso dell'interruzione – condurrebbe a corrispettivi di ordini di grandezza superiori al costo industriale dell'energia, mentre una configurazione fondata sul coordinamento informativo consegue il medesimo obiettivo senza distorcere la domanda[145]. Il rilievo ha una traduzione giuridica immediata: la sicurezza del sistema non è una ragione che giustifichi l'esclusiva, perché esiste uno strumento meno restrittivo per conseguirla. Quanto alla discrezionalità nella formazione del prezzo, essa viene meno per definizione, poiché il soggetto che detiene l'infrastruttura opera in un contesto di ricavi regolati e non ha titolo per lucrare sull'energia. Quanto al finanziamento, l'inclusione degli impianti nella base di capitale investito riconosciuta ai fini tariffari consente di mobilitare risorse che il porto non possiede, abbassando la barriera all'ingresso proprio negli scali minori.

Che non si tratti di un'astrazione lo dimostra il caso greco, nel quale il modello è oggetto di elaborazione in vista di un intervento legislativo. Le stime del gestore della rete di distribuzione indicano un fabbisogno nazionale dell'ordine di alcune centinaia di megavoltampere al 2030 e investimenti per centinaia di milioni di euro, dei quali una quota significativa destinata ad adeguamenti collocati fuori dal perimetro portuale; nei porti di Igoumenitsa e di Rafina il gestore ha già impegnato risorse proprie per cabine primarie e linee a media tensione, accanto al cofinanziamento europeo degli impianti. E si dà espressamente atto del duplice ostacolo giuridico da rimuovere: manca un quadro che consenta al gestore di rete di operare all'interno delle aree portuali e manca un meccanismo che consenta di

---

dai fornitori in concorrenza, anche mediante contratti di più lunga durata quali i *power purchase agreements* o i contratti per differenza.

145 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., par. 3, Proposizioni 1-3, e Tab. 6. Nella parametrizzazione ivi adottata – valore del carico non fornito pari a 21 euro per chilowattora, prelievo della nave pari a 10 MW, qualità della comunicazione pari a 0,99 – l'onere addossato alla nave per la copertura del rischio di interruzione può raggiungere un valore pari a circa ventisei volte il costo industriale dell'energia.

includere gli impianti nella base di capitale regolata[146]. Sono, con ogni evidenza, i medesimi due ostacoli che si porrebbero in Italia.

Il recepimento di tale modello nell'ordinamento nazionale richiederebbe, in primo luogo, il superamento della configurazione della gestione del *cold ironing* secondo lo schema della concessione di servizi affidata dall'Autorità di sistema portuale, qualificando l'infrastruttura di *cold ironing* come parte integrante della rete elettrica portuale o del sistema di distribuzione chiuso operante all'interno dell'area portuale, escludendo la fornitura della *commodity* energetica dal perimetro di tale servizio portuale. Occorrerebbe, in secondo luogo, un titolo demaniale in favore del gestore dell'infrastruttura: il medesimo bene resterebbe soggetto al regime del demanio marittimo quanto alla conformità dell'uso al pubblico uso del porto, e al regime del settore elettrico quanto all'accesso, con due autorità di regolazione competenti e due statuti che si cumulano senza confondersi[147]. Occorrerebbe, in terzo luogo, una determinazione dell'ARERA sul perimetro dei costi riconosciuti, sul loro trattamento tariffario e sull'inclusione degli impianti nella base regolata. Occorrerebbe, infine, un raccordo con i poteri di pianificazione dell'Autorità portuale, alla quale continuerebbe a spettare la localizzazione degli impianti e il governo degli spazi. Il porto conserverebbe, in altri termini, il governo del proprio territorio; mentre il gestore dell'infrastruttura di *cold ironing* si porrebbe come porta di accesso al mercato elettrico marittimo.

Questa configurazione è tutt'altro che priva di criticità dal punto di vista tecnico ed economico. Tuttavia, ai ben più limitati fini della presente analisi, essa

---

146 S. Ennis e a., *Predicting Optimal Grid Stability*, cit., par. 5. Secondo le stime del gestore della rete di distribuzione greco ivi riferite, il fabbisogno nazionale connesso all'alimentazione da terra è dell'ordine di 350 MVA al 2030, per una capacità installata di circa 420 MVA nello scenario prudenziale, con investimenti di circa 250 milioni di euro per gli impianti e di ulteriori 75 milioni per i primi adeguamenti di rete; nel porto di Igoumenitsa il gestore ha impegnato circa 3 milioni di euro per una nuova cabina primaria e 1,5 milioni per una linea a media tensione di 4,5 chilometri, mentre l'impianto è realizzato con un progetto di circa 8,9 milioni cofinanziato per l'ottantacinque per cento dal meccanismo per collegare l'Europa. Ivi si dà atto altresì che manca un quadro giuridico che consenta al gestore di rete di operare all'interno delle aree portuali e di includere gli impianti nella base di capitale investito riconosciuta ai fini tariffari. Il filone di ricerca è richiamato in E.DSO, *Technology Radar v7*, 2025.

147 Sul regime concessorio delle attività di trasporto dell'energia elettrica per la consegna ai clienti finali, *supra*, par. 3.3 e ivi nt. 64; art. 36 cod. nav., quanto al titolo demaniale; l. n. 84/1994, art. 6, co. 4, lett. *c*), co. 10 e divieto di gestione diretta, sui quali *supra*, par. 3.1.

sembra rappresentare la configurazione più coerente con la regolazione del settore elettrico e, nello stesso tempo, almeno allo stato, la meno compatibile con il quadro normativo vigente.

6. Conclusioni

Il presente lavoro ha preso le mosse, per un verso, dalla constatazione che il porto, per effetto della transizione energetica del trasporto marittimo, cessa di essere soltanto un nodo logistico per divenire un'infrastruttura terminale del sistema elettrico, nella quale si incontrano produzione, distribuzione e consumo di energia; per altro verso dal fatto che il legislatore europeo ha disciplinato analiticamente chi debba installare l'impianto di alimentazione da terra, chi debba usarlo, entro quando e con quali specifiche tecniche, ma non ha fornito indicazioni in merito a chi debba vendere alla nave l'energia che vi transita.

Tale silenzio non è tuttavia una lacuna che la discrezionalità degli Stati membri ha il compito di colmare, dovendosi a tal fine fare riferimento a due distinti plessi normativi. Il primo è il regolamento europeo sui servizi portuali, che include nel rifornimento la fornitura di energia alle navi all'ormeggio e ammette la limitazione del numero dei prestatori solo per motivi tipici, previa pubblicazione e contraddittorio. Il secondo è la disciplina del mercato elettrico, ove il libero accesso si atteggia ormai a diritto degli utenti del sistema.

È perciò proprio in questa duplice prospettiva che deve essere valutato sia il tentativo del legislatore di inquadrare il servizio di *cold ironing* nell'ambito della legislazione portuale, che quello dell'amministrazione ministeriale competente di delinearne una disciplina compiuta. Seguendo questa indicazione, nel presente lavoro sono state messe in luce diverse criticità, tra cui, in particolare: la qualificazione del rapporto come concessione di servizi e la conseguente perimetrazione del servizio di *cold ironing*, laddove include anche la vendita dell'energia; la qualificazione di quest'ultimo come servizio di interesse economico generale; e, infine, la difficile convivenza della configurazione introdotta dall'art. 34-bis d.l. n. 162/2019 con la regolazione del settore elettrico.

In relazione a quest'ultimo aspetto, la qualificazione del gestore del servizio come cliente finale sembra infatti corretta e necessaria nei limiti in cui la norma primaria la enuncia, ossia quale regola di imputazione delle partite; sennonché,

da quest'ultima sembra essere scaturita una configurazione del servizio come SIEG e del relativo rapporto concessorio quale concessione di servizi che non sembrerebbe esente da critiche sul piano della sua compatibilità con i principi regolatori del mercato elettrico, tra cui in particolare il principio di libero accesso.

La configurazione del servizio che ne risulta – cliente finale dell'energia e insieme venditore esclusivo di un servizio il cui valore risulta parametrato in termini di chilowattora a una pluralità di utenti autonomi – non sembra infatti trovare agile collocazione nella regolazione del settore elettrico: o le navi sono clienti finali, e l'infrastruttura elettrica che consente l'OPS non può allora che essere soggetta al principio di libero accesso al sistema elettrico, oppure devono ricorrere le condizioni poste dall'ARERA con riferimento ai cosiddetti clienti finali nascosti.

La ricostruzione della concessione del *cold ironing* quale concessione di servizi si scontra dunque con il fatto che, come si è cercato di argomentare, l'infrastruttura di *cold ironing* e la rete elettrica di banchina che la serve sono in realtà, dal punto di vista della regolazione del settore elettrico, infrastrutture essenziali che abilitano il mercato elettrico marittimo e, nello stesso tempo, permettono di soddisfare una domanda di alimentazione elettrica delle navi che trova il suo fondamento nella legislazione europea e la cui soddisfazione risponde ad una logica di doverosità tipica di un servizio pubblico.

Né la natura demaniale dell'impianto di *cold ironing*, né il titolo concessorio che ne attribuisce la disponibilità sembrano, d'altronde, poter operare tanto come criterio di qualificazione dell'infrastruttura quanto come legittima giustificazione per riservare in astratto, in via esclusiva, la vendita dell'energia alle navi attraverso l'impianto OPS in capo al gestore del servizio. Nella prospettiva della regolazione del settore elettrico, l'impianto di *cold ironing* non sembra rappresentare solo una pertinenza dell'area demaniale sulla quale esso insiste essendo, nello stesso tempo, anche una componente essenziale del sistema elettrico. La scarsità della capacità sembra perciò poter giustificare un razionamento regolato e motivato caso per caso, ma non sembra altresì sufficiente a legittimare, quale opzione di *default*, un'esclusiva in capo al concessionario del servizio, di durata pluriennale e di perimetro potenzialmente pluriportuale, in relazione alla vendita dell'ener-

gia in favore delle navi.

Che la questione non sia meramente teorica lo dimostra l'evidenza disponibile sui porti europei, rispetto ai quali la richiamata indagine pubblicata sul *Journal of the Operational Research Society* suggerisce che i prezzi praticati per l'energia erogata da terra sembrano collocarsi su valori superiori di cinque-dieci volte a quelli applicati alla clientela industriale, con punte prossime a un euro per chilowattora, con conseguente perdita di benessere a carico dell'armatore che cresce in misura inversamente proporzionale all'elasticità della domanda, raggiungendo per il traffico crocieristico ordini di grandezza che sembrerebbero assai superiori al costo dell'energia acquistata.

Nella prospettiva di una riconfigurazione del rapporto concessorio in parola quale concessione di una *essential facility*, non sembrerebbero esserci particolari ostacoli di natura giuridica a ritenere che la vendita dell'energia rappresenti un'attività scorporabile rispetto alla gestione in sé dell'infrastruttura di *cold ironing*. La separabilità fra gestione dell'impianto di *cold ironing* e vendita dell'energia sembra altresì testimoniata dal fatto stesso che la distinzione fra chi gestisce la rete e chi vende la *commodity* elettrica non rappresenta uno dei modelli organizzativi possibili, bensì la grammatica stessa della regolazione del settore elettrico.

Le considerazioni svolte nelle pagine precedenti non si traducono però in una critica radicale del d.m. 22 gennaio 2026, n. 10. Esse si limitano piuttosto ad evidenziare, da un lato, l'esigenza, da parte delle AdSP che saranno chiamate alla prova dell'implementazione del servizio di *cold ironing*, di adottare alcuni accorgimenti, da valutare caso per caso ed in funzione delle specificità di ciascun porto, in vista delle future procedure di affidamento e della previsione di *business model* realmente sostenibili; dall'altro, la necessità per l'ARERA – in coerenza con l'attività di regolazione posta in essere in materia di reti private, sistemi di distribuzione chiusi e "clienti nascosti" – laddove le condizioni impiantistiche e di rete lo permettano, di supportare le AdSP (e, ove necessario, il legislatore e il MIT) nella definizione di un più coerente inquadramento dell'infrastruttura di *cold ironing* sul piano tecnico-regolatorio al fine di rendere possibile (anche) l'adozione di configurazioni di tipo "intermediario attivo", "facilitatore" o "*extension-to-grid*", già oggetto di sperimentazione negli scali europei, più coerenti con il principio di libero accesso al sistema elettrico.

Tali configurazioni alternative rispetto al modello dell'intermediario standard, riconducibile allo schema della concessione di servizi, a cui sembra fare riferimento il decreto del MIT quale opzione di *default*, si dispongono lungo una scala di crescente coerenza con la regolazione del settore elettrico e di crescente distanza rispetto all'assetto normativo vigente nel nostro Paese. La variante dell'intermediario attivo, già sperimentata in ambito europeo, sarebbe immediatamente adottabile e dimostra che la funzione di intermediazione può essere esercitata senza che alla vendita dell'energia sia associata una remunerazione autonoma; essa rimuove il problema del margine, ma non quello della contendibilità, e costituisce perciò un *second best* e non un possibile approdo definitivo. Il modello del facilitatore sembrerebbe praticabile senza modifiche del quadro normativo vigente, richiedendo soltanto una diversa perimetrazione dell'oggetto dell'affidamento da parte delle AdSP e una determinazione ARERA sulla connessione in banchina ai fini dell'imputazione del prelievo ai fini del dispacciamento. Il modello *extension-to-grid* rappresenta invece la configurazione più coerente con la regolazione del settore elettrico e, allo stato, però la meno compatibile con l'assetto normativo vigente: esso richiederebbe la qualificazione dell'impianto come parte della rete o del sistema di distribuzione chiuso, un titolo demaniale in favore del gestore dell'infrastruttura di distribuzione, ovvero, laddove esistente, del sistema di distribuzione chiuso, una determinazione dell'ARERA sul perimetro dei costi riconosciuti e sull'inclusione degli impianti nella base regolata, e un raccordo con i poteri di pianificazione dell'AdSP.

La decarbonizzazione dei porti si rivela così, prima ancora che un problema di infrastrutture, un problema di *market design*. La qualificazione del servizio di *cold ironing* come servizio di interesse economico generale non sottrae l'impresa incaricata alle regole di concorrenza, ma consente le sole restrizioni effettivamente necessarie all'adempimento della missione di servizio pubblico affidata. L'esistenza di modelli meno restrittivi, praticati altrove senza che l'erogazione del servizio ne sia risultata impedita, sembrerebbe essa stessa la dimostrazione che l'esclusiva sulla vendita dell'energia non è in grado di superare i paletti fissati dal legislatore e dalla giurisprudenza eurounitaria in materia di SIEG. La concessione del servizio di *cold ironing* dovrebbe perciò più correttamente essere ricostruita alla stregua di

un rapporto concessorio avente ad oggetto un bene demaniale sottoposto a duplice regolazione: l'una diretta a conformarne l'uso al pubblico uso del porto, l'altra a garantirne l'accesso agli operatori del mercato dell'energia. Non due regolazioni alternative, ma due distinti statuti che insistono sul medesimo bene e che il titolo concessorio in parola avrebbe perciò il compito di ricomporre ad unità.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Biagio G. Di Mauro
Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università "Kore" di Enna
biagiogianluca.dimauro@unikorestudent.it

La dimensione "transnazionale" dei servizi pubblici: un'introduzione

The "transnational" dimension of public services: an introduction

Sintesi

Di fronte alla dimensione transnazionale dei servizi pubblici il diritto amministrativo deve confrontarsi con l'idea secondo cui la globalizzazione ha fatto sì che il mondo si «rimpicciolisse» e che aprisse «tutte le sue porte in tutte le sue direzioni». Le istituzioni, spesso prigioniere della loro specializzazione e settorialità entro i confini nazionali, non possono più permettere che la «garanzia dei diritti» dipenda da un rinnovato «rinserrarsi nei confini nazionali». È fondamentale per il giurista saper governare l'emergente «spazio giuridico globale», e i servizi pubblici transnazionali si configurano come una delle principali e più concrete manifestazioni di un "diritto" che si fa strumento di integrazione "oltre lo Stato" (integration through law), essenziali per assicurare beni e prestazioni fondamentali come sanità, mobilità, istruzione e sicurezza. Da un lato, tali servizi concretizzano la tutela dei diritti non self executing in spazi giuridici ultrastatali, da un altro, rappresentano un laboratorio istituzionale e un banco di prova per la costruzione di nuove forme di cittadinanza e di coesione sociale.

Eppure, l'indagine sui servizi pubblici transnazionali rappresenta una nuova e pressante sfida per il diritto amministrativo prestazionale. La letteratura dedicata è ancora scarsa e limitata, focalizzata prevalentemente sugli atti amministrativi transnazionali anziché sulle attività operative.

Lo studio, pertanto, si inserisce in un sentiero di ricerca inesplorato e adotta un approccio baconiano e foucaultiano per superare alcuni bias logico-sistematici che hanno storicamente vincolato il servizio pubblico.

La pars destruens prende in considerazione 3 elementi: (i) in primo luogo, verifica come il criterio organico o soggettivo sia stato inciso dal processo di integrazio-

ne europea, conducendo a una progressiva ridefinizione della nozione di servizio pubblico e ponendo l'accento sulle funzioni e sulle finalità a scapito della titolarità pubblica; (ii) in secondo luogo, dimostra come la logica neoliberista fondata sulla concorrenza, pur causando una profonda erosione identitaria del servizio pubblico, non è stata in grado di spingerlo verso una dimensione transnazionale; (iii) in terzo luogo, dimostra la necessità di superare la logica della territorialità, in quanto la nozione di servizio pubblico transnazionale spezza il tradizionale rapporto tra potere pubblico (soprattutto locale) e territorio, trasformando la frontiera interstatale da spazio di chiusura a luogo di passaggio, di scambio e di interazione. D'altra parte, è guardando alle pratiche - come ci suggerisce Foucault - che ci si rende immediatamente conto della conclamata rilevanza dei servizi pubblici transnazionali, svelando una paradossale condizione di invisibilità teorica e visibilità pratica di tali servizi. Nonostante l'assenza di una cornice giuridica consolidata, il fenomeno dei servizi pubblici transfrontalieri - la forma più compiuta e paradigmatica di servizi pubblici transnazionali - è in piena proliferazione, con oltre 1550 casi censiti.

La pars construens, preso atto dell'insufficienza delle ricostruzioni esistenti, prova a proporre una ridefinizione assiologica del problema, analizzando le attuali forme di manifestazione dei servizi pubblici transfrontalieri. Si sostiene che tali servizi - paradigma elementare dei servizi pubblici transnazionali - debbano necessariamente superare la mera ottica di mercato per perseguire l'interesse generale della coesione sociale e territoriale, nell'ottica della massimizzazione della tutela e del pieno godimento dei diritti da essi dipendenti. Si propone dunque la soluzione dell'istituzionalizzazione della cooperazione interstatale e intersociale, mediante modelli di governance ibrida che operino sia "attraverso" la frontiera (modello centralizzato/a rete), sia "sulla" la frontiera (modello comune o integrato), cercando di rilevarne gli aspetti positivi e i profili di criticità. In questo modello, tanto il "power of the purse" europeo - ossia il potere di bilancio come strumento decisivo per il sostentamento economico-finanziario dei progetti - quanto il potere "sociale", rappresentano adeguati vettori di crescita esponenziale dei servizi pubblici oltre confine e dei diritti ad essi collegati.

Il lavoro giunge a delineare una prospettiva bottom-up di «diritto dello spazio transfrontaliero»: una rivendicazione, da parte delle comunità di frontiera, di uno spazio comune, che trascende il concetto di confine come «cicatrice della storia». Partendo dalla posizione sociale e giuridica degli individui stanziati su una area di frontiera, si prende atto del fatto che il centro di imputazione degli effetti delle iniziative intraprese, come quelle in materia di servizi pubblici, non debba più essere il cittadino in sé ma il luogo in cui si dispiega la sua personalità, nella consapevolezza che tutelando le esigenze emergenti negli spazi transfrontalieri si accorderebbe comunque protezione, seppur di riflesso, alla comunità insediata. In questa direzione, dunque, il diritto dello spazio transfrontaliero si traduce in una sorta di diritto ad esistere e a contare nello scacchiere territoriale transnazionale, il che implica l'attivazione di una serie di servizi volti ad assicurarne la valorizzazione e la coesione, seppur in sintonia con i valori culturali territorialmente espressi e con le prospettive insite di cooperazione e sviluppo.

Conclusivamente, si elabora una nozione compiuta di servizio pubblico transnazionale, mettendone in luce i tratti strutturali che lo distinguono dal servizio pubblico transfrontaliero. Il servizio pubblico transnazionale si configura, infatti, come un'attività di prestazione, organizzata o governata mediante forme stabili di cooperazione tra autorità, enti o soggetti appartenenti a più ordinamenti, diretta a soddisfare in modo continuativo bisogni di interesse generale di comunità non più legate al confine statale, con accesso non discriminatorio e in funzione della coesione sociale e territoriale e della garanzia effettiva dei diritti. La figura si caratterizza per una serie di elementi concorrenti: la presenza di bisogni collettivi non confinabili entro un solo ordinamento; la fruizione paritaria da parte di utenti situati in più Stati; l'esistenza di forme durevoli di cooperazione interordinamentale; una base organizzativa e finanziaria non episodica; la funzionalizzazione del servizio alla garanzia di diritti sociali e di cittadinanza, oltre la logica concorrenziale.

Il servizio pubblico transnazionale rompe così la tradizionale correlazione tra servizio, Stato-ordinamento e territorio, sostituendo al paradigma nazionale un modello relazionale di Stato(i)-comunità, nel quale gli ordinamenti non si escludono ma si coordinano e si integrano. La cooperazione non è un elemento accessorio, bensì la condizione genetica della prestazione che si struttura ben oltre il confine

territoriale. La distinzione rispetto al servizio transfrontaliero è pertanto di struttura e non di intensità: mentre quest'ultimo resta ancorato alla prossimità territoriale, il servizio transnazionale presuppone la piena relativizzazione del nesso esclusivo tra servizio, Stato e territorio, configurandosi come categoria generale dell'amministrazione prestazionale oltre lo Stato.

Attraverso esempi nei settori digitale, della cybersicurezza e farmaceutico, il contributo mostra come tali servizi costituiscano infrastrutture pubbliche essenziali per garantire continuità, interoperabilità e accesso non discriminatorio in uno spazio giuridico globale e plurale. Ne emerge una figura che non corregge soltanto gli effetti divisivi del confine, ma assume il superamento della separatezza ordinamentale come condizione fisiologica dell'azione pubblica, delineando un modello di amministrazione "cooperativa" capace di rendere effettivi diritti e utilità essenziali oltre i limiti dello Stato-ordinamento.

Se così è, quanto precede offre una (prima) introduzione sistematica alla dimensione transnazionale dei servizi pubblici.

Abstract

Facing the transnational dimension of public services, administrative law must confront the idea that globalization has "shrunk" the world and opened "all its doors in all directions." Institutions, often imprisoned by their specialization and sectorality within national borders, can no longer allow the "guarantee of rights" to depend on a renewed "retreat into national boundaries". It is therefore essential for the scholarship to learn how to govern the emerging "global legal space," where transnational public services stand out as one of the most concrete manifestations of a "law" that becomes an instrument of integration beyond the State (integration through law), indispensable for ensuring fundamental goods and services such as healthcare, mobility, education and security. On the one hand, these services materialize the protection of non-self-executing rights within ultrastatal legal spaces; on the other, they represent an institutional laboratory and a testing ground for the construction of new forms of citizenship and social cohesion.

However, the study of transnational public services poses a pressing and unprecedented challenge to performance-oriented administrative law. The existing litera-

ture remains scarce and limited, focusing predominantly on transnational administrative acts rather than on operational activities. This work, therefore, situates itself within an unexplored research trajectory and adopts a Baconian and Foucaultian methodological approach to overcome certain logical-systematic biases that have historically constrained the notion of public service.

The pars destruens addresses three elements: (i) first, it examines how the organic or subjective criterion has been reshaped by the process of European integration, leading to a progressive redefinition of the concept of public service and shifting emphasis from public ownership to functions and purposes; (ii) second, it demonstrates how the neoliberal logic of competition, while causing a profound erosion of the identity of public services, has failed to propel them towards a transnational dimension; (iii) third, it highlights the necessity of overcoming the logic of territoriality, insofar as the notion of transnational public service breaks the traditional link between public authority (especially local) and territory, transforming interstate borders from spaces of closure into places of passage, exchange, and interaction. Moreover, as Foucault reminds us, it is by looking at practices that one immediately perceives the undeniable relevance of transnational public services, revealing a paradoxical condition of theoretical invisibility and practical visibility. Despite the absence of a consolidated legal framework, the phenomenon of cross-border public services - the most accomplished and paradigmatic form of transnational public services - is proliferating, with more than 1,550 cases recorded.

The pars construens, acknowledging the insufficiency of existing reconstructions, seeks to propose an axiological redefinition of the issue by analyzing current manifestations of cross-border public services. It argues that such services - elementary paradigms of transnational public services - must necessarily transcend a mere market-oriented perspective in order to pursue the general interest of social and territorial cohesion, aimed at maximizing the protection and full enjoyment of the rights dependent upon them. The proposed solution lies in the institutionalization of interstate and intersocial cooperation through hybrid governance models operating both "across" the border (centralized/network models) and "on" the border (common or integrated models), while critically assessing their strengths and weaknesses. Within this framework, both the european

"power of the purse", as a decisive tool for the economic and financial sustainability of projects, and social power emerge as adequate vectors for the exponential growth of cross-border public services and of the rights connected thereto.
Ultimately, the work outlines a bottom-up perspective of a "law of the cross-border space": a claim, advanced by border communities, to a common space that transcends the notion of the frontier as a "scar of history." Starting from the social and legal position of individuals residing in border areas, it acknowledges that the center of attribution of the effects of initiatives - such as those concerning public services - should no longer be the citizen per se, but rather the place in which his or her personality unfolds. In this awareness, protecting the needs emerging within cross-border spaces would nonetheless provide, albeit indirectly, protection to the settled community. In this direction, the law of the cross-border space translates into a sort of right to exist and to matter within the transnational territorial chessboard, which implies the activation of services aimed at ensuring its valorization and cohesion, in harmony with territorially expressed cultural values and with inherent prospects of cooperation and development.
In conclusion, a fully-fledged notion of the transnational public service is elaborated, highlighting the structural features that distinguish it from the cross-border public service. The transnational public service does not coincide with the mere service that "moves" across a border, but is configured as a service activity stably organised within a legal space that transcends the state horizon, and is directed towards the effective protection of rights and the promotion of social and territorial cohesion. The figure is characterised by a set of concurrent elements: the existence of collective needs that cannot be confined within a single legal order; the equal enjoyment of the service by users located in multiple States; the presence of enduring forms of inter-order cooperation; a non-episodic organisational and financial basis; and the functional orientation of the service towards the guarantee of social and citizenship rights, beyond a purely market-based logic.
The transnational public service thus breaks the traditional correlation between service, State-order and territory, replacing the national paradigm with a relational model of State(s)-community, in which legal orders do not exclude one ano-

ther but coordinate, overlap and integrate. Cooperation is not an ancillary element, but the genetic condition of the service, which is structured "well beyond the territorial boundary" in order to ensure continuity, accessibility and non-discrimination within a composite and global legal space. The distinction from the cross-border service is therefore structural rather than merely quantitative: while the latter remains anchored to territorial proximity, the transnational service presupposes the full relativisation of the exclusive link between service, State and territory, and thus emerges as a general category of performance-based administration beyond the State.

Through examples drawn from the digital, cybersecurity and pharmaceutical sectors, the contribution shows how such services constitute essential public infrastructures capable of ensuring continuity, interoperability and non-discriminatory access within a plural legal space. What emerges is a figure that does not merely correct the divisive effects of borders, but assumes the overcoming of inter-order separateness as a physiological condition of public action, outlining a model of cooperative administration capable of rendering rights and essential utilities effective beyond the limits of the State-order.

If this is so, the foregoing aims to offer a (first) systematic introduction to the transnational dimension of public services.

Parole chiave: Servizi pubblici transnazionali, Diritto amministrativo globale, Spazio transfrontaliero, Coesione sociale e territoriale, Amministrazione cooperativa

Keywords: Transnational public services, Global administrative law, Cross-border space, Social and territorial cohesion, Cooperative administration

Indice: 1. Linee direttrici di contesto. - 2. La perimetrazione del campo della ricerca tra ragioni e indirizzi. - 3. I servizi amministrativi transnazionali nel processo d'integrazione europea. - 3.1. Oltre l'orizzonte: le tensioni tra servizi pubblici e integrazione europea da un punto di vista strettamente transnazionale e le esigenze decostruttive. - 3.2. La quiete dopo la tempesta: dalle tensioni decostruttive alle proposte costruttive. - 4. La configurazione del servizio pubblico transfrontaliero come base di studio della transnazionalità prestazionale. - 4.1. Il primo modello di servizio pubblico transnazionale nel contesto transfrontaliero: il modello "centralizzato". - 4.2. Il primo modello di servizio pubblico transnazionale nel contesto transfrontaliero: il modello "a rete". - 4.3. Il secondo modello di servizio pubblico transnazionale nel contesto transfrontaliero: il modello "comune" o integrato". - 5. Riflessioni conclusive (e principiali) sui servizi pubblici transnazionali. Tentativi di inferenza logico-giuridica dai servizi transfrontalieri e prove di costruzione dogmatica di una "nuova" nozione pubblicistica.

1. Linee direttrici di contesto[1]

«Per molti millenni l'umanità ha vissuto costretta entro i confini di ogni singolo continente, senza vie d'uscita, come in altrettanti spazi chiusi, su altrettanti pianeti». Ad un certo punto, però, a partire dalla fine del XX secolo, la globalizzazione[2] ha fatto sì che il mondo si «rimpicciolisse» e che, contraendosi, aprisse «tutte le sue porte in tutte le sue direzioni»[3].

In questo nuovo scenario, la necessità di comprendere il «nuovo tempo», in uno all'impellenza di "saper governare" «lo spazio giuridico globale»[4], hanno portato il giurista a riflettere sui cambiamenti in almeno due direzioni strettamente correlate.

Da un lato, la riflessione si è concentrata sulle cause dei cambiamenti legati alla globalizzazione, che segnano che «le temps du monde fini commence»[5] sotto la spinta di forze tecnologiche, economiche e finanziarie, mentre le istituzioni restano confinate nei propri territori, prigioniere della loro specializzazione e settorialità. Da un altro lato, l'indagine si è soffermata sul se e in che misura il diritto

---

1 Il presente lavoro nasce dal soggiorno di ricerca svolto presso il *Max Planck Institute for Comparative and Public Law* di Heidelberg, al quale rivolgo un sentito ringraziamento, in particolare ai Direttori, Prof. A. Von Bogdandy e Prof. A. Peters, e a tutto lo staff. Il lavoro tenta di sviluppare, nell'ambito dei servizi pubblici, un concetto che già tempo fa John Lennon aveva espresso in chiave musicale, seppur con finalità diverse, nella celebre canzone *Imagine*. Particolarmente significativa, per i fini qui considerati, è la frase: «*Imagine there's no countries, it isn't hard to do*».

2 Il termine "globalizzazione", ormai di uso comune, è riconducibile al Prof. T. Levitt, che lo sperimentò per la prima volta in un articolo del 1983 sulla *Harvard Business Review*, dal titolo *The Globalization of Markets*, in riferimento ai cambiamenti tecnologici e ai comportamenti sociali che consentono a multinazionali (*businesses*), come Coca-Cola e McDonald's, di vendere gli stessi prodotti in tutto il mondo. Sulla nozione permane incertezza anche a distanza di tempo, come emerge da J.B. AUBY, *Globalisation, law and State,* 2001, trad. ingl., Oxford, 2017, pp. 1-2.

La dottrina che studiato le problematiche giuridiche derivanti dalla globalizzazione dalla prospettiva della transnazionalità è davvero estesa e si rinvia, senza pretesa di esaustività, a M. MADURO, K. TUORI, S. SANKARI (a cura di), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking,* Cambridge University Press, Cambridge, 2014, J. HUSA, *Advanced Introduction to Law and Globalisation,* Elgar, Cheltenham, 2018; M. SIEMS, *Comparative Law,* II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 305 ss.; P. ZUMBANSEN (a cura di), *The Many Lives of Transnational Law: Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

3 F. BRAUDEL, *Storia, misura del mondo*, tr. it. Bologna, 1998, pp. 107 ss..

4 S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale, in Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2, 2002, pp. 323 ss..

5 P. VALÉRY, *Regards sur le monde actuel et autres essais*, in ID., *Oeuvres*, II, 1960, pp. 923-924.

possa recitare un ruolo da protagonista nel governare tale processo, anche attraverso forme di manifestazione ancora rudimentali o embrionali.

Tale premessa si pone in particolare consonanza con la dimensione "transnazionale"[6] dei servizi pubblici, perché «ogni uomo» - scrive Schopenhauer - «confonde i limiti del suo campo visivo con i confini del mondo»[7], ma, nel momento in cui tale mondo si rimpicciolisce al punto da non averne più, diviene fondamentale che «la garanzia dei diritti» non dipenda più «da un rinnovato rinserrarsi nei confini nazionali»[8].

Se questa è la premessa di carattere generale, si pone l'esigenza di individuare strumenti che permettano una nuova "integrazione" tra i cittadini dello «spazio giuridico globale», che altro non è che uno spazio in cui la tutela e il godimento di tutti i loro diritti deve essere massimizzata[9]. E d'altra parte, i servizi

---

6 La dimensione "transnazionale" dei servizi pubblici si inserisce nel più ampio quadro giuridico individuato da Philip Caryl Jessup, giurista statunitense, professore di diritto internazionale e giudice della Corte Internazionale di Giustizia, secondo cui il diritto transnazionale contiene «*all law which regulates actions or events that transcend national frontiers*» *includendo «both public and private international law (...), as are other rules which do not wholly fit into such standard categories*» (p. 2). L'Autore, infatti, intendeva superare la visione tradizionale che separava nettamente diritto interno e internazionale, per introdurre una prospettiva unitaria e funzionale, centrata sui fenomeni giuridici che attraversano confini. Questo approccio costituisce la base per la costruzione di successivi sviluppi tematici, come il diritto amministrativo globale e il diritto europeo integrato, ma soprattutto, per quel che a noi qui interessa, i servizi pubblici transnazionali.

Per ulteriori approfondimenti, P.C. JESSUP, *Transnational law,* Yale University Press, 1956, mentre per una lettura aggiornata delle tesi dell'Autore a distanza di 60 anni dalla pubblicazione, si rinvia a P. ZUMBANSEN, *The many lives of transnational law,* cit.. In Italia, si v. soprattutto, M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti della società transnazionale,* Bologna, 2000, 47 ss. e ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, 24 ss.

7 A. SCHOPENHAUER, *Parerga e paralipomena: kleine philosophische schriften*, Leipzig, 1877.

8 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti,* Laterza, 2012, p. 36.

9 Sulla teoria che massimizza la tutela e il godimento dei diritti fondamentali e che, si ritiene, debba trovare applicazione anche nello spazio giuridico globale stante la preesistenza dell'ordine giuridico della società rispetto a quello dell'autorità "politica o economica", si v. i numerosi scritti di Perfetti, tra cui L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità,* in *Dir. pubb.,* 2013; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranita,* in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri,* Padova, 2016, 1153 ss.; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione,* in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, 99 ss.; ID., *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, 2021 e, recentemente, ID., *L'amministrazione repubblicana. Un percorso di ricerca attraverso potere pubblico, sovranità, diritti fondamentali,* 2025.

pubblici transnazionali rappresentano, in questo senso, una delle prime e più concrete manifestazioni di un "diritto" che si fa strumento di integrazione "oltre lo Stato": essi traducono in pratica la necessità di assicurare beni e prestazioni fondamentali - sanità, mobilità, istruzione, ambiente e sicurezza - non solo a comunità insediate in spazi di confine, ove la vita quotidiana smentisce la rigidità delle frontiere (c.d. servizi pubblici transfrontalieri o transnazionali in senso lato), ma anche alle comunità territorialmente distanti che reclamano un livello più integrato di tutela dei diritti attraverso la cooperazione interstatale nei settori *supra* menzionati (c.d. servizi pubblici transnazionali in senso stretto).

In tal modo, i servizi pubblici transnazionali non solo rispondono a bisogni immediati, ma incarnano un laboratorio giuridico-istituzionale in cui si sperimenta la capacità del diritto di governare la globalizzazione, superando la territorialità delle istituzioni nazionali e aprendo la strada a nuove forme di cittadinanza e di garanzia dei diritti.

In questo contesto, l'indagine sui servizi pubblici transnazionali rappresenta una nuova sfida per il diritto amministrativo prestazionale, che porta il giurista verso sentieri di ricerca inesplorati e, fino a qualche tempo fa, imprevedibili. D'altra parte, sono molti gli interrogativi che il giurista deve evadere non appena si confronta con la dimensione transnazionale dei servizi pubblici. Vi sono problemi che attengono alla corretta identificazione della nozione - tanto ampia da ricomprendere i servizi transfrontalieri - e problemi che riguardano l'efficace delimitazione dell'ambito applicativo oggettivo.

È allora sufficiente "un'introduzione" al tema servizi pubblici transnazionali, lasciando per il momento sullo sfondo una serie di questioni che, per ragioni espositive, non possono essere affrontate e risolte in questo scritto, ma che sono comunque utili a far comprendere la dimensione del problema[10]. La delimitazio-

10 Ci si domanda infatti se sia opportuno assumere come riferimento le categorie nazionali oppure se sia necessario elaborare un concetto autonomo, capace di cogliere la specificità delle dinamiche oltre confine. Resta aperto il problema di distinguere tra servizi nazionali e locali: i primi sembrano più legati a politiche generali, mentre i secondi, soprattutto nelle aree di frontiera, assumono un rilievo particolare per le comunità coinvolte. Un ulteriore nodo riguarda la dicotomia tra servizi di interesse economico generale (SIEG) e servizi non economici di interesse generale (SINEG). Ci si interroga sulla sua effettiva pertinenza, dato che in alcuni ordinamenti essa si fonda su differenze minime e non sempre risulta applicabile in modo uniforme. Resta poi da chiarire se la nozione di diritto amministrativo prestazionale in

ne del campo di indagine si intende necessaria proprio per il contesto in cui la ricerca si colloca. Quando si indagano temi su cui «non possa richiamarsi a una lunga e continua tradizione di studi per dimostrare la propria legittimità», vi è «l'esigenza di precisare con rigore il proprio oggetto»[11].

Delineato brevemente il contesto entro cui si colloca il tema del presente scritto, si propone ora un'introduzione alla materia dei servizi pubblici transnazionali, preceduta dall'enucleazione delle principali ragioni che hanno orientato tale scelta di ricerca.

Una scelta che, per la forza e la pregnanza delle motivazioni sottese, appare quasi inevitabile[12].

2. La perimetrazione del campo della ricerca tra ragioni e indirizzi.

L'attenzione verso i servizi pubblici transnazionali nasce dall'esigenza di comprendere un fenomeno che si colloca al crocevia tra globalizzazione, integrazione europea e trasformazioni dello Stato contemporaneo. La crescente interdipendenza economica e sociale, l'intensificazione dei flussi di persone, merci e informazioni, così come l'emersione di bisogni collettivi che travalicano i confini nazionali, sono soltanto alcune delle ragioni per le quali si intende condurre uno studio sui servizi pubblici transnazionali.

---

una prospettiva transnazionale debba limitarsi ai servizi forniti in *régie*, oppure se debba ricomprendere anche le imprese pubbliche che svolgono attività transfrontaliere. Occorre infine valutare se possano essere inclusi nel campo di indagine i servizi gestiti da autorità o agenzie internazionali o europee, ovvero da soggetti privati. Ci si domanda infatti se tali attività possono essere considerate servizi pubblici quando rispondono a bisogni collettivi o sono sottoposte a regole di ordine pubblico. Tutti questi interrogativi, nel loro insieme, mostrano la difficoltà di individuare con precisione ciò che rientra istituzionalmente nella categoria di servizio pubblico transfrontaliero e, a maggior ragione, transnazionale.

11 Così, E. BETTI, *Di una teoria generale della interpretazione,* 1990, p. 57.

12 Sono di conforto, a tal uopo, le preziose riflessioni di G. GUARINO, *È proponibile una scienza giuridica predittiva ?, in «1989. Rivista di diritto pubblico e scienze politiche»*, 3-4, 1995, pp. 413, secondo cui «esiste un doppio piano sul quale collocarsi per «fare diritto», quello del giurista applicativo e quello del giurista propositivo». Sotto quest'ultimo profilo, Grossi afferma che il compito del giurista non è tanto quello di verificare i fenomeni giuridici alla luce di sistemazioni teoriche considerate come dogmi indissolubili, anche di fronte a realtà che non non si prestano ad essere più spiegate in modo soddisfacente, quanto quello di creare o ricostruire un ordine in cui i mutati parametri e le novità trovano giustificazione (P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale,* VII ed., Roma-Bari, 2014).

Dal punto di vista strettamente amministrativo, la letteratura dedicata al diritto amministrativo transnazionale è ancora scarsa e, ancor più, limitata risulta quella rivolta allo studio dei servizi pubblici transnazionali, la cui stessa esistenza è talvolta messa in dubbio.

Solo guardando oltralpe, si rinviene una flebile attenzione nei confronti della materia dei servizi pubblici, ma comunque si tratta di contributi estemporanei e disancorati sensibilmente dal *core* del dibattito degli studiosi di diritto amministrativo transnazionale, che è tutto incentrato sulla transnazionalità in generale, sui meccanismi, le procedure e gli strumenti, nonché sui controlli e su alcuni casi pratici[13]. In passato, invece, l'attenzione degli studiosi si era posta, oltre che sulla materia in generale, anche su alcuni settori "speciali" del diritto amministrativo, come quelli dei contratti pubblici, dei tributi e dello sport[14]. Mai, però, sui servizi pubblici transnazionali, e si ritiene che vi siano almeno due le ragioni alla base di tale lacuna.

In primo luogo, il diritto amministrativo transnazionale non costituisce il vero "nucleo duro" del più ampio movimento volto alla costruzione di un «diritto globale»[15], il cui obiettivo principale è lo studio del diritto "al di fuori" dello

---

13 È quanto emerge dai recenti approdi della letteratura straniera in lingua francese, anche in collaborazione con quella italiana, contenuti in J.B. AUBY, E. CHEVALIER, O. DUBOS, Y. MARIQUE, *Traité de droit administratif transnational,* Brylant Lefebvre Group, 2025.

14 A tal riguardo, occorre sottolineare come la nuova *lex mercatoria* abbia rappresentato il primo grande *corpus* normativo capace di affermarsi in ambito transnazionale, anche se negli ultimi decenni sono emerse ulteriori regolazioni settoriali: si pensi, tra gli altri, alla *lex sportiva* o alla *lex informatica* (K. TUORI, *Vers une théorie du droit transnational,* in *Revue internationale de droit économique,* 2013, 1, pp, 9 ss).

15 Il concetto di «diritto globale», per quanto i suoi confini siano lungi dall'essere ben delineati, ha comunque un ancoraggio preciso con il fenomeno della globalizzazione, che contribuisce in maniera significativa a identificarne i tratti essenziali (Sulla definizione del diritto globale, v. S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato,* Einaudi, Torino, 2009; G.Z. CAPALDO, *The Pillars of Global Law,* Routledge, London, 2013; C. BRICTEUX, B. FRYDMAN (a cura di), *Les défis du droit global,* Bruylant, Bruxelles, 2018; ; sulla necessità di comprendere l'evoluzione dei processi decisionali globalizzati e ultrastatali di tali "movimenti", L. CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Il Mulino, 2018.). Sui complicati rapporti tra diritto globale e diritto transnazionale, invece, si v. P. PASSAGLIA, *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi. Considerazioni introduttive,* in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2021, pp. 229-230, secondo cui «La concorrenza di questa nozione si è rivelata particolarmente difficile da sostenere, giacché quegli elementi che, finalmente, avevano potuto sostanziare il *proprium* del diritto transnazionale erano anche, in larga misura, espressione della

Stato piuttosto che "all'interno" di esso. L'attenzione si concentra, più semplicemente, sui fenomeni giuridici che trascendono l'entità statuale[16], analizzando i mutamenti dell'ordine sociale e la redistribuzione del potere. Quest'ultimo, infatti, se prima si concentrava nell'ordine politico per mezzo del filtro della legittimazione democratica[17], adesso pare trovarsi altrove[18], precisamente nell'ordine economico[19], che direttamente o indirettamente pone le regole sociali, economiche e giuridiche a cui i consociati non possono sottrarsi. È notorio, a tal proposi-

---

c.d. globalizzazione, non fosse altro che per la comune tendenza a superare l'ambito nazionale in favore della enfatizzazione di modelli di comportamento riscontrabili a qualunque latitudine. Sulla scorta di questa constatazione, l'uso dell'espressione «diritto globale» è apparso più calzante, quanto meno per identificare quei fenomeni regolativi che si estendano – effettivamente o potenzialmente – al complesso del pianeta. Ciò posto, può comunque convenirsi che lo spazio per il diritto transnazionale non viene del tutto a mancare, poiché regolamentazioni transnazionali prive di una vocazione globale esistono e, al netto di qualche sovrapposizione con altre nozioni (diritto internazionale regionale e diritto sovranazionale, in special modo), possono restituire un terreno abbastanza fertile per il diritto transnazionale. Specie in talune aree geografiche, come l'Europa, la transnazionalizzazione del diritto indica, in effetti, una serie di processi che sono evocativi di un'integrazione regionale tra ordinamenti».

16 È famosa l'espressione «oltre lo Stato», che si deve S. ROMANO, *Oltre lo Stato* (1918), ora in ID., *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1950, p. 347. Guardando oltre i confini italiani, invece, vi è chi parla di «*phénomènes juridiques à-étatiques*» (G. LHUILLIER, *Le droit transnational,* Paris Dalloz, 2016, pp. 243 ss.). Per ulteriori approfondimenti di tipo giuridico e sociologico, S. CASSESE, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law,* Sevilla, *Global Law Press*, 2012; D. HELD, A. MCGREW (eds.), *Globalization Theory: Approaches and Controversies*, Oxford, Polity, 2007.

17 D'altronde, come è stato autorevolmente sostenuto da F. BENVENUTI, *La C.E.C.A., ordinamento sovrano* (1961), in *Scritti giuridici*, III, Milano 2006, 2075, il fenomeno statale altro non è che «una soluzione contingente [per] rispondere alle esigenze di un'epoca e di una società storicamente determinata», quindi una «soluzione […] essenzialmente relativa».

18 Sul punto, si segnala il recente lavoro di L.R. PERFETTI, *Lo Stato parallelo. Brevi considerazioni su P. Thiel, The straussian moment, trad. it., Macerata, Liber libri, 2025,* in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2, 2025, pp. 743 ss., ove l'A. precisa che «il ruolo dello Stato diviene, per un lato, quello di essere strumento del capitale neoliberale e delle sue capacità tecnologiche in funzione difensiva della loro supremazia, giacché - dall'altro - ciò che deve assicurare ai consociati non sono affatto libertà, diritti ed eguaglianza - fantasie che avrebbero oscurato per quasi un secolo il còmpito dei governanti - ma sicurezza - essendo più che evidente come, in un contesto di diseguaglianza sociale inaudito da quasi un secolo, "sicurezza" contenga necessariamente controllo sociale, gestione dell'informazione e repressione del dissenso» (p. 745), finendo per sostenere che «la concentrazione di potere tecnologico e finanziario, che è conseguita alla globalizzazione, è senza precedenti. Tuttavia, la supremazia (...) è messa in discussione dalla crescita dei concorrenti. Poiché la supremazia economica e quella tecnologica sono a rischio, non resta che utilizzare pienamente quella militare. D'altro canto, la stessa concentrazione di potere tecnologico e finanziario si accompagna a diseguaglianze sociali che sembrano appartenere ad epoche passate, sicché il controllo sociale e

to, il grado di potere conseguito dalle multinazionali digitali e commerciali[20].

In secondo luogo, gli studi italiani che si occupano propriamente di diritto amministrativo transnazionale tendono a privilegiare l'analisi degli atti amministrativi transnazionali[21] e della loro sorte[22], piuttosto che le attività transnazionali in senso operativo. Nella fattispecie in esame, lo studio della dottrina sugli atti amministrativi transnazionali appare certamente rilevante nella misura in cui de-

---

la repressione ne conseguono. Lo Stato è uno dei dispositivi di cui s'ha bisogno» (p. 746) - *rectius*, di cui ha bisogno lo Stato parallelo.

19 Si pensi a A. VON BOGDANDY, *Prolegomena zu Prinzipien internationalisierter und internationaler Verwaltung*, in TRUTE, T.GROSS, H.C.RÖHL, C.MÖLLERS (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht zur Tragfähigkei eines Konzeptes*, Tübingen, 2008, pp. 683 ss.; ID., *Globalization and Europe: How to Square Democracy: Globalization, and International Law,* in *E/IL*, 15/5, 2004, p. 885; A. VON BOGDANDY, P. DANN, M. GOLDMANN (ed.), *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities,* in *German Law Journal,* Vol. 9, 2008, pp. 1375 ss.; A. VON BOGDANDY, R. WOLFRUM, J. VON BERNSTORFF, P. DANN, M. GOLDMANN, *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law,* Heidelberg, Springer, 2010, p. 1005; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali di diritto pubblico globale,* Bologna, 2009, ID., *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2003, p. 1; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato,* Roma-Bari, 1998. Sul ruolo del diritto economico transnazionale, capace di influenzare e riorganizzare i sistemi nazionali di governance e di mettere in luce le dimensioni del capitalismo globale, si rinvia a L. LANDER, *Transnational law and State transformation*, Routledge, 2020, secondo cui «the State has forgotten its reason for being», sicché si rende necessaria «a deeper understanding of the process of State transformation in the pursuit of global economic competitiveness». Invece, sul dibattito tra sovranità del politico e sovranità dell'economico, nel tentativo di ripoliticizzare lo Stato costituzionale e democratico, si v. A. MORRONE, *Sul ritorno dello Stato nell'economia e nella società, in Quaderni Costituzionali,* n. 2, 2023, pp. 269 ss.

20 Vale la pena menzionare, a tal proposito, che lo strumento di cui si serve il nuovo ordine economico per esercitare il potere si concreta nella raccolta dei dati per ragioni predittive dei comportamenti umani. Tale tema appare centrale nella letteratura scientifica degli ultimi anni, ma per tutti si v. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri,* 2023 e, di recente, E. TUCHTFELD, I. RISINI, J. G. WISCHHOFF, *Eyes everywhere. Surveillance and data retention under the EU Charter,* Verfassungsbooks, 2025.

In materia di sorveglianza digitale e per una verifica concreta del grado di potere di cui dispongono oggi le piattaforme digitali private, sia consentito rinviare a B.G. DI MAURO, *Il digital lobbying degli hedge funds nell'esperienza elettorale statunitense tra profili di criticità e prospettive de iure condendo*, in *Consulta Online,* 2, 2025, pp. 581 ss., ove si prova a rappresentare la loro influenza sui diritti di partecipazione politica, con particolare riferimento al diritto di voto dei cittadini americani.

termina implicazioni sia sul piano della genesi dei servizi pubblici transnazionali[23], sia su quello della tutela dei diritti degli utenti che versino in situazioni di transnazionalità[24]. Basti pensare, a titolo esemplificativo, al settore dei trasporti[25] o dei media audiovisivi[26].

Eppure, se per un verso l'istituzione e/o la gestione dei servizi pubblici passa necessariamente attraverso l'adozione di atti giuridici, per un altro, il loro funzionamento concreto e istituzionale in un contesto transnazionale presenta caratteristiche peculiari che meritano di essere indagate. È in questo punto che l'inter-

21 Sul piano definitorio, l'atto amministrativo transnazionale è quello che produce effetti oltre i confini nazionali in cui è adottato in virtù di una specifica norma giuridica. Tuttavia, la sua nozione pare risentire dei criteri di identificazione che di volta in volta vengono utilizzati, rendendola intrinsecamente complessa e variabile (E.CHEVALIER, O. DUBOS, *L'acte administratif transnational*, in J.B. AUBY, E. CHEVALIER, O. DUBOS, Y. MARIQUE, *Traité de droit administratif transnational,* 2025, pp. 151 ss).

Nel contesto politico e giuridico odierno, la dottrina è solita distinguere almeno tre tipologie di transnazionalità provvedimentale: (*i*) gli atti amministrativi finali con effetto transnazionale automatico, quando l'effetto al di là dei confini nazionali si produce immediatamente al momento dell'adozione; (*ii*) gli atti amministrativi finali con effetto transnazionale condizionato da un atto di riconoscimento di un altro Stato. Qui l'effetto nello Stato B si verifica solo dopo che quest'ultimo ha riconosciuto l'atto dello Stato A, con la conseguenza che l'atto dello Stato A è considerato un atto preparatorio con effetto transnazionale, mentre l'atto di riconoscimento dello Stato B è un atto finale con imputazione transnazionale; (*iii*) gli atti preparatori con effetto transnazionale, quando sono funzionali all'adozione di un atto finale con imputazione transnazionale in un altro Stato (O. DUBOS, É. CHEVALIER, *The Notion of "Transnationality" in Administrative Law: Taxonomy and Judicial Review*, in *German Law Journal*, 22, 2021, pp. 329 ss.).

22 Sul punto, è di notevole pregio il recente lavoro di M. ELIANTONIO, P. MAZZOTTI, S. TORRICELLI, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi transnazionali,* in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 3, 2025, pp. 423 ss. e ID., *Contrôle juridictionnel des actes administratifs*, in J.B. AUBY, E. CHEVALIER, O. DUBOS, Y. MARIQUE (dir.), *Traité de droit administratif transnational,* Brylant Lefebvre Group, 2025, pp. 309 ss.. Gli Autori ritengono che solo dall'analisi delle forme di manifestazione della transnazionalità amministrativa può giungersi all'identificazione del *corpus* di regole che presiedono al regime giuridico applicabile agli atti amministrativi transnazionali e al loro controllo giurisdizionale. In particolare, essi si soffermano sulla transnazionalità amministrativa che si manifesta quando lo Stato B sindaca un atto dello Stato A sulla base del diritto di quest'ultimo o del diritto europeo comune. I casi più rilevanti emergono nello spazio giuridico europeo, caratterizzato da integrazione amministrativa e procedure composite (orizzontali e verticali), in cui atti provenienti da ordinamenti diversi concorrono a un unico procedimento. La condizione di transnazionalità, fondata su norme europee, comporta conseguenze sul piano del controllo giurisdizionale, segnando l'arretramento del principio di sovranità statale ed il rafforzamento della tutela effettiva dei diritti. In tale prospettiva, i giudici di uno Stato membro possono sindacare atti adottati in un altro Stato come rappresentanti della comunità europea, esercitando un controllo giurisdizionale funzionale alla garanzia dei valori comuni e analogo a quello dello Stato adottante.

Per dei ragionamenti più ampi circa l'ammissibilità ed il significato di una giustizia amministrativa transnazionale, si rinvia a G. DELLA CANANEA, *Una giustizia*

sezione tende a dissolversi, distaccandosi almeno in parte dal tema generale degli atti amministrativi transnazionali, pur restando collocata nel contesto transfrontaliero, ove gli interessi giuridici rilevanti - anche nella loro dimensione di interessi legittimi[27] - assumono una connotazione propriamente transnazionale[28] e finiscono per permeare l'idea stessa di servizio pubblico, così come delineata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

---

amministrativa transnazionale, in *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte,* Tomo I, 2019, pp. 59 ss.

23 Qui ci si limita a specificare che lo strumento giuridico più utilizzato per l'affidamento dei compiti di servizio pubblico è quello della concessione. Appare chiaro che l'eventuale efficacia transfrontaliera di tale atto comporti l'applicazione di un regime giuridico peculiare che risente della natura transnazionale dell'atto e che, a sua volta, risulta in sede di tutela giurisdizionale. Se questa non è la sede appropriata per verificare le qualità dell'atto, dalla sua genesi sino alla sua sindacabilità, appare tuttavia opportuno rilevare come la normazione europea ricostruisca la concessione in chiave privatistico-commerciale, tracciandone le differenze rispetto all'appalto. (v. Direttiva 2014/13/EU, sulla natura contrattuale della concessione, e Cass., Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9139; Cass., Sez. Un., n. 8692/2022 e Cass., Sez. Un. (ord.), 27 agosto 2024, n. 23155, sulla differenza tra appalti e concessioni di servizi. Per ulteriori approfondimenti sul tema, B.G. DI MAURO, *Il riparto di giurisdizione in materia di concessioni di pubblici servizi tra giurisprudenza formalmente consolidata e casistica della prassi sostanzialmente divergente,* in *Il Processo,* 3, 2024, pp. 803 ss.

24 Sul punto, si richiama M. ELIANTONIO, P. MAZZOTTI, S. TORRICELLI, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi transnazionali,* cit., e ID., *Contrôle juridictionnel des actes administratifs*, cit.

25 Sul punto, A. DE LA ROSA, *La trasnationalitè administrative en matière de transports ferroviaires de voyageurs,* in J.B. AUBY, E. CHEVALIER, O. DUBOS, Y. MARIQUE, *Traité de droit administratif transnational,* 2025, pp. 593 ss.

26 In materia, E. CHAMBAS, *Les situations administratives transnationales sur le marché des services de médias audiovisuels dans l'Union européenne,* in J.B. AUBY, E. CHEVALIER, O. DUBOS, Y. MARIQUE, *Traité de droit administratif transnational,* 2025, pp. 567 ss.

27 La dottrina che per prima ha studiato il tema del diritto transnazionale ha fin da subito preso le distanze dal compito di identificare la natura giuridica delle situazioni giuridiche rilevanti in materia transnazionale (C. JESSUP, *Transnational Law*, cit.). Non occorre pertanto, ai fini che qui interessano, indagare la grande varietà d'interessi che i diversi ordinamenti giuridici riconoscono come meritevoli di tutela, né vale la pena prendere posizione sulla *vexata quaestio* riguardante il significato dell'interesse legittimo. Basti qui rilevare che di fronte ai servizi pubblici si collocano "pretese" giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela. Per un approfondimento ulteriore riguardo alle situazioni giuridiche private che si integrano (anziché confrontarsi) con il potere in materia servizi pubblici, sia consentito rinviare a B.G. DI MAURO, *Il governo locale dei servizi pubblici. Profili ricostruttivi, comparativi ed evolutivi,* Cedam-Wolters Kluwer, 2025, pp. 33-34.

28 Si precisa che la "transnazionalità" dei diritti sia cosa diversa rispetto alla "extraterritorialità" e alla "ultraterritorialità", come emerge chiaramente dall'indagine di C. GENTILE, *L'extraterritorialità dei diritti fondamentali,* 2025, p. 1, nota 4, secondo cui la prima

Pare infatti che la transnazionalità contribuisca a modificare l'idea stessa di servizio pubblico: se lo sviluppo della concezione oggettivo-funzionale[29] aveva già contribuito ad allontanare il servizio dalla funzione pubblica statale e/o locale per portarla su orizzonti non più ancorati alla sfera della soggettività pubblica[30], la nozione di transnazionalità sembra acuire tale scostamento, indirizzando il servizio verso un'idea (più profonda) di compito "condiviso" tra più ordinamenti e/o formazioni sociali. Analogamente, anche la nozione di interesse generale subisce

---

attiene alla capacità dei diritti fondamentali di avere «efficacia» e applicazione «al di là dei confini del territorio statale», mentre l'ultraterritorialità - nelle parole di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico,* 1975-1976, p. 121 - riguarda «l'esercizio dei poteri sovrani, di carattere coercitivo, su beni o soggetti che si trovano in parti di territorio straniero».

29 Circoscrivendo l'analisi al piano nazionale, la teoria oggettiva definisce il servizio pubblico come qualsiasi attività volta a soddisfare bisogni sociali indipendentemente dal soggetto che ne ha la titolarità e la gestione. Tale concezione deriva dalla combinazione degli artt. 41 e 43 Cost. (il primo ammette attività economiche gestite da privati per fini di utilità generale attraverso programmi e controlli, mentre il secondo consente implicitamente ai privati di essere titolari di servizi pubblici) e si deve all'elaborazione di U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici,* Padova, 1964. Anche più tardi, la dottrina ha continuato a ragionare in termini oggettivistici: L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici,* Padova, 2001; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001; A. POLICE, *Sulla nozione di servizio pubblico locale,* in S. MANGIAMELI (a cura di), *Servizi pubblici locali,* Torino 2008; B.G. MATTARELLA, *L'attività amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo,* Parte generale, Milano, 2000; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza,* Padova, 2001.

30 Di contro, la tesi soggettivistica intende il pubblico servizio come qualsiasi attività volta alla soddisfazione di bisogni sociali posta in essere dallo Stato direttamente o, indirettamente, tramite concessioni ai privati. In altri termini, ciò che conta è la titolarità pubblica del pubblico servizio, atteso che la gestione dello stesso può anche essere affidata ai privati. Tale idea è apparsa nel contesto domestico grazie a A. DE VALLES, *I servizi pubblici,* in V.E. ORLANDO (dir.), *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, volume IV, parte I, Milano, 1924, ed è stata poi ripresa e sviluppata da R. VILLATA, *I servizi pubblici,* Milano, 1999, pp. 6-17; ID., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003 e ID., S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2022, pp. 8-15.

Va da sé che l'elaborazione originaria della concezione soggettiva si debba agli studi dottrinali francesi sul *service public* di L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel,* Parigi, 1921 e ID., *Les transformation du droit public,* Paris, 1913. Per maggiori approfondimenti sull'evoluzione della teoria soggettiva della scuola francese di Bordeaux, si rinvia a E. PISIER KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit,* Paris, L.G.D.J., 1972; P. JOURDAN, *La formation du concept de service public,* in *Revue de droit publique,* 1987, p. 89; J.L. CORRAIL, *Le*

l'influenza della connotazione transnazionale del servizio, superando la sua tradizionale "versione" nazionale per accedere ad una "comune e condivisa". In altri termini, il servizio pubblico transnazionale non si qualifica come tale per il solo fatto di essere istituito o gestito da un'autorità pubblica che operi "attraverso, su o oltre" i confini nazionali. Esso è piuttosto transnazionale perché si configura come "comune", ovvero condiviso tra i destinatari che ne traggono beneficio al di là delle frontiere statali. È "pubblico", invece, perchè ha la finalità di garantire la massima tutela e il pieno godimento dei diritti delle persone che vi sono connessi.

Se volgiamo lo sguardo al di là dei "confini" accademici, l'espressione "servizio pubblico transnazionale" non pare aver trovato adeguata diffusione. La locuzione appare, a ben vedere, come una formula suggestiva, priva di un reale radicamento nel lessico giuridico e politico europeo. Le rare menzioni istituzionali - nel programma di lavoro della Commissione europea del 2000 e nella seduta del Parlamento europeo del 5 marzo 2004 - hanno avuto un carattere più retorico che sistematico, volte a sottolineare l'ambizione di un'amministrazione europea di "classe mondiale" piuttosto che a delineare un vero modello di servizio pubblico oltre i confini nazionali. Da un lato, nel programma di lavoro della Commissione europea, si prospettavano riforme volte alla creazione di «un servizio pubblico di classe mondiale», dall'altro, nella seduta del Parlamento europeo, il Presidente si limitava a qualificare l'amministrazione del Segretariato generale come «servizio pubblico transnazionale di classe mondiale e di grande qualità».

Da una semplice analisi di tali elementi, emerge chiaramente la marginalità della componente transnazionale dei servizi pubblici, che - a parere di chi scrive - si spiega con almeno tre fattori: (*i*) in primo luogo, l'assenza di una cornice giuridica consolidata fa sì che l'ordinamento dell'Unione europea non abbia mai codificato la nozione di servizio pubblico transnazionale, preferendo riferirsi a categorie più tradizionali come i "servizi di interesse generale", i "servizi di interesse eco-

---

crise de la notion de service public, in *AJDA*, 1961, p. 591; J. PONTIER, *Les service publics*, Paris, 1996; X. BEZACON, *Le services publics en France du Moyen Age à la Révolution,* Paris, 1995; G. JEZE', *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1930, p. 2; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif,* Paris, 1903, p. 187; J. RIVERO, *Hauriou et l'avènement de la notion de service public,* Paris, 1956, p. 461; ID., *Les deux finalités du service public industriel et commerciaux,* in *CJEG*, 1994, p. 375.

nomico generale", i "servizi di interesse non economico generale" e i "servizi universali"; (*ii*) in secondo luogo, la persistenza della sovranità statale consente ai servizi pubblici di rimanere fortemente legati alle competenze nazionali, rendendo la loro gestione transfrontaliera non scevra di resistenze politiche e istituzionali; (*iii*) in terzo luogo, l'uso prevalente dell'espressione è stato grandemente simbolico e finalizzato a valorizzare l'immagine dell'Unione come amministrazione moderna ed efficiente, senza tuttavia mai tradursi in un vero progetto normativo o politico. In altri termini, il concetto di servizio pubblico transnazionale non ha prosperato perché non ha trovato un terreno istituzionale e giuridico fertile. È rimasto confinato a sporadiche evocazioni, più utili a fini comunicativi che a costruire un paradigma normativo ed operativo.

Non pare dunque peregrino sostenere che i servizi pubblici transnazionali non rientrino tra i campi di elezione del diritto amministrativo europeo. Nè pare conducente, su questo versante, riferirsi ai diversi vocaboli di *service public transfrontalier,* in francese[31], o di *cross-border public service*, in inglese, perché le conclusioni non sarebbero dissimili. Questo perché tale servizio pubblico appare piuttosto un sottotema della più ampia questione della cooperazione transfrontaliera europea, la quale, a sua volta, è oggetto di studi accademici ancora relativamente limitati[32]. È infatti in questa prospettiva che vengono generalmente analizzati i casi che vedono impegnate numerose istituzioni di cooperazione in varie parti d'Europa[33], con la conseguenza che anche la nozione di servizio pubblico "transfrontaliero" rimanga concettualmente fragile e scarsamente consolidata sia nel linguaggio normativo che in quello politico.

---

31 Su di essi, si v. il *focus* di G. BACHOUE-PEDROUZO, F. VIVIEN GUIOT, *Le service public transnational,* in J.B. AUBY, E. CHEVALIER, O. DUBOS, Y. MARIQUE, *Traité de droit administratif transnational,* 2025, pp. 243 ss.

32 Di rilievo, però, i lavori di R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici,* in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 6, 2016, pp. 1457 ss. e, più recentemente, ID., *La cooperazione amministrativa: dai gruppi alle reti d'amministrazioni pubblica,* in *Ceridap*, 4, 15 ottobre 2025.

33 Si v. G. BACHOUÉ-PEDROUZO, R. COLAVITTI, *Les organismes de coopération territoriale*, Bruxelles, 2018, p. 294 e, per un caso emblematico in materia sanitaria, M. BERZI, A. DURÀ, *La coopération transfrontalière en matière sanitaire dans l'Union européenne à travers le cas emblématique de l'hôpital de Cerdagne (Pyrenees)*, in F. MOULLÉ, B. REITEL (dir.), *Maillages, interfaces, réseaux transfrontaliers, de nouveaux enjeux territoriaux de la santé,* Pessac, PUB, 2021, pp. 79 ss.

Tuttavia, il parere del Comitato delle Regioni del marzo 2021, il rapporto ESPON del settembre 2022[34] e il Regolamento UE 2024/903 per l'interoperabilità transfrontaliera, segnalano un interesse crescente per la categoria, sia pure ancora frammentario. Infatti, a fronte della debolezza teorica, la realtà empirica mostra una proliferazione di esperienze, tanto che il rapporto ESPON censisce oltre 1551 casi[35] e il numero potrebbe anche essere sottostimato[36]. La pratica, dunque, precede e supera la teoria, creando un divario che rischia di indebolire la capacità di sistematizzazione giuridica. Questo comporta che il concetto di servizio pub-

34 In ragione della scarsa attenzione alla materia, è opportuno sgombrare il campo da ogni equivoco, fornendo alcune definizioni. In primo luogo, quella dell'ente denominato «ESPON EGTC», che «is a European Grouping of Territorial Cooperation». Sul punto, v. Regolamento 2006/1082/CE del 5 luglio 2006 e Commissione UE, *European Territorial Cooperation. Building Bridges Between People*, settembre 2011. Per una analisi dell'Istituzione, si rinvia a L. LANZONI, *Le forme della democrazia partecipativa nell'ambito della cooperazione transfrontaliera*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2, 2011, pp. 503 ss.; V. COCUCCI, *Nuove forme di cooperazione territoriale transfrontaliera: il Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale*, in *Ceridap*, 3-4, 2008, pp. 891 ss.; L. SOVERINO, *I servizi pubblici nell'Euroregione: nuove prospettive di diritto comunitario per la cooperazione transfrontaliera, tra Consiglio d'Europa e potere estero delle Regioni*, in *Ceridap*, 1, 2009, pp. 17 ss.

ESPON, invece, «is an EU funded programme that bridges research with policies, providing territorial analyses, data and maps to (i) support EU development policies - and particularly Cohesion Policy - with facts and evidence; (ii) help public authorities to benchmark their region or city, identify new challenges and potentials and shape successful development policies for the future».

In terzo luogo, il «*Cross-border Public Services 2.0 (CPS 2.0)*» è il rapporto "finale" di ESPON del settembre 2022 che «upgrade and update of the Cross-border Public Services (CPS) inventory produced within the ESPON targeted analysis that was completed in 2018 (ESPON, 2018)». Si tratta di un rapporto che offre una panoramica dei risultati afferenti ai processi di raccolta dei dati in materia di servizi pubblici transfrontalieri all'interno dello spazio europeo.

35 Si segnala che la crescita esponenziale dei servizi pubblici transfrontalieri si è avuta soltanto a partire dall'ultima decade del secolo scorso, come emerge plasticamente dall'indagine condotta nel rapporto ESPON secondo cui «The development of CPS until 1990 was quite moderate. Although some CPS forerunners can be dated back as far as 1932,5 in the period until 1990 only few initiatives were launched to implement cross-border services. A few CPS were indeed established, but often the necessary legal frameworks were missing, and cross-border cooperation has not been given a high political relevance in those times. By way of consequence, before 1950 only one CPS was established across all policy fields, from 1950 to 1959 a total of 5, between 1960 and 1969 there were 7, and in the following decades 17 (1970-1979) and 20 (1980-1989), respectively. 1990 can be considered as a key year for CPS development; the following decades saw a significant increase in the establishment of CPS throughout Europe: 108 new CPS between 1990 and 1999, another 137 new CPS from 2000 to 2009, and up to this date since the year 2010, another 192 new CPS were identified» (p. 17). D'altra parte, la prima forma di cooperazione transfrontaliera in Europa è retrodatabile agli

blico transfrontaliero viva una paradossale[37] condizione di invisibilità teorica e visibilità pratica: abbondano gli esempi concreti, ma manca una cornice concettuale e normativa che li valorizzi e li renda parte integrante del diritto dell'Unione.

Da questo punto di vista, non pare sufficiente l'invito ai legislatori europeo e nazionali da parte del Comitato delle Regioni volto a integrare i servizi pubblici transfrontalieri nel programma "React EU", perchè ciò vale come mero auspicio politico e non come un vero e proprio impegno normativo. Né pare esaustiva la normativa introdotta recentemente tramite l'*Interoperable Europe Act,* che, pur innovativa sul piano della digitalizzazione, non è tesa a disciplinare in modo compiuto i servizi pubblici transfrontalieri.

A ben vedere, infatti, emergono con chiarezza almeno tre tipologie di limiti.

Il primo limite è di tipo metodologico e riguarda essenzialmente l'approccio del legislatore europeo, che si concentra quasi esclusivamente sugli aspetti tecnici dell'interoperabilità, privilegiando la dimensione informatica e la compatibilità dei sistemi. Questo è certamente importante, ma rischia di ridurre un tema complesso come quello dei servizi pubblici transfrontalieri a una mera questione di *standard* digitali. In realtà, tali servizi pongono questioni ben più ampie, che rilevano sul piano giuridico, organizzativo e finanziario, e che non possono essere risolte tramite tentativi di armonizzazione tecnologica.

Un secondo punto critico attiene al profilo definitorio. Il regolamento non offre una nozione autonoma di "servizio pubblico transfrontaliero", lasciando il concetto in una sorta di limbo normativo. Senza una definizione precisa, diventa difficile distinguere questi servizi da altre categorie già consolidate nel diritto eu-

---

anni cinquanta, all'indomani della seconda guerra mondiale, e coinvolgeva il confine tedesco-olandese, grazie all'accordo di tre associazioni municipali tra Enschede (Olanda) e Gronau (Germania) (M. PERKMANN, *The rise of the Euroregion. A bird's eye perspective on European Cross Border co-operation*, Department of Sociology, Lancaster University, Lancaster, 2012).

36 Si precisa che il numero dei *cross-border public services* è nettamente aumentato, stando al differenziale emergente dal rapporto anteriore che individuava circa 576 casi. Il nuovo rapporto del settembre 2022 afferma, però, che «this is largely due to a changed data collection approach, which especially concerned the inclusion of newly available transport data (see Annex II). In consequence, the (...) overview does not include a systematic comparison of 2018 and 2022 to avoid misleading conclusions» (p. 10)

37 L'analisi delle pratiche per intendere meglio le teorie si deve a M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica: corso al Collège de France (1978-1979),* Milano, Feltrinelli, 2019.

ropeo, come quelle previamente menzionate. Il risultato è che il concetto rimane vago, affidato più alla prassi che a un vero riconoscimento normativo.

A ciò si aggiunge la debolezza istituzionale dell'atto rispetto all'azione decisionale degli Stati membri. Il regolamento non sembra attribuire competenze specifiche né introdurre obblighi stringenti per gli Stati membri nella gestione congiunta dei servizi. La cooperazione rimane volontaria, frammentata, dipendente dalla buona volontà delle amministrazioni locali e nazionali. Mancano quindi strumenti di *enforcement* che possano garantire la continuità e l'effettività dei servizi oltre confine.

Infine, un ulteriore motivo di difficoltà nell'inquadramento dei servizi pubblici transnazionali risiede - come già desumibile *supra* - nei rapporti intrattenuti con il diritto europeo. Su questi occorre soffermarsi più diffusamente.

3. I servizi amministrativi transnazionali nel processo d'integrazione europea

Tra le argomentazioni che sorreggono l'insufficienza degli studi dottrinali sui servizi pubblici transnazionali, quella che concerne l'influenza del processo di integrazione europea - almeno per il contesto spaziale che ci appartiene - assume maggiore rilevanza. Con ciò non si intende circoscrivere il piano di analisi della trasnazionalità dei servizi pubblici fino al punto di appiattirlo nello spazio europeo, ma sfruttare l'esperienza dell'Unione europea per tracciare alcune coordinate di riferimento in materia[38]. Si tratta di un buon punto di partenza, tenendo conto che l'embrionale dimensione transnazionale dei servizi pubblici ricalca la natura ancora prospettica che caratterizza l'Unione europea. In fondo si tratta ancora di due realtà «πάντα ῥεῖ»[39], perché non è soltanto il sistema pubblico transnazionale ad essere in divenire, ma anche l'Europa stessa[40].

---

38 Cfr. D. SIMON, *Les mutations des services publics du fait des contraintes du droit communautaire,* in S*ervice public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, Paris, La documentation française, 1998, p. 66.

39 Come noto, la celebre espressione (trad. it). «*tutto scorre*», che rappresenta il mutamento incessante della realtà, si deve ad Eraclito di Efeso, come tramandato da Platone, *Cratilo (402a)*.

40 Cfr. M. PATRONO, L*'unità politica dell'Europa: un sogno, o una realtà in divenire,* in *Europa: l'identità difficile,* 46, 2003, pp. 141 ss..

Concentrando l'attenzione sulla relazione tra servizi pubblici e integrazione europea, è interessante segnalare sin d'ora due direzioni di riflessione in parte contrastanti[41]. La prima concerne la nozione classica, di matrice francese, di servizio pubblico, la cui pregnante dimensione soggettivistica è stata progressivamente "contaminata" dall'europeizzazione e dalla globalizzazione delle nostre società, con effetti rilevanti sulla sua stessa sostanza euristica. La seconda è che i processi di integrazione - e in particolare la liberalizzazione del mercato - hanno profondamente inciso sullo sviluppo dei servizi pubblici, rinnovandone tanto la configurazione teorica quanto la funzione pratica, e attribuendo loro una vocazione che si estende oltre i confini nazionali.

Resta dunque aperta la questione se sia ancora opportuno qualificare tali fenomeni come servizi pubblici "transnazionali". La tradizione giuridica, infatti, ha a lungo considerato i caratteri del servizio pubblico prescindendo dalla sua dimensione oltre confine[42]; eppure, proprio l'estensione del mercato e le potenziali-

---

41 Attenta dottrina ha rilevato come la disciplina dei servizi pubblici si sia situata, soprattutto a partire dal nuovo millennio, sul crinale dell'instabilità e dell'incertezza, nel tentativo di bilanciare «due opposte tendenze normative, l'una volta a valorizzare l'autonomia locale nel governo e nella gestione dei servizi», secondo la logica della sistematica tradizionale soggettivistica, «l'altra diretta a condizionare e limitare tale autonomia», per l'incidenza del diritto costituzionale ed europeo e dei relativi valori, secondo una impostazione oggettivistica (G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali, Contributo allo studio del potere decisionale degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 1).

Il legislatore, infatti, si trova dinnanzi a «due tensioni diametralmente opposte da bilanciare e cercare di equilibrare nel modo più ragionevole, secondo le diverse sensibilità politiche delle plurime stagioni di riforma, enfatizzando più un aspetto o l'altro entro un fascio di possibilità normative che sono racchiuse fra i due poli estremi della libera- lizzazione e della pubblicizzazione integrale dell'attività di impresa» (M. RENNA, *I servizi pubblici locali di interesse economico generale. Brevi riflessioni in tema di nozione, assunzione e forme di gestione a margine di un recente schema di testo unico*, in G. SALA, G. SCIULLO, (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione,* Napoli, 2017, pp. 179 ss).

42 «Indipendentemente dalla ricostruzione in termini soggettivi ovvero oggettivi dell'attività qualificata come servizio pubblico», è possibile ritenere che gli elementi essenziali che ne caratterizzano la sostanza «trovano un comune denominatore nella cogenza di taluni principi. Si tratta di fattori regolativi che rivelano la pubblicità dell'interesse curato e la consequenziale funzionalizzazione dell'attività di prestazione a questo. Tali principi sono stati elaborati dalla giurisprudenza europea e trovano conferma, anche implicita, nelle norme costituzionali e nella legislazione interna». Essi sono: (i) principio di doverosità; (ii) principio di continuità; (iii) principio di universalità, (iv) principio della finalità pubblica (R. URSI, *Manuale di diritto amministrativo,* 2024, pp. 534 ss.). Il principio di transnazionalità, quindi, non pare contemplato

tà che ne derivano inducono a ritenere che l'aspetto transnazionale possa configurarsi come requisito aggiuntivo e ormai imprescindibile. È abbastanza evidente che oggi una pluralità di operatori sia in grado di intervenire in settori un tempo riservati al monopolio pubblico, operando "*sull'intero*" mercato interno e, di conseguenza, oltre le frontiere statali. In uno «spazio giuridico» ormai tendenzialmente «globale», il carattere transfrontaliero sembra costituire una dimensione "intrinseca", al punto che l'aggettivo "transnazionale" rischia di apparire pleonastico.

Si avverte dunque l'esigenza di indagare più a fondo la qualità dei rapporti tra servizi pubblici e integrazione europea, dal momento che i relativi momenti di "tensione" appaiono funzionali non soltanto alla comprensione dello spazio entro cui i servizi pubblici transnazionali si collocano, ma anche ad una prima e significativa ricognizione delle loro caratteristiche salienti. In questa direzione, appare utile adottare un approccio baconiano[43] che suddivida l'indagine in una parte decostruttiva (*pars destruens*) e una parte (ri)costruttiva (*pars construens*).

3.1. Oltre l'orizzonte: le tensioni tra servizi pubblici e integrazione europea da un punto di vista strettamente transnazionale e le esigenze decostruttive

In altra sede[44] si è già avuto modo di evidenziare come uno dei fattori - se non il principale - alla base della crisi di identità del servizio pubblico nel contesto dell'integrazione europea sia rappresentato dall'affermarsi dell'impostazione neoliberista fondata sulla libera concorrenza. Tale orientamento, combinato con la

---

dall'attività ermeneutica, sia dottrinale che giurisprudenziale.

43 Il metodo baconiano, come noto, si articola in due momenti di analisi: la *pars destruens*, che corrisponde all'eliminazione delle conoscenze errate, e la *pars costruens*, che corrisponde alla costruzione scientifica di un nuovo modello attraverso l'induzione. Per un approfondimento della teoria, si v. F. BACONE, *Nuovo organo o veri indizi dell'interpretazione della natura* (o trad. lat. *Novum Organum sive indicia vera de interpretatione naturae*), 1620; tuttavia, in ragione dell'incompiutezza dell'opera, si v. per una idea più strutturata della filosofia dell'Autore, anche ID., *La nuova Atlantide*, 1624-1627.

44 Sia consentito rinviare a B.G. DI MAURO, *Il governo locale dei servizi pubblici. Profili ricostruttivi, comparativi ed evolutivi,* Cedam-Wolters Kluwer, 2025, spec. Cap. I, e ancora prima, ID., *La prospettiva europea del governo locale dei servizi pubblici tra valorizzazione della coesione sociale e territoriale e dequotazione della concorrenza,* in *P.A. Persona e Amministrazione,* vol. XIV, n. 1, 2024, pp. 515 ss.

persistenza della concezione tradizionale del potere (o dello Stato dominante), ha progressivamente contribuito a offuscare e a mettere in discussione la finalità originaria del servizio pubblico: quella di perseguire l'interesse generale e di garantire la soddisfazione dei bisogni sociali, tanto sul piano individuale quanto su quello collettivo. Circoscrivendo l'indagine al piano europeo, si è cercato di offrire una lettura alternativa che, muovendo da diverse disposizioni comunitarie, facesse leva sul valore della coesione sociale- territoriale per legittimare la deroga alla concorrenza quando non fosse possibile perseguire la missione di interesse generale.

Si tornerà sulla coesione sociale-territoriale anche in relazione ai servizi pubblici transnazionali, ma basti qui segnalare che le considerazioni di tipo generale *supra* devono essere integrate da ulteriori riflessioni di tipo particolare, le quali sono strettamente legate alla dimensione transnazionale che plasma i servizi oggetto di studio. Se si guarda più da vicino al piano specifico dei servizi pubblici transnazionali, la tensione generata dal processo di integrazione europea emerge dall'intreccio tra due ordini di fattori: da un lato, quelli connessi alla dimensione organica o soggettiva del servizio, dall'altro, quelli legati alla sua territorialità. È proprio in questa intersezione che si colloca la difficoltà di definire compiutamente la fisionomia del servizio pubblico transnazionale. Occorre dunque superare i *bias* logico-sistematici strettamente collegati ai profili organico-soggettivi e territoriali.

Riguardo al primo profilo, si è già detto di come l'integrazione europea abbia determinato una progressiva indifferenza delle norme rispetto al criterio organico (o soggettivo), da intendersi come riconducibilità del servizio pubblico alla pubblica amministrazione e - si aggiunge - come ampliamento della nozione stessa di amministrazione[45]. In questa prospettiva, non è più scontato che specifici

45 Per M. ATELLI, *Controllo pubblico su istituzioni senza scopo di lucro e gradazione della loro autonomia decisionale ai fini del SEC 2010,* in *Amministrativ@mente*, 3, 2022, p. 4, si tratta di una «nozione eclettica, 'funzionale' e 'strumentale', e come tale cangiante, a geometria variabile», tanto che il diritto comunitario ha rinunciato a dettare una nozione «unitaria».

La letteratura in materia è tuttavia molto ampia. Si v. almeno S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione,* in *Giorn. dir. amm.,* 1996, n. 10, cit., pp. 920 ss.; E. CHITI, *La nozione di ente pubblico tra disciplina comunitaria e nazionale,* in *Giorn. dir. amm.,* 1996, p. 741; J.A. MORENO MOLINA, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 561 ss., spec. p. 562; A. MASSERA, *Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione,* in *El desenvolupament del dret*

privilegi siano riconosciuti a un ente unicamente in ragione della sua natura amministrativa, della sua organizzazione o della sua attività. D'altra parte, anche nel diritto francese - come in quello italiano - il criterio organico non è mai stato sufficiente, da solo, a giustificare l'applicazione di un regime amministrativo perché si è sempre dovuto ricorrere a ulteriori indicatori[46].

Appare chiaro dunque che (anche) nella materia dei servizi pubblici il diritto dell'Unione europea spinga verso la ridefinizione di alcune nozioni essenziali per disincastrarle da elementi di tipo organico o soggettivo. A questo proposito, è vero che la dottrina abbia cercato di ridimensionare l'impatto del processo di integrazione europea sulla disciplina dei servizi pubblici, tentando piuttosto di comprenderne le trasformazioni. Tuttavia, è altrettanto evidente che il quadro normativo sovranazionale in materia di SIG, SIEG e SINEG supera l'impostazione tradizionale di tipo organico, prescindendo dagli aspetti soggettivi e ponendo l'accento sulle funzioni e sulle finalità dei servizi stessi. Ciò ha messo in discussione l'idea fondatrice del diritto amministrativo prestazionale tradizionale, secondo la quale il perseguimento di un interesse generale giustifica il riconoscimento di privilegi all'operatore di servizio pubblico.

In definitiva, ciò che risulta profondamente trasformato nel contesto europeo non è tanto la nozione astratta di servizio pubblico, quanto piuttosto le modalità concrete di attuazione delle relative attività. Il confronto tra una logica di perseguimento dell'interesse generale da parte dei poteri pubblici e una logica liberale di soddisfazione del bene comune attraverso il mercato ha finito per produrre un'erosione identitaria - talvolta persino "patriottica" se si considera il ruo-

---

administratiu europeu, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1993, pp. 55 ss; A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2016,* in *Giorn. dir. amm.,* pp. 139 ss., e spec. p. 140.

Sul carattere sfuggente, anche nel diritto interno, della nozione di ente pubblico, si rinvia a G. NAPOLITANO, *Pubblica amministrazione in Italia*, *Norme e idee,* Roma, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, 2009; E. CASETTA, v*oce Pubblica amministrazione, in Dig. IV, Disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 271 ss.; M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, pp. 12-16; L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, pp. 23-24: C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola, in Dir. pubbl.*, 1995, pp. 393 ss.; D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche (Una introduzione),* 2023.

46 Anche se va ammesso che tale dimensione organico-soggettiva è comunque persistita, dato che il controllo esercitato dalla persona pubblica sulle modalità di attuazione del servizio ha continuato a rappresentare un elemento - in fin dei conti - decisivo.

lo storicamente svolto dalle grandi imprese pubbliche nazionali - nella difesa dei servizi pubblici all'interno degli Stati membri. Questo riflesso - paradossalmente - ha contribuito a indebolire la prospettiva di una cooperazione transnazionale nei servizi pubblici. Sebbene sia naturale pensare che l'impostazione neoliberista abbia potuto favorire l'emergere di ragioni di transnazionalità dei servizi pubblici, l'esperienza ha dimostrato l'esatto contrario: la scarsa attenzione riservata a tale profilo, nonostante l'europeizzazione dei servizi, testimonia come la logica di mercato abbia piuttosto ridotto - per non dire trascurato - la spinta verso una dimensione transnazionale degli stessi.

Riguardo al secondo profilo, è interessante notare che la nozione di servizio pubblico è stata storicamente concepita in stretta connessione con l'autorità pubblica intesa come autorità "territorializzata". Tale presupposto rappresenta un "controsenso logico" nel momento in cui si prova a proiettare il concetto di servizio pubblico all'interno della transnazionalità giuridica. A ciò si aggiunge un ulteriore problema logico-sistematico, ovvero il fatto che il servizio pubblico è tradizionalmente destinato a soddisfare bisogni di interesse generale di una popolazione sottoposta alla competente autorità locale o nazionale. In questa prospettiva, l'idea di un servizio pubblico transnazionale spezza il tradizionale rapporto che sussiste tra potere pubblico (locale o nazionale) e territorio[47], e trascende qualsivoglia principio di territorialità per assumere carattere *a-statale*. La frontiera interstatale, infatti, non si configura più come spazio di chiusura, bensì come luogo di passaggio, di scambio e di interazione, un vero e proprio spazio di incontro. Come afferma Kahn, «l'Europe est une mutualisation territoriale. La construction européenne invente donc une nouvelle territorialité. Celle-ci est feuilletée, hybride, intriquée (...) Cette réalité et ce projet font de l' Union européenne une construction territoriale et politique inédite dans l'espace mondial. La construction européenne est donc un projet fondamentalement géographique»[48].

---

47 Con riferimento al più ampio problema del rapporto tra processo di integrazione europea e superamento dei confini territoriali, si rinvia alle argomentazioni di C. GENTILE, *L'extraterritorialità dei diritti fondamentali,* cit. pp. 43 ss, secondo cui «l'integrazione europea è un chiaro segnale di rottura: l'Unione Europea si sottrae alla triangolazione territorio-Stato-potere sovrano» (p. 48).

48 S. KAHN, *Les enjeux de la crise européenne,* in *Hérodote,* 164, 1, 2017, pp. 79-80.

3.2. La quiete dopo la tempesta: dalle tensioni decostruttive alle proposte costruttive

La costruzione di uno spazio europeo fondato sulle libertà ha contribuito a delineare una vera e propria comunità dei servizi, all'interno della quale trovano spazio anche i servizi pubblici transnazionali, in particolare quelli di tipo transfrontaliero. Il prezioso rapporto ESPON del 2022 ne dà conferma[49], rappresentando che ben il 63% dei servizi pubblici transfrontalieri in Europa è realizzato tra gli Stati membri di più antica appartenenza all'Unione, ovvero Germania, Francia, Belgio, Lussemburgo, e Paesi Bassi. Vi è quindi un un canale convenzionale che precede la stessa istituzione del Consiglio d'Europa, che permette la cooperazione in materia di servizi pubblici e che oggi si arricchisce della possibilità ulteriore di stipulare accordi bilaterali o multilaterali. Ne emerge un quadro chiaro: quanto più uno Stato è integrato in una cooperazione sovranazionale solida, tanto più è incline a sviluppare forme di collaborazione anche nell'ambito dei servizi pubblici.

In tale quadro emergono due direttrici fondamentali che consentono di comprendere il nesso tra processo di integrazione europea e sviluppo dei servizi pubblici transfrontalieri, e, per estensione, di quelli transnazionali: da un lato, si pone la questione dell'armonizzazione, dall'altro quella della riterritorializzazione.

Con riferimento alla prima, si è osservato - in negativo - come la costruzione europea abbia inciso in maniera diretta sulla fisionomia dei servizi pubblici, portando a delle tensioni che hanno superato la costruzione soggettiva e sfumato la territorialità. Non si è detto però - questa volta in positivo - di come il processo di integrazione europea abbia progressivamente trasformato un terreno di conflitto in uno spazio di convergenza. Dopo le difficoltà concettuali emerse alla fine del secolo scorso, l'Unione si è proposta come un laboratorio nel quale le soluzioni nazionali tendono ad avvicinarsi, rendendo più agevole la concertazione e la cooperazione necessarie all'organizzazione e gestione di servizi pubblici transfrontalieri.

---

49 Nello specifico il rapporto ESPON 2022 afferma «The highest shares of identified CPS in Europe are along the borders between the six founding EU Member States (i.e., the Benelux countries, France and Germany). (...) A further aggregation of the CPS distribution reveals that almost 63% of all identified CPS are located along EU14 internal borders» (pp. 10-12).

Questo "avvicinamento" si fonda su un quadro regolatorio comune, che si articola attorno alle nozioni di servizi di interesse generale (SIG), servizi di interesse economico generale (SIEG), e servizio universale (SU). Tale cornice giuridica sovranazionale ha contribuito a ridefinire l'equilibrio tra la tutela dell'interesse generale e la salvaguardia della concorrenza, obiettivo condiviso dagli Stati membri.

La nascita e lo sviluppo delle terminologia impiegata oggi dal diritto eurounitario, primario e derivato, si deve soprattutto alle fonti di *soft law* della Commissione Europea[50], che inizialmente praticavano la sola locuzione di SIG ma poi hanno cominciato ad implementare anche quelle di SIEG e SINEG al fine di delinearne i caratteri distintivi. Sfruttando tali lacune definitorie, molti sono stati i tentativi interni di differenziare i servizi pubblici nazionali da quelli europei[51], ma a ben vedere è dalle fonti di *soft law* della Commissione che si possono trarre elementi identificativi utili per la sussunzione delle nozioni di servizio pubblico degli Stati membri. In un'ottica armonizzatrice, il diritto europeo non

50 In tema, cfr. Comunicazione Commissione "I servizi d'interesse generale in Europea" (1996), in GUCE C 281 del 26 settembre 1996; Comunicazione Commissione "I servizi d'interesse generale in Europa" (2000), in GUCE C 17 del 19 gennaio 2001; Libro verde sui servizi d'interesse generale del 21 maggio 2003; Libro bianco sui servizi d'interesse generale del 2004; Comunicazione Commissione del 20 novembre 2007, "I servizi d'interesse generale, compresi i servizi sociali d'interesse generale: un nuovo impegno europeo"; Comunicazione Commissione "Una disciplina di qualità per i servizi d'interesse generale in Europea" del 2011.

51 Tali tentativi si spiegano sulla base del fatto che l'espressione "servizio pubblico", così come conosciuta dalla gran parte della letteratura giuridica, non risulta molto praticata nel diritto eurounitario in ragione delle difficoltà insite nella individuazione di un concetto che funga da "minimo comune denominatore" per tutti gli Stati membri (cfr. M. CAMMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici,* in *Diritto amministrativo comunitario,* Rimini, 1994, pp. 179 ss; G. TELESE, *Servizio d'interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria,* in *Jus,* 1999, p. 947).

Anche guardando al di là dei confini italiani, si riscontrano rilevanti difficoltà nell'assimilare ad una categoria unitaria i servizi pubblici nazionali, poiché i relativi significati non sono quasi mai coincidenti. A titolo esemplificativo, nei sistemi di *common law*, come il Regno Unito, l'espressione «*public utilities*» (al plurale) non ha valore giuridico, ma soltanto economico e politologico, mentre l'espressione «*public service*» (al singolare) si riferisce esclusivamente al settore del pubblico impiego. In Germania, l'espressione «*offentliche dienstleistungen*» viene utilizzata per sottolineare il profilo socio-economico dei servizi pubblici, mentre il concetto di «*daseinsvorsorge*» attiene al profilo giuridico dei servizi pubblici essenziali. In Spagna, infine, l'espressione «*servicios publicos*» può assumere rilevanza differente a seconda del settore in cui viene impiegata.

si è mai manifestato indifferente alla problematica legata alla riconduzione del concetto nazionale di servizio pubblico a referenti di matrice europea[52], tanto che se circoscriviamo esemplificativamente l'indagine ai soli SIEG anche la Corte costituzionale non ha potuto esimersi dall'assimilarvi la categoria nazionale di servizi pubblici economici. Essa ha affermato, in più occasioni[53], che la nozione comunitaria di SIEG in ambito locale e quella interna di servizio pubblico locale a rilevanza economica hanno «contenuto omologo»[54], perché in entrambi i casi viene in rilievo un'attività di offerta di beni e servizi sul mercato, le cui prestazioni sono considerate «necessarie» ed erogate nei confronti di una «indifferenziata pluralità di cittadini a prescindere dalle loro particolari condizioni». Ad ulteriore conferma, anche le conclusioni rese dall'Avvocato Generale nella causa *Port de Mertert*, secondo cui «la nozione di servizio di interesse economico generale è estremamente ampia e per questa ragione, sembra che gli autori del Trattato l'abbiano preferita alla nozione, più tradizionale per certi diritti nazionali ma probabilmente più ristretta, di servizio pubblico economico o di servizio pubblico a carattere industriale e commerciale»[55].

Senza contare che, parallelamente, il diritto dell'Unione ha progressivamente affinato i propri strumenti: dalla giurisprudenza sul caso *Corbeau* in mate-

---

52 Si v. specificamente S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, pp. 26-27, ma anche D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del XXI secolo, in Diritto amministrativo*, n. 1, 2010, p. 14, che qualifica la locuzione «servizio pubblico» nel senso «di pubblico interesse» in uso nel diritto italiano.

53 Cfr. Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272, il cui orientamento è poi stato ribadito da Corte cost., 17 novembre 2010 n. 325, con note di A. LUCARELLI, *La Corte Costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia,* in *Giur. cost.,* 2010, p. 4645; P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza,* in *Giur. cost.,* 2010, p. 4654.

54 Secondo Corte Cost. n. 325/2010, il contenuto omologo deriva dal fatto che il servizio: «a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni (Corte. giust. ue, 21 settembre 1999, C- 67/96, *Albany International BV*)».

55 Cfr. Corte giust. eu., 14 luglio 1971, *Ministère public luxembourgeois c. Muller*, C-10/71.

ria di aiuti di Stato[56], al riconoscimento dei SINEG nel diritto primario[57], fino alla valorizzazione del principio di accesso ai SIEG sancito dall'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali (CDFUE)[58] e alla competenza legislativa attribuita all'Unione dall'articolo 14 TFUE[59]. Anche sul piano settoriale, il diritto derivato ha permesso di disciplinare ambiti cruciali[60] per i servizi pubblici elaborando regole precise, come nel caso della dottrina della Commissione sugli aiuti di Stato e sulla compensazione degli obblighi di servizio pubblico nel trasporto aereo.

Da qui la sussistenza di un quadro normativo europeo funzionale alla convergenza delle discipline domestiche sui servizi pubblici. Il risultato complessivo è

---

56 Corte. giust. eu, 19 maggio 1993, *Paul Corbeau*, causa C-320/91.

57 Per i quali si rinvia a W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in A. POLICE, W. GIULIETTI, *Servizi pubblici e Appalti*, Giuffrè, 2004, pp. 831-854 e ID., *Servizi di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica,* in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali,* Torino (Giappichelli), 2008, pp. 83-106.

58 L'art. 36 della Carta di Nizza promuove la coesione sociale e territoriale dell'Unione, affidando a quest'ultima il compito di «riconoscere e rispettare l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità Europea».

Sul collegamento tra accesso e coesione sociale e territoriale, si rinvia a A. LUCARELLI, *Art. 36. I servizi di interesse economico generale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, nonché a ID., *Comment to article 36,* in W.B.T. MOCK, G. DEMURO (eds.), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2010, p. 222. Inoltre, si cfr. L. GRARD, *Place et signification de la Charte des Droits Fonda- mentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt general,* in *ERA Forum,* 3, 2002, pp. 158 ss.; M. PANEBIANCO, *Commento all'articolo 36,* in ID., *Repertorio della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea,* Roma, 2001, pp. 355 ss.; O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale,* in *DUE*, 4, 2002, pp. 633 ss.; A. ARENA, *Art. 36. Accesso ai servizi d'interesse economico generale,* in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017. Infine, si v. E. SZYSZCZAK, *Article 36: access to services of general economic interest,* in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: a Commentary,* Oxford, 2014, punti 36.39 e 36.46.

59 L'art. 14 TFUE assegna all'Unione e agli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del Trattato, il compito di provvedere affinchè i SIEG funzionino in base a principi e condizioni - in particolare, di tipo economico-finanziario - che garantiscano la corretta ed efficiente erogazione del servizio a favore della collettività.

60 Tra gli ambiti strategici, quelli relativi a trasporti, reti, comunicazioni, servizi postali, gestione dei rifiuti, distribuzione di medicinali.

un mutamento di prospettiva: non più un rapporto di contrapposizione tra servizi pubblici e diritto dell'Unione, ma una dinamica di sviluppo e integrazione. Tale evoluzione è stata favorita sia da una maggiore conoscenza reciproca delle organizzazioni amministrative nazionali, sia dalla convergenza dei modelli di servizio di interesse generale, pur nel rispetto di un margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati. Sotto quest'ultimo profilo, è interessante notare che nonostante la definizione dei servizi pubblici sia rimessa in misura prevalente alla libertà degli Stati membri, essa subisce significativamente l'influenza delle limitazioni comunitarie che derivano dal quadro normativo comune. I servizi, dunque, sono un «contenitore concettuale» che gli Stati possono riempire di contenuto nell'ambito di «bordi» definiti a livello sovranazionale, ossia «fuor di metafora», dei «criteri minimi e valori comuni»[61]. Con riferimento al fattore territorialità, si è detto che l'integrazione europea ha trasformato profondamente il modo in cui pensiamo i servizi pubblici, soprattutto quelli che oltrepassano i confini nazionali. Questo perché non si tratta più soltanto di organizzare e gestire attività collocate entro lo spazio statale, ma di immaginare istituzioni e strumenti capaci di operare in territori senza barriere che, per effetto della libera circolazione e della progressiva apertura del mercato, sono diventati spazi di interazione quotidiana. La prassi transfrontaliera - dal *leading case* della "Grande Ginevra"[62], passando

61 A. ARENA, *La nozione di "servizio pubblico" nel diritto dell'integrazione economica. La specificità del modello sovranazionale europeo*, Napoli, 2011, pp. 180.

62 La Grande Ginevra (*Grand Genève*) rappresenta una delle più vaste e strutturate forme di cooperazione transfrontaliera in Europa. Si tratta di una conurbazione di confine che comprende il Cantone di Ginevra, il distretto di Nyon nel Canton Vaud, e il Genevois francese, ossia le comunità urbane e di comuni situate in Alta Savoia e Ain. Questa area conta circa 1 milione di abitanti distribuiti su oltre 200 comuni e copre una superficie di circa 2.000 km². Si tratta di una cooperazione franco-ginevrina che ha radici negli anni '70, con la creazione del Comitato regionale franco-ginevrino (1973) e che, nel tempo, si è consolidata fino a dar vita al Gruppo locale di cooperazione transfrontaliera (GLCT), che oggi la governa. I temi centrali della cooperazione sono: (i) la mobilità (il progetto più emblematico è il *Léman Express*, la più grande rete ferroviaria regionale transfrontaliera d'Europa, inaugurata nel 2019. Si estende su 230 km e collega 45 stazioni tra Svizzera e Francia, favorendo la mobilità quotidiana di decine di migliaia di frontalieri); (ii) l'ambiente e la pianificazione (nelle ipotesi di gestione delle risorse naturali, protezione del lago Lemano e di pianificazione urbanistica coordinata); (iii) altri servizi pubblici transfrontalieri in materia di trasporti, istruzione, sanità. In altri termini, la *Grand Genève* non è soltanto un accordo di cooperazione interstatale, ma un modello di governance transfrontaliera che realizza un progetto politico che va oltre la territorialità, con l'obiettivo di ridurne le discontinuità e migliorare la qualità della vita dei cittadini ivi insediati. Per ulteriori ragionamenti, N. LEVRAT, *Le cadre institutionnel transfrontalier du Grand Genève*, in T.

dai progetti *Interreg*[63], fino ad arrivare all'istituzione di appositi organismi di gestione[64] - mostra come la cooperazione, inizialmente informale o bilaterale, abbia dovuto assumere forme giuridiche più strutturate, dando vita a vere e proprie regole convenzionali che non dipendono direttamente dal diritto dell'Unione, ma che ne incarnano lo spirito.

Questa evoluzione porta la riflessione sulla dimensione transnazionale dei servizi pubblici a interrogarsi su un ulteriore tema, che è quello della capacità dei poteri pubblici di agire in chiave transnazionale[65]. L'apertura alla transnazionalità del potere nel settore dei servizi pubblici induce, nuovamente, a muovere dal piano assiologico, nella consapevolezza che non può immaginarsi alcun potere pub-

---

TANQUEREL, F. BELLANGER, *Les agglomérations,* 2015, pp. 93 ss.

63 In Italia i programmi *Interreg* finanziano centinaia di progetti transfrontalieri e transnazionali, che spaziano dalla mobilità sostenibile alla sanità, dalla tutela ambientale alla cultura. Alcuni esempi concreti riguardano Italia-Svizzera, Italia-Austria, Italia-Francia (Alcotra e Marittimo), Italia-Slovenia e Italia-Croazia. L'*Interreg* è lo strumento dell'Unione europea per la cooperazione territoriale e l'Italia partecipa a numerosi programmi, sia con Paesi confinanti (cooperazione transfrontaliera), sia con aree più ampie (cooperazione transnazionale e interregionale), con l'obiettivo di ridurre gli ostacoli di frontiera e promuovere coesione economica, sociale e territoriale. Per un approfondimento generale del programma *Interreg*., si rinvia a R. COLETTI, *La cooperazione territoriale europea (Interreg) come strumento per lo sviluppo del territorio: valore aggiunto e prospettive future*, in *Federalismi.it,* 20, 2022, pp. 520 ss.

64 Si pensi, a titolo esemplificativo, all'Euregio Tirolo-Alto Adige-Trentino, ossia una forma di cooperazione transfrontaliera istituzionalizzata tra il *Land* austriaco del Tirolo e le Province autonome di Trento e Bolzano. Si tratta di un "Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale" (GECT) nato nel 2011 per rafforzare i legami storici e culturali e promuovere progetti comuni in settori come mobilità, sanità, istruzione, ambiente e cultura. L'idea di una Euroregione alpina risale agli anni '90, ma la formalizzazione avviene nel 2011 con la creazione del GECT Euregio Tirolo-Alto Adige-Trentino. È una struttura transnazionale che consente ai tre territori di cooperare superando i confini statali, pur mantenendo le rispettive autonomie. Gli obiettivi principali sono: (i) promuovere la cooperazione transfrontaliera in settori strategici; (ii) armonizzare le politiche pubbliche (trasporti, economia, formazione, salute, cultura); (iii) rafforzare l'identità comune alpina e la coesione sociale; (iv) sostenere l'integrazione europea "dal basso", come piccola Europa nell'Europa.

Per un recente approfondimento sull'organismo, M. HALLER, A. EISENDLE, *Il GECT "Euregio Tirolo-Alto Adige/Südtirol –Trentino"*, in C. CASONATO, E. HAPPACHER, E. ROSSI, R. TONIATTI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol e delle Province autonome di Trento e di Bolzano/Südtirol,* Giappichelli, 2024, pp. 589-598; J. WOELK, *La cooperazione transfrontaliera regionale nell'UE: il GECT "Euregio Tirolo-Alto Adige-Trentino,* in W. OBWEXER, E. PFANZELTER (a cura di), *70 Anni Accordo di Parigi*, NOMOS 2020, pp. 225 ss; e di recente, E. HAPPACHER, *Il GECT Euregio Tirolo-Alto Adige-Trentino: non solo competenze,* in *Federalismi.it,* 25, 2025, pp. 68 ss.

65 Nello specifico, anche se non è questa la sede, ci si dovrebbe chiedere cosa sia il potere pubblico transnazionale e quale rapporto intercorre con la comunità che ne è regolata.

blico - anche transnazionale - che non sia intimamente proteso, anzitutto, alla tutela ed al godimento dei diritti individuali[66]. Se infatti guardiamo al processo di integrazione europea, ci accorgiamo di come questo abbia inciso non solo sul versante economico, ma soprattutto su quello sociale e territoriale. Da qui l'idea che i servizi pubblici transfrontalieri possano tradursi in strumenti di coesione sociale e territoriale, e cioè in leve politiche capaci di ridurre le discontinuità e costruire solidarietà di fatto, coerentemente con l'idea della costruzione "dal basso" dell'Europa. È questa l'ottica del rapporto ESPON: da un lato, individuare gli «*obstacles*» che possono essere superati tramite i *cross-border services*[67], dall'altro, favorire la costruzione di un'offerta di servizi coerente con le esigenze delle aree frontaliere e di controllo della spesa pubblica. Sotto tale ultimo profilo, l'ottimizzazione dell'organizzazione e dell'esecuzione del servizio pubblico transfrontaliero contribuisce non soltanto alla sostenibilità dei conti pubblici, ma anche - di riflesso - a rendere meno gravosa la soddisfazione dei «diritti finanziariamente condizionati»[68] ai servizi. In altri termini, la dimensione transfrontaliera dei servizi pubblici - e per estensione anche quella transnazionale che ne è il *genus* - è funzionale alla massimizzazione della tutela e del godimento dei diritti delle popolazioni stanziate nell'area di interesse, evitando che la «crisi dello Stato dei servizi si trasformi in una crisi dei diritti»[69]. La cooperazione transfrontaliera si rivela sostan-

66Giova qui richiamare la produzione scientifica di Perfetti, cui si è fatto riferimento nella nota precedente n. 9.

67 «Obstacles can be classified into administrative and institutional obstacles, into economic, demographic and cultural divides, as well as into legal, technical and physical obstacles (Figure 6). The most often encountered obstacles are of administrative and institutional nature, followed by legal obstacles. Economic, demographic and cultural differences are the third most cited, while technical and physical barriers hardly play a role» (Così, il rapporto ESPON 2022, p. 16).

68 Tale celebre definizione si deve a F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili,* Bologna, Il Mulino, 1990, p. 30, secondo cui «[s]e invece si inquadra il fenomeno sotto il profilo soggettivo si deve constatare che i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti alla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi, e, come tali, non identificabili con i diritti fondamentali del cittadino. Il che non significa riscoprire Carl Schmitt e la programmaticità dei diritti sociali. Significa solo dire che i diritti sociali hanno un contenuto diverso dai diritti di libertà. Ciò porta anche ad escludere che l'utente coincida col cittadino e conseguentemente che l'organizzazione dei pubblici servizi debba necessariamente seguire il modulo politico-rappresentativo»

69 Se la preziosa riflessione si deve a G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale,* in *Scritti in onore di V.Ottaviano,* vol. I, Milano, 1993, p. 1081, la questione relativa alla

zialmente un utile strumento per far "costare meno diritti che già costano", perché dipendenti dall'approntamento di un'organizzazione di persone e di mezzi finalizzata al loro soddisfacimento[70]. Questo, però, nella consapevolezza che non vi siano «diritti che costano» e «diritti che non costano», o meglio, che non sono soltanto i diritti sociali collegati ai servizi pubblici - anche transfrontalieri - a costare. «Anche i cd. "diritti negativi" non sono una sorta di dono divino, o un frutto di natura, di cui l'individuo si limita a godere senza onere alcuno per la società»[71].

Si tratta quindi, secondo un'impostazione *bottom-up*, di comprendere quali siano le dimensioni *non self executing* dei diritti[72] e, successivamente, di migliorare i meccanismi attraverso cui renderli effettivi: l'istituzione e la gestione di un servizio transfrontaliero sembrano deporre in tal senso[73].

---

crisi della finanza pubblica, che ha condotto alla contrazione delle prestazioni pubbliche e alla riduzione della tutela dei diritti che ne dipendono, viene affrontata da G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio, in Rivista AIC*, 3, 2012; D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica,* in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza,* 2013, pp. 67 ss.; A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione,* ora *in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti,* XVI, Torino, 2013; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa, in forumcostituzionale.it;* T.N. POLI, *Diritti sociali ed uguaglianza nello spazio giuridico europeo,* in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2014: M. LUCIANI, *Laterna Magika. I diritti "finanziariamente condizionati",* in *Rivista della Corte dei Conti.*, 2018, pp. 643-660; e, di recente, F.G. ANGELINI, *Diritti fondamentali e organizzazione pubblica: premesse teoriche per una ridefinizione del rapporto tra amministrazione e persona,* in *Dirittifondamentali.it,* 1, 2020, pp. 1042 ss.

70 Si v. A. PUBUSA, *I servizi pubblici tra effettività e miti della concorrenza*, *in Dir. e Proc. Amm.*, 2013, 845. Sempre sulla dimensione positiva dei diritti, è preziosa la tassonomia tedesca di *Leistungrechte,* che emerge da H. DREIER, *Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG,* in ID. (a cura di), *Grundgesetz-Kommentar,* Bd. I, 3. Aufl., Rn. 145 ff. Tübingen, 2013, che afferma "*ein positives Tun*» in capo al legislatore.

71 S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, 2000, specificano il ragionamento attraverso utili esemplificazioni: «v'è da chiedersi infatti come simili diritti potrebbero farsi valere senza la tutela dell'ordine pubblico: ad esempio, senza il poliziotto che difende il proprietario dalle aggressioni, il pompiere che ne difende la casa dagli incendi, il magistrato che ripara i torti che quello possa subire. Dunque, senza la protezione fornita dalla comunità - con il danaro pubblico frutto dei tributi di tutti - quei diritti resterebbero diritti di carta».

72 Si v. L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, 2001, 228-235; e soprattutto, ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit., pp., 66-67, nota 6.

73 Tale *output* si deve ai preziosi studi di I.M. MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi «a diritto amministrativo»*, in *Dir. e proc. amm.,* 2007, p. 74, (ora anche in

A ciò si aggiunge l'ontologica attitudine dei servizi pubblici transfrontalieri (e quindi anche transnazionali) a non essere soltanto "prestazione", ma soprattutto "progetto", come tale finalizzato a realizzare interessi sociali - prima ancora che pubblici - di ambedue le parti della frontiera. Senza farci portare lontano dalla discussione sui rapporti tra interessi sociali (o più ampiamente, interessi generali) e interessi pubblici, rileva in questa sede mettere in evidenza che i servizi pubblici "oltre confine" perseguono principalmente i primi e solo talvolta anche i secondi.

Per molti, la differenziazione tra interessi sociali (o generali) e pubblici non sembra apportare un contributo significativo alla costruzione teorica dei servizi pubblici transnazionali. Questo perché il rapporto tra tali categorie è stato tradizionalmente interpretato in termini di «sostanziale omogeneità, quasi di sinonimia», con l'interesse generale inteso come una forma di interesse appartenente a una comunità indeterminata e, proprio per questo, non suscettibile di essere azionato giuridicamente. Una posizione più equilibrata[74] - alla quale qui si aderisce - riconosce invece «nell'interesse generale una dimensione più ampia rispetto all'interesse pubblico». Esso va inteso come interesse della società nel suo complesso, organizzata o meno, ma privo di quella connotazione di doverosità che caratterizza l'interesse pubblico in senso stretto. L'interesse pubblico, infatti, è vincolante e obbliga l'azione delle pubbliche amministrazioni; l'interesse generale, al contrario, può essere perseguito anche da soggetti privati, senza che ciò implichi necessariamente un obbligo giuridico. Proprio per questa ragione, quando è perseguito da privati, esso si fonda su una «iniziativa autonoma, spontanea e disponibile, non eteronoma né imposta dall'ordinamento», sicché si ritiene che l'organizzazione e/o la gestione di un servizio pubblico transfrontaliero (e transnazionale) possa anche essere assolta dai cittadini in forma singola o associata, sia a titolo commerciale che non[75].

F. SCIACCA (a cura di), *Studi in memoria di Enzo Sciacca*, Milano, 2008, pp. 489 ss.); più diffusamente, anche in ID., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987, pp. 250 ss.

74C. NAPOLITANO, *L'amministrazione condivisa: note sparse su co-progettazione ed enti del Terzo settore,* in *https://romatrepress.uniroma3.it,* 10, 2022, p. 274.

75 Da qui la dottrina che ipotizza una maggiore partecipazione sociale nel governo dei servizi pubblici di rilievo transnazionale, anche se ne prefigura solamente una cooperazione con l'amministrazione e non un avvicendamento. (E. HAPPACHER, *Il GECT Euregio Tirolo-*

Ma al di là di tale profilo soggettivo, la lettura alternativa che valorizza la componente "sociale" e dequota quella "pubblica" è funzionale alla piena comprensione dell'oggetto che caratterizza i servizi pubblici transnazionali *latu sensu* intesi.

È interessante notare che i progetti che si radicano nello spazio transfrontaliero europeo perseguono interessi sociali - o, più ampiamente, interessi generali - che sono difficili da maneggiare una volta oltrepassati i confini nazionali, sicché appare necessaria la loro riconduzione alla più compiuta nozione di coesione sociale e territoriale. È proprio questa categoria, assunta dall'Unione europea come obiettivo strategico, che consente di ricondurre a unità esigenze collettive altrimenti frammentate, offrendo un criterio funzionale per qualificare i servizi pubblici transfrontalieri e transnazionali. In tal modo, la coesione sociale e territoriale diventa non solo un obiettivo politico, ma anche un parametro giuridico capace di sostituire, in chiave transnazionale, la più sfuggente nozione di interesse generale.

Peraltro, si tratta di una nozione della cui potenzialità non può più dubitarsi. Qualora si concretizzi una ipotesi di incompatibilità tra i valori della coesione sociale e territoriale e della concorrenza, quest'ultima «può cedere il passo, se questo serve a rendere l'intervento più effica- ce»[76] per il perseguimento della missione sociale di servizio pubblico. Di talchè, l'obiettivo della coesione sociale e territoriale rileva - oltre che come "valore comune" - anche come "interesse primario" dell'Unione, poiché informa il servizio pubblico al canone dell'effettività dei diritti, mentre la libera concorrenza nel mercato degrada ad "interesse secondario e collaterale", comprimibile in sede di ponderazione amministrativa[77].

L'approccio suggerito - che non sembra attualmente operativo - ha però il merito di mettere in luce l'importanza della decisione che istituisce e definisce le modalità di cooperazione transnazionale in materia di servizio pubblico. Il valore della coesione sociale e territoriale, che è al centro delle politiche dell'Unione europea, può quindi fungere da criterio definitorio, ampliando le ipotesi in cui le

---

Alto Adige-Trentino: non solo competenze, in *Federalismi.it,* 25, 2025, pp. 72 ss).

76 F. LIGUORI, *Infrastrutture e periferie,* in *Munus,* 2017, p. 122.

77 B.G. DI MAURO, *La prospettiva europea del governo locale dei servizi pubblici tra valorizzazione della coesione sociale e territoriale e dequotazione della concorrenza,* cit., pp. 515 ss.

autorità pubbliche di uno o più Stati, confinanti o meno, si trovano spinte a organizzare determinate attività. Tali attività verrebbero allora qualificate come servizi pubblici transfrontalieri o transnazionali nella misura in cui partecipano a una politica comune di coesione territoriale.

4. La configurazione del servizio pubblico transfrontaliero come base di studio della transnazionalità prestazionale

Nella prospettiva delineata, il servizio pubblico transfrontaliero non si limita a costituire un esempio di servizio pubblico transnazionale, ma ne rappresenta la forma più compiuta e paradigmatica[78]. La sua analisi assume pertanto un rilievo essenziale, poiché funge da vero e proprio laboratorio per l'osservazione delle dinamiche amministrative che oltrepassano i confini statali.

È caratteristica costante di tali servizi il fatto di insistere su un'area di frontiera determinata, di rispondere a un bisogno condiviso o a una prospettiva di sviluppo comune, di rivolgersi a una popolazione frontaliera come destinataria privilegiata, di coinvolgere attori istituzionali di entrambi i versanti, di garantire parità di accesso senza discriminazioni, di essere organizzati secondo un assetto politico-istituzionale definito e di essere erogati direttamente o tramite concessione. A ciò si aggiunge il requisito della copertura finanziaria pubblica e della stabilità temporale, che li distingue dai meri "progetti puntuali".

Nondimeno, i sistemi nazionali e regionali di organizzazione dei servizi trascurano la dimensione transfrontaliera, non prevedendo né l'accesso da parte della popolazione del paese limitrofo né forme di coordinamento nella progettazione e gestione. La logica della mutualizzazione - ossia la messa in comune delle risorse e delle strutture - si rivela particolarmente interessante, sia sotto il profilo dell'efficienza economica (riduzione dei costi, economie di scala), sia sotto quello dell'efficacia giuridica dell'offerta (buon andamento e risultato). Essa induce le autorità locali e statali delle zone di confine a interrogarsi sulla necessità di sviluppare forme di cooperazione strutturata. Cresce, infatti, l'esigenza di individuare modelli di collaborazione amministrativa e di valutare il grado di integrazione raggiunto nell'offerta transfrontaliera, anche mediante il coinvolgimento della ba-

78 G. BACHOUE-PEDROUZO, F. VIVIEN GUIOT, *Le service public transnational,* cit., p. 253.

se sociale.

È evidente che l'intensità della cooperazione muti in funzione dei bisogni e delle possibilità di coordinamento. In un'ottica di sistematizzazione, si possono distinguere diverse tipologie di servizi pubblici transfrontalieri[79], ordinate secondo un *continuum* che va dalle soluzioni più semplici a quelle maggiormente integrate.

La prima ipotesi riguarda l'utilizzo di un servizio o di un'infrastruttura collocata in uno dei territori confinanti, ma resa accessibile anche alla popolazione dell'altro Stato. Tale formula presuppone un accordo bilaterale che disciplini le modalità di fruizione, la ripartizione dei costi, l'eventuale impiego di personale e la determinazione delle tariffe. Si tratta, in sostanza, di un'estensione "*attraverso*" la frontiera di un servizio nazionale, che assume così una connotazione transnazionale.

La seconda ipotesi si traduce invece nella creazione di un ente ad *hoc*, concepito come struttura comune ai due versanti, pur avendo sede in uno solo degli Stati e soggiacendo al relativo ordinamento giuridico. Il servizio trova fondamento giuridico in un accordo di cooperazione che ne autorizza l'istituzione e che definisce le regole per la costituzione dell'ente. In questo caso, il servizio pubblico è "*sulla*" frontiera, poiché viene concepito e gestito in modo condiviso dalle amministrazioni dei Paesi confinanti.

4.1. Il primo modello di servizio pubblico transnazionale nel contesto transfrontaliero: il modello "centralizzato"

La prima e più elementare configurazione del servizio pubblico transnazionale in ambito di confine si fonda sull'idea di ottimizzare l'offerta esistente, evitando duplicazioni e colmando eventuali carenze. In pratica, gli abitanti della zona di frontiera possono accedere a servizi già organizzati dallo Stato vicino, beneficiando così di strutture e prestazioni che, altrimenti, sarebbero assenti o meno efficienti sul proprio versante. In linea generale, i caratteri distintivi di questo modello possono essere riassunti dai seguenti elementi: (i) la funzione compensativa, che mira a colmare lacune nell'offerta nazionale, garantendo ai cittadini un livello

79 G. BACHOUE-PEDROUZO, F. VIVIEN GUIOT, *Le service public transnational,* cit., p. 254.

di servizio più adeguato; (ii) le economie di scala, che derivano dall'uso condiviso di infrastrutture e risorse, riducendo i costi complessivi e aumentando l'efficienza; (iii) l'estensione dell'accesso, che consente alla popolazione di entrambi i versanti di potere fruire di servizi già predisposti da uno Stato, senza necessità di creare nuove strutture; (iv) l'accordo bilaterale, che è indispensabile per regolare l'accesso, i costi, le modalità di utilizzo e l'eventuale impiego di personale.

Si tratta, in altri termini, di un servizio pubblico transnazionale che nasce dall'estensione di un servizio pubblico nazionale e che si svolge "*attraverso*" la frontiera. Dal punto di vista del diritto amministrativo, questa soluzione rappresenta una "colorazione transnazionale" di un servizio nazionale, poiché non nasce come servizio comune, ma come estensione di quello di uno Stato al territorio limitrofo. Tuttavia, il potenziale di cooperazione è significativo: la condivisione dell'offerta può costituire il primo passo verso forme più strutturate di mutualizzazione e, in prospettiva, verso la creazione di organismi comuni.

Nell'ambito di tale cornice transfrontaliera, i servizi pubblici transnazionali per estensione di quelli nazionali si distinguono in due modelli: il modello *centralizzato* e il modello *a rete*.

Con riferimento al primo, l'ipotesi più comune è quella che vede il servizio pubblico nazionale acquisire carattere plurinazionale. Si tratta di un'ipotesi in cui i cittadini di uno Stato membro utilizzano i servizi pubblici organizzati ed erogati dallo Stato confinante solo perchè territorialmente "vicini".

Il modello centralizzato si presta a due letture contrapposte: da un lato, può generare una dinamica di integrazione negativa, cioè una logica di contrapposizione fondata sulla liberalizzazione dei servizi pubblici e sulla riduzione del loro carattere statale; dall'altro lato, può invece aprire la strada a una integrazione positiva, che si articola in tre ipotesi fondamentali.

Nel primo senso, è possibile distinguere tre ipotesi di integrazione negativa.

La prima si concreta nell'utilizzo dei servizi pubblici di uno Stato da parte dei cittadini di un altro Stato. Le classiche esemplificazioni riguardano l'accesso al sistema ospedaliero, l'iscrizione scolastica dei figli presso un Istituto di un altro Stato membro, la fruizione di prestazioni sociali, il riconoscimento di equivalenze mediche, l'utilizzo dei trasporti pubblici da parte di turisti e così via. Qui il diritto

derivato dell'Unione europea interviene per garantire la non discriminazione e la libera circolazione, imponendo deroghe ai principi di territorialità e di preferenza nazionale.

La seconda attiene allo spostamento del prestatore di servizi all'interno del territorio europeo. Si tratta di imprese pubbliche o società private che operano nei settori liberalizzati, come quelli dell'energia, delle telecomunicazioni e dei trasporti. In questo caso, sono le regole dell'ordinamento europeo a stabilire come si coordinano i diritti nazionali con i principi comunitari e come si applicano, favorendo la mobilità dei prestatori di servizi[80].

La terza concerne la gestione di uno spazio comune o di un interesse generale comunitario per mezzo di un servizio pubblico nazionale o ad opera di un'agenzia o istituzione sovranazionali. Sotto quest'ultimo profilo, gli esempi sono quelli di *Frontex* per il controllo delle frontiere, *Europol* per la cooperazione di polizia, *Natura 2000* per la tutela ambientale.

Tali fattispecie rappresentano plasticamente come un servizio pubblico nazionale possa trasformarsi in un servizio pubblico "plurinazionale", assumendo una valenza transfrontaliera e rispondendo a bisogni collettivi o individuali in nome dell'interesse generale (*rectius*, coesione sociale e territoriale). La logica sottesa è quella di un progressivo superamento dei confini giuridici tradizionali, con un ampliamento della sfera di fruizione dei servizi e una crescente integrazione amministrativa in negativo.

A ben vedere, però, l'inquadramento di tali forme di integrazione negativa all'interno della categoria dei servizi pubblici "transnazionali" non è apparsa pacifica alla scienza giuridica. Questo perché non è scontato che l'etichetta "transnazionale" aggiunga un reale valore rispetto a una lettura tradizionale in termini di cooperazione amministrativa o di applicazione dei principi di libera circolazione.

---

80 Sul tema - anche in considerazione della recente sentenza della Corte di Giustizia del 25 aprile 2024, causa C-276/22, *Edil Work 2*, che è tornata sul rapporto intercorrente tra libertà di stabilimento delle società e norme nazionali di conflitto - si v. G. CONTALDI, *Alcune incoerenze nell'attuale disciplina sullo stabilimento delle società,* in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 17, 1, 2025, pp. 10-27; F.M. MUCCIARELLI, *Società estere con amministrazione o sede sociale in Italia e libertà di stabilimento: la giurisprudenza della Corte di Giustizia nasce da errori, equivoci e curiosi fatti di cronaca rosa,* in *Giurisprudenza commerciale*, 2024, pp. 936 ss.; G. DEMONTIS, *Trasferimento della sede sociale all'estero, legge applicabile e libertà di stabilimento: la Corte di giustizia si pronuncia sull'articolo 25 l.n. 218/95,* in *Dir. comm. int.,* 2024, pp. 778 ss.

Spesso, al di là delle regole sovranazionali già vigenti, le difficoltà concrete vengono risolte attraverso soluzioni pragmatiche basate sul dialogo diretto tra amministrazioni nazionali.

Diverse, invece, sono le conclusioni quando vengono in rilievo le ipotesi di integrazione positiva, ossia quelle che si fondano su una convergenza e che sembrano collocarsi a mezza via tra il modello *centralizzato* e quello *a rete*.

Qui la logica di convergenza fa sì che la nozione di servizio pubblico transnazionale acquisti piena pertinenza quando si colloca in una prospettiva di armonizzazione normativa e di cooperazione istituzionale. Non si tratta, in questo caso, di una mera estensione di servizi nazionali, bensì di un processo che mira a superare gli ostacoli derivanti dalla pluralità di ordinamenti, attraverso strumenti giuridici comuni. Si tratta di un modello che non implica necessariamente un coordinamento diretto tra amministrazioni di confine, ma che si fonda su meccanismi verticali predisposti dall'Unione europea. In questa prospettiva, la legislazione europea comune gioca un ruolo chiave, poiché ha lo scopo di uniformare le regole e di garantire condizioni omogenee di accesso e fruizione.

Due esempi contribuiscono a chiarire quanto affermato.

In primo luogo, la Direttiva Media "*Televisione senza frontiere*" (Direttiva 89/552/CEE)[81] favorisce lo sfruttamento transnazionale dei servizi audiovisivi,

81 La Direttiva 89/552/CEE "*Televisione senza frontiere*" è stata formalmente abrogata e sostituita da un quadro normativo aggiornato che risponde ai cambiamenti tecnologici e all'evoluzione del mercato dei *media*. In particolare essa è stata sostituita dalla Direttiva 2010/13/UE, nota come Direttiva sui servizi di *media* audiovisivi (Direttiva SMA o AVMSD, dall'inglese *Audiovisual Media Services Directive*). Di recente, anche tale Direttiva è stata significativamente innovata dalla Direttiva (UE) 2018/1808, che ne ha esteso il campo di applicazione, originariamente incentrato sulla televisione lineare, ai servizi non lineari (*on-demand*) e alle piattaforme per la condivisione di video *online*. Per ulteriori approfondimenti, si v. A. BARBERA, *Costituzione europea: i "media" nel diritto dell'Unione*, in S. AMOROSINO, A. ALESSI, *Le regole europee per la comunicazione. Materiali per la costituzione dell'Unione*, Milano 2003, p. 13; M. MIGLIAZZA, *Il diritto all'informazione nell'Unione Europea*, Milano, 2002; N. PARISI, *Casi e materiali di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione,* Napoli, 2003; P. CARETTI, *Pluralismo informativo e diritto comunitario,* in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione,* Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 415 ss. ; R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi e la sua attuazione nell'ordinamento italiano,* Torino, 2011; G. STROZZI, MASTROIANNI, *La disciplina comunitaria delle attività televisive:recenti sviluppi in tema di tutela del pluralismo e la revisione della direttiva "Televisione senza frontiere"*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo,* XXVIII, 1999, pp. 488 ss.; R. BORRELLO, *Un possibile ruolo per le autorità indipendenti nazionali nella costruzione e nel perfezionamento della disciplina comune delle political broadcasts in ambito europeo,* in *Nomos*, 2015, pp. 1 ss.

conciliando apertura dei mercati e tutela di interessi generali, come la funzione culturale, il pluralismo e l'indipendenza. Infatti, la sua versione più evoluta, la Direttiva 2010/13/UE, prevede al considerando 2 che «I servizi di media audiovisivi transfrontalieri diffusi con le diverse tecnologie costituiscono un mezzo per il conseguimento degli obiettivi dell'Unione. Sono necessarie alcune misure che permettano e assicurino il passaggio dai mercati nazionali ad un mercato comune della produzione e distribuzione dei programmi e garantiscano condizioni di concorrenza leale, senza pregiudicare la funzione di pubblico interesse che compete ai servizi di media audiovisivi».

In materia di sanità transfrontaliera[82], il diritto europeo - composto dai regolamenti di coordinamento 883/2004/CEE e 987/2009/UE, dalla direttiva 2011/24/UE[83] e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia[84] - individua i diritti dei pazienti a partire dalla libertà di scelta del luogo di cura, pur nel rispetto dell'equilibrio finanziario dei sistemi nazionali di sicurezza sociale. In particolare, la direttiva, nel garantire un più agile accesso alla sanità transfrontaliera e favorire la qualità della relativa assistenza, ha introdotto strumenti pratici come i punti di contatto nazionali, concepiti per fornire informazioni chiare ai cittadini che desiderano curarsi in altri Stati membri e superare la difficoltà legate alla differente

82 Sulla materia, si v. gli approfondimenti di A. SANTUARI, *Il diritto (transfrontaliero) alla salute e la crisi del welfare state. Diritti individuali versus equità e solidarietà dei sistemi sanitari nazionali?,* in *Rivista del Diritto e della Sicurezza Sociale,* 4, 2016, p. 670; C. COLAPIETRO, *I diritti sociali oltre lo stato il caso dell'assistenza sanitaria transfrontaliera,* in *Costituzionalismo.it,* 2, 2018, pp. 45 ss.; G. SALERNO, *L'assistenza sanitaria transfrontaliera,* in *Salute e sanità nella prospettiva europea,* 1, 2022; D. MORANA, *Verso un diritto eurounitario alle cure? La direttiva sull'assistenza transfrontaliera tra obiettivi ambiziosi e debolezze competenziali dell'Unione*, in *Salute e sanità nella prospettiva europea,* 1, 2022, pp. 230 ss.

83 Tale Direttiva è stata attuata in Italia con il D.lgs. n. 38/2014. In tema, si rinvia a N. POSTERARO, *Cure oltre lo Stato: l'effettività del diritto alla salute alla luce del d. lgs. n. 38 del 2014*, in *Federalismi.it,* 11, 2016, pp. 1 ss.; G. BOGGERO, *Gli ostacoli alla mobilità sanitaria transfrontaliera in Italia,* in *Corti supreme e salute*, 2018, pp. 377 ss.; C. GIUNTA, *L'impatto della direttiva sull'assistenza sanitaria transfrontaliera in Italia: il d.lgs. n. 38/2014 tra attuazione, rinvii ed impegni all'attuazione*, in D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018, pp. 81 ss.

Sull'attuazione della Direttiva negli ordinamenti degli Stati membri, cfr. A. DEN EXTER (a cura di), *Cross-border health care and European Union law, Rotterdam,* 2017, nonché AA.VV., *Cross-border Health Care in the European Union. A Comparative Overview,* Torino, 2020.

84 Su tale giurisprudenza, cfr. M. TRESCA, *L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla mobilità sanitaria: dal caso Grogan al caso Petru,* in D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?,* Napoli, 2018, pp. 153 ss.

normativa vigente. In Italia, tale servizio è offerto dal Punto di contatto nazionale per le cure sanitarie transfrontaliere, istituito presso il Dipartimento per gli Affari Europei, ma vi sono altri esempi negli altri Stati europei[85] che dimostrano l'esistenza di una rete di autorità nazionali dedicate alla sanità transfrontaliera.

Sennonchè, gli aspetti positivi *supra* paiono grandemente ridimensionati se analizzati alla luce delle statuizioni di una recente pronuncia della Corte di Giustizia[86], che ha deciso una questione particolarmente delicata in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera e compatibilità tra la disciplina nazionale degli Stati membri (nel caso di specie, quella rumena) e il quadro normativo europeo.

L'attenzione della Corte si è concentrata sulle procedure che regolano l'accesso alle prestazioni sanitarie oltre confine e sui limiti al rimborso delle spese sostenute dai pazienti, valutando la legittimità (i) di una previsione statuale che subordina il rimborso delle cure ricevute all'estero a specifiche formalità amministrative, come la valutazione preventiva del medico di base e la relativa autorizzazione, e (ii) di una regola che prescrive l'appartenenza del professionista al sistema sanitario pubblico alla luce del principio di libera prestazione dei servizi.

La Corte ha operato il consueto bilanciamento tra la competenza degli Stati membri in materia di organizzazione sanitaria e i principi dell'ordinamento europeo, ribadendo che gli Stati conservano ampie prerogative nel disciplinare il proprio sistema di cure, purché tali misure non si traducano in provvedimenti discriminatori o in restrizioni tali da compromettere l'accesso effettivo alle cure e, di conseguenza, la libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione. La sentenza, pur equilibrata, appare "conservativa": privilegia la salvaguardia delle prerogative statali rispetto alla costruzione di un vero spazio transfrontaliero della sanità. Vi è il serio rischio che la libertà di cura rimanga un principio astratto, continuamente condizionato da formalità nazionali, e che il servizio pubblico transnazionale non riesca a svilupparsi come modello effettivo di integrazione positiva. In questa ottica, una lettura evolutiva avrebbe potuto sottolineare la necessità di strumenti giu-

85 In Austria, *Gesundheit Österreich GmbH (Austrian Public Health Institute)*; in Belgio, *FPS Health, Food Chain Safety and Environment*; in Francia, *Centre des Liaisons Européennes et Internationales de Sécurité Sociale (CLEISS)*; in Germania, *Deutsche Verbindungsstelle Krankenversicherung - Ausland (DVKA)*; in Spagna, *Punto Nacional de Contacto del Ministerio de Sanidad.*

86 Corte giust. ue, 4 settembre 2025, (C-489/23), *AF contro Guvernul României.*

ridici comuni, riducendo la frammentazione e rafforzando la fiducia dei cittadini nella cooperazione in materia di sanità mediante servizi pubblici transnazionali.

Ad ogni modo, deve essere messo in evidenza come la logica di convergenza porti spesso a una istituzionalizzazione rafforzata della cooperazione, mediante la creazione di appositi enti impegnati nell'organizzazione e nell'erogazione dei servizi pubblici transfrontalieri. Sono paradigmatici gli esempi di (i) *ARTE*, emittente televisiva, nata come GECT, che unisce due società nazionali e incarna un modello di servizio pubblico culturale transnazionale[87]; ed (ii) *EURES,* rete europea dei servizi per l'impiego, attiva dal 1994, che integra soggetti pubblici e privati e mette a disposizione diversi consulenti presso i punti di contatto per favorire la libera circolazione dei lavoratori.

Tali ipotesi di integrazione positiva, più avanzate rispetto al modello centralizzato tradizionale, mostrano come l'Unione europea possa trasformare la cooperazione in strutture stabili e istituzionalizzate, capaci di garantire servizi pubblici transnazionali in settori strategici.

4.2. Il primo modello di servizio pubblico transnazionale nel contesto transfrontaliero: il modello "a rete"

L'altra elementare configurazione di servizio pubblico transnazionale in ambito di confine si fonda sull'idea della condivisione o della mutualizzazione dell'offerta di servizio, che avviene tramite l'attività di un'autorità situata nel territorio transfrontaliero ed il cofinanziamento di ambedue gli stati membri interessati. Il caso di scuola è quello dell'utilizzo da parte dei cittadini di un servizio pubblico erogato su un lato della frontiera, che però è gestito da un'autorità appositamente costituita e cofinanziato anche dall'altro Stato.

La differenza rispetto al modello centralizzato è presto detta: il modello a rete consente di ritenere realmente "comune" il servizio pubblico transfrontaliero, sia perché vi è un'autorità condivisa che se ne occupa nonostante la sede su uno dei due lati della frontiera, sia perché vi è una condivisione dei compiti di sostentamento economico-finanziario del servizio.

87 E. CHAMBAS, *Les situations administratives transnationales sur le marché des services de médias audiovisuels dans l'Union européenne,* cit., pp. 567 ss.

Tale modello è preso in esame sia dalla Commissione Europea[88] nel rapporto del 2023 sulla mobilità del lavoro nell'area europea, sia da ESPON nel rapporto del 2022 sui servizi pubblici transfrontalieri. Il primo rivela che il lavoro transfrontaliero è in crescita all'interno dell'Unione Europea e che nel 2022 circa 1,8 milioni di lavoratori hanno attraversato le frontiere dell'UE, con l'Italia che si piazza al terzo posto tra i Paesi che forniscono forza-lavoro. Complessivamente, i dati rappresentano un aumento dell'8% del traffico transfrontaliero rispetto al 2021, con un pieno ritorno ai livelli pre-pandemia[89]. Il secondo rapporto, invece, rappresenta che i servizi pubblici transfrontalieri sono circa 1550, con un *trend* in aumento rispetto al passato e una concentrazione specifica nell'area centro-europea e nell'Italia settentrionale.

Da una intuitiva analisi di tali dati, si evince come nel sistema amministrativo transnazionale – specificamente quello transfrontaliero - sia ormai fisiologico il ricorso a servizi pubblici condivisi secondo il modello *a rete*. Tuttavia, uno dei *pie charts* del rapporto ESPON mette in evidenza come i principali freni all'erogazione dei *cross-border public services* siano rinvenibili in ostacoli amministrativi e istituzionali, in divisioni economiche, demografiche e culturali, nonché in ostacoli giuridici, tecnici e fisici[90].

Gli ostacoli più frequentemente riscontrati sono di natura amministrativa e istituzionale, seguiti da quelli giuridici, sicché appare necessario riflettere più approfonditamente sugli obiettivi di miglioramento dei servizi pubblici transfrontalieri, previa comprensione dei suoi elementi essenziali.

L'ottimizzazione dei servizi pubblici transfrontalieri, che richiede inevitabilmente un rafforzamento delle trame di cooperazione interstatale, è strettamente connessa ad alcune condizionalità necessarie: in primo luogo, i diritti *non self*

88 E. HASSAN, L. SIOLAND, B. AKBABA, D. CINOVA, M. GASPERINI, M. GERACI, *Annual report on intra-EU labour mobility 2023,* European Commission.

89 La Svizzera è la principale destinazione per il lavoro transfrontaliero, ospitando circa 368.000 lavoratori frontalieri. Il Lussemburgo segue da vicino, con circa 222.000 lavoratori frontalieri nel 2022. La Francia emerge come il principale paese di origine, mentre «*Italy stands out as a notable contributor*»(p. 14). I flussi più rilevanti tra regioni confinanti si mantengono costanti nel tempo e comprendono la Grande Regione, la Regione dell'Alto Reno, le frontiere italo-svizzere e italo-francesi, l'area centrale e la regione Mosa-Reno. Flussi minori si osservano invece tra Svezia e Danimarca, Austria e Germania, Repubblica Ceca e Germania, Slovacchia e Repubblica Ceca, e Slovenia e Austria.

90 v. Rapporto ESPON, spec. *pie chart* n. 6 (p. 16).

executing dei cittadini stanziati nell'area transfrontaliera o, sul piano propriamente transnazionale, i diritti degli individui non immediatamente soddisfabili perchè dipendenti dal servizio "oltre confine". Essi generano un bisogno sociale dal quale le autorità pubbliche non possono rifuggire, se come tali esse esistono per garantirne la tutela ed il pieno godimento[91]; in secondo luogo, il quadro politico: non è concepibile un servizio pubblico transfrontaliero (o transnazionale) senza una volontà politica condivisa tra gli Stati che organizzano o permettono il servizio stesso; in terzo luogo, l'obiettiva convenienza finanziaria del servizio: nessuno Stato consentirebbe «limitazioni di sovranità»[92] senza una "controprestazione" in termini di risparmio di spesa e di massimizzazione dei diritti della comunità governata.

Da qui la necessità di individuare con precisione i tre parametri summenzionati. Tale verifica presuppone l'adempimento di una serie di passaggi procedimentali, come l'individuazione delle autorità competenti e degli strumenti giuridici adeguati, nonché delle modalità di esercizio di tali competenze e delle relative fonti di finanziamento.

Quanto al primo passaggio, è interessante notare come ogni forma di cooperazione istituzionale, sia essa finalizzata alla creazione di infrastrutture comuni o alla gestione condivisa di servizi, presuppone come condizione imprescindibile la chiara identificazione degli enti pubblici legittimati ad agire. È necessario, in primo luogo, verificare nel diritto interno e negli statuti che disciplinano ciascun soggetto se essi dispongano di un titolo di competenza nel settore interessato: solo tale titolo consente di estendere legittimamente l'esercizio della funzione oltre i

---

91 Su tale elemento, si v. le pagine antecedenti. Basti qui dire che non è immaginabile un servizio pubblico transnazionale se non è previamente individuato un bisogno sociale da soddisfare. In questo senso, il carattere transnazionale del servizio non influisce sulla *ratio* istitutiva, ma anzi ne conferma la regola della utilità generale o sociale.

92 Si mutua la formulazione dell'art. 11 Cost., interpretando la locuzione «Stato» in senso di Stato-comunità, dal momento che sovranità - ai sensi dell'art. 1 - "appartiene» al popolo e non allo Stato.

Sulla distinzione tra Stato-persona e Stato comunità, cfr. F. MODUGNO, *La dicotomia "Stato ordinamento" - "Stato soggetto" nel pensiero dei tre maestri*, in *Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana,* Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2003, secondo cui «la sovranità popolare, nella sua piena affermazione, rappresenta e per così dire fotografa la relazione tra Stato comunità e Stato soggetto, nel senso del direzionale e tendenziale assorbimento del secondo nel primo. Lo Stato soggetto è mero strumento della potestà di governo (sovranità) che spetta interamente, nella titolarità e nell'esercizio, al popolo».

confini nazionali. In simili circostanze, occorre non solo individuare la norma attributiva del potere, ma anche qualificare la natura di tale potere, come competenza specifica, generale, esclusiva o condivisa.

Una volta chiarito il profilo soggettivo, deve procedersi al confronto tra i titoli di competenza e i meccanismi di finanziamento di ciascun ente nei settori di riferimento (trasporti, cultura, sviluppo economico), nell'ottica di predisporre un assetto transfrontaliero del servizio coerente con i vincoli giuridici e con le prassi amministrative vigenti su entrambi i lati della frontiera.

Il secondo passaggio procedimentale si caratterizza per la scelta degli strumenti giuridici appropriati. É chiaro che la riuscita di un progetto di servizio pubblico transnazionale dipenda da molteplici variabili: (i) il contesto normativo in cui opera, (ii) la natura dei soggetti coinvolti, (iii) l'ambito materiale interessato (trasporti, gestione dei rifiuti, sanità) e (iv) la tipologia d'intervento prevista (reti di collaborazione, investimenti congiunti, programmi di sviluppo). In questo contesto, risulta determinante comprendere l'insieme delle disposizioni normative che governano la cooperazione tra le frontiere, tenendo conto del loro carattere multilivello e della loro necessità di armonizzazione[93]. Sia nel territorio frontaliero, sia nello spazio transnazionale, si assiste ad una commistione di piani normativi che involgono (i) regole nazionali, (ii) europee[94] (come quelle che disciplinano i GECT o i programmi *Interreg.*), ed (iii) internazionali (derivanti da accordi bilaterali, multilaterali o di cooperazione transfrontaliera).

In questo intreccio normativo, la capacità di individuare e utilizzare gli strumenti giuridici più adeguati diventa condizione imprescindibile per garantire la legittimità e l'efficacia dei servizi pubblici transfrontalieri e, per l'effetto, massimizzare i diritti ad essi collegati.

---

93 Per una disamina dei vari tipi di armonizzazione, v. M. KLAMERT, *What We Talk About When We Talk About Harmonisation,* in *CYELS,* 17, 2015, p. 360.

94 L'Unione europea ha sempre perseguito l'obiettivo di integrazione o di coesione, principalmente, attraverso strumenti normativi. È per questo che nei primi decenni di integrazione si è parlato di «*integration through law*» per evidenziare come, nonostante il processo di integrazione europea sia prettamente politico, gli strumenti giuridici vi hanno sempre svolto un ruolo preponderante. Per dei riferimenti bibliografici sul punto, si v. M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J. H. H. WEILER, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, in M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J. H.H. WEILER (eds.), *Book 1 A Political, Legal and Economic Overview,* Berlino-New York, 1986, p. 3.

La terza ed ultima tappa, infine, riguarda il reperimento delle fonti di finanziamento.

Il tema delle risorse finanziarie rappresenta uno dei nodi centrali nelle esperienze di cooperazione oltre confine. In linea generale, le iniziative transfrontaliere vengono sostenute dai bilanci delle autorità locali direttamente coinvolte. Tuttavia, la mera titolarità giuridica della competenza ad agire in ambito transfrontaliero non si traduce automaticamente nella disponibilità di mezzi finanziari adeguati a sostenere interventi di tale portata. Molti progetti - siano essi investimenti infrastrutturali, creazione di reti o istituzione di servizi comuni - non possono gravare esclusivamente sulle amministrazioni di frontiera, per la loro dimensione transnazionale e per l'entità degli impegni economici richiesti. Ne deriva la necessità, per questi enti, di beneficiare di forme di cofinanziamento, promuovendo momenti di concertazione (come "tavole rotonde") che coinvolgano i diversi livelli istituzionali interessati e la società civile a titolo commerciale o sociale.

In una prospettiva strettamente comunitaria, il ricorso ai fondi europei rappresenta plasticamente uno strumento privilegiato per integrare le risorse locali e garantire la sostenibilità finanziaria dei progetti transfrontalieri[95]. D'altra parte, è ormai noto che il potere di spesa dell'Unione venga utilizzato per raggiungere obiettivi specifici legati, ad esempio, alla transizione verde e digitale, all'istruzione e alla salute, all'uguaglianza e al rispetto dello Stato di diritto, e per quel che a noi interessa, alla coesione sociale e territoriale. Per questa ragione, la dottrina utilizza espressioni come «*governance by funding*», «*governing through funding*» o «*integration through funding*»[96], in contrapposizione al paradigma

95 M. DAWSON, F. DE WITTE, *The EU as a Regulator*, in M. DAWSON, F. DE WITTE (eds.), *EU Law and Governance*, Cambridge, 2022, p. 89; B. DE WITTE, *Integration Through Funding. The Union's Finances as a Policy Instrument,* in R. WEBER (ed.), *The Financial Constitution of European Integration,* London, 2023, pp. 221-235, secondo cui il potere di spesa dell'Unione ha acquisito un ruolo più importante che in passato. Tuttavia, non si è trattato di un cambiamento in termini esclusivamente quantitativi. La fusione della politica di coesione con la politica economica e un uso più ampio della condizionalità hanno, infatti, permesso di rafforzare e consolidare il ruolo dei finanziamenti europei come mezzi per favorire l'integrazione. Accanto al potere di adottare strumenti normativi che mirano a stabilire regole comuni, il potere di spesa (il cosiddetto "*power of the purse*") costituisce uno strumento alternativo per ottenere "obbedienza" in modo indiretto. Cfr. anche P. GENSCHEL, M. JACHTENFUCHS, *More Integration, Less Federation: the European Integration of Core State Powers,* in *JEPP,* 23, 2016, p. 42.

96 Per esempio, M. DAWSON, F. DE WITTE, op. cit., pp. 73-89; B. DE WITTE, *The Financial Constitution of European Integration*, cit., p. 221; A. BARAGGIA, *La condizionalità*

tradizionale della «*integration through law*»[97]. Nel contesto attuale, il finanziamento si configura sempre più come uno strumento funzionale e alternativo per il perseguimento degli obiettivi strategici dell'Unione e per l'avanzamento del processo di integrazione. Non si tratta soltanto di un mezzo tecnico di sostegno alle politiche, ma di un vero e proprio veicolo di governance europea, capace di orientare le scelte degli Stati membri e di rafforzare la coesione sociale-territoriale. Questa trasformazione si è manifestata in modo evidente con l'adozione dell'ultimo "Quadro finanziario pluriennale 2021-2027", che ha coinciso con l'introduzione del programma straordinario di finanziamento, il *Next Generation EU*[98], concepito in risposta alla crisi pandemica. Tale programma ha segnato un passaggio significativo: il ricorso al debito comune europeo come strumento di solidarietà[99] e di rilancio, con l'effetto di consolidare ulteriormente la dimensione integrativa dell'Unione.

Ne deriva, in generale, che il potere di bilancio europeo - il cd. *power of the purse* - si configuri come uno strumento decisivo per sostenere i progetti di servizi transfrontalieri. Tali iniziative, per la loro dimensione e per l'onerosità degli investimenti richiesti, non potrebbero essere (altrimenti) garantite dalle sole autorità pubbliche operanti nello spazio di frontiera, confermando l'idea che la coesione sociale e territoriale possa essere raggiunta sia con strumenti giuridici che finan-

---

come strumento di governo negli Stati compositi. Una comparazione tra Stati Uniti, Canada e Unione europea, Torino, 2023, p. 155 ss.; M. PATRIN, *Governance by Funding: NGEU, Solidarity and the EU Institutional Balance,* in *REBUILD Working Papers*, 4, 2023, p. 1.

97 B. DE WITTE, *Integration Through Funding. The Union's Finances as a Policy Instrument,* op. cit., pp. 221-235.

98 F. COSTAMAGNA, *Il Next Generation EU e la costruzione di una politica economica europea: quale ruolo per democrazia e solidarietà?,* in *I Post di AISDUE,* 2021, pp. 41 ss. 13 N. LUPO, *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo, in Diritto Pubblico,* 3, 2022, pp. 740-741.

99 Sulla strumentalità del principio di solidarietà per l'integrazione europea e sul fatto che l'Unione europa sia stata l'unica entità sovranazionale in grado di valorizzare tale principio, è fondamentale il lavoro di M.Á. SEVILLA DURO, *El principio de solidaridad interterritorial y su articulación en las integraciones supraestatales,* in *Revista de Estudios Políticos,* 196, 2022, pp. 39-68, che aggiunge «la Unión Europea ha sido la única integración capaz de articular el mencionado principio (de solidaridad), sin perjuicio de que su desarrollo aún debería ser mayor, pues si se conviene en la necesidad de avanzar tanto en el proyecto europeo como en cualquier otro, no debe obviarse la existencia de una relación de reciprocidad entre solidaridad e integración: así como el tratamiento de las desigualdades interestatales exige una profunda integración que lo haga posible, la profundización en la integración sólo puede acontecer si va acompañada de la reducción de asimetrías entre Estados» (p. 66).

ziari. Si tratta di un approccio che mira a ottimizzare i servizi a beneficio delle popolazioni residenti nelle aree di frontiera, garantendo prestazioni più accessibili e a costi contenuti.

In tale prospettiva, la mutualizzazione dei servizi rappresenta una strategia efficace: nel settore ambientale, ad esempio, la gestione congiunta del trattamento delle acque consente di valorizzare in modo complementare le risorse e le competenze dei *partners* istituzionali. Un caso emblematico è costituito dalla realizzazione di una stazione di depurazione transfrontaliera a *Puigcerdà*. Sul versante spagnolo, l'impianto è stato concepito per risanare le acque reflue dei comuni di Puigcerdà e Llivia, con l'obiettivo di migliorare la qualità dei corsi fluviali. Sul versante francese, invece, la stessa infrastruttura ha risposto all'esigenza di individuare una soluzione economicamente sostenibile al problema igienico-sanitario dei comuni di Bourg-Madame e del relativo sindacato per l'acqua potabile.

Sul versante italiano e sempre in materia ambientale, merita segnalare *SENS'ACTION*, un progetto sostenuto nell'ambito del programma *ALCOTRA* 2014–2020. Il progetto, che riguarda gli spazi naturali nel Parco fluviale Gesso e Stura, è incentrato sulla sensibilizzazione ambientale e sul coinvolgimento dei cittadini, distinguendosi per un approccio innovativo[100] che unisce educazione ambientale, accessibilità degli spazi naturali e inclusione. Grazie alla mobilitazione congiunta di attori locali, istituti scolastici e cittadini, *SENS'ACTION* propone azioni concrete, non soltanto in tema di educazione ambientale e accessibilità, ma anche per la tutela della biodiversità nei territori transfrontalieri.

---

100 Durante la visita, i partecipanti hanno potuto esplorare i diversi ambienti fluviali attraverso un percorso sensoriale e immersivo a piedi nudi, confrontarsi con i responsabili del progetto e constatare i risultati positivi per la popolazione locale. È stato posto particolare accento sull'impatto educativo del progetto e sul suo radicamento territoriale, due elementi essenziali per garantire la sostenibilità delle azioni avviate.

Questa iniziativa si inserisce nel quadro più ampio dei risultati del programma *ALCOTRA* 2014–2020, che ha finanziato oltre 200 progetti, di cui 80 con il coinvolgimento di un *partner* piemontese, in settori chiave come l'ambiente, la prevenzione dei rischi, la mobilità sostenibile e l'innovazione sociale. Il territorio piemontese ha così beneficiato di investimenti significativi, favorendo la crescita sostenibile e il rafforzamento dei legami franco-italiani. Per il periodo 2021–2027, il programma *ALCOTRA* prosegue l'impegno con già 87 progetti approvati e un'attenzione rafforzata al radicamento locale e alla co-costruzione con i territori. L'obiettivo è rispondere nel modo più puntuale possibile ai bisogni delle comunità montane, rurali o urbane, e favorire la cooperazione degli attori locali nei progetti.

Tali iniziative dimostrano come la cooperazione transfrontaliera, attraverso strumenti di gestione condivisa, possa tradursi in vantaggi concreti e simmetrici per le collettività coinvolte, rafforzando al contempo la dimensione integrativa del diritto amministrativo transnazionale.

Un ulteriore spunto per l'ottimizzazione dei servizi destinati alla popolazione di frontiera può essere rinvenuto nell'integrazione degli schemi di servizi transfrontalieri negli atti di pianificazione statale o locale. Troppo spesso, infatti, i territori di frontiera risultano marginalizzati nei documenti di pianificazione nazionale e regionale, con la conseguenza di non consentire l'individuazione delle soluzioni più adeguate alle esigenze locali. L'inserimento di una prospettiva transfrontaliera negli strumenti programmatori dello Stato e delle collettività territoriali permetterebbe invece di valorizzare i servizi già esistenti nei Paesi limitrofi e di giungere alla creazione di servizi mutualizzati e condivisi.

Tali schemi possono svilupparsi in diversi ambiti come: (i) i trasporti, mediante linee di autobus o treni regionali transfrontalieri con sistemi di tariffazione integrata, o attraverso strumenti di pianificazione urbana; (ii) la sanità, attraverso un'organizzazione delle cure che tenga conto delle infrastrutture ospedaliere e sanitarie disponibili oltre confine, nell'ottica di garantire un accesso più ampio e razionale all'assistenza; (iii) l'ambiente, attraverso la cooperazione nella gestione delle acque e dei rifiuti, includendo la possibilità di approvvigionamento da risorse idriche del Paese vicino o l'utilizzo congiunto di impianti di trattamento delle acque; (iv) l'occupazione, mediante la predisposizione di servizi comuni nel campo del lavoro e delle politiche attive per l'impiego.

Questi esempi evidenziano la progressiva affermazione di servizi pubblici transnazionali negli spazi di frontiera, i quali a loro volta cessano di essere spazi di mera contrapposizione per trasformarsi in spazi (finalmente) comuni. In tale contesto, la dimensione transnazionale favorisce un nuovo modello di servizio pubblico, la cui funzione da strettamente nazionale diventa condivisa, cioè capace di rispondere in maniera più efficace e integrata ai bisogni delle comunità transfrontaliere.

4.3. Il secondo modello di servizio pubblico transnazionale nel contesto transfrontaliero: il modello "comune" o integrato"

La seconda modalità di erogazione dei servizi pubblici transnazionali, quando si opera in territori di confine, si caratterizza per il coordinamento istituzionale. Esso permette di organizzare e gestire il servizio non soltanto "al di qua" o "al di là" della frontiera (e dunque "*attraverso*" di essa), ma direttamente "*sulla*" frontiera stessa, così da rendere accessibili prestazioni comuni ai cittadini appartenenti ai diversi ordinamenti coinvolti. Tale assetto si fonda su una disciplina giuridica di cooperazione transfrontaliera, previamente individuata dalle amministrazioni interessate e assunta come quadro normativo condiviso. In altri termini, un diritto comune applicabile al servizio, che a sua volta si basa su un modello "*integrato*"[101], poiché non si limita a forme di collaborazione episodiche, ma si traduce in una vera e propria istituzionalizzazione della cooperazione tra enti pubblici dei due versanti.

La prospettiva di lungo periodo impone che tale integrazione venga ulteriormente consolidata, al fine di garantire la stabilità e la continuità dei servizi pubblici transfrontalieri.

Quando i soggetti coinvolti in un progetto di cooperazione transfrontaliera in materia di servizi pubblici si orientano verso forme di istituzionalizzazione, emergono alcuni elementi che consentono di valutare in concreto la tenuta politica, giuridica e finanziaria dell'iniziativa. È proprio il grado di formalizzazione della cooperazione che determina il livello di integrazione effettiva tra le amministrazioni dei diversi ordinamenti. In altri termini, quanto più la cooperazione si consolida attraverso strumenti e assetti istituzionali, tanto più essa si manifesta come un modello integrato e stabile. Di conseguenza, il livello di istituzionalizzazione diventa il parametro decisivo per riconoscere e analizzare la natura del servizio pubblico transfrontaliero o transnazionale.

In questa direzione, viene in rilievo la creazione e la gestione di infrastrutture o servizi destinati ai lavoratori frontalieri affidata a un ente di cooperazione specificamente dedicato. L'esperienza positiva dei GECT (Gruppi Europei di Co-

101 Cfr. P. BAUBY, *Services publics, des modèles nationaux à une conception européenne,* in *Politiques et management public,* 15, 3, 1997.

operazione Territoriale) dimostra che non si tratta dell'unica soluzione giuridica disponibile: accanto ad essi esistono altre forme organizzative, come i GLCT, i GEC, i GEIE, le associazioni, i consorzi, nonché gli strumenti di diritto interno quali i sindacati misti o i distretti europei.

La governance che si sviluppa da tali assetti non si limita a gestire singoli progetti circoscritti, ma consente di avviare iniziative strutturali e durature, grazie al processo di istituzionalizzazione della cooperazione. In questo modo si rende possibile la costruzione di un vero e proprio spazio transfrontaliero, concepito per rafforzare la coesione territoriale tra le comunità situate sui diversi versanti della frontiera. È qui, dunque, che matura in senso più olistico l'idea della "fuga" dalla dimensione transfrontaliera del servizio verso la dimensione transnazionale del territorio, nella consapevolezza che la comunità ivi stanziata vanti un vero e proprio "*diritto alla transnazionalità*". Non si tratta soltanto, con un approccio *top-down*, di dibattere del fondamento e dell'efficacia del diritto amministrativo prestazionale in senso transnazionale o transfrontaliero, in ragione dell'esigenza di organizzare e gestire servizi pubblici di pari carattere per soddisfare i bisogni "al di dentro" e "al di fuori" dei confini frontalieri. Si tratta, con approccio *bottom up*, di rappresentare un vero e proprio diritto *uti cives* allo spazio transfrontaliero (o transnazionale), ove l'integrazione delle politiche, delle fonti normative e delle azioni sociali sia tutta preordinata alla massimizzazione dei diritti delle popolazioni transfrontaliere in un'ottica di coesione sociale e territoriale.

Si è quindi sviluppato il terreno fertile per la nascita di un "diritto *allo* spazio transfrontaliero", ovvero una situazione sulla base della quale i cittadini dei territori di confine intendono riscattarsi dalla loro precaria condizione di vita locale rivendicando la pari dignità con le aree più sviluppate e meglio connesse, nell'ottica di riappropriarsi di uno spazio mai fino in fondo goduto, dei suoi ambiti comuni non adeguatamente valorizzati, dei suoi luoghi inefficientemente utilizzati, delle risorse culturali e naturali scarsamente condivise. Diritto, questo, la cui duplice dimensione, allo stesso tempo soggettiva e collettiva, finisce per trascendere ad uno stadio in qualche modo più oggettivo, riferendosi ad una condizione che più che riguardare l'individuo in sé, prende di mira il luogo in cui la comunità è insediata, facendo sì che dal "diritto *allo* spazio transfrontaliero" si passi

al "diritto *dello* spazio transfrontaliero", chiaramente calibrato sui territori di confine. Così, partendo dalla posizione sociale e giuridica degli individui, si prende atto del fatto che il centro di imputazione degli effetti delle iniziative intraprese, come quelle in materia di servizi pubblici, non debba più essere il cittadino in sé ma il luogo in cui si dispiega la sua personalità, nella consapevolezza che tutelando le esigenze emergenti negli spazi transfrontalieri si accorderebbe comunque protezione, seppur di riflesso, alla comunità insediata. In questa direzione, dunque, il diritto *dello* spazio transfrontaliero si traduce in una sorta di diritto ad esistere e a contare nello scacchiere territoriale transnazionale, il che implica l'attivazione di una serie di servizi volti ad assicurarne la valorizzazione e la coesione, seppur in sintonia con i valori culturali territorialmente espressi e con le prospettive insite di cooperazione e sviluppo.

E tali servizi pubblici, che hanno assunto una dimensione transfrontaliera e che si sono consolidati attraverso forme di istituzionalizzazione, trovano oggi applicazione in settori di particolare rilievo[102].

D'altra parte, l'istituzionalizzazione della cooperazione transfrontaliera in materia di servizi pubblici presuppone, quale condizione imprescindibile, che tali servizi rispondano concretamente ai bisogni dei territori di confine e degli individui ivi insediati. L'obiettivo diviene, pertanto, quello di garantire una più ampia copertura dei bisogni, individuali e collettivi, nelle aree transfrontaliere, affinché le autorità locali e le strutture di cooperazione dispongano delle risorse, delle competenze e delle procedure necessarie per assolvere efficacemente alle proprie funzioni.

---

102 In primo luogo, il settore sanitario e socio-assistenziale, nel quale l'esperienza dell'Ospedale della Cerdagna rappresenta il caso emblematico di intervento strutturale. A ciò si affianca il comparto della mobilità collettiva, che ricomprende l'intera gamma dei trasporti, tanto urbani quanto interurbani: dalle linee automobilistiche e ferroviarie alle soluzioni integrate come tram-treno, reti tranviarie e servizi di navigazione fluviale e marittima, con l'obiettivo di garantire una piena interoperabilità tra i diversi sistemi di spostamento.

Ulteriori settori di applicazione riguardano la formazione, l'apprendistato e l'insegnamento linguistico, che assumono un ruolo strategico nella costruzione di un tessuto sociale transfrontaliero coeso. Non meno significativi sono gli interventi in materia ambientale e di gestione delle risorse naturali, che spaziano dalla cura di aree protette comuni alla realizzazione di infrastrutture *green* condivise per la riduzione dell'inquinamento, dalla salvaguardia del patrimonio naturale transfrontaliero alla gestione coordinata dei rifiuti e dei corsi d'acqua che attraversano i confini.

Il potenziamento dell'offerta di servizi pubblici in questi spazi richiede la definizione di un assetto organizzativo fondato su un quadro giuridico e finanziario coerente. Vi è la necessità di individuare con chiarezza il ruolo degli attori istituzionali coinvolti e di assicurare un approccio armonizzato sul piano normativo e amministrativo, unitamente ad una costante ricerca di fonti di finanziamento idonee a sostenere la cooperazione. Il rafforzamento dell'offerta, quindi, si manifesta tanto sul piano qualitativo, attraverso l'innalzamento degli *standard* di servizio, quanto su quello quantitativo, mediante l'estensione della copertura territoriale.

Diverse direttrici possono essere tracciate per conseguire tali obiettivi, ciascuna orientata a consolidare la dimensione transfrontaliera della *governance* dei servizi pubblici. A tal proposito, rilevano (*i*) l'istituzione di osservatori transfrontalieri; (*ii*) il coinvolgimento degli utenti nella definizione dei bisogni; *(iii)* il reperimento di co-finanziamenti; (*iv*) il *marketing* sull'offerta transfrontaliera.

Quanto alla prima, la costruzione di una conoscenza sistematica e approfondita delle esigenze che emergono nei territori di confine costituisce il presupposto per una corretta individuazione delle risposte da approntare. Si pensi, ad esempio, alla mobilità transfrontaliera, la cui analisi consente di programmare interventi mirati sul piano infrastrutturale, come l'apertura di nuove linee ferroviarie o stradali in corrispondenza di aree già congestionate.

Tale attività conoscitiva deve consentire allo Stato e/o agli enti territoriali di fondare le proprie politiche pubbliche e i progetti di cooperazione su basi empiriche solide, derivanti da *dataset* raccolti presso operatori istituzionali ed economici, evitando di affidarsi a mere percezioni o a vuoti statistici che finiscono per giustificare l'inerzia decisionale. In questo contesto, il ruolo delle strutture di ricerca e di monitoraggio transfrontaliero assume un rilievo strategico, poiché garantisce la disponibilità di informazioni affidabili e comparabili, indispensabili per orientare la governance dei territori di confine.

Con riguardo alla seconda, il coinvolgimento attivo degli utenti nella fase di individuazione dei propri bisogni costituisce un presupposto essenziale per una più razionale organizzazione dei servizi pubblici negli spazi transfrontalieri. Tale consultazione, allo stato, risulta pressoché assente o comunque assai limita-

ta. Strumenti quali la predisposizione di indagini conoscitive rivolte agli utenti, la creazione di *digital tools* idonei a raccogliere in maniera sistematica le loro proposte, e l'organizzazione di conferenze tematiche a livello regionale (si pensi, ad esempio, al settore della mobilità), possono rappresentare modalità utili a orientare - già a livello embrionale - la pianificazione dei servizi da erogare in maniera più efficace.

Inoltre, è possibile implementare gli istituti di partecipazione anche nell'ambito di quei procedimenti amministrativi che sono talmente pluristrutturati da coinvolgere amministrazioni e cittadini di ordinamenti diversi, dando luogo a moduli a carattere tipicamente transnazionale. D'altra parte, il coinvolgimento *a monte* dei cittadini nella predeterminazione dei bisogni del territorio transfrontaliero risponde comunque alle più tradizionali funzioni del procedimento amministrativo[103]. Da un lato, i cittadini possono arricchire il procedimento amministrativo di alcuni contributi in grado di guidare le pubbliche amministrazioni alla definizione più consapevole dell'interesse pubblico concreto nelle situazioni di transnazionalità. D'altro canto, la partecipazione procedimentale può acquisire una valenza decisoria quando sfocia in una co-decisione di cooperazione transfrontaliera, nella quale si realizza una condivisione degli aspetti essenziali del servizio pubblico destinato ad essere erogato.

La partecipazione attiva dei cittadini transfrontalieri risulta determinante anche nella fase *a valle* o successiva all'istituzione del servizio pubblico, quando devono essere definite le modalità di gestione. Essa si concretizza nell'affidamento dell'erogazione del servizio a uno o più operatori economici o sociali, scelti in funzione delle modalità organizzative e degli obiettivi che si intendono perseguire nello spazio transnazionale.

In tutti questi sensi, è auspicabile che venga perseguita, anche sul piano transnazionale, l'idea della «scala di partecipazione (o *ladder of participation)*»

---

103 Sulla funzione della partecipazione al procedimento, A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, 2022, pp. 228 ss. e P. CHIURULLI, *La partecipazione al procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di*), Principi e regole dell'azione amministrativa*, 2017, 275 ss.; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di Diritto Pubblico comparato,* in *Riv.Trim. Dir. Pubbl.*, 2007, 1 ss.; M.A. SANDULLI, *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Milano, 2017, 1 ss.

di Arnstein[104], o di un'amministrazione sempre più condivisa[105] e partecipata, in cui le energie pubbliche e sociali si mescolano e si integrano nell'ottica del miglioramento, attraverso i servizi pubblici, della coesione sociale e del *welfare* transfrontaliero.

Quanto alla terza direttrice, il reperimento dei finanziamenti rappresenta un ulteriore profilo di criticità. Come detto, numerosi interventi di investimento, di realizzazione di reti e di attivazione di servizi a carattere transfrontaliero non possono gravare esclusivamente sulle autorità locali di confine, neppure laddove sia assicurato il sostegno dei programmi europei, come *Interreg*. Diventa quindi indispensabile individuare adeguate forme di co-finanziamento, attivando e coordinando tutte le possibili fonti di risorse in una prospettiva multilivello, capace di coinvolgere sia attori istituzionali sia soggetti sociali, e di garantire al tempo stesso la sostenibilità economica della cooperazione.

Con riferimento alla quarta, la conoscibilità delle iniziative transfrontaliere dipende dalla qualità della comunicazione relativa alla loro esistenza e alle modalità di fruizione. In particolare, nel settore dei trasporti, la disponibilità di infor-

---

104 S. R. ARNSTEIN, *A Ladder Of Citizen Participation,* in *Journal of the American Institute of Planners,* 35:4, 1969, pp. 216-224, che distingue le ipotesi di "non partecipazione", in cui il cittadino tende ad essere "educato" e "curato" dalla stessa pubblica amministrazione (*manipulation, therapy*), dai diversi gradi in cui lo stesso prende parte alla decisione amministrativa (*informing, consultation, placation*), fino ad arrivare ai più alti gradi in cui si esprime il potere del cittadino di controllare lo sviluppo dell'azione amministrativa o di esercitarla in sua vece (*partnership, delegated power, citizen control*).

105 Si v. il pregevole saggio di G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa,* in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117/118, 1997, pp. 29 ss, ove l'Autore, muovendo dalla collaborazione fra amministrazione e cittadini, proponeva di superare il modello amministrativo tradizionale basato sulla separazione (più o meno netta) fra governanti e governati, nell'ottica di dare soluzione a problemi di interesse generale.

A tal riguardo, si segnala uno studio multidisciplinare che fa il punto delle esperienze di amministrazione condivisa in Italia e che ne esamina le potenzialità e le criticità attraverso una vasta gamma di metodi e tecniche di indagine: B.L. BOSCHETTI, *Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa. Primi risultati di una ricerca multidisciplinare,* in *Quaderni di TerzJus-Osservatorio di Diritto del Terzo settore, della filantropia e dell'impresa sociale,* Editoriale Scientifica, 2023. Sull'estensione dell'istituto anche ai servizi pubblici "economici", F. GIGLIONI, *Servizi pubblici locali: l'amministrazione condivisa guadagna spazio,* in *Labsus,* 2023 e E. ZAMPETTI, *Concorrenza e sussidiarietà orizzontale nella recente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica,* in *Dir. Soc.,* 3, 2024, pp. 531 ss.

mazioni chiare e aggiornate su prezzi, collegamenti e tariffe costituisce condizione imprescindibile per favorire l'accessibilità da parte degli utenti (cd. *marketing* transfrontaliero). Ne deriva la necessità di potenziare gli strumenti di diffusione informativa, attraverso la creazione di centri di raccolta e smistamento dei dati a livello transfrontaliero, nonché di sistemi di pianificazione degli itinerari, come dimostrano le esperienze del progetto *Transfermuga* nell'ambito dell'Euroregione Nuova Aquitania, Euskadi e Navarra, o di *SMART* - Soluzioni di Mobilità Alternative Rurali Transfrontaliere nell'ambito dei territori di Alta Savoia e Cuneo, o di *ALCOTRAITÉ 2* Trasporti tra Italia e Francia. In tale prospettiva, può risultare opportuno prevedere l'adozione di tariffe comuni per i servizi transfrontalieri, così da garantire maggiore equità e semplicità di accesso. A ciò deve accompagnarsi l'elaborazione di campagne congiunte di sensibilizzazione e di informazione verso le popolazioni interessate, nell'ottica di consolidare la consapevolezza collettiva e «spingere gentilmente»[106] verso un utilizzo più diffuso delle infrastrutture e dei servizi disponibili.

5. Riflessioni conclusive (e principiali) sui servizi pubblici transnazionali. Tentativi di inferenza logico-giuridica dai servizi transfrontalieri e prove di costruzione dogmatica di una "nuova" nozione pubblicistica

Alla luce delle considerazioni svolte, è possibile formulare alcune osservazioni concernenti la dimensione transnazionale dei servizi pubblici. Tali riflessioni si ricavano, per via di astrazione, dall'analisi della loro configurazione specificamente transfrontaliera, la quale costituisce il punto di partenza per una più ampia elaborazione teorica e sistematica.

D'altro canto, qualsiasi frontiera, sia fisica che virtuale, rappresenta una «cicatrice della storia», secondo la definizione di Georges Bidault, essendo - almeno per l'Europa - uno dei compiti più rilevanti sin dalla conclusione della se-

106 È celebre, nell'ottica dell'orientamento delle condotte dei consociati, la teoria del *nudging* di C. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge. La spinta gentile. L'edizione definitiva*, Milano, Feltrinelli, 2022. Per un'applicazione della stessa in materia ambientale e per le sue implicazioni, sia consentito rinviare a B.G. DI MAURO, *Per una strategia olistica di contrasto all'inquinamento da plastica: tra frammentarietà dei modelli normativi, ruolo attivo dei Tribunali e responsabilità della società,* in *P.A. Persona e Amministrazione*, vol. XIII, n. 2, 2023, pp. 1063 ss.

conda guerra mondiale[107]. Non sorprende, dunque, che tale obiettivo - innanzitutto concettuale - sia stato posto tra le finalità essenziali del Consiglio d'Europa, istituzione che mira a realizzare una più stretta unione tra i suoi membri, salvaguardando e promuovendo i valori comuni e favorendo al contempo il progresso economico e sociale.

Non sorprende poi in generale, anche da un punto di vista retrospettivo, che il concetto di frontiera, assimilabile a quello di confine, non coincida con quello di limite inteso come soglia invalicabile[108]. Sul punto, la storia del diritto romano ci insegna che Roma, pur nascendo dal solco invalicabile tracciato da Romolo sul Palatino (il cd. *pomerium*)[109], è stata segnata sin dal principio da tentativi di sconfinamento, come quello che Remo pagò con la sua stessa vita[110]. Anche le guerre coloniali combattute fino al novecento[111] e le esperienze militari dei tempi recenti[112] ci restituiscono l'idea secondo cui l'uomo non abbia mai voluto limitare il suo raggio d'azione all'interno delle frontiere sotto il proprio controllo e che, anzi, abbia sempre progettato ed attuato lo sconfinamento.

Fuori dal paradigma bellico e dentro quello dell'integrazione e della globalizzazione[113], è possibile affermare che nel corso degli ultimi decenni alcune aree

---

107 Ne è rappresentazione plastica l'idea di una Europa come «mosaico di diritti statali territoriali» (cfr. P. GROSSO, *L'ordine giuridico medievale,* 1995, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. 226.

108 Si tratta di una intuizione imputabile - sia pure in termini e per motivi diversi - a I. KANT, *Prolegomeni ad ogni metafisica futura che vorrà presentarsi come scienza*, 1783, trad. it., Bocca, Torino, 1913, pp. 127 ss.

109 In Grecia, invece, non importavano i confini fisici, ma solo quelli "virtuali" tracciati dalla *Polis*, la quale stabiliva i criteri di appartenenza e di esclusione (cfr. C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, 2001, p. 20).

110 PLUTARCO, *Le vite parallele,* I-II secolo, Le monnier, Firenze, 1859, p. 57. Sull'interesse dei Romani verso i territori al di là del proprio, C.R.WHITTAKER, *Frontiers of the Roman Empire: a social and economic study*, Baltimore-London, 1994, pp. 31 ss.

111 Cfr. N. MCQUEEN, *Colonialism,* Abingdon-New York, 2007 e E. CAVENAGH, L. VERACINI, *The routledge handbook of the history of settler colonialism,* Abingdon-New York, 2017.

112Il riferimento è, oltre ai persistenti conflitti in Ucraina e nella Striscia di Gaza, alle recenti *escalation* militari registrate in Venezuela e in Iran. Si tratta di eventi bellici che si intrecciano con crisi umanitarie ormai strutturali e che, secondo alcuni analisti, delineano quella che è stata definita da Papa Francesco una «terza guerra mondiale a pezzi» (cfr. Lettera Enciclica del Santo Padre, dal titolo "Fratelli Tutti", in tema di fraternità e di amicizia sociale, 3 ottobre 2020, spec. 25).

113 Integrazione europea e globalizzazione sembrano due concetti differenti, ma nel senso qui impiegato presentano evidenti analogie. Di questo avviso anche P. CARETTI,

di confine hanno assunto un ruolo di veri e propri centri di interscambio politico, economico, sociale e culturale, recuperando tradizioni e identità condivise che le barriere doganali e una concezione rigida di "confine" avevano a lungo oscurato, alimentando tensioni e contrapposizioni. Gli ostacoli che un tempo limitavano lo sviluppo dei territori frontalieri - nei trasporti, nelle comunicazioni, nella circolazione di merci, persone e capitali - appaiono oggi privi di giustificazione e in contrasto con gli sforzi volti a ridurre gli squilibri economico-sociali[114].

Il concetto stesso di "frontiera", nato in parallelo con quello di Stato-nazione, è oggi oggetto di una rinnovata riflessione non solo da parte del diritto internazionale, ma ancora di più dal diritto transnazionale. Non a caso, in uno dei "colloqui" franco-italiani dedicati agli studi alpini, Catherine Schneider, Professoressa dell'Università di Scienze Sociali di Grenoble, si domandava se la frontiera fosse una «necessità o un artificio»[115]. Un quesito che esprimeva - e che esprime tuttora in pieno - il rapporto sempre più conflittuale tra i tracciati di confine e le necessità relative allo sviluppo delle varie comunità transfrontaliere che si sono formate nel corso degli ultimi decenni[116].

Tuttavia, la vivacità del dibattito teorico sul tema si è acuita nel momento in cui si è presa in considerazione l'idea che il diritto dei servizi pubblici transfrontalieri sia soltanto una parte del più ampio campo d'azione del diritto dei servizi pubblici transnazionali, che come tale va al di là delle barriere transfrontaliere e dei confini europei.

A ben vedere, infatti, la conduzione di un servizio pubblico transnazionale pone problemi non soltanto in relazione al rispetto delle frontiere fisiche, ma anche con riguardo alle frontiere virtuali. Si tratta, in altri termini, di tutte quelle barriere e soglie immateriali che condizionano l'accesso, la circolazione e l'esercizio dei diritti nello spazio virtuale, non soltanto digitale.

Globalizzazione e diritti fondamentali, in *Dir. Soc.*, 1, 2013, p. 4.

114 G. VEDOVATO, L*a cooperazione transfrontaliera e l'Europa di domani,* in *Rivista di Studi Politici Internazionali,* 62, 2 (246), 1995, pp. 211-264

115 C. SCHNEIDER, *Frontiera, necessità o artificio?,* in *Actes du XIIIe Colloque Franco-Italien d'Études Alpines, Grenoble*, 8-10 octobre 1987, pp. 141-170, a cura del «Centre de Recherche d'Histoire de l'Italie et des Pays Alpins» (CRHIPA).

116 Non a caso si parla di «de-territorializzazione delle relazioni economiche, sociali e giuridiche» (cfr. L. RONCHETTI, *Il "nomos" della deterritorializzazione,* in *Riv. dir. cost.,* 2003, p. 103).

In questa prospettiva, il superamento della frontiera come "cicatrice della storia" implica una doppia opera di integrazione: territoriale e virtuale, entrambe decisive per i servizi pubblici transnazionali. Il giurista è dunque chiamato a traslare categorie giuridiche tradizionali all'interno di uno spazio non più legato a confini geografici, un «non luogo»[117] in cui gli Stati-nazione - nonostante i più strenui tentativi di resistenza - non possono più esercitare la loro esclusiva sovranità[118] e, attraverso essa, garantire da soli i diritti connessi ai servizi. Il compito di cura dei diritti sociali a rilevanza (anche) transnazionale, affidato alle istituzioni pubbliche, richiede così agli studiosi del nuovo millennio di rileggere, con diverse lenti, alcuni temi - come quello dei servizi pubblici deputati a garantirli - che assumono oggi un ruolo centrale tanto sul piano teorico quanto su quello applicativo.

È da tale complessa prospettiva che si intende muovere per enucleare i caratteri essenziali della nozione - nuova e più ampia - di servizio pubblico transnazionale, offrendo all'interprete delle esemplificazioni paradigmatiche che, dal punto di vista operativo, rivestono oggi un rilievo cruciale.

In linea di prima approssimazione, il servizio pubblico transnazionale non coincide né con il mero servizio "che circola" oltre confine (i.e. attraverso e/o sulla frontiera), né con la sola cooperazione amministrativa, ma designa un'attività prestazionale stabilmente organizzata in uno spazio giuridico che travalica l'orizzonte statale, destinata a soddisfare bisogni collettivi condivisi da comunità insistenti su più ordinamenti e orientata, in via primaria, alla massimizzazione della tutela dei diritti e della coesione sociale e territoriale.

Esso si identifica, in particolare, per alcuni tratti concorrenti: (i) il superamento del criterio puramente soggettivo della titolarità pubblica; (ii) la presenza di un bisogno comune non esauribile entro un solo territorio statale; (iii) la fruizione tendenzialmente paritaria da parte di destinatari situati in più ordinamenti

117 Si astrae tale locuzione dalla preziosa riflessione di R. URSI, *La sicurezza cibernetica come funzione pubblica,* in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, n. 1, 2025. p. 7.

118 Con riferimento alla letteratura dedicata all'analisi della territorialità quale presupposto dell'esercizio della sovranità, si v., senza alcuna pretesa di esaustività, C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "Jus publicum europaeum",* Adelphi Milano, 1991; D. DONATI, *Stato e territorio*, Athenaeum, 1924; N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto,* Laterza 2006; S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati,* il Mulino 2016.

anziché su entrambi i lati della frontiera; (iv) l'esistenza di un modulo di cooperazione stabile tra poteri pubblici, enti di cooperazione o anche soggetti sociali; (v) una base organizzativa e finanziaria non episodica; (vi) la funzionalizzazione del servizio alla effettività di diritti sociali o di cittadinanza, più che alla sola logica concorrenziale.

Da tali elementi discende la seguente nozione: è servizio pubblico transnazionale l'attività di prestazione, organizzata o governata mediante forme stabili di cooperazione tra autorità, enti o soggetti appartenenti a più ordinamenti, diretta a soddisfare in modo continuativo bisogni di interesse generale di comunità non più legate al confine statale, con accesso non discriminatorio e in funzione della coesione sociale e territoriale e della garanzia effettiva dei diritti.

Il servizio pubblico transnazionale è dunque quella attività prestazionale di interesse generale che, pur non dissolvendo integralmente il nesso con gli ordinamenti statali di riferimento, si struttura funzionalmente ben oltre il loro confine territoriale, attraverso moduli stabili di cooperazione tra autorità pubbliche, enti esponenziali, organismi comuni o anche soggetti privati assoggettati a vincoli pubblicistici, al fine di assicurare in modo continuativo beni o utilità essenziali a favore di collettività insediate in spazi giuridici eccedenti il singolo perimetro nazionale. In altri termini, la cifra distintiva della figura non risiede né nel mero dato geografico dell'oltreconfine, né nella semplice proiezione esterna di un servizio interno, bensì nella compresenza della pluralità di elementi qualificanti *supra* delineati. Il servizio pubblico transnazionale, pertanto, spezza la tradizionale correlazione esclusiva tra servizio, Stato-ordinamento e territorio, sostituendo al paradigma "nazionale" della prestazione un modello relazionale di "*Stato(i)-comunità*", nel quale il perseguimento dell'interesse generale si realizza mediante assetti cooperativi che si collocano in uno spazio giuridico composito, nel quale gli ordinamenti - e le relative persone che lo compongono ed incarnano - non si escludono, ma si coordinano, si sovrappongono e si integrano.

Sotto questo profilo, il servizio pubblico transnazionale si atteggia come figura paradigmatica di un diritto amministrativo prestazionale "oltre lo Stato-ordinamento", nel quale la cooperazione non assume un rilievo ancillare o meramente strumentale, ma diviene la condizione stessa di possibilità dell'erogazione del servizio e della piena fruizione dei diritti che da esso dipendono. Proprio in

ciò si coglie la sua differenza rispetto al libero mercato: mentre quest'ultimo mira primariamente ad abbattere ostacoli alla circolazione e ad ampliare spazi concorrenziali, il servizio pubblico transnazionale si giustifica in ragione della necessità di assicurare prestazioni essenziali là dove la frammentazione dei confini giuridici rischierebbe di comprimere l'eguaglianza sostanziale e di rendere discontinua o ineffettiva la tutela. In questa chiave, il confine cessa di rappresentare il limite esterno del servizio e diviene, piuttosto, il luogo della sua specifica giustificazione, poiché è proprio nell'attraversamento della "frontiera ordinamentale" che emerge il bisogno di costruire assetti prestazionali comuni capaci di rispondere a bisogni condivisi, quotidiani e strutturali.

Nondimeno, il compito di individuare una corretta nozione di servizio pubblico transnazionale deve essere essere evaso in coerenza con l'ordine espositivo finora tratteggiato, cioè mediante una costante comparazione con i servizi pubblici transfrontalieri, in guisa tale da identificarne lo "scarto" tanto dal punto di vista definitorio quanto da quello del regime giuridico applicabile. In questo quadro, il servizio pubblico transfrontaliero è stato presentato come la forma più compiuta e paradigmatica di servizio pubblico transnazionale, sicché è proprio questa relazione di *species a genus* a richiedere di essere teoricamente chiarita.

Così, se il servizio transfrontaliero costituisce la figura empiricamente più immediata e giuridicamente più riconoscibile, il servizio transnazionale designa una categoria più ampia, che non si esaurisce nella mera contiguità territoriale ma riguarda, più in generale, prestazioni organizzate in uno spazio giuridico che eccede i singoli ordinamenti statali, superando l'idea di Stato come sistema normativo "chiuso" e valorizzando quella di Stato come comunità "aperta".

Il servizio transfrontaliero si colloca, infatti, in uno spazio di prossimità territoriale, nel quale la cooperazione tra apparati pubblici di Stati confinanti risponde a bisogni quotidiani di comunità insediate nell'area di frontiera, trasformando il confine da linea di separazione in luogo di passaggio, scambio e integrazione. Il servizio transnazionale, invece, si ricostruisce in termini più ampi, poiché non presuppone necessariamente la contiguità geografica né l'insistenza del bisogno su un'area frontaliera, ma designa ogni attività prestazionale di interesse generale che venga organizzata o governata mediante forme stabili di cooperazione

interordinamentale al fine di soddisfare bisogni comuni eccedenti la capacità di un singolo Stato di provvedervi in modo isolato. Sotto il profilo teorico, la differenza è decisiva: il servizio transfrontaliero appartiene ancora, per così dire, a una logica di superamento locale della territorialità, mentre il servizio transnazionale - come detto - postula la piena relativizzazione del nesso esclusivo tra servizio, territorio e Stato-ordinamento, inscrivendo la prestazione in uno spazio giuridico composito e funzionalmente integrato. Il primo resta legato alla concretezza di comunità di frontiera, alla loro mobilità quotidiana e alla necessità di neutralizzare le disfunzioni prodotte dalla frontiera nella fruizione di servizi essenziali; il secondo, invece, esprime una più generale trasformazione della forma amministrativa contemporanea, nella quale la garanzia dei diritti non può più dipendere dal rinnovato «rinserrarsi entro i confini statali». In tal senso, mentre il servizio transfrontaliero corregge gli effetti divisivi del confine, il servizio transnazionale assume il superamento della separatezza ordinamentale quale condizione fisiologica dell'azione pubblica prestazionale.

Sul piano politologico, il servizio transfrontaliero rinvia prevalentemente a dinamiche di cooperazione territoriale, di integrazione tra comunità limitrofe e di costruzione di spazi comuni di prossimità, nei quali la legittimazione dell'intervento discende dall'intensità dei rapporti sociali, economici e infrastrutturali che la frontiera non riesce più a contenere. Il servizio transnazionale, invece, riflette processi più profondi di interdipendenza e di redistribuzione del potere nello spazio globale ed europeo, nei quali l'emersione di bisogni collettivi eccedenti la scala statale impone moduli di governo cooperativi, ibridi e multilivello. Ne consegue che il primo risponde soprattutto a un'esigenza di coesione di aree contigue, mentre il secondo si collega a una logica più generale di integrazione funzionale "oltre lo Stato", nella quale il servizio pubblico diviene strumento di connessione tra ordinamenti, interessi collettivi e diritti.

È però sul terreno giuridico-amministrativo che la distinzione deve essere definitivamente composta. Il servizio pubblico transfrontaliero può essere inteso come la figura-base del servizio pubblico oltreconfine, caratterizzata dalla presenza di un ambito territoriale frontaliero determinato, di utenti collocati su entrambi i lati del confine e di modelli organizzativi centrati sulla cooperazione tra enti territoriali, amministrazioni statali o organismi comuni istituiti *ad hoc*. Il servizio

pubblico transnazionale, invece, deve essere definito in base a un criterio funzionale e non meramente topografico: esso ricorre quando l'attività prestazionale, indipendentemente dalla contiguità geografica, sia strutturalmente retta da una cooperazione stabile tra più ordinamenti e sia finalizzata a garantire, in condizioni di continuità, accessibilità e non discriminazione, utilità essenziali riferibili a una collettività giuridicamente composita. In altri termini, mentre il servizio transfrontaliero è delimitato anzitutto dal luogo in cui il bisogno emerge, il servizio transnazionale è identificato dal modo in cui il bisogno viene giuridicamente organizzato e soddisfatto.

La differenza, allora, non è di mera intensità o di scala, ma di struttura. Nel servizio transfrontaliero la frontiera resta il presupposto materiale della cooperazione, poiché il servizio nasce per rendere permeabile un confine che continua a esistere; nel servizio transnazionale, invece, la cooperazione costituisce l'elemento genetico della prestazione, e il confine degrada a dato eventuale, privo di autonoma capacità qualificatoria. Da qui la possibilità di colmare teoricamente la distinzione, assumendo il servizio transfrontaliero quale paradigma empirico e morfologico del servizio transnazionale, ma riconoscendo a quest'ultimo una maggiore generalità concettuale e una più avanzata autonomia dogmatica. In questa prospettiva, il servizio transfrontaliero rappresenta la forma territorialmente situata del fenomeno, mentre il servizio transnazionale ne costituisce la categoria ordinante, capace di comprendere tutte quelle prestazioni di interesse generale in cui la tutela dei diritti, la coesione sociale e l'effettività dell'azione pubblica richiedano il superamento operativo della separatezza tra ordinamenti.

Può, pertanto, formularsi una distinzione scientificamente più precisa nei seguenti termini: è servizio pubblico transfrontaliero quello organizzato per rispondere a bisogni collettivi insorti in un'area di confine mediante cooperazione stabile tra amministrazioni di Stati contigui; è invece servizio pubblico transnazionale quello organizzato, anche al di fuori della contiguità territoriale, attraverso moduli durevoli di cooperazione interordinamentale, per assicurare prestazioni essenziali a comunità o utenti collocati in uno spazio giuridico plurale e globale, in funzione della massimizzazione della tutela dei diritti e della coesione sociale e territoriale. In tale quadro, il servizio transfrontaliero non si oppone al servizio

transnazionale, ma ne costituisce il paradigma originario e, per molti versi, il laboratorio più avanzato, dal quale è possibile ricavare i tratti strutturali di una più generale teoria amministrativa della transnazionalità prestazionale.

A tal proposito, pare utile offrire qualche esempio su alcuni settori specifici in cui i servizi pubblici transnazionali possono svolgere un ruolo cruciale, provando a segnare una linea di demarcazione rispetto alle ipotesi in cui vengono in rilievo "soltanto" servizi pubblici frontalieri, mere cooperazioni tecniche o integrazioni di mercato.

Nel settore delle nuove tecnologie digitali, una prima esemplificazione di servizio pubblico transnazionale potrebbe essere rappresentata da una piattaforma digitale interoperabile, istituita da più amministrazioni o da un organismo comune, e destinata a consentire a cittadini - siano essi lavoratori, studenti o pazienti - l'accesso unitario a prestazioni amministrative, sanitarie[119] o sociali erogate da ordinamenti diversi[120]. In tal caso, la dimensione transnazionale non deriva dal semplice fatto che la piattaforma sia accessibile da più Stati, bensì dalla circostanza che essa funga da infrastruttura pubblica di integrazione tra procedimenti, dati, identità digitali e prestazioni, rendendo effettivo un godimento continuo di

119 Per un inquadramento - ancorché limitato al perimetro nazionale - delle nuove tecnologie destinate a trasformare profondamente la sanità italiana, quali la telemedicina, il Fascicolo Sanitario Elettronico, l'Intelligenza Artificiale, il metaverso e i *digital twins*, e della loro implementazione ai fini del superamento dei divari territoriali, si v. M. MATASSA, *Colmari i divari. Come le nuove tecnologie permettono di rivoluzionare la sanità italiana,* in *Federalismi.it,* n. 12, 2025, pp. 162 ss. Per quanto qui maggiormente rileva, si rinvia in particolare agli approfondimenti dedicati al Fascicolo Sanitario Elettronico e alla sua capacità di ricostruire "l'intera storia clinica" del paziente, anche nella prospettiva dell'interoperabilità dei dati attraverso piattaforme digitali sanitarie analoghe a quelle richiamate *supra* (p. 175, e per ulteriori approfondimenti, G. POLIFRONE, *Sanità digitale: prospettive e criticità risoluzione necessaria,* Edizioni LSWR, Milano, 2019 e N. POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza),* in *federalismi.it*, n. 26, p. 196).

120 Il riferimento all'idea di *Government as a Platform* (GAAP) (cfr. G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022 e B. BOSCHETTI, *La transizione della pubblica amministrazione verso il modello Government as a Platform (GaaP)*, in A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2022) è evidente, ma qui essa viene ripresa in una prospettiva parzialmente diversa. La differenza riguarda, da un lato, la natura dell'attività considerata - non il tradizionale esercizio della funzione amministrativa, bensì la prestazione di un servizio pubblico dotato di una dimensione transnazionale - e, dall'altro, lo strumento impiegato: non vi è infatti identità tra attività e piattaforma, ma un rapporto di strumentalità, in cui i servizi pubblici transnazionali si realizzano attraverso piattaforme, senza esaurirsi in esse (transnational public services *through* - and not as a - platforms).

utilità che il frazionamento ordinamentale - e delle sovranità - renderebbe altrimenti discontinuo o gravoso. Si pensi, più precisamente, a una piattaforma comune che consenta, mediante un solo punto di accesso, la prenotazione di visite, il caricamento di documenti, il riconoscimento di *status* soggettivi rilevanti, l'interlocuzione con amministrazioni di diversi ordinamenti e la fruizione di servizi territorialmente distribuiti ma funzionalmente coordinati. In una simile ipotesi, l'elemento pubblicistico non si esaurisce nell'interfaccia digitale, ma risiede nell'esistenza di obblighi di continuità, interoperabilità, accessibilità, protezione dell'utente e parità di trattamento, che qualificano la piattaforma come modulo prestazionale di coesione e non come mera infrastruttura tecnica o commerciale. Di contro, una piattaforma privata transnazionale di intermediazione, pur operando oltre confine, non integra di per sé un servizio pubblico trasnazionale, giacché la sua logica resta eminentemente mercantile fino a quando non intervengano vincoli pubblici tali da trasformarne l'assetto funzionale, imponendo obblighi di servizio universale, di non discriminazione e di soddisfacimento di bisogni collettivi essenziali. Ne consegue che, nel contesto digitale, la nozione di servizio pubblico transnazionale si concretizza solo quando la piattaforma non sia soltanto "transnazionale" nel mercato, ma "transnazionale" nella funzione, cioè organizzata per rendere effettivi diritti e prestazioni in uno spazio giuridico plurale.

Ancora più interessante, sotto il profilo teorico e giuridico-amministrativo, è il caso dei servizi di cybersicurezza, poiché qui la transnazionalità emerge con particolare evidenza laddove la continuità dei servizi resi dipenda da una protezione digitale che nessun ordinamento, isolatamente considerato, è in grado di assicurare in modo pienamente efficace. In questa prospettiva, può configurarsi come servizio pubblico transnazionale una struttura comune o a rete di monitoraggio, prevenzione e risposta agli incidenti informatici, organizzata da più amministrazioni o enti pubblici[121] per la protezione di ospedali, reti di trasporto, banche

121 Va da sé che non possa escludersi aprioristicamente il coinvolgimento dei privati nell'erogazione dei servizi di sicurezza cibernetica, atteso che «le politiche italiane ed europee sulla cybersecurity, dopo una prima fase di disallineamento, stiano iniziando a convergere verso una visione unitaria dei rischi di cybersecurity e delle relative azioni da intraprendere, tra cui, in particolare, un più diretto e strutturato coinvolgimento del settore privato, al fine di raggiungere effettivamente un soddisfacente livello di cyber resilienza e cyber difesa» (L. PREVITI, *Convergenze e deviazioni in materia di cybersicurezza: implicazioni sistematiche e nuovi interrogativi,* in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, n. 1, 2025, p. 107).

dati pubbliche, piattaforme amministrative o infrastrutture critiche condivise. La sua natura di servizio pubblico non deriva soltanto dal fine di sicurezza in sé considerato, ma dal fatto che l'attività di prevenzione, allerta, ripristino e resilienza digitale venga organizzata come prestazione continuativa rivolta a garantire la fruibilità di diritti e servizi fondamentali in uno spazio amministrativo integrato[122]. In altri termini, la cybersicurezza assume veste prestazionale quando cessa di essere soltanto funzione[123] (difensiva) dell'apparato e diviene presidio organizzato della continuità dell'azione amministrativa e dell'accessibilità di servizi dai quali dipendono salute, mobilità, comunicazione e inclusione sociale. Un esempio può essere quello di un centro transnazionale di risposta agli incidenti che, operando mediante protocolli comuni, *standard* condivisi e flussi informativi costanti, assicuri protezione coordinata a una rete di servizi pubblici digitalizzati distribuiti in più ordinamenti. In tale ipotesi, il tratto qualificante non è la mera cooperazione tecnica tra apparati, ma la predisposizione di una vera e propria utilità pubblica stabile, consistente nella salvaguardia della continuità e affidabilità dell'ecosistema digitale da cui dipende l'effettività di altre prestazioni essenziali.

---

122 D'altra parte, è ormai consolidato l'orientamento secondo cui «la digitalizzazione, processo sempre più esteso e capillare, abbia prodotto un significativo impatto non soltanto sulle dinamiche di organizzazione degli apparati pubblici e del mondo aziendale ma più in generale sugli elementi costitutivi stessi dei diritti, delle libertà e della loro garanzia» (L. MARTINO, *La quinta dimensione della conflittualità. L'ascesa del cyberspazio e i suoi effetti sulla politica internazionale,* in *Politica e Società*, n. 1, 2018, p. 62, ripreso da A. VENANZONI, *L'ordine costituzionale della cybersecurity,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2024. p. 34).

In questo quadro, la sicurezza cibernetica rappresenta simmetricamente lo strumento più idoneo per garantire che l'impatto della digitalizzazione non ponga a rischio la protezione ed il godimento dei diritti connessi ai servizi digitali. Di questo avviso, anche se con riguardo specifico alla funzione di sicurezza pubblica, M.C. CAVALLARO, *Gestione dei migranti, emergenza sanitaria e sicurezza pubblica: verso un 'diritto amministrativo del nemico'?,* in *P.A. Persona e Amministrazione,* n. 2, 2022, p. 319, secondo cui «la funzione di pubblica sicurezza, come tutte le attività dell'amministrazione che (in quanto preordinate all'erogazione di servizi) consentono il godimento dei diritti fondamentali, deve essere preordinata alla garanzia di tale condizione, ovvero con essa bilanciata, alla stregua di tutti i diritti e gli interessi che possono essere coinvolti dall'azione dei pubblici poteri. In altri termini, la migliore garanzia nel godimento dei diritti non si traduce nella necessità di qualificare anche la sicurezza come diritto (...) bensì, nel bilanciamento doveroso che l'amministrazione deve compiere tra i diversi interessi coinvolti nell'esercizio del potere e che trova sede e accoglimento nella garanzia del procedimento».

123 Sulla costruzione della cybersicurezza come funzione pubblica composita e multilivello, si rinvia al recente lavoro di M. MATASSA, *La sicurezza cibernetica come funzione pubblica,* Franco Angeli, 2025.

Nel settore farmaceutico, la nozione di servizio pubblico transnazionale trova una delle sue concretizzazioni più persuasive nei sistemi condivisi di prescrizione, dispensazione e approvvigionamento dei medicinali, soprattutto quando essi siano destinati a garantire continuità terapeutica a popolazioni o comunità mobili. Qui la dimensione transnazionale del servizio non si esaurisce nel riconoscimento formale della validità di una prescrizione oltre confine, ma richiede che tale riconoscimento si inserisca in un assetto organizzativo stabile, capace di coordinare autorità sanitarie, farmacie convenzionate, banche dati, procedure di rimborso e controlli di appropriatezza.

Si può così configurare come servizio pubblico transnazionale un sistema che consenta a un paziente di ricevere, senza soluzione di continuità, un farmaco essenziale in uno Stato diverso da quello di presa in carico, sulla base di protocolli condivisi e di un'infrastruttura amministrativa comune o interoperabile. Il valore pubblicistico dell'istituto risiede, in questo caso, nel fatto che la prestazione farmaceutica sia resa accessibile non come risultato casuale della circolazione di merci o del mercato dei medicinali, ma come esito di una organizzazione cooperativa diretta a rendere effettivo il diritto alla cura oltre confini sovrani degli Stati.

Una forma ancora più avanzata di servizio pubblico transnazionale si avrebbe nei sistemi comuni di stoccaggio, acquisto o distribuzione di farmaci salvavita, vaccini o medicinali ad alta criticità logistica, ove la cooperazione tra ordinamenti sia stabilmente orientata ad assicurare continuità di fornitura, eguaglianza di accesso e contenimento delle disfunzioni derivanti dalla frammentazione territoriale. In tal modo, il servizio farmaceutico[124] transnazionale si presenta come figura nella quale la prestazione non è più solo dispensazione del bene, ma garanzia coordinata della sua disponibilità.

Ad ogni modo, nelle pagine precedenti si è cercato di delineare quali possano essere le linee direttrici da seguire per organizzare ed erogare i servizi pubblici transnazionali o, se esistenti, per potenziarli. In chiave insiemistica, esse possono

124 Per un approfondimento sul servizio pubblico farmaceutico in generale, sulla sua natura di servizio di interesse economico generale e sulle modalità di gestione comunale delle farmacie, si rinvia ai recenti lavori di M. TOCCI, *Nuovi spunti ricostruttivi sul servizio pubblico farmaceutico,* in *Rivista della Corte dei conti,* n. 3, 2025, p. 153 ss., e A. BARBIERI, *Il partenariato pubblico-privato nel servizio farmaceutico comunale,* in *Federalismi.it,* n. 11, 2026, pp. 198 ss.

essere riassunte in cinque punti cardine: (i) la necessità di un quadro giuridico più strutturato e più solido; (ii) l'esigenza di strutture permanenti specificamente dedicate alla governance dei servizi; (iii) la necessità di coinvolgere la base sociale; (iv) l'esigenza di prevedere meccanismi di composizione delle problematiche relative all'erogazione dei servizi; (v) l'esigenza di reperimento di finanziamenti diversi da quelli istituzionali.

Il conseguimento di tali obiettivi - dai quali dipende in larga misura il futuro dei servizi pubblici transnazionali - può avvenire attraverso percorsi diversi, ciascuno caratterizzato da specifiche implicazioni sul piano politico ed amministrativo.

In questa sede, si ritiene di poterne delineare almeno due[125].

Il primo approccio è di tipo induttivo: lo sviluppo di politiche concrete di cooperazione, la loro progressiva moltiplicazione e il loro approfondimento sono destinati a generare, quasi naturalmente, una cooperazione politica strutturata, seppure in forme di governance maggiormente istituzionalizzate. Si tratta della scommessa funzionalista (o istituzionalista) a livello interstatale, indicata da diversi osservatori come quella che, in passato, abbia determinato il consumo di molta energia nel dibattito sulle architetture istituzionali, trascurando invece l'azione pratica.

Questa impostazione presenta il vantaggio di rendere il progetto più immediatamente percepibile dai cittadini, spesso disorientati dalle complessità giuridiche relative alla ripartizione di competenze tra i soggetti *partners*, e dunque più inclini ad aderire a iniziative che si manifestano in risultati tangibili.

Tuttavia, l'istituzionalizzazione, per acquisire legittimità, non può prescindere - e forse deve innanzitutto fondarsi - su un atto politico. In tal senso, l'approccio neo-funzionalista mette in evidenza proprio il ruolo imprescindibile della decisione politica quale motore dello sviluppo dell'integrazione.

Il secondo approccio si configura come deduttivo: muovendo dalla constatazione politica di un bisogno di territori e popolazioni sia confinanti che non, esso mira a tradurre tale premessa in soluzioni concrete. Si tratta, dunque, di un'operazione di *realistic pragmatism,* che orienta la riflessione politica verso la

125 Tali approcci si devono a G. BACHOUE-PEDROUZO, F. VIVIEN GUIOT, *Le service public transnational,* cit., p. 269.

migliore organizzazione dei servizi pubblici in ambito transnazionale, assumendo la funzione di strumento per promuovere e consolidare realizzazioni materiali in questo settore.

Pur presentando talvolta profili di rischio, tale approccio possiede un indubbio valore aggiunto sul piano democratico, in quanto consente di conferire legittimazione a politiche di cooperazione e di strutturazione particolarmente ambiziose nelle ipotesi di transnazionalità. In quanto veicolo di identità collettiva, questo fondamento democratico può indurre gli organismi di cooperazione incaricati della gestione dei servizi pubblici transnazionali a divenire portatori di una vera e propria politica transnazionale di coesione territoriale.

Emerge come la transnazionalità dei servizi pubblici non sia un mero esercizio di stile istituzionale, ma anzi un banco di prova della capacità di tenere insieme efficacia dell'azione amministrativa e giustizia dei diritti.

L'approccio induttivo costruisce fiducia dal basso, mentre quello deduttivo offre alla politica la possibilità di veicolare lo sviluppo dell'integrazione. La via più autorevole, forse, è quella ibrida, con una governance che non teme di fare vedere chi decide, con quali risorse, per ottenere quali risultati e con quali rimedi per risolvere le inefficienze.

Se tali nodi non verranno sciolti, i servizi rischieranno di restare "transnazionali" solo sulla "carta", pur potendo rappresentare lo strumento attraverso cui lo «spazio giuridico globale» cessi di parlare di confini e inizi, invece, a parlare di diritti[126].

In conclusione, la riflessione condotta consente di cogliere un dato essenziale: i servizi pubblici transnazionali non sono soltanto strumenti tecnici di cooperazione, ma veri e propri laboratori di democrazia amministrativa. Essi mettono alla prova la capacità delle istituzioni di superare la logica della sovranità esclusiva e di costruire, invece, spazi condivisi di responsabilità e di diritti.

---

126 Questo perché la tutela dei diritti sociali è fortemente «depotenziata» nello spazio giuridico globale (cfr. A. PETERS, *Global constitutionalism: the social dimension,* in T. SUAMI, A. PETERS, D. VANOVERBEKE, M. KUMM, *Global constitutionalism from european and east asian perspectives,* Cambridge, 2018, pp. 277 ss.. In tale sede, infatti, detti diritti appaiono particolarmente «sotto stress», per usare le parole di G. DI COSIMO, *La parabola dei diritti. Tensioni crescenti sul fronte della tutela dei diritti fondamentali,* II ed., Torino, 2024.

Il rischio, sempre presente, è che la dimensione transnazionale dei servizi resti confinata in un linguaggio retorico privo di effettività, o che si riduca a una mera sommatoria di procedure burocratiche. Per evitare tale deriva, l'approccio induttivo e quello deduttivo non vanno contrapposti, ma integrati: il primo garantisce la concretezza dell'azione, il secondo assicura la dignità politica delle scelte di integrazione.

La vera sfida è dunque quella di costruire un modello ibrido e dinamico, capace di adattarsi ai mutamenti sociali, economici e tecnologici, e di misurare costantemente l'impatto delle politiche sui cittadini. Solo così i servizi pubblici transnazionali potranno diventare veicolo di coesione territoriale e di inclusione sociale, trasformando la frontiera, fisica o virtuale, da linea di separazione a spazio di connessione.

È in questa prospettiva che il diritto amministrativo è chiamato a rinnovarsi, assumendo un ruolo di architettura istituzionale e, al tempo stesso, di strumento di giustizia sostanziale.

Francesco Conte
Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"
frankkonte@hotmail.it

Beni pubblici ed equilibrio di bilancio: una lettura costituzionale della nuova governance europea

Public assets and budgetary equilibrium: a constitutional perspective on the new European governance

Sintesi

Il contributo analizza il rapporto tra beni pubblici ed equilibrio di bilancio alla luce della trasformazione della governance economica europea. Muovendo dall'evoluzione dell'intervento pubblico nell'economia, l'indagine mostra come il patrimonio immobiliare dello Stato e degli enti territoriali abbia cessato di rappresentare una grandezza statica, confinata alla custodia amministrativa o alla possibile alienazione, per assumere una funzione attiva nel governo delle risorse collettive. Alla luce degli artt. 42 e 81 Cost., i beni pubblici sono riletti come componenti strutturali dell'organizzazione amministrativa e come fattori rilevanti per la sostenibilità finanziaria, economica e patrimoniale delle decisioni pubbliche. In questa direzione, la nuova governance europea e la contabilità accrual rafforzano l'esigenza di strumenti conoscitivi idonei a rendere verificabile l'impiego del patrimonio pubblico e i suoi effetti nel tempo.

Abstract

This paper analyses the relationship between public assets and budgetary equilibrium in the light of the transformation of European economic governance. Starting from the evolution of public intervention in the economy, it shows how State and local authorities' real-estate assets have ceased to be regarded as a static aggregate, confined to administrative custody or possible disposal, and have acquired an active function in the governance of collective resources. In the light of

Articles 42 and 81 of the Italian Constitution, public assets are reinterpreted as structural components of administrative organisation and as factors relevant to the financial, economic and patrimonial sustainability of public decision-making. Against this background, the new European governance and accrual accounting reinforce the need for knowledge-based instruments capable of making the use of public assets and its effects over time verifiable.

PAROLE CHIAVE: Beni pubblici; Costituzione; Diritto dell'economia; Contabilità accrual; Unione europea

KEYWORDS: Public assets; Constitution, Public finance law; Accrual accounting; European Union

INDICE: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione del ruolo statale nell'economia: modelli e transizioni. – 3. Il governo dei beni pubblici: tra funzione istituzionale e vincoli finanziari. – 4. Dal regime giuridico alla funzione economica: il patrimonio pubblico alla prova della governance europea. – 5. Considerazioni finali.

1. Introduzione

Nella riflessione sull'intervento dello Stato nell'economia, il tema dei beni pubblici occupa una posizione peculiare, poiché consente di osservare il rapporto tra il potere pubblico, le risorse disponibili e il perseguimento degli interessi collettivi da un angolo visuale diverso da quello, più consueto, della sola spesa pubblica. L'azione dello Stato, infatti, non si esprime soltanto attraverso la politica fiscale[1], la regolazione dei mercati o l'erogazione di prestazioni, ma anche mediante

1 Con il termine politica fiscale, in senso macroeconomico, si intende l'insieme delle scelte attraverso le quali lo Stato orienta il governo dell'economia, modulando il prelievo impositivo e la destinazione della spesa pubblica al fine di perseguire obiettivi di stabilizzazione, redistribuzione e allocazione efficiente delle risorse collettive. Essa costituisce, accanto alla politica monetaria, uno dei principali strumenti della politica economica, poiché concorre a determinare l'equilibrio dei conti pubblici e l'orientamento espansivo o restrittivo dell'intervento statale. In tale accezione, la politica fiscale comprende tanto la politica tributaria, relativa alla disciplina del prelievo, quanto la politica della spesa pubblica, concernente l'impiego delle risorse acquisite: due dimensioni che trovano nel bilancio il loro punto di composizione giuridico-contabile. Diversa, ma strettamente connessa, è la politica di bilancio, che designa l'insieme delle scelte tradotte nella legge di bilancio, quale strumento politico e normativo attraverso cui vengono programmate le modalità di reperimento e di impiego delle risorse. La politica di bilancio può pertanto essere considerata la proiezione giuridico-istituzionale della politica fiscale, poiché conferisce forma legale alle opzioni di entrata e di spesa e le inserisce nel circuito della responsabilità democratica. Da questa combinazione prende forma l'indirizzo generale dell'azione pubblica: espansivo, quando prevalgano incrementi della spesa o riduzioni della pressione fiscale, al fine di sostenere la

la titolarità, l'amministrazione e la destinazione funzionale di beni che costituiscono il supporto materiale e giuridico dell'attività pubblica. Sotto questo profilo, i beni pubblici — che «contempla[no] [tanto] una serie di cose del mondo materiale, [quanto] una serie di diritti sulle cose come beni in senso giuridico»[2] — non rappresentano una categoria marginale del diritto amministrativo, ma una componente essenziale della capacità istituzionale dei pubblici poteri.

Eppure, per lungo tempo, la loro gestione è rimasta segnata da una concezione prevalentemente patrimoniale-finanziaria, che ne ha ridotto la funzione a una dimensione accessoria dell'azione amministrativa, con particolare evidenza nel settore immobiliare. L'esperienza storica mostra, infatti, come tali beni siano stati spesso considerati soprattutto quali fonti di entrata o strumenti di copertura finanziaria, secondo una logica orientata più alla conservazione, alla messa a reddito o alla dismissione che alla costruzione di strategie pubbliche di lungo periodo. Una simile impostazione ha finito per limitarne le potenzialità di impiego e per alimentare una diffusa sfiducia nella capacità delle istituzioni di amministrare

---

domanda aggregata nei momenti di crisi; restrittivo, quando il contenimento della spesa e l'inasprimento della leva fiscale siano rivolti alla riduzione del deficit, al controllo dell'inflazione e alla sostenibilità del debito. La seconda direttrice ha assunto particolare rilievo a partire dagli anni Settanta, con la crisi delle politiche keynesiane e l'affermazione del paradigma monetarista, trovando poi applicazione nelle politiche di convergenza europea ispirate ai criteri di Maastricht e, nell'ordinamento italiano, nelle manovre correttive degli anni Novanta, sino alla costituzionalizzazione del principio di equilibrio di bilancio con la legge costituzionale n. 1 del 2012, nel più ampio processo di adeguamento interno alla governance europea di finanza pubblica.

2 V. Cerulli Irelli, *Diritto pubblico della 'proprietà' e dei 'beni'*, Torino, 2022, 105 ss.; M. Renna, C. Micciché, *Beni pubblici e diritti d'uso pubblico. La resilienza delle prerogative collettive al mutare dei modelli di sviluppo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3, 2022, 689; a tal proposito, occorre distinguere tra i beni pubblici in senso stretto, appartenenti alle pubbliche amministrazioni e costituenti parte del patrimonio dello Stato o degli enti territoriali, e i diritti d'uso pubblico, che, pur insistendo su beni di proprietà privata o comunque estranei alla sfera patrimoniale dell'ente, assicurano alla collettività il godimento di determinate utilità di interesse generale. Un esempio è rappresentato dalle strade vicinali ad uso pubblico, formalmente private ma assoggettate, per quanto concerne l'esercizio delle relative funzioni amministrative, alla disciplina prevista dall'art. 14, comma 4, del codice della strada. La diversità dei rispettivi regimi giuridici non impedisce di riconoscere una comune matrice pubblicistica, fondata sulla destinazione dei beni al soddisfacimento di esigenze collettive. La concreta fruizione di tali utilità resta, tuttavia, subordinata alle modalità di esercizio delle competenze amministrative, attraverso le quali vengono regolati l'accesso, l'utilizzazione e la salvaguardia degli interessi pubblici connessi alla destinazione del bene.

risorse che, prima ancora che all'ente titolare, appartengono alla collettività nel suo complesso.

Solo in tempi più recenti ha iniziato ad affermarsi una diversa lettura dell'immobile pubblico, non più confinato alla dimensione statica del cespite patrimoniale o alla funzione, spesso contingente, di fonte di entrata, ma riconosciuto come componente attiva del bilancio statale e locale. Secondo questa diversa impostazione, il patrimonio immobiliare è chiamato a generare valore non soltanto attraverso eventuali operazioni di dismissione, ma soprattutto mediante strumenti di amministrazione integrata, pianificazione di medio-lungo periodo e raccordo con le politiche pubbliche di sviluppo territoriale.

Il consolidarsi di tale orientamento non ha seguito, tuttavia, un percorso lineare. Le difficoltà che ne hanno accompagnato l'attuazione si sono manifestate su più piani — normativo, conoscitivo, economico-aziendale e organizzativo — rivelando la persistente distanza tra l'affermazione del nuovo paradigma e la concreta capacità delle amministrazioni di trasformare il patrimonio immobiliare in una risorsa programmabile, conoscibile e valutabile nei suoi effetti.

Sul piano normativo, la materia si è sviluppata attraverso una successione di interventi non sempre coordinati, spesso privi di un disegno unitario e condizionati da resistenze tecnologiche, organizzative e culturali, finendo per alimentare un quadro giuridico disomogeneo e instabile[3]. Non a caso, parte della dottrina ha parlato di una vera e propria «ipertrofia legislativa», sintomo di un proces-

3 G. Bottino, *L'Amministrazione dell'Emergenza*, in *Ceridap*, 1, 2024, 2 ss.; l'Autore, in particolare, evidenzia come l'amministrazione dell'emergenza non costituisca più una risposta episodica a eventi straordinari, ma rappresenti una componente ormai strutturale dell'agire pubblico, alimentata dal susseguirsi di crisi sanitarie, economiche, ambientali e sociali. Il ricorso a deroghe e procedure straordinarie, pur rispondendo all'esigenza di assicurare tempestività decisionale, solleva interrogativi circa la trasparenza, la responsabilità amministrativa e la tenuta delle garanzie istituzionali. A tali criticità si aggiunge la frammentazione degli assetti organizzativi, caratterizzati dalla compresenza di amministrazioni territoriali, strutture commissariali e organismi di protezione civile, con conseguenti difficoltà di coordinamento nell'impiego delle risorse e nella rendicontazione delle decisioni assunte. L'emergenza assume così una dimensione gestionale che comprende le attività di previsione, intervento e ricostruzione, ponendo il problema di conciliare l'efficacia dell'azione amministrativa con le esigenze di controllo e legittimazione democratica. Per ulteriori approfondimenti, v. A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; G. Mancini Palamoni, *Potere amministrativo d'emergenza*, Napoli, 2023.

so riformatore frammentario, non sempre sorretto da una visione strategica organica[4].

Sul piano conoscitivo, il ritardo, rispetto ad altri ordinamenti europei, nell'adozione di sistemi informativi integrati e interoperabili ha impedito la formazione di una rappresentazione unitaria e costantemente aggiornata degli immobili pubblici. La mancanza di una base informativa affidabile ha reso più difficile programmare, comparare e valutare l'impiego del patrimonio, mentre il permanere di un formalismo procedurale esasperato e di un immobilismo burocratico — espressione della cosiddetta burocrazia difensiva[5] — ha ulteriormente attenuato l'impatto delle riforme avviate, riducendone la capacità di tradursi in modelli effettivi di amministrazione del patrimonio.

---

4 G. Ladu, *Processi decisionali e controlli di gestione nel settore pubblico*, in *Riv. dir. fin.*, 3, 2000, 462.

5 S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2019, 293; secondo le osservazioni degli Autori, il concetto di «amministrazione difensiva» trova la propria radice nell'affine fenomeno della medicina difensiva, ove il medico, per timore di incorrere in responsabilità legali, modula l'attività terapeutica in eccesso o in difetto rispetto alle pratiche ordinarie, privilegiando non la cura più appropriata ma quella meno esposta al rischio di contestazioni. In maniera analoga, l'amministrazione difensiva si manifesta quando il funzionario pubblico orienta le proprie decisioni non già alla realizzazione delle esigenze sociali, ma alla tutela preventiva della propria posizione personale, prediligendo soluzioni burocraticamente sicure, e tuttavia frequentemente inefficaci o addirittura paralizzanti. Un simile atteggiamento è il portato di un assetto istituzionale in cui i meccanismi di responsabilità appaiono deboli e disallineati: da un lato, l'accentuazione del controllo di legittimità genera un clima di timore diffuso; dall'altro, l'assenza quasi totale di un controllo effettivo sull'efficienza dell'azione amministrativa impedisce di controbilanciare tale rigidità con criteri di funzionalità e di risultato. Si configura così un assetto caratterizzato da incentivi distorti, nel quale la prevenzione di possibili rilievi giuridici prevale sulla tempestività, sulla qualità e sull'innovazione delle decisioni pubbliche, consolidando un modello gestionale che riduce l'amministrazione a esercizio prudenziale e autoreferenziale, incapace di assolvere pienamente alla propria funzione di garanzia e promozione dell'interesse generale. Sul punto, si vedano, *ex multis*, S. Battini, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2, 2023, 735; A. Battaglia, S. Battini, A. Blasini et al. *«Burocrazia difensiva»: cause, indicatori e rimedi*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2021, 1295 ss.; M. Cafagno, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 35 ss.; G. Bottino, *La burocrazia "difensiva" e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *An. giur. econ.*, 2020, 117 ss.; B. Tonoletti, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 77 ss.; G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017; M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Dir econ.*, 2017, 625 ss.; A. Police, *Il principio di responsabilità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 195.

Sul piano economico-aziendale, l'adesione a un'impostazione conservativa, incentrata sulla mera custodia e manutenzione, ha ostacolato la valorizzazione delle potenzialità economiche, sociali e territoriali del patrimonio, impedendone un impiego pienamente coerente con i processi di sviluppo e di coesione. A tale rigidità si sono aggiunte l'assenza di un linguaggio contabile effettivamente armonizzato tra le amministrazioni, nonostante i ripetuti interventi riformatori succedutisi alla costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio[6], e la carenza di sistemi di *accountability*[7] sorretti da strumenti adeguati, metriche condivise e responsabi-

6 G. Della Cananea, *Dal pareggio del bilancio all'equilibrio della finanza pubblica*, in Corte Costituzionale. Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria, Milano, 2019, 241 ss. Con la legge costituzionale n. 1 del 2012, che ha novellato gli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost., è stato introdotto nella Costituzione il principio dell'equilibrio di bilancio tra entrate e spese, nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e dagli obblighi internazionali. Il testo costituzionale parla di "equilibrio" di bilancio, termine che, rispetto a quello di "pareggio", presenta una connotazione più elastica e dinamica, poiché si collega alla sostenibilità nel tempo del debito pubblico dell'intero comparto delle amministrazioni pubbliche. Il principio di equilibrio è stato inoltre definito come "lo strumento per garantire nel tempo l'equilibrio economico, finanziario e patrimoniale", anche attraverso appropriate rimodulazioni dei rapporti tra Stato e autonomie speciali nei futuri esercizi (Corte cost., sentt. n. 188 del 2016 e n. 155 del 2015). Per la Corte costituzionale, l'enunciazione del principio di equilibrio nell'art. 81 Cost., letto in connessione con l'art. 97 Cost., si risolve nel "criterio di economicità", secondo cui l'azione delle pubbliche amministrazioni deve perseguire i propri obiettivi, garantendo il buon andamento e l'imparzialità con il minimo dispendio di risorse (Corte cost., sent. n. 133 del 2016). Tale criterio è simmetrico rispetto all'equilibrio di bilancio, legato all'andamento del ciclo economico; la sua valutazione deve dunque svolgersi in riferimento a un arco temporale sufficientemente ampio, tale da consentire la realizzazione degli obiettivi in una situazione di debito sostenibile e di tendenziale armonia fra entrate e uscite.

7 *Ex multis*, v. F. Staderini, *Prefazione*, in F. Pezzani (a cura di), *L'accountability delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2003; M. Paoloni, F. G. Grandis, *La dimensione aziendale delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2007, 293; in particolare, il termine accountability non conosce, nella lingua italiana, una traduzione univoca e pienamente soddisfacente, potendo essere reso soltanto in modo approssimativo con l'espressione «dovere di rendere conto». Si tratta, in realtà, di una nozione di matrice anglosassone che, nella sua apparente semplicità semantica, racchiude una pluralità di significati e di implicazioni: da un lato, essa rinvia al profilo della responsabilità finanziaria e amministrativa nell'impiego delle risorse pubbliche, richiamando l'obbligo per le istituzioni di agire secondo criteri di correttezza, legalità e prudenza contabile; dall'altro, si proietta nella dimensione più ampia della rendicontazione trasparente e verificabile, intesa non già come mero adempimento formale, volto ad attestare la regolarità dei conti, ma come strumento sostanziale di valutazione della coerenza, dell'efficienza e dell'efficacia complessiva dell'azione amministrativa, nella prospettiva di garantire un controllo diffuso e consapevole da parte della collettività sui processi decisionali e gestionali che incidono

lità chiaramente individuate; carenze ulteriormente aggravate, sul piano organizzativo, dalla molteplicità degli attori istituzionali coinvolti[8] e dalla persistente ambiguità insita nella stessa nozione di "valorizzazione"[9] – troppo spesso confinata entro parametri di alienazione patrimoniale, anziché riconosciuta quale funzione manageriale di più ampio respiro – elementi che hanno di fatto compromesso la possibilità di orientare l'impiego dei beni pubblici al perseguimento di obiettivi comuni, in linea con le esigenze di coordinamento tra centro e autonomie

---

sul bene comune.

8 Sul punto, A. Buscema, *La tutela e la valorizzazione dei beni pubblici tra funzione sociale ed interessi economici della proprietà pubblica*, in *Bilancio Comunità Persona*, 1, 2026, 19, sottolinea come la pluralità dei soggetti pubblici coinvolti nella gestione del patrimonio immobiliare renda necessario «mettere a sistema i patrimoni immobiliari pubblici, i soggetti decisori e il quadro amministrativo e normativo di riferimento», attraverso la costruzione di una «rete di governance multilivello».

9 Il tema della valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico si colloca tra la tradizionale disciplina dei beni pubblici e le più recenti esigenze di sostenibilità della finanza pubblica e di rigenerazione territoriale. Estranea, nella sua attuale configurazione, alle categorie del diritto amministrativo classico, la valorizzazione ha trovato riconoscimento normativo a partire dai primi anni Duemila, dapprima con il d.l. n. 351 del 2001, che introdusse strumenti di finanza immobiliare pubblica, tra cui cartolarizzazioni e fondi immobiliari chiusi, e successivamente con l'art. 58 del d.l. n. 112 del 2008, istitutivo del Piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari. Quest'ultimo, allegato al bilancio di previsione degli enti territoriali, consente di individuare, mediante ricognizione patrimoniale, gli immobili non strumentali alle funzioni istituzionali suscettibili di valorizzazione o alienazione, la cui inclusione comporta, nei termini previsti dalla legge, la classificazione come patrimonio disponibile. La disciplina collega così la conoscenza del patrimonio alle scelte di programmazione finanziaria e di utilizzazione economica dei beni. A tale indirizzo si ricollega l'art. 27 del d.l. n. 201 del 2011, che ha introdotto i programmi unitari di valorizzazione territoriale, fondati sul coordinamento tra Stato, Regioni ed enti locali per la riqualificazione e l'utilizzazione del patrimonio immobiliare pubblico. Diversamente dalla dismissione, la valorizzazione può realizzarsi senza il trasferimento della proprietà, mediante strumenti che migliorino l'utilizzazione economica e funzionale del bene nel rispetto della sua destinazione. Si distinguono, al riguardo, due modelli principali: valorizzazione diretta e indiretta (così in F. Cavazzoni, *Il ruolo dei privati nella conservazione e nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Astrid*, 2010, 6 ss.). La prima comprende gli interventi realizzati dall'amministrazione, anche attraverso l'esternalizzazione di servizi, per la gestione, la riqualificazione e la messa a reddito dei beni; la seconda si avvale del coinvolgimento di operatori privati, mediante concessioni di valorizzazione, partenariati pubblico-privati, project financing e fondi immobiliari, secondo differenti modalità di ripartizione dei costi, dei rischi e delle responsabilità. Entrambi i modelli richiedono di conciliare il rendimento economico con la tutela dell'interesse pubblico, collegando la gestione patrimoniale alle politiche finanziarie, urbanistiche e territoriali.

territoriali[10].

Considerate nel loro insieme, queste criticità hanno delineato un assetto amministrativo segnato da un persistente deficit di responsabilizzazione, incapace di attivare meccanismi realmente virtuosi di valorizzazione e di assicurare una programmazione coerente con gli obiettivi di finanza pubblica. Tale assetto ha progressivamente alimentato una vera e propria «atrofia dei risultati»[11], riconducibile a una frammentazione delle competenze gestionali e all'assenza di un effettivo presidio organizzativo: condizioni che alimentano la «paura della firma»[12] e rivelano una cultura amministrativa più incline alla cautela difensiva che all'assunzione consapevole delle responsabilità[13].

---

10 Da questo punto di vista, il federalismo demaniale, introdotto dal d.lgs. n. 85/2010, ha costituito un cambiamento significativo nella gestione del patrimonio pubblico italiano, segnando un passaggio cruciale verso un decentramento gestionale e una maggiore autonomia operativa per gli enti territoriali. In virtù di questa riforma, una parte consistente del patrimonio immobiliare statale è stata trasferita alle Regioni, Province e Comuni, con l'obiettivo di attribuire loro una maggiore responsabilità nella gestione e valorizzazione di tali beni. Questa autonomia gestionale, sebbene intesa come una risposta alle inefficienze del sistema centralizzato, ha portato con sé una serie di sfide. In primo luogo, gli enti locali si sono trovati a dover affrontare la difficoltà di una gestione patrimoniale frammentata, in un contesto normativo che spesso non ha previsto adeguati strumenti di supporto operativo e coordinamento interistituzionale. Inoltre, la mancanza di competenze gestionali specifiche a livello locale ha messo in evidenza la necessità di forme di supporto tecnico e formazione continua per le amministrazioni locali. In sintesi, sebbene il federalismo demaniale abbia rappresentato un passo avanti nella gestione decentralizzata del patrimonio pubblico, la sua realizzazione pratica ha rivelato la necessità di un equilibrio tra autonomia locale e coordinamento centrale, per garantire che la valorizzazione del patrimonio pubblico si svolga in modo coerente con gli obiettivi economici e sociali del Paese.

11 L. Torchia, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, Relazione tenuta al 64° Convegno di Studi Amministrativi su Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie, Varenna, 20-21-22 settembre 2018.

12 Cfr. F. Conte, *Il ruolo del principio di risultato e della digitalizzazione nel processo di riforma della pubblica amministrazione*, in *Amministrativ@mente*, 3, 2024, 1290 ss.; in particolare, la "paura della firma" si configura come una tensione strutturale insita nella funzione dirigenziale, nella quale il dirigente, pur essendo formalmente titolare dell'adozione dei provvedimenti amministrativi, si trova frequentemente a dover assumere decisioni che si collocano anche sul versante privatistico, in particolare con riguardo alla gestione delle relazioni contrattuali e lavorative. Tale condizione, lungi dall'essere un mero dato psicologico, riflette quella che la dottrina ha efficacemente definito la "solitudine della dirigenza", un isolamento funzionale che può essere solo parzialmente mitigato dalla presenza di collaboratori e funzionari dotati di adeguata competenza tecnica e di comprovata affidabilità.

Le ricadute di tale configurazione si manifestano nel sistematico (e sintomatico) indebolimento dei processi di misurazione della *performance*, tanto attesa quanto realizzata[14], nei ritardi nell'adozione di interventi coordinati e, più in generale, nell'incapacità strutturale di trasformare il patrimonio pubblico in una leva strategica della politica economica del Paese.

Una lettura giuridica rigorosa non può, pertanto, arrestarsi alla considerazione dei beni immobiliari dello Stato e degli enti territoriali come mera sommatoria di cespiti da iscrivere in bilancio, ma è chiamata a valutarne la funzione complessiva in rapporto alla qualità e all'accessibilità dei servizi pubblici e alle dinamiche di sviluppo, secondo un'impostazione articolata lungo tre direttrici fondamentali: la ricognizione analitica e dinamica degli *asset*, resa possibile dall'utilizzo di banche dati interoperabili e costantemente aggiornate; la definizione di strategie integrate all'interno dei processi di pianificazione economico-territoriale; il monitoraggio sistematico dei risultati, valutati non soltanto sotto il profilo

13 Un problema analogo emerge anche in ambito privatistico-societario: l'art. 2086 c.c., interpretato alla luce della *business judgment rule*, mira a garantire che l'imprenditore, pur dovendo predisporre assetti adeguati, non venga sindacato ex post per scelte compiute in condizioni di incertezza. Per un approfondimento sul tema, v. F. Felis, *L'incertezza economica e l'art. 2086 c.c.: la business judgment rule,* in *Diritto della crisi*, 2025, 2 ss.

14 R. Mussari, *Performance e valore pubblico*, Milano, 2022, 67 ss.; secondo l'Autore, la performance, per la sua stessa natura, non può che costituire oggetto di misurazione e valutazione, poiché da tale operazione discende non soltanto la possibilità di accertare, in termini oggettivi, i risultati effettivamente conseguiti, ma anche l'opportunità di orientare l'azione amministrativa secondo criteri di razionalità decisionale, di sostenibilità economica e di responsabilità sociale, così da assicurare la formazione di un circuito informativo idoneo a rafforzare, al tempo stesso, la legittimazione democratica delle decisioni pubbliche e la più ampia responsabilizzazione dei dipendenti che ne sono chiamati all'attuazione. La misurazione della performance si realizza, in via ordinaria, mediante l'impiego di indicatori, ossia strumenti tecnici che consentono di tradurre obiettivi astratti in parametri osservabili, costruiti attraverso scale di valori o rapporti tra variabili quantitative, alimentati tanto dai sistemi informativi interni delle amministrazioni quanto da banche dati esterne, e in grado di restituire informazioni sintetiche, segnaletiche e comparabili su specifici aspetti dei processi di produzione e di riconoscimento del valore pubblico. Gli indicatori costituiscono, pertanto, il raccordo tra la misurazione della performance e il processo decisionale, poiché permettono di leggere l'azione amministrativa sia nella dimensione prospettica della performance attesa, programmata e assunta come impegno gestionale, sia in quella retrospettiva della performance realizzata, corrispondente ai risultati conseguiti entro l'arco temporale di riferimento – tipicamente coincidente con l'esercizio finanziario – e oggetto di rendicontazione tanto interna quanto esterna.

economico-finanziario, quale strumento di sostenibilità del debito[15], ma anche in relazione agli impatti sociali e ambientali a beneficio delle generazioni presenti e future[16].

Muovendo da tali premesse, il contributo esamina il ruolo dei beni pubblici quali fattori strutturali dell'assetto amministrativo, dotati di rilievo costituzionale ai sensi dell'art. 42 Cost., in quanto espressione della funzione pubblica della proprietà e condizione per l'esercizio delle competenze attribuite ai pubblici poteri. L'indagine si concentra sugli effetti che le recenti regole di finanza pubblica e

15 Il concetto di sostenibilità del debito pubblico rappresenta oggi una delle intersezioni più rilevanti tra diritto costituzionale, finanza pubblica e politica economica. A partire dalla legge costituzionale n. 1 del 2012, che ha modificato gli articoli 81, 97 e 119 della Costituzione italiana, tale principio è stato formalmente consacrato nel nostro ordinamento, imponendo a tutte le pubbliche amministrazioni l'obbligo di perseguire l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito, in coerenza con i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo. L'inserimento di questo principio nella Carta fondamentale non è meramente formale. Esso riflette una profonda evoluzione culturale: l'idea che la gestione della finanza pubblica debba essere improntata a criteri di responsabilità intertemporale, tutelando non solo gli interessi della generazione presente ma anche – e soprattutto – quelli delle generazioni future. In questo senso, la sostenibilità non coincide con l'astratto pareggio di bilancio, ma con la capacità dello Stato di mantenere nel tempo spazio fiscale, indirizzando le risorse verso finalità produttive. Ne discende la necessità di distinguere tra un debito "improduttivo", volto a sostenere spese correnti prive di ritorno, e un debito "virtuoso", orientato a investimenti in capitale umano, infrastrutture e innovazione, idonei ad accrescere il PIL potenziale e a rafforzare la resilienza del sistema economico. In questa direzione si colloca il Next Generation EU, che, attraverso i PNRR, ha reso evidente come l'indebitamento possa divenire strumento di riequilibrio strutturale, qualora finalizzato a riforme e investimenti strategici. Dal punto di vista tecnico, la sostenibilità viene misurata attraverso il rapporto debito/PIL, funzione di variabili quali il saldo primario, il differenziale fra tasso di crescita e tasso di interesse e, nell'Eurozona, il ruolo della BCE quale garante di stabilità finanziaria. Tuttavia, oltre la dimensione quantitativa, la sostenibilità assume oggi una valenza sistemica, che abbraccia le dimensioni finanziarie, sociali e ambientali, come ribadito dalla recente riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente e delle generazioni future. La gestione del debito pubblico, pertanto, non è un esercizio tecnico fine a sé stesso, ma una scelta etica e strategica, che implica un bilanciamento tra esigenze di oggi e obblighi verso il domani. Il ricorso all'indebitamento deve essere valutato in funzione della sua capacità di generare valore aggiunto, e non come strumento per dilazionare problemi strutturali o sostenere spese correnti improduttive.

16 Sul rapporto tra sostenibilità ed equità intergenerazionale, intese come categorie trasversali dell'azione pubblica, v., *ex multis*, I. Ciolli, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Bilancio Comunità Persona*, 1, 2021, 51 ss.; C. Bergonzini, *Equità intergenerazionale e giurisprudenza costituzionale: le ricadute di sistema delle decisioni in materia contabile. Riflessioni a ritroso a partire dalla sentenza n. 235 del 2021*, in *Bilancio Comunità Persona*, 1, 2022, 64 ss.; F. Conte, *La finanza*

l'introduzione dei modelli di gestione fondati sulla competenza economico-patrimoniale, secondo la logica *accrual*, hanno prodotto sulla loro disciplina giuridica, proponendo una rilettura degli assetti tradizionali in chiave "dinamico-funzionale"[17].

L'assunto centrale è che il principio accrual — lungi dal rappresentare un mero adeguamento tecnico-contabile — contribuisca a rinnovare la rappresentazione economico-patrimoniale delle risorse pubbliche e, attraverso una più completa conoscenza degli effetti delle decisioni amministrative, offra ulteriori strumenti per valutarne la coerenza con il principio di buon andamento e con le esigenze di sostenibilità finanziaria sottese agli artt. 81 e 97 Cost.

Il percorso argomentativo si sviluppa pertanto lungo tre direttrici principali: l'evoluzione dell'intervento pubblico e della Costituzione economica; la ricostruzione del regime giuridico dei beni e della loro funzione istituzionale; l'approdo alla dimensione economico-patrimoniale nel quadro della nuova governance europea.

2. L'evoluzione del ruolo statale nell'economia: modelli e transizioni

La traiettoria storica dell'intervento statale nell'economia si configura come un itinerario costituzionale a geometria variabile, riflesso mutevole delle forme del potere politico-istituzionale e, al contempo, manifestazione di quella flessibilità equilibratrice propria della Costituzione economica, capace di armonizzare, in momenti diversi, le esigenze di autonomia del mercato, la funzione regolatrice dello Stato e la tutela degli interessi collettivi[18].

L'analisi dell'intervento pubblico, osservata attraverso la funzione assunta dal patrimonio pubblico, evidenzia come i beni dello Stato abbiano conosciuto,

---

sostenibile, in *federalismi.it*, 33, 2022, 1 ss.

17 Sul rilievo costituzionale dell'introduzione del sistema contabile accrual nel quadro della nuova governance europea, v. C. Forte, M. Pieroni, *Nuova governance europea, Costituzione e ordinamento interno: spunti di riflessione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2025, spec. 17, ove gli Autori osservano che «la definizione della nuova governance europea costituisce l'occasione per un approfondimento» anche in ordine alla «introduzione del sistema contabile accrual in relazione al vigente assetto costituzionale».

18 Cfr. M. Clarich, *Concorrenza, regolazione e intervento dello Stato nell'economia*, in *Ceridap*, 2, 2023, 123 ss.; P. De Grauwe, *The limits of the market. The pendulum between government and market*, Oxford, 2017.

nel tempo, configurazioni profondamente diverse.

Nelle prime esperienze statuali, il patrimonio pubblico è stato ricondotto a una logica autoritaria e centralistica, nella quale l'economia e le risorse patrimoniali risultavano subordinate agli obiettivi dell'ordine politico: la proprietà pubblica non era ancora percepita come risorsa da valorizzare, ma come manifestazione materiale della sovranità, da preservare quale garanzia di continuità e stabilità istituzionale.

Successivamente, con l'affermarsi dello Stato liberale[19], ispirato ai principi del *laissez-faire*[20] e alla fiducia nella capacità del mercato di autoregolarsi senza ne-

19 L'economia di libero mercato, tra i modelli più antichi e influenti della teoria economica moderna, si fonda sul principio cardine della libertà di scambio, secondo cui individui e imprese devono poter operare senza interferenze coercitive da parte dello Stato, lasciando che prezzi, produzione e distribuzione delle risorse siano determinati dalla legge della domanda e dell'offerta. Già Adam Smith, nella celebre *Wealth of Nations* (1776), teorizzava la "mano invisibile", immagine evocativa di un ordine spontaneo in cui la ricerca dell'interesse individuale genera, in modo non intenzionale, benefici di carattere generale. In tale assetto, allo Stato è riservato un ruolo marginale: garantire la sicurezza, l'ordine pubblico e alcune infrastrutture che il mercato, per la loro natura, non produrrebbe autonomamente. I presupposti essenziali di questo paradigma sono la proprietà privata, la libertà contrattuale e la concorrenza, intese rispettivamente come autonomia, reciprocità negoziale e stimolo all'innovazione. L'Ottocento vide il consolidarsi di tale pensiero con David Ricardo, che sviluppò la teoria del vantaggio comparato, e con Jean-Baptiste Say, autore della legge per cui l'offerta creerebbe la propria domanda. Tuttavia, già John Stuart Mill riconobbe la necessità di correttivi, dinanzi ai fallimenti del mercato e alla crescente diseguaglianza. La Rivoluzione industriale costituì il terreno di applicazione del paradigma liberista, favorendo una crescita economica senza precedenti ma accompagnata da squilibri sociali tali da imporre una riflessione sul ruolo regolativo dello Stato. Dopo la cesura keynesiana del Novecento, il paradigma fu rilanciato dalla Scuola di Chicago, con Milton Friedman a sostenere che solo un'economia sottratta al perimetro statale poteva garantire autentica libertà economica e politica. Con le politiche di Reagan e Thatcher, il neoliberismo si affermò come modello egemone, celebrando il primato del mercato e riducendo l'intervento pubblico a mera funzione residuale. L'esperienza contemporanea, segnata dalle grandi crisi globali, ha tuttavia mostrato i limiti strutturali di un impianto fondato esclusivamente sul laissez-faire, rendendo evidente – come osserva Joseph Stiglitz – la necessità di un'azione pubblica capace di correggere le diseguaglianze, gestire le esternalità e preservare l'equilibrio concorrenziale.

20 M. Sawer, *The ethical state?: social liberalism in Australia*, Melbourne University Press, 2003, 87; con tale espressione si allude a un modello di azione statale intenzionalmente circoscritta a compiti essenziali – la difesa nazionale, la tutela dell'ordine pubblico, l'applicazione delle leggi – con esclusione deliberata di qualunque ambizione di intervento strutturale sull'economia. Consolidatasi nella seconda metà dell'Ottocento, questa visione si fonda su una concezione minimale e garantista dello Stato, che rinuncia a perseguire finalità redistributive e si astiene dall'intervenire sugli equilibri di mercato, limitandosi a presidiare la regolarità delle

cessità di interventi correttivi, l'azione pubblica conosce invece un progressivo arretramento dalla scena economica. I beni pubblici vengono così ricondotti a una funzione più limitata, prevalentemente servente rispetto alla tutela delle libertà economiche e della proprietà privata, mentre il bilancio resta confinato entro una dimensione "formale" e autorizzatoria, priva di una reale capacità allocativa e programmatica[21].

Sarà la successiva stagione dello Stato "interventista" a restituire centralità al patrimonio pubblico, non più inteso soltanto come garanzia di stabilità ordinamentale, ma come autentico "capitale istituzionale" da mobilitare in funzione di obiettivi economici e territoriali di più ampio respiro[22]. Tale evoluzione trova

---

operazioni contabili e a vigilare sulla trasparenza nell'impiego delle risorse pubbliche. All'interno di questa impostazione tradizionale resta assente la dimensione dell'efficacia allocativa e dell'efficienza gestionale, che emergeranno con forza solo con il successivo affermarsi dello Stato interventista e, in forma più compiuta, con la progressiva elaborazione della Costituzione economica repubblicana, nella quale il bilancio diventerà non solo atto contabile, ma strumento sostanziale di governo della spesa pubblica.

21 Cfr. G. Rivosecchi, *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2020, 6 ss.; in particolare, nella tradizione del diritto finanziario, la legge di bilancio è stata a lungo interpretata come una legge meramente formale, priva cioè di contenuto normativo sostanziale e riconducibile alla categoria degli atti amministrativi autorizzatori. Secondo l'impostazione classica sviluppata da Rudolf Gneist – sulla scia della teoria formale-sostanziale di Laband – il bilancio non assume natura di vera e propria legge solo per il fatto di essere approvato dal Parlamento. Esso, al contrario, deve mantenersi entro i limiti imposti dalla legislazione materiale vigente, svolgendo unicamente la funzione di dare attuazione finanziaria a norme già approvate. In questa visione, la legge di bilancio non produce effetti giuridici innovativi, ma si limita a riconoscere la legittimità e la regolarità delle previsioni di spesa e di entrata, già determinate da altre fonti normative. Il Parlamento, con la sua approvazione, esercita un controllo politico e contabile sull'attività del Governo, autorizzandolo a gestire risorse pubbliche entro i confini definiti dall'ordinamento. La funzione ispettiva prevale quindi su quella legislativa in senso proprio. Si tratta, dunque, di un modello che attribuisce al bilancio un ruolo ancillare rispetto alla legislazione sostanziale, escludendo che esso possa essere sede autonoma di produzione normativa. Storicamente, questa impostazione riflette la distinzione tra il potere di approvare leggi e quello – più antico – di autorizzare la spesa, riconoscendo al bilancio la natura di atto tecnico-contabile, utile alla gestione finanziaria e alla verifica dell'equilibrio tra risorse e impieghi, ma non idoneo a innovare l'ordinamento giuridico.

22 In particolare, l'emergere dello Stato interventista nel contesto della seconda rivoluzione industriale determina una ridefinizione del rapporto tra potere pubblico ed economia, attraverso l'affermazione di tre distinti modelli di intervento statale, destinati a caratterizzare l'evoluzione dell'ordinamento economico moderno. In primo luogo, lo Stato assume la funzione di attore "assistenziale", orientando l'allocazione delle risorse pubbliche verso la soddisfazione dei bisogni collettivi e la promozione del benessere sociale. In secondo luogo, si configura come

ulteriore conferma nella teoria del "doppio fine", che attribuisce agli enti pubblici una missione distinta da quella del privato, il cui interesse resta per lo più confinato a una logica lucrativa: concorrere, da un lato, al perseguimento del fine generale dell'ordinamento e, dall'altro, al soddisfacimento delle esigenze delle comunità amministrate[23]. In tale orizzonte i beni immobiliari, le infrastrutture e le imprese a partecipazione pubblica vengono intesi come strumenti privilegiati per sostenere la domanda aggregata[24], ridurre i divari regionali, promuovere il *welfare*[25] e dare concreta attuazione alla promessa costituzionale di eguaglianza sostanziale.

"stabilizzatore macroeconomico", intervenendo per governare i cicli economici attraverso politiche fiscali espansive, strumenti di spesa pubblica anticiclica e misure di sostegno alla domanda. Infine, lo Stato si afferma come "programmatore finanziario", espressione caratteristica del modello a economia "pianificata", sviluppatosi a partire dalle teorie socialiste e marxiste, che si consolida in particolare nei Paesi dell'Europa orientale, dove l'intervento pubblico si estende al controllo centralizzato delle decisioni economiche, assumendo un ruolo predominante nella definizione degli obiettivi di produzione, nella distribuzione delle risorse e nella strutturazione del sistema produttivo, fino a diventare l'asse portante dell'intera architettura istituzionale ed economica nella prima metà del XX secolo. Pur nella loro eterogeneità concettuale, le tre configurazioni dello Stato — assistenziale, stabilizzatore e programmatore — convergono su un'esigenza condivisa e imprescindibile: la necessità di una profonda revisione dei meccanismi di funzionamento della pubblica amministrazione, in linea con un paradigma di governance economica che, nella riflessione giuridico-economica italiana, ha trovato nuovo slancio proprio nella dialettica tra le regole del mercato e l'interesse pubblico strutturale.

23 Cfr. G. M. Caruso, *Pubblico e privato nella vicenda delle infrastrutture energetiche: una singolare interazione fra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, in *Le Regioni*, 2011, 8; O. Ranelletti, *Gli organi dello Stato (Concetto, natura, rapporti)*, in *Riv. dir. pubb.*, I, 1909, 17, il quale, soffermandosi sul fenomeno dell'esercizio di pubblici poteri da parte dei privati, osservava come, nella prospettiva di questi ultimi, la cura dell'interesse pubblico rappresenti «unicamente un mezzo per conseguire il loro scopo primo, quale, ad esempio, per le società di commercio, il lucro». Tale affermazione si inseriva nel più ampio dibattito sulla qualificazione pubblicistica degli enti ed esprimeva l'adesione alla teoria del c.d. «doppio fine» elaborata dalla dottrina tedesca (sul punto v. H. Rosin, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, Friburgo, 1886). Articolata, e in parte divergente, risultava invece la posizione di G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V. E. Orlando, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo italiano*, Milano, II, 1920, 651 ss., il quale, pur muovendo dalla medesima esigenza di definire la natura giuridica degli enti, sottolineava la necessità di distinguere la posizione di chi esercita una funzione o un servizio pubblico «per un proprio interesse» da quella di chi vi provvede «esclusivamente per l'interesse che alla funzione o al servizio corrisponde», rilevando come sia «naturale che il privato che esercita funzioni pubbliche in suo nome (...) faccia ciò mosso da un interesse suo».

24 La nozione di domanda aggregata, di matrice keynesiana, indica l'ammontare complessivo della spesa per beni e servizi sostenuta, in un determinato arco temporale, da tutte le componenti

Tuttavia, la tradizionale architettura dello Stato interventista comincia a mostrare segni di indebolimento, tanto sul piano della legittimazione democratica quanto su quello dell'efficacia istituzionale, anticipando una più profonda trasformazione del rapporto tra potere pubblico ed economia, che troverà nella crisi fiscale degli anni Settanta e nell'affermazione del paradigma «neoliberale»[26] i suoi principali fattori di accelerazione. Si afferma così una diversa concezione dell'intervento pubblico, secondo cui lo Stato, anziché provvedere direttamente

---

del sistema economico – famiglie, imprese, pubbliche amministrazioni e settore estero – e si pone pertanto come indicatore sintetico della capacità di un ordinamento di generare crescita e occupazione. Sul piano giuridico-istituzionale, essa assume un rilievo che trascende l'analisi economica in senso stretto: se infatti il livello del benessere della comunità dipende dal grado di effettiva attivazione della domanda aggregata, il bilancio pubblico non può essere confinato a mero strumento autorizzatorio o di controllo contabile, ma deve essere inteso come atto sostanziale di governo dell'economia, dotato di funzioni allocative e redistributive coerenti con i principi costituzionali di eguaglianza sostanziale e di coesione sociale. La categoria economica keynesiana si traduce così in parametro normativo, idoneo a fondare e legittimare l'espansione dell'intervento statale, collocando la gestione delle risorse pubbliche in una dimensione che non è solo finanziaria, ma anche politica e sociale, al crocevia tra stabilità macroeconomica e realizzazione dell'interesse generale.

25 V. Manzetti, *Lo stato sociale tra regole di finanza pubblica e nuovi modelli di welfare*, Napoli, 2024, 13, la quale evidenzia come il welfare costituisca una delle principali linee di trasformazione dell'esperienza repubblicana, segnando una discontinuità rispetto al modello liberale ottocentesco, fondato su una concezione minimale dell'intervento pubblico e sulla centralità delle libertà economiche. L'affermazione dello Stato sociale esprime, infatti, l'assunzione di una più ampia responsabilità pubblica nella promozione dei diritti sociali, nella redistribuzione delle risorse e nella rimozione degli ostacoli che limitano l'eguaglianza sostanziale. Il welfare state si configura, pertanto, come forma storica dell'intervento pubblico nella quale governo dell'economia, destinazione delle risorse comuni e tutela delle situazioni socialmente rilevanti concorrono a tradurre, sul piano istituzionale, il principio costituzionale di solidarietà. Per un'analisi delle trasformazioni economico-istituzionali che hanno accompagnato tale passaggio, si rinvia a S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2023, 6 ss.

26 Un esempio è rappresentato dall'ordinamento italiano che, pur distante dai modelli di economia pianificata delle esperienze socialiste, ha elaborato strumenti e istituzioni ispirati a una logica di programmazione strategica, diretta a promuovere lo sviluppo industriale e a ridurre i divari territoriali. Nel secondo dopoguerra lo Stato assunse un ruolo diretto nell'economia, attraverso un sistema di partecipazioni pubbliche imperniato su grandi enti quali l'IRI (Istituto per la Ricostruzione Industriale), costituito negli anni Trenta e successivamente consolidatosi come strumento di industrializzazione; l'ENI (Ente Nazionale Idrocarburi), istituito nel 1953 e legato all'iniziativa di Enrico Mattei; e l'EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), operante nel settore manifatturiero. Tali organismi esprimevano la figura dello Stato «imprenditore», richiamata da Giannini, affiancandosi a istituzioni di programmazione

alla gestione dei beni e delle attività economiche, è chiamato soprattutto a predisporre un quadro regolatorio stabile e prevedibile, mentre il patrimonio pubblico viene reinterpretato come risorsa suscettibile di valorizzazione economica attraverso operazioni di alienazione, privatizzazione e cartolarizzazione[27].

A fondamento di tale riconfigurazione dell'intervento pubblico si colloca la convinzione – almeno sul piano teorico – che un mercato sufficientemente libero e disciplinato sia in grado di generare equilibri ottimali in senso paretiano, limitando al minimo la necessità di correzione pubblica e rafforzando, al tempo stesso, la legittimità tecnica e funzionale delle decisioni economiche affidate agli operatori privati[28], secondo un'impostazione che trova alcuni dei propri riferimenti teorici anche nella teoria dei giochi[29] e nell'economia istituzionale[30].

Il bene pubblico smette così di essere identificato come risorsa istituzionale e viene progressivamente "assorbito" nelle decisioni di finanza pubblica con l'effetto di piegarne la funzione a esigenze contingenti di bilancio, sovente soddisfatte attraverso soluzioni straordinarie di liquidazione patrimoniale; un processo che, se da un lato risponde a necessità immediate di riequilibrio finanziario, dall'altro determina un inevitabile depotenziamento della sua vocazione originaria di strumento al servizio dell'interesse generale, finendo per ridurne la porta-

---

economica come il CIPE (Comitato interministeriale per la programmazione economica), istituito nel 1967 per il coordinamento degli interventi pubblici. Sul versante della coesione territoriale, la Cassa per il Mezzogiorno, istituita nel 1950, promosse investimenti infrastrutturali e industriali destinati a contrastare il divario tra Nord e Sud. La programmazione economica italiana, secondo la ricostruzione di Costantino Mortati, non assumeva i caratteri di una pianificazione integralmente vincolante, ma si configurava come uno strumento di indirizzo delle iniziative economiche pubbliche e private. Il patrimonio infrastrutturale e immobiliare diveniva così una risorsa da mobilitare per l'industrializzazione e il riequilibrio territoriale, testimoniando il passaggio da una concezione prevalentemente statica dei beni pubblici al loro impiego come strumenti di politica economica.

27 Cfr. M. Olivi, *Beni pubblici tra privatizzazioni e riscoperta dei beni comuni*, in *Amministrazioni in Cammino*, 2014, 3 ss.

28 *Ex multis*, v. M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, 1962; F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, London, George Routledge & Sons, 1944.

29 J. M. Buchanan, G. Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, University of Michigan Press, 1962.

30 Cfr. E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990; D. C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.

ta strategica e subordinare[31] la dimensione sociale al rispetto delle regole auree[32] di finanza pubblica, elaborate in sede europea e recepite nell'ordinamento interno attraverso interventi di rango costituzionale e legislativo[33].

Da questo momento prende avvio un nuovo ciclo di riforme istituzionali, volto a riequilibrare i rapporti tra Governo e Parlamento e a consolidare la consapevolezza politico-istituzionale sugli effetti delle decisioni di spesa e sulla sostenibilità finanziaria di lungo periodo, nella quale il bilancio non sarà più inteso come mero atto di autorizzazione contabile, ma assumerà la qualifica di «atto so-

31 F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 30 ss.; l'Autore, in particolare, concentra la propria riflessione sulla definizione dei diritti finanziariamente condizionati, ponendo l'attenzione sulla distinzione tra diritti assoluti e diritti relativi. Se si analizza il tema dal punto di vista soggettivo, emerge con chiarezza che i diritti sociali, pur garantiti dalla Costituzione, non assumono lo stesso statuto dei diritti civili e politici, in quanto legati alla prestazione di un servizio pubblico e, quindi, subordinati alla disponibilità delle risorse pubbliche. Da ciò deriva che tali diritti non possono essere considerati assoluti, ma vanno inquadrati come diritti relativi, la cui attuazione concreta dipende dalla capacità dello Stato di organizzare e finanziare i servizi necessari. In questo senso, non si tratta di rimettere in discussione la natura dei diritti fondamentali, né di rispolverare concezioni legate alla programmaticità dei diritti sociali. Piuttosto, si riconosce che i diritti di prestazione hanno un contenuto e una struttura diversi dai diritti di libertà, in quanto presuppongono un intervento attivo e organizzato da parte dell'amministrazione pubblica. Questa impostazione comporta anche una conseguenza sul piano dell'organizzazione dei servizi pubblici: l'utente non coincide necessariamente con il cittadino, e per questo la gestione dei servizi non deve essere vincolata esclusivamente al modello politico-rappresentativo. Si apre così lo spazio per modelli gestionali più funzionali ed efficienti, fondati su criteri economico-aziendali, che meglio rispondono alla logica della performance e della sostenibilità finanziaria.

32 La *golden rule* di bilancio — o «regola aurea della finanza pubblica» — è un principio di finanza pubblica secondo cui l'indebitamento statale è ammissibile unicamente per finanziare spese in conto capitale, ossia investimenti pubblici destinati a generare benefici duraturi, mentre le spese correnti devono trovare copertura integrale nelle entrate ordinarie. Tale principio, che affonda le sue radici nella teoria classica delle finanze pubbliche (R. Musgrave, *The Theory of Public Finance*, 1959), risponde a un criterio di equità intertemporale, giustificando il ricorso al debito come strumento di redistribuzione intergenerazionale in presenza di opere che avvantaggiano le generazioni future. Pur essendo stato recepito in forma esplicita in alcuni ordinamenti nazionali — si pensi, ad esempio, alla *Schuldenbremse* introdotta nella Legge Fondamentale tedesca nel 2009 — la *golden rule* non è mai stata formalmente recepita all'interno del quadro normativo dell'Unione europea. Il Patto di stabilità e crescita, infatti, continua a fondarsi su parametri quantitativi rigidi — in particolare, il limite al disavanzo annuo pari al 3% del PIL e l'obiettivo di mantenere il debito pubblico al di sotto del 60% — senza prevedere una distinzione strutturale tra spese per investimenti e spese correnti. Tale impostazione tende a produrre effetti pro-ciclici, riducendo la capacità discrezionale degli Stati membri nell'attuazione di politiche fiscali anticicliche nei momenti di rallentamento congiunturale. Numerosi

stanziale dello Stato»[34], sede privilegiata di decisioni politiche e giuridiche destinate a orientare e vincolare in modo cogente l'azione dell'Esecutivo[35].

Nell'ambito di tale evoluzione prende forma una diversa concezione dell'azione pubblica, ispirata ai principi dell'economia mista e al pensiero keynesiano, che supera una visione dell'economia circoscritta al problema della scarsità delle risorse, riconoscendone piuttosto la natura di «scienza della scelta in condizioni di incertezza»[36]. Un'impostazione che conserva piena attualità nella disciplina del bilancio pubblico e nella gestione del patrimonio, ove le decisioni ammi-

---

economisti hanno dunque proposto una revisione del sistema fiscale europeo che incorpori una *golden rule* «selettiva», escludendo dal calcolo del deficit strutturale gli investimenti pubblici ad alta valenza strategica — come quelli in infrastrutture, istruzione o sostenibilità ambientale — al fine di incentivare una qualità della spesa orientata allo sviluppo (A. Truger, *Implementing the Golden Rule for Public Investment in Europe*, 2016). La proposta ha trovato rinnovata attenzione nel dibattito successivo alla pandemia, anche alla luce dell'esperienza di *NextGenerationEU* e della temporanea sospensione delle regole fiscali europee mediante l'attivazione della clausola di salvaguardia generale. Permangono, tuttavia, criticità tecniche, legate alla classificazione contabile della spesa pubblica, e politiche, connesse al rischio di opportunismo fiscale e di riclassificazioni artificiose finalizzate ad aggirare i vincoli di bilancio (O. Blanchard, F. Giavazzi, *Improving the SGP through a proper accounting of public investment*, 2004). La riflessione sulla golden rule investe così il rapporto tra disciplina fiscale, qualità della spesa pubblica e solidarietà intergenerazionale, interrogando la capacità della governance europea di conciliare sostenibilità finanziaria e investimenti di lungo periodo.

33 V. Manzetti, *Lo stato sociale tra regole di finanza pubblica e nuovi modelli di welfare*, Napoli, 2024, 9; V. Bontempi, *L'amministrazione finanziaria dello Stato. La gestione della finanza pubblica in un sistema multilivello*, Milano, 2022, 62 ss.; in particolare, il diritto dell'economia in Italia ha conosciuto una profonda trasformazione costituzionale e istituzionale, in larga parte determinata dal processo di integrazione europea e dall'adesione all'Unione economica e monetaria (UEM), che ha ridefinito il rapporto tra sovranità economica nazionale e vincoli sovranazionali. Un primo profilo riguarda la programmazione economico-finanziaria: con il Patto di stabilità e crescita del 1997 e la presentazione dei Programmi di stabilità, la politica di bilancio nazionale è stata assoggettata a obiettivi comuni in materia di disavanzo e debito pubblico. Il sistema è stato rafforzato dal Six Pack del 2011 e dall'introduzione del Semestre europeo, che hanno consolidato i meccanismi di sorveglianza preventiva e coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri. Sul piano interno, l'istituzione del Documento di economia e finanza (DEF) e della relativa Nota di aggiornamento (NADEF) ha contribuito ad adeguare il ciclo nazionale di bilancio alle scadenze e agli obblighi europei. A ciò si è aggiunta, nel 2012, l'istituzione del Meccanismo europeo di stabilità (MES), quale strumento di assistenza finanziaria agli Stati dell'area euro subordinato a specifiche condizioni. Parallelamente, il sistema bancario e finanziario italiano è stato interessato da una trasformazione avviata con la legge Amato-Carli del 1990, che ha favorito la separazione tra attività bancaria e funzioni di interesse pubblico, la costituzione delle fondazioni bancarie e la successiva privatizzazione del settore

nistrative richiedono di valutare conseguenze economiche, finanziarie e patrimoniali non sempre prevedibili, senza trascurare la sostenibilità delle scelte nel lungo periodo. Del resto, il disegno costituzionale degli artt. 41-43 Cost. trova nel principio di «complementarità»[37] tra iniziativa economica privata e intervento dei pubblici poteri uno dei suoi tratti qualificanti, superando la tradizionale contrapposizione fra Stato e mercato e riconoscendo a entrambi un ruolo concorrente nella realizzazione dell'interesse generale, nella tutela dei beni pubblici e nella

creditizio. Il processo di autonomia della Banca d'Italia, consolidato nel quadro dell'integrazione monetaria europea, ha inoltre accompagnato il superamento del finanziamento monetario diretto della spesa pubblica. L'insieme di tali trasformazioni ha contribuito alla formazione di una governance economica multilivello, caratterizzata dalla compresenza di competenze nazionali e vincoli europei, entro cui si manifesta la tensione tra autonomia delle decisioni di politica economica e rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'UEM.

34 L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948 segna un passaggio fondamentale nella disciplina della finanza pubblica, attribuendo all'art. 81 Cost. una funzione di garanzia nei rapporti tra Governo e Parlamento e nella regolazione delle decisioni finanziarie. Pur conservando, nella sua formulazione originaria, la tradizionale distinzione tra bilancio e legge di approvazione, la disposizione costituzionale ha conosciuto una significativa evoluzione normativa e giurisprudenziale, che ha favorito il riconoscimento della portata sostanziale della legge di bilancio, quale sede di decisioni finanziarie sottoposte al sindacato di legittimità costituzionale e strumento essenziale per l'attuazione degli indirizzi politico-economici dello Stato.

35 G. Rivosecchi, *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*, cit., 17; G. Vitagliano, *Il contenuto giuridico della legge di bilancio*, Roma, Officine tipografiche italiane, 1909, 398; V. E. Orlando, *Il contenuto giuridico della legge del bilancio. A proposito di una recente pubblicazione*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, III, 1911, 268-276; nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando, il valore giuridico della legge di bilancio non può essere ricondotto a una dimensione puramente contabile o tecnica, trattandosi di un atto fondamentale, posto al confine tra diritto pubblico, contabilità statale e finanza pubblica. La legge di bilancio costituisce, infatti, una vera e propria «legge attributiva di competenza», che, pur non introducendo direttamente nuove norme sostanziali, abilita gli organi del potere esecutivo ad agire in nome dello Stato entro i limiti finanziari autorizzati. In assenza di tale autorizzazione, l'attività amministrativa risulterebbe priva della necessaria legittimazione giuridica, sicché il bilancio assume una funzione normativa, ancorché indiretta. Orlando distingue, al riguardo, tra legge materiale, che modifica il diritto vigente, e legge formale, che, pur rivestendo la forma legislativa, non innova l'ordinamento. La legge di bilancio, sebbene caratterizzata da un contenuto prevalentemente autorizzativo, conserva piena efficacia giuridica, poiché delimita in modo vincolante l'ambito entro cui l'amministrazione può operare. Attraverso la sua approvazione, il Parlamento esercita non soltanto una funzione di controllo, ma concorre a definire i limiti giuridici dell'azione pubblica, assicurando la legittimazione democratica delle decisioni finanziarie. Il bilancio si configura, pertanto, come uno strumento essenziale di subordinazione dell'attività finanziaria dello Stato al diritto, attraverso il quale l'esercizio del

garanzia dei diritti fondamentali della persona[38].

Resta, nondimeno, aperta «la questione del delicato "equilibrio" tra libertà economica e funzione pubblica, che la stessa Costituzione sembra risolvere in un vero e proprio "compromesso normativo": da un lato, esclude tanto un modello integralmente affidato al mercato quanto un assetto interamente pianificato e dirigista; dall'altro, attraverso l'art. 41 – definito in dottrina come la vera e propria «base materiale della Costituzione economica»[39] – subordina l'esercizio dell'iniziativa privata alla compatibilità con l'utilità sociale e al rispetto di valori supremi quali la sicurezza, la libertà e la dignità della persona, riflettendo così l'intreccio delle diverse matrici culturali che hanno animato il dibattito della Costituente»[40].

---

potere amministrativo viene ricondotto entro i confini dell'autorizzazione parlamentare.

36 F. Felis, *L'incertezza economica e l'art. 2086 c.c.: la business judgment rule*, in *Diritto della crisi*, 2025, 4; in particolare, alcuni autori hanno osservato che la differenza essenziale tra Keynes e altri economisti nell'impiego della matematica risiede nel fatto che, mentre questi ultimi concepiscono l'economia come logica della scelta in condizioni di scarsità, per Keynes essa rappresenta invece una logica della scelta in condizioni di incertezza. La sua impostazione si fonda su una nozione di probabilità logica non quantificabile, che restituisce l'immagine di un'economia dominata dall'incertezza, nella quale assumono rilievo la ragionevolezza delle decisioni, i dilemmi della scelta e l'impossibilità di una misurazione pienamente determinata delle grandezze. Ne deriva un modo innovativo di ragionare, in cui l'oggetto dell'analisi non è la distribuzione ottimale di risorse limitate, ma la gestione dell'incertezza che accompagna le diverse opzioni decisionali. Per una rassegna sistematica sul tema si v. A. M. Carabelli, *John Maynard Keynes: il ragionamento economico. Complessità, incertezza, felicità, dilemmi tragici,* Roma, 2024; C. Zappia, *L'incertezza in economia. Una storia delle teorie da Keynes ai giorni nostri,* Roma, 2023; J. M. Keynes, *The General Theory of Employment*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1937, 209-223; J. M. Keynes, G. La Malfa, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse, della moneta*, Milano, 2023.

37 G. F. Ferri, *Stato e mercato nell'esperienza italiana: dall'Unità alla Seconda guerra mondiale*, in Id. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2019, 46.

38 F. Conte, *Governare in «equilibrio». La disciplina di bilancio e i diritti sociali alla prova della governance europea*, in *Rivista Semestrale di Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2025, 462; F. Marone, *Libertà d'iniziativa economica privata e giudice amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2023, 441 ss.

39 M. Goldoni, *Costituzione economica*, in C. Caruso, C. Valentini (a cura di), *La grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, 178.

40 F. Conte, *Governare in «equilibrio». La disciplina di bilancio e i diritti sociali alla prova della governance europea*, cit., 462.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, la genealogia della transizione verso lo Stato "neo-liberale", ispirata ai criteri di "risultato", ci consegna oggi l'immagine di una sfera patrimoniale pubblica sospesa tra conservazione e dismissione, tra tutela e valorizzazione: se nelle epoche precedenti i beni pubblici rappresentavano un simbolo di potere o una leva di sviluppo, nell'attuale scenario globale il loro destino dipende dalla capacità delle istituzioni di trasformare l'eredità storica in un capitale istituzionale e sociale, gestito con criteri manageriali, ma sempre e necessariamente finalizzato alla realizzazione del bene comune.

In questa nuova architettura, la dimensione pubblicistica del bene tende a integrarsi sempre di più con la sua valenza economica, richiedendo dunque una duplice lettura del diritto della res publica che sappia coniugare la tutela giuridico-formale con la valutazione contabile-gestionale; questioni che troveranno ulteriore sviluppo nei paragrafi seguenti.

3. Il governo dei beni pubblici: tra funzione istituzionale e vincoli finanziari

Una ricostruzione sistematica delle modalità di governo dei beni pubblici richiede, anzitutto, di considerarne il regime giuridico, che ne definisce la natura e ne disciplina le forme di utilizzazione. Le politiche di riduzione, razionalizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico rendono particolarmente evidente la necessità di distinguere la proprietà pubblica dalle categorie tradizionali del diritto privato, non potendosi ricondurre le due forme di appartenenza a semplici varianti di un medesimo istituto, differenziate esclusivamente in ragione della natura del soggetto titolare[41].

Se è vero, infatti, che « la proprietà pubblica, pur nelle diverse sfumature del regime giuridico[42], deve essere strutturalmente orientata alla destinazione pubblica, può concludersi che quest'ultima ne compenetri dall'interno il contenuto, il quale non può tradursi in termini di diritto soggettivo, ma, piuttosto, di

41 S. Mabellini, *La "valorizzazione" come limite costituzionale alla dismissione dei beni culturali pubblici e come "funzione" della proprietà pubblica del patrimonio storico-artistico*, in *Rivista Diritto e Società*, 2, 2012, 204.

42 Cfr. S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, in Id., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 152 ss.

funzione»[43].

Un'impostazione che non trova immediata corrispondenza nella disciplina della proprietà privata, neppure alla luce del riconoscimento costituzionale della sua funzione sociale[44]. È vero che l'art. 42 Cost. affida alla legge il compito di assicurarne l'utilità generale e che una parte della dottrina ha valorizzato tale funzione quale elemento idoneo a incidere sul contenuto del diritto; nel caso dei beni pubblici, invece, il vincolo di destinazione non opera come limite esterno all'esercizio del diritto, ma concorre fin dall'origine a definirne la fisionomia giuridica, orientandone struttura e modalità di godimento.

Per questa ragione, come ha efficacemente osservato Sabino Cassese, tali beni non possono essere considerati meri oggetti di appartenenza, ma strumenti attraverso i quali l'amministrazione realizza in concreto le proprie attribuzioni e assolve ai compiti istituzionali ad essa affidati[45]. La titolarità, quindi, non rappresenta un punto di arrivo, ma costituisce il presupposto giuridico attraverso il quale l'interesse generale si traduce in scelte concrete di gestione, organizzazione e allocazione delle risorse.

Il patrimonio — inteso come complesso dei beni e dei rapporti giuridici riferibili all'ente — assume così una duplice rilevanza: da un lato, quale strumento

---

43 S. Mabellini, *La "valorizzazione" come limite costituzionale alla dismissione dei beni culturali pubblici e come "funzione" della proprietà pubblica del patrimonio storico-artistico*, cit., 205; sul punto, l'Autrice richiama anzitutto il contributo di F. Santoro-Passarelli, *Proprietà*, in *Enciclopedia del Novecento* (1980), il quale rileva come «la proprietà pubblica è per sé funzione pubblica, in quanto vincolata alla soddisfazione dell'interesse pubblico, di cui l'ente titolare è curatore. (...) Sotto il nome di proprietà vanno dunque, anche nel linguaggio giuridico, istituzioni diverse nella più intima essenza: rispetto al bene, la proprietà privata è diritto soggettivo e libertà, la proprietà pubblica è funzione e vincolo». Analogamente, V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2004, 2, secondo il quale «è proprio la loro appartenenza allo Stato e agli altri enti» a imprimere al regime giuridico dei beni pubblici una connotazione «preponderante nel senso del dovere piuttosto che in quello del diritto». In argomento, v. altresì A. Romano, *Demanialità e patrimonialità: a proposito dei beni culturali*, in V. Caputi Jambrenghi (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano, 1999, 407 ss., e A. Police, *I beni di proprietà pubblica*, in F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 639 ss.

44 S. Mabellini, *La "valorizzazione" come limite costituzionale alla dismissione dei beni culturali pubblici e come "funzione" della proprietà pubblica del patrimonio storico-artistico*, cit., 206.

45 S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, 287.

di attuazione delle funzioni pubbliche; dall'altro, quale elemento strutturale degli equilibri di finanza pubblica. La sua gestione può riflettersi sui flussi della gestione corrente, attraverso politiche di razionalizzazione e valorizzazione, e, al contempo, sulla dinamica dello stock di debito, mediante operazioni straordinarie suscettibili, a determinate condizioni, di contribuire a ridurne la consistenza. In questa duplice dimensione — gestionale e strutturale — il patrimonio concorre alla tenuta complessiva dei conti pubblici e alla sostenibilità dell'indebitamento nel medio periodo, ferma restando l'esigenza di valutarne la proficuità non soltanto in termini finanziari, ma anche in relazione alla capacità di assicurare «un'utilità oggettiva sotto il profilo sociale e culturale»[46].

A questa evoluzione sul piano sostanziale non ha fatto seguito, almeno fino alle più recenti iniziative di riforma, un corrispondente adeguamento della disciplina contabile e delle tecniche di rappresentazione nel bilancio pubblico.

Se sul piano giuridico, già oggetto di una prima sistematizzazione nel diritto romano destinata a segnare profondamente la tradizione giuridica occidentale[47], si è infatti assistito al superamento di una concezione individualistico-liberale

46 A. Buscema, *La tutela e la valorizzazione dei beni pubblici tra funzione sociale ed interessi economici della proprietà pubblica*, cit., 16.

47 Nel diritto romano, le res publicae designavano i beni riconducibili al populus Romanus, assoggettati a regimi giuridici differenti in ragione della loro destinazione. La distinzione tra *res in usu publico* e *res in patrimonio populi* consentiva, infatti, di differenziare i beni destinati all'uso collettivo, quali strade, piazze, porti e fiumi pubblici, da quelli suscettibili di utilizzazione economica, come terreni, boschi e pascoli pubblici, dai quali potevano derivare entrate attraverso concessioni e altre forme di sfruttamento patrimoniale. Accanto a tali categorie si collocavano le *res communes omnium*, tra cui l'aria, il mare e il lido del mare, considerate comuni a tutti secondo il diritto naturale e caratterizzate, pur con le specificità dei rispettivi regimi, dalla possibilità di fruizione collettiva. Pur non essendo direttamente sovrapponibili alle categorie giuridiche contemporanee, tali distinzioni costituiscono un importante antecedente storico della differenziazione tra beni destinati all'uso pubblico e beni suscettibili di gestione patrimoniale. La successiva elaborazione della proprietà pubblica nell'esperienza giuridica europea, anche attraverso la legislazione francese e il *Code civil* del 1804, contribuì alla definizione di regimi differenziati di appartenenza, destinazione e circolazione dei beni. Nell'ordinamento italiano, tale evoluzione trovò espressione nel Codice civile del 1865 e, successivamente, in quello del 1942, che disciplinò i beni pubblici secondo categorie e regimi giuridici distinti. Per una ricostruzione delle categorie romanistiche dei beni pubblici, v., tra gli altri, G. Segrè, *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà e gli altri diritti reali*, I, Torino, 1927, 70 ss.; G. Longo, *Diritto romano, IV. Diritti reali*, Roma, 1941, 24 ss.; G. Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, I, Milano, 1945, 89 ss.; P. Bonfante, *Corso di diritto romano. Vol. II - La proprietà, Parte II*, Milano, 1966, 83 ss.; G. Grosso, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose - Contratti*, Torino, 1974, 33 ss.;

della proprietà, fondata unicamente sul titolo dominicale, per approdare a una lettura funzionale del bene in rapporto agli interessi collettivi, sul piano contabile è rimasta a lungo dominante una logica prevalentemente "conservativa"[48].

Ancorata alle categorie civilistiche dell'incommerciabilità, dell'imprescrittibilità e dell'inalienabilità, questa logica ha indotto a considerare i beni pubblici soprattutto sotto il profilo della loro appartenenza soggettiva, fino a ritenerli, in molti casi, di fatto "invalutabili" e marginali nella rappresentazione di bilancio[49]; un impianto che ha contribuito a consolidare una visione statica del patrimonio pubblico, trovando la propria cristallizzazione nella «bipartizione»[50] operata dal Codice civile del 1942, ferma restando la distinzione tra proprietà pubblica e privata successivamente sancita dall'art. 42 Cost. quale principio generale dell'ordinamento proprietario[51].

ID., *Corso di diritto romano. Le cose. Con una «nota di lettura» di Filippo Gallo*, in *Riv. Dir. Rom.*, 1, 2001, 37 ss.; G. PUGLIESE, *'Res publicae in usu populi' e 'in patrimonio populi' nel corso di Gaetano Scherillo sulle cose*, in *Gaetano Scherillo, Atti del Convegno, Milano, 22-23 ottobre 1992*, Bologna, 1994, 163 ss.; M. G. ZOZ, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Aspetti e prospettive di ricerca,* Torino, 2007, 129; M. GIAGNORIO, *Il contributo del 'civis' nella tutela delle 'res in usu publico'*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 6, 2013, 5 ss.; A. DANI, *Il concetto giuridico di 'beni comuni' tra passato e presente*, in *Historia et Ius*, 6, 2014, 3 ss.; C. CHEVALIER, *Sulle res in patrimonio populi*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 14, 2022, 1 ss.

48 G. COLOMBINI, *Beni pubblici, gestioni patrimoniali, concessioni demaniali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3, 2022, 675.

49 G. COLOMBINI, *Beni pubblici, gestioni patrimoniali, concessioni demaniali*, cit., 675.

50 Il regime giuridico dei beni pubblici trova la propria disciplina fondamentale nel Codice civile, che distingue i beni demaniali (artt. 822–825 c.c.) dai beni patrimoniali, a loro volta disponibili o indisponibili (artt. 826–830 c.c.). La *ratio* di tale bipartizione si rinviene nella volontà del legislatore di graduare la tutela giuridica in rapporto alla diversa intensità dell'interesse generale che ciascuna categoria è chiamata a garantire: nei beni demaniali, l'elemento pubblicistico si manifesta in forma piena, a presidio di funzioni essenziali per la vita della comunità nazionale; nei beni patrimoniali indisponibili, esso si attenua, ma permane quale vincolo funzionale volto ad assicurare la destinazione del bene al perseguimento di finalità pubbliche o socialmente rilevanti. Sul punto, per un'analisi più approfondita, v. S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, VII, 1964, 3 ss.

51 Cfr. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, Cedam, 1983; M. S. GIANNINI, *I Beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963, 9 ss.; nel nostro ordinamento, la disciplina dei beni pubblici trova una prima sistemazione nel Libro III del Codice civile, che distingue tra beni demaniali e patrimoniali, questi ultimi disponibili o indisponibili. Tale classificazione, pur innovativa per l'epoca, fu giudicata da Massimo Severo Giannini più formale che sostanziale, poiché non

È mancata così, per decenni, una riflessione sistematica sulla compatibilità tra il regime giuridico della proprietà pubblica e le esigenze di valorizzazione, anche in ragione di un apparato normativo risalente alla legge di contabilità generale dello Stato del 1923 e al relativo regolamento del 1924, ormai inadeguato rispetto a una amministrazione chiamata a confrontarsi con la crescente complessità della finanza pubblica e con la necessità di misurare l'impatto delle proprie decisioni patrimoniali[52].

Un primo, seppur timido, tentativo di superamento si manifestò con la legge n. 468 del 1978 che, pur mirando a razionalizzare il ciclo di bilancio e ad adeguare gli strumenti contabili alle nuove esigenze di programmazione, non riuscì a incidere in modo sostanziale sul paradigma tradizionale: l'ampliamento della di-

---

chiariva pienamente le ragioni giuridiche della diversa qualificazione dei beni. La distinzione si riflette principalmente sul relativo regime di circolazione: i beni demaniali, sottratti alla libera disponibilità dell'amministrazione, sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi se non nei casi e nei modi stabiliti dalla legge, mentre i beni del patrimonio indisponibile, pur soggetti a vincoli di destinazione pubblica, possono essere trasferiti purché non ne venga compromessa la destinazione, secondo quanto previsto dall'art. 828 c.c. Il venir meno della destinazione pubblica, nei casi e secondo le modalità previste dall'ordinamento, consente il passaggio del bene al patrimonio disponibile, con conseguente applicazione delle ordinarie regole di circolazione. I beni demaniali comprendono tanto quelli individuati in ragione delle loro caratteristiche naturali, come il lido del mare e i fiumi, quanto quelli assoggettati a tale regime in funzione della loro destinazione, come le opere destinate alla difesa nazionale. La Costituzione repubblicana ha conferito a tale disciplina un più ampio fondamento, riconoscendo all'art. 42 la coesistenza della proprietà pubblica e privata e prevedendo, all'art. 43, la possibilità di riservare o trasferire allo Stato, a enti pubblici o a comunità di lavoratori o utenti determinate imprese o categorie di imprese di preminente interesse generale. La disciplina dei beni pubblici risulta, pertanto, differenziata in ragione della loro qualificazione giuridica e destinazione funzionale, ferma restando l'applicazione delle regole comuni della proprietà privata in assenza di specifiche disposizioni derogatorie.

52 G. Colombini, *Beni pubblici, gestioni patrimoniali, concessioni demaniali,* cit., 675; in particolare, secondo la ricostruzione dell'Autore, la rappresentazione contabile dei beni demaniali e patrimoniali indisponibili risultava storicamente limitata, soprattutto sotto il profilo della valutazione economica e dell'informazione inventariale. Per i beni demaniali si prevedevano meri elenchi descrittivi, privi di riferimenti catastali e di stime di valore o di redditività, salvo l'indicazione del canone concessorio (spesso simbolico) nei casi di uso eccezionale da parte di privati. Per i beni patrimoniali indisponibili, pur soggetti a un regime assimilato, era ammessa l'indicazione di un valore fondiario stimato o dell'estimo catastale, in considerazione del fatto che la loro specialità derivava dalla destinazione a un pubblico servizio o a una funzione collettiva: venuta meno tale destinazione, il bene, pur restando di proprietà dello Stato, diveniva disponibile e dunque commerciabile.

screzionalità politica, la frammentazione normativa, l'uso opaco dei fondi speciali e l'assenza di adeguati meccanismi di rendicontazione hanno progressivamente svuotato la portata sostanziale del principio di legalità finanziaria, favorendo l'affermarsi di una prassi emergenziale – talora qualificabile come «finanza d'eccezione» – nella quale l'allocazione delle risorse appare spesso slegata da un'analisi trasparente e sistemica di costi, benefici e impatti di lungo periodo[53].

Sarà a partire dagli anni Novanta, nel quadro delle riforme amministrative e contabili ispirate alla cosiddetta "cultura dell'efficienza e della funzionalità"[54], che si affermerà una rinnovata consapevolezza circa la natura economica e dinamica del bene pubblico, non più inteso quale mero oggetto di tutela o di conservazione, bensì come risorsa produttiva e strumento operativo dell'azione amministrativa.

Ebbene, in questa fase di transizione istituzionale e di progressiva «responsabilizzazione per risultati» da parte delle amministrazioni pubbliche, è possibile delineare due distinti piani evolutivi: il primo, di ordine organizzativo-gestionale,

---

53 G. Rivosecchi, *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*, cit., 16 ss.; in particolare, a livello nazionale, la legge n. 468 del 1978 rappresentò un primo tentativo organico di razionalizzazione della finanza pubblica, mediante l'introduzione della Relazione previsionale e programmatica (RPP), della legge finanziaria annuale e del bilancio pluriennale, nonché il rafforzamento degli strumenti di programmazione economica. Tale impianto, tuttavia, mostrò presto i propri limiti, soprattutto a causa di prassi legislative disordinate e della sovrapposizione tra programmazione e decisione normativa. Per distinguere maggiormente le due fasi, la legge n. 362 del 1988 istituì il Documento di programmazione economico-finanziaria (DPEF), destinato a definire preventivamente gli obiettivi macroeconomici e a orientare la successiva manovra finanziaria. Anche questo strumento incontrò difficoltà applicative, riconducibili alla debolezza del coordinamento istituzionale e alle tensioni tra i ministeri competenti nella definizione delle politiche di bilancio. La decisione sulla spesa continuò così a frammentarsi in una molteplicità di atti normativi, attraverso il ricorso a fondi speciali, disposizioni omnibus, leggi-provvedimento ed emendamenti tardivi, talora accompagnati da coperture finanziarie inadeguate. Tali prassi contribuirono a indebolire la trasparenza delle decisioni, l'effettività del controllo parlamentare e la qualità della spesa pubblica, favorendo il ricorso a strumenti derogatori rispetto alla programmazione ordinaria. Le successive riforme della contabilità pubblica, fino alla costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio nel 2012, si inserirono nel tentativo di superare queste criticità, anche sotto la crescente influenza del diritto europeo sulla disciplina nazionale della programmazione economico-finanziaria.

54 M. S. Giannini, *In principio sono le funzioni*, in Amm. Civ., II, 3, 1959, 11 ss.; F. Conte, *Il ruolo del principio di risultato e della digitalizzazione nel processo di riforma della pubblica amministrazione,* in *Amministrativ@mente*, 3, 2024, 1294 ss.

volto a ridefinire le modalità di *governance* delle risorse patrimoniali; il secondo, di carattere regolatorio-costituzionale, concernente il ruolo del bene pubblico nell'ordinamento, quale componente della finanza pubblica e parametro della sostenibilità delle decisioni amministrative.

Sul versante organizzativo-gestionale un momento decisivo è rappresentato sicuramente dalla legge n. 241 del 1990, che, in sintonia con il rinnovamento dell'azione amministrativa successivamente sviluppatosi anche attraverso logiche manageriali di derivazione privatistica, ha avviato un profondo processo di modernizzazione della pubblica amministrazione, ponendo le premesse per l'affermazione del principio del risultato[55] quale criterio ordinatore dell'azione amministrativa e parametro essenziale del "buon andamento"[56] ai sensi dell'art. 97 della

55 Sulle nozioni concernenti l'amministrazione di risultato si vedano V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 617 ss.; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in Annuario AIPDA, 2002, 127 ss.; Id., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.; Id., *Costruzione del "futuro" delle decisioni e Giustizia nell'Amministrazione di risultato*, in L. Iannotta (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003, 3 ss.; A. Romano Tassone, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in Scritti in onore di Elio Casetta, Napoli, 2001, 813 ss.; R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2003, 102 ss.; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in Annuario AIPDA, cit., 107 ss.; M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 172 ss.

56 *Ex multis*, v. F. G. Scoca, *Attività amministrativa*, in Enc. dir., Aggiornamento, 2002, III, 100 ss.; S. Pensabene Lionti, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*, in Foro amm. TAR, 3, 2004, 1; Id., *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 191 ss.; M. Immordino, A. Police, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 163-164; R. Ferrara, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. e soc.*, 2000, 101; M. Paoloni, F. G. Grandis, *La dimensione aziendale delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2007, 495; S. Romanazzi, *Il nuovo volto del performance management nella pubblica amministrazione: stato dell'arte, prospettive e PNRR*, in P. Adinolfi, A. F. Uricchio (a cura di), *Valutare la complessità. La performance nelle organizzazioni pubbliche*, Roma, 2025, 35; a questo principio, sancito dall'art. 97 della Costituzione e più volte utilizzato dalla giurisprudenza – anche costituzionale – come parametro di riferimento, vengono solitamente ricondotti tre corollari diretti, le cosiddette "tre E": efficienza, efficacia ed economicità. L'efficienza esprime la capacità dell'amministrazione di utilizzare le risorse disponibili in modo ottimale, massimizzando i risultati a parità di mezzi o, viceversa, minimizzando i costi a parità di obiettivi raggiunti. L'efficacia, strettamente connessa ma concettualmente distinta, riguarda invece la corrispondenza tra fini prefissati e risultati conseguiti, ponendo l'accento non sul quantum delle risorse impiegate, bensì sul grado di realizzazione delle finalità istituzionali. Più sfuggente si presenta la nozione di economicità, che muta di significato a seconda della

Costituzione.

La considerazione del risultato ha assunto una specifica rilevanza anche sul terreno dell'organizzazione amministrativa, soprattutto con le riforme della dirigenza pubblica e dei controlli interni, che hanno introdotto veri e propri «meccanismi di performance»[57], associando all'esercizio delle funzioni dirigenziali una più stringente responsabilità per gli obiettivi assegnati. Il coinvolgimento diretto e la responsabilizzazione dei dirigenti[58], sostenuti da adeguati sistemi di valutazio-

prospettiva disciplinare assunta: per l'economia aziendale, essa coincide con la remunerazione adeguata di tutti i fattori produttivi, inclusi il lavoro dell'imprenditore, compensato mediante il c.d. salario direzionale, e il capitale di apporto, remunerato attraverso l'interesse di computo; sotto il profilo giuridico-commerciale, essa si ricollega invece all'art. 2082 c.c., che identifica nell'attività economica organizzata per la produzione o lo scambio di beni e servizi il tratto distintivo dell'impresa; mentre, nella prospettiva del diritto amministrativo, economicità equivale a un'ottimale allocazione delle risorse pubbliche, secondo una visione che, pur autonoma, finisce per convergere con l'impostazione economica generale. Si delinea così una circolarità concettuale che, attraverso differenti angoli visuali, riconduce l'economicità al comune denominatore dell'impiego razionale e ottimale delle risorse.

57 La nozione di performance è definita come «il contributo che un'entità – sia essa individuo, gruppo, unità organizzativa, programma o politica pubblica – apporta al conseguimento delle finalità istituzionali e alla soddisfazione dei bisogni collettivi per i quali l'organizzazione è stata costituita». Tale definizione, contenuta nella Delibera CiVIT n. 89 del 2010, emanata in attuazione del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (riforma Brunetta), testimonia il consolidamento del performance management nel settore pubblico italiano, secondo un'impostazione amministrativa orientata ai risultati. Originariamente sviluppato in ambito aziendale come strumento di controllo di gestione, il concetto di performance ha assunto una dimensione organizzativa e strategica, fondata sulla coerenza tra obiettivi, risorse impiegate e risultati conseguiti. La letteratura internazionale, dagli studi di Koontz e Taylor alle elaborazioni di Armstrong e Baron e al modello di Ferreira e Otley, ha contribuito al superamento della valutazione delle sole prestazioni individuali (*performance appraisal*) a favore di sistemi multidimensionali di misurazione della performance organizzativa. Nell'ordinamento italiano, il d.lgs. n. 150/2009 ha introdotto il Sistema di misurazione e valutazione della performance (SMVP), rafforzando i principi di trasparenza, responsabilità e miglioramento dell'azione amministrativa. Il successivo d.lgs. n. 74/2017 (riforma Madia) ha accentuato il collegamento tra programmazione strategica, valutazione organizzativa e individuale e allocazione delle risorse, mentre il d.l. n. 80/2021, attraverso l'introduzione del Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO), ha ricondotto tali dimensioni a una programmazione unitaria, orientata alla creazione di valore pubblico. Il Performance Management System (PMS) assume così una funzione di governo dell'organizzazione, integrando indicatori economico-finanziari e qualitativi, relativi alla qualità dei servizi, alla cultura organizzativa e alla sostenibilità dell'azione amministrativa. La performance pubblica esprime, pertanto, non soltanto i risultati conseguiti, ma anche la capacità

ne[59], hanno così contribuito all'affermazione di una cultura della governance pubblica maggiormente attenta alla qualità della gestione e all'impiego delle risorse.

Anche l'organizzazione delle amministrazioni finanziarie è stata profondamente influenzata da questa stagione di riforme. La nascita del Ministero dell'Economia e delle Finanze, avviata dal d.lgs. n. 300/1999 e formalizzata nel 2001, rappresenta un ulteriore passaggio nel processo di modernizzazione dell'amministrazione pubblica. Questo passaggio si pone in continuità con il processo di riforma della contabilità patrimoniale avviato dal d.lgs. n. 279 del 1997, che ha affiancato alla tradizionale classificazione giuridica dei beni dello Stato nuovi criteri di rappresentazione economica e funzionale[60]. Accentrare in un uni-

dell'amministrazione di apprendere, adattarsi ai mutamenti economici e sociali e rispondere ai bisogni collettivi mediante obiettivi e indicatori verificabili. Sul concetto di performance management, si v., tra gli altri, R. S. Kaplan, D. P. Norton, *The Balanced Scorecard: Measures That Drive Performance*, in *Harvard Business Review*, 1992, 71-79; M. Armstrong, A. Baron, *Performance Management: The New Realities*, London, Institute of Personnel and Development, 1998; A. Ferreira, D. Otley, *The design and use of performance management systems: An extended framework for analysis*, in *Management Accounting Research*, 2009, 20(4), 263-282; R. Mussari, *Performance e valore pubblico*, Milano, 2022.

58 La responsabilità dirigenziale costituisce, nell'ordinamento italiano, uno strumento di accountability connesso al conseguimento degli obiettivi assegnati e alla valutazione dei risultati dell'azione amministrativa, strettamente collegato al principio di distinzione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione. La sua disciplina ha conosciuto una significativa evoluzione normativa, a partire dal d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, attraverso il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, fino al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che ne individua i presupposti e le conseguenze, in particolare all'art. 21. Per un approfondimento sull'argomento, v. L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000; S. Battini, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2015, 53-67; C. Celone, *La responsabilità dirigenziale fra Stato ed enti locali*, Napoli, 2018.

59 R. Ursi, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, in B. Marchetti, M. Renna (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana - Studi - La giuridificazione*, Firenze University Press, 2017, 461.

60 G. Colombini, *Beni pubblici, gestioni patrimoniali, concessioni demaniali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3, 2022, 678; in particolare, l'art. 14 del d.lgs. 7 agosto 1997, n. 279 stabilisce che, «ferma restando l'attuale distinzione in categorie dei beni dello Stato, al fine di consentire l'individuazione di quelli suscettibili di utilizzazione economica», il «Conto generale del patrimonio» debba essere integrato con una classificazione ulteriore, modellata sulla tipologia indicata nella tabella C allegata al decreto, relativa anche ai beni di cui all'art. 822 c.c.; tabella che il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (oggi MEF), di concerto con i ministri competenti, è autorizzato a modificare o integrare. La disposizione introduce una più compiuta rappresentazione economica della gestione dei beni dello Stato, indipendentemente

co polo istituzionale le competenze di indirizzo, coordinamento e controllo ha così posto le basi per una gestione strategica e integrata della ricchezza nazionale[61].

È in questo nuovo quadro istituzionale che si sono sviluppate due principali direttrici di intervento. La prima riguarda la valorizzazione economica del patrimonio pubblico, perseguita attraverso le operazioni di cartolarizzazione disciplinate dal d.l. n. 351 del 2001, la costituzione di Patrimonio dello Stato S.p.A. e Infrastrutture S.p.A., previste rispettivamente dagli artt. 7 e 8 del d.l. n. 63 del 2002, nonché il ricorso al Fondo Immobili Pubblici (FIP). Si tratta di «strumenti finanziari innovativi», concepiti per mobilizzare il valore degli asset immobiliari pubblici e favorire il reperimento di risorse finanziarie, anche ai fini del conteni-

---

dalla loro qualificazione giuridica, prevedendo altresì la redazione di un documento contabile, da allegare al Conto generale del patrimonio, che dia evidenza delle componenti positive e negative della gestione e dei relativi indici di redditività.

61 V. Bontempi, *L'amministrazione finanziaria dello Stato. La gestione della finanza pubblica in un sistema di governo multilivello*, Milano, 2022, 38 ss.; nello specifico, l'esigenza di valorizzare il patrimonio pubblico e di utilizzare le dismissioni immobiliari anche per finalità di riequilibrio finanziario acquisì particolare rilievo nell'ambito degli interventi normativi dei primi anni Novanta, tra cui la legge n. 359 del 1992, trovando successivamente una disciplina più organica nel d.l. n. 351 del 2001, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 410 del 2001. La svolta organizzativa maturò con il d.lgs. n. 430 del 1997, adottato in attuazione della legge 3 aprile 1997, n. 94, che sancì l'accorpamento del Ministero del tesoro con quello del bilancio e della programmazione economica. Tale unificazione, concepita per rispondere alle trasformazioni dell'ordinamento nazionale «con un occhio all'Europa», avviò il processo di concentrazione delle competenze in materia di programmazione economica e gestione finanziaria, successivamente completato dal d.lgs. n. 300 del 1999, che dispose la confluenza delle funzioni del Tesoro, delle Finanze e del Bilancio nel nuovo Ministero dell'economia e delle finanze. Il riassetto consentì di riunire sotto un'unica guida le principali competenze in materia di entrate, spesa, debito pubblico, partecipazioni statali e privatizzazioni, introducendo una struttura dipartimentale che assunse un significato anche istituzionale, soprattutto per la Ragioneria generale dello Stato, tradizionalmente considerata un «ministero nel ministero» (così L. Fiorentino, in Speciale Newsletter presso l'Osservatorio Amministrazione e Finanza Pubblica, 4, 2025, 2 ss.). Contestualmente furono istituite le agenzie fiscali, tra cui l'Agenzia del demanio, inizialmente configurata come agenzia amministrativa e successivamente trasformata in ente pubblico economico dal d.lgs. n. 173 del 2003, secondo un'impostazione che attribuiva alla gestione del patrimonio immobiliare una dimensione economico-imprenditoriale, oltre che amministrativo-contabile. Considerati anche alla luce delle successive riforme costituzionali del 2012, tali interventi testimoniano il superamento della frammentazione organizzativa e il rafforzamento della funzione strategica del patrimonio pubblico, quale strumento delle politiche economiche e della sostenibilità finanziaria di lungo periodo.

mento del debito[62]. La seconda direttrice riguarda, invece, le attività di ricognizione e trasparenza patrimoniale, tra cui si collocano il progetto «Patrimonio della PA», oggi sviluppato attraverso l'applicativo «Immobili» del Dipartimento del Tesoro, destinato alla rilevazione e all'aggiornamento dei dati relativi ai beni immobili delle amministrazioni pubbliche, e gli strumenti digitali dell'Agenzia del demanio, come OpenDemanio[63].

Esperienze che, pur segnate da esiti disomogenei e talora da criticità rilevate anche dalla Corte dei conti, hanno contribuito a rinnovare il rapporto tra vincolo di destinazione dei beni e logiche di mercato, pur lasciando irrisolte le difficoltà derivanti dalla frammentazione delle competenze e dall'assenza di «una visione organica e sistemica dell'insieme dei beni»[64], necessaria per una gestione coordinata e consapevole del patrimonio pubblico[65].

---

62 G. Colombini, *Beni pubblici, gestioni patrimoniali, concessioni demaniali*, cit., 678; tra gli strumenti di finanza innovativa destinati alla dismissione e valorizzazione del patrimonio pubblico, particolare rilievo assume la cartolarizzazione immobiliare, disciplinata dal d.l. 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, che ha consentito il ricorso a società veicolo per anticipare, mediante l'emissione di titoli, i proventi delle dismissioni. Su tale base furono realizzate le operazioni SCIP 1 e SCIP 2, attraverso la Società Cartolarizzazione Immobili Pubblici, entrambe caratterizzate da criticità nella valutazione e nella vendita degli immobili, particolarmente rilevanti nella seconda operazione, che richiese interventi straordinari di sostegno finanziario. A queste esperienze si affiancarono, con finalità differenti, la costituzione di Infrastrutture S.p.A. e l'istituzione del Fondo Immobili Pubblici (FIP), attraverso il quale furono sperimentate anche operazioni di *sale and lease-back*. Nel complesso, tali strumenti evidenziarono i limiti di una gestione del patrimonio pubblico prevalentemente orientata alla produzione di liquidità e alla riduzione dell'indebitamento, richiamando l'esigenza di una più organica politica di valorizzazione patrimoniale.

63 Sul progetto «Patrimonio della PA» e sull'applicativo «Immobili» del Dipartimento del Tesoro, destinato alla rilevazione dei beni immobili pubblici ai sensi dell'art. 2, comma 222, della legge 23 dicembre 2009, n. 191, si vedano le comunicazioni del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 10 giugno e del 28 settembre 2026, relative alla rilevazione dei beni immobili detenuti dalle amministrazioni pubbliche al 31 dicembre 2025. Per gli strumenti di consultazione dei dati patrimoniali si rinvia, inoltre, al portale istituzionale dell'Agenzia del demanio, disponibile all'indirizzo www.dati.agenziademanio.it.

64 A. Buscema, *La tutela e la valorizzazione dei beni pubblici tra funzione sociale ed interessi economici della proprietà pubblica*, cit., 19.

65 Per un'analisi più approfondita sui processi di privatizzazione e di valorizzazione dei beni pubblici si veda G. Colombini, *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di diritto interno ed internazionale*, Milano, 2008.

Sul versante regolatorio e costituzionale, invece, la disciplina della proprietà pubblica ha conosciuto, negli ultimi anni, una profonda "metamorfosi" normativa, frutto della progressiva convergenza tra interventi legislativi, revisioni costituzionali e riflessioni dottrinali volte ad "armonizzare" la funzione del patrimonio pubblico con le esigenze del sistema delle autonomie e della finanza pubblica.

Un momento di particolare rilievo è rappresentato dall'esperienza della Commissione Rodotà (2007–2008), istituita presso il Ministero della Giustizia con il compito di predisporre principi e criteri direttivi per una riforma complessiva della materia. Il lavoro della Commissione — animato dal dichiarato intento di segnare un vero e proprio «cambio di rotta»[66] nella disciplina della ricchezza pubblica — non trovò un recepimento organico nella legislazione, lasciando sostanzialmente immutato l'impianto codicistico del 1942, ormai inadeguato a rappresentare la complessità economica e organizzativa dello Stato contemporaneo.

Nondimeno, il progetto della Commissione si distinse per la capacità di contemperare le esigenze della finanza pubblica con la tutela dei principi costitu-

66 U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, *Invertire la rotta. Idee per una riforma dei beni pubblici*, Bologna, 2007; G. Colombini, *Beni pubblici, gestioni patrimoniali, concessioni demaniali,* cit., 684 ss.; l'innovazione principale proposta dalla Commissione consisteva in un'inversione metodologica: non più muovere dai regimi giuridici per classificare i beni, ma considerarne la natura economico-sociale e le utilità prodotte, individuando su tali presupposti la disciplina applicabile. Da questa impostazione scaturiva la proposta di introdurre la categoria dei beni comuni, materiali e immateriali, funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona, la cui tutela doveva rispondere anche a esigenze di salvaguardia intergenerazionale. Vi rientravano risorse naturali, quali acqua, aria, foreste, coste e ghiacciai, nonché beni storico-culturali e ambientali, assoggettati a garanzie rafforzate di fruizione collettiva e di tutela giurisdizionale, accessibile a chiunque vi avesse interesse. Parallelamente, la Commissione proponeva una nuova tripartizione dei beni pubblici in senso stretto: beni ad appartenenza pubblica necessaria, destinati alla tutela di interessi fondamentali, quali sicurezza, ordine pubblico e libera circolazione, e sottoposti a rigorosi vincoli di inalienabilità; beni pubblici sociali, strumentali al soddisfacimento dei diritti civili e sociali, come scuole, ospedali ed edilizia residenziale pubblica, alienabili nel rispetto della loro destinazione; beni pubblici fruttiferi, assimilabili al patrimonio disponibile e suscettibili di gestione secondo criteri di efficienza ed economicità, ferma restando l'esigenza di evitare dismissioni indiscriminate. Il progetto mirava così a superare il formalismo delle categorie codicistiche del 1942, riconducendo la classificazione dei beni alla loro funzione economico-sociale e, soprattutto, ai principi costituzionali di tutela della persona e degli interessi collettivi, entro una disciplina maggiormente coerente con le differenti utilità pubbliche. Si trattava, tuttavia, di una proposta di riforma, non recepita organicamente dal legislatore.

zionali, prefigurando un modello che, pur non attuato, anticipava l'esigenza di una riforma organica volta a rinnovare in profondità l'ordinamento patrimoniale pubblico, nel quadro dell'evoluzione dello Stato autonomistico e della Costituzione economica.

In continuità con il ripensamento della dimensione patrimoniale del pubblico potere si colloca la riforma del Titolo V della Costituzione (legge cost. n. 3 del 2001), che, attraverso la previsione della possibilità di attribuire ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia regionale ai sensi dell'art. 116, terzo comma, Cost., e il rafforzamento dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali, ha contribuito a ridefinire i rapporti tra Stato e autonomie. Su queste premesse si innesta il successivo federalismo demaniale, disciplinato dal decreto legislativo n. 85 del 2010, qualificato dalla dottrina come «principio patrimoniale del federalismo fiscale»[67]. Attraverso tali interventi, la titolarità e la gestione degli asset immobiliari sono divenuti strumenti di autonomia finanziaria e di responsabilizza-

67 M. Antoniol, *Il federalismo demaniale. Il principio patrimoniale del federalismo fiscale*, Padova, 2010; V. Bontempi, *L'amministrazione finanziaria dello Stato. La gestione della finanza pubblica in un sistema di governo multilivello*, Milano, 2022, 117 ss.; il d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85, attuativo della legge delega n. 42 del 2009, ha introdotto il c.d. federalismo demaniale, prevedendo il trasferimento a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni di beni appartenenti al patrimonio e al demanio statale, secondo criteri di sussidiarietà, adeguatezza e territorialità. La disciplina, che comprende, nei limiti e alle condizioni stabiliti dall'art. 5 del d.lgs. n. 85/2010, anche beni del demanio marittimo e idrico, nonché aeroporti di interesse regionale o locale, ferme restando le esclusioni previste dalla legge, mira a rafforzare l'autonomia degli enti territoriali attraverso una gestione patrimoniale più vicina alle esigenze delle comunità amministrate. Il trasferimento, di regola gratuito, resta soggetto a specifici vincoli di destinazione e valorizzazione, la cui osservanza è presidiata dagli strumenti di controllo previsti dalla normativa. Pur segnato da difficoltà applicative, il federalismo demaniale rappresenta un significativo strumento di decentramento patrimoniale e responsabilizzazione finanziaria, chiamando gli enti territoriali a conciliare la valorizzazione economica dei beni con la salvaguardia della loro funzione pubblica. Per ulteriori approfondimenti sul tema del federalismo demaniale si vedano, *ex multis*, A. Police, *Il federalismo demaniale: valorizzazione nei territori o dismissioni locali?*, in *GDA*, 12, 2010, 1233-1238; R. Gallia, *Il federalismo demaniale*, in *Rivista Giuridica del Mezzogiorno*, 3, 2010, 967-977; A. Lezzi, *Federalismo demaniale. Prime riflessioni sul decreto legislativo 28 maggio 2010 n. 85*, in *Rivista Giuridica dell'ambiente*, 2, 2011, 229-247; G. Massa Gallerano, *Il federalismo demaniale tra crisi economica e riduzione del debito: verso la dismissione dei beni pubblici?*, in *Le Regioni*, 3, 2013, 575-592; M. Lucca, *Il Federalismo demaniale, in Comuni d'Italia*, 3, 2011, 39-44; E. Buglione, *Attuazione della l. 42/2009, atto primo: il federalismo demaniale. Una scelta opportuna?*, in *Rassegna parlamentare*, 3, 2010, 697-705.

zione territoriale[68], inaugurando una nuova fase di decentramento patrimoniale che ha alimentato il dibattito sulla tenuta del modello costituzionale, costantemente sospeso tra esigenze unitarie e spinte autonomistiche[69].

Infine, la progressiva evoluzione della disciplina delle risorse pubbliche, maturata attraverso i piani organizzativi e costituzionali sin qui richiamati, conosce oggi un momento di compiuta maturazione nel quadro dell'integrazione europea, che, da semplice spazio di cooperazione economica, si è trasformata in un autentico "attore regolatore" sovranazionale, dotato di competenze capaci di in-

68 F. Albione, *I nuovi equilibri giuridici tra ambiente e paesaggio sullo sfondo della transizione ecologica*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 4, 2023, 231.

69 Sul punto, occorre richiamare la legge 26 giugno 2024, n. 86 (cosiddetta legge Calderoli), recante disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, Cost. La disciplina, successivamente sottoposta al vaglio della Corte costituzionale con la sentenza n. 192 del 2024, che ne ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale, ha riaperto il dibattito sulla tenuta dell'unità economica e giuridica della Repubblica, sul rapporto tra differenziazione territoriale e solidarietà interistituzionale, nonché sulle garanzie necessarie ad assicurare l'effettività dei livelli essenziali delle prestazioni; tra i numerosi contributi dedicati al regionalismo differenziato, si vedano, *ex multis*, F. Conte, *Il futuro del regionalismo differenziato: tra sfide complesse e opportunità di innovazione per l'Italia*, in *Amministrativ@mente*, 4, 2024, 1743 ss.; A. Poggi, *La problematica attuazione del regionalismo differenziato*, in *federalismi.it*, 1, 2008, 2 ss.; D. Girotto, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario. Tentativi di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. e limiti di sistema*, Torino, 2019, 67 ss.; P. Ciarlo, M. Betzu, *Dal regionalismo differenziato al regionalismo pasticciato*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1, 2008, 67 ss.; F. Pizzetti, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico "esploso"*, in *Le Regioni*, 2001, 1165 ss.; A. Morrone, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 1, 2007, 139 ss.; M. Cecchetti, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2003, 21 ss.; G. Braga, *La legge attributiva di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» alle Regioni*, in F. Modugno, P. Carnevale (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Milano, 2003, 98-102; M. Di Folco, *Le differenziazioni ipotetiche: l'art. 116 della Costituzione*, in L. Vandelli (a cura di), *Il Governo delle Regioni: sistemi politici, amministrazioni, autonomie speciali*, Bologna, 2012, 425-426; S. Agosta, *L'infanzia «difficile» (... ed un'incerta adolescenza?) del nuovo art. 116, comma 3, cost. tra proposte (sempre più pressanti) di revisione costituzionale ed esigenze (sempre più sentite) di partecipazione regionale alla riscrittura del quadro costituzionale delle competenze*, in E. Bettinelli, F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2003, 322 ss.; F. Pizzetti, *Prime osservazioni sul ddl "Disposizioni per l'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario*, Astrid, 2023; G. Lauri, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, *Osservatorio costituzionale*, 3,

cidere direttamente sulle politiche economiche e finanziarie degli Stati membri, sino a ridefinire, in chiave unitaria, la nozione di interesse generale e la funzione del controllo sull'impiego della *res publica*[70].

Le più recenti esperienze dell'Unione — dal Mercato Unico al *Next Generation EU*[71], dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza alla riforma del Patto di stabilità e crescita — rappresentano i laboratori più significativi di questa nuova fisionomia dell'azione statale, segnata da sfide interdipendenti e da assetti costituzionalmente «asimmetrici»[72], sino a culminare nel recepimento delle regole di «governance economica europea»[73]; un'evoluzione che si inserisce nel più ampio

---

2023; S. Valaguzza, *Il diritto delle città e il dibattito sull'autonomia differenziata*, in *federalismi.it*, 19, 2019; M. Calamo Specchia, *L'autonomia differenziata e la solidarietà interterritoriale: spunti di riflessione per una riforma costituzionalmente sostenibile*, in *Osservatorio costituzionale*, 5, 2023.

70 F. Conte, *Patrimonio, sostenibilità e accountability: la metamorfosi della contabilità pubblica italiana*, in *Riv. Corte dei conti*, 4, 2025, 2 ss.

71 Il regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, ha istituito lo strumento dell'Unione europea per la ripresa a sostegno della ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19, nell'ambito di *NextGenerationEU*.

72 Sia consentito rinviare a F. Conte, *Il futuro del regionalismo differenziato: tra sfide complesse e opportunità di innovazione per l'Italia*, in *Amministrativ@mente*, 4, 2024, 1746 ss.; l'espressione «clausola di asimmetria costituzionale» richiama la possibilità, prevista dall'art. 116, terzo comma, Cost., di riconoscere alle Regioni a statuto ordinario ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia. Tale meccanismo solleva questioni rilevanti circa il rapporto tra differenziazione territoriale, eguaglianza sostanziale e garanzia uniforme dei diritti, richiedendo un bilanciamento tra valorizzazione delle specificità regionali e salvaguardia dell'unità giuridica ed economica della Repubblica. Per un maggior approfondimento sul tema, tra i tanti spunti di riflessione, si veda F. Furlan, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali questioni ancora aperte?*, in www.forumcostituzionale.it, 11, 2018; G. Rolla, *Alcune considerazioni in merito a fondamento costituzionale del regionalismo speciale. L'apporto del diritto comparato*, in *federalismi.it*, 2, 2015, 333; B. Baldi, *Asimmetria e differenziazione regionale delle politiche: approfondimenti per un'agenda di ricerca*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, 873 ss.; F. Palermo, *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2, 2018, 255; A. Mastromarino, *Il federalismo disaggregativo. Un percorso costituzionale negli Stati multinazionali*, Milano, 2010.

73 Sul versante dell'integrazione europea, il Trattato di Maastricht ha rappresentato una tappa fondamentale nella definizione dei vincoli di finanza pubblica, introducendo criteri di convergenza relativi alla stabilità dei prezzi, alla sostenibilità delle finanze pubbliche, ai tassi di cambio e ai tassi di interesse, con particolare riferimento ai parametri del disavanzo e del debito pubblico. Tale disciplina è stata successivamente rafforzata attraverso i pacchetti normativi noti come *Six Pack* e *Two Pack*, che hanno potenziato i meccanismi di sorveglianza multilaterale e di coordinamento preventivo delle politiche economiche e di bilancio, nonché attraverso il *Fiscal*

processo di integrazione economico-finanziaria europea, già riflesso nella costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio, al quale è stato attribuito «non soltanto un riconoscimento di rango costituzionale, ma altresì una effettiva cogenza giuridica, in coerenza con le esigenze di sostenibilità e di rigore derivanti dal mutato contesto economico–finanziario e in linea con gli obiettivi perseguiti in sede europea»[74].

È in questo scenario che il legislatore – nell'ambito di un più «ampio processo di modernizzazione contabile[75] ispirato a valori e regole di matrice aziendali-

---

Compact, che ha introdotto obblighi più stringenti in materia di equilibrio strutturale di bilancio e riduzione del debito pubblico, con particolare riguardo agli Stati il cui rapporto tra debito e PIL supera la soglia del 60%. Parallelamente, sul piano intergovernativo, sono stati adottati ulteriori strumenti di coordinamento e stabilizzazione economico-finanziaria, tra cui il Patto Euro Plus, finalizzato al rafforzamento della competitività e della sostenibilità delle finanze pubbliche, e il Meccanismo europeo di stabilità (MES), istituito per assicurare assistenza finanziaria condizionata agli Stati dell'area euro in difficoltà. A tali iniziative si sono affiancati gli interventi della Banca centrale europea, dal programma OMT alle politiche di quantitative easing, diretti a preservare la stabilità monetaria e a contrastare le tensioni finanziarie nell'Eurozona. L'insieme di tali strumenti ha contribuito al consolidamento di un sistema di governance economica europea caratterizzato da vincoli comuni, meccanismi di sorveglianza e forme di coordinamento delle politiche nazionali, rafforzando la centralità della sostenibilità delle finanze pubbliche nell'ordinamento dell'Unione. Per un'analisi dettagliata e una ricostruzione degli eventi che hanno portato all'adozione del *Fiscal Compact*, si rinvia ai contributi di A. Viterbo, R. Cisotta, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *Dir. Un. Eur.*, 2, 2012, 323; L. S. Rossi, *«Fiscal Compact» e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, ivi, 2, 2012, 293.

M. P. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 28-29; G. Rivosecchi, *Legge di bilancio e leggi di spesa tra vecchio e nuovo articolo 81 della Costituzione*, in *Riv. Corte dei conti*, 2013, 411.

74 F. Conte, *Patrimonio, sostenibilità e accountability: la metamorfosi della contabilità pubblica italiana*, cit., 3 ss.; per un quadro esaustivo del percorso europeo si rinvia a S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2021, 6 ss.; F. Conte, *La riforma del patto di stabilità e crescita: sfide e opportunità per l'economia europea*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2, 2024, 203 ss.

75 Il processo di modernizzazione — o, più propriamente, di armonizzazione contabile — delle pubbliche amministrazioni, avviato in attuazione della legge n. 42 del 2009 sul federalismo fiscale, ha assunto una configurazione organica con l'adozione del d.lgs. n. 118 del 2011, rivolto agli enti territoriali e ai loro organismi strumentali, e del d.lgs. n. 91 del 2011, riferito alle amministrazioni pubbliche diverse da quelle territoriali, con le specificità previste per le amministrazioni statali.

stica»[76] – ha progressivamente riconosciuto nella contabilità economico–patrimoniale non più un mero strumento tecnico di rilevazione, ma un mezzo di conoscenza e di governo dell'amministrazione, capace di cogliere la valenza economico–strategica della *res publica* e di orientare le decisioni di bilancio secondo criteri di sostenibilità e buon andamento.

Questa dinamica segna l'affermarsi di una nuova cultura della sfera patrimoniale pubblica, nella quale il linguaggio economico-aziendale, già relegato a funzioni meramente tecniche e conoscitive, assume una valenza interpretativa

---

Entrambi perseguono l'obiettivo di uniformare principi contabili, schemi di bilancio e criteri di rilevazione, favorendo la comparabilità dei dati di finanza pubblica e il superamento delle disomogeneità che ne hanno storicamente limitato l'attendibilità e l'utilizzo nei processi decisionali e di controllo. Sul piano operativo, il d.lgs. n. 118/2011 disciplina, attraverso i principi contabili applicati contenuti negli Allegati 4/2 e 4/3, rispettivamente la contabilità finanziaria e quella economico-patrimoniale. L'allegato 4/3 definisce i criteri di rilevazione e valutazione delle attività e passività patrimoniali, comprese le immobilizzazioni materiali, tra cui figurano i beni immobili demaniali e patrimoniali, la cui corretta rappresentazione presuppone un'adeguata ricognizione inventariale. La valutazione si fonda sui criteri previsti dalla disciplina contabile, generalmente riconducibili al costo storico o ad altri valori determinati secondo le disposizioni applicabili, con specifiche regole in materia di ammortamenti e perdite durevoli di valore. L'Allegato 4/2 regola invece l'imputazione delle entrate e delle spese secondo il principio della competenza finanziaria potenziata, contribuendo, insieme alle disposizioni sul raccordo tra le scritture, alla coerenza tra la funzione autorizzatoria del bilancio e la rappresentazione economico-patrimoniale della gestione. La qualificazione demaniale o patrimoniale indisponibile del bene non ne esclude la rilevanza contabile, ma richiede una rappresentazione compatibile con la sua natura giuridica e con l'utilità di servizio assicurata alla collettività. Analoghe esigenze di uniformità e comparabilità caratterizzano il d.lgs. n. 91/2011, che disciplina l'armonizzazione dei sistemi contabili delle amministrazioni pubbliche comprese nel relativo ambito applicativo. La corretta iscrizione dei beni nello stato patrimoniale, l'aggiornamento degli inventari e l'applicazione di criteri omogenei di valutazione assumono così una funzione che supera il mero adempimento tecnico, consentendo di conoscere la consistenza e i costi di gestione del patrimonio pubblico e di raccordarne l'amministrazione alle esigenze di programmazione finanziaria, equilibrio di bilancio e buon andamento.

76 Sia consentito rinviare a F. Conte, *Patrimonio, sostenibilità e accountability: la metamorfosi della contabilità pubblica italiana*, cit., 3 ss.; in particolare, nel più ampio contesto delle riforme amministrative avviate a partire dagli ultimi decenni del XX secolo, si è progressivamente affermato il paradigma del New Public Management (NPM), il quale – sviluppatosi originariamente nell'esperienza dei governi anglosassoni – ha promosso un incisivo processo di «aziendalizzazione» della pubblica amministrazione, fondato sull'importazione e sull'adattamento al settore pubblico di principi e strumenti propri del management privato, orientati alla misurabilità dei risultati, alla gestione per obiettivi, alla valutazione sistematica della performance e al contenimento dei costi. Tale approccio, pur rispondendo all'esigenza di rendere l'azione amministrativa più efficiente, efficace e responsabile verso i cittadini–utenti, ha sollevato

centrale, idonea a chiarire il significato e la portata dei processi di valorizzazione delle risorse comuni e a orientarne le modalità di governo e controllo, fino a divenire il punto di raccordo tra la dimensione finanziaria e quella economica della gestione pubblica[77]; profilo che sarà oggetto di specifico approfondimento nel capitolo successivo.

4. Dal regime giuridico alla funzione economica: il patrimonio pubblico alla prova della governance europea

Accanto alla tradizionale classificazione giuridica dei beni pubblici, si impone una lettura economico-aziendale capace di valorizzarne la dimensione funzionale, ossia il ruolo che ciascun bene assume – strutturale, strumentale o accessorio[78] –

---

un ampio dibattito circa la sua compatibilità con la specificità dei valori e delle finalità dell'ordinamento pubblico, inducendo dottrina e prassi a interrogarsi sulle modalità di conciliazione tra logiche di mercato e principi di legalità, imparzialità e buon andamento che informano l'azione amministrativa. Per un inquadramento teorico e critico del New Public Management, si vedano, tra gli altri, C. Hood, *A Public Management for All Seasons?*, in Public Administration, vol. 69, 1991; D. Osborne, T. Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, Addison-Wesley, 1992; M. Barzelay, *The New Public Management: Improving Research and Policy Dialogue*, University of California Press, 2001; E. Ferlie, L. Ashburner, L. Fitzgerald, A. Pettigrew, *The New Public Management in Action*, Oxford University Press, 1996.

77 F. Conte, *Patrimonio, sostenibilità e accountability: la metamorfosi della contabilità pubblica italiana*, cit., 3 ss.

78 M. Paoloni, F. G. Grandis, *La dimensione aziendale delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2007, 100 ss.; seguendo tale criterio, i beni pubblici possono essere distinti in tre categorie: patrimonio strutturale, patrimonio strumentale e patrimonio accessorio. Il patrimonio strutturale comprende i beni essenziali al soddisfacimento diretto dei bisogni pubblici: si tratta, per lo più, di beni demaniali, ma non mancano beni di altra natura che, per il solo fatto di esistere, incarnano la funzione istituzionale dell'amministrazione. Tali beni, che difficilmente possono essere alienati senza rinunciare alla soddisfazione di un fabbisogno sociale, non generano in via ordinaria reddito, ma comportano comunque costi di mantenimento e, talvolta, potenzialità di impiego produttivo che le amministrazioni raramente sfruttano appieno. Il patrimonio strumentale è costituito dai beni necessari all'erogazione dei servizi pubblici: essi possono appartenere tanto alla categoria dei beni indisponibili quanto a quella dei beni disponibili, ed essere utilizzati direttamente o indirettamente. I beni strumentali diretti sono impiegati per l'attività tipica dell'ente; quelli indiretti, spesso ricondotti al patrimonio disponibile, generano invece reddito da destinare al soddisfacimento dei bisogni collettivi. La scarsa valorizzazione di tali risorse determina frequenti inefficienze e una perdita di benefici per la collettività amministrata. Infine, il patrimonio accessorio comprende i beni che non presentano alcun nesso funzionale con le attribuzioni pubbliche dell'ente. Essi appartengono, in prevalenza,

rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali[79].

La nozione di patrimonio pubblico si presta, del resto, a una duplice lettura: in chiave macroeconomica, come il complesso delle risorse materiali e immateriali che concorrono all'esercizio delle funzioni pubbliche; in senso microeconomico e ragionieristico, come complesso dei beni e dei rapporti giuridici, attivi e passivi, imputabili a ciascun ente e suscettibili di valutazione e rappresentazione in bilancio[80].

Muovendo da questa seconda accezione, il patrimonio netto si identifica nella differenza tra attività[81], intese come risorse economicamente rilevanti, con-

---

al patrimonio disponibile e, non svolgendo alcuna funzione né diretta né indiretta, dovrebbero essere trasformati in beni strumentali o, in alternativa, alienati o dismessi, onde evitare che gravino inutilmente sulla gestione pubblica.

79 M. Paoloni, F. G. Grandis, *La dimensione aziendale delle amministrazioni pubbliche*, cit., 99 ss.; G. Airoldi, G. Brunetti, V. Coda, *Economia Aziendale*, Bologna, 1994, 158 - 159; il patrimonio può definirsi come l'insieme delle condizioni di produzione di pertinenza dell'azienda, vale a dire delle condizioni positive e negative di cui essa è titolare e che, per questo, assumono la denominazione di condizioni patrimoniali di produzione. Esso si distingue dall'insieme più ampio delle condizioni generali di produzione utilizzate dalle imprese, in quanto non tutte ricadono nella sfera patrimoniale aziendale. Così, il lavoro, pur essendo condizione essenziale della produzione, appartiene alla persona e non al patrimonio d'impresa, non potendo l'organismo personale, fonte del lavoro, essere annoverato tra i beni aziendali. Analogamente, le infrastrutture pubbliche – strade, linee di comunicazione, apparati di difesa – costituiscono condizioni generali di produzione, ma, appartenendo agli istituti pubblici, non rientrano nel patrimonio della singola azienda. La medesima distinzione riguarda le risorse messe a disposizione da soggetti terzi mediante rapporti contrattuali, che, pur contribuendo allo svolgimento dell'attività produttiva, non appartengono necessariamente al patrimonio dell'azienda utilizzatrice, ferma restando la possibilità che siano contabilmente riconosciute in ragione dei diritti esercitati su di esse e dei principi contabili applicabili. Né possono considerarsi tali i cosiddetti beni liberi – come il calore del sole – che, pur rappresentando risorse produttive di primaria importanza, non appartengono ad alcun soggetto e rimangono accessibili a tutti.

80 Cfr. F. Conte, *Patrimonio, sostenibilità e accountability: la metamorfosi della contabilità pubblica italiana*, cit., 1.

81 Nell'ambito della contabilità economico–patrimoniale, le attività patrimoniali si articolano tradizionalmente in finanziarie e non finanziarie, distinte in ragione della loro natura e, soprattutto, della funzione economica che esse assolvono nell'ambito della gestione. Le prime comprendono i crediti verso terzi e le disponibilità liquide, vale a dire quelle risorse già disponibili in forma monetaria o suscettibili di generare flussi finanziari anche nel medio e lungo periodo, costituendo così una componente del patrimonio dell'ente che può essere mobilizzata a sostegno delle esigenze correnti. Le seconde, al contrario, attengono ai beni materiali e immateriali impiegati nei processi produttivi e trovano ulteriore articolazione, secondo la consolidata classificazione economico–aziendale, in attività a fecondità semplice e attività a fecondità ripetuta.

trollate dall'ente e suscettibili di generare benefici economici o un potenziale di servizio, e passività[82], quali obbligazioni suscettibili di determinare futuri impieghi di risorse.

Questo modello consente, alla chiusura di ciascun esercizio, di determinare il patrimonio di funzionamento e di rilevarne le variazioni periodiche secondo criteri uniformi di imputazione e valutazione[83], in linea con il percorso di armonizzazione contabile promosso dal PNRR e con i principi contabili internazionali IPSAS e gli orientamenti europei in materia di EPSAS, rafforzando così la tra-

---

Le prime sono rappresentate da beni che esauriscono la loro utilità economica in un solo ciclo produttivo, come le materie prime, i materiali di consumo o altri input destinati a trasformazione o a impiego unico; le seconde consistono invece in beni durevoli, il cui impiego si estende nel tempo, partecipando a una pluralità di cicli produttivi, e che, in quanto generatori di utilità pluriennale, sono oggetto di un processo di ammortamento sistematico lungo la loro vita utile. Tale distinzione, oltre a riflettere differenti logiche di impiego delle risorse, assume rilievo determinante ai fini della classificazione patrimoniale e delle relative modalità di valutazione, incidendo direttamente sulla rappresentazione della struttura e della dinamica del patrimonio pubblico nei documenti contabili.

82 Le passività, analogamente alle attività, si distinguono in finanziarie e non finanziarie, a seconda della natura dell'obbligazione che ne costituisce il fondamento giuridico ed economico. Rientrano nella prima categoria quelle obbligazioni di carattere strettamente monetario, che si traducono nell'impegno dell'ente a corrispondere somme di denaro a terzi: vi rientrano, a titolo esemplificativo, i debiti finanziari a breve e a lungo termine, le esposizioni su conti correnti, i prestiti obbligazionari e gli altri strumenti di indebitamento assunti dall'amministrazione. Le passività non finanziarie, invece, attengono a obblighi di diversa natura, consistenti nella fornitura di beni o servizi per i quali l'ente abbia già percepito, in tutto o in parte, il relativo corrispettivo; esse si configurano pertanto come impegni contrattuali o impliciti che, pur non determinando un immediato esborso di denaro, impongono l'adempimento di una prestazione futura, come accade nelle anticipazioni su forniture o negli obblighi derivanti da accordi di servizio già perfezionati.

83 A tal proposito si rileva che «le informazioni circa i proventi ed i ricavi nonché i costi e gli oneri di competenza economica di un periodo amministrativo (risultato economico) contribuiscono alla valutazione di aspetti quali: a) l'efficienza e l'economicità della gestione dei servizi e dell'amministrazione nel suo complesso; b) le fonti e la misura di copertura dei costi e degli oneri; c) la capacità di conservare l'integrità del patrimonio a tutela dell'equità intergenerazionale; d) il rispetto dei vincoli e il conseguimento degli obiettivi già formalizzati, in termini di proventi/ricavi e costi/oneri, nel bilancio di previsione o nel budget del medesimo periodo amministrativo». Si fa riferimento alle informazioni contenute nel Quadro Concettuale, predisposto in attuazione degli obiettivi individuati con la Determina del Ragioniere Generale dello Stato n. 35518 del 5 marzo 2020, pubblicata sul sito istituzionale della Ragioneria Generale dello Stato (www.accrual.rgs.mef.gov.it).

sparenza e l'affidabilità dei conti pubblici[84].

La differenza rispetto alla logica finanziaria risiede nella corretta rappresentazione temporale dei valori «economico–numerari»[85] della gestione. Mentre la contabilità finanziaria rileva le entrate e le spese secondo le regole proprie delle fasi di accertamento, impegno, riscossione e pagamento, la contabilità *accrual* rappresenta gli effetti economici delle operazioni secondo il principio della competenza economica, indipendentemente dalla loro manifestazione finanziaria[86].

---

84 Cfr. D. Perrotta, *Le nuove sfide della finanza pubblica: princìpi e strumenti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2025, 1, 230 ss.; in particolare, il Ragioniere Generale dello Stato, dott.ssa Daria Perrotta, nel ricostruire la tassonomia dei princìpi di finanza pubblica individua una prima categoria nei princìpi di carattere formale, intesi come criteri posti a garanzia della corretta rappresentazione contabile dei conti pubblici. Tali princìpi, già delineati nella legge n. 468 del 1978, trovano oggi espressione nei canoni di unità, universalità e integrità, i quali operano non soltanto sui documenti di bilancio e di rendiconto, ma sull'intero sistema di programmazione, gestione e rendicontazione. Essi assolvono una funzione oggettiva, relativa all'ambito e al contenuto delle poste rappresentate, e una funzione soggettiva, connessa alla chiarezza, comprensibilità e controllabilità delle informazioni da parte degli organi istituzionali e degli utilizzatori. In questa direzione, il principio di unità impone una rappresentazione complessiva e coerente delle operazioni riferibili al perimetro delle amministrazioni pubbliche, mentre i princìpi di universalità e integrità presidiano la completezza della rappresentazione contabile, imponendo la confluenza delle entrate e delle spese nel bilancio e la loro iscrizione al lordo di compensazioni. Tali canoni concorrono, pertanto, a configurare il bilancio come strumento di rappresentazione veritiera e corretta dell'attività amministrativa nei suoi profili finanziari, economici e patrimoniali, rafforzando la trasparenza delle informazioni e il controllo democratico sulle scelte allocative.

85 F. Conte, *Patrimonio, sostenibilità e accountability: la metamorfosi della contabilità pubblica italiana*, cit., 10; in particolare «il sistema contabile economico–patrimoniale, nella sua configurazione ordinamentale, si fonda sul principio della partita doppia, il quale assicura, attraverso un meccanismo di registrazione simultanea e speculare, il costante mantenimento dell'equilibrio patrimoniale, inteso come uguaglianza tra il complesso delle attività e la somma delle passività e del patrimonio netto. In forza di tale principio, ogni operazione è rilevata mediante registrazioni contabili che assicurano la corrispondenza tra gli importi iscritti in dare e in avere, garantendo il mantenimento dell'equilibrio delle scritture e la verificabilità delle operazioni rappresentate. Ciascun fatto gestionale è, pertanto, osservato e rappresentato sotto un duplice profilo: da un lato, l'aspetto numerario (o monetario–finanziario), che esprime le variazioni intervenute nelle disponibilità liquide o in poste a queste assimilabili, traducendosi, ad esempio, in incassi o pagamenti; dall'altro lato, l'aspetto economico (o non numerario), che coglie le modificazioni intervenute nelle condizioni produttive non immediatamente monetizzabili, traducendosi in costi o ricavi idonei a incidere, in senso positivo o negativo, sul risultato economico d'esercizio. Si consideri, a titolo esemplificativo, la cessione di un'immobilizzazione: essa comporta la rilevazione del credito verso l'acquirente, ovvero dell'incasso in caso di pagamento immediato, e la contestuale eliminazione del valore contabile del bene ceduto, con

In quanto espressione degli effetti cumulati della gestione nel tempo, la corretta determinazione del patrimonio netto presuppone una rigorosa applicazione dei criteri di rilevazione e valutazione, comprensiva della contabilizzazione degli ammortamenti, delle rimanenze, dei ratei e dei risconti, nonché delle eventuali perdite di valore, affinché il risultato dell'esercizio rifletta i costi e i ricavi effettivamente maturati[87].

Le regole e i nuovi standard di rendicontazione introdotti dal sistema *accrual* trovano applicazione nei documenti che compongono il bilancio di esercizio e il bilancio consolidato delle amministrazioni pubbliche, con la sola eccezione del raffronto tra dati previsionali e consuntivi, previsto esclusivamente per le amministrazioni che adottino un bilancio di previsione o un budget formulato su base economico-patrimoniale[88]. In tale cornice, il bilancio di esercizio comprende, tra i suoi documenti principali: i) lo stato patrimoniale, che fotografa, alla chiusura dell'esercizio, la consistenza delle attività e delle passività; ii) il conto economico, volto a evidenziare i costi e i ricavi maturati nel periodo e a determinare il risultato economico; iii) il rendiconto finanziario, che riconduce la dinamica economica alla dimensione dei flussi di cassa[89].

---

l'eventuale rilevazione di una plusvalenza o minusvalenza quale differenza tra il corrispettivo della cessione e il valore contabile dell'immobilizzazione. Entrambi gli effetti, interdipendenti ma distinti, sono registrati mediante scritture contabili doppie, le quali garantiscono la coerenza interna, la verificabilità e la tracciabilità delle operazioni, concorrendo così a formare un bilancio d'esercizio che rifletta in maniera integrata la dimensione finanziaria e quella economico–patrimoniale della gestione».

86 Cfr. C. Forte, M. Pieroni, *Nuova governance europea, Costituzione e ordinamento interno: spunti di riflessione*, cit., 24, secondo cui il sistema contabile accrual, «di stampo economico-patrimoniale», nel vigente quadro costituzionale «non si contrappone, ma non può che affiancarsi» alla contabilità finanziaria, fondata sulla legge di bilancio autorizzatoria prevista dall'art. 81, co. 4, Cost. e su una «logica finanziaria di flusso», non limitata alla mera registrazione delle variazioni patrimoniali.

87 Cfr. F. Conte, *Patrimonio, sostenibilità e accountability: la metamorfosi della contabilità pubblica italiana*, cit., 10.

88 Per un approfondimento della disciplina in esame si rinvia all'ITAS n. 1 – "Composizione e schemi del bilancio di esercizio", consultabile sul sito istituzionale della Ragioneria Generale dello Stato (www.accrual.rgs.mef.gov.it).

89 A tale nucleo documentale «si affiancano ulteriori prospetti che completano e arricchiscono il sistema informativo di bilancio, rafforzandone la funzione di trasparenza e di accountability istituzionale. In particolare, si aggiungono: d) il prospetto delle variazioni del patrimonio netto, volto a evidenziare le modificazioni intervenute nel corso dell'esercizio nelle diverse componenti

Un simile apparato informativo consente all'amministrazione una lettura integrata delle dimensioni finanziaria, economica e patrimoniale, rafforzando la consapevolezza nell'impiego delle risorse e la capacità di valutarne la sostenibilità gestionale[90], secondo quel passaggio dalla «contabilità dell'atto» alla «contabilità del fatto gestionale» che la dottrina ha individuato quale tratto distintivo dell'evoluzione dei modelli di rendicontazione pubblica[91].

La portata giuridico-istituzionale di tale evoluzione si comprende alla luce delle trasformazioni della governance economica europea, che hanno modificato le condizioni di esercizio della sovranità finanziaria degli Stati membri. Il consolidamento dei vincoli sovranazionali, unitamente alla costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio, ha circoscritto i margini della discrezionalità nazionale, senza privare gli Stati della potestà di determinare le proprie politiche economiche e fiscali. La nozione di sovranità finanziaria «condizionata» descrive una po-

---

del patrimonio, offrendo una rappresentazione dinamica delle fonti di incremento o decremento della dotazione patrimoniale dell'ente; e) il raffronto tra importi preventivi e consuntivi, previsto per le sole amministrazioni che redigono il bilancio di previsione o il budget su base economico-patrimoniale, strumento funzionale a verificare la coerenza tra la fase programmatoria e quella gestionale, nonché a misurare il grado di attendibilità delle previsioni; f) la nota integrativa, che assolve a una funzione esplicativa e integrativa dei dati contenuti nei prospetti numerici, fornendo informazioni qualitative e quantitative indispensabili per una comprensione piena e sistematica della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'amministrazione. Per quanto concerne il bilancio consolidato, esso non ricomprende né il rendiconto finanziario dei flussi di cassa, di cui al precedente punto c), né il raffronto tra importi preventivi e consuntivi, di cui al punto e). Tale esclusione si giustifica in ragione della peculiare funzione del consolidato, volto primariamente a rappresentare in modo unitario e coordinato la situazione economico-patrimoniale del gruppo pubblico nel suo complesso, piuttosto che a riprodurre la dimensione programmatoria o la dinamica finanziaria propria delle singole amministrazioni incluse nel perimetro di consolidamento». Per un approfondimento della disciplina in esame si rinvia all'ITAS n. 1 – "Composizione e schemi del bilancio di esercizio", consultabile sul sito istituzionale della Ragioneria Generale dello Stato (www.accrual.rgs.mef.gov.it).

90 Cfr. F. Conte, *La Direttiva sui requisiti per i Quadri di bilancio: analisi e prospettive di riforma nell'Unione europea*, in *GDA*, 4, 2025, 621; S. Romanazzi, *L'accrual accounting come paradigma di tutela sostanziale: dalla conservazione del valore alla teorizzazione dell'avviamento pubblico*, in *Riv. della Corte dei conti*, 1, 2026, 106 ss., secondo cui, «con l'avvento del sistema accrual e l'adozione degli standard Itas», il controllo si arricchisce di «una base informativa dirompente» che consente di considerare «non più solo dati di spesa (input), ma dati di valore e di risultato (outcome), capaci di svelare gli effetti economici e patrimoniali di lungo periodo delle decisioni pubbliche».

91 S. Romanazzi, *L'accrual accounting come paradigma di tutela sostanziale: dalla conservazione del valore alla teorizzazione dell'avviamento pubblico*, cit., 106 ss.

testà che continua a dispiegarsi entro un sistema di obblighi di coordinamento, procedure di sorveglianza e impegni di programmazione, la cui ratio risiede nella salvaguardia della stabilità finanziaria e della sostenibilità del debito pubblico[92].

La riforma del Patto di stabilità e crescita del 2024, introdotta dai regolamenti (UE) 2024/1263 e 2024/1264 e dalla direttiva (UE) 2024/1265, ha conservato i parametri del 3 per cento per il disavanzo e del 60 per cento per il debito pubblico in rapporto al PIL, trasferendo il baricentro della sorveglianza fiscale verso la programmazione pluriennale e la sostenibilità del debito. I Piani strutturali di bilancio di medio termine costituiscono la sede di definizione degli impegni nazionali in materia di finanza pubblica, riforme e investimenti, mentre il percorso della spesa netta rappresenta il principale indicatore operativo per il monitoraggio delle politiche fiscali. L'eventuale estensione del periodo di aggiustamento da quattro a sette anni, subordinata all'assunzione di specifici impegni di riforma e investimento, risponde all'esigenza di contemperare il consolidamento delle finanze pubbliche con le prospettive di crescita economica e sostenibilità delle politiche pubbliche[93].

La nuova disciplina conserva, nondimeno, un'asimmetria informativa riconducibile al ricorso a grandezze prevalentemente finanziarie e macroeconomiche nella determinazione dei percorsi di aggiustamento. Già nell'esame degli orientamenti antecedenti alla riforma, la Corte dei conti aveva evidenziato come la spesa primaria netta, pur rispondendo all'esigenza di superare il riferimento diretto a grandezze non osservabili, costituisse un indicatore «di non immediata percezione e rilevazione», il cui andamento atteso rimaneva comunque condizio-

92 Sul rapporto tra sovranità finanziaria, vincoli europei e autonomia delle decisioni di bilancio, cfr. F. Conte, *Governare in «equilibrio». La disciplina di bilancio e i diritti sociali alla prova della governance europea*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2025, 459 ss.; O. Chessa, *Il nuovo Patto di stabilità e crescita*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2, 2024, 52 ss.; M. Bergo, *E pur si muove... ma come? Le sfide al diritto costituzionale della nuova governance economica europea e della contabilità accrual*, ivi, 82 ss.

93 Sulla disciplina introdotta nel 2024, v. regolamento (UE) 2024/1263 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2024; regolamento (UE) 2024/1264 del Consiglio, del 29 aprile 2024; direttiva (UE) 2024/1265 del Consiglio, del 29 aprile 2024. In dottrina, cfr. R. Perez, *Il Patto di stabilità e crescita e le nuove regole fiscali dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2024, 594 ss.; F. Conte, *La riforma del Patto di stabilità e crescita: sfide e opportunità per l'economia europea*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2, 2024, 202 ss.

nato dalle stime del prodotto potenziale[94]. La possibilità di successive revisioni delle grandezze macroeconomiche aveva indotto la stessa Corte a richiamare l'esigenza di affinare le valutazioni in tempo reale dell'*output gap* e del PIL potenziale, onde evitare che politiche restrittive, adottate sulla base di una fase economica inizialmente ritenuta espansiva, potessero rivelarsi *ex post* procicliche[95].

A tali criticità, relative all'affidabilità delle stime macroeconomiche, si aggiunge la mancata considerazione diretta delle consistenze patrimoniali e delle variazioni del potenziale di servizio dei beni pubblici, che restano estranee ai parametri operativi della sorveglianza fiscale europea. Il rispetto dei vincoli finanziari dell'esercizio non garantisce, infatti, *ex se* la conservazione della capacità funzionale del patrimonio, che può risultare compromessa dall'insufficiente manutenzione, dal deterioramento delle risorse o da impieghi incompatibili con le finalità istituzionali.

La contabilità *accrual*, sviluppatasi attraverso un percorso normativo distinto dalla riforma delle regole fiscali, contribuisce a ridurre tale distanza conoscitiva, affiancando alla rilevazione dei flussi finanziari quella delle attività, delle passività e dei costi connessi all'utilizzazione delle risorse pubbliche[96]. La compresenza dei due modelli di rappresentazione contabile consente altresì di precisare (e preservare) il significato del buon andamento e della responsabilità amministrativa nella gestione del patrimonio pubblico, senza modificare i parametri della sorveglianza europea né attribuire alle risultanze contabili una funzione sostitutiva delle valutazioni giuridiche sulla legittimità delle decisioni o sui parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio.

Ciò nondimeno, la disponibilità di strumenti contabili più sofisticati non equivale, *ipso facto*, a un governo consapevole del patrimonio. La dottrina economico-aziendale ha chiarito come ciascun bene acquisti una propria strumentalità

---

94 Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Audizione informale*, cit., 7.

95 *Ivi*, 7-8, ove la Corte rileva inoltre che, secondo i dati allora disponibili, nell'area euro le politiche di bilancio sarebbero risultate procicliche in sei dei tredici anni compresi tra il 2010 e il 2022.

96 Sul rapporto tra armonizzazione contabile, nuova governance europea e rappresentazione economico-patrimoniale, cfr. M. Bergo, *E pur si muove... ma come?*, cit., 82 ss.; F. Conte, *Patrimonio, sostenibilità e accountability: la metamorfosi della contabilità pubblica italiana*, cit., spec. 5-8; Id., *La Direttiva sui requisiti per i Quadri di bilancio: analisi e prospettive di riforma nell'Unione europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2025, 621 ss.

rispetto alle finalità dell'organizzazione, sicché la sua utilità deve essere apprezzata in rapporto alle funzioni cui è destinato e alle condizioni che ne consentono l'impiego[97]. Se tale principio vale per ogni soggetto economico, quando l'analisi si sposta sulle amministrazioni pubbliche essa si arricchisce di ulteriori complessità, poiché la strumentalità non è misurabile in termini di profitto, ma trova il proprio parametro nella capacità di rispondere alle esigenze sociali e nel rispetto dei vincoli giuridici che spesso ne limitano la fungibilità e l'utilità economica[98].

È in virtù di questo delicato "equilibrio" economico–istituzionale che emerge, in tutta la sua complessità, la questione della "valutabilità" del patrimonio pubblico, specie con riferimento ai beni demaniali e a quelli appartenenti al patrimonio indisponibile. Per lungo tempo, infatti, le limitazioni alla circolazione giuridica e l'assenza, in numerosi casi, di un valore di scambio direttamente osservabile sul mercato hanno storicamente ostacolato la loro rappresentazione contabile. Eppure, tali beni conservano una rilevanza economica che prescinde dalla commerciabilità, poiché comportano costi di conservazione, manutenzione e gestione e assicurano utilità istituzionali anche in assenza di flussi finanziari direttamente riconducibili al loro impiego. La qualificazione giuridica e la rilevazione economico-patrimoniale rispondono, infatti, a criteri differenti: l'inalienabilità o la destinazione pubblicistica non costituiscono *ex se* ragioni sufficienti per escludere la rappresentazione contabile di una risorsa, ove ricorrano i requisiti previsti dagli standard applicabili[99].

A tale riguardo, è opportuno distinguere tra beni destinati alla produzione di flussi finanziari (*cash-generating assets*) e beni impiegati per finalità istituzionali (*non-cash-generating assets*); mentre i primi sono impiegati prevalentemente per

97 M. Paoloni, F. G. Grandis, *La dimensione aziendale delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2007, 88.

98 M. Paoloni, F. G. Grandis, *La dimensione aziendale delle amministrazioni pubbliche*, cit., 89.

99 Cfr. C. Forte, M. Pieroni, *Nuova governance europea, Costituzione e ordinamento interno: spunti di riflessione*, cit., 24, secondo cui l'innesto di elementi civilistici nella contabilità pubblica implica «una maggiore attenzione all'andamento del titolo giuridico sottostante gli stanziamenti di bilancio», la cui evoluzione costituisce il criterio per la valutazione degli aspetti economico-patrimoniali nel rendiconto a consuntivo; con l'espansione dell'*accrual*, assume così rilievo la «possibile, progressiva preponderanza (ed anzi centralità) della vita del titolo giuridico nelle sue continue evoluzioni, nelle relative valenze contabili».

generare flussi finanziari, i secondi trovano la propria giustificazione economica nella capacità di assicurare prestazioni e utilità collettive, secondo il criterio del «potenziale di servizio» (*Service Potential*)[100]. Il valore del patrimonio pubblico non coincide, *sic et simpliciter*, con il prezzo ricavabile dalla sua alienazione, ma richiede di considerare anche la funzione istituzionale delle risorse e le condizioni necessarie alla sua conservazione. La misurazione contabile può così contribuire alla conoscenza del valore d'uso pubblico dei beni, senza confondere la loro utilità economica con il regime giuridico che ne governa la destinazione.

Il rapporto tra conservazione del patrimonio e sostenibilità intertemporale della gestione rivela, a sua volta, i limiti di una valutazione circoscritta ai soli equilibri finanziari dell'esercizio. Un'amministrazione può rispettare i vincoli di bilancio e, al tempo stesso, compromettere la capacità futura delle proprie risorse di soddisfare i bisogni collettivi, attraverso il differimento degli interventi manutentivi, il deterioramento dei beni o la loro utilizzazione per finalità incompatibili con la destinazione istituzionale. La rilevazione dei costi di competenza, degli ammortamenti e delle eventuali perdite di valore permette di conoscere il consumo economico delle risorse, avvicinando la rappresentazione contabile a quello che la dottrina identifica come «vero costo della gestione», espressione del sacrificio sostenuto dalla collettività per l'esercizio delle funzioni pubbliche[101].

La salvaguardia del patrimonio acquista così una dimensione intertemporale, che consente di ricondurre la valutazione delle scelte gestionali ai principi di buon andamento e sostenibilità finanziaria sanciti dagli artt. 81 e 97 Cost., anche attraverso l'analisi delle variazioni del patrimonio netto, suggestivamente definito

---

100 S. Romanazzi, *L'accrual accounting come paradigma di tutela sostanziale: dalla conservazione del valore alla teorizzazione dell'avviamento pubblico*, cit., 106 ss., spec. 109-110; sul punto, si veda altresì IPSASB, Conceptual Framework for General Purpose Financial Reporting by Public Sector Entities, cap. 5.

101 S. Romanazzi, *L'accrual accounting come paradigma di tutela sostanziale: dalla conservazione del valore alla teorizzazione dell'avviamento pubblico*, cit., 109 ss., il quale, soffermandosi sul consumo delle risorse patrimoniali, osserva che l'utilizzazione dei beni per l'erogazione dei servizi pubblici comporta un sacrificio economico anche in assenza di corrispondenti uscite monetarie, individuando in tale fenomeno il «vero costo della gestione». Sul ruolo dell'ammortamento quale strumento di rappresentazione del consumo delle risorse pubbliche, l'A. richiama altresì E. Caperchione, *Principi e standard contabili nelle amministrazioni pubbliche*, Milano, Egea, 2003.

in dottrina «termometro costituzionale» dell'equità intergenerazionale[102]. La medesima esigenza di tutela della funzionalità dei beni trova un'ulteriore declinazione sul versante della responsabilità amministrativo-contabile, rispetto al quale la nozione di «depauperamento funzionale» può offrire una chiave interpretativa del pregiudizio arrecato alla capacità delle risorse pubbliche di soddisfare le finalità istituzionali[103].

La distinzione tra appartenenza giuridica, redditività finanziaria e dimensione economica del patrimonio pubblico richiama, peraltro, una più ampia riflessione teorica sulla natura dei beni destinati al soddisfacimento degli interessi collettivi. Da Ricardo a Malthus, sino ad Adam Smith, la riflessione economica classica, pur riconoscendo la funzione allocativa del mercato e la capacità ordinatrice della celebre «mano invisibile»[104], aveva già posto le premesse per interrogarsi sui limiti del meccanismo concorrenziale e sul ruolo dell'intervento pubblico nella soddisfazione di bisogni collettivi.

Una più rigorosa sistematizzazione teorica si rinviene nella successiva elaborazione sui beni pubblici «puri», caratterizzati dalla compresenza dei requisiti

---

102 S. Romanazzi, *L'accrual accounting come paradigma di tutela sostanziale: dalla conservazione del valore alla teorizzazione dell'avviamento pubblico*, cit., 110.

103 *Ivi*, 111.

104 Cfr. G. De Ruvo, *La scienza impossibile: Adam Smith e la non totalizzabilità del mercato*, in *Syzetesis*, IX, 2022, 217 ss.; in particolare, la celebre metafora della "mano invisibile" di Adam Smith non deve essere intesa — come spesso accade nella vulgata economica — quale principio provvidenziale di autoregolazione del mercato. Piuttosto, essa rappresenta un dispositivo epistemologico che evidenzia i limiti cognitivi dell'intelletto umano nel tentativo di comprendere la totalità del processo economico. La "mano invisibile" non spiega il funzionamento del mercato, ma segnala l'impossibilità di spiegarlo attraverso le categorie della causalità meccanica e della razionalità rappresentativa. Essa traduce, in termini figurativi, ciò che Michel Foucault definirà la "non-totalizzabilità del mercato": un sistema di relazioni interdipendenti che nessun soggetto — né l'individuo, né lo Stato — può rappresentare nella sua interezza. In questa prospettiva, la "mano invisibile" svolge un ruolo analogo a quello della "Idea di Mondo" in Kant: è un'idea regolativa, non costitutiva, che orienta l'agire umano pur restando irraggiungibile nella conoscenza. Dal punto di vista del diritto pubblico, tale consapevolezza implica il riconoscimento che il governo economico non può fondarsi su pretese di onniscienza normativa, ma su un principio di prudenza istituzionale, volto a creare le condizioni affinché il mercato non comprometta la Giustizia e la coesione sociale. In definitiva, la "mano invisibile" non è una forza economica autonoma, ma un simbolo del limite: essa ricorda al legislatore che l'ordine del mercato non coincide con l'ordine della legge, e che il compito dello Stato non è di imitarne i movimenti, ma di assorbirne le conseguenze.

della non rivalità nel consumo e della non escludibilità. Da questa elaborazione ha preso forma una classificazione economica che distingue i beni pubblici da quelli privati e dalle risorse comuni (*commons*[105]), assumendo quale criterio distintivo le condizioni di accesso e di fruizione delle risorse, indipendentemente dalla loro appartenenza proprietaria[106].

La riflessione sui *commons* ha ulteriormente evidenziato come le caratteristiche economiche delle risorse pongano problemi di governo che non possono essere risolti mediante la sola attribuzione della titolarità proprietaria[107]. Dalla te-

105 A. C. Nazzaro, *Nuovi beni tra funzioni e dogma*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2013, 1023 ss.; l'idea di introdurre una nuova categoria dei beni comuni è stata avanzata dalla Commissione per la riforma del libro terzo del codice civile, presieduta da Stefano Rodotà, con l'intento di delineare un tertium genus rispetto ai beni privati e ai beni pubblici. Si tratterebbe, infatti, di beni definiti in ragione della loro funzionalizzazione al soddisfacimento di interessi fondamentali, e pertanto non suscettibili di appropriazione esclusiva da parte di un singolo soggetto. I beni comuni si configurano così, nell'elaborazione dottrinale e nella proposta della Commissione Rodotà, come una categoria distinta dalla tradizionale contrapposizione tra proprietà pubblica e privata, individuata in ragione della destinazione delle risorse al soddisfacimento di interessi fondamentali della collettività. Un significativo contributo a tale ricostruzione proviene dalla giurisprudenza di legittimità, con particolare riferimento alla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 2011 sulle valli da pesca della laguna veneta, che ha valorizzato la funzione collettiva dei beni nell'accertamento della loro natura demaniale.

106 A. C. Nazzaro, *Nuovi beni tra funzioni e dogma*, cit., 1020 ss.; in particolare, tra i contributi più significativi elaborati nell'ambito dell'economia del benessere merita di essere richiamata l'opera di Paul A. Samuelson, il quale, nei celebri saggi *The Pure Theory of Public Expenditure* (1954), *Diagrammatic Exposition of A Theory of Public Expenditure* (1955) e *Aspects of Public Expenditure Theories* (1958), pubblicati sulla *Review of Economics and Statistics*, introdusse la categoria dei beni di consumo collettivo, poi rielaborata dalla successiva teoria economica nella più nota espressione di beni pubblici puri. Tale nozione, destinata a esercitare un'influenza duratura non soltanto nella scienza economica ma anche nella riflessione giuridica e istituzionale, è stata ulteriormente precisata da James M. Buchanan in *The Demand and Supply of Public Goods* (Chicago, 1968, 49 ss.), ove l'autore osserva che «un bene o servizio pubblico puro è disponibile per tutti i membri della società in egual misura: quando una singola unità del bene è prodotta, essa fornisce una molteplicità di unità di consumo, tra loro equivalenti; una volta prodotte, non è possibile escludere alcun individuo dal godimento, positivo o negativo, della sua disponibilità».

107 S. Pugliatti, *Beni*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 172 ss.; A. Piazzai, *Il bene culturale immateriale come bene giuridico in senso lato*, in *Aedon*, 1, 2025, 105 ss.; nella riflessione giuridica, la nozione di bene non dipende soltanto dalla sua utilità economica, ma anche dalla tutela che l'ordinamento gli riconosce. Al riguardo, l' A. distingue tra bene giuridico in senso lato e bene giuridico in senso proprio (o stretto): il primo comprende tutto ciò che può ricevere protezione giuridica, anche indipendentemente dall'esistenza di una specifica situazione soggettiva; il secondo presuppone, invece, un interesse tutelato attraverso l'attribuzione di una situazione

oria della «tragedia dei beni comuni» alle successive elaborazioni sulla governance policentrica, il dibattito ha mostrato come la conservazione e l'utilizzazione delle risorse condivise richiedano regole capaci di disciplinarne l'accesso, prevenirne il deterioramento e assicurarne la fruizione nel tempo[108]. Il contributo di tali elaborazioni alla gestione patrimoniale pubblica risiede, soprattutto, nell'attenzione riservata alle condizioni istituzionali e organizzative dalle quali dipendono la conservazione e l'utilità economico-sociale delle risorse.

Il confronto tra regime giuridico e caratteristiche economico-funzionali dei beni pubblici suggerisce, così, l'opportunità di una classificazione integrata del patrimonio, capace di porre in relazione le categorie normative (demaniale, indisponibile, disponibile) con quelle funzionali ed economiche (strutturale, strumentale, accessorio), secondo la matrice gestionale «a doppia entrata» [109] elaborata in dottrina. Tale classificazione consente di modulare le politiche di amministrazione del patrimonio in ragione della destinazione e dell'utilità dei beni: dalla preservazione integrale dei beni strettamente connessi alle finalità proprie dell'ente, all'impiego più elastico di quelli suscettibili di destinazioni alternative, sino alla dismissione o alienazione dei beni privi di effettiva rilevanza pubblica[110].

---

giuridica a un determinato soggetto. La distinzione consente così di chiarire come la tutela giuridica di un bene non implichi necessariamente l'attribuzione di un diritto individuale su di esso, potendo l'ordinamento riconoscerne e proteggerne il valore anche in ragione degli interessi collettivi che esso è destinato a soddisfare.

108 A. Piazzai, *Il bene culturale immateriale come bene giuridico in senso lato*, cit., 102 ss.; in particolare, mentre l'ecologo statunitense denunciava la cosiddetta tragedia dei beni comuni, rappresentando la scarsità di talune risorse naturali e proponendo, in modo drastico, l'abbandono della libertà di riproduzione, la politologa ed economista Elinor Ostrom (Premio Nobel 2009) delineava un orizzonte di governance policentrica e adattiva, fondato su confini chiari della risorsa e della comunità di utilizzatori, su regole condivise elaborate dal basso e riconosciute dall'ordinamento, su monitoraggio endogeno tra pari, sanzioni graduate proporzionate e su rapide sedi di risoluzione dei conflitti; tale architettura, che valorizza l'auto-organizzazione e meccanismi decisionali inclusivi, mostra la praticabilità di soluzioni alternative alla privatizzazione e, al contempo, il ruolo non sostitutivo ma cooperativo delle istituzioni pubbliche. Sul tema, v. G. Hardin, *The tragedy of the commons*, in *Science*, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), 1243-1248; E. Ostrom, *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

109 M. Paoloni, F. G. Grandis, *La dimensione aziendale delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2007, 107.

110 M. Paoloni, F. G. Grandis, *La dimensione aziendale delle amministrazioni pubbliche*, cit., 108.

La differenziazione delle tutele giuridiche risponde, a sua volta, all'esigenza di conciliare l'impiego ottimale dei fattori produttivi necessari all'erogazione dei servizi pubblici con la mutevolezza delle esigenze sociali, evitando che l'eccessiva rigidità dei vincoli ostacoli una gestione economicamente razionale delle risorse, senza compromettere la continuità delle prestazioni essenziali[111].

Permane tuttavia la difficoltà insita nella farraginosità dei procedimenti di riqualificazione giuridica, la cui lentezza operativa finisce per scoraggiare le amministrazioni dal promuoverne l'attuazione, con la conseguenza di accumulare nei depositi cespiti mobili deteriorati o di lasciare in stato di abbandono immobili che potrebbero, al contrario, essere proficuamente valorizzati[112]. Una riforma di tali procedure dovrebbe pertanto coniugare l'esigenza di snellezza gestionale con quella, non meno imprescindibile, di garantire la pubblicità e la trasparenza delle scelte politiche e delle decisioni amministrative, così da prevenire ogni rischio, anche soltanto apparente, di arbitrarietà nei processi di dismissione o alienazione del patrimonio pubblico[113].

---

111 Ivi, 109; in particolare, la caratteristica della demanialità dovrebbe essere circoscritta a un numero limitato di beni, in particolare a quelli strutturali la cui funzione risulti talmente connaturata all'interesse pubblico da giustificare l'applicazione delle più rigorose tutele proprie del diritto amministrativo; per i beni di natura strumentale o accessoria, invece, gli Autori prospettano una maggiore flessibilità dei regimi di appartenenza e utilizzazione, ferma restando la necessità di rispettare i presupposti normativi e le procedure previste per l'eventuale cessazione della demanialità. Allo stesso modo, la condizione di indisponibilità andrebbe riservata non solo ai beni strutturali non demaniali, ma anche ad alcune categorie di beni strumentali, come le immobilizzazioni tecniche necessarie al funzionamento dell'ente e, in epoca contemporanea, a taluni beni immateriali di rilevanza strategica: basti pensare ai sistemi informatici dedicati alla gestione dell'anagrafe, della sicurezza pubblica o della sanità, che costituiscono infrastrutture operative non meno essenziali di quelle materiali. È in quest'ottica che potrebbe essere valutata, de iure condendo, l'opportunità di estendere, nei limiti consentiti dall'ordinamento e mediante un'adeguata disciplina normativa, specifiche forme di tutela ad alcuni beni attualmente disponibili, ma essenziali per l'esercizio delle funzioni istituzionali. L'eventuale assoggettamento di tali beni a un regime di indisponibilità, così come la previsione di limiti alla loro assoggettabilità a esecuzione forzata, richiederebbe tuttavia un autonomo fondamento giuridico, non potendo essere desunto dalla sola qualificazione economico-funzionale della risorsa.

112 Ivi, 110.

113 *Ibidem*.

5. Considerazioni finali

In conclusione, la recente revisione del Patto di stabilità e crescita[114], unitamente alla progressiva affermazione di modelli contabili fondati sulla logica *accrual*, segna l'avvio di una nuova stagione della governance economica europea. Non si tratta soltanto di un mutamento delle tecniche di contabilizzazione o delle modalità di rappresentazione dei dati di bilancio, ma di una trasformazione più profonda che investe i criteri attraverso i quali vengono programmate, monitorate e valutate le decisioni pubbliche, attribuendo al patrimonio pubblico un ruolo sempre più centrale nei processi di governo delle risorse collettive.

La valorizzazione di tali risorse non dispone ancora, nell'ordinamento interno, di una disciplina organica e sistematica, poiché le relative disposizioni risultano frammentate in fonti eterogenee e non sempre coordinate. Essa può tuttavia essere ricondotta entro il quadro costituzionale della finanza pubblica e della buona amministrazione, delineato dagli artt. 81 e 97 Cost., in coerenza con i principi contabili nazionali e con gli standard internazionali (IPSAS/EPSAS), che ne regolano i criteri di rilevazione, misurazione e rappresentazione[115].

---

114 Cfr. F. Conte, *Patrimonio, sostenibilità e accountability: la metamorfosi della contabilità pubblica italiana*, cit., 3 ss.; Id., *La riforma del patto di stabilità e crescita: sfide e opportunità per l'economia europea*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2, 2024, 203 ss.

115 È opportuno sottolineare come, nell'ambito della gestione e valorizzazione del patrimonio pubblico, la giurisprudenza costituzionale ha contribuito a precisare il riparto delle competenze tra Stato e Regioni. Con la sentenza n. 340/2009, la Corte costituzionale ha escluso che l'art. 58, comma 1, del d.l. n. 112/2008 (conv. in l. n. 133/2008), relativo all'individuazione degli immobili non strumentali alle funzioni istituzionali da inserire nel piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari allegato al bilancio di previsione, violasse l'autonomia regionale, riconoscendo agli enti territoriali un margine di discrezionalità nella selezione dei beni. La sentenza n. 20/2010 ha invece ritenuto non irragionevole la limitazione ai beni patrimoniali indisponibili della clausola di salvaguardia prevista per lo sviluppo delle infrastrutture di comunicazione elettronica, escludendo altresì l'illegittimità della mancata previsione di un'indennità generalizzata per l'utilizzo del suolo pubblico, ferma restando la tutela indennitaria in caso di costituzione di servitù ai sensi dell'art. 92 del Codice delle comunicazioni elettroniche (v. anche sentt. nn. 336/2005 e 138/1981). Infine, con la sentenza n. 235/2011, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Campania n. 11/2010, nella parte in cui sottraeva le concessioni demaniali idriche all'applicazione del d.lgs. n. 59/2010, per violazione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

I parametri costituzionali, da un lato, presidiano l'equilibrio di bilancio nella sua dimensione strutturale, in armonia con il ciclo economico; dall'altro, richiedono che l'azione amministrativa sia improntata a efficienza, imparzialità e responsabilità, condizioni che presuppongono la disponibilità di informazioni contabili attendibili, complete e tempestive. Sul piano tecnico-contabile, tali esigenze trovano espressione negli ITAS 4 e 5, dedicati rispettivamente alle attività materiali e immateriali, i quali, in raccordo con i corrispondenti principi contabili internazionali IPSAS, ne disciplinano le modalità di rilevazione e valutazione ai fini dell'iscrizione in bilancio.

Benché il presente contributo abbia concentrato l'attenzione sui beni pubblici in senso proprio, con particolare riguardo alle componenti materiali e immateriali, non può trascurarsi che il patrimonio pubblico, nella sua rappresentazione contabile, comprende anche le immobilizzazioni "finanziarie", costituite da partecipazioni, quote societarie e crediti a medio-lungo termine. Si tratta di componenti patrimoniali che, pur non riconducibili alla nozione di bene pubblico secondo l'impianto codicistico delineato dagli artt. 822 ss. c.c., contribuiscono — anche alla luce delle regole europee e degli strumenti di finanza straordinaria — a definire la consistenza effettiva del capitale istituzionale di cui lo Stato dispone[116].

116 Nell'ambito delle immobilizzazioni finanziarie del patrimonio pubblico, le partecipazioni societarie rappresentano non soltanto investimenti durevoli nel capitale di altre imprese, ma anche strumenti attraverso i quali lo Stato conserva una presenza stabile nei settori strategici dell'economia. Al riguardo, occorre distinguere tra partecipazioni in società quotate, il cui valore può essere determinato sulla base delle quotazioni di mercato, come Enel, Eni, Leonardo, Poste Italiane ed ENAV, e partecipazioni in società non quotate, prive di un prezzo di mercato direttamente osservabile e spesso riferite a imprese che svolgono funzioni infrastrutturali, industriali o istituzionali, come Ferrovie dello Stato Italiane, Invitalia e Rai. Una posizione peculiare è occupata dalla Cassa depositi e prestiti, partecipata in misura prevalente dallo Stato e operante quale investitore istituzionale di lungo periodo, anche attraverso società e veicoli di investimento, tra cui CDP Equity e CDP Reti, che contribuiscono a sostenere la presenza pubblica nei settori dell'energia, delle reti e delle infrastrutture. Le partecipazioni societarie confermano, pertanto, come il patrimonio pubblico non possa essere considerato esclusivamente nella sua componente immobiliare, assumendo una duplice funzione economico-patrimoniale e strategica: da un lato, costituiscono attività suscettibili di generare dividendi, plusvalenze e valore finanziario; dall'altro, consentono allo Stato di esercitare un presidio su imprese e infrastrutture essenziali, contribuendo alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla continuità dei servizi e all'orientamento dello sviluppo economico nazionale.

Ciò premesso, la qualificazione giuridica dei beni pubblici richiede una lettura che, oltre al titolo di appartenenza, consideri le concrete modalità di esercizio dei poteri amministrativi e i vincoli che regolano l'utilizzazione e la destinazione delle risorse.

L'attenzione si sposta così dalla logica proprietaria alla funzione pubblica del patrimonio, la cui gestione e valorizzazione trovano nella legittimazione pubblicistica il fondamento per l'esercizio dei poteri amministrativi, nel rispetto delle finalità di interesse generale e dei limiti stabiliti dall'ordinamento[117].

La conoscenza del patrimonio, tuttavia, richiede anche una rappresentazione attendibile della sua consistenza economica. A questo scopo interviene la valutazione contabile, che permette di rilevare i beni pubblici secondo parametri oggettivi — quali il costo storico, il valore corrente (*fair value*) o altri criteri estimativi applicabili — e di aggiornare i valori iscritti in bilancio in presenza di perdite durevoli di valore o di potenziale di servizio[118].

---

117 Sul concetto di "potere" amministrativo, v. R. Spagnuolo Vigorita, *Potere amministrativo, poteri e interessi privati*, in *Ceridap*, 2, 2024, 134 ss., il quale chiarisce come la categoria del potere pubblico non possa essere intesa in termini di supremazia o di dominio, ma come relazione giuridica funzionale alla cura dell'interesse generale. Il potere pubblico rappresenta, in tal senso, la capacità giuridica di incidere sull'assetto dei rapporti sociali ed economici per la realizzazione di fini di utilità comune: esso trova la propria legittimazione nella finalizzazione necessaria all'interesse pubblico e il proprio limite nella legge e nei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento. Il potere privato, al contrario, trae fondamento dall'autonomia negoziale e dalla libertà d'iniziativa economica del singolo, perseguendo finalità individuali o patrimoniali entro il quadro dell'ordinamento. La sua essenza è facoltativa e disponibile, mentre quella del potere pubblico è doverosa e vincolata all'interesse generale. All'interno di tale cornice, il potere amministrativo si configura come una declinazione funzionale del potere pubblico, poiché si concretizza nell'attività di gestione, regolazione e controllo volta a rendere effettiva la funzione amministrativa. Esso non si identifica con una prerogativa dell'amministrazione, ma con una forma di responsabilità istituzionale, poiché, come osserva l'Autore, "il potere pubblico, in quanto tale, non si possiede, ma si esercita nell'interesse di altri". Da ciò deriva la sua qualificazione come "potere-dovere", ossia come dovere giuridico di esercizio della funzione attribuita, funzionale alla tutela e alla valorizzazione dei beni pubblici.

118 In materia di valutazione contabile del patrimonio immobiliare dello Stato, il riferimento centrale è costituito dall'ITAS 4 – Immobilizzazioni materiali, che disciplina la rappresentazione in bilancio dei beni tangibili destinati a un utilizzo durevole nell'attività amministrativa. La rilevazione presuppone che il bene sia idoneo a generare benefici economici futuri o, più propriamente nel settore pubblico, un potenziale di servizio, e che il relativo valore sia attendibilmente misurabile. In sede di prima rilevazione, l'immobile è iscritto al «costo di acquisizione o di produzione», comprensivo degli oneri direttamente imputabili alla sua messa in

La successiva rilevazione "inventariale"[119] concorre alla medesima esigenza conoscitiva, garantendo una ricognizione ordinata delle consistenze e l'adozione di criteri comuni idonei a rendere le informazioni uniformi e confrontabili[120].

Le considerazioni sin qui effettuate consentono di ampliare lo sguardo oltre la tradizionale centralità della gestione "finanziaria" nell'amministrazione pubblica[121], riconoscendo nella tutela e nella valorizzazione del patrimonio un'ulteriore espressione del principio di buon andamento. La prevalenza storicamente attribuita al rispetto degli equilibri di bilancio ha favorito una lettura dell'azione

---

funzione, mentre, in caso di acquisizione a titolo gratuito, assume rilievo il valore corrente alla data di acquisizione. Quanto alla valutazione successiva, il principio ammette alternativamente il «modello del costo o il modello della rivalutazione». Il modello del costo, che può risultare particolarmente appropriato per i beni pubblici privi di un mercato attivo o soggetti a vincoli di inalienabilità, prevede l'iscrizione al costo storico, al netto degli ammortamenti accumulati e delle eventuali perdite durevoli di valore, assicurando maggiore stabilità e comparabilità delle rilevazioni. Il modello della rivalutazione presuppone, invece, l'attendibile determinazione del valore corrente (*fair value*), mediante dati osservabili o metodologie estimative riconosciute, e richiede un'applicazione uniforme a classi omogenee di beni, con aggiornamenti sufficientemente regolari. Gli incrementi di valore confluiscono generalmente in una «riserva di patrimonio netto», mentre le riduzioni sono imputate a conto economico, salvo compensazione con eventuali riserve pregresse. Elemento essenziale della valutazione è l'ammortamento, inteso quale ripartizione sistematica del valore ammortizzabile lungo la vita utile del bene, in funzione del consumo dei benefici economici o del potenziale di servizio, anche mediante il metodo a quote costanti. Resta ferma la necessità di verificare eventuali perdite durevoli di valore (*impairment*), procedendo alla svalutazione quando il valore contabile ecceda quello recuperabile. Una disciplina peculiare riguarda i beni del patrimonio culturale, le cui caratteristiche storiche, artistiche e istituzionali, unitamente agli eventuali vincoli di destinazione e alle difficoltà di individuazione di valori di mercato attendibili, richiedono particolare attenzione nella scelta e nell'applicazione dei criteri di valutazione previsti dai principi contabili. Analogamente, l'ITAS 5 – Immobilizzazioni immateriali disciplina le attività non monetarie prive di consistenza fisica, quali software, licenze, diritti e *know-how*, distinguendo tra attività a vita utile definita, soggette ad ammortamento sistematico, e attività a vita utile indefinita, per le quali sono previste verifiche periodiche di recuperabilità del valore in luogo dell'ammortamento.

119 In tema di obblighi inventariali, la Corte dei conti — Sezione regionale di controllo per la Basilicata, con la deliberazione n. 119 del 14 ottobre 2025 — ha richiamato gli enti locali al dovere di procedere al puntuale aggiornamento dell'inventario dei beni immobili, evidenziando che senza una ricognizione completa e affidabile non può realizzarsi una politica di valorizzazione né una rappresentazione veritiera del bilancio. La giurisprudenza contabile ha osservato, altresì, che «un passaggio essenziale per una migliore gestione del patrimonio è quello della ricognizione completa di tutti gli immobili di proprietà dell'ente, nella loro natura oggettiva, per le loro funzioni, per lo stato manutentivo, poiché da una visione complessiva si può partire con una programmazione per il migliore utilizzo del patrimonio immobiliare pubblico. Evidentemente, quindi, le attività di inventario e di valutazione sono propedeutiche alle politiche di valorizzazione

amministrativa incentrata sulla regolarità della gestione finanziaria, lasciando in secondo piano la conoscenza delle consistenze patrimoniali e la loro capacità di soddisfare durevolmente le esigenze collettive.

Anche il principio di buon andamento, declinato nei canoni di efficienza, efficacia ed economicità, trova nella gestione patrimoniale un'importante applicazione. La conoscenza delle risorse disponibili, la verifica delle loro condizioni di utilizzo e l'individuazione delle opportunità di valorizzazione diventano elementi essenziali di un'amministrazione responsabile[122], capace di preservare nel tempo

---

di tali beni patrimoniali, che l'ente deve attuare nel perseguimento degli obiettivi di efficienza ed economicità» (cfr. Sez. reg. contr. Veneto, deliberazione n. 70/2020/PRSE; Sez. reg. contr. Sardegna, deliberazione n. 179/2024)».

120 Nota SeSD n. 158/2025, *Strumenti e metodi per la gestione delle immobilizzazioni materiali nella fase di adozione della contabilità accrual*, Servizio Studi Dipartimentale della Ragioneria Generale dello Stato – Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), 2025, 7.

121 Cfr. V. Bontempi, *L'amministrazione finanziaria dello Stato. La gestione della finanza pubblica in un sistema di governo multilivello*, Milano, 2022, 12; M. S. Giannini, *Il Pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 137; G. della Cananea, *Finanza pubblica*, in B. G. Mattarella, M. Ramajoli (diretto da), *Enciclopedia del diritto. I tematici, vol. III, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 514; in particolare, l'Autore osserva che «nel sistema politico-amministrativo italiano — forse più che in altri ordinamenti — le interrelazioni tra finanza pubblica e organizzazione amministrativa assumono un rilievo particolarmente marcato. Ciò è dovuto alla compresenza di un forte accentramento delle entrate tributarie e di un progressivo decentramento della spesa. Tale configurazione ha rafforzato il ruolo del Ministro dell'economia e delle finanze nell'ambito dell'esecutivo, nonché quello degli apparati amministrativi a esso facenti capo nei rapporti con gli altri ministeri, con gli enti pubblici e con le autonomie regionali e locali».

122 Cfr. F. Amatucci, *Valorizzare il patrimonio immobiliare nelle amministrazioni pubbliche. Strategie e strumenti di management*, Milano, 2009, 35 ss.; la gestione patrimoniale, quale componente della più ampia due diligence immobiliare, richiede una visione unitaria e programmata del patrimonio, fondata su un processo sistematico di analisi, verifica e valutazione dei beni, finalizzato a fornire agli organi decisionali un quadro conoscitivo completo e attendibile. La due diligence costituisce, infatti, uno strumento tecnico-giuridico che consente di ricostruire l'effettiva consistenza del patrimonio, individuandone le criticità e le opportunità di valorizzazione attraverso una pluralità di indagini: tecniche, relative alle caratteristiche fisiche, allo stato di conservazione e alla conformità edilizia e urbanistica degli immobili; economiche, riguardanti il valore di mercato e la redditività potenziale; giuridico-amministrative, concernenti i titoli di proprietà, le destinazioni d'uso, i vincoli, i gravami e la legittimità degli atti di godimento; catastali, dirette a verificare la corrispondenza delle iscrizioni e delle rendite con la situazione effettiva dei beni. A tale attività conoscitiva si affianca il Piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari (PAVI), disciplinato dall'art. 58 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, attraverso il quale gli enti territoriali individuano, nell'ambito del proprio patrimonio, gli immobili non strumentali

l'utilità pubblica dei beni affidati alla sua cura. Il bilancio, pur conservando la propria funzione autorizzatoria, si inserisce così in un sistema più ampio di programmazione e rendicontazione, chiamato a rappresentare non soltanto i flussi finanziari, ma anche le condizioni economiche e patrimoniali che concorrono alla continuità e alla sostenibilità delle decisioni pubbliche[123].

L'effettività di questo modello dipende, tuttavia, da alcune condizioni strutturali.

Anzitutto, è necessaria una governance patrimoniale chiara, capace di armonizzare e orientare, con autorevolezza, le molteplici energie istituzionali e sociali che gravitano attorno alla gestione dei beni pubblici[124]. È inoltre necessario un quadro normativo stabile e coerente, che assicuri uniformità nei criteri di valutazione e nella rappresentazione contabile delle operazioni riflesse nei bilanci delle amministrazioni. Risulta altresì essenziale il superamento della frammentazione dei sistemi informativi, mediante la realizzazione di piattaforme tecnologiche integrate, idonee a consentire una gestione coordinata delle risorse evitando incrementi di spesa a carico della finanza statale[125].

---

all'esercizio delle funzioni istituzionali, suscettibili di valorizzazione o dismissione, secondo criteri di razionalità ed efficienza gestionale.

123 *Ex multis*, v. L. Antonini, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *Rivista AIC*, 2018, 1, 15 ss.; F. Jorio, *Dal bilancio come «bene pubblico» all'abuso di bilancio*, in *Riv. quadr. dir. econ.*, 3, 2023, 332 ss.

124 In questa direzione si colloca l'istituzione, presso il Ministero dell'economia e delle finanze, della Cabina tecnica di regia per la valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, prevista dall'art. 28-quinquies del d.l. 22 giugno 2023, n. 75 (conv. in l. 10 agosto 2023, n. 112), con funzioni di indirizzo e coordinamento delle politiche di gestione e valorizzazione degli immobili pubblici, finalizzata a favorire l'armonizzazione degli interventi e il superamento della frammentazione amministrativa.

125 Nota SeSD n. 158/2025, *Strumenti e metodi per la gestione delle immobilizzazioni materiali nella fase di adozione della contabilità accrual*, Servizio Studi Dipartimentale della Ragioneria Generale dello Stato – Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), 2025, 31; in particolare, la nota richiama l'attenzione sulla frammentazione dei sistemi informativi, individuata come una delle criticità più rilevanti del processo di implementazione. Numerose amministrazioni, in special modo a livello locale, continuano infatti ad avvalersi di piattaforme gestionali eterogenee e tecnologicamente datate, spesso prive di interoperabilità e incapaci di garantire una gestione integrata dei dati patrimoniali e contabili. Il superamento di tali criticità richiede interventi sulle infrastrutture digitali, sull'interoperabilità delle piattaforme e sulle competenze tecniche del personale, la cui attuazione deve essere coordinata con i vincoli finanziari previsti dalla disciplina applicabile, anche attraverso un impiego più efficiente delle

Un compito che segna l'avvio di una nuova stagione della finanza pubblica europea, caratterizzata dalla costante ricerca di un equilibrio tra la necessità di "governare" le risorse economico-patrimoniali del bilancio e l'esigenza, più ampia, di una "nozione giuridica"[126] della *res publica*, capace di riconoscere ai beni pubblici la loro natura di risorse strategiche. Il loro impiego è chiamato a essere riletto alla luce dei principi della contabilità economica europea, quali elementi strutturali di una costituzionalità economica in progressivo consolidamento sul piano sovranazionale[127].

All'esito di questa evoluzione si può intravedere l'affermazione di una amministrazione patrimoniale dello Stato, nella quale l'equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.), il principio di buon andamento (art. 97 Cost.) e il riconoscimento costituzionale della proprietà pubblica (art. 42 Cost.) concorrono a delineare un nuovo «modo di governare», orientato non soltanto alla gestione dei flussi finanziari, ma anche alla tutela e alla valorizzazione economica dei beni pubblici[128].

---

risorse già disponibili.

126 In una prospettiva più ampia, può richiamarsi il contributo di P. Lazzara, *Il patrimonio culturale immateriale. Alla ricerca di una nozione giuridica. La legge 152 del 2024 per il riconoscimento e l'individuazione del patrimonio culturale immateriale*, in *Arte e Diritto*, 1, 2025, 103 ss., nel quale l'Autore muove dalle Convenzioni UNESCO del 2003 e del 2005, ricostruisce il nesso tra identità e continuità culturale, successivamente recepito dall'art. 10 della legge n. 152 del 2024. Particolarmente significativa è la distinzione operata tra la tutela dei beni materiali, intesa in termini di conservazione, e la salvaguardia dei beni immateriali, concepita come sostegno alle comunità che ne sono portatrici, sino ad affermare che «la tutela del bene immateriale coincide [...] con il supporto al gruppo o alla comunità». Il contributo offre un rilevante spunto di riflessione, poiché mette in luce, da un lato, le difficoltà delle categorie giuridiche tradizionali nel cogliere l'essenza di beni che, per loro natura, sfuggono alla logica proprietaria; dall'altro, il carattere innovativo della legge n. 152 del 2024, che per la prima volta introduce una disciplina organica del patrimonio culturale immateriale, collegando le procedure di riconoscimento a elenchi ufficiali e ancorandole ai principi costituzionali e internazionali di tutela.

127 F. Conte, *Patrimonio, sostenibilità e accountability: la metamorfosi della contabilità pubblica italiana*, cit., 16; M. Paoloni, F. G. Grandis, *La dimensione aziendale delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2007, 301 ss.

128 Cfr. A. Buscema, *La tutela e la valorizzazione dei beni pubblici tra funzione sociale e interessi economici della proprietà pubblica*, cit., spec. §§ 1 e 2, ove si afferma che «la tutela dei beni pubblici trova il proprio fondamento nella Costituzione repubblicana», la quale delinea «un assetto di protezione del patrimonio pubblico concepito non come valore in sé, ma come strumento funzionale alla realizzazione dell'interesse generale, al buon andamento dell'azione amministrativa e alla garanzia dei diritti fondamentali». L'Autore precisa, inoltre, che «la

valorizzazione dei beni pubblici assume una rilevanza crescente anche in relazione al principio dell'equilibrio di bilancio e alla sostenibilità della finanza pubblica», poiché «il patrimonio pubblico rappresenta, infatti, una componente essenziale della ricchezza collettiva e incide sulla capacità degli enti di far fronte ai propri compiti istituzionali nel tempo».

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Luca Bordin
Dottore di ricerca in diritto pubblico, curriculum di diritto amministrativo, Sapienza - Università di Roma
luca.bordin@uniroma1.it

La sanzione amministrativa nella prospettiva del rapporto giuridico e delle situazioni giuridiche soggettive (sostanziali)

The administrative sanction from the perspective of the legal relationship and (substantive) subjective legal situations

Sintesi

Il contributo analizza la sanzione amministrativa attraverso la teoria relazionale del diritto e il concetto di rapporto giuridico, superando la visione meramente autoritativa dell'azione pubblica. L'indagine esamina la fase genetica dell'illecito, evidenziando il rapporto sostanziale tra amministrazione (titolare di potestà repressiva) e privato. Particolare attenzione è rivolta alla qualificazione della situazione giuridica dell'incolpato, criticando le impostazioni che la riducono a meri criteri estrinseci legati al riparto di giurisdizione o alla natura vincolata dell'atto.

Abstract

This paper examines administrative sanctions through the lens of the relational theory of law and the concept of legal relationships, moving beyond strictly authoritative views of public action. The study focuses on the genetic phase of administrative offenses, highlighting the substantive relationship between the public administration—holding a repressive punitive power rooted in sovereign function—and the private individual. Special attention is devoted to defining the subject's legal position on a substantive level, challenging approaches that tie this qualification (subjective right or legitimate interest) exclusively to extrinsic criteria related to jurisdiction allocation or the bound nature of administrative action.

Parole chiave: Sanzione amministrativa, Rapporto giuridico, Potestà sanzionatoria, Situazioni giuridiche soggettive, Riparto di giurisdizione

KEYWORDS: Administrative sanction, Legal relationship, Sanctioning power, Subjective legal situations, Allocation of jurisdiction

INDICE: 1. Premessa. - 2. Rapporto giuridico, rapporto sanzionatorio amministrativo e modulo procedurale di accertamento. - 3. La situazione giuridica soggettiva della pubblica amministrazione. - 4. La situazione giuridica soggettiva del privato. La prospettiva del riparto di giurisdizione. - 4.1. segue. Il diritto soggettivo (a non essere sanzionati). - 4.2. segue. La tesi dell'interesse legittimo. Gli indirizzi "eclettici". - 5. La configurazione della situazione soggettiva sostanziale del privato in termini di responsabilità. - 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La riflessione giuridica sul tema della sanzione amministrativa[1] intercetta assai di frequente questioni di ordine più propriamente teorico-generale[2]. L'interrelazione è tale che in taluni contributi dedicati alla richiamata tematica, l'analisi è

1 Il tema è stato indagato in numerosissimi contributi dogmatici, di cui sarebbe arduo dare compiutamente atto in questa sede. Sull'argomento, senza pretesa di esaustività, v. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; ID., *La sistemazione delle sanzioni fiscali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, p. 500 ss.; A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925; U. ARDIZZONE, voce *Sanzioni amministrative*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XI, Torino, 1939, p. 1084 ss.; V. DOMENICHELLI, *Sanzioni amministrative, principio di legalità e poteri del giudice ordinario*, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 1381 ss.; M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Napoli, 1981; ID., *Le sanzioni amministrative pecuniarie – principi sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983; ID., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; A. VIGNERI, *La sanzione amministrativa, origine e nozione*, Padova, 1984; G. BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984; C.E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988; ID., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 345 ss.; G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988; C. PEPE, *Illecito e sanzione amministrativa: tra valori costituzionali e discrezionalità legislativa*, Padova, 1990; E. ROSINI, *Le sanzioni amministrative: la giurisdizione ordinaria*, Milano, 1990; E. CASETTA, voce *Sanzioni amministrative*, in *Dig. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 598 ss.; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999; ID., voce *Sanzioni amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubb.*, Milano, 2006, p. 5424 ss.; A. CAGNAZZO – S. TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017; S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della p.a. e diritti dell'uomo: i vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli, 2018; S. TERRACCIANO, *Le sanzioni amministrative a tutela degli interessi pubblici procedimentali*, Napoli, 2023; F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2025, 1, p. 3 ss.; F. PIEMONTESE, *La sanzione amministrativa. Aporie e opzioni sistematiche*, Torino, 2025.

2 Sulla individuazione dell'oggetto speculativo della "teoria del diritto" v. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 8 ss. Cfr. anche P. CAPPELLINI, voce *Teoria generale e scienza del diritto (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 162 ss.

preceduta dall'esame dello stesso concetto di diritto, tradizionalmente di pertinenza della teoria generale[3]. Ancor più spesso, ricostruito il rapporto tra la sanzione giuridica e quella amministrativa in termini di genere a specie, l'analisi è impostata prendendo le mosse proprio dal tema della sanzione giuridica nel dibattito teorico[4].

Ancor più spesso, ricostruito il rapporto tra la sanzione giuridica e quella amministrativa in termini di genere a specie, l'analisi è impostata prendendo le mosse proprio dal tema della sanzione giuridica nel dibattito teorico[5].

---

3 Cfr. G. Pagliari, *Profili teorici*, cit., p. 10 ss., il quale ritiene pregiudiziale l'esame del concetto di diritto rispetto all'analisi della sanzione. La stretta correlazione tra sanzione giuridica e giuridicamente rilevante è notata anche dai teorici del diritto; cfr. G. Gavazzi, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, p. 1.

4 Un simile itinerario è presente, ad esempio, in G. Zanobini, *Le sanzioni*, cit.; A. Tesauro, *Le sanzioni*, cit.; M.A. Sandulli, *La potestà sanzionatoria*, cit.; G. Pagliari, *Profili teorici*, cit.; E. Casetta, voce *Sanzione*, cit.; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio*, cit.; G. Martini, *Potere sanzionatorio della p.a.*, cit.; F. Piemontese, *La sanzione amministrativa*, cit.

Sul concetto teorico di sanzione giuridica v., senza alcuna pretesa di esaustività, W. Cesarini Sforza, *Norma e sanzione*, in *RIFD*, 1921, p. 60 ss.; G. Garilli, *Il concetto di sanzione*, Palermo, 1934; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 26 ss.; Id., *Il valore della sanzione del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 237 ss.; F. Benvenuti, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 1, p. 223 ss.; C. Mandrioli, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1956, 1, p. 86 ss.; E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957; E. Cammarata, *Sulla concepibilità di un nesso logico tra "illecito" e "sanzione"*, in Aa. Vv., *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, vol. I, Milano, 1967, p. 101 ss.; N. Bobbio, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 530 ss.; F. D'Agostino, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 303 ss.; G. Gavazzi, voce *Sanzione*, cit.; Id., *Norme primarie e norme secondarie*, ora in *Studi di teoria del diritto*, Torino, 1993, p. 165 ss.; L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., p. 662 ss.

5 Un simile itinerario è presente, ad esempio, in G. Zanobini, *Le sanzioni*, cit.; A. Tesauro, *Le sanzioni*, cit.; M.A. Sandulli, *La potestà sanzionatoria*, cit.; G. Pagliari, *Profili teorici*, cit.; E. Casetta, voce *Sanzione*, cit.; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio*, cit.; G. Martini, *Potere sanzionatorio della p.a.*, cit.; F. Piemontese, *La sanzione amministrativa*, cit.

Sul concetto teorico di sanzione giuridica v., senza alcuna pretesa di esaustività, W. Cesarini Sforza, *Norma e sanzione*, in *RIFD*, 1921, p. 60 ss.; G. Garilli, *Il concetto di sanzione*, Palermo, 1934; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 26 ss.; Id., *Il valore della sanzione del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 237 ss.; F. Benvenuti, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 1, p. 223 ss.; C. Mandrioli, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1956, 1, p. 86 ss.; E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957; E. Cammarata, *Sulla concepibilità di un nesso logico tra "illecito" e "sanzione"*, in Aa. Vv., *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, vol. I, Milano, 1967, p. 101 ss.; N. Bobbio, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 530 ss.; F. D'Agostino, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 303 ss.; G. Gavazzi, voce *Sanzione*, cit.; Id., *Norme primarie e norme secondarie*, ora in *Studi di teoria del diritto*, Torino, 1993, p. 165 ss.; L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., p. 662 ss.

Una simile opzione metodologica se, per gli studi più risalenti, può spiegarsi alla luce dell'assenza di una disciplina positiva di ordine generale[6], per quelli successivi alla legge 24 novembre 1981, n. 689 – che, com'è noto, ha tentato di offrire un "codice" dell'illecito amministrativo (punito con sanzione pecuniaria)[7] – pare dimostrare che gli aspetti di teoria del diritto sono tutt'altro che secondari nella ricostruzione della sanzione amministrativa[8]. Particolarmente feconde, per l'argomento che qui si affronta, sono le suggestioni offerte da quella peculiare concezione del fenomeno giuridico che va sotto il nome di "teoria relazionale"[9] che, com'è noto, rinviene l'essenza dell'ordinamento nel concetto di rapporto giuridico[10].

---

6 In ciò direzionando gli sforzi ricostruttivi verso aspetti generalissimi. Come notato, infatti, «*Lo studio della sanzione amministrativa è stato a lungo condizionato dalla mancanza di una normativa specifica su cui fare affidamento per ricavare i principi e per ricercare i criteri e gli indirizzi ispiratori dell'istituto*», C.E. Paliero – A. Travi, voce *Sanzioni amministrative*, cit., in part. p. 345.

7 Cfr. C.E. Paliero – A. Travi, *op. ult. cit.*, p. 355.

8 Basti pensare al significativo apporto del normativismo nel disvelare la struttura della norma sanzionatoria sulla scorta della relazione logico-formale "Se *a*, allora *b*", ove "a" rappresenta la norma primaria "illecito" e "b" quella secondaria sanzionatoria. La sanzione giuridica si atteggia, così, in termini di giudizio ipotetico e qualificatorio di un comportamento umano in termini di illiceità. Come osservato, infatti, «*Sanzionare è giudicare; giudicare è distinguere, saper distinguere. Qui si colloca l'inizio di ogni discorso sulla sanzione*», F. D'Agostino, voce *Sanzione*, cit., p. 308. Ciò è valevole anche per la sanzione amministrativa, quale *species* della sanzione giuridica. Anche quella amministrativa, infatti, replica la medesima struttura, sintetizzabile nei termini della relazione logica "Se *a*, allora *b*".

9 Le radici filosofiche di questa teoria vengono individuate nel *neokantismo*; quelle scientifiche, invece, nella Scuola storica. Sul punto cfr. S. Cotta, *Prospettive di filosofia del diritto*, Torino, 2014, p. 33. Tra i maggiori esponenti di questa concezione figurano G. Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1912; Id., *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1952; F.B. Cicala, *Il rapporto giuridico*, Firenze, 1940; A. Levi, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1953. Per una sintetica esposizione delle coordinate essenziali del pensiero di quest'ultimo Autore v. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, ed. agg. C. Faralli (a cura di), Bari-Roma, 2020, pp. 228-229.

10 La centralità del rapporto sembra porsi all'interno di una concezione bilaterale della norma, propria della visione liberale del fenomeno giuridico, secondo cui vi sono rapporti sociali che lo Stato si limita a riconoscere. È nell'alveo di questa concezione che si sviluppa la teoria relazionale. Tale teorica, però, entra inevitabilmente in crisi quando viene posta in discussione la visione del diritto sulla base della quale si è sviluppata e si inizia ad abbracciare una prospettiva normativistica. È noto, infatti, come quest'ultima abbia condotto alla svalutazione del diritto soggettivo, del rapporto e del soggetto di diritto. In termini e per più ampi riferimenti bibliografici, A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, p. 179, nota n. 11.

La prospettiva che in questa sede si tenterà di supportare si risolve nell'inquadrare la tematica della sanzione amministrativa nella prospettiva del rapporto giuridico, ponendo in primo piano la dinamica intersoggettiva che si instaura con il verificarsi di una condotta umana qualificata dall'ordinamento in termini di illecito amministrativo.

Svolti alcuni cenni sul tema del rapporto giuridico e sul suo dipanarsi secondo logiche procedurali nel diritto pubblico, si tenterà di enucleare il rapporto sostanziale tra amministrazione e privato secondo lo schema delle posizioni giuridiche soggettive[11].

I risultati cui si giungerà saranno poi scrutinati al lume della situazione (inter)istituzionale che la comminatoria di sanzioni da parte della pubblica amministrazione assume con riferimento non solo all'incolpato, ma anche all'autorità giudiziaria che – in via eventuale – sia chiamata a giudicare della correttezza dell'operato dell'amministrazione. Ciò, nella convinzione che l'annosa questione del sindacato giurisdizionale sul "provvedimento" sanzionatorio – qui solo evocata, ma che meriterebbe autonoma trattazione – possa essere affrontata solo una volta chiariti i termini del rapporto sul piano sostanziale[12].

---

11 Tuttavia, senza aderire a quelle visioni formaliste, per il cui tramite si assiste a una scomparsa dalla scena del soggetto di diritto, e volte a ricostruire il rapporto giuridico come relazione tra situazioni soggettive, anziché – primariamente – tra soggetti. In termini, P. STANZIONE, voce *Rapporto giuridico. II) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, 1993, in part. p. 5. In questa sede si aderisce poi alla ricostruzione del rapporto giuridico non in termini di posizioni giuridiche soggettive semplici tra loro contrapposte, ma come sintesi unitaria (non mera sommatoria) delle possibilità e doverosità dei soggetti che nel rapporto stesso sono coinvolti. Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 205. Non sono mancate, tuttavia, ricostruzioni teoriche volte a negare la intersoggettività del rapporto giuridico *tout court* (e non solo di quello amministrativo), costruito in chiave spiccatamente normativista quale relazione tra un soggetto e una norma. Per tale via, tuttavia, si assiste a una eccessiva valorizzazione dell'elemento della giuridicità che, pur nella sua assoluta rilevanza onde assurgere a oggetto di regolazione normativa, non può certo obnubilare la relazione che il rapporto instaura anzitutto tra soggetti.

12 Come efficacemente rilevato, infatti, «*il problema dei limiti del sindacato giurisdizionale … non può risolversi sul piano processuale; esso si lega infatti all'assetto sostanziale delle situazioni giuridiche soggettive e dei poteri autoritativi dell'amministrazione*», P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, p. 212.

2. Rapporto giuridico, rapporto sanzionatorio amministrativo e modulo procedurale di accertamento

Il rapporto giuridico[13] ha storicamente costituito terreno di "speculazione" in seno alla dogmatica privatistica[14]. In ciò non può non aver contribuito la progressiva astrazione dal modello del rapporto obbligatorio[15]. Più recente è l'attenzione riposta dai giuspubblicisti al tema del rapporto giuridico di diritto amministrativo[16]. Le difficoltà di concepire la relazione tra amministrazione e privato in termini di rapporto giuridico, riscontrate negli orientamenti tradizionali, posso-

13 La nozione di rapporto giuridico è stata elaborato sia dalla teoria del diritto, sia dalla dogmatica, per mezzo della progressiva generalizzazione dei concetti desumibili dalla concreta esperienza giuridica. Cfr. S. PALAZZOLO, voce *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 ss., in part. p. 289. Sul tema del rapporto giuridico, tra i molti, A.G. CONTE, voce *Rapporto (Teoria del diritto come)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 785 ss.; G. LAZZARO, voce *Rapporto giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 787 ss.; A. CATANIA, voce *Rapporto giuridico. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, 1993; P. STANZIONE, voce *Rapporto giuridico*, cit.

14 Ciò in ragione di una lettura restrittiva della stessa nozione di rapporto. Si è a tal proposito osservato che «*se per rapporto giuridico si intende (restrittivamente) la relazione tra (titolari di) diritti soggettivi e (titolari di) obblighi (ed obbligazioni), risulta del tutto evidente che un (tale) rapporto non può essere (di norma) oggetto del processo amministrativo, per la ragione che le situazioni giuridiche soggettive che spettano all'amministrazione e al privato non sono (di norma) quelle appena indicate, bensì rispettivamente poteri (o potestà) e interessi legittimi. Tuttavia, se si accoglie una nozione meno restrittiva di rapporto giuridico, intendendolo come relazione tra (titolari di) situazioni soggettive contrapposte ma concernenti un medesimo oggetto (ad esempio: il potere di espropriare un determinato bene immobile e l'interesse legittimo del proprietario a conservarne la proprietà; il potere di rilasciare una autorizzazione, l'interesse del richiedente ad ottenerla e l'interesse del terzo a farla rifiutare), allora è perfettamente predicabile il rapporto giuridico amministrativo (di diritto sostanziale) tra amministrazione e privati*», F.G. SCOCA, *Il modello processuale*, in AA.VV., F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, p. 155 ss., in part. p. 163. Si v. G. BERTI, *Il "rapporto amministrativo" nella costruzione giuridica dello Stato*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Milano, 1977, p. 41 ss., in part. p. 59 per l'affermazione secondo cui il rapporto interprivato «*è veramente il prototipo del rapporto giuridico, giacché racchiude un concetto di autolimitazione reciproca e consapevole di due posizioni di libertà*». Tra i più recenti studi nella privatistica v. C. BERTI – G. TRAVIA, *Brevi riflessioni in materia di rapporto giuridico*, in *Resp. civ. prev.*, 2025, 1, p. 242 ss. Gli A. si soffermano, tra l'altro, sulla distinzione tra rapporto giuridico e rapporto obbligatorio, tra i quali individuano una relazione di genere a specie. Non sono mancate analisi trasversali del concetto di rapporto nella prospettiva tanto privatistica, quanto pubblicistica. Si v., in proposito, A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 4, p. 1193 ss. L'A. esamina criticamente la distinzione italiana tra diritti e interessi legittimi, proponendo una teoria generale che superi le tradizionali frammentazioni disciplinari.

15 Questo, infatti, «*è una specificazione della più ampia e generica categoria del rapporto giuridico*». Così, C. BERTI – G. TRAVIA, *op. cit.*, p. 242.

no rintracciare una possibile chiave di lettura nella concezione della posizione dell'amministrazione e, per suo tramite, dello Stato, rispetto al cittadino, tale da rendere inconfigurabile un rapporto bilaterale[17]. Riprova ne sono le originarie concezioni dell'interesse legittimo in termini di interesse occasionalmente protetto o di interesse alla legittimità dell'azione amministrativa[18]. Venuta meno tale impalcatura ideologica, di carattere marcatamente autoritativo, la dottrina ha operato un'attenta rilettura della posizione giuridica soggettiva del privato, all'esito della quale è stato possibile conformare in termini intersoggettivi il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, così giungendo a una nuova sistemazione del rapporto libertà-autorità[19].

Non è certo questa la sede per ripercorrere gli sviluppi di una tematica tanto vasta. Di essa preme qui evidenziare l'esito, da scorgersi nella possibilità di enucleare una relazione intersoggettiva in sede di esercizio del pubblico potere.

---

16 Si v. G. Berti, *Il "rapporto amministrativo"*, cit.; G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; V. Antonelli, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2007, in part. p. 78 ss.; M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008; F. Gaffuri, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013; G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 585 ss. Nella manualistica si v. l'attenzione posta al tema da M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2023, p. 112 ss.

17 Cfr. A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 384.

18 Sull'evoluzione della figura dell'interesse legittimo v. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017. Per la prima affermazione della fortunata concezione dell'interesse legittimo quale interesse occasionalmente protetto, L. Meucci, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, V, p. 5 ss. Tale concezione, com'è noto, è stata poi successivamente ripresa e sviluppata – unitamente a quella del diritto affievolito – da O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1912. Per un'analisi dell'evoluzione del pensiero di Ranelletti rispetto a tale tematica v. E. Cannada Bartoli, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 267 ss. Quella dell'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa è idea che si fa strada tra la fine degli anni '40 e i primi anni '50 del Novecento. Cfr. F.G. Scoca, *op. ult. cit.*, p. 160 ss. Tra i sostenitori di questa concezione E. Cannada Bartoli, *Aspetti processuali dell'art. 27 n. 4, della legge sul Consiglio di Stato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, p. 265 ss.; G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949; R. Alessi, *Principii di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1966.

19 Il rapporto tra autorità e libertà è stato studiato, tradizionalmente, nella dottrina amministrativistica, anteponendo la prima alla seconda. L'evoluzione del rapporto tra i due termini del binomio nelle riflessioni della dottrina – con particolare riguardo all'influenza ed allo sviluppo del pensiero di Giannini – è ricostruita, ad esempio, da B.G. Mattarella, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 909 ss. Per l'inversione di prospettiva cfr. i recenti studi di V. Caputi Iambrenghi, *Libertà e autorità*, I, Napoli, 2021; Id., *Libertà e autorità. Dottrine sulle libertà. Diritti delle future generazioni*, II, Napoli, 2023.

Il tentativo consiste nell'esportare tale operazione concettuale anche nell'ambito della sanzione amministrativa[20], in modo da identificare il conformarsi – secondo una metodologia di analisi prossima alla teoria generale – della situazione giuridica soggettiva che sull'incolpato si appunta sul piano eminentemente sostanziale, onde eventualmente istituire una relazione con l'amministrazione tale da instaurare quello che può essere definito "rapporto sanzionatorio amministrativo", quale *species* del rapporto di diritto pubblico.

Tale rapporto, infatti, si inscrive a pieno titolo in un contesto pubblicistico[21]. Individuato nell'ordinamento un illecito amministrativo, la condotta umana conforme a tale astratta fattispecie comporta l'attivarsi di un meccanismo repressivo da parte del pubblico potere, mediante la spendita di potestà in forme procedurali.

È qui che si scorge, invero, il diverso atteggiarsi del paradigma relazionale nel contesto del diritto pubblico, rispetto a quanto è dato riscontrare in quello privatistico[22]. Il rapporto di diritto pubblico si esplica infatti in un contesto procedurale, caratterizzando in tal modo il ciclo di produzione giuridica di tipo autoritativo[23].

---

20 Ciò anche al fine di cogliere il suggerimento di quanti, autorevolmente occupandosi di essa, hanno segnalato i limiti delle concezioni tradizionali, che sono parse «*inadeguate, o quanto meno unilaterali, ai fini della costruzione del quadro normativo entro cui le sanzioni vanno sistemate. Tali concezioni, come si è detto, guardano alla sanzione dalla parte dell'amministrazione (ordinamento particolare) o della situazione soggettiva dell'amministrazione (diritto soggettivo, potestà) o dell'interesse materiale dell'amministrazione (autotutela, soddisfazione indiretta ecc.)*» senza tenere nella dovuta considerazione la posizione del privato, G. Corso, *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 18-20 settembre 1980)*, Milano, 1982, p. 59 ss., in part. p. 75.

21 Di «*rapporto di autorità da cui trae origine la stessa dimensione dinamica del potere punitivo*» parla A. Martufi, *La potestà punitiva nel diritto UE. Differenziazione dei modelli di tutela e modulazione delle garanzie penalistiche*, Torino, 2024, p. 13, che oltre (p. 19) specifica che il requisito dell'autorità «*si limita a evocare la strutturale asimmetria che connota il rapporto tra il titolare dello* ius puniendi *e il destinatario della punizione statale, evidenziando l'esistenza di una potestà pubblica e di una correlativa soggezione individuale*».

22 In quest'ultimo, infatti, anche allorquando la relazione si svolga secondo il concatenarsi di una pluralità di atti, le situazioni giuridiche soggettive dei protagonisti del rapporto assumono una dimensione spiccatamente sostanziale.

23 Ciò si riscontra nel diritto amministrativo generale in maniera lampante. Ma lo stesso è a dirsi per il diritto amministrativo punitivo e per altre branche ordinamentali. Si pensi al modulo procedurale che caratterizza la fase di attuazione del rapporto in diritto tributario o al diritto processuale *tout court*.

La pubblica amministrazione, nell'irrogazione della sanzione, è sottoposta a una serie di prescrizioni, di natura formale, che attengono alle modalità di esercizio della situazione soggettiva. Al fine del prodursi dell'effetto tipico dell'esercizio di tale situazione – da individuarsi nella comminatoria di una *pena in senso tecnico*[24] – è necessaria la previa verifica dei requisiti fattuali e giuridici che consentono un tale effetto, conformemente a quanto stabilito sul piano normativo in ordine al riconoscimento della situazione giuridica. Questa verifica avviene secondo moduli procedurali (il procedimento sanzionatorio amministrativo) caratterizzati dall'accertamento della situazione giuridica da esercitare[25].

Il modello procedurale si riverbera inevitabilmente anche sulla posizione dell'incolpato, per come delineata dall'ordinamento, dovendosi distinguere tre profili di rilevanza giuridica: sostanziale (*recte,* non procedurale), procedimentale e processuale. A ciascun livello l'ordinamento giuridico – strutturandosi in termini di garanzia rispetto alla funzione repressiva – può riconoscere situazioni giuridicamente rilevanti in capo all'incolpato che, sul piano del diritto positivo, possono assumere variegate conformazioni, tali da configurare diritti soggettivi o interessi legittimi. Si pensi, sul piano procedimentale, alle facoltà di presentare scritti difensivi e documenti all'autorità competente, o a quella di essere ascoltati dalla

---

24 È la nota definizione di Zanobini, secondo cui le sanzioni amministrative sono «*pene in senso tecnico, la cui applicazione costituisce, per l'amministrazione verso la quale corrono i doveri cui esse accedono, un diritto soggettivo*», G. Zanobini, *Le sanzioni*, cit., p. 38. Si v., sulla impostazione *zanobiniana*, R. Tomei, *Le origini della nozione di sanzione amministrativa nell'esperienza giuridica italiana*, in *Riv. amm.*, 2001, p. 931 ss. Così congegnata, la sanzione amministrativa non è assimilabile agli strumenti diretti alla conservazione o al ripristino di interessi sostanziali lesi dall'infrazione. Simile indirizzo restrittivo ha trovato ampia adesione nella dogmatica. Cfr. E. Capaccioli, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in Aa.Vv., *Le sanzioni in materia tributaria. Atti del Convegno*, Varese, 1979, p. 125 ss.; Id., *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 87 ss.; C.E. Paliero – A. Travi, voce *Sanzioni amministrative*, cit., p. 351; M.A. Sandulli, voce *Sanzioni amministrative*, cit., p. 2; P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 3 ss.; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio*, cit., p. 33; G. Martini, *Potere sanzionatorio della p.a.*, cit., p. 77 ss. e, spec., p. 105. Nella concezione restrittiva l'essenza e la finalità delle sanzioni amministrative si risolvono nell'irrogazione di una misura afflittiva, volta a scopi di prevenzione generale – la dissuasione della generalità dei consociati dalla violazione del precetto – e speciale – rispetto al trasgressore (cfr. S. Cimini, *Il potere sanzionatorio*, cit., p. 33). In questa sede si aderisce alla prospettazione *zanobiniana* della sanzione amministrativa quale *pena in senso tecnico*. Per tale via si può concludere nel senso della non appartenenza alla categoria: *i)* delle misure aventi finalità ripristinatoria e reintegratoria dell'interesse pubblico, definite sovente sanzioni in senso lato; *ii)* delle misure incidenti negativamente sulla sfera dell'amministrato, aventi finalità preventiva e cautelare.

25 Cfr., in termini più generali, A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 88.

medesima, enucleate all'art. 18, comma 1, l. n. 689/1981. Del pari, sono rilevanti le situazioni di cui l'incolpato è titolare nell'ipotesi in cui stimoli l'intervento giurisdizionale sull'esercizio della potestà sanzionatoria amministrativa, a cominciare dallo stesso riconoscimento della possibilità di adire l'autorità giudiziaria (cfr. artt. 22 l. n. 689/1981 e 6 d.lgs. n. 150/2011).

La complessità della dinamica giuridica sottesa al rapporto sanzionatorio amministrativo, involgente sempre profili sostanziali e procedimentali, oltre che – eventualmente – anche processuali, impone di non confondere i piani di analisi nel prosieguo dell'indagine.

In questa sede, infatti, si isoleranno i profili afferenti esclusivamente al piano sostanziale del rapporto, al fine di enucleare le situazioni soggettive che in tale frangente si appuntano sui titolari del rapporto, secondo una lettura strutturale del fenomeno relazionale, tipica dell'analisi teorico-generale.

Sicché, tutto ciò che si pone diacronicamente come successivo al perfezionarsi dell'illecito da parte dell'incolpato sfugge al raggio delle presenti riflessioni. Ciò, sulla scorta della implicita premessa secondo cui il contributo procedurale dell'amministrazione prima ed, eventualmente, del giudice poi, ripoggi su un oggetto sostanziale distinto e diverso dalle prerogative che l'ordinamento riconosce all'incolpato nel procedimento e nel processo. Detto altrimenti, si ritiene che rispetto all'avvio del procedimento sanzionatorio, nella realtà giuridica preesistano delle situazioni giuridiche soggettive sostanziali, appuntantesi sull'incolpato e sull'amministrazione titolare della funzione repressiva.

È necessario, allora, evitare errori prospettici dovuti alle caratteristiche che il rapporto sanzionatorio amministrativo può assumere nei differenti frangenti procedimentali e processuali, caratterizzati entrambi dal loro svolgersi secondo moduli procedurali accertativi.

Una tale raccomandazione metodologica *a fortiori* si impone laddove la tematica che qui si affronta è stata tradizionalmente impostata nella prospettiva dell'individuazione di direttrici idonee a sovrintendere al riparto della giurisdizione[26], disvelando inevitabili interconnessioni – se non vere e proprie interferenze –

26 Sul vasto tema del riparto v., senza alcuna pretesa di fornire indicazioni esaustive, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, E. Cardi – A. Nigro (a cura di), Bologna, 2002, p. 137 ss.; A. Pajno, voce *Il riparto di giurisdizione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto*

tra questioni processuali e sostanzial-procedimentali.

3. La situazione giuridica soggettiva della pubblica amministrazione

Minore complessità presenta l'enucleazione della situazione soggettiva di cui risulta titolare l'amministrazione, parte del rapporto sanzionatorio amministrativo.

L'operazione comporta la preliminare adesione a quella elaborazione dogmatica che rifiuta l'oggettivizzazione del potere[27], strutturando i poteri e le potestà pubbliche in termini di situazioni giuridiche soggettive.

Qui viene assunta la definizione stipulativa[28] di situazione giuridica soggettiva quale posizione ideale di un soggetto rispetto ad una norma e, dunque, ri-

amministrativo. Diritto amministrativo speciale, vol. V, Milano, 2003, p. 4193 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 47 ss.; M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il codice del processo ammnistrativo*, Padova, 2018. Per la manualistica v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, F. FRACCHIA (a cura di), Milano, 2017, p. 757 ss.; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, p. 116 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, p. 121 ss.; V. CERULLI IRELLI – A. CARBONE, *Lezioni di giustizia amministrativa. I. La giurisdizione e l'oggetto del giudizio*, Torino, 2023, p. 45 ss.

27 Tale prospettiva si sviluppa attraverso differenti impostazioni dogmatiche che, pur con diverse sfumature, convergono nell'isolamento del momento della produzione. Le elaborazioni in chiave oggettiva del potere, pur nella varietà di costrutti teorici, presentano elementi ricorrenti quali l'isolamento del momento proprio della produzione giuridica, la relegazione del soggetto al piano dell'imputazione e l'esigenza di procedimentalizzare l'esplicazione del potere, in ciò superando peraltro la logica tradizionale fondata sulla regolamentazione dei rapporti bilaterali. Ciò al fine di *giuridicizzare* il processo di esplicazione del pubblico potere, onde impedire che tale fenomeno rimanga relegato nella sfera soggettiva del giuridicamente irrilevante. Per più ampi svolgimenti, v. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 48 ss., che rileva «*come la radicale declinazione del paradigma oggettivistico di cui si è dato conto non abbia, invero, trovato una generale accettazione. Essa, infatti, dequotando completamente, fino ad annullare, il valore del soggetto nella dinamica della produzione, non è stata solitamente reputata idonea, in sé, a rappresentare efficacemente la realtà giuridica*» (p. 54).

28 Com'è noto, le definizioni stipulative, quali *species* delle definizioni costitutive, sono definizioni che consistono nell'assegnazione, convenzionale o arbitraria, di un significato a un significante. Talvolta il significante può essere inventato, oppure ad esso si può assegnare un significato diverso da quello che assegnano gli usi linguistici effettivamente praticati; altre volte invece la definizione si riconnette agli usi linguistici effettivamente praticati, scegliendo uno tra i vari possibili significati oppure riducendone i margini di vaghezza. Le definizioni stipulative, per tali loro caratteristiche, non possono dirsi né vere né false. In termini, R. GUASTINI, *Teoria del diritto. Approccio metodologico*, Modena, 2012, p. 44 ss. Si v. anche L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 24.

spetto all'interesse alla cui protezione la norma è rivolta[29].

Con specifico riferimento all'irrogazione di sanzioni da parte dell'amministrazione la dottrina tradizionale ha fatto ricorso alla categoria del diritto soggettivo[30], in contrapposizione alla situazione di dovere in cui si sarebbe trovato il giudice penale nella comminatoria della pena[31].

La giustapposizione diritto soggettivo/dovere pare iscriversi in una duplice tendenza, politica e dogmatica.

---

29 Cfr. E. CASETTA, *Manuale*, cit., p. 318. Non è pensabile approfondire in questa sede la tematica delle situazioni giuridiche soggettive sul piano della teoria del diritto. Al dibattito teorico ha contribuito in maniera rilevante anche la scienza del diritto amministrativo, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 496 ss. Peraltro, anche nell'ambito teorico-generale, quella di "situazione giuridica soggettiva" è nozione tutt'altro che pacifica. Come rilevato, difatti, «*La dottrina giuridica in materia di situazioni giuridiche soggettive, ossia di modalità e aspettative giuridicamente rilevanti, è ancor più frammentaria e disorganica di quella in materia di atti… Questa mancanza di una teoria generale delle situazioni dipende in larga misura dalla mancanza di una teoria generale degli atti giuridici*», L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 300. Quello delle situazioni soggettive è, infatti, un campo di ricerca in cui si rinvengono classificazioni eterogenee e legate ai diversi settori ordinamentali. Cfr. L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Bari-Roma, 2021, p. 98. In termini critici rispetto alla elaborazione della categoria delle situazioni soggettive, quali «*frutto di una complessiva semplificazione e della creazione di vere e proprie ideologie giuridiche*», L.R. PERFETTI, *Le posizioni giuridiche soggettive e il potere pubblico*, in AA.VV., G. CARLOTTI – A. CLINI (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 49 ss., in part. p. 51. Tra i molti contributi, sia di carattere generale che più specificamente in ambito amministrativistico, v. C. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956; V. FROSINI, voce *Situazione giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970, p. 468 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 496 ss.; G. ALPA – M. BESSONE, *Oggetti, situazioni soggettive, conformazione dei diritti*, Padova, 1980; A. ROMANO TASSONE, voce *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. II, Milano, 1998, p. 966 ss.; E. PICOZZA – G. PALMA – E. FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, G. SANTANIELLO (diretto da), II, Padova, 1999; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002. Si segnala, anche al fine di reperire ampi riferimenti bibliografici, la recente riflessione sul tema delle situazioni soggettive, nell'ambito dello studio dell'oggetto del processo amministrativo, condotta da A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit.; ID., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. II-1. La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022; ID., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. II-2. Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*, Torino, 2023.

30 Sarebbe arduo, in questa sede, affrontare il tema del diritto soggettivo nell'ambito teorico-generale e dogmatico, le cui coordinate ricostruttive sono qui necessariamente recepite come date. Si v., *ex plurimis* e senza alcuna pretesa di esaustività, per la dogmatica e la teoria tradizionali, G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939; E. GARBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941, p. 550 ss.; U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943; G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche*, cit.; W. CESARINI SFORZA,

Dal primo punto di vista, il riconoscimento in capo al potere giurisdizionale del dovere di punire – in contrapposizione al teorizzato diritto soggettivo di sanzionare dell'amministrazione – costituisce l'esito di un progressivo processo di oggettivizzazione della potestà punitiva statuale. Ciò ha condotto all'abbandono della concezione del supplizio giudiziario in termini di rituale politico di manifestazione del potere e al superamento dell'identificazione di tale potere con il diritto di punire del Re-persona fisica[32]. L'abbandono del paradigma del diritto di punire ha indotto, dunque, a ricostruire in termini doverosi la comminatoria della

---

Il diritto soggettivo, in *Riv. it. sc. giur.*, 1947, p. 181 ss.; Id., voce *Diritto soggettivo (teoria generale – principio e concetto)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 630 ss.; Id., voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 659 ss.; A. Levi, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 209 ss.; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, p. 70.

Tra le nozioni più richiamate vi è quella di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 94, secondo cui «*il diritto soggettivo è la fondamentale posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dall'ordinamento in ordine ad un bene e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di una forza concretantesi nella disponibilità di strumenti vari (facoltà, pretese, poteri) atti a realizzare in modo pieno l'interesse al bene*». Nella manualistica più recente riprendono tale definizione E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 323; M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 69.

Per la privatistica, F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali*, cit., secondo cui «*dovunque al singolo è riconosciuto direttamente un potere per la realizzazione di un suo interesse, ivi la legge ravvisa un diritto soggettivo*» (p. 70); F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 57, «*La più intensa protezione è accordata dall'ordinamento quando una norma attribuisca ad un soggetto, al fine di realizzare un proprio interesse, un diritto soggettivo. Il diritto soggettivo si manifesta come sintesi di una posizione di forza e di una posizione di libertà. Il soggetto è infatti libero di decidere se avvalersi o meno del potere conferitogli (ed in ciò è la libertà) ma, una volta esercitato, il diritto è in grado di realizzare pienamente (vedremo poi attraverso quali meccanismi di concreta attuazione) l'interesse (ed in ciò è la forza). La tutela accordata dal diritto soggettivo è potenzialmente senza limiti, salvo il dovere di non abusarne*» (p. 57); A. Torrente – P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, F. Anelli – C. Granelli (a cura di), Milano, 2021, «*il diritto soggettivo è il potere di agire (agere licere) per il soddisfacimento di un proprio interesse individuale, protetto dall'ordinamento giuridico*» (p. 72).

31 Come ricordato, infatti, secondo Zanobini le sanzioni amministrative sono «*pene in senso tecnico, la cui applicazione costituisce, per l'amministrazione verso la quale corrono i doveri cui esse accedono, un diritto soggettivo*», diversamente dalle sanzioni penali, la cui applicazione «*non forma mai il contenuto di un diritto soggettivo dell'amministrazione: neppure nell'ipotesi che questa venga in considerazione come soggetto passivo dell'infrazione. In qualunque caso, l'applicazione della sanzione penale costituisce per lo Stato un dovere: dovere al quale esso adempie nella sua attività giurisdizionale*», G. Zanobini, *Le sanzioni*, cit., p. 38. In termini analoghi anche U. Ardizzone, voce *Sanzioni*, cit., p. 1085, per il quale «*il diritto soggettivo alla prestazione della pena*» sorge in capo all'amministrazione «*senza che vi sia uopo dell'intervento dichiarativo del giudice*». Recentemente si è osservato che «*Il riferimento alla figura del diritto soggettivo sconta, com'è ovvio, la concettuologia generale dell'epoca, nella qual enon era ancora definitivamente delineata la differenza tra diritto soggettivo e potere giuridico*», F.G. Scoca, *Il punto sulla nozione*, cit., p. 4. L'A. propone allora di sostituire al termine "diritto" quello di "potere", in ciò, peraltro, «*senza tradire il pensiero di Zanobini*».

pena da parte del giudice. Con riferimento all'amministrazione, invece, la concezione della sanzione amministrativa quale misura volta a ristabilire la legalità amministrativa turbata dall'infrazione, ha portato a strutturarla in termini di diritto soggettivo.

Sul piano dogmatico, invece, la concezione *zanobiniana* del diritto soggettivo muove dalla constatazione che l'amministrazione, nell'irrogazione della sanzione, persegue una finalità propria[33]. Al contrario, il giudice, nel comminare la sanzione criminale, non esercita un diritto soggettivo dello Stato[34], in quanto egli si pone in termini di indifferenza rispetto agli interessi e alle finalità di volta in

32 Sul punto, M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Parigi, 1975, trad. it. di A. Tarchetti, Torino, 2014, il quale iscrive il moto a favore della riforma penale e l'abbandono del sistema fondato su castighi e supplizi nell'ottica di una razionalizzazione del potere ad opera della classe borghese. E difatti, «*la riforma penale è nata nel punto di giunzione tra la lotta contro il superpotere del sovrano e quella contro l'infrapotere degl'illegalismi conquistati e tollerati*» (p. 95). La riforma risulta funzionale, pertanto, agli obiettivi politici (limitare il potere sovrano) ed economici (assicurare la sicurezza dei traffici) della classe borghese. Nel mutato contesto si appalesa del tutto inservibile la tradizionale ricostruzione del *diritto di punire*. Nel diritto pre-rivoluzionario (che Foucault definisce diritto dell'età classica), l'infrazione «*reca offesa al diritto di colui che fa valere la legge … Il delitto, oltre alla vittima immediata attacca il sovrano; l'attacca personalmente perché la legge è la volontà del sovrano; l'attacca fisicamente perché la forza della legge è la forza del principe … Il diritto di punire è dunque un aspetto del diritto che il sovrano detiene di fare la guerra ai suoi nemici: castigare discende da quel "diritto di spada, da quel potere assoluto di vita e di morte di cui si parla nel diritto romano sotto il nome di merum imperium, diritto in virtù del quale il principe fa eseguire la sua legge, ordinando la punizione del criminale" … Il supplizio ha dunque una funzione giuridico-politica. Si tratta di un cerimoniale per ricostituire la sovranità, per un istante ferita*» (pp. 51-53). All'esito della riforma penale, il diritto di punire è stato così «*spostato dalla vendetta del sovrano alla difesa della società*» (p. 98). La ricostruzione del diritto di punire, inservibile il paradigma concettuale che ne prevede la collocazione presso il Re-persona fisica, persiste e si evolve nel senso di concepirlo come «*un diritto della pubblica amministrazione, la quale si rivolge alla giurisdizione per ottenere che esso le sia giudizialmente riconosciuto; ottenuto che abbia questo riconoscimento attraverso un'attività processuale … lo Stato-Amministrazione si rivolge direttamente contro il condannato e lo assoggetta ad una serie di restrizioni sostanziali*», G. Vassalli, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 793 ss., in part. p. 806. Nell'ottica del graduale abbandono delle pene corporali e dei supplizi pubblici per effetto del crescente grado di unificazione e sofisticazione delle istituzioni politiche, cfr. P. Spierenburg, *The Spectacle of Suffering: Executions and the Evolution of Repression: From a Preindustrial metropolis to the European Experience*, Cambridge, 1984, in part. p. 203 ss. In ogni caso, «*Il potere di punire, pur smarrendo in seguito l'originaria connotazione ieratica, è tuttavia rimasto legato alla dimensione dell'autorità anche nella modernità giuridica*», A. Martufi, *op. cit.*, p. 18.

33 Sicché la situazione soggettiva data dall'ordinamento – il diritto di punire – sarebbe idonea a soddisfare l'interesse proprio dell'amministrazione, con la conseguenza che la norma attributiva del diritto di sanzionare sarebbe volta alla protezione di un interesse subiettivizzato in capo alla pubblica amministrazione.

volta emergenti. Alla terzietà del giudice, alla sua collocazione *super partes* rispetto al rapporto punitivo[35], consegue il riconoscimento di una posizione di dovere[36]. Alla parzialità dell'amministrazione, alla sua collocazione *inter partes* rispetto al rapporto sanzionatorio, consegue, al contrario, il riconoscimento di una posizione di diritto soggettivo[37].

Dalle notazioni che precedono non può che derivare l'impossibilità di aderire alla teorica tradizionale del diritto soggettivo di sanzionare, essendo non più attuali le tendenze che ne hanno condotto all'emersione. Sul piano politico, difatti, si è assistito al definitivo tramonto della concezione personalistica della potestà punitiva statale, in favore di una sua lettura funzionalistica, predicabile anche rispetto a quella porzione di potestà punitiva riconosciuta in capo all'amministrazione. Su quello della ricostruzione dogmatica, con riferimento alle sanzioni amministrative quali *pene in senso tecnico*, si è da tempo messa in evidenza la difficoltà di qualificare l'interesse tutelato come un interesse specifico ed *egoriferito*

---

34 Al più, nella ricostruzione che vede il riconoscimento di un diritto di punire, tale diritto è da riferire allo Stato-Amministrazione, non allo Stato-Giurisdizione ed esercitato mediante l'avvalimento dell'ufficio del pubblico ministero. In termini, G. Vassalli, voce *Potestà punitiva*, cit., p. 802 ss., il quale rileva l'inservibilità di simile sistemazione concettuale all'esito dell'evoluzione registrata nella collocazione ordinamentale del pubblico ministero, a seguito dell'avvento della Costituzione e della sua attrazione nell'alveo della giurisdizione: «*Di fronte a questo stato del nostro diritto è arduo continuare a sostenere la concezione del pubblico ministero come organo del potere esecutivo abilitato a far valere dinanzi alla giurisdizione il diritto soggettivo di punire i reati, la "pretesa punitiva" dello "Stato-Amministrazione"*» (pp. 805-806). Sulla evoluzione del pubblico ministero nell'ordinamento italiano v. M. Scaparone, voce *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 1094 ss. Sul diritto di punire e sulla enucleazione di un rapporto giuridico in ambito penalistico v. L. Scarano, *I rapporti di diritto penale*, Milano, 1942.

35 In quest'ottica il giudice interviene sul piano processuale, quale vertice del rapporto triadico con le parti, accertando la sussistenza del diritto di punire (o della pretesa punitiva) azionato dal pubblico ministero.

36 Sul punto, F. Carnelutti, *Teoria generale*, cit., p. 153, secondo cui l'esempio di più grave contaminazione tra il concetto di diritto e quello di potestà «*riguarda il diritto di punire, che spesso i cultori della scienza penale attribuiscono allo Stato ed è una delle meno felici concezioni della dogmatica moderna: non un diritto di punire esiste, ma una potestà e non già perché lo Stato o meglio la società non abbia interesse alla punizione del reo ma perché il giudice opera infliggendola super partes, non inter partes, allo stesso modo in cui opera nel processo civile*».

37 Si v. anche M. Colucci – A. Travi, *Tendenze della legislazione regionale in tema di sanzioni amministrative*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 229 ss., in part. p. 255, secondo i quali dall'impostazione di Zanobini si desume che l'A. percepisse e manifestasse «*l'importanza, nella teoresi della sanzione amministrativa, della parzialità dell'amministrazione*».

dell'amministrazione[38].

Nella riflessione dottrinaria successiva, per riferirsi alla posizione dell'amministrazione si è fatto uso indistinto tanto di "potere sanzionatorio" quanto di "potestà sanzionatoria"[39], disvelando l'impiego sinonimico dei due termini nel diritto pubblico generale[40], con evidenti ricadute anche nel contesto dell'irrogazione di sanzioni per violazioni di precetti[41].

Autorevole dottrina ha da tempo rilevato un elevato grado di fungibilità dei due termini, pur preferendo il lemma "potestà", in quanto idoneo ad evidenziare la distinzione dal diritto soggettivo, anch'esso inquadrabile nella sfera dei poteri in senso ampio[42]. Le potestà, dunque, possono essere considerate «*come*

---

38 Cfr. G. Vassalli, voce *Potestà punitiva*, cit., p. 797, il quale evidenzia che «*al giorno d'oggi il collegamento tra la scelta legislativa della sanzione amministrativa al posto di quella penale e la qualificabilità dell'interesse tutelato come un interesse specifico quasi "egoistico" della pubblica amministrazione è divenuto molto tenue*», e difatti «*Oggi si trovano illeciti amministrativi che offendono interessi generalissimi della collettività e ben potrebbero essere reati e viceversa illeciti penali minori che continuano a restare nel novero delle contravvenzioni o addirittura in quello dei delitti, pur rappresentando la loro commissione soltanto un intralcio allo svolgimento dell'attività amministrativa*» (p. 798).

39 Di "potestà punitiva" della pubblica amministrazione parla M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, p. 1303 ss. Impiega la locuzione "potestà sanzionatoria" M.A. Sandulli, *La potestà sanzionatoria*, cit., mentre di "potere sanzionatorio" discorrono, ad esempio, S. Cimini, *Il potere sanzionatorio*, cit. e G. Martini, *Potere sanzionatorio della p.a.*, cit.

40 Per un inquadramento della tematica v. A. Cerri, voce *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990.

41 In termini, G. Vassalli, voce *Potestà punitiva*, cit., p. 793 per il quale «*Potestà punitiva, potestà di punire, ed anche potere punitivo o potere di punire … sono locuzioni di uso corrente con le quali si esprime un complesso di attribuzioni di contenuto giuridico sostanziale aventi per oggetto le previsioni di illeciti e di corrispondenti sanzioni punitive, l'accertamento dei presupposti richiesti in concreto per l'irrogazione di dette sanzioni e l'effettiva loro inflizione, con tutte le sue conseguenze fino alla fase esecutiva*». L'A. osserva come l'esaltazione, da parte della dottrina, dell'aspetto giurisdizionale della potestà statuale di punire, ha condotto a restringere il concetto al potere giudiziario, «*rischiando qualche volta di dimenticare che può egualmente denominarsi potere punitivo quello attribuito alla pubblica amministrazione, quanto meno quello che si traduce in sanzioni amministrative di contenuto afflittivo e di carattere generale, non legate a quei rapporti speciali che danno vita al potere di infliggere punizioni disciplinari*». Sulla sinonimia delle espressioni "potere di punire" e "potestà di punire" v. anche A. Martufi, *op. cit.*, p. 24.

42 Cfr. Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 194 che, subito dopo, osserva come «*una più attenta considerazione della terminologia legislativa potrebbe forse far ritenere che di potestà sia più propriamente da parlarsi quando il titolare appare investito di una autorità, sia essa di diritto pubblico sia di diritto privato, mentre, quando questo elemento dell'autorità e della conseguente posizione di superiorità o supremazia manca, sia usata più frequentemente la parola generica "potere"*».

una specie dei poteri. Ad ogni modo, si deve tener presente che in questo campo la terminologia, non solo delle leggi, ma anche della dottrina, è imprecisa ed oscillante»[43].

Altra autorevole impostazione ha poi evidenziata una certa confusione nell'enucleazione della nozione di potestà, dovuta, preliminarmente, all'assenza di accordo tra la dottrina pubblicistica e quella privatistica sul vocabolo[44], per poi definire la potestà quale «*posizione soggettiva, anzi la posizione fondamentale dell'ente pubblico, caratterizzata dall'"autorità". Lo Stato, con i suoi enti ausiliari, e gli enti indipendenti ricevono dalle collettività di cui sono enti esponenziali l'autorità per limitare le libertà dei singoli in ragione del bene comune*»[45]. Quanto al potere, si evidenzia «*che esso ha: a) un significato organizzativo, come insieme di organi istituzionalmente collegati ... b) un significato equivalente a potestà ... o c) a diritto potestativo ... e infine d) indica dei contenuti di ogni situazione soggettiva di*

43 *Ibidem*.

44 M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 501 che, subito dopo, nota «*Molti preferiscono al nome di potestà quello di potere: "potere giuridico" precisano altri, per distinguerlo dal potere in senso naturalistico, o dal potere politico; altri ancora ritiene sinonimi potestà e potere, e impiega promiscuamente i due sostantivi. Più grave il dissenso tra quei privatisti che vedono nella potestà una situazione di potere, individuabile dalla finalità di realizzare interessi alieni, e quei pubblicisti che vedono nella potestà un "potere di svolgimento della capacità giuridica", la capacità in atto in una delle sue direzioni giuridiche*» (pp. 501-502). Nella privatistica accedono alla definizione di potestà quali poteri conferiti per la realizzazione di interessi alieni R. Nicolò, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 59, secondo cui «*la potestà è … una situazione di potere caratterizzata dalla finalità di realizzare l'interesse di un soggetto diverso dal titolare del potere stesso*»; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, G. Trabucchi (a cura di), Padova, 2015, p. 73, per il quale le potestà sono «*attribuite al singolo per il soddisfacimento di interessi che non sono direttamente suoi*»; F. Gazzoni, *Manuale*, cit., p. 68 ss., in part. p. 69, che indica la caratteristica principale e qualificante della potestà in ciò che «*esercitando il titolare un diritto altrui, non sarà libero nella propria iniziativa ma dovrà costantemente perseguire l'altrui interesse e non dovrà mai entrare in conflitto con esso*». Cfr. anche U. Majello, *Rapporti e fatti giuridici*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2012, p. 68; A. Torrente – P. Schlesinger, *Manuale*, cit., p. 73. Si v. anche F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali*, cit., p. 74: «*Le potestà, appunto perché tutelano un interesse che non è del titolare, costituiscono funzioni, nelle quali non solo doveri sono collegati al potere, ciò che accade anche per i diritti soggettivi, ma lo stesso esercizio del potere è variamente vincolato: di qui una serie di caratteri differenziali delle potestà rispetto ai diritti soggettivi, evidenti soprattutto nelle potestà familiari*». Sulla potestà quale situazione che presuppone l'alienità dell'interesse v. anche G. Coraggio, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, p. 130 ss., in part. p. 136.

45 M.S. Giannini, *op. ult. cit.*, p. 502. La differenza tra diritto pubblico e privato starebbe allora in ciò che, in quest'ultimo «*il titolare della potestà sostituisce il titolare dell'interesse, nel diritto pubblico non v'è sostituzione: le collettività e i gruppi sono i portatori sostanziali degli interessi, ma non ne sono i titolari giuridici perché non sono, come tali, figure soggettive*» (p. 503).

vantaggio, in quanto potere di volere alcunché producendo effetti giuridici; in tale accezione, che noi useremo, il potere ... si trova nel diritto soggettivo e nel diritto potestativo (nei quali, sotto l'aspetto materiale, può specificarsi in forme definite, dette facoltà), nella potestà, nel possesso, nell'interesse legittimo»[46].

È evidente che la preferenza accordata all'uno o all'altro lemma, assieme alla possibilità di impiegarli indistintamente quali sinonimi, è sostanzialmente il frutto di scelte non imposte dal dato positivo, dogmatico o teorico, rispetto alle quali – dato l'approccio stipulativo sotteso alla preferenza accordata a uno dei due termini – non è predicabile né la verità né la falsità.

In questa sede si opta per l'impiego del lemma "potestà". Ciò, anzitutto, in quanto il concorrente termine "potere" ha assunto una varietà di sfumature nei diversi saperi giuridici, così come sul piano teorico. Basti ricordare, a tale ultimo proposito, l'assunzione del potere a elemento contenutistico di altre situazioni soggettive, a cominciare proprio dal diritto soggettivo[47]. Nella riflessione giuridica amministrativistica il lemma "potere", accompagnato all'aggettivo "amministrativo", sembra poi ricollegarsi alla tematica della cura diretta dell'interesse pubblico istituzionalmente affidato all'amministrazione, che – ad avviso di chi scrive – risulta estranea alla sanzione amministrativa intesa quale *pena in senso tecnico*[48].

---

46 M.S. Giannini, *op. et loc. ult. cit.*

47 Nella ricostruzione tradizionale, infatti, il potere è stato ricondotto nell'alveo del diritto soggettivo, quale elemento concorrente alla sua definizione, «*in questo senso, si situa la prima tradizionale accezione della distinzione tra* licere *e* posse *(*dürfen *e* können*), con cui si andava a individuare, rispettivamente, la sfera delle facoltà interne al diritto soggettivo, e ciò che invece ne rappresenta l'espressione quale potestà esterna rilevante nell'ambito dei rapporti giuridici*», A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 37. Come appena visto, pone in evidenza la circostanza che il potere, intenso in senso lato, possa assumere il significato di contenuto «*di ogni situazione soggettiva di vantaggio, in quanto potere di volere alcunché producendo effetti giuridici*», M.S. Giannini, *op. et loc. ult. cit.*

48 La conclusione dell'estraneità della cura concreta degli interessi pubblici alla sanzione amministrativa meriterebbe più ampi svolgimenti, non consentiti in questa sede per evidenti limiti espositivi. Cfr. F.G. Scoca, *Il punto sulla nozione*, cit. L'A. ha infatti evidenziato che «*La funzione punitiva è ontologicamente diversa dalla funzione di cura degli interessi pubblici (nel senso di interessi specifici attribuiti alla cura dell'amministrazione). Alla funzione amministrativa (intesa in senso proprio) la sanzione non corrisponde nemmeno indirettamente, ove ci si fermi al piano delle conseguenze prettamente giuridiche e non si tenga conto dell'effetto – psicologico – della deterrenza*» (p. 12) e, «*Coerentemente con la tesi appena esposta … si deve negare che il potere sanzionatorio (o, se si preferisce, l'attività di applicazione della sanzione) abbia carattere discrezionale in senso proprio*» (p. 13). Su questi aspetti sia consentito il rinvio a L. Bordin, *Potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione e discrezionalità: profili funzionali e strutturali*, in *P.A. Persona e*

Sicché, mediante l'impiego del termine "potestà", in luogo di "potere", pare potersi definire un campo semantico più ristretto, idoneo a ridurre le ipotesi di fraintendimenti circa le regole d'uso delle definizioni giuridiche.

Il secondo ordine di ragioni per cui in questa sede si discorre di "potestà" sanzionatoria amministrativa è da individuarsi nella capacità evocativa di tale termine rispetto al concetto di "sovranità"[49], intesa, per l'appunto, quale insieme di «*potestà pubbliche supreme, attribuite dalle norme sulla normazione degli ordinamenti statali ad uffici di vertice dell'organizzazione*»[50], tra le quali dovrebbe farsi rientrare la potestà "repressiva", così tentando una "rivisitazione" unitaria delle varie potestà orientate alla repressione, mediante la loro riconduzione alle prerogative sovrane.

La repressione delle violazioni ai precetti che comportano l'irrogazione della sanzione amministrativa pare partecipare, infatti, a quella funzione repressiva che risulta consustanziale alla conservazione dell'ordinamento statuale[51] e, perciò, al mantenimento della sua sovranità; circostanza questa che, del resto, non pare predicabile rispetto a (ciascun) potere amministrativo attribuito per la cura (concreta e funzionalmente orientata) degli interessi pubblici. In ciò, allora, pare potersi scorgere un'ulteriore ragione di preferenza per l'uso del lemma "potestà".

---

amministrazione, 2025, 1, p. 379 ss.

49 Cfr. G. Vassalli, *La potestà punitiva*, cit., p. 95, che infatti colloca la potestà punitiva nel novero delle potestà pubbliche riconducibili al rapporto di sovranità tra il singolo e lo Stato o, detto altrimenti, alle funzioni di sovranità. Cfr. anche B. Petrocelli, *Corso di diritto penale*, Napoli, 1934, in part. p. 4 ss. Come non si è mancato di notare, «*l'affermarsi nel dibattito penalistico dell'espressione "potestà punitiva", in luogo del più risalente paradigma del "diritto statale a punire", sembra rivelatore di una tendenza a concepire lo* ius puniendi *quale prerogativa tipica e indivisibile della sovranità statale*», A. Martufi, *op. cit.*, pp. 14-15.

La letteratura sul concetto di sovranità è, a dir poco, sconfinata. Si v., senza alcuna pretesa di completezza, E. Cortese, voce *Sovranità (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 205 ss.; M.S. Giannini, voce *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 224 ss.; A. Catania, *Lo Stato moderno. Sovranità e giuridicità*, Torino, 1996; G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 1, p. 3 ss.; Id., *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005; G. Berti, voce *Sovranità*, in *Enc. dir.*, Ann., I, 2007, p. 1067 ss.; D. Grimm, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlino, 2009, trad. it. di O. Malatesta, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, Bari-Roma, 2023; A. Morrone, *Sovranità*, in *Riv. AIC*, 2017, 3.

50 M.S. Giannini, voce *Sovranità*, cit., p. 225.

51 Sulla sanzione quale strumento di conservazione v. N. Bobbio, voce *Sanzione*, cit., p. 535.

L'esercizio della funzione[52] repressiva, quale momento fondamentale della (conservazione della) sovranità dello Stato e della sua autorità[53], può manifestarsi, dunque, con l'attribuzione (non solo alla giurisdizione ma anche) all'amministrazione di una potestà sanzionatoria, da intendersi quale situazione giuridica soggettiva attiva[54].

Il rifiuto di concezioni oggettivistiche dei pubblici poteri, in uno alla declinazione in termini relazionali del rapporto di autorità, tale da individuare in capo ai soggetti della relazione la titolarità di situazioni soggettive, impone di escludere dal campo semantico dell'espressione "potestà sanzionatoria amministrativa" gli aspetti afferenti alla predeterminazione normativa delle fattispecie di illecito amministrativo, essendo in questa sede rilevante, per così dire, la sola fase "attuativa" (e a valle) della predeterminazione normativa, innescata dalla condotta dell'incolpato conforme al paradigma della fattispecie illecita amministrativa[55].

---

52 Sulla potestà quale accessorio della funzione v. F. MODUGNO, voce *Funzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 301 ss., in part. p. 303.

53 Come evidenziato, «*La centralità del concetto di autorità nella dogmatica della pena costituisce il principale indizio che induce a ravvisare nel potere di punire una fondamentale potestà pubblica*», A. MARTUFI, *op. cit.*, p. 21. L'A. enfatizza la correlazione tra pena e autorità non già per recidere il nesso tra la repressione e la sovranità, quanto piuttosto individuare un potere punitivo anche al di fuori della dimensione statale, obiettivo, questo, della sua ricerca, volta allo studio della potestà punitiva dell'Unione europea.

54 La potestà sanzionatoria è qui considerata "attiva" secondo i termini tradizionali, in base ai quali «*ad ogni situazione giuridica soggettiva attiva in capo ad un soggetto (consistente appunto nella titolarità di poteri e facoltà più o meno ampi) corrisponde una situazione giuridica soggettiva passiva in capo a taluni altri soggetti ben individuati ovvero a tutti i consociati in generale, situazione questa consistente … nel dover tenere un dato comportamento (di astensione o di collaborazione strumentale alla realizzazione dell'interesse) ovvero nel dover addirittura subire l'altrui iniziativa (senza nemmeno poter violare il dovere di comportamento) volta al conseguimento dell'interesse stesso*», F. GAZZONI, *Manuale*, cit. p. 56. Per un diverso approccio cfr. L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, cit., p. 300 ss.; ID., *La costruzione della democrazia*, cit., p. 45. Si v. anche A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 57-58, nota n. 53.

55 Ciò in controtendenza rispetto a quegli indirizzi che guardano alla funzione repressiva in termini ampi, tanto da ricomprendervi tanto la predeterminazione legislativa, quanto le fasi giudiziali ed esecutive. V. in proposito G. VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, cit., p. 795, secondo cui tale «*nozione lata ha il pregio di porre in evidenza il raccordo tra il momento della previsione e quello dell'applicazione, raccordo che appare essenziale quando si tratti di delimitare le fonti del potere di inflizione*».

4. La situazione giuridica soggettiva del privato. La prospettiva del riparto di giurisdizione

Se l'enucleazione della situazione giuridica soggettiva da appuntare in capo alla pubblica amministrazione è risultata, in fin dei conti, operazione non complessa, altrettanto non può dirsi con riguardo all'incolpato. È rispetto a questi, infatti, che paiono più marcate le interferenze, di cui si è detto, tra il piano sostanziale del rapporto e quelli procedimentale e processuale. La posizione dell'incolpato, infatti, è stata tradizionalmente scandagliata nella prospettiva di individuare il giudice munito di giurisdizione in ordine al corretto dispiegarsi della potestà sanzionatoria amministrativa nel corso della dinamica procedimentale, impedendo la possibilità di valorizzare le caratteristiche proprie del rapporto sanzionatorio amministrativo nel suo momento genetico del realizzarsi della condotta inosservante del precetto.

Gli studi della dottrina e le pronunce della giurisprudenza hanno così attinto a una varietà di criteri e classificazioni. In questa sede interessano però quelle posizioni che, al fine di risolvere il problema del riparto, hanno impostato la questione sulla scorta del meccanismo costituzionalizzato di distribuzione degli affari tra i plessi giurisdizionali ordinario e amministrativo, fondato sulla dicotomia tra diritto e interesse[56]. È in questo contesto, infatti, che vengono elaborate le tesi del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, entrambe orientate a riconoscere (anche) al privato una situazione giuridica soggettiva attiva.

---

56 Com'è noto «*I costituenti preferirono lasciare immutate le linee fondamentali del sistema, quale si presentava all'epoca, anche per il prestigio derivante al Consiglio di Stato dal suo atteggiamento di indipendenza rispetto al regime dittatoriale del ventennio fascista*», F.G. Scoca, *L'evoluzione del sistema*, in AA.VV., F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., p. 19 ss., in part. p. 20 che, subito dopo, aggiunge «*il disegno costituzionale del sistema della giustizia amministrativa, per quanto attiene ai giudici e al riparto della giurisdizione, riflette sostanzialmente il sistema che si era andato formando nel tempo*» (p. 21).

Sull'impianto costituzionale della giustizia amministrativa, *ex multis*, V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; F. Sorrentino, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 68 ss.; A. Pajno, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 419 ss.; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (*Sonntagsgedanken*)*, Milano, 2005; F.G. Scoca, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e saulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 371 ss.; V. Cerulli Irelli, *Costituzione e amministrazione. Saggi*, Torino, 2022, in part. p. 150 ss.

Al tema – eminentemente processuale – del riparto di giurisdizione è allora il caso di fare qualche cenno in questa sede, nei limiti in cui ciò risulta utile ai fini della ricerca.

Il legislatore ha offerto un criterio di riparto generale in materia di sanzioni amministrative pecuniarie. L'art. 22 l. n. 689/1981 dispone infatti che «*contro l'ordinanza-ingiunzione di pagamento e contro l'ordinanza che dispone la sola confisca gli interessati possono proporre opposizione dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria*», salvo il disposto dell'art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a. e di altre disposizioni di legge.

La richiamata disposizione del codice del processo amministrativo, innovando rispetto al passato, aveva concentrato la tutela avverso le sanzioni delle Autorità indipendenti innanzi al giudice amministrativo. In precedenza, difatti, per i provvedimenti sanzionatori della Consob e della Banca d'Italia, la legge stabiliva la giurisdizione del giudice ordinario. L'innovazione, com'è noto, è stata però censurata dalla Corte costituzionale, con le sentenze 27 giugno 2012, n. 162 e 15 aprile 2014, n. 94, per eccesso di delega[57], rispetto all'art. 44 l. n. 69/2009, con la conseguenza che le sanzioni amministrative delle due citate Autorità sono tornate ad essere oggetto di scrutinio innanzi alla giurisdizione ordinaria.

Sicché, con l'inspiegabile esclusione[58] dei provvedimenti sanzionatori della Consob e della Banca d'Italia, il giudice delle sanzioni amministrative delle principali *Authorities* è quello amministrativo. Per il resto, la generalità delle controversie in materia di sanzioni pecuniarie (e di alcune sanzioni interdittive come quelle accessorie e la confisca) è devoluta alla giurisdizione ordinaria[59].

---

57 E, dunque, per un vizio formale, facilmente emendabile da un successivo intervento legislativo, come notato da M. Clarich – A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 1166 ss., in part. p. 1175. Al contrario, in occasione del c.d. Secondo Correttivo al c.p.a., il legislatore si è preoccupato di espungere il riferimento alla Consob dal testo dell'art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a., tramite l'art. 1, comma 1, lett. t) del d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160. In senso critico v. F. Merusi, *A volte ritornano… il correttivo del correttivo del codice del processo amministrativo*, in *Giust. amm.*, 2012.

58 In questi termini, S. Cimini, *Il potere sanzionatorio*, cit., p. 388.

59 Esula dal perimetro della ricerca il tutt'altro che chiaro assetto del riparto in tema di sanzioni non pecuniarie. Sul punto v. A. Manzione, *Il riparto di giurisdizione in materia di sanzioni amministrative non pecuniarie*, in *giustiziaa-amministrativa.it*, 2022; M. De Chiara, *Il potere amministrativo sanzionatorio: profili di giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 2022, 23, p. 94 ss.

La scelta legislativa di attribuire al giudice ordinario la cognizione in materia di sanzioni amministrative pecuniarie è stata così giustificata attraverso il riconoscimento in capo al privato di un vero e proprio diritto soggettivo.

Sembra così assistersi a un rovesciamento concettuale dovuto alla prospettiva dalla quale al fenomeno si è guardato. Anziché esaminare la posizione dell'incolpato sul piano sostanziale, al fine di saggiarne l'effettiva consistenza e di poi formulare un giudizio di congruità rispetto alla scelta devolutiva effettuata dal legislatore, si è assistito ad una sorta di razionalizzazione *ex post*[60] delle scelte normative: intanto l'incolpato è titolare di un diritto soggettivo in quanto le controversie relative alla sanzione amministrativa sono devolute all'autorità giudiziaria ordinaria. Allo stesso modo, nei casi in cui è il giudice amministrativo a conoscere della sanzione, la posizione soggettiva viene ricondotta nell'alveo dell'interesse legittimo[61].

Già dalle notazioni che precedono può evincersi la criticità insita nell'enucleare la situazione giuridica soggettiva a valle della scelta devolutiva: a fronte di provvedimenti sanzionatori strutturalmente e funzionalmente identici, comportanti la condanna al pagamento di una somma di danaro, dottrina e giurisprudenza scorgono, a seconda dei casi, entrambe le situazioni giuridiche soggettive.

Un tale esito ben si comprende se si pone a mente quanto già evidenziato in ordine alla complessità della dinamica giuridica sottesa all'irrogazione di una *pena in senso tecnico* da parte dell'amministrazione, involgente i piani sostanziale, procedimentale e processuale.

Tale complessa dinamica ha così indotto studiosi e giudici a trarre conclusioni in ordine alla situazione sostanziale dell'incolpato – diritto soggettivo o interesse legittimo – alla luce della scelta devolutiva – giudice ordinario o amministrativo – compiuta dal legislatore, peraltro disvelando qualche sovrapposizione

60 Di razionalizzazione *ex post* delle scelte legislative di riparto di giurisdizione, con riferimento alla caratterizzazione di provvedimento autoritativo in senso proprio delle sanzioni amministrative attribuite alla cognizione del giudice amministrativo parla F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 79 ss., in part. p. 84.

61 Cfr., di recente, Cons. St., Sez. VI, 24 novembre 2022, n. 10359, §12, in tema di sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti, ove il Supremo Consesso riconosce, a fronte del provvedimento sanzionatorio, la situazione giuridica soggettiva sostanziale di interesse legittimo oppositivo.

tra il piano dell'analisi teorica e quello del diritto positivo.

4.1. segue. *Il diritto soggettivo (a non essere sanzionati)*

La tesi del diritto soggettivo ripoggia, sul piano del formante giurisprudenziale, sulla soluzione offerta dalla pronuncia n. 926 del 1978 delle Sezioni Unite[62], ove – ai fini del riparto di giurisdizione – è stata prospettata la distinzione tra sanzioni amministrative punitive e misure ripristinatorie: in altri termini, a fronte della sanzione punitiva, il privato sarebbe titolare di un diritto soggettivo, con conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario; mentre per le misure ripristinatorie il privato sarebbe titolare di un interesse legittimo, con conseguente radicamento della giurisdizione amministrativa[63].

Ulteriore argomento addotto dalla giurisprudenza in favore della giurisdizione ordinaria è quello del carattere vincolato e non discrezionale della potestà sanzionatoria amministrativa, da cui discenderebbe la correlata natura di diritto soggettivo della posizione del privato[64]. Al contrario, nelle ipotesi di sanzioni de-

62 Cass. civ., Sez. Un., 24 febbraio 1978, n. 926.

63 La distinzione operata dalle Sezioni Unite conserva valenza nei casi in cui la legge non ha espressamente individuato il giudice munito di giurisdizione. Cfr. S. Cimini, *Il potere sanzionatorio*, cit., p. 390.

64 Simile *iter* argomentativo si riscontra in Cass. civ., Sez. Un., 21 settembre 2020, n. 19664, secondo cui «*La sanzione amministrativa della chiusura temporanea dell'esercizio commerciale o del locale destinato al videogioco e alle video lotterie, prevista - in aggiunta a quella pecuniaria, ancorché senza alcun collegamento causale o consequenziale con quest'ultima – dall'art. 24, comma 21, del d.l. n. 98 del 2011, conv., con modif., dalla l. n. 111 del 2011, per il caso di indebito ingresso, nell'esercizio medesimo, di un soggetto minore d'età, ha natura esclusivamente afflittiva e si riconduce, non già ad un potere discrezionale di vigilanza e controllo, esercitato dall'autorità amministrativa irrogante, sul settore dei giochi vietati ai minori, bensì ad un potere interamente vincolato dalla norma, la quale definisce dettagliatamente il fatto che integra la violazione, stabilisce l'obbligo di applicare la sanzione in seguito all'accertamento dell'illecito da parte dell'autorità di polizia, e ne determina il contenuto anche in relazione alla durata, con la prescrizione inderogabile del minimo e del massimo irrogabili; pertanto, la giurisdizione sull'opposizione avverso la predetta sanzione amministrativa spetta al giudice ordinario, dovendosi ritenere devoluto a quella del giudice amministrativo soltanto il sindacato sulle sanzioni di carattere ripristinatorio, la cui applicazione consegua all'esercizio di un potere discrezionale di vigilanza e controllo, funzionale alla tutela dell'interesse pubblico violato*» (Rv. 658850-01 in *Italgiure*). Come non si è autorevolmente mancato di notare, «*Ciò facendo, la Cassazione ha rispolverato un vecchio criterio generali di riparto, fondato sulla consistenza del carattere vincolato dei provvedimenti con la titolarità di diritti soggettivi dei loro destinatari. Ma, a mio avviso, il carattere vincolato non può fondare la giurisdizione del giudice ordinario, non solo perché non è detto che presupponga nella controparte la titolarità di diritti soggettivi, ma soprattutto perché è la legge positiva che lo esclude*», F.G. Scoca, *Il punto sulla nozione*, cit., p. 52, riferendosi all'art. 31, comma 3, c.p.a.

volute alla cognizione del giudice amministrativo, il carattere discrezionale di queste "sanzioni" (*rectius* misure ripristinatorie) avrebbe quale naturale conseguenza il riconoscimento di un interesse legittimo in capo al privato attinto dal provvedimento. Per vero, simile approccio è seguito da una parte della giurisprudenza anche a fronte di sanzioni amministrative pecuniarie, riconducibili al novero delle *pene in senso tecnico* e rispetto alle quali non pare possibile predicare margini di discrezionalità amministrativa propriamente intesi[65].

Per un'applicazione del criterio nella giurisprudenza amministrativa v. Cons. St., Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1777, secondo cui «*l'impugnazione di una violazione amministrativa o di un verbale di accertamento esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo, poiché la situazione giuridica di cui si chiede tutela ha la consistenza di diritto soggettivo e l'esercizio dell'attività sanzionatoria non è espressione di attività discrezionale ma vincolata dell'amministrazione, perché retta dal principio di legalità, sicché, ove l'amministrazione accerti che un comportamento integri gli estremi di un illecito previsto da una norma di legge, deve applicare la sanzione, senza alcun margine di scelta*».

Ai fini della distinzione tra le due situazioni giuridiche soggettive, pur risultando prevalente il criterio fondato sulla giustapposizione tra carenza e cattivo uso di potere, non mancano riferimenti ad altri criteri, specie a quello che muove dalla coppia discrezionalità/interesse legittimo – potere vincolato/diritto soggettivo. Con l'ulteriore *distinguo*, in riferimento al potere vincolato, tra vincolo posto nell'interesse pubblico (con conseguente configurabilità di un interesse legittimo) e vincolo posto nell'interesse del privato, rispetto al quale si rinverrebbe un diritto soggettivo. Sui criteri di riparto v. E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, p. 445 ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 137 ss.; M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 116 ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 121 ss.; A. Zito – M.R. Spasiano, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in Aa.Vv., F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., p. 73 ss.

65 È il caso della nota pronuncia Cass. civ., Sez. Un., 5 gennaio 1994, n. 52, secondo cui l'atto di irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria ad opera dell'AGCM «*ha un contenuto complesso, che gli attribuisce i caratteri del provvedimento amministrativo in senso proprio, con esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'Autorità per la cura degli interessi pubblici ad essa istituzionalmente attribuiti*», sicché «*risulta del tutto razionale l'attribuzione allo stesso giudice amministrativo anche dei ricorsi in materia di sanzioni pecuniarie, giudice munito di giurisdizione esclusiva e perciò abilitato a giudicare dell'intero rapporto controverso, indipendentemente anche dalla consistenza delle posizioni soggettive tutelate (com'è noto, rispetto al potere sanzionatorio della p.a. non meramente punitivo la posizione soggettiva del privato affievolisce ad interesse legittimo)*».

Avverte della necessità di prendere atto del «*problema di coesistenza tra la logica amministrativa antitrust e la logica sanzionatoria antitrust*» evitando «*sia di appiattire tutta l'attività antitrust sulla logica sanzionatoria punitiva, sia eliminare la rilevanza della sanzione, valorizzando esclusivamente l'attività amministrativa e arrivando a qualificare il potere sanzionatorio dell'Autorità come potere discrezionale*», M. Ramajoli, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 330 ss., in part. p. 335. L'A., per il tramite della distinzione tra logica sanzionatoria e logica amministrativa dell'attività dell'AGCM, conclude nel senso che «*In materia antitrust, la l. n. 287 del 1990 configura simultaneamente un potere autoritativo a garanzia dell'oggettivo buon funzionamento del mercato, di fronte al quale la*

Nella riflessione giuridica possono essere isolati almeno tre percorsi ricostruttivi al cui esito si individua nel diritto soggettivo la situazione giuridica soggettiva attinta dalla sanzione amministrativa (pecuniaria).

Secondo un primo orientamento, la situazione del privato avrebbe la consistenza del diritto in ragione del fatto che il provvedimento sanzionatorio non potrebbe produrre effetti di degradazione[66]. Una simile ricostruzione dovrebbe risultare oggi irricevibile, alla luce del superamento della nota teoria dell'affievolimento del diritto soggettivo in interesse legittimo. Com'è noto, infatti, la tesi appena evocata era stata elaborata al fine di spiegare la dinamica giuridica sulla scorta della quale era possibile giungere al risarcimento del danno per la lesione degli interessi legittimi c.d. oppositivi. Nell'attualità, la dottrina prevalente ritiene che non vi sia un diritto soggettivo che degrada ad interesse legittimo a seguito dell'emanazione del provvedimento. Al contrario si afferma che, sin dall'origine, esistono contestualmente in capo al privato due situazioni soggettive: il diritto soggettivo, esercitabile nei confronti della generalità dei consociati, compresa la pubblica amministrazione allorquando non eserciti poteri amministrativi; l'interesse legittimo, al cospetto dell'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione[67].

---

posizione delle imprese è di interesse legittimo, e un apparato sanzionatorio regolato dai principi dell'illecito amministrativo pecuniario, di fronte al quale la posizione delle imprese è indubitabilmente di diritto soggettivo. Soltanto in questa compresenza di diritti soggettivi e interessi legittimi trova giustificazione la clausola di giurisdizione esclusiva, ma per ciò stesso quei diritti soggettivi e quegli interessi legittimi devono permanere tali anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva» (p. 357).

Anche l'affermazione relativa all'insussistenza di margini di discrezionalità amministrativa necessiterebbe di più ampia trattazione, incompatibile con i limiti espositivi della presente trattazione. Ci si limita ad osservare come, in adesione all'indirizzo dottrinario che può dirsi tutt'ora prevalente, debba ritenersi che l'amministrazione, nell'esercizio della potestà sanzionatoria, non sia mai chiamata a ponderare interessi in gioco o a individuare un criterio di preferenza tra interessi contrapposti, con conseguente esclusione, dalla dinamica giuridica inverata dalla sanzione, di finalità di cura concreta di interessi pubblici. V., da ultimo F.G. Scoca, *Il punto sulla nozione*, cit., p. 13, secondo cui «*Coerentemente con la tesi appena esposta, che nega il carattere sostanzialmente amministrativo degli atti sanzionatori, anche se adottati da organi amministrativi … si deve negare che il potere sanzionatorio … abbia carattere discrezionale in senso proprio*».

66 Sostengono la tesi del diritto soggettivo, richiamando la teorica della degradazione, E. Guicciardi, *Pene pecuniarie per infrazioni valutarie e competenza giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 1954, p. 151 ss.; V. Domenichelli, *Sanzioni amministrative*, cit.

67 Cfr. R. Chieppa – R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, p. 156 ss. Nel contesto della teoria della degradazione (o dell'affievolimento) sono isolabili

Secondo altre ricostruzioni[68], invece, la consistenza del diritto soggettivo sarebbe il precipitato dell'assenza di valutazioni riservate all'amministrazione nel caso di sanzioni amministrative pecuniarie. Identificati i due elementi sempre presenti nel provvedimento sanzionatorio, il primo dichiarativo – attinente all'accertamento dei fatti e delle relative responsabilità –, il secondo costitutivo – relativo alla comminatoria della sanzione – questa dottrina indaga la possibilità di scorgervi valutazioni riservate all'amministrazione[69]. E difatti, «*la posizione di diritto soggettivo può fondatamente riscontrarsi in presenza di una piena definizione della situazione del cittadino ad opera della norma. Tale piena definizione non si ha quando all'amministrazione sia riconosciuto un potere di integrare la norma*»[70]. Nei casi in cui è prevista la giurisdizione ordinaria, in particolare per le sanzioni disciplinate dalla l. n. 689/1981, tale attribuzione si spiega sulla scorta dell'assenza di valutazioni riservate all'amministrazione e insindacabili dal giudice, con la conseguenza che, in simili evenienze, la posizione del privato assume i connotati del diritto soggettivo, mentre «*nel caso delle sanzioni disciplinari, delle sanzioni interdittive, delle sanzioni in materia urbanistica, sono ammessi margini di valutazione riservata dell'amministrazione: di qui l'individuazione di posizioni di interesse legittimo e la coerenza del riconoscimento della competenza del*

numerose posizioni. Il concetto di affievolimento è stato originariamente elaborato dalla Pandettistica: con esso si individuano i mutamenti dinamici che riguardano un diritto soggettivo, i quali, pur lasciandone intatta la natura giuridica, ne sminuiscono l'efficacia, determinando uno stato di quiescenza del rapporto giuridico. Cfr. E. CANNADA BARTOLI, voce *Affievolimento*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 670 ss., spec. p. 670. La nozione è stata introiettata, non senza adattamenti, nel diritto amministrativo italiano per opera di Ranelletti che, nel ricostruire la nozione di interesse legittimo, ha enucleato, unitamente agli interessi occasionalmente protetti, anche la categoria dei diritti c.d. compressi, poi definiti affievoliti. Sul punto v. l'ampia trattazione di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., in part. p. 30 ss., 49 ss. Per una ricostruzione teorica sui diritti affievoliti v. A.M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti comunali in materia edilizia e risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 1972, I, p. 103 ss. Tra le prime affermazioni giurisprudenziali v. Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1979, n. 5145. In generale, nella dogmatica amministrativistica «*il termine affievolimento viene adoperato per designare l'estinzione di un diritto soggettivo a causa dell'esercizio dei poteri dell'autorità amministrativa: si tratti, secondo le varie opinioni, di diritti derivanti da provvedimenti amministrativi ovvero da altro titolo*», E. CANNADA BARTOLI, *op. et loc. ult. cit.* La concezione del diritto affievolito è stata poi superata in dottrina e giurisprudenza attraverso il riferimento alla degradazione del diritto, concezione anch'essa, come *supra* riferito, sostanzialmente abbandonata. In termini, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 10, nota n. 16.

68 Il riferimento è a C.E. PALIERO – A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, cit., p. 402 ss.

69 Nell'ottica degli AA. da ultimo citati, la riserva di valutazione è cosa diversa dalla discrezionalità.

70 C.E. PALIERO – A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 404.

giudice amministrativo»[71].

Il ragionamento, pur nella sua assoluta consequenzialità, sembra tuttavia scontare l'atteggiamento di fondo assunto dalla dottrina rispetto al tema in esame, più preoccupata di razionalizzare *ex post* il sistema del riparto della giurisdizione, che non di indagare l'effettiva consistenza delle situazioni giuridiche coinvolte dall'esercizio della potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione[72].

Un'altra direttrice ricostruttiva ha invece il merito di individuare sul piano più strettamente sostanziale le ragioni per le quali, a fronte di una sanzione amministrativa pecuniaria, la situazione del privato debba essere qualificata in termini di diritto soggettivo. Rilevato anzitutto, con riferimento alle caratteristiche essenziali della sanzione, che «*il diritto positivo mostra che la pena pecuniaria è un'obbligazione di tipo civilistico, mentre la condotta violatrice delle prescrizioni è considerata secondo criteri di tipo penalistico*»[73], si osserva poi, sul piano della copertura costituzionale, che «*specificamente rileva la tutela patrimoniale ... fissata dall'art. 23*»[74]. Ne consegue l'affermazione secondo cui «*le posizioni degli incolpati di infrazioni sanzionate con la pena pecuniaria abbiano carattere di diritti soggettivi*»[75]. E difatti, la conformazione della pena pecuniaria in termini di obbligazione civile e la conclusione dell'assenza di discrezionalità amministrativa propriamente detta in ordine all'*an* e al *quantum* della sanzione amministrativa pecuniaria, fanno sì che la relazione tra amministrazione e privato sia enucleabile secondo gli schemi teorici del diritto di credito, non già del potere discrezionale di supremazia[76]. Il diritto soggettivo dell'incolpato, in simili evenienze, sarebbe allo-

71 *Ibidem*.

72 Come non si è mancato di notare, poi, la tesi in parola «*fondandosi sull'esistenza o meno di una valutazione riservata all'Amministrazione dei fatti per l'imposizione della sanzione, e precisando che la mancanza di valutazione presuppone che la fattispecie sia completamente definita dalla norma (mentre, di converso, nelle valutazioni riservate si ritiene che la fattispecie non sia compiutamente definita dalla norma positiva), finisce di fatto col riproporre la distinzione tra attività vincolata e discrezionale*», S. Cimini, *Il potere sanzionatorio*, cit., p. 393.

73 E. Capaccioli, *Principi in tema di sanzioni amministrative*, in Aa.Vv., *Le sanzioni in materia tributaria*, cit., p. 132.

74 *Ibidem*, p. 135, il quale infatti osserva che difficilmente si può «*negare che la pena pecuniaria, senza dubbio prestazione patrimoniale imposta (insorgente senza il consenso dell'obbligato), rientra nella previsione dell'art. 23*».

75 *Ibidem*, p. 141.

76 *Ibidem*, p. 141-142.

ra da scorgersi in quello alla giusta sanzione[77], ovvero alla integrità patrimoniale[78].

La tesi del diritto soggettivo a non essere sanzionati se non nei casi previsti dalla legge o all'integrità patrimoniale[79], tuttavia, non convince, risolvendosi in una «*evocazione rituale del criterio di riparto*» o in una «*petizione di principio*»[80].

È noto come tanto la dottrina civilistica, quanto la giurisprudenza ordinaria, abbiano più volte evidenziato le criticità di una simile nozione che, sul piano della tutela aquiliana, implica la sostanziale abrogazione del requisito dell'ingiustizia del danno[81].

Del resto, simile argomentare potrebbe condurre a formule di puro stile anche rispetto ad altre situazioni soggettive incise dai pubblici poteri, al cospetto

---

77 Cfr., di recente, F.G. Scoca, *Il punto sulla nozione*, cit., p. 54, il quale fa riferimento al diritto soggettivo dell'opponente a non subire sanzioni illegittime.

78 In termini F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività*, cit., p. 98.

79 Com'è noto, la prima applicazione giurisprudenziale della figura del diritto all'integrità del patrimonio si è avuta con il famoso *caso De Chirico*, deciso da Cass. civ., Sez. III, 4 maggio 1982, n. 2765, con nota di A. Di Majo, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1745 ss. Il pittore era solito apporre, sul retro dei suoi dipinti, una seconda e ulteriore firma, autenticata da un notaio, al fine di attestarne la paternità. Acquistato un quadro da un terzo, sul cui retro era apposta la firma autenticata del De Chirico, e dunque nella convinzione che si trattasse di un originale, l'acquirente aveva in un secondo momento accertato la falsità del dipinto e citato in giudizio De Chirico. Il ricorso alla figura del danno alla integrità del patrimonio era indispensabile in quanto «*chi acquista un quadro falso ha azione contrattuale per il risarcimento nei confronti dell'alienante ed è evidente che azione contrattuale nei confronti del pittore avrebbe avuto chi avesse richiesto ed ottenuto da lui personalmente la predetta dichiarazione di autenticità. Più difficile ipotizzare invece una azione aquiliana contro il pittore, ad iniziativa di qualsivoglia successivo acquirente del quadro autenticato*», F. Gazzoni, *Manuale*, cit., p. 719. Sui danni meramente economici e sul diritto all'integrità, *ex multis*, F.D. Busnelli, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 41 ss.; A. Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 297 ss.; A. Thiene, *Uso giurisprudenziale del diritto all'integrità del patrimonio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 34 ss.; M. Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003; M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 118 ss.; C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 57 ss.; Id., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 299 ss.

80 In questi termini, G. Severini, *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione (sugli eccessi di velocità dei taxi acquei nella Laguna di Venezia*), in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 436 ss., in part. p. 446. Di «*idea insostenibile*» parla A. Nicolussi, *op. cit.*, p. 1215.

81 Tanto da far parlare di «*liquefazione stessa dell'ingiustizia del danno come requisito di risarcibilità del medesimo e, dunque*» di «*scardinamento della disposizione dell'art. 2043 cod. civ.*» C. Scognamiglio, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso CIR c. Fininvest)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 353 ss., in part. p. 354. Di «*formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto*» parla Cass. civ., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236, § 28.3.

dei quali si ammette invero pacificamente la sussistenza di un interesse legittimo[82]. Dall'art. 23 Cost., dunque, non sembra potersi trarre necessariamente la configurazione di un diritto soggettivo in capo all'incolpato[83].

In linea generale, le ricostruzioni in termini di diritto soggettivo della posizione del privato paiono scontare la difficoltà di fondo di leggere la fenomenologia della sanzione amministrativa su di un piano eminentemente sostanziale, distinto da quello procedimentale.

Conseguentemente, l'attenzione è posta più sulle esigenze di tutela dell'incolpato nel momento procedimentale – in termini di "diritto" a non essere sanzionati se non nei casi, nei modi e nei limiti previsti dalla legge – che non al momento genetico della dinamica sanzionatoria, da individuarsi nel momento in cui si realizza il fatto umano, tipico, antigiuridico, colpevole e concretamente punibile, sussumibile nell'alveo qualificatorio della fattispecie di illecito amministrativo; fatto rispetto al quale il suo autore non può certo vantare una situazione giuridica soggettiva – il diritto soggettivo – alla sua commissione (eventualmente

---

82 Si pensi, ad esempio, al caso delle espropriazioni per pubblica utilità. Facendo leva sul disposto dell'art. 43 Cost., nulla impedirebbe di discorrere di un fantomatico diritto soggettivo "a non essere espropriati se non nei casi previsti dalla legge".

83 In termini, A. Corasaniti, *Intervento*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 211 ss., in part. p. 214, ove chiarisce come dall'art. 23 Cost. e dal conseguente principio generale di libertà e legalità «*non trae seco necessariamente la configurazione di un diritto soggettivo del privato all'integrità e intangibilità del proprio patrimonio anche nei confronti dell'autorità, che sia circondato della stessa sacralità che assiste i diritti inviolabili della persona, se non nei limiti nei quali il patrimonio appaia indispensabile alla realizzazione della persona. Non è chi non avverta, del resto, la scarsa sostenibilità di una costruzione della sanzione amministrativa come tale che, se ingiusta o eccessiva, sia suscettibile di ferire "il diritto a non pagare più di quanto dovuto": espressione codesta, al pari di quella di "diritto all'integrità e intangibilità del proprio patrimonio", vaga e tautologica*».

Del resto, analoghe difficoltà a trarre la posizione soggettiva del privato dal disposto dell'art. 23 Cost. si riscontrano nell'ordinamento tributario. Si v. C. Garbarino, *«Situazioni soggettive» e «rapporti» fondamentali nel diritto tributario e «tipo» di tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. fin.*, 2001, 3, p. 368 ss. che, all'esito di un articolato studio condotto con metodologia analitica e prendendo le mosse dalla teoria del diritto conclude nel senso che «*in queste formulazioni dogmatiche, ove le si riguardi dalla prospettiva della teoria generale, il "diritto soggettivo", al pari della categoria dell'"interesse legittimo", va inteso come referente di una congerie di situazioni soggettive fondamentali e di altre situazioni fattuali inclusive di una particolare situazione soggettiva, quella del potere del contribuente* sub specie *di permesso di attivare il giudice in un giudizio di impugnazione che attua comunque un accertamento del diritto. Al pari dell'"interesse legittimo", in questo quadro, il "diritto soggettivo" non è situazione giuridica fondamentale e non corrisponde al potere di attivare il giudice, essendo soltanto questa la situazione soggettiva fondamentale che determina il tipo di tutela*» (p. 411).

anche mediante contegni omissivi), per l'ovvia ragione che ciò contrasterebbe con il principio di non contraddizione, tenuto conto che l'ordinamento, nel riconoscere la situazione soggettiva di potestà in capo all'amministrazione, ha individuato come meritevole di tutela l'interesse contrario al realizzarsi dell'illecito.

4.2. segue. *La tesi dell'interesse legittimo. Gli indirizzi "eclettici"*

Le considerazioni che precedono si attagliano anche all'opposto indirizzo dottrinario, secondo cui la situazione giuridica soggettiva dell'incolpato andrebbe qualificata in termini di interesse legittimo[84].

84 Non è questa la sede per poter affrontare un discorso, neppure parziale, sulla natura, sulla struttura e sulle caratteristiche dell'interesse legittimo. Si fa sul punto rinvio, per un inquadramento completo, anche in ordine all'evoluzione storica della figura, alla monografia di F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit.

In prospettiva storica si v. anche B. Sordi, voce *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano, 2008, p. 709 ss.; Id., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985; L. Mannori – B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, spec. p. 339 ss.

Sull'interesse legittimo, senza alcuna pretesa di completezza, v. E. Casetta, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 611 ss.; Id., *L'interesse legittimo: una situazione giuridica a 'progressivo rafforzamento'*, in *Dir. econ.*, 2008, 1, p. 7 ss.; E. Cannada Bartoli, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 334 ss.; Id., voce *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 1 ss.; A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1960; C. Bozzi, voce *Interesse e diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 844 ss.; A. Romano, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in Aa.Vv., *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95 ss.; F. Bassi, *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 185 ss.; Id., *Divagazioni sulla nozione di interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 108 ss.; M. Nigro, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, p. 469 ss.; F.G. Scoca, voce *Interessi protetti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989; Id., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273 ss.; M. Mazzamuto, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 46 ss.; F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1005 ss.; N. Paolantonio, *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 1 ss.; P. Cotza, *L'interesse legittimo' alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, 2017; M. D'Arienzo, *Trasferibilità dell'interesse legittimo*, Napoli, 2017; M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa*, Rimini, 2017; L. Ferrara, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p.723 ss.

Per la configurabilità della situazione soggettiva nell'ambito del diritto privato L. Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; Id., voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. priv.*, Sez. civ., vol. IX, Torino, 1993, p. 527 ss.

L'evoluzione del pensiero giuridico attorno alla figura presenta un percorso complesso che, dalle prime elaborazioni teoriche fino alle concezioni moderne, ha tentato di definire una figura

Secondo una autorevole ricostruzione, in queste ipotesi si sarebbe al cospetto di una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, eccezionalmente abilitato a conoscere anche degli interessi legittimi[85].

In altra prospettiva, la tesi dell'interesse legittimo viene argomentata sulla scorta della posizione *ancillare* che assumerebbe la potestà sanzionatoria rispetto ai poteri di amministrazione attiva. Si osserva infatti che «*Ove, in vista della migliore realizzazione di uno specifico interesse pubblico, la legge fissa dei limiti*

---

giuridica strutturalmente autonoma rispetto al tradizionale rapporto diritto-obbligo. Si è già fatto cenno all'originaria configurazione *ranellettiana* (cfr. O. Ranelletti, *Principii*, cit.; Id., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 161 ss.). Questa impostazione ebbe un enorme impatto nell'ambiente dottrinale per almeno mezzo secolo, sopravvivendo perfino, in alcune opere, alle novità introdotte con l'avvento del regime repubblicano (cfr. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 56-57). L'impianto teorico *ranellettiano*, tuttavia, non consentiva di ricostruire in termini paritari il rapporto tra amministrazione e privato, conducendo piuttosto alla negazione di un rapporto sostanziale e alla risoluzione della posizione del privato in termini processuali, corrispondentemente al mezzo di tutela concesso dall'ordinamento. L'evoluzione successiva si è caratterizzata, anche in ragione del dettato costituzionale nel frattempo intervenuto, per la progressiva valorizzazione dell'interesse sostanziale del privato, pervenendo alla compiuta separazione dell'oggetto della situazione giuridica dalla tutela dell'interesse pubblico. Il problema centrale è divenuto quello di mantenere una ricostruzione dell'interesse legittimo quale strutturalmente differenziata da quella propria del rapporto che si configura tra la situazione che in teoria generale rappresenta il substrato contenutistico elementare di un diritto a struttura creditizia (la pretesa) e la situazione che ad essa si rapporta (l'obbligo). Tale problematica è stata resa particolarmente complessa dall'affermarsi dell'ottica normativistica volta a svalutare il substrato assiologico della situazione giuridica, sostanzialmente risolvendo la consistenza di quest'ultima nel riflesso della norma (cfr. A. Carbone, *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Una proposta di confronto*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2022, 1, p. 359 ss., in part. p. 366).

Nel quadro delle definizioni attuali dell'interesse legittimo può assumersi una nozione di ordine generale comunemente utilizzata nella considerazione della figura in esame. In questa accezione, vedrebbe espunto dall'interesse del titolare qualsiasi legame con l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa e, insieme ad esso, il carattere di occasionalità della sua protezione. L'oggetto della situazione giuridica verrebbe individuato nell'interesse materiale del soggetto, la cui soddisfazione non risulta garantita dall'esercizio del potere, sia pur legittimo, specie rispetto all'esercizio di un potere discrezionale. Tra le definizioni più diffuse va ricordata quella offerta da M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 103, secondo il quale l'interesse legittimo «*è la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dall'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità*». La definizione citata viene sovente ripresa in termini pressoché testuali dalla giurisprudenza: cfr. Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500; Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3. Pone l'accento sulla mancanza di garanzia di soddisfazione dell'interesse finale anche E. Casetta, *Manuale*, cit., pp. 326-328, per il quale «*Esistono dunque interessi di soggetti dell'ordinamento da questo tutelati che però non trovano nell'ordinamento medesimo alcuna garanzia di realizzazione dell'interesse finale, perché*

all'attività del privato, subordinandone l'esercizio al potere d'imperio della p.A. preposta alla cura di tale interesse, il rapporto che ne trae origine è un rapporto potestà-soggezione, in cui il privato può semplicemente vantare un interesse, giuridicamente protetto, al legittimo esercizio di quel potere. Ciò che deve sempre aversi di mira è la migliore realizzazione dell'interesse pubblico. E ogni contravvenzione del privato ai limiti impostigli si traduce in una diretta turbativa di questo»[86]. Sicché, nel caso in cui la legge attribuisce all'amministrazione la possibilità di repri-

---

necessariamente collegati con l'esercizio del potere amministrativo […] L'interesse legittimo, in definitiva, può definirsi la situazione soggettiva di vantaggio a progressivo rafforzamento, al cui unitarietà permane in ragione dell'attinenza a un medesimo bene finale, cui l'individuo aspira». Si v. anche M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 81 e ID., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 138, per il quale «*l'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva, correlata al potere della pubblica amministrazione e tutelata in modo diretto dalla norma di conferimento del potere, che attribuisce al suo titolare, nell'ambito del rapporto giuridico amministrativo, una serie di poteri e facoltà volta a influire sull'esercizio del potere medesimo allo scopo di conservare o acquisire un bene della vita*». Si assiste così a una generale rappresentazione dell'interesse legittimo «*quale situazione di vantaggio di carattere strumentale, avente ad oggetto l'utilità sostanziale a cui il privato aspira nei confronti del potere amministrativo, utilità che tuttavia non riceve, nel confronto con il potere stesso, sicura soddisfazione. Tale concezione è quella che ha trovato e trova ancor oggi, nella sua sostanza, maggiore riscontro in dottrina*», A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 19. Resta ancora dibattuta la possibilità di enucleare l'interesse legittimo come categoria concettuale di teoria generale. Sul punto v. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., in part. p. 453 ss.

Una diversa prospettiva è quella sviluppata da Scoca. Si v., da ultimo, F.G. SCOCA, *Minuscolo contributo alla discussione sulle tesi di Andrea Carbone*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2022, 1, p. 509 ss., in part. p. 512, secondo cui «*l'interesse legittimo, come situazione giuridica soggettiva, è interesse all'esito favorevole dell'esercizio del potere precettivo altrui (in particolare, nell'ambito del diritto amministrativo, dell'amministrazione pubblica), tutelato mediante facoltà di collaborazione dialettica, dirette ad influire sul merito della decisione (precetto) finale, esperibili lungo tutto il corso dell'esercizio del potere (o dello svolgimento della funzione)*». Secondo questa impostazione, l'interesse legittimo rappresenta una situazione di carattere dinamico che dialoga con il potere unilaterale altrui, consentendo di influire sulla formazione delle scelte in ordine all'esercizio del potere in funzione di un proprio interesse materiale protetto, rispetto alla cui lesione è possibile reagire in sede giurisdizionale.

Va poi ricordata la prospettiva della c.d. Scuola fiorentina che, pur nelle sue differenti declinazioni, si è spesa «*nella ricostruzione della posizione del privato che fronteggia un potere nei termini di un diritto di credito al rispetto della regolamentazione concernente l'esercizio del potere stesso, raffigurando quest'ultima, appunto, nei termini della prestazione a cui la pretesa fa riferimento*», A CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 227. Cfr. le posizioni di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., p. 153 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberaldemocratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 749 ss., in part. p. 755; C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione giust.*, 2009, p. 34 ss. All'interno del filone dottrinale in parola si colloca anche chi, sviluppando i presupposti teorici di cui si è fatto breve cenno, è giunto a configurare l'interesse legittimo quale vero e proprio diritto all'attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole. Cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto*

mere le inosservanze del privato, questi «*per quanto attiene all'esperimento del procedimento sanzionatorio, si trova nel medesimo stato di soggezione nel quale si trova rispetto al potere di azione della p.A. nell'area funzionale che la sanzione mira a tutelare*»[87]. La ricostruzione in parola si fonda, dunque, sulla visione della sanzione come esercizio della funzione amministrativa, distinguendosi dalla giurisdizione del giudice penale «*per essere, sia pure indirettamente, preordinata alla tutela dell'ordine proprio dell'Amministrazione, ed è perciò istituzionalmente informata all'essenza funzionale che caratterizza l'attività amministrativa di diritto pubblico*» e, dunque, agendo l'amministrazione nell'esercizio di una specifica potestà, l'incolpato «*deve riconoscersi titolare di un mero interesse legittimo, tutelabile come tale dinanzi al giudice amministrativo*»[88].

Non mancano, inoltre, orientamenti, che potrebbero definirsi "eclettici", volti a riconoscere la sussistenza, nel rapporto sanzionatorio amministrativo, sia di interessi legittimi, sia di diritti soggettivi[89].

Ora, attesa l'*insensibilità* della sanzione amministrativa quale *pena in senso tecnico* alla tematica della cura concreta degli interessi pubblici, ci si limita a se-

---

della giurisdizione amministrativa, Milano, 2003, in part. p. 105 ss.; ID, *L'interesse alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 643 ss.; ID., *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione*, cit.

85 Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, p. 877 ss. Aderisce alla tesi di Sandulli, sostenendo che in materia di sanzioni amministrative si sia al cospetto di una commistione di diritti soggettivi e di interessi legittimi, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio*, cit., p. 396 ss., in part. p. 404. A sostegno della ricostruzione, l'A. da ultimo citato invoca anche i principi di diritto affermati da Cass. civ., Sez. Un., 14 aprile 2011, n. 8487. Sostiene la tesi della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario anche G. SEVERINI, voce *Sanzioni amministrative (Processo civile)*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. VI, Milano, 2002, p. 1005 ss., in part. 1006; ID., *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione*, cit., in part. p. 445.

86 M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria*, cit., p. 236.

87 M.A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, pp. 236-237. L'A., richiamando le coordinate ermeneutiche evincibili da Cass. civ., Sez. Un., 26 aprile 1977, n. 1557 e Cass. civ., Sez. Un., 9 gennaio 1974, n. 62, conclude nel senso che «*Solo dove una legge ordinasse indefettibilmente all'amministrazione di applicare una misura determinata in presenza di un altrettanto ben determinato comportamento, precludendo in tal modo all'autorità amministrativa qualsiasi sindacato di opportunità sull'erogazione della pena, il privato potrebbe lamentare di fronte al giudice l'eventuale illegittima lesione di un proprio diritto soggettivo*» (pp. 237-238). In questa prima fase di elaborazione, l'A. sembra dunque porsi su posizioni simili a quelle già scrutinate e sostenute da Paliero e Travi, orientate a individuare la posizione del privato a seconda della sussistenza o meno di un margine di apprezzamento riservato all'amministrazione.

88 M.A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, cit., p. 18.

89 Cfr. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio*, cit., p. 395, G. SEVERINI, *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione*, cit.

gnalare come l'essenza dell'interesse legittimo – almeno secondo la ricostruzione che di tale controversa situazione soggettiva pare allo stato maggiormente diffusa – stia nella sua dimensione dinamica e relazionale rispetto all'esercizio del potere.

Simile dimensione si estrinseca, dunque, nel confronto dialettico, all'interno del procedimento, tra i vari interessi (pubblici e privati) coinvolti nell'episodio della vita di relazione oggetto del procedimento stesso; confronto il cui esito è il frutto di una decisione amministrativa di carattere ponderativo.

Nell'irrogare una sanzione amministrativa, quale *pena in senso tecnico*, l'amministrazione non cura direttamente interessi pubblici, limitandosi al positivo riscontro del realizzarsi dell'illecito e della sua attribuzione all'incolpato, secondo un giudizio "meccanico" e di carattere sussuntivo, senza che in ciò possano individuarsi momenti in cui l'amministrazione è chiamata a formulare gerarchie di valori o autentici criteri di preferenza tra interessi.

Del resto, la componente relazionale dell'interesse legittimo non consente di spiegare compiutamente la situazione in cui si viene a trovare l'incolpato nel momento in cui realizza la condotta inosservante del precetto amministrativamente sanzionato e sino all'instaurarsi del primo modulo procedurale di accertamento, rappresentato – come detto – dal procedimento sanzionatorio amministrativo.

5. La configurazione della situazione soggettiva sostanziale del privato in termini di responsabilità

Si deve ritenere, allora, che sull'incolpato, all'atto della commissione (eventualmente anche mediante contegno omissivo) dell'illecito amministrativo, non si appuntano posizioni giuridiche soggettive conformate – dal punto di vista teorico-generale – in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo[90].

Tali posizioni attive, infatti, paiono manifestarsi nella dinamica della sanzione giuridica e in contesti ordinamentali garantistici solo nel successivo dispiegarsi della potestà sanzionatoria nell'ambito di modelli procedurali di accertamento[91].

---

90 A meno di non voler giungere al paradosso di teorizzare una posizione tutelata dall'ordinamento in ordine alla commissione dell'illecito.

91 Queste situazioni, che su di un piano teorico-generale paiono presentare i caratteri strutturali del diritto, nella prospettiva del diritto positivo possono assumere variegate

La variabile conformazione delle situazioni giuridiche attive in ambito procedurale, del resto, pare confermata dall'oggettiva non linearità del criterio di riparto adottato dal legislatore, razionalizzato *ex post* dalla dottrina e dalla giurisprudenza, al fine di armonizzarlo con il disegno costituzionale di distribuzione degli affari tra i due plessi giurisdizionali.

Sicché, le ricostruzioni teoriche che attualmente si contendono il campo non risultano di ausilio per l'indagine qui condotta.

Tale notazione lascia tuttavia impregiudicato – e non qui affrontabile – il tema della consistenza delle posizioni soggettive riconosciute dal diritto positivo all'incolpato, nell'ambito del procedimento sanzionatorio amministrativo, e i possibili esiti che ciò può determinare nella prospettiva del riparto.

Simile esito potrebbe *prima facie* suscitare perplessità in ordine alla tutela giurisdizionale del sanzionato, apparendo potenzialmente distonico con lo stesso impianto costituzionale, da cui si ricava il carattere dicotomico delle posizioni di diritto e di interesse, proprio sotto il profilo rimediale (cfr. artt. 24, 103 e 113 Cost.).

Onde prevenire possibili – e pertinenti – rilievi circa l'incostituzionalità del risultato della presente indagine deve osservarsi, anzitutto, che l'ordinamento conosce numerose *species* di situazioni giuridiche soggettive non indicate *verbatim* in Costituzione[92].

Va poi osservato che la Costituzione si occupa essenzialmente delle situazioni di vantaggio del singolo, e ciò alla luce del noto contesto storico e politico in cui la Carta si è formata[93], tale da indurre il Costituente a adottare un paradigma

---

conformazioni, tali da individuare tanto diritti soggettivi (specie con riguardo a sanzioni amministrative c.d. punitive), quanto interessi legittimi.

92 Si pensi, tra le altre, a tutte le situazioni giuridiche soggettive passive di cui sono titolari i soggetti del rapporto obbligatorio di diritto privato, ai titolari di soggezioni al cospetto di altrui diritti potestativi, alle situazioni giuridiche soggettive instabili che si appuntano sulle parti delle trattative da cui potrebbe dischiudersi la conclusione del contratto. Tali situazioni – proprio perché rientranti nel campo semantico della definizione stipulativa di situazioni giuridiche soggettive qui offerta – trovano ampie forme di tutela nelle rispettive discipline regolative (di cui peraltro non è possibile dare atto in questa sede).

93 Com'è noto, la Costituzione repubblicana «*è nata grazie a condizioni assai particolari, in una situazione irripetibile di "velo di ignoranza", di non-conoscenza da parte dei partiti di allora della loro futura sorte politica … i membri dell'Assemblea costituente non sapevano quale esito avrebbero avuto le prime elezioni politiche*», in questo modo «*La paura di*

marcatamente personalistico, prendendo in considerazione le situazioni passive in chiave eminentemente solidaristica[94].

Pare dunque potersi osservare che il disposto costituzionale non esaurisce il novero delle situazioni giuridiche soggettive, enucleabili sul piano della teoria del diritto, di cui il privato può essere titolare nel rapporto con l'amministrazione, limitandosi a garantire tutela a quelle situazioni che assumono, nel contesto ordinamentale di diritto positivo, la consistenza di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

Va poi ribadito che oggetto di scrutinio in questa sede non sono le posizioni giuridiche tutelate di cui l'incolpato risulta titolare in sede procedimentale e processuale, che ben possono assumere le forme di diritti o interessi, tenuto peraltro conto dell'acquisita consapevolezza – tanto nel dibattito teorico, quanto in quello dogmatico – della possibilità di enucleare ed isolare, nell'ambito del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, sotto-unità elementari di posizioni soggettive (facoltà, oneri, poteri, ecc.).

---

soccombere ha prevalso sul desiderio di imporsi … da qui prende senso la Costituzione stessa, tutta rivolta a fissare i confini oltre i quali non può andare la volontà della maggioranza politica, quale essa sia», R. Bin – G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019, pp. 139-140. All'indomani del referendum istituzionale del 2 giugno 1946, infatti, «*Si afferma la cultura della costruzione di una prospettiva comune, in una laboriosa trama di relazioni, obiettivi, valori possibili. Tramonta progressivamente l'idea di una rottura rivoluzionaria, della ricerca di un appuntamento definitivo con la storia come chiave risolutiva. Si fa strada la logica dell'equilibrio fondato sul compromesso, sulla base di una collaborazione tra diversi organizzati all'interno delle formazioni politiche che si presentano di fronte agli elettori*». Così, U. Gentiloni Silveri, *Storia dell'Italia contemporanea. 1943-2019*, Bologna, 2019, p. 31, che, alla pagina successiva, nel descrivere i lavori della Costituente, parla di «*cifra fondante del compromesso costituzionale, alto, basato sul riconoscimento reciproco di culture, storie e aspirazioni politiche anche profondamente antitetiche. Ognuno rinuncia a parte del proprio programma, ai colori nitidi di bandiere e appartenenze per costruire un punto d'incontro, un equilibrio possibile con gli altri*». Si v. anche C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1994*, Bari-Roma, 2020, p. 412 ss.; A. Lepre, *Storia della Prima Repubblica. L'Italia dal 1943 al 2003*, Bologna, 2004, p. 93 ss.

94 Si pensi, tra tutti, all'adempimento «*dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*» richiesti dall'art. 2 Cost. proprio nell'ottica di garanzia dei diritti inviolabili del singolo. La connessione tra doveri del singolo e progresso della comunità nazionale – in ultima analisi sempre nella prospettiva del paradigma personalistico – emerge anche dagli artt. 4, comma 2, 30, comma 1, 48, comma 2, 52, comma 1, 53 e 54 Cost. Sui doveri costituzionali il riferimento d'obbligo è a G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; Id., voce *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. VI, 2002, p. 357 ss. Si v. anche gli scritti raccolti in M. Rosboch (a cura di), *I doveri costituzionali. In ricordo di Giorgio Lombardi*, Torino, 2023.

E difatti, è la prospettiva sostanziale (*rectius* non procedurale) ad essere in questa sede indagata, per tale intendendosi il contesto in cui un soggetto imputabile commetta la violazione di un precetto cui l'ordinamento riconnette, quale esito sfavorevole, la comminatoria di una sanzione amministrativa, quale *pena in senso tecnico*, da parte di un'amministrazione cui l'ordinamento ha riconosciuto la potestà sanzionatoria amministrativa.

Di diritto (o interesse) pare allora potersi discorrere solo in una fase più avanzata della dinamica giuridica inverata dalla sanzione. Nella fase iniziale del rapporto – quella che si svolge al di fuori di un contesto procedurale accertativo – l'incolpato risulta titolare di una situazione giuridica soggettiva sostanziale che può definirsi *responsabilità*.

Deve in proposito osservarsi come sia «*relativamente inconsueta rispetto agli usi correnti, e comunque scarsamente tematizzata, la configurazione qui proposta della responsabilità come situazione giuridica*»[95], emersa in alcuni contributi della dottrina civilistica[96]. Anche sul piano della teoria del diritto, non sono

95 L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., p. 662.

96 È il caso della *Teoria generale delle obbligazioni* di Emilio Betti. La questione è affrontata nel contesto del noto dibattito attorno al rapporto tra responsabilità e debito nella teoria dell'obbligazione. La responsabilità viene qualificata di «*uno stato soggettivo, una determinata posizione giuridica, della quale, appunto perché tale, non può essere investito che un soggetto di diritto, ossia una persona in senso giuridico*», E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, p. 32, nota n. 2. Essa «*può definirsi come la posizione creata ad un soggetto dalla necessità giuridica di subire la perdita di un bene a titolo di sanzione (riparazione e pena) in dipendenza da un evento determinato e massime in ragione di un torto messo a suo carico*», E. Betti, *op. cit.*, p. 33. L'A. declina tale generalissima nozione nel campo del diritto privato e nell'ambito del rapporto obbligatorio, definendola quale «*situazione giuridica di vincolo caratterizzata dal pericolo di perdere un bene a titolo di soddisfazione altrui (del soggetto cioè verso cui si è vincolati) pel non verificarsi di un evento determinato dall'altro atteso – o per l'avverarsi di un evento dall'altro temuto*» (p. 35). Particolare rilevanza, per l'impostazione qui seguita – e volta ad isolare nella dinamica della sanzione amministrativa i distinti profili sostanziali, procedimentali e processuali – è l'affermazione secondo cui «*la responsabilità è uno stato potenziale … La responsabilità attraversa, dapprima, uno stadio di pendenza, durante il quale non è ancora attuabile, ed è incerto diverrà tale ovvero cadrà nel nulla. Essa diviene realizzabile soltanto nell'ipotesi prevista: non verificandosi cioè l'evento atteso o avverandosi l'evento temuto… Ma la verifica di esso, l'accertamento se l'evento sia o no avvenuto, deve in ogni caso aver luogo in un momento di tempo successivo, e cioè futuro, rispetto a quello che è il momento d'origine della responsabilità… L'accertamento che l'evento atteso è mancato o quello temuto è avvenuto è per l'appunto ciò che rende attuabile la responsabilità*» (pp. 35-36).

La definizione di Betti della responsabilità quale stato soggettivo e posizione giuridica è poi ripresa e sviluppata da S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, rist. inalt. 2023, p. 43 e p. 71 ss.

mancati studiosi che hanno qualificato la responsabilità in termini di situazione soggettiva[97].

Significativo, in proposito, è il contributo di Alessandro Levi. Prendendo le mosse dall'affermazione secondo cui «*ogni illiceità presuppone un rapporto giuridico*»[98] e definita la sanzione in senso stretto quale «*situazione del soggetto passivo d'un rapporto, ed il concetto sta a designare la determinazione della responsabilità, in cui questi incorre per una propria illiceità, vale a dire per l'inadempienza d'un* debere*, impostogli dalla norma a tutela d'un altrui diritto complementare*»[99], si afferma che alcun dubbio sussiste circa la configurabilità della responsabilità quale situazione giuridica soggettiva[100]. Viene poi evidenziata, nella ricostruzione in parola, l'assenza di libertà del soggetto di diritto «*di fronte al comando od alla sanzione in senso stretto, perché in istato di soggezione*»[101]; tale soggetto, infatti, «*non può non voler essere responsabile della trasgressione compiuta*»[102]. Ai fini che qui interessano risulta di particolare rilevanza l'assunto secondo cui la responsabilità – quale situazione soggettiva – darebbe luogo a un nuovo rapporto rispetto alla situazione di illiceità. In base a tale ricostruzione, infatti, l'illiceità si inserisce in un rapporto giuridico, rispetto al quale il soggetto tiene un comportamento inosservante di un precetto, tale da produrre la situazione soggettiva di re-

---

La conformazione della responsabilità in termini di posizione soggettiva si rinviene anche in altri contributi. Nel contesto del commento all'art. 2740 c.c. altra autorevole dottrina, sempre muovendo dal dibattito in ordine al rapporto tra responsabilità e debito, rileva come il legislatore del 1942 abbia fatto propri i risultati della prevalente e più moderna dottrina, conformando il rapporto obbligatorio come sintesi della posizione attiva (potere di conseguire il bene dovuto) e di quella passiva (dovere del debitore di tenere un determinato comportamento), ponendo al di fuori di tale rapporto quello c.d. di responsabilità, quale situazione strumentale «*che metteva le sue radici nel rapporto di obbligazione, ma si svolgeva sul terreno del diritto processuale*», R. Nicolò, *sub* art. 2740, in R. Nicolò – V. Andrioli – G. Gorla, *Tutela dei diritti. Artt. 2740-2899*, in Aa.Vv., A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Bologna, 1955, p. 1 ss., in part. p. 3. Rispetto all'obbligazione «*la responsabilità del debitore e il correlativo potere del creditore di agire sui beni del primo per la realizzazione del suo diritto configurano una situazione giuridica autonoma, se pure strumentale rispetto al rapporto obbligatorio*», *Ibidem*.

97 È il caso di Carnelutti, che enuclea la responsabilità quale *species* di soggezione, a sua volta individuata come ipotesi di dovere giuridico e, dunque, di situazione giuridica soggettiva passiva, cfr. F. Carnelutti, *Teoria generale*, cit., p. 169 ss.

98 A. Levi, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1967, p. 382.

99 A. Levi, *op. ult. cit.*, p. 388.

100 *Ibidem*.

101 *Ibidem*, p. 389.

102 *Ibidem*.

sponsabilità. Questa, «*come situazione derivante da un precedente rapporto, e precisamente dalla illiceità, ch'è l'inadempimento colpevole d'un* debere *in esso rapporto incardinato, designa una nuova situazione in un nuovo rapporto, cioè quella prestazione o quel* debere*, che ha, appunto, per sua fonte l'illecito*»[103].

Assai feconde sono poi le indicazioni offerte da quei contributi di teoria del diritto nel cui ambito la responsabilità risulta definita in termini di «*situazione consistente nella soggezione a condanne e alle conseguenti sanzioni; così come lo è l'identificazione con essa, anziché direttamente con la sanzione, dell'effetto dell'illecito. L'effetto di un reato ... non è direttamente la pena, ma l'aspettativa della (o la soggezione alla) irrogazione di una pena, ovverosia la responsabilità penale*»[104].

In tale prospettiva, la responsabilità può essere declinata strutturalmente in due tipologie: una responsabilità passiva, consistente nell'aspettativa positiva, ovvero nella soggezione a una lesione; una responsabilità attiva, quale obbligo di una prestazione in capo a un soggetto responsabile[105]. La prima tipologia «*è tipicamente quella penale, e consiste nella situazione passiva di chi è soggetto a sanzioni coercitive di carattere pubblico. La seconda è invece tipicamente quella civile, e consiste nella situazione attiva di chi è coercitivamente obbligato all'esecuzione specifica di una data prestazione o al risarcimento del danno*»[106]. Sicché, la responsabilità può consistere o in un'aspettativa di una lesione o in un obbligo di prestazione e, pertanto, in ambo i casi, presenta un carattere svantaggioso per i soggetti che ne sono titolari. Oltre al carattere svantaggioso – di per sé presente anche in altre situazioni giuridiche – la responsabilità si distingue per essere sempre l'effetto di un atto illecito[107].

---

103 A. Levi, *op. ult. cit.*, pp. 389-390.

104 L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 662.

105 *Ibidem.*

106 *Ibidem.* Più avanti, l'A. esplicitamente ricomprende nel novero della responsabilità attiva anche l'aspettativa di una condanna a (subire) una sanzione amministrativa. Cfr. L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 665.

107 Cfr. L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 663. La declinazione dell'illecito in termini di "atto" e non, come tradizionalmente avviene, di "fatto" si giustifica alla luce della più complessiva ricostruzione offerta da Ferrajoli in ordine alla preminenza del principio di causalità e alla derivata inconsistenza teorica delle nozioni di "atto giuridico lecito", "mero atto" e "fatto giuridico". Cfr. L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 269 ss.

Ora, l'aspettativa non si appunta direttamente sulla sanzione, quanto sulla sua irrogazione ad opera di una condanna[108], sulla scorta dell'accertamento dell'intervenuto illecito, che ne forma il presupposto[109]. Sul piano teorico-generale, pertanto, può definirsi "responsabilità" «*l'effetto di un atto illecito, consistente nell'aspettativa, predisposta da una norma in capo al soggetto che dell'illecito è imputato, di una condanna a subire una sanzione*»[110].

In questo modo, nella prospettiva qui esaminata, la sanzione non è l'effetto giuridico dell'illecito, così come non lo è la soggezione alla sanzione stessa, quanto piuttosto l'aspettativa della condanna, per l'appunto la responsabilità[111].

Rapportando il contributo della teoria appena esposta al piano dogmatico, può ritenersi che a fronte della commissione da parte dell'amministrato[112] di un comportamento sussumibile in quello previsto da una disposizione che lo qualifica in termini di illecito amministrativo, egli è titolare di un'aspettativa a subire – per il tramite di una decisione di condanna adottata dall'autorità amministrativa nell'esercizio della sua potestà sanzionatoria – una sanzione amministrativa. Tale aspettativa può prendere il nome di *responsabilità da illecito amministrativo*.

---

108 Di cui Ferrajoli offre la seguente definizione «*è la decisione che accerta un atto illecito, in attuazione dell'aspettativa predisposta da una norma come suo effetto in capo al soggetto che dell'illecito è imputato, e che produce come effetto la soggezione del medesimo soggetto a una lesione o all'obbligo di una prestazione, l'una e l'altro svantaggiosi e imposti con la forza*», *Ibidem*. Subito dopo l'A. definisce la sanzione quale «*la lesione o la prestazione consistenti nell'attuazione svantaggiosa e coercitiva dell'aspettativa dell'una o dell'obbligo dell'altra prodotti dalla decisione di condanna per un illecito*» (p. 664).

109 Cfr. L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 663, che subito dopo aggiunge «*anche la sanzione degli atti illeciti è sempre mediata da un provvedimento giudiziario, la cui aspettativa … è … lo specifico effetto*».

110 *Ibidem*.

111 In Ferrajoli, dunque, la formula del periodo ipotetico "Se *a*, allora *b*" individua nel termine "*a*" l'atto illecito e in "*b*" la responsabilità. L'A. precisa, in ogni caso, che l'effetto dell'illecito non va sempre individuato nell'aspettativa di condanna: nel caso degli illeciti aquiliani, ad esempio, l'effetto «*è l'obbligo di risarcire il danno, e solo eventualmente, ove tale obbligo non sia ottemperato spontaneamente, l'aspettativa della condanna; ed è solo in questa prospettiva che consiste, propriamente, la responsabilità*», L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, pp. 664-665.

112 A prescindere dalla sussistenza o meno di un previo rapporto con l'amministrazione. Ciò conduce a rinvenire nella responsabilità non solo la situazione soggettiva del privato attinto dalla sanzione amministrativa generale, ma anche la situazione di cui è titolare il soggetto – legato a rapporti di supremazia speciali – che subisce l'irrogazione di una condanna a una sanzione disciplinare.

Una siffatta sistemazione del *problema* relativo alla individuazione della situazione soggettiva sostanziale dell'incolpato pare trovare conforto nel fenomeno della depenalizzazione, dal quale sono scaturite numerose ipotesi di illecito amministrativo tutt'ora vigenti.

In ipotesi di c.d. successione impropria[113] risulta assai complicato spiegare come, non essendo ipotizzabile una posizione di diritto soggettivo o di interesse legittimo al cospetto della commissione di un fatto tipico, antigiuridico, colpevole e punibile con una delle sanzioni di cui all'art. 17 c.p.[114] e del conseguente esercizio dell'azione penale, tali posizioni possano poi materializzarsi per il solo fatto che alla sanzione penale se ne è sostituita una – non necessariamente meno afflittiva[115] – di "natura" amministrativa.

Del resto, come si è osservato in dottrina, «*il mero mutamento della sanzione non può automaticamente mutare gli interessi tutelati dalla norma o i rapporti in atto, né può crearne di nuovi. In queste condizioni bisogna convenire che – oggi come oggi – una distinzione contenutistica di carattere generale tra reati e ille-*

---

113 Sul tema v. T. Padovani, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, p. 1322 ss.; C.E. Paliero – A. Travi, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 175 ss.; E. Aghina, *La disciplina transitoria e le norme finali*, in G. Lattanzi – E. Lupo (a cura di), *Depenalizzazione e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, Milano, 2001, p. 319 ss.; S. Cardin, *Principi generali dell'illecito amministrativo*, Padova, 2005, spec. p. 22 ss.; M. Gambardella, *L'abrogazione della fattispecie incriminatrice*, Napoli, 2008, p. 150 ss.; Id., voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VII, Milano, 2014, p. 648 ss.; D. Bianchi, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 322 ss.; V. Tigano, *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, p. 1 ss.

114 Nonché dagli artt. 22 c.p.m.p. e 52 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

115 Si v. il caso affrontato da Corte cost. 5 dicembre 2018, n. 223. Con la citata pronuncia la Consulta ha segnato i limiti entro i quali può considerarsi costituzionalmente legittima l'applicazione retroattiva di sanzioni amministrative "punitive" introdotte per effetto di interventi di depenalizzazione. La Corte ha infatti dichiarato la incostituzionalità dell'art. 9, comma 6, l. 18 aprile 2005, n. 62, nella parte in cui stabiliva che la confisca per equivalente prevista dall'art. 187-*sexies* del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 si applicava, allorché il procedimento penale non fosse stato definito, anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della stessa legge n. 62 del 2005, quando il complessivo trattamento sanzionatorio conseguente all'intervento di depenalizzazione fosse risultato in concreto più sfavorevole di quello applicabile in base alla disciplina previgente.

citi amministrativi non riesce a tenerla in piedi»[116].

Pare allora più convincente ritenere che, a seguito della depenalizzazione, mutando la potestà punitiva penale in potestà sanzionatoria amministrativa, e assistendosi il più delle volte alla mera modifica della tipologia di sanzione (da penale ad amministrativa), senza mutamenti nei tratti essenziali della fattispecie illecita, alla responsabilità penale del reo si sostituisca la *responsabilità da illecito amministrativo* dell'incolpato[117].

---

116 E. Casetta, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 45 ss., in part. p. 54.

117 Come evidenziato, «*Il fenomeno della depenalizzazione … ed il fenomeno inverso, più raro, della ripenalizzazione, costituiscono una prova evidente ed insuperabile della mancanza di un carattere specifico ed intrinseco della nozione di sanzione amministrativa, e della sua esclusiva dipendenza dalla (perfino mutevole nel tempo) qualificazione di diritto positivo*», F.G. Scoca, *Il punto sulla nozione*, cit., p. 8.

Non pare un caso, allora, che in altre esperienze continentali, la sostanziale omogeneità funzionale delle sanzioni amministrative (punitive) con quelle penali abbia indotto il legislatore ad affidare il giudizio di opposizione al giudice penale. Ci si riferisce, in particolare, all'ordinamento tedesco, per una panoramica del quale v. U. Sieber, *Linee generali del diritto amministrativo punitivo in Germania*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 1, p. 35 ss. Anche in quell'ordinamento, infatti, sono state previste numerose ipotesi di illecito amministrativo, con lo scopo di approntare meccanismi più efficienti e flessibili di quelli previsti dal diritto penale tradizionale (cfr. U. Sieber, *op. cit.*, p. 38). In Germania il successo dell'istituto delle *Ordnungswidrigkeiten* deriva – come del resto in Italia – dal loro impiego quale strumento di depenalizzazione (cfr. U. Sieber, *op. cit.*, p. 43).

L'esperienza tedesca è di particolare rilevanza per l'ordinamento nazionale, tenuto conto che la *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWiG) ha ispirato la l. n. 689/1981. In termini, F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 4, p. 1775 ss., in part. p. 1811. Per un inquadramento generale della OWiG risultano assai utili i commentari editi in lingua tedesca. Cfr., tra gli altri, Aa.Vv., H. Blum – K. Gassner – S. Seith (a cura di), *Ordnungswidrigkeitengesetz Handkommentar*, Baden-Baden, 2016; Aa.Vv., E. Göhler (a cura di), *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Monaco, 2017; Aa.Vv., W. Mitsch (a cura di), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Monaco, 2018. L'approccio seguito dall'ordinamento tedesco pare disvelare l'intima connessione funzionale tra sanzione penale e sanzione amministrativa. Si rileva, in proposito, che il processo di opposizione – che, come detto, si svolge innanzi alla giurisdizione penale – è regolato in termini generali dal codice di procedura penale (cfr. § 46, abst. 1, OWiG). Tale processo è strutturato come un giudizio di appello in cui «*il giudice esamina tutti i fatti e le questioni giuridiche sottostanti alla decisione amministrativa, secondo una procedura paragonabile a quella di un giudizio penale di primo grado*», U. Sieber, *op. cit.*, p. 56. L'unità funzionale – e, si direbbe, la stessa natura sostanziale – della decisione amministrativa e di quella adottata dal giudice penale in primo grado (competente è l'*Amtsgericht*) è poi manifestata dalla limitazione delle eventuali ragioni di ricorso avverso tale ultima decisione ai soli motivi di legittimità (cfr. § 79 OWiG).

6. Considerazioni conclusive

In apertura si è fatto riferimento al persistere, negli studi dedicati alla sanzione amministrativa, di un approccio metodologico caratterizzato dal rilievo assunto dalla teoria del diritto per l'impostazione dogmatica del tema. Anche in queste pagine, del resto, il riferimento alla teoria generale è stato di particolare ausilio per lo sviluppo delle questioni affrontate. Si è così tentato di concepire un vero e proprio rapporto giuridico tra amministrazione e incolpato, rilevando l'intrinseca complessità di quello che si è definito rapporto sanzionatorio amministrativo. Ciò, in ragione del suo atteggiarsi tanto in un contesto eminentemente sostanziale, quanto in quelli governati da moduli procedurali di accertamento: il procedimento sanzionatorio amministrativo e il processo instaurato avverso la comminatoria della sanzione.

Con riferimento al profilo sostanziale, si è tentato di dimostrare che il rapporto si polarizza attorno alla diade relazionale *responsabilità/potestà*. Il soggetto di diritto che nel contesto della sua vita di relazione ponga in essere una condotta sussumibile nella previsione normativa di un illecito amministrativo è dunque titolare di responsabilità, a fronte della quale l'amministrazione individuata come competente dall'ordinamento è munita di potestà sanzionatoria, all'esito del cui esercizio – secondo moduli procedurali regolativi del c.d. procedimento sanzionatorio amministrativo – adotta una decisione di condanna all'irrogazione di una *pena in senso tecnico*. In siffatto contesto procedimentale all'incolpato viene riconosciuta una variegata pletora di posizioni soggettive, di cui non è possibile qui occuparsi, data la delimitazione dell'oggetto di analisi alla fase eminentemente non procedurale del rapporto.

All'esito del procedimento sanzionatorio amministrativo, ove l'amministrazione giunga all'accertamento del positivo riscontro tanto della situazione di *responsabilità* dell'incolpato[118], quanto di quella di propria *potestà*[119], adotta il provvedimento irrogativo della sanzione. Il primo ciclo procedurale è così concluso.

---

118 Commissione di un fatto tipico, antigiuridico, colpevole e punibile con l'irrogazione di una sanzione amministrativa.

119 A titolo di esempio, competenza per materia, valore e territorio, rispetto dei termini procedurali posti a pena di decadenza, etc.

Il "provvedimento" sanzionatorio, che nelle ipotesi disciplinate dalla l. n. 689/1981 assume la forma dell'ordinanza-ingiunzione, fa così sorgere nuove situazioni soggettive in capo ai titolari del rapporto sanzionatorio amministrativo[120].

Su iniziativa del sanzionato può prendere abbrivio il secondo ciclo procedurale accertativo, di ordine processuale, per mezzo del quale è devoluto alla giurisdizione il compito di accertare tutte le condizioni di esistenza del rapporto sanzionatorio e, cioè, tanto del ricorrere delle situazioni soggettive di ordine sostanziale *responsabilità/potestà*, quanto di quelle a rilevanza procedurale e di quelle sorte all'esito dell'adozione del provvedimento irrogativo della *pena in senso tecnico*. Nel processo oppositivo così instaurato, il sanzionato potrà censurare l'esercizio della potestà sanzionatoria allegando e deducendo tanto l'insussistenza dei presupposti della sua responsabilità (*e.g.* difetto di imputabilità; non ricorrenza del fatto storico per come addebitato; sussistenza di una causa di giustificazione, etc.), quanto di quelli della potestà dell'amministrazione in astratto (come il difetto di competenza) o in concreto (ad esempio l'intervenuta decadenza, il mancato rispetto delle scansioni procedimentali, etc.).

Il primo modulo procedurale di accertamento ha dunque ad oggetto il piano sostanziale; il secondo modulo, invece, scrutina (deve scrutinare) tanto quello sostanziale, quanto il procedimentale. In tal modo vengono soddisfatte primarie esigenze di garanzia del sanzionato, destinatario di una *pena in senso tecnico*. L'esito del momento processuale potrebbe dunque essere cassatorio del "provvedimento" sanzionatorio tanto per ragioni afferenti alla diade *responsabilità/potestà*, quanto per vizi propri della sequela procedurale di competenza dell'amministrazione, tali da inficiare la stessa tenuta della decisione di condanna.

In questo modo, per il tramite del processo, sorge un ulteriore rapporto giuridico, di carattere triadico e di natura processuale[121], tra l'amministrazione che ha speso la sua *potestà sanzionatoria amministrativa*, il sanzionato attinto dalla *pena in senso tecnico* in quanto titolare di *responsabilità da illecito amministrativo*

120 Così, in ipotesi di irrogazione di sanzione amministrativa pecuniaria, l'amministrazione risulta titolare di un diritto di credito, mentre l'incolpato sanzionato è titolare della relativa obbligazione di pagamento.

121 Sul rapporto giuridico processuale v., in termini orientativi, S. Palazzolo, voce *Rapporto giuridico*, cit., p. 310 ss. e la letteratura ivi indicata.

e il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla decisione di condanna.

Nel secondo modulo procedurale di accertamento emerge così il controverso tema del rapporto inter-istituzionale tra l'amministrazione titolare della potestà e il giudice chiamato (anche) a sindacarne l'esercizio.

L'analisi del *rapporto processuale* che sorge per iniziativa del privato meriterebbe, certo, autonoma trattazione, potendo qui essere oggetto di mere evocazioni, alla luce dell'ausilio che la sistemazione della dinamica della sanzione amministrativa in chiave intersoggettiva e relazionale è in grado di offrire.

Le problematiche del rapporto processuale intercettano primariamente il tema dei limiti al sindacato giurisdizionale sulla decisione di condanna irrogativa di una sanzione amministrativa rispetto ai quali, come si è tentato di prospettare in altra sede, risultano inoffensivi gli scudi del principio di separazione dei poteri, alla luce delle peculiarità funzionali e strutturali della situazione giuridica soggettiva dell'amministrazione[122], attesa l'estraneità alla sanzione della tematica della cura concreta degli interessi pubblici e dell'insussistenza di margini di discrezionalità amministrativa propriamente detti. Simili divergenze rispetto a quanto solitamente può riscontrarsi nel rapporto amministrativo *tout court* sembrano indurre a ritenere non del tutto pertinenti quelle argomentazioni volte a porre limiti sindacatori per l'autorità giudiziaria sulla scorta del principio di separazione dei poteri, in ciò giustificando quanto meno una riflessione sulla stessa collocazione ordinamentale della potestà sanzionatoria amministrativa[123].

La ricostruzione del rapporto sostanziale secondo il binomio *responsabilità/potestà* sembra del resto suffragare la già evocata prospettazione teorica del "prestito", secondo la quale la potestà sanzionatoria sarebbe solo momentaneamente dislocata presso l'amministrazione, ferma restando la possibilità, per il soggetto attinto dalla decisione di condanna, di chiedere un riesame complessivo della determinazione al titolare *naturale* della potestà di perseguire i comportamenti individuali inosservanti della norma giuridica, il giudice; così restituendo alla giu-

122 Sia consentito nuovamente rinviare, per più ampi svolgimenti, a L. Bordin, *Potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione e discrezionalità*, cit.

123 Avverte della necessità di esaminare la sanzione amministrativa sul versante della sua collocazione sistematica D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, in *Riv. reg. mer.*, 2022, 1. Si veda anche A. Travi, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 627.

risdizione ciò che è stato (solo) precariamente traslato in un atto, soggettivamente (ma non sostanzialmente) amministrativo.

L'adesione a una simile concezione permette di istituire una evidente consonanza tra le posizioni giuridiche sostanziali e processuali dei destinatari di *pene in senso tecnico*, siano esse sanzioni penali o amministrative.

Nel diritto penale sostanziale il reo, integrando tutti gli elementi del fatto tipico, antigiuridico e colpevole[124] risulta titolare della responsabilità penale. Qui, ragioni storiche, ideologiche, politiche e culturali hanno indotto a sviluppare la dinamica giuridica del rapporto punitivo in termini assai garantistici, con conseguente piena attribuzione alla giurisdizione di tutte le fasi che conducono all'adozione della decisione di condanna, irrogativa della pena criminale. La funzione dell'amministrazione, nella dinamica *responsabilità penale/potestà punitiva* risulta ancillare e strumentale al corretto esercizio della giurisdizione, ma l'amministrazione non gioca – direttamente – alcun ruolo[125]. L'azione penale è esercitata

---

124 E, secondo taluni, anche punibile. Si fa riferimento alla nota teoria quadripartita che, nella scomposizione analitica del reato, attribuisce autonoma rilevanza alla categoria della punibilità, nella quale andrebbero ricompresi quegli istituti del diritto penale espressivi di valutazioni politico-criminali sull'opportunità di irrogazione della pena. Per una sintetica esposizione della teoria quadripartita v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2019, pp. 211-222.

125 Simile risultato pare essere il frutto di un percorso evolutivo in termini garantistici, all'interno del quale può scorgersi l'ultimo fondamentale passaggio nella giurisdizionalizzazione del pubblico ministero ad opera della Costituzione (cfr. artt. 107 e 108 Cost.). Nel sistema costituzionale, difatti, al Ministro della Giustizia – oltre alla facoltà di promuovere l'azione disciplinare nei confronti dei magistrati (cfr. art. 107, comma 2, Cost.) – vengono affidati (solamente) «*l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia*» (art. 110 Cost.). Quella della giurisdizionalizzazione della repressione penale è una rivendicazione propria del periodo liberale. Tale matrice ben si scorge nella trama della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E (c.d. legge di abolizione del contenzioso amministrativo). Con tale legge, infatti, si è fra l'altro devoluta alla cognizione dell'autorità giudiziaria anche la materia contravvenzionale, in precedenza appannaggio dell'amministrazione. Cfr. F. MERUSI, *Dal 1865 … e ritorno … al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 671 ss., in part. p. 676 che, subito dopo nota come «*il problema della "depenalizzazione" esisteva anche allora ed era risolto attribuendo al "contenzioso amministrativo" la giurisdizione sulle sanzioni amministrative*» (p. 677). Con l'intervento della legge di abolizione del contenzioso amministrativo l'ideologia liberale, che vedeva il giudice ordinario quale «*custode della libertà del cittadino si scontrava con l'esigenza "reale" di funzionalità della giustizia penale*» (ivi). Nel complesso, l'A. osserva che, in ogni caso, anche sulla scorta della giurisprudenza convenzionale, è necessario andare alla sostanza daei problemi, sicché «*le sanzioni possono essere qualificate penali oppure amministrative, ma sempre di sanzioni si tratta e, per tutelare il diritto di libertà dei loro destinatari, la normativa che le riguarda deve soddisfare alcuni requisiti … Quanto dire che il giudice delle sanzioni amministrative, chiunque esso sia, deve poter*

nell'ambito e secondo le regole del procedimento penale, su iniziativa del Procuratore della Repubblica[126]. È sulla pubblica accusa, che nel processo penale assume il ruolo dell'attore sostanziale e processuale, che grava l'onere di dimostrare la sussistenza della *responsabilità penale* dell'imputato, oltre ogni ragionevole dubbio[127]. Assolto tale onere, il giudice penale emette la *decisione di condanna*, alla quale consegue la spendita della *potestà punitiva* dello Stato, a fronte dell'accertata *responsabilità penale* del reo.

Nel diritto sanzionatorio amministrativo si assiste a un *iter* solo apparentemente diverso. L'incolpato, avendo posto in essere un comportamento inosservante di un precetto amministrativo, risulta titolare della *responsabilità da illecito amministrativo*. All'amministrazione, per converso, risulta attribuita (in prima istanza) la *potestà sanzionatoria*, essendo chiamata, all'esito del procedimento sanzionatorio, all'emanazione di una *decisione di condanna*, irrogativa della san-

---

giudicare utilizzando norme come quelle abitualmente previste nei codici di procedura penale a tutela del reo … cioè di norme simili a quelle che erano state previste nei codici di "procedura amministrativa" (almeno di quelli napoletano e parmense) per le "contravvenzioni amministrative" e che la legge sull'abolizione del contezioso aveva abolito … se e in quanto consentiva, come ha in realtà consentito, un "ritorno" ad un giudice non penale per quanto attiene alle sanzioni amministrative» (pp. 680-681).

126 E difatti, a seguito della riforma del 2006, il Procuratore della Repubblica è esclusivo titolare dell'azione penale. Cfr. art. 1, comma 1, d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106.

127 Com'è noto, ai sensi dell'art. 533, comma 1, c.p.p., «*il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio*», in ciò riprendendo la nota formula anglosassone *beyond any reasonable doubt* (b.a.r.d.). Sullo standard probatorio del processo penale, *ex plurimis*, G. Canzio, *L'"oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 303 ss.; Id., *Il dubbio e la legge*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2018; F. Stella – M.C. Galavotti, *L'oltre il ragionevole dubbio come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 882 ss.; D. Chinnici, *L'"oltre ogni ragionevole dubbio": nuovo criterio del giudizio di condanna?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1556 ss.; C. Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, in Aa.Vv., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006 n. 46*, Milano, 2006, p. 102 ss.; F.M. Iacoviello, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3857 ss.; C. Piergallini, *La regola del "ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 593 ss.; M. Pisani, *Riflessioni sul tema del "ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1243 ss.; F. Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 51 ss.; A. Incampo – A. Scalfati (a cura di), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Bari, 2017; G. Losappio, *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 maggio 2017; G. Carlizzi, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale: storia, prassi, teoria*, San Lazzaro di Savena, 2018; G. Garofalo, *La diversificazione degli standard di prova nel processo penale e nel rapporto fra giurisdizioni*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3882 ss.

zione amministrativa quale *pena in senso tecnico*. Simile dislocazione di potestà risulta, però, tutt'affatto definitiva. Al titolare della *responsabilità da illecito amministrativo* è infatti riconosciuta la possibilità di investire la giurisdizione, quale titolare *naturale* della *potestà di punire*, del controllo sul corretto esplicarsi del rapporto *responsabilità da illecito amministrativo/potestà sanzionatoria amministrativa*. Nel processo giurisdizionale così scaturente, il privato è attore in senso solo processuale, ricoprendo invece il ruolo di convenuto in senso sostanziale[128]. L'attore in senso sostanziale è l'amministrazione che ha speso la *potestà sanzionatoria* in sede procedimentale, la quale è chiamata a dare prova[129] del corretto esercizio di detta *potestà* e della sussistenza di tutti i fatti costitutivi della situazione giuridica soggettiva di *responsabilità*. All'esito del processo, il giudice è chiamato a pronunciarsi sul corretto esplicarsi del rapporto e, in caso di accertamento positivo, a confermare la *decisione di condanna*.

Se le affermazioni che precedono non dovessero apparire del tutto peregrine, si potrebbe allora accedere a una ricostruzione del rapporto sanzionatorio amministrativo in cui le situazioni giuridiche soggettive sostanziali enucleate risultino pienamente compatibili con il carattere afflittivo della sanzione amministrativa, circostanza questa che non parrebbe potersi pianamente riscontrare ove al privato dovessero riconoscersi, secondo il tradizionale impianto dogmatico, di volta in volta diritti soggettivi o interessi legittimi.

L'emergere della dimensione sostanziale (*rectius* non procedurale) del rapporto sanzionatorio amministrativo pare avere ricadute significative ai fini della valutazione di rispondenza degli *standard* sindacatori alle effettive esigenze di garanzia dell'incolpato, sanzionato all'esito del procedimento sanzionatorio amministrativo, con particolare riferimento all'attuale assetto della giurisdizione

---

128 Il fenomeno non è certo eccentrico rispetto al diritto processuale. Si pensi, ad esempio, al caso della opposizione a decreto ingiuntivo di cui all'art. 645 c.p.c.

129 Con il diverso *standard* probatorio del "più probabile che non". Sullo *standard* probatorio nel giudizio amministrativo v. F. Fracchia – M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, p. 1125 ss. Sul principio della presunzione di innocenza rispetto alla potestà punitiva amministrativa v. S. Terracciano, *Le sanzioni amministrative a tutela degli interessi pubblici procedimentali*, cit., p. 226 ss. Tale principio pare essere particolarmente valorizzato da un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa. Cfr. Cons. St., Sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570.

amministrativa.

Il processo giurisdizionale avviato su iniziativa del sanzionato, infatti, ha ad oggetto (deve avere ad oggetto) tanto il piano sostanziale della responsabilità dell'incolpato, quanto quello procedurale "di primo grado", costituito dal procedimento sanzionatorio.

Ora, se con riferimento alla giurisdizione ordinaria non paiono porsi particolari questioni[130], più problematica è la situazione nel giudizio amministrativo. In tale plesso giurisdizionale, infatti, il giudice sembra rimanere legato al proprio schema ideologico-processuale, sindacando il modo in cui l'amministrazione ha esercitato la potestà, concentrandosi sul contenuto dell'atto sanzionatorio. Il giudice amministrativo manifesta, così, non poche «*remore, nonostante la chiara disposizione del codice processuale sui poteri spettantigli nella giurisdizione estesa al merito, a sostituirsi pienamente all'amministrazione*»[131].

Occorre allora domandarsi se il sistema di riparto attualmente congegnato non debba essere rivisto – non già sulla base della conformazione della situazione giuridica sostanziale dell'incolpato che, come detto, non è qualificabile come diritto o come interesse, quanto piuttosto – per garantire ai soggetti sanzionati l'accesso a un giudice astrattamente munito di sufficienti poteri di sindacato, oltre che culturalmente e ideologicamente disposto ad esercitarli.

L'interrogativo si impone con particolare urgenza se sol si pensi che al giudice amministrativo è attribuita la giurisdizione su sanzioni di afflittività tale da non potersi dubitare della loro qualificazione in termini sostanzialmente penali, alla luce dell'art. 6 CEDU e della nota giurisprudenza convenzionale formatasi sul punto.

---

130 Cfr. F.G. Scoca, *Il punto sulla nozione*, cit., pp. 53-54.

131 F.G. Scoca, *op. ult. cit.*, p. 54-55. L'A. conclude il ragionamento osservando che «*Il giudizio amministrativo, come concepito dal giudice cui è affidato (e non – si badi – come disciplinato per legge), è strutturato in modo tale da non assicurare, (non solo) nelle controversie sulle sanzioni, piena tutela al soggetto privato (sanzionato)*».

Ruben Aparo Migneco
abilitato all'esercizio della professione forense
Collaboratore della cattedra di diritto amministrativo e pubblico, Dipartimento di Economia e Impresa, Università di Catania
aparoruben@gmail.com

Nota a Consiglio di Stato – Sezione Terza

Sentenza n. 7839/2025 del 07.10.2025

Council of State – Third Section

Judgment no. 7839/2025 of 07.10.2025

Sintesi

Il contributo esamina la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 03857/2025 in materia di Centri di Permanenza per il Rimpatrio (CPR), con cui è stato accolto l'appello di ASGI e Cittadinanzattiva APS avverso il decreto ministeriale di approvazione del capitolato d'appalto per la gestione dei centri. L'analisi si concentra sulle carenze del capitolato in tema di assistenza sanitaria e tutela delle persone vulnerabili, in particolare con riferimento alle patologie psichiatriche, al trattamento farmacologico e alla prevenzione del rischio suicidario. Centrale nella decisione risulta il riconoscimento del difetto di istruttoria, derivante dal mancato coinvolgimento delle amministrazioni competenti e dell'Autorità garante dei diritti delle persone private della libertà personale. La pronuncia è inquadrata nel più ampio contesto della detenzione amministrativa degli stranieri, mettendo in luce le criticità sistemiche della disciplina vigente e il difficile bilanciamento tra discrezionalità amministrativa e garanzie costituzionali, in particolare in relazione agli artt. 13 e 32 Cost.

Abstract

This contribution examines the recent judgment of the Italian Council of State (No. 03857/2025) concerning the Centres for Repatriation (CPRs). The judgment upheld the appeal brought by ASGI and Cittadinanzattiva APS against the ministerial decree approving the tender specifications for the management of the-

se centres. The analysis focuses on the shortcomings of the specifications regarding healthcare provision and the protection of vulnerable persons, particularly concerning psychiatric conditions, pharmacological treatment, and suicide prevention. Central to the decision is the finding of a defective administrative investigation, resulting from the lack of involvement of the competent health authorities and the National Guarantor for the Rights of Persons Deprived of Liberty. The judgment is situated within the broader framework of administrative detention of foreign nationals, highlighting systemic deficiencies in the current regulatory regime and the difficult balance between administrative discretion and constitutional guarantees, particularly with respect to Articles 13 and 32 of the Italian Constitution.

PAROLE CHIAVE**:** detenzione amministrativa; Centri di Permanenza per il Rimpatrio (CPR); difetto di istruttoria; capitolato d'appalto; diritto alla salute; discrezionalità amministrativa.

KEYWORDS**:** administrative detention; Centres for Return (CPRs); failure of administrative investigation; public procurement and tender specifications; right to health, administrative discretion.

INDICE: 1. I fatti di causa. – 2. I motivi di appello. – 3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato. – 3.1 Il difetto di istruttoria. – 3.2 Il parametro normativo della detenzione penitenziaria. – 4. Le questioni rilevanti – 4.1 Normalizzare l'eccezione: il provvedimento dell'Autorità di pubblica sicurezza. La disciplina della detenzione amministrativa – 4.2 La tutela della salute dello straniero trattenuto – 4.3 La prassi delle modalità di gestione dell'assistenza sanitaria – 4.4 La crisi della garanzia dei diritti – 4.5 Conclusioni.

1. I fatti di causa

Appare necessario, preliminarmente, vagliare i fatti di causa che hanno motivato l'appello e su cui si basano le doglianze delle parti.

L'ASGI – Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione e Cittadinanzattiva Aps impugnavano innanzi al TAR Lazio, il Decreto del Ministro dell'Interno del 4 marzo 2024, con il quale veniva approvato lo schema di capitolato d'appalto per la gestione e il funzionamento dei Centri di Permanenza e per il Rimpatrio (CPR). In particolare, i ricorrenti contestavamo le disposizioni relative all'assistenza sanitaria e al personale medico-sanitario nei CPR, sostenendone l'inadeguatezza relativa alla tutela dei soggetti a vulnerabilità psichiatrica o sottoposte a trattamento farmacologico. Ebbene, le associazioni denunciavano la presunta violazione di norme costituzionali (art. 13 e 32 Cost.), primarie e interna-

zionali, rispetto alle previsioni sul monte ore del personale medico, alle assenti procedure di osservazione all'ingresso, alla mancanza di strumentazione salvavita e di un piano antisuicidiario. Inoltre, i ricorrenti lamentavano la mancata applicazione degli standard previsti dall'ordinamento penitenziario. Ulteriormente, le associazioni ricorrenti denunciavano i vizi del provvedimento per eccesso di potere, per illogicità e per difetto di istruttoria. In particolare, il TAR Lazio, riteneva il ricorso non meritevole di accoglimento, ritenendo il provvedimento impugnato in linea con la normativa vigente, sia relativamente al monte ore del personale medico – razionalizzato in proporzione alla capienza della struttura, e fronteggiato da una presenza infermieristica costante – sia con riguardo alle procedure di osservazione e presa in carico, essendo prevista una visita di primo ingresso anche in orario notturno e la compilazione di una scheda sanitaria aggiornata per ciascun ospite.

Dunque, il giudice di prime cure riteneva le scelte dell'Amministrazione conformi alle pertinenti normative e frutto dell'ampia discrezionalità ministeriale. Altresì privo di fondamento veniva ritenuto il motivo relativo alla carenza di istruttoria.

2. I motivi di appello

L'ASGI e Cittadinanzattiva APS proponevano appello avverso la sentenza del TAR Lazio.

Gli appellanti evidenziavano le peculiarità della cd. "detenzione amministrativa" nei CPR, affidata alla gestione di enti privati, il cui operato, per l'appunto, trova disciplina nel contratto. Così, le associazioni ritenevano l'errore del TAR nell'aver travisato il *focus* del ricorso. In particolare, l'inadeguatezza del capitolato si evidenziava, alla luce dei dati raccolti e dai pareri istituzionali, in relazione all'assistenza sanitaria delle persone trattenute, con particolare riguardo alle categorie vulnerabili. Il capitolato, difatti, non forniva una regola vincolante contenente uno standard unitario di gestione per i privati aggiudicatari, delegando di fatto la gestione e la formulazione delle regole ai privati stessi.

In particolare, occorre sottolineare che il capitolato *de quo*, nel disciplinare il servizio di assistenza sanitaria, si limita ad enunciare l'accesso alle prestazioni del SSN per tutti i migranti ospiti, senza determinarne effettive modalità e garanzie,

se non – unicamente – nell'assicurare la visita medica d'ingresso. Sul punto, nemmeno l'allegato 7-bis dello stesso capitolato d'appalto, relativo alle specifiche tecniche dei centri, sembra colmare le citate carenze. Difatti, la lett. B) dell'allegato in questione - oltre ribadire la garantita visita medica d'ingresso e gli interventi di primo soccorso - si limita ad assicurare la presenza di un "*presidio fisso al fine di adottare, in caso di necessità, le misure di profilassi, sorveglianza e soccorso sanitario e disporre il trasferimento del migrante presso le strutture ospedaliere sotto il coordinamento della centrale operativa 118"* e l'ausilio di mediatori culturali per garantire una corretta condivisione delle informazioni durante le visite mediche. In ultimo, a titolo esemplificativo, viene specificato un elenco di materiale e strumentazione necessaria alla garanzia del servizio, la cui dotazione viene assicurata dall'ente gestore (tra questi: termometri, fonendoscopio, martelletto per riflessi, set per suture, carrello per le emergenze). Dunque, proprio l'assenza di precise indicazioni in termini di modalità, garanzie, e soprattutto di tutela di soggetti vulnerabili, sembra demandare il tema del diritto alla salute alla quasi totale determinazione in sede contrattuale.

Secondo le associazioni appellanti il TAR non aveva tenuto in considerazione le peculiarità della permanenza nei CPR e le conseguenti cautele necessarie, soprattutto alla luce dell'elevata incidenza di patologie psichiatriche, l'uso di psicofarmaci ed eventi suicidari.

In relazione alla carenza di istruttoria, le parti appellanti evidenziavano che il Ministero aveva omesso di coinvolgere soggetti istituzionali con competenze specifiche in materia di salute e detenzione. Inoltre, nemmeno i dati raccolti erano stati presi in considerazione.

3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato ha ritenuto fondate le preoccupazioni delle associazioni appellanti, accogliendo due dei motivi di appello. Un ruolo fondamentale, nell'analisi effettuata dal Collegio, viene assunto dal "*Documenti di sintesi sui CPR, anche alla luce delle attività di monitoraggio realizzata dai garanti territoriali nell'esercizio della delega di visita loro conferita dal Garante nazionale nel periodo gennaio-marzo 2023*" redatto dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale il 26 aprile 2023, e dal quale si evincono le diver-

se criticità in tema di vulnerabilità psichiatriche e di trattamenti farmacologici. Si constata in sentenza, allo stesso tempo, che i contenuti del predetto documento non sono stati presi in considerazione dal Ministero in fase di istruttoria. Per il giudice d'appello, trascurare le valutazioni in tema di vulnerabilità psichiatriche e di trattamenti farmacologici influisce in maniera particolarmente impattante sul diritto alla salute degli stranieri. Difatti, si prende atto che le verifiche sanitarie dei nuovi giunti sono perlopiù limitate all'accertamento dell'assenza di malattie infettive. Assetto, quest'ultimo, che si scontra con la realtà statistica dei migranti trattenuti, pregna di situazioni problematiche in punto di tossicodipendenza e psicopatie. Eppure, proprio le predette vulnerabilità non trovano un trattamento adeguato nelle strutture detentive. A ciò si aggiunga la persistente scarsa coordinazione tra le strutture interne ai CPR e il SSN.

Analoghe considerazioni possono effettuarsi in tema di atti di autolesionismo e rischio suicidario. Difatti, il documento del Garante nazionale indica l'anacronistica assenza di protocolli o interventi di prevenzione del rischio, alla luce dei numerosissimi episodi di autolesionismo.

Il Consiglio di Stato, inoltre, ha ritenuto che le gravi e critiche condizioni di trattamento dei detenuti stranieri nei CPR fossero già da configurare come illeciti anche del quadro normativo vigente, seppur di rango secondario e di natura amministrativa. Difatti, viste le persistenti e difficilmente contestabili criticità rilevate nei CPR, il collegio distingue il piano dell'insufficienza della normativa primaria e delle eventuali lacune o inadeguatezze della direttiva del Ministro dell'Interno del 19.05.2022 (non oggetto di impugnazione), da quello dei presunti vizi delle parti dello schema del capitolato, oggetto di impugnazione. Pertanto, le censure delle associazioni appellanti, per il Consiglio di Stato, "*devono essere esaminate esclusivamente con riferimento a possibili contrasti del capitolato con la normativa di riferimento, con la direttiva ministeriale del 2022 o per ciò che riguarda le modalità di esercizio della discrezionalità amministrativa*". Il Collegio, pur ammettendo l'impossibilità per il giudice di sostituirsi alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione, coglie delle discrepanze del capitolato oggetto di impugnazione dalla direttiva ministeriale, pressoché coincidenti con le denunce delle associazioni ricorrenti e stigmatizzate dal Garante nazionale.

In particolare, il Collegio si sofferma sulle disposizioni di cui all'art. 3, co. 4, 6 e 7 e all'art. 4, co. 2, lett. p). La prima disposizione in tema di osservazione sanitaria, incompatibilità con la vita detentiva, diritto della persona di ricevere copia della propria scheda sanitaria, e dovere di trasmissione delle relazioni del servizio socio-sanitario all'A.G. e alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale. La seconda disposizione sul dovere di tenuta di un registro per le annotazioni degli atti di autolesionismo e suicidari, nonché i colloqui con i servizi di informazione legale, assistenza sociale e psicologica.

3.1. Il difetto di istruttoria

Il Consiglio di Stato ha ritenuto meritevole di accoglimento il motivo di appello relativo al difetto di istruttoria, rendendosi evidente la necessità - in un tema tanto delicato – del supporto di tutte le Amministrazioni con competenze sul tema affrontato. Sul punto, si fa riferimento al *Tavolo di coordinamento nazionale insediato presso il Ministero dell'Interno – Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazion*e, di cui l'art. 12, co. 2, d.lgs. 142/2015 richiede che ne siano acquisite le valutazioni sul capitolato. Il Tavolo *de quo* è composto da rappresentanti del Ministero dell'Interno, del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, delle Regioni, dell'Unione delle province d'Italia (UPI) e dell'ANCI. Il predetto tavolo, inoltre, è integrato da un rappresentante del Ministro delegato alle pari opportunità, un rappresentante dell'Alto Commissariato dell'UNHCR, un rappresentante della Commissione nazionale per il diritto di asilo, quando si tratti di programmazione di misure di integrazione degli stranieri e, "*a seconda delle materie trattate, con rappresentanti delle altre amministrazioni o altri soggetti interessati*". Proprio quest'ultima formula, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata e sistematica, ha indotto il Collegio a ritenere, per il caso di specie, la necessità di integrazione del Tavolo del contributo conoscitivo del Ministero della Salute e del Garante nazionale delle persone private della libertà personale. Il primo, sul punto delle valutazioni delle esigenze legate all'assistenza sanitaria; il secondo, quale Autorità indipendente competente per la vigilanza sul rispetto dei diritti nei centri per stranieri. Ebbene, risulta nel caso *de quo* che non vi sia stato il coinvolgimento – necessario - delle predette Amministrazioni.

3.2. Il parametro normativo della detenzione penitenziaria

Il Consiglio di Stato ha escluso la possibilità di utilizzare la normativa penitenziaria quale parametro di disciplina dei CPR. Dunque, mancando una specifica scelta legislativa in tal senso, deve ammettersi il permanere di una sfera di discrezionalità amministrativa. Tuttavia, a opinione del Collegio, pur non sussistendo l'obbligo di riprodurre nei centri per stranieri le disposizioni dell'ordinamento penitenziario, queste ultime possono essere utilizzate come "stella polare" al fine di innalzare gli standard di assistenza sanitaria e psicologica. Difatti, l'applicazione della normativa sull'ordinamento penitenziario rischierebbe – equivocamente – di equiparare la condizione dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione con lo stato del cittadino destinatario di una sentenza penale di condanna. Conseguentemente, in alcun modo potrebbe ipotizzarsi di rendere lo straniero trattenuto destinatario di una disciplina seppur volta alla risocializzazione, comunque pregna di istituti ontologicamente afflittivi.

4. Le questioni rilevanti

Di particolare rilevanza appaiono le questioni attinenti alla gestione della cd. detenzione amministrativa, tema oggetto di attenzione nel recente dibattito giurisprudenziale.

4.1. Normalizzare l'eccezione: il provvedimento dell'Autorità di pubblica sicurezza. La disciplina della detenzione amministrativa

Il fenomeno è disciplinato dall'art. 14 del Testo Unico sull'Immigrazione (d.lgs. n. 286 del 1998), che conferisce al Questore il potere di disporre il trattenimento dello straniero, per il tempo strettamente necessario all'esecuzione dell'espulsione, presso il centro di permanenza per i rimpatri più vicino. Il provvedimento questorile deve essere ancorato all'impossibilità di eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento. Dunque, accertata la sussistenza dei presupposti per il trattenimento, il Questore trasmette copia degli atti al giudice di pace territorialmente competente per la convalida, che deve avvenire senza ritardo e comunque entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento. Ebbene,

nonostante lo stesso articolo 14 del TUI, al comma 1 *bis*, preveda delle misure alternative al trattenimento, quali la consegna del passaporto, l'obbligo di dimora e l'obbligo di presentazione alla forza pubblica, la misura della detenzione amministrativa rimane - nella prassi - la più ricorsa. Da ultimo, il Nuovo patto sull'immigrazione e l'asilo (direttiva UE 2024/1346) ha esteso la possibilità di trattenere un richiedente asilo, anche nel contesto della decisione relativa alla procedura di frontiera, e dunque sul diritto di entrare nel territorio.

In relazione ai poteri attribuiti al Questore, giova evidenziare il lapalissiano stravolgimento della garanzia costituzionale di cui all'art. 13, ove la privazione della libertà personale – in ossequio al principio di doppia riserva – è di norma affidata alla decisione dell'autorità giurisdizionale, lasciando alla autorità amministrativa di pubblica sicurezza solo la gestione eccezionale dei casi di necessità e urgenza. Contrariamente, la normativa di cui al TUI attribuisce al procedimento eccezionale di privazione della libertà personale, natura di procedimento ordinario *ad hoc*.

È lo stesso art. 14, al comma secondo, a costituire l'unica fonte di rango primario in tema di modalità della privazione della libertà *de qua*. In particolare, si dispone che presso il Centro sono assicurati adeguati standard igienico-sanitari e abitativi, con modalità tali da assicurare la necessaria informazione relativa al suo status, l'assistenza e il pieno rispetto della sua dignità. La stessa disposizione rinvia al Prefetto, sentito il Questore, l'adozione delle disposizioni occorrenti per disciplinare le modalità di erogazione dei servizi predisposti per le esigenze fondamentali di cura e assistenza, in attuazione delle disposizioni recate nel decreto di costituzione del centro e delle direttive impartite dal Ministero dell'Interno (art. 21, co. 8, DPR. n. 394 del 1999). Ad oggi, le predette direttive sono disciplinate del Decreto del Ministro dell'Interno del 19 maggio 2022, c.d. "direttiva Lamorgese", recante criteri per l'organizzazione dei centri di permanenza.

4.2. La tutela della salute dello straniero trattenuto

La c.d. direttiva Lamorgese assicura allo straniero la necessaria assistenza ed il pieno rispetto dei diritti fondamentali della persona, anche in considerazione – tra le altre – del suo stato di salute fisica e psichica e della presenza di esigenze particolari o vulnerabilità (art. 1). Sul punto, si prevede che lo straniero che accede al

Centro, deve – su richiesta del Questore - essere sottoposto preventivamente a visita medica da parte del medico della ASL o dell'azienda ospedaliera al fine di accertare l'assenza di patologie evidenti che rendano incompatibile l'ingresso e la permanenza del medesimo nella struttura. Tra queste devono essere considerate le malattie contagiose e pericolose per la comunità, disturbi psichiatrici, patologie acute o cronico degenerative che non possano ricevere le cure adeguate in comunità ristrette. Nel caso in cui lo straniero abbia fatto accesso al centro senza aver effettuato la predetta visita, la stessa deve essere effettuata entro 24 ore dall'ingresso nel CPR. Successivamente all'ingresso nel CPR, lo straniero è sottoposto allo *screening* medico da parte del medico responsabile della struttura sanitaria presente nel Centro per la valutazione complessiva dello stato di salute. Quest'ultimo, in presenza di elementi che possano determinare l'incompatibilità di permanenza può richiedere che venga disposta una nuova valutazione da parte della ASL o dell'azienda ospedaliera. Ogni Centro è dotato di un presidio sanitario, cui è assicurata la presenza di personale medico e paramedico, quest'ultimo per 24 ore al giorno, compresi i giorni festivi. A provvedere alla nomina del medico responsabile del presidio ed individuare il personale paramedico è l'Ente Gestore, in conformità alle prescrizioni del capitolato d'appalto. Inoltre, in tema di salute mentale, la direttiva precisa che i colloqui relativi all'assistenza sociopsicologica vengano svolti tutelando la riservatezza dell'utente (art. 3).

Degno di rilievo è il Rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT) relativo alla visita *ad hoc* del 2024 in Italia[1]. Il CPT ha esaminato il trattamento e le condizioni di accoglienza dei cittadini stranieri in quattro CPR. Ebbene, il quadro ricostruito dal CPT non appare - in alcun caso - rassicurante rispetto agli standard di garanzia dei diritti fondamentali delle persone trattenute. In particolare, il rapporto descrive vari casi di maltrattamenti fisici ai danni degli stranieri trattenuti e un eccessivo uso della forza da parte del personale di custodia. A queste condotte, secondo il CPT seguirebbe l'assenza di un monitoraggio rigoroso di tali interventi e la mancanza di un'accurata registrazione delle lesioni subite. Altresì critica, e altamente preoccupante, appare la riscontrata pratica della diffusa somministra-

1 https://www.coe.int/it/web/portal/-/anti-torture-committee-publishes-report-on-ad-hoc-visit-to-italy

zione di psicofarmaci non prescritti alla popolazione, quale strumento di mantenimento dell'ordine e della sicurezza. Un attento monito del CPT è diretto al miglioramento dell'erogazione dell'assistenza sanitaria fornita all'interno dei centri. In particolare, si riscontra che il sistema di certificazione dell'idoneità alla vita in comunità (che nella prassi dell'esecuzione penale prende il nome di c.d. *compatibilità carceraria*), dovrebbe essere rivisto per garantire il coinvolgimento di sanitari con esperienza e specifica conoscenza delle condizioni di vita negli ambienti di custodia. Inoltre, lo stesso CPT auspicava un miglioramento dello *screening* medico al momento dell'ammissione delle persone trattenute, il rafforzamento dell'interfaccia tra il personale medico degli enti gestori e le autorità sanitarie nazionali, e l'adozione di protocolli clinici per la prevenzione del suicidio e la gestione degli scioperi della fame. Sul punto dell'assistenza sanitaria e con uno sguardo particolare alla cura e all'assistenza al benessere mentale, occorre evidenziare che il Comitato ha raccomandato di rimuovere gli elementi carcerari e di garantire un'adeguata manutenzione delle infrastrutture, con particolare attenzione ai servizi igienici nei moduli alloggiativi, altresì auspicando un miglioramento della qualità del cibo fornito e della dotazione di articoli da *toilette* e cuscini. Con ogni evidenza, queste ultime valutazioni, pur non riguardando direttamente l'assistenza sanitaria, assumono un rilievo fondamentale in punto di prevenzione allo sviluppo di vulnerabilità psichiatriche e, conseguentemente, di contenimento di fenomeni suicidari e autolesivi. Inoltre, occorre considerare che se lo straniero irregolare necessita di psicofarmaci, per ciò solo dovrebbe non essere considerato idoneo al trattenimento. Mentre, se le patologie psichiatriche si manifestano durante la detenzione amministrativa, allora questo potrebbe porsi come motivo di rilascio e di trasferimento presso un'idonea struttura sanitaria. Lo scenario *de quo*, così come delineato, descrive una prassi amministrativa e un assetto organizzativo dei CPR non in grado di garantire la tutela del diritto alla salute sancito dall'art. 32 Cost.[2]

Assumono particolare rilevanza tutte le attività, definite "trattamentali" in ambito penitenziario, ma di portata evidentemente non rieducativa in ambito di

2 Alessandra Mazzola, *La tutela della salute mentale nei Centri di permanenza per i rimpatri*, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, Speciale Issue 2/2025

detenzione amministrativa, improntate ad evitare che i trattenuti siano di fatto "depositati" nei centri senza la possibilità di poter usufruire di momenti ricreativi. Appare evidente, che la privazione della libertà personale segna un momento particolarmente importante, e allo stesso tempo di vulnerabilità, destinato a scandire definitivamente l'esistenza della persona. Pertanto, una gestione inadeguata delle attività – unitamente alle peculiarità architettoniche delle strutture *de quibus* – è giocoforza destinata a costituire un *patitum* con potenziali effetti irreversibili sul benessere psichico dei trattenuti, già destinati al patimento dovuto alla lontananza dal proprio centro di interesse, e alla possibilità di esplicazione della propria personalità. Anche in questo caso, il CPT ha auspicato un'offerta più adeguata di attività mirate, soprattutto alla luce del prolungato periodo di trattenimento. Ad ogni modo, anche la stessa c.d. "direttiva Lamorgese", prevede che il gestore debba organizzare le attività ricreative, sociali e religiose in modo da consentirne la più ampia fruizione giornaliera, con l'utilizzo di spazi appositamente dedicati, quali, ad esempio, campi da calcio.

Analoghe preoccupazioni sono state prospettate dal Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale nel "*Documento di sintesi sui CPR, anche alla luce dell'attività di monitoraggio realizzata dai Garanti territoriali nell'esercizio della delega di visita loro conferita dal Garante nazionale nel periodo gennaio – marzo 2023*[3]". Il Garante ha sottolineato la persistenza di una "normazione debole" in tema di trattenimento amministrativo fortemente impattante sul sistema di garanzia dei diritti fondamentali, richiamando alla sensibilità del legislatore per un ripensamento del sistema, anche finalizzato ad evitare disparità di gestione tra i Centri collocati nel territorio nazionale. Lo stesso modello di gestione dei CPR è oggetto di particolari critiche da parte del Garante, che lo definisce quale "*risultante di un meccanismo di ibridazione*". Difatti, da una parte, il versante della sicurezza interna e dei rimpatri è affidata alla mano pubblica, dall'altra, la gestione materiale è affidata ai privati, con il risultato di importanti ricadute sulla qualità della *governance* complessiva, soprattutto alla luce dei conflitti tra esigenze di sicurezza e la possibilità – prevista dalla stessa direttiva

3 https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/page/it/documento_di_sintesi_sui_cpr_e_sul_centro_di_prima_accoglienza_di_isola_di_capo_rizzuto?contentId=RPT15448, pag. 2 e ss.

Lamorgese – di prevedere attività ricreative. Proprio sul punto, come già sottolineato, l'assenza di attività, e dunque, l'ozio forzato cui sono destinatari i trattenuti incide profondamente sulla qualità della vita detentiva. Sul punto, non è inutile soffermarsi sulla definizione di salute mentale, fornita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, per la quale come quello "stato di benessere" che consente alla persona di "realizzarsi" perché, consapevole delle proprie capacità riesce ad "affrontare le normali difficoltà della vita, lavorare in modo utile e produttivo" apportando "un contributo alla comunità della quale è parte attiva e responsabile"[4]. E difatti, numerosi studi scientifici hanno dimostrato che non può esserci salute senza quella mentale. Eppure, nonostante ciò, gli ordinamenti giuridici contemporanei non dedicano alla salute mentale la stessa attenzione riservata a quella fisica, né nelle scelte politiche, né nella destinazione delle risorse[5].

4.3. La prassi delle modalità di gestione dell'assistenza sanitaria

In punto di tutela della salute, è cruciale soffermarsi sulla gestione dell'assistenza sanitaria. Quest'ultima è affidata all'Ente gestore del CPR e non al Servizio Sanitario nazionale, cui compete esclusivamente l'accertamento preliminare delle condizioni di salute dei cittadini stranieri. Questo assetto pone particolari problematiche in tema di accertamenti periodici dello stato di salute della persona, che nella prassi si limita al riscontro dell'assenza di malattie infettive, omettendo la non marginale problematicità legata al monitoraggio delle vulnerabilità psichiatriche. Così, difatti, lasciando carta morta le linee direttive espresse dalla direttiva Lamorgese sul punto. Dunque, si pone in termini – quanto più – di necessità il raccordo tra i presidi sanitari privati dei CPR e il SSN. Ciò alla luce della cospicua presenza di soggetti stranieri interessati da tossicodipendenze, problemi psichici e altre forme di disagio sociale, che giocoforza richiederebbero l'intervento di profili di professionalità specializzate strutturate presso le Aziende Sanitarie

4 ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ, *Strengthening mental health promotion*, Ginevra, 2001. *AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION*, Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali, DSM-V, ed. it., Milano, 2014, 22 definisce il disturbo mentale come «una sindrome caratterizzata da un'alterazione clinicamente significativa della sfera cognitiva, della regolazione delle emozioni o del comportamento di un individuo, che riflette una disfunzione nei processi psicologici, biologici o evolutivi che sottendono il funzionamento mentale»

5 Cfr. Alessandra Mazzola.

Locali. L'assenza di raccordo tra i presidi sanitari locali e il SSN è tangibilmente riscontrabile, come documentato dal Garante Nazionale[6], in materia di trasmissione di documentazione sanitaria tra le strutture che avevano in carico lo straniero prima del suo trattenimento e il centro di detenzione, con la conseguenza che il Centro si pone in una posizione di ignoranza rispetto alle vicende cliniche della persona trattenuta. Sotto questo profilo, in conclusione, si dovrebbe auspicare la sottoscrizione di Convenzione tra le Prefetture e le Aziende sanitarie territoriali, volte alla realizzazione di concrete collaborazioni tra i presidi sanitari dei CPR e l'Autorità Sanitaria pubblica.

La problematica *de qua* si intende ancor meglio se si fa riferimento alla riscontrata assenza di personale sanitario sfornito di competenze specifiche in medicina delle migrazioni, soprattutto alla luce dell'elevato fenomeno suicidario e autolesionistico. Ancora una volta, dunque, parrebbe opportuna la sottoscrizione di protocolli di collaborazione tra le Autorità competenti, volti alla prevenzione del rischio suicidario e autolesivo, finalizzati all'individuazione tempestiva di indicatori di vulnerabilità e all'adeguata presa in carico dei soggetti in tal senso monitorati[7].

Inoltre, gli enti gestori dei Centri procedono all'assunzione del personale sanitario mediante contratti di libera professione, senza un'adeguata valutazione della formazione della pregressa esperienza lavorativa con le persone detenute, e senza assunzione di personale psichiatrico. Pertanto, lo *status* di migrante non è posto nella condizione di essere considerato quale "determinante sanitario", capa-

---

6 https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/page/it/documento_di_sintesi_sui_cpr_e_sul_centro_di_prima_accoglienza_di_isola_di_capo_rizzuto?contentId=RPT15448, pag. 9 e ss.

7 Documento di riepilogo al *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 2 to 12 April 2024*, (https://rm.coe.int/1680b2c7e9), che in particolare sottolinea che "*il rapporto indica che debba essere migliorata l'erogazione dell'assistenza sanitaria fornita ai cittadini stranieri trattenuti nei CPR. L'attuale sistema di certificazione dell'idoneità alla vita in comunità da parte del personale medico delle autorità sanitarie nazionali dovrebbe essere rivisto per garantire che siano coinvolti medici con previa esperienza e conoscenza specifica delle condizioni di vita in un ambiente di custodia detentiva. Il CPT ritiene inoltre che debba essere migliorato lo screening medico al momento dell'ammissione delle persone trattenute in un CPR, che la pratica della somministrazione diffusa di psicofarmaci venga rivista, che l'interfaccia tra il personale medico degli enti gestori e le autorità sanitarie nazionali debba essere rafforzata e che vengano adottati protocolli clinici per la prevenzione del suicidio e la gestione degli scioperi della fame.*"

ce di aggravare patologie preesistenti o di favorire l'insorgenza di disturbi psichici[8].

4.4. La crisi della garanzia dei diritti

Con ogni evidenza, il sistema della detenzione amministrativa degli stranieri presenta delle profonde criticità in ordine alla tutela e alla garanzia dei diritti fondamentali. Difatti, se è pur vero che l'ipotesi detentiva (non afflittiva) per l'esecuzione delle espulsioni si rende in determinate condizioni indispensabile; se è pur vero che lo stato detentivo (penale o amministrativo) è naturalmente e ontologicamente connesso alle limitazioni di talune libertà, è però vero (anche) che la predetta condizione, comunque, non può porsi come situazione liberatoria nei confronti dell'Autorità rispetto agli obblighi di garanzia – quantomeno – dei diritti fondamentali.

La stessa Corte costituzionale ha tenuto a sottolineare che la direttiva 2008/115/CE, al considerando 17 statuisce che "*i cittadini di paesi terzi che sono trattenuti dovrebbero essere trattati in modo umano e dignitoso, nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e in conformità del diritto nazionale e internazionale*". Ancora, la direttiva europea n. 2024/1346, in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, al considerando 26, afferma che il trattenimento deve essere orientato ai "*principi di necessità e proporzionalità per quanto riguarda sia le modalità che le finalità di tale trattenimento*". Successivamente, al considerando 31 statuisce che "(*è) opportuno che i richiedenti che si trovano in stato di trattenimento siano trattati nel pieno rispetto della dignità umana e che la loro accoglienza sia configurata specificatamente per rispondere alle loro esigenze in tale situazione. In particolare, gli Stati membri dovrebbero assicurare l'applicazione dell'art. 24 della Carta e dell'art. 37 della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989*"[9].

A gravare, ulteriormente, sul sistema è la già accertata (ma non dichiarata) illegittimità costituzionale della scelta legislativa, di cui all'art. 14, comma secondo, del TUI, volta ad affidare la gestione della detenzione amministrativa alla normazione secondaria. La questione viene affrontata anche dal Consiglio di Stato

8 Cfr. A. Mazzola

9 Cfr. Corte Costituzionale, n. 96/2025.

nella sentenza che ci occupa. Difatti, il Collegio fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 3 luglio 2025, con la quale si è ritenuta sussistente la violazione del principio di riserva assoluta di legge, ove la disposizione di cui l'art. 14, comma secondo, del TUI non prevede una normativa idonea a definire con precisione i modi della restrizione e i diritti delle persone trattenute. Purtuttavia, in quell'occasione il giudice costituzionale ha dovuto ritenere la questione sollevata (dal Giudice di Pace di Roma) inammissibile, non disponendo la Corte di strumenti all'uopo utilizzabili. In particolare, la Corte costituzionale disponeva di dover dichiarare l'inammissibilità delle questioni sollevate, in quanto gli strumenti del giudizio di legittimità costituzionale non consentono "*di rimediare al difetto di una legge che descriva e disciplini con un sufficiente grado di specificità i "modi" del trattenimento dello straniero presso il CPR, non rinvenendosi nell'ordinamento una soluzione adeguata a colmare la riscontrata lacuna mediante l'espansione di differenti regimi legislativi*". In conseguenza, la Consulta ha rimesso la questione al legislatore, cui spetta il potere di adottare una disciplina adeguata, soprattutto alla luce della centralità della libertà personale nel disegno costituzionale.

Ebbene, la paradossale considerazione sul punto sembrerebbe essere quella per cui dalla pubblicazione in G.U. della sentenza, tutti i trattenimenti nei CPR siano divenuti illegittimi, perché non regolati da una normativa di rango primario. Ebbene, parte della dottrina – criticando la scelta della Consulta – ha ritenuto che l'unico modo per costringere la consulta ad intervenire nuovamente sul punto, magari con una sentenza additiva di principio, possa essere una persistente volontà dell'Autorità Giudiziaria di sollevare la medesima questione di legittimità fino ad un intervento del legislatore[10].

Inoltre, in tema di privazione della libertà personale non può non farsi riferimento all'art. 5 della Convenzione EDU per cui "*ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge*". Inoltre, come affermato dalla Corte di Strasburgo, è essenziale che "*le condizioni di privazione della libertà in virtù del*

10 Antonello Ciervo, *La quarantanovesima ora. Sulla recente giurisprudenza costituzionale in materia di trattenimento amministrativo degli stranieri,* in Osservatorio costituzionale Fasc. 6/2025

diritto interno siano definite chiaramente e che la legge stessa sia prevedibile nella sua applicazione, in modo da soddisfare il criterio di "legittimità" stabilito dalla Convenzione"[11].

Contrariamente, il Consiglio di Stato, nel caso di specie, ha ritenuto di dover tenere distinti il piano dell'insufficienza della normativa primaria e dell'inadeguatezza della normativa secondaria, da quello dei vizi del capitolato oggetto di impugnazione. E sulla scia di tale impostazione ha ritenuto di non sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale (anche) alla luce del breve torno temporale dalla sentenza n. 96/2025 della Consulta.

5. Conclusioni

Se, da un lato, è vero che il legislatore ha demandato - contrariamente a Costituzione come visto - alla fonte secondarie e alla discrezionalità amministrativa l'effettiva regolazione delle modalità della detenzione amministrativa, d'altro lato non può non richiedersi al pubblico potere il necessario rispetto dei principi fondanti dell'ordinamento, ivi compresi i principi di natura europea e convenzionale.

In conclusione, l'odierna pronuncia del Consiglio di Stato si colloca in un contesto segnato da profonde criticità strutturali nella disciplina della detenzione amministrativa degli stranieri irregolari, così come evidenziato dalla recente giurisprudenza costituzionale ed europea. Il giudice amministrativo, pur riconoscendo le carenze derivanti dall'assenza di una normazione di rango primario, in già riconosciuta violazione del dettato costituzionale, individua con chiarezza i limiti invalicabili dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, richiamando l'Amministrazione al rispetto dei principi di legalità, buon andamento e adeguatezza dell'istruttoria. Il difetto di coordinamento interamministrativo e il mancato coinvolgimento delle autorità dotate di competenze tecniche specifiche emergono come elementi sintomatici di una più ampia fragilità del modello di *governance* dei CPR, fondato su un'estesa esternalizzazione della gestione e su una normazione secondaria debole. La decisione conferma, dunque, come anche in assenza di una compiuta disciplina legislativa delle modalità della detenzione am-

11 cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. 15.12.2016, Khalifa e altri c. Italia, § 92

ministrativa, l'azione amministrativa non possa sottrarsi a un controllo rigoroso di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza, specie su materie di diretta incidenza sui diritti inviolabili della persona.

Kamal Yazzif
Doctor on Management Sciences at the Higher School of Technology - Sidi Mohamed Ben Abdellah University of Fez
kamal.yazzif@usmba.ac.ma

Basma El Ouaghlid
Doctor on Management Sciences at the Higher School of Technology - Sidi Mohamed Ben Abdellah University of Fez
Elouaghlidi.basma@yahoo.fr

Ahmed El Badmoussi
Doctor on Sciences juridiques de FSJES -Université Sidi Mohamed Ben Abdellah de Fès
Ahmedelbadmoussi17@gmail.com

Abderrahmane Ouddasser
Teacher-Researcher in Management Sciences at the Ecole Supérieure de Technologie-Université Sidi Mohamed Ben Abdellah of Fez
abderrahmane.ouddasser@usmba.ac.ma

The New public management and its practices: case of the Urban Agencies in Morocco

Abstract

National reforms of prevention mechanisms are being implemented all over the world. The fundamental aim is to improve the effectiveness and efficiency of public services. However, its implementation in the public sector, particularly in developing countries, has been criticized for several reasons, as it weakens the bureaucratic nature of a service-oriented public sector. This study examines NMP practices in Moroccan urban agencies. The literature identifies the NMP as a set of reforms directly linked to the local government reform program implemented in Morocco since 2000. According to the NMP philosophy, Moroccan urban agency authorities seek to apply corporate governance principles to public service delivery to increase productivity, accountability, transparency, and citizen participation in public service delivery. Qualitative data analysis techniques were used to gather relevant information from respondents. Theoretical and empirical analyses were used to gather practical information on the NMP. This result shows that although NMP reforms exist, they are not working effectively in Moroccan urban agencies.

Keywords: New Public Management, public sector, urban agencies, public services, Morocco

INDEX: 1. Introduction. - 2. Theoretical framework and literature review. - 2.1 Origin and Definition of NPM. - 2.2 Principles of New Public Management (NPM). - 3. Moroccan EEP sector. - 4. Fieldwork and research methodology. - 4.1 Field of research: Moroccan Urban Agencies. - 4.1.1 Overview of Urban Agencies. - 5. Mission and attribution. - 5.1. The methodological device. - 6. Presentation and discussions of the results. - 6.1 result. - 6.2 Discussions. - 7. Conclusion.

1. Introduction

New Public Management (NPM) it's becoming clearer and clearer as a broader holistic management reform model of public sector worldwide (Nisar, 2022; Kapucu 2014). New administrative nature relies on adopting private sector techniques toenhance efficiency and improve performance while providing public services. We know that a new administration will trigger a series of reformsto maximize the efficiency of local resources and all spheres of public sector management (Matei and Chesaru 2014). The NPM reforms in urban agencies in Morocco culminate in state changes thatbegan several years ago aspiring toPromote socio-economic development, reduce poverty, and improve the quality, access, and equitable delivery of public services to local populations.

This reform also decentralizes the roles and functions of government and, to this end, positions local governments as strategic leaders and competent coordinators of socio-economic development, i.e. in the delivery of poverty reduction services and interventions. in one, with accountability and transparency. Specialized field. NMP reforms have also been developed and implemented by the government to address issues affecting local government performance.These problems include weak capacity and talent management, lack of leadership and poor board governance, lack of qualified and dedicated staff, a narrow tax base, over-employment, and lack of transparency and accountability in management. This includes revenue shortfalls due to lack of funding. Agency affairs (Pupion, 2021). These problems persist due to a lack of autonomy in local government decision-making and unanticipated and achievable performance gains in service delivery and development efforts through broad public participation. Consequently, these reforms were primarily implemented to overcome these problems, reduce the proportion of Moroccans living in poverty, and contribute to the government's efforts to transform local government into an instrument of socio-economic development (Michel-Clupot & Rouot, 2021).

In addition, it seeks to improve the application of business principles, including the audit process, publication of financial reports in public forums, public access to board financial records, local public hearings and presentations on development projects, and public demand. Financial reports on revenues and expenditures, public meetings, and meetings at all levels of council demonstrate the significant impact of NMP practices within municipal government (LEMOINE, 2023). Despite adopting and implementing NPM practices, agencies face many challenges that prevent them from achieving the desired results.

This study attempts to open a window on management's practices within Moroccan urban agencies, to better understand managerial methods by answering a key question related to NPM practices. Namely: What are the NPM's practices adopted by Moroccan Urban Agencies?

To answer this question, structured interviews were conducted in 20 agencies. A review of practices and a measurement of the degree of adaptation of NPM's practices have provided detailed answers to this question. This paper deals with the appearance, in particular the definition and values of NPM, the specificities of NPM and its evolution in the Moroccan EEP sector, methods, results, and conclusion.

2. Theoretical framework and literature review

Since the 1970s, various changes have taken place in the organization and management of the civil service. In response to the variety of changes that have taken place, Hood (1991) made one of the first references to a new term, 'new public management' (NPM), to refer to the changes. The central theme of this part is to characterize, map, and explain the rise of NPM.

2.1 Origin and Definition of NPM

NMP reforms originated under the auspices of multilateral institutions and have spread rapidly to many developed and developing countries since the 1980s. They emerged as traditional administrations began to emerge around the world. It has proved inefficient and fails to take into account the fundamental environmental factors of business operations (Chappoz4 & Pupion 2012). The well-constructed nature of this model is that it advocates the integration of pri-

vate-sector techniques of efficiency, effectiveness and competitiveness into public-sector restructuring and management. It is a comprehensive public sector reform movement aimed at improving performance through a series of planned changes in public sector structures and processes (Governance 2002; Arora 2003; Ehsan & Naz 2003).

NMP reform involves a shift from traditional public administration to public management practices. The concept stems from the belief that public-sector bureaucracies are broken and need to be repaired through new management models (Savoie 2006). NMP is a term that refers to a set of reforms based on the idea that private-sector management techniques can improve the efficiency, effectiveness and profitability of the public sector (Fatemi and Behmanesh 2012). These methods include the introduction of administrative systems, increased administrative accountability, submission to market mechanisms, and the introduction of quality control methods in the public sector.

Vereijken (2022) describes NMP as the introduction of ideas and techniques, such as results-based accountability and market-oriented management, from the private to the public sector to improve organizational efficiency and responsiveness to the public and improve public spending. as a reduction in public spending. Improving management accountability.

According to Siltala (2013), NMP refers to the transfer of business management techniques and market principles from the private to the public sector to reduce the authority of local and state governments by introducing market discipline into business operations. Similarly, Alam Siddiquee (2010) defines NMP as the application of private sector values and principles to improve the efficiency, effectiveness, and overall performance of the public sector. He also states that NMP is a change in organizational structure, operations, and administrative principles, with fundamental changes focused on results and effectiveness, cost reduction, and operational efficiency and flexibility.

Savoie (2006) points out that this philosophy is based on the belief that private-sector management is superior to public-sector management. The solution, therefore, is to shift government activities towards private-sector management techniques through privatization and outsourcing. Savoie (2006) argues

that the best option for reducing bureaucracy in the conduct of government business is to transfer business management practices to government operations, generate new ways of thinking, and disseminate management techniques; he adds that this means a significant "de-bureaucratization. ". How government works.

According to Hope (2001), NPM's reforms refer to structural and institutional changes aimed at maximizing the efficiency of production and resource allocation. These changes are held back by public agencies that are unresponsive to citizens' demands and run by bureaucrats with the control and incentives to expand their administrative spheres. In a local context, Warioba and Letisia (2010) define NPM as the incorporation of good governance principles such as participation, accountability, transparency, coordination, and decentralization of decision-making approaches in the management of institutions of the public sector, including local authorities, with the aim of achieving efficient delivery of public services. Similarly, many researchers have conducted empirical studies on NPM, showing its importance in bringing efficiency, effectiveness, economy, and tactical approaches to management closer to business methods.

Here we present some of the empirical studies that confirm the existence of NMP as a wave of public sector reform. Dimand (2022) conducted an exploratory study of administrative reform and local public policy performance. His research explains the relationship between local government dependence on state budgets and US regulatory reform of local revenue collection. The study employed a theoretical approach based on the use of information on local government structure and the level of partnership with the private sector. The study revealed that greater involvement of private organizations in local public policy is directly linked to less dependence on the national budget and many local government structures.

Zaharia (2012), in his study entitled "Introducing New Public Management in Swiss Local Government", notes that the introduction of private sector ideas, practices and technical assistance as part of the NMP reform has influenced traditional Swiss. emphasized that the reform of the bureaucratic system was characterized by The current government is strengthening its administration to meet the needs of local communities. This study shows that the NMP has been implemented in most of the country's municipalities. In the case of Switzerland,

the survey revealed that over a third (34.7%) of Swiss municipalities have implemented the New Public Management (NPM) concept. While not all aspects of NPM have been implemented in all governments, some elements of NPM have been implemented in a significant number of cities. Around a quarter (25.3%) of local governments have already taken administrative measures similar to the NPM. The study concludes that new NMP ideas and concepts need to be introduced to remedy the situation and poor performance of Swiss municipalities.

Similarly, Sulle (2011) conducted a study of performance-based management in the public sector. This study shows that the introduction of performance-based management in the public sector is one of the reforms inspired by the NMP. This study examines the extent to which the management of government agencies has succeeded in changing to a results-based NMP approach. The study shows that results-based approaches have been partially introduced in the public sector, with less emphasis on results-based management, and that it continues to be mainly input- and process-based.

Hammerschmid and Van De Walle (2011), in their study entitled "The Impact of New Public Management (NPM): Coordination and Cohesion Challenges in the European Public Sector", provide an overview of the scientific evaluation and impact of the NPM. reform package.

The authors examine two NMP reforms: managerial creativity and innovation, and the changes NMP brings to the role of government and the public. The study concludes that while changes in the role of government and the public remain important, many academic researchers are focusing on managerial innovation in the public sectorand have only been the subject of a review. relatively limited attention in an empirical study.

Lahjouji and El Menzhi, (2018) conducted research on the contribution of NPM in Morocco: from the perspective of local government reforms. Their investigation revealed several problems, including a lack of transparency and accountability among council leaders at all levels, limited local autonomy, a lack of authority to mobilize financial resources, and limited public participation in development projects. This is at the lower level. The study concludes that local government reforms have not yet improved city performance or promoted local

autonomy.

Furthermore, the lack of citizen participation in local planning compromises the ability of local councils to improve the well-being of residents, as envisaged by local government reform.

Although the NPM model has been adopted in many countries around the world, research into its impact on local government management, particularly in Morocco, is not exhaustive. Many studies in Morocco have focused exclusively on analyzing the role, applicability, and impact of NPM in central government institutions and the private sector. Consequently, this study aims to contribute to the existing literature on the implementation of NMP reforms, particularly in urban authorities.

2.2 Principles of New Public Management (NPM)

As noted earlier, New Public Management (NPM) is a major paradigm in the field of public administration (Arora 2003). It evokes images associated with minimal government, de-bureaucratization, decentralization, the market orientation of public services, contracting, privatization, and performance management. These functions contrast sharply with the traditional administrative model, which embodies the dominant role of governmentin service delivery, hierarchical structure of organization, and centralization. Based on rational choice, public choice, and containing elements of total quality management (TQM), new public management (NPM) seeks to offer more efficient mechanisms for the provision of goods and services and for the increased levels of government performance (Kelly 1998).

Table 1: Doctrine of New Public Management (NPM) (Hood, 1995)

Doctrine	Meaning	Justification
Practical professional management of a public organization.	Managers are visible at the top of the organization, and free to manage using their discretion.	Accountability requires a clear assignment of responsibilities, not a diffusion of power.
Explicit	Defined and measurable	Accountability involves clearly stated

standards and performance measures.	objectives and targets as indicators of success.	goals; effectiveness requires a thorough examination of objectives.
The focus is more on the output controls.	Resource allocation and rewards are tied to performance.	Need to focus on results rather than procedures.
Move to unit disaggregation in the public sector.	Corporatized business units, organized by products, with decentralized budgets. The units deal at arm's length with each other;	Make the units manageable; divide supply and production; use contracts or franchises inside and outside the public sector.
Transition to greater competition in the public sector.	Transition to fixed-term contracts and public tender procedures; introduction of market disciplines in the public sector.	Rivalry through competition is the key to lowering costs and raising standards.
Stress on private sector management styles.	Moving away from traditional public service ethics to embrace greater flexibility in pay, hiring, rules, etc.	Need to apply "proven" private sector management tools to the public sector.
Emphasis is placed on greater discipline and economy in the use of public sector resources.	Reduction of direct costs, improvement of work discipline, and limitation of compliance costs for companies.	Need to verify public sector resource demands and do more with less.

Falconer (1997) summarizes these essential characteristics. Those responsible for delivering public services should be proactive managers rather than reactive administrators. The modern public manager must have leeway in decision-making within their area of responsibility. Unlike the traditional public administrator, who operated under established rules and regulations and implemented government policies with little or no discretion and no direct accountability, the public manager is a much more active individual, who has decision-making power over the public service it provides and who is responsible for it.

This is called "practical professional management". Under New Public Management (NPM), management is at the heart of public sector activity, and professional managers are seen as the key to improving public sector performance. Public management embodies the important belief that public sector organizations should increasingly be subject to rigorous "performance measures". This means that these organizations need to pay more attention to what they do (i.e. to the objectives). Subjecting public managers to performance appraisal introduces disciplinary mechanisms that compel public sector bodies to focus on their specific responsibilities and carry out these tasks effectively and efficiently.

New Public Management (NPM) emphasizes reducing the costs of public services while increasing their quality (ie doing more with less). Osborne and Gaebler (1993) identified ten principles that represent an operational definition of NPM.

First, the government has a responsibility to guide the delivery of public services in dealing with matters of public interest. As such, it reflects the idea that the government does not necessarily have to do anything to be responsible for providing this public service. Second, government should be a community and its role is to empower citizens and communities to govern themselves. This notion contrasts with that according to which citizens are mere recipients of public services and do not have to actively engage in the process of defining these services. Indeed, citizens simply need to know that theyare receiving the same service as that provided to other citizens or beneficiaries, so there is no preferential treatment (Miller and Dunn, 2006). Third, competition is considered inherently good because it brings out the best ideas and the most efficient service delivery. Competition can incentivize newly empowered citizens and beneficiaries to crea-

te new and better ways to deliver public goods to themselves and their fellow citizens.

Fourth, the results of government operations have too often been the application of rules that were not necessarily relevant in particular cases. What should guide an agency's activities is the purpose for which it was created, not the rules built around it. Fifthly, public institutions must be evaluated based on the results they achieve. Organizational processes such as budget cycles should focus on assessing the costs and benefits of departmental outcomes, rather than on allocating funds (people, space, resources) between departments. Sixth, the term "customer" is based on the value of choice. Customers should have the right to choose between competing and differentiated approaches to delivering a particular public good. Seventh, bureaucracies obtain resource allocation by demonstrating the public value created by elected officials' investments in particular institutions. From this point of view, government agency departments compete by selling elected officials better public services than those provided by other agencies. The eighth principle concerns the desirability of directing public institutions towards preventing rather than solving public problems. While this particular principle is seen as a critique of bureaucracy in general, we don't wish to pretend that progressive organizations are closely tied to the NMP. The ninth principle aims to maximize the participation of as many people and institutions as possible in the decision-making process. In this sense, it is anti-hierarchical and anti-bureaucratic. It is also anti-uniform in that how a particular public service is delivered depends on the local community of participants deciding how that service will be delivered. The tenth principle concerns the exploitation of market forces and the use of market-based strategies for the provision of public goods. It assumes that there is no one way to deliver public services and that a wide variety of delivery mechanisms are possible.

Although the NPM model has had several incarnations such as managerialism, New Public Management (NPM) (Hood, 1991), market-based public administration, and entrepreneurial government (Osborne & Gaebler, 1993), the premises of basis are the same. This is a major departure from conventional public administration in several respects. For example, Lan and Rosenbloom obser-

ve that the primary goal of the market-based approach to public administration is that public administration can achieve its historical quest for efficiency and responsiveness to the public through competitive market-like practices. Osborne and Gaebler (1993) even called for a change in culture from bureaucratic administration to entrepreneurial administration, as it is both competitive and customer-oriented.

3. Moroccan EEP sector

As in other countries in the world, Morocco has initiated, since the 1980s, a vast program of administrative reforms in response to citizen demands and budgetary constraints (Mkharbcha, & Taouab, 2023). This reform is an important element to facilitate the implementation of the New Public Administration. The main objectives of this reform are to improve the services provided to citizens, to clarify the responsibility of public managers (Facal and Mazouz, 2013), and to streamline the use of resources and instruments. To achieve these goals, it is fundamentally necessary:

1) to redefine the mission of public administration in the light of the new role of the State; 2) to strengthen the decentralization of public administration; 3) to simplify administrative procedures; 4) to improve the transparency and ethics of public life; 5) to modernize the management of human resources in public administration and public administrations; 6) todevelop e-government; 7) to update the national financial system through major reforms based on human resource management.

To do this, Morocco has implemented several structural reforms as part of the modernization of the administration. The first phase, which began in 2001, was marked by the adoption of Organic Law No. 2001-692, aimed at orienting public administration toward results and efficiency and at promoting transparency of information. financial. These tax reforms have led to a change in the culture of public administration from an instrument-based approach to an approach based on results and performance. These reforms have made it possible to rationalize public expenditure and avoid losses for the State budget. Among these reforms, we can cite: The globalization of credits - The strengthening of budgetary deconcentration - The institutionalization of multi-annual budgetary program-

ming through the establishment of a Medium-Term Expenditure Framework - Performance approach: Strategy- Programmes-Objectives–performance indicators - Public expenditure control reform - Partnership: State - Local players.

Phase 2 is part of the implementation of the 2008 finance law. It includes the application of adjusted expenditure controls. It gradually replaced the current controls with controls based on performance measurement. These reforms will strengthen the capacity of authorizing officers and simplify control procedures by setting up internal inspection, control and audit institutions. Finally, the current phase is characterized by the adoption of an organic law on public finances based on the 2011 Constitution, which aims to establish the right of access to information (article 27) and the principle of balance public finance (Article 77). This translates into: - The separation and collaboration of powers - Citizen and participatory democracy - The principles of good governance - The correlation between responsibility and accountability - The decentralization of the territorial organization of the kingdom: regionalization advanced.

4. Fieldwork and research methodology

In order to achieve a good study result and understand the subject, it was necessary to schedule structured interviews.In order to collect research data, and beyond the collection of answers on the interview guide, we familiarized ourselves with the environment in order to assimilate the adoption of NPM practices within urban agencies.

4.1 Field of research: Moroccan Urban Agencies

Our study is carried out with Moroccan urban agencies. Several reasons determined the choice of these agencies as a field of study. First, in recent years, inspired by the principles of New Public Management, Morocco has embarked on a long process of reform and modernization of Public Establishments and Enterprises.

The kingdom has therefore made NPM a lever for managing public affairs.

Second, since the Moroccan economy is integrating into the global economy, Moroccan public authorities and public enterprises are not immune to in-

creasingly intense global competition. In particular, the various dysfunctions and the increase in debt and deficits make it more necessary than ever to replace the logic of means with a logic of management based on results, to improve the performance of these public institutions.

4.1.1 Overview of Urban Agencies

The Urban Agencies were born in the year 1984 (Casablanca Urban Agency - Dahir carrying law n° 1-84-188 of 13 Moharrem 1405 [October 9, 1984] relating to the Casablanca Urban Agency) and have began to become widespread in 1993 (Dahir carrying law n° 1-93-51 of 22 rebia I 1414 [10 September 1993]), to meet the needs of the evolution of urban space.

Urban agencies are public bodies with legal personality and financial autonomy, whose territory corresponds to one or more municipalities and/or provinces. The urban agencies are placed under the supervision of the government authority in charge of urban planning, by the powers and qualities conferred on the Minister of Finance by the law and the regulations on public institutions. Urban agencies are also subject to national financial management applicable to public institutions (Law 60-00 on the management of public institutions). The decree creating each civil body determines its territorial jurisdiction and its headquarters. Urban agencies are governed by a board of directors and managed by a director.

5. Mission and attribution

In accordance with law 1-93-51 (22 rebia I 1414) relating to the creation of urban agencies (BO September 15, 1993). Urban agencies are responsible, within the scope of their powers, for:

Carry out the studies necessary for the development of general urban plans and ensure the application of the guidelines defined therein;

Prepare urban planning documents, namely zoning plans, urbanization plans, and development plans;

Control the compliance of subdivisions, land, housing complexes, and constructions with the laws and regulations in force, as well as with the provisions relating to subdivisions, fractional ownership, housing complexes, and buil-

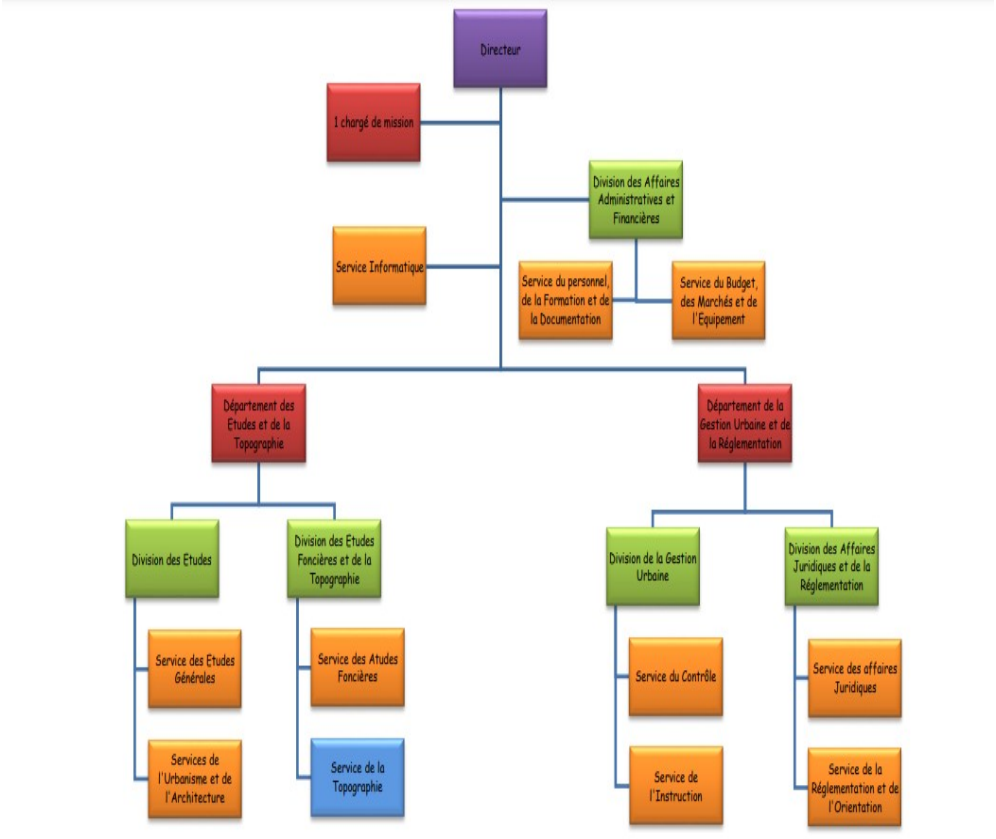
ding permits;

Carry out development projects in specific areas and carry out all municipal or development projects on behalf of the State, local authorities, and other public and private bodies requested, provided that the projects are of a public nature.

Carry out urban regeneration, renovation, and reconstruction projects in areas lacking infrastructure and carry out the studies and real estate acquisitions necessary for these projects.

Provide technical assistance to local authorities in the field of urban planning and development, as well as to public and private entities, upon request, in the context of development activities,

figure 1Organization chart of Urban Agencies



Source: https://www.muat.gov.ma/

5.1. The methodological device

The research method of our study was the interview and the research instrument used in this regard was the semi-structured interview. We considered this method to be appropriate, given the exploratory nature of the approach in this study. There is little research available to date on the subject. Therefore, the method, the selection technique, and the research instrument all fall under a qualitative approach. However, we cannot, strictly, speak of a representative sample (which is methodologically specific to quantitative research) when selecting subjects. Instead, the choice fell on a rational sample.

The research sample consists of 20 people. Participation in the research was voluntary for all respondents and based on informed consent, which included a guarantee of data confidentiality. The procedure followed for data processing and validation was thematic analysis with NVIVO analysis software. The criteria of this procedure have therefore been respected, to eliminate subjective descriptions of reality and to identify the NPM's practices adopted by the Urban Agencies.

The results of the interviews were brought together in the form of individual life stories, which allowed several specific themes to emerge, both from the similarities and the differences between the individual stories. Particular fragments of the interviews have been selected, to illustrate the main themes of the transcriptions. All quotes taken from the interview transcripts closely follow the participants' own words and have simply been transcribed.

6. Presentation and discussions of the results

Our study presents the following results, based on field interviews.

6.1 result

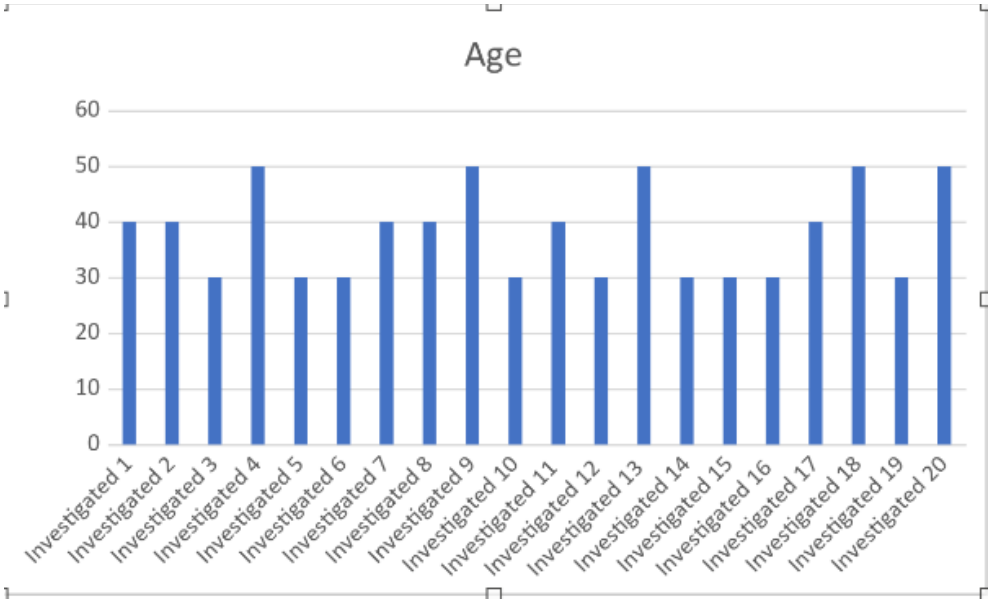
Below is our sample

Table 2: Study sample

Investigated	Age	Position held	Number of years of use of the NMP

Investigated 1	+40	Head of Division	+15
Investigated 2	+40	Head of Division	+10
Investigated 3	+30	Head of Service	+10
Investigated 4	+50	Responsible	+20
Investigated 5	+30	Head of Service	+10
Investigated 6	+30	Head of Service	+10
Investigated 7	+40	Head of Division	+15
Investigated 8	+40	Responsible	+13
Investigated 9	+50	Responsible	+20
Investigated 10	+30	Head of Service	+10
Investigated 11	+40	Head of Department	+10
Investigated 12	+30	Head of Service	+15
Investigated 13	+50	Head of Department	+20
Investigated 14	+30	Head of Service	+10
Investigated 15	+30	Head of Division	+10
Investigated 16	+30	Responsible	+10
Investigated 17	+40	Head of Department	+20
Investigated 18	+50	Responsible	+15
Investigated 19	+30	Head of Division	+10
Investigated 20	+50	Head of Department	+20

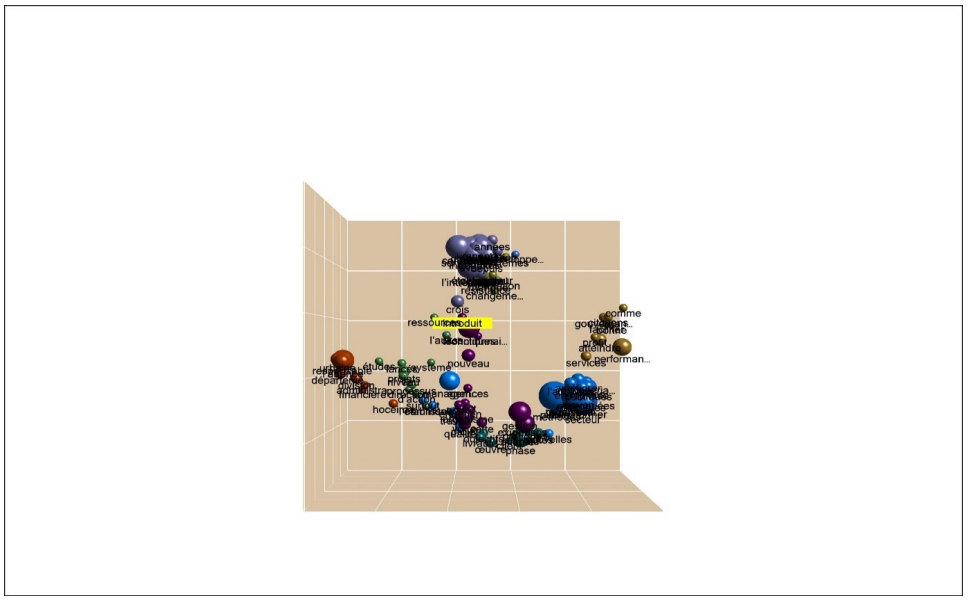
Figure 3: word cloud



Source: author's elaboration

The figures below are a graphical representation that allowed us to visualize the most used words in speech. Indeed, the most used words are Sector, Public, Performance, Agency, Practice...

Figure 4: word cloud



Source: author's elaboration

Figure 5 word cloud



Source: author's elaboration

The word cloud graph shows that the practice of NPM affects the performance of organizations.

According to our qualitative analysis and our interviews, it appears that if the concept of new public management was known from the 80s, it will only be adopted from the 2000s.

Our respondents believe that this concept aims to make management more fluid and better meet the expectations and needs of citizens.

As expressed by respondent No. 11, it would have "appeared as a response to new, unexpected and complex obstacles that have emerged in the public sector and hinder the management of the work of public authorities in all the dimensions for which they are responsible" public administration reform takes a primordial place in the improvement and modernization of public action.... The new public management begins to establish its place in the Moroccan administration so that the latter adopts managerial practices of private companies to improve the performance of public organizations". (Head of Department of the DAF).

Thus, the practices of Public News Management would aim to be more competitive and more efficient. Indeed, "The contributions of NPM aim to 'de-

mocratise' public administration and notably introduce performance management systems and quality management techniques. The spirit of NMP is to bring new notions such as effectiveness, efficiency and relevance. In other words, to develop a culture of performance and evaluation in the public sector. » Head of Department of the DAF

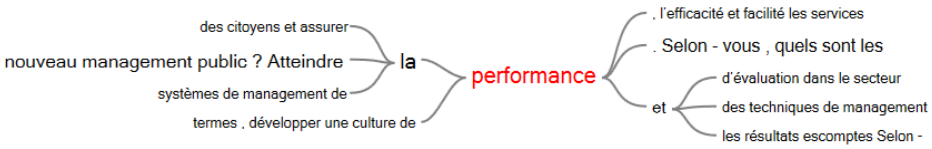


Figure 2 : Synapse de l'analyse textuelle « performance »

Source: author's elaboration

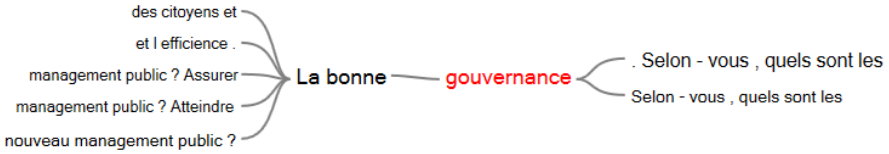


Figure 3 : synapse de l'analyse textuelle de gouvernance

Source: author's elaboration

It is therefore important to meet the needs of citizens, but also to ensure good governance of urban agencies; that is to say, as expressed by respondent no. 2, the head of the administrative and financial division within the Urban Agency Dakhla.de "Meeting the expectations of citizens and good governance. »

However, NPM obstacles exist according to respondent No. 11, Head of Department of the DAF. Thus, "Regarding the status of the AUKSS - urban

agency of Kenora sidi Kacem sidi Slimane - (recruitment, remuneration, promotion, career, etc.), considered as not rigid and preventing the establishment of relevant management human resources... AUKSS is not necessarily motivating for staff (existence of internal promotions, nobility of public service, etc.). However, it can be improved on several points (mobility, bridge between public functions, etc.). As such, the Court of Auditors, in its report on the Urban Agencies of 2023, proposed modifications to make it more flexible (revision of the rating system, individual negotiated objective contracts, etc.)".

In these obstacles are listed concerning the management of human resources and the refusal of change; evidenced by "Resistance to change. » Respondent No. 13.

Still in this context, some of our interviewees mention the problem of "The sometimes-cumbersome procedures. ". Respondent #20.

The lack of resources and ongoing training due to the "Lack of training and logistics " are also highlighted" Respondent number 12. For his part, respondent No. 16 also confirms this lack by emphasizing the"Lack of logistics to support this change. ".

About the management practices of Public News Management, our respondents mention, in particular, respondent 12, the implementation of strategic planning, ie "The Agency's strategic plan. ". Respondent 14, for his part, mentions management by statistical results, namely: "The studies and projects launched by the Agency. ". It should be noted that these practices require action plans and monitoring of the projects launched. Especially by using ICT.

There is no doubt that ICT is the key factor for the success of public management, according to our respondents "ICT can be used to rationalize certain activities and to maintain control and pressure on civil servants to improve productivity. The risks of isolation at work are therefore significant, because, in these conditions, civil servants have neither the time nor the opportunity to discuss with their colleagues, does your organization introduce these techniques into daily management? Respondent number 9.

Respondent number 11 was particularly verbose regarding Management by results

"By implementing a quality management system based on the ISO 9001 version 2015 standard, the QMS processes within AUKSS

Sustainable territorial development;

Urban planning, Investment Promotion;

Improvement of the living environment;

Urban and territorial monitoring, information, and communication;

Human capital & knowledge management;

Purchasing management and general resources;

Financial Resources Management

New technologies of information and communication. ...". Respondent 11

Regarding management by objective, this is a practice that involves setting in motion all the functions of the design and execution of the project, for an expected result by reducing time, costs, and resources within the framework of a very wide field.

According to our respondents, these practices are used in projects at the start of implementation and in financing arrangements. For others, it is involved in all project cycles. For these latter, it concerns "All project cycles. ». This practice makes it possible to obtain a deliverable of good quality. For some, the quality of the deliverable comes into play more in the implementation phase or the testing phase. Others believe that the quality of the deliverable is deployed during all phases of NPM practices. Thus, the practices of management by results and by objective would make it possible to have a good quality of deliverables and to control it during all the phases without waiting for the end of the project. This allows administrations to benefit from a quality management system. In this context, these practices allow agencies to be attractive, proactive and efficient. According to our results, certain obstacles are expressed by the managers interviewed. The latter evokes, in particular, the resistance to change, and the problems of the management of human resources at the level of professional development. In addition, the lack of training and technical problems is mentioned.

6.2 Discussions

The first question in this study was a focused question linked to existing elements of the country's PM practicewithin Urban Agencies in Morocco. The fact that NPM's reforms have been introduced in Urban Agencies since the 2000s and implemented to this day justifies the existing NPM practices inside them. The study relied on the opinion of most respondents that the significant benefits brought by NPM in agencies demonstrate its existence. The results reveal the following elements of NPM in urban agencies.

The first element is the implementation of the agency's financial information management system. These changes will solve long-standing financial management problems faced by local governments, improve the proper use of public funds at the local level, and increase the fiscal autonomy of local governments by increasing financial resources and revenues. Initial results have shown that the establishment of legal rules governing the use and accounting of public funds is an existing element of NMP practices (Mbogela and Mollel 2014). In addition, this study shows that NMP practices improve the level of financial reporting and the availability of comprehensive financial information on current and past performance, making it a valuable tool for budget forecasting and planning.

The second element of the NMP is the implementation of human resource performance management systems in government agencies. Previous research has shown that governments face systemic limitations in human resource performance (e.g. institutional weaknesses, inadequate service delivery, under-utilization and poor human resource management). Similarly, a poor performance management culture, lack of comprehensive and attractive incentive systems, absence of appropriate records and information management systems, underdeveloped human resources, etc. affect public administration performance (Lufunyo, 2015). The study revealed that human resource development is central to NMP practices, addressing all issues related to recruitment, promotion, performance management and discipline. In addition to delegating human resources management, the government has introduced performance measurement mechanisms for all public sector employees, including civil servants.

The study found that many employees resist change because it is difficult for them to successfully meet set and agreed on performance goals, given that resources are limited and many employees are untrained. Despite employee resistance, interviewees indicated that NPM remains the basis for employee promotion, training, or discipline; an argument also supported by (Dickson 2013).

Another element of NMP observed in government agencies is the allocation of agency resources on the basis of an agreed planning framework. CFOs and agency members confirmed that it is good practice to align the resources allocated to an agency with an overall strategic plan that provides a roadmap for the agency's implementation activities. The study also showed that agencies are expected to establish and reflect goals, objectives and performance standards based on the mission, vision, and overall objectives of the organization's leaders. In NMP practice, a strategic plan is seen as a necessary guiding document that tells the agency what to do.

However, the study highlights that obstacles threaten successful NMP practices in government agencies. The fact that NMP implies the introduction of market competition into the public sector has led many researchers to criticize this argument as only applicable to the profit-driven private sector. This concept does not apply to local governments, whose aim is to provide social services to citizens rather than to make profits (Kalimullah, Ashraf et al. 2012). This argument is extended by (Hood 1991), who argues that NMP is incompatible with the traditional bureaucratic orientation of public administration in terms of market competition and effective entrepreneurial control. Consequently, this study concludes that NMP practices in government agencies can lead to positive outcomes if these challenges are met or adapted to the local environment.

7. Conclusion

NPM is a new public management paradigm that emphasizes a different relationship between governments, the public service, and the public. The public sector has undergone unprecedented changes and reforms. For various reasons, the traditional model of public administration has been replaced by a new model of News Management Public. The shift to Public News Management involves much more than just public service reform. It involves changes in how public ser-

vices operate, in the scope of government activity, in traditional accountability processes, and the academic study of the public sector. The main change is theoretical, enough to constitute a new paradigm. The managerial reform process is not yet complete; its wider effects, not only on the public sector but also on the entire political system, still have some way to go.

There is evidence of the existence of NPM practices in Urban Agencies in Morocco. The initiation However, this study concludes that NMP reforms in government agencies are task-specific and limited in scope to the for-profit private sector. One example of the application of pure market competition in an agency is that it contradicts the traditional bureaucratic orientation of public administration since the agency is located in the private sector and its activities are service-oriented. This rarely works. This argument is supported by (Dunleavy, Margetts, et al. 2006; Bastow 2007; Hammerschmid and Van De Walle 2011), who argue that NMP-type reforms are primarily associated with neoliberal thinking and have an impact on You will be held accountable. Indeed, they lead to unequal treatment of citizens and, consequently, a decline in community cohesion. While it is clear that the orientations and objectives of NMP practice are well developed, its applicability in Moroccan communes remains a major challenge. The root of the problem lies in the nature and environment in which local governments operate.

Reference

Nisar, MA (2022). Decolonization and public administration: frustrated ramblings of a troublemaker. Administrative Theory and Practice , 1-11.

Kapucu , N. (2014). Complexity, Governance and Networks: Perspectives from Public Administration. Complexity, Governance & Networks , 1 (1), 29-38.

Matei , L., & Chesaru , OM (2014). New Public Management Implementation Guidelines. Case of Romania and Sweden. Procedia -Social and Behavioral Sciences , 143 , 857-861.

Pupion , PC (2021). The values of New Public Management and New Public Governance, a brake or an opportunity for the management of the Covid-19 crisis in France? Illustration in the case of hospitals. Management and

Public Management , 9 (4), 161-170.

Michel- Clupot , M., & Rouot , S. (2021). NPM and post-NPM in European cities: the lack of communication, tool of resilience of the elected. International Management , 25 (4), 164-191.

LEMOINE, B. (2023). Bezes (Philippe), Reinventing the State. The reforms of the French administration (1962-2008), Paris, Presses universitaires de France, coll. "Le Lien social", 2009, 519 pages, bibliography, index.

Hood, C. (1991). Public management for all seasons ?. Public Administration , 69 (1), 3-19.

Chappoz 4, Y., &Pupion 5, P.C. (2012). New public management. Management and public management , (2), 1-3

Governance, G.C.o. U. (2002). Local Democracy and Decentralization in East and Southern Africa: Experiences from Uganda, Kenya, Botswana, Tanzania, and Ethiopia, Un-habitat.

Arora, RK (2003). "New Public Management: Emerging Concerns." Prashasnika , Volume30 2.

Ehsan, M. and F. Naz (2003). "Origin, ideas and practice of New Public Management: lessons for developing countries." Asian Affairs 25 (3): 30-48.

Fatemi, M. and MR Behmanesh (2012). "New public management approach and accountability." International Journal of Management, Economics and Social Sciences (IJMESS) 1(2): 42-49

Savoy , DJ (2006). "What is wrong with the new public management? » Comparative public administration: The essential readings: 593.

Vereijken , T. (2022). The Influence of Performance Measurement Systems on the Behavior of Teachers in the Netherlands.

Siltala , J. (2013). New public management: the worst evidence-based practice ?. Administration & Society , 45 (4), 468-493.

Alam Siddiquee , N. (2010). Managing for Results: Lessons from Public Management Reform in Malaysia. International Journal of Public Sector Management , 23 (1), 38-53.

Hope Sr, KR (2001). The new public management: context and practice in Africa. International public management journal , 4 (2), 119-134.

Warioba. DM and Letisia , W. (2012). "Local Government Reforms in Tanzania", Mzumbe University.

Sunday , AM (2022). Determinants of local government innovation: the case of green public procurement in the United States. International Journal of Public Sector Management, (preprint).

Zaharia , P. (2012). "Introduction of the New Public Management in the Romanian and Swiss Local Public Administration. » Economic Insights-Trends & Challenges 64 (4).

Van De Walle , S., & Hammerschmid , G. (2011). The impact of New Public Management: Challenges for the coordination and cohesion of European public sectors. Halduskultuur , 12 (2).

Lahjouji , K., & El Menzhi , K. (2018). New Public Management in Morocco, what contributions?

Hood, C. (1995). "Contemporary public management: a new global paradigm? » Public Policy and Administration 10(2): 104-117

Falconer, PK 1997. The New Public Management: Principles and Practice in the UK, Javna Upravna

Osborne, D. and T. Gaebler . 1993. Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector. New York: Penguin Books.

Miller, DY and Dunn, WN (2006). A critical theory of new public management. Access to: unpan1. UN. org/intradoc/groups/public/documents/nispacee/unpan025566. pdf , 1-21.

Mkharbcha, B., & Taouab, O. (2023). The performance of public establishments and enterprises in Morocco: contribution of management control. International Journal of Economic Studies and Management (IJESM) , 3 (1), 309-320.

Facal, J., & Mazouz, B. (2013). The Accountability of Public Leaders: Elements of Theory and Observations Drawn from the Quebec Experience. French Management Review , (8), 117-132.

Olha Sliusarenko
PhD in Law, Associate Professor of Special Department No. 2, Center for the Protection of National Statehood, Educational and Scientific Institute of State Security, National Academy of the Security Service of Ukraine, Kyiv, Ukraine
olha.sliusarenko@on-mail.me

Anatolii Puhach
PhD in Law, Associate Professor, Interregional Academy of Personnel Management, Kyiv, Ukraine
anatolii.puhach@ukr.net

Olha Hubanova
PhD in Law, Associate Professor, Department of Civil, Economic and Financial Law, Poltava Law Institute of Yaroslav the Wise National University of Law, Poltava, Ukraine
hubanova_o@gmail.com

Bohdan Torokhtii
Doctor of Law Sciences, PhD in Economic Sciences, Dnipro, Ukraine
torokhtii_bogdan@ukr.net

Yuliia Melnyk
PhD in Political Sciences, Associate Professor, Department of Art Studies and General Humanities, Faculty of Design, Architecture, and Art, Odessa International University, Odesa, Ukraine
melnyk_yu@gmail.com

A Model of Public-Law Support for the Reintegration of Veterans through Military Mediation Mechanisms

Abstract

The lack of an agreed legal route between protection of rights, mediation and reintegration services complicates the resolution of conflicts of veterans during the transition to civilian life. The aim of the study is to determine the legal and institutional conditions of military mediation and develop a model for its inclusion in the veterans' reintegration system. 17 official documents of Ukraine, the Netherlands, Croatia, and the Council of Europe (CE) were analysed. Doctrinal approach, comparative law, system-structural, and functional-institutional analysis were combined with legal modelling. The documents were compared according to mediatability, competence of bodies, procedural guarantees, data protection, connection with veterans' services, and fulfilment of the agreement. In

Ukraine, mediation, administrative procedure, veteran support, and protection of rights in the defence sector remain separate. The legislation does not define the subject of military mediation, special procedure, data exchange regime, and procedure for fulfilling the agreement. Mediation is permissible within the limits of legal discretion, voluntariness, imperative norms, third party rights, and enforceability of the agreement. Statuses, payments, liability, cases without discretion and cases of violence, coercion or direct threat are outside its scope. The Dutch mechanism provides military mediation outside the command hierarchy, while the Croatian one combines administrative mediation with territorial veteran and psychosocial support. A two-circuit model was developed with an independent entry point under the Military Ombudsman, whose competence is proposed to be extended to veterans after discharge. The legal circuit covers the verification of mediatability, mediation and the fulfilment of the agreement by administrative act. The service circuit comprises redirection to reintegration services without disclosing the content of the mediation. The model preserves the right to a complaint and a court and requires regulatory consolidation of competence, procedure, data protection and implementation of the agreement. Checkpoints after 30 and 90 days were set for piloting. The practical effectiveness of the model and its impact on mental health require separate empirical verification.

Keywords: Dispute Resolution, Mediation, Military Mediation, Veteran Reintegration, Mental Health, Human Rights, Governance.

Index: 1. Introduction. – 2. Methodology. – 2.1. Methods. – 2.2. Sample. – 3. Results. – 4. Discussion. – 4.1. Limitations. – 5. Conclusions

1. Introduction

Veterans' return to civilian life is accompanied by conflicts regarding documents, status, access to services, professional adaptation and decisions of public authorities. Ein et al.[1] identified stigma, difficult navigation, and limited availability of assistance as the main obstacles. Garvin et al.[2] associated continuity of sup-

1 N. Ein, J. Gervasio, St. K. Cyr, J. J. Liu W, C. Baker, A. Nazarov and J. D. Richardson, A rapid review of the barriers and facilitators of mental health service access among veterans and their families. *Frontiers in Health Services*, 2024, 4, 1426202. https://doi.org/10.3389/frhs.2024.1426202

2 L. A. Garvin, M. Pugatch, D. Gurewich, J. N. Pendergast and C. J. Miller, Interorganizational care coordination of rural veterans by Veterans Affairs and community

port with the division of responsibility, interagency coordination, and information exchange. However, the mentioned studies do not define the legal mechanism for resolving a dispute between a veteran and a public authority. In public law disputes, mediation is used alongside ombudsman proceedings, internal review, and administrative appeal. De Lucia[3] analysed mediation mechanisms in EU law, in particular procedures involving the European Ombudsman. Boyron[4] examined the relationship of administrative mediation with internal review, complaint procedures, and administrative tribunals. Puckett[5] considered military Alternative Dispute Resolution (ADR) as an extrajudicial method of resolving disputes in the armed forces. The procedure for applying these procedures to conflicts of veterans after discharge and their connection with reintegration services is not defined. Ukrainian regulation does not define a single procedure for military mediation. The independent point of contact, the limits of mediatability, the authority of the mediator, the fulfilment of the agreement, the transfer of data, and the connection of mediation with the complaint, legal protection, and referral to services remain unregulated.

The aim of the study is to determine the legal and institutional conditions for the application of military mediation in the system of veteran reintegration using materials from Ukraine, the Netherlands and Croatia, and develop the authors' model of its public-law support.

Research objectives:

determine the regulatory prerequisites, gaps and limits of mediatability of conflicts related to military service and transition to civilian life;

compare the mechanisms of mediation and veteran support of the three states according to uniform legal and functional criteria;

---

care programs: A systematic review. *Medical Care*, 2021, 59(Suppl. 3), S259–S269. https://doi.org/10.1097/MLR.0000000000001542

3 L. De Lucia, Mediation in European administrative law. *Droit Public Comparé*, 2025, 4. https://doi.org/10.35562/droit-public-compare.639

4 S. Boyron, À la recherche de la médiation «administrative » dans la justice administrative anglaise. *Droit Public Comparé*, 2025, 4. https://doi.org/10.35562/droit-public-compare.614

5 D. Puckett, Resolving Ranks: The Role of ADR in Military Justice. *Journal of Dispute Resolution*, 2026, 2026(1). https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2026/iss1/11/

establish organizational and informational boundaries between the mediation procedure, human rights review, reintegration support, and psychosocial assistance;

develop a two-circuit model of military mediation with defined subjects, procedure, data transfer limits, and necessary regulatory changes.

Veteran reintegration in the academic literature encompasses social adaptation, professional transition, access to services, and interaction with civilian institutions. Veteran identity as a factor of social belonging and adaptation is analysed by Dolan et al.[6] and Heward et al.[7] The connection of military experience with employment is traced by Gonzalez and Simpson.[8] In turn, Mael et al.[9] focus on the transformation of military skills into civilian competencies. The dependence of educational and professional adaptation on institutional support is determined by Lund Pedersen and Wieser,[10] Hutcheon et al.[11] These studies characterize the conditions of transition to the civilian environment, but do not establish procedures for resolving disputes between a veteran and a public authority.

---

6 G. Dolan, M. McCauley and D. Murphy, Factors influencing the salience of military/veteran identity post discharge: A scoping review. *Journal of Veterans Studies*, 2022, 8(1), 231–246. https://doi.org/10.21061/jvs.v8i1.333

7 C. Heward, W. Li, Chun Y. Tie and P. Waterworth, A scoping review of military culture, military identity, and mental health outcomes in military personnel. *Military Medicine*, 2024, 189(11–12), e2382–e2393. https://doi.org/10.1093/milmed/usae276

8 J. A. Gonzalez and J. Simpson, The workplace integration of veterans: Applying diversity and fit perspectives. *Human Resource Management Review*, 2021, 31(2), 100775. https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2020.100775

9 F. A. Mael, W. Wyatt and U. J. Iyer, Veterans to workplace: Keys to successful transition. *Military Psychology*, 2022, 34(5), 516–529. https://doi.org/10.1080/08995605.2021.2016307

10 C. Lund Pedersen and C. Wieser, Student veterans' transition and reintegration into education: A transnational scoping review. *International Journal of Lifelong Education*, 2024, 43(6), 603–624. https://doi.org/10.1080/02601370.2024.2374749

11 D. Hutcheon, J. Rendall, McC. Millan, P. Dall, S. Morrison-Glancy and A. Steiner, The health and wellbeing outcomes of employment and vocational-based interventions for veterans: A scoping review. *Journal of Veteran Studies*, 2025, 11(1), 95–111. https://doi.org/10.21061/jvs.v11i1.638

Access to psychosocial care depends on family ties, trust, and support from other veterans, as established by Armour et al.[12] and Gettings et al.[13] Territorial, gender, and information barriers are outlined by Flike and Byrne.[14] Expanding the choice of service providers, according to Gebregziabher et al.,[15] increases the availability of care, but complicates registration, payment, and treatment continuity. The need to adapt interventions to the veteran context is substantiated by Kroll-Desrosiers et al.[16] In these studies, the main focus is on access and organization of care; the competence of the coordinator, the order of data transfer, and the connection of the service route to the legal dispute are not separately defined.

Prevett et al.[17] summarized systemic barriers to the transition from military service to civilian life. Verkamp[18] examined the interaction of a veteran with civilian institutions. Sachdev and Dixit[19] systematized cultural differences between

12 C. Armour, E. Spikol, E. McGlinchey, R. Gribble, N. Fear and D. Murphy, Identifying psychological outcomes in families of Five Eyes alliance armed forces veterans: A systematic review. *Journal of Military, Veteran and Family Health*, 2022, 8(1), 7–27. https://doi.org/10.3138/jmvfh-2021-0025

13 R. D. Gettings, J. Kirtley, Wilson-G. Menzfeld, G. E. Oxburgh, D. Farrell and M. D. Kiernan, Exploring the role of social connection in interventions with military veterans diagnosed with post-traumatic stress disorder: Systematic narrative review. *Frontiers in Psychology*, 2022, 13, 873885. https://doi.org/10.3389/fpsyg.2022.873885

14 K. Flike and T. Byrne, Systematic review of access to healthcare and social services among US women veterans experiencing homelessness. *Women's Health*, 2023, 19. https://doi.org/10.1177/17455057231189550

15 M. Gebregziabher, M. Stephens, A. Mohamed, R. Ward, C. Pope, P. Mauldin and R. N. Axon, Evaluating the impact of veterans expanded care legislation: A qualitative systematic review. *Discover Health Systems*, 2024, 3, 71. https://doi.org/10.1007/s44250-024-00139-w

16 A. Kroll-Desrosiers, E. P. Finley, A. B. Hamilton and L. J. Cabassa, Evidence-based intervention adaptations within the Veterans Health Administration: A scoping review. *Journal of General Internal Medicine*, 2023, 38(10), 2383–2395. https://doi.org/10.1007/s11606-023-08218-z

17 A. Prevett, M. Short, E. Rush, J. Lâm, A. Tarrant and B. Wadham, Lost in transition: The barriers to reintegration for Australian military veterans – A scoping review. *Journal of Veteran Studies*, 2025, 11(2), 123–138. https://reference-global.com/article/10.21061/jvs.v11i2.768

18 K. M. Verkamp, From warrior ethos to obscurity: Veteran reintegration literature review. *The Journal for Nurse Practitioners*, 2021, 17(5), 564–569. https://doi.org/10.1016/j.nurpra.2020.12.016

19 S. Sachdev and S. Dixit, Military to civilian cultural transition experiences of retired military personnel: A systematic meta-synthesis. *Military Psychology*, 2024, 36(6), 579–592. https://doi.org/10.1080/08995605.2023.2237835

military and civilian environments, Smith et al.[20] while arranged gender factors of transition. Shepherd et al.[21] studied professional adaptation of veterans. Nguyen et al.[22] examined professional outcomes of military personnel and veterans after traumatic brain injury. Patel et al.[23] outlined the needs of veterans with chronic pain. Wadham et al.[24] focused on mental health support programmes, while Mercier et al.[25] – on mutual support of veterans, military personnel, and their family members. The social, professional, medical, and psychosocial mechanisms presented in these studies do not cover procedures for resolving a public-law dispute with a competent authority.

The legal direction is represented by specialized judicial and extrajudicial mechanisms. Lucas et al.[26] established the connection of veterans' participation in criminal justice with mental disorders, addictions and difficulties in civil adaptation. The model of veterans' courts described by Byrne et al.[27] combines specia-

---

20 A. Smith, L. Rafferty, B. Croak, N. Greenberg, R. Khan, V. Langston, M.-L. Sharp, A. Stagg, N. Fear and S. Stevelink, A systematic review of military-to-civilian transition: The role of gender. *PLOS ONE*, 2025, 20(2), e0316448. https://doi.org/10.1371/journal.pone.0316448

21 S. Shepherd, D. K. Sherman, A. MacLean and A. C. Kay, The challenges of military veterans in their transition to the workplace: A call for integrating basic and applied psychological science. *Perspectives on Psychological Science*, 2021, 16(3), 590–613. https://doi.org/10.1177/1745691620953096

22 M. V. Nguyen, D. E. Hackman and A. R. Truitt, Vocational outcomes of service members and veterans after traumatic brain injury: A scoping review. *Journal of Head Trauma Rehabilitation*, 2022, 37(6), E467–E487. https://doi.org/10.1097/HTR.0000000000000747

23 M. Patel, J. Jomy, R. J. Couban, H. L. Scelleur and J. W. Busse, Transition needs among veterans living with chronic pain: A systematic review. *Military Medicine*, 2024, 189(3–4), 556–565. https://doi.org/10.1093/milmed/usad363

24 B. Wadham, L. Andrewartha, S. Lawn, I. Onur and L. C. Edney, A scoping review of interventions targeting the mental health of Australian veterans. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2024, 21(6), 796. https://doi.org/10.3390/ijerph21060796

25 J.-M. Mercier, F. Hosseiny, S. Rodrigues, A. Friio, S. Brémault-Phillips, D. M. Shields and G. Dupuis, Peer support activities for veterans, serving members, and their families: Results of a scoping review. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2023, 20(4), 3628. https://doi.org/10.3390/ijerph20043628

26 K. T. Lucas, C. D. Marcum, P. A. Lucas and J. Blalock, Military veteran involvement with the criminal justice system: A systematic review. *Aggression and Violent Behavior*, 2022, 66, 101721. https://doi.org/10.1016/j.avb.2022.101721

27 J. M. Byrne, D. Hummer, K. R. Kras, S. S. Rapisarda and K. M. Socia, New research on veterans treatment courts: An overview of the Community Participatory Research on Veterans in Specialized Programming Project. *Victims & Offenders*, 2024, 19(1), 5–31. https://doi.org/10.1080/15564886.2023.2295882

lized proceedings with treatment and social programmes. Its application is related to criminal proceedings and therefore does not cover voluntary settlement of disputes with military or administrative bodies. In administrative law, the boundaries of mediation are determined by the competence of the body and the requirements of legality. Vashchenko[28] and Resnik et al.[29] established the lack of certainty in the regulation of alternative resolution of administrative disputes in Ukraine. Kułak-Krzysiak and Świtał[30] considered mediation as a form of legal communication between an administrative body and a participant in the proceedings. Moll[31] specified the legal outcome of mediation through an administrative decision or an agreement approved by the authority. Together, these studies define the legal boundaries of administrative mediation, but do not cover military hierarchy, veteran status, and referral to reintegration services.

The concept of military mediation requires a separate distinction. Sliusarenko[32] and Zayats et al.[33] considered its use for the negotiated settlement of armed conflicts and the achievement of peace agreements. However, conflicts related to military service or transition to civilian life remain outside this approach. Institutional requirements for the ombudsman mechanism are analysed by Blan-

28 Y. Vashchenko, Alternative Means for Resolving Administrative Disputes in Ukraine in the Light of European Integration. *Bratislava Law Review*, 2023, 7(2), 163–184. https://doi.org/10.46282/blr.2023.7.2.323

29 J. Resnik, C. J. Miller, C. E. Roth, K. Burns and M. J. Bovin, A systematic review of the Department of Veterans Affairs mental health-care access interventions for veterans with PTSD. *Military Medicine*, 2024, 189(5–6), 1303–1311. https://doi.org/10.1093/milmed/usad376

30 K. Kułak-Krzysiak and P. Świtał, Mediation as Means of Communication for Public Administration in Settling Administrative Disputes. *Review of European and Comparative Law*, 2023, 54(3), 279–301. https://doi.org/10.31743/recl.16226

31 T. Moll, Mediation in administrative law – Polish regulations in the light of the European recommendations. *Studia Prawnoustrojowe*, 2024, 63, 275–292. https://doi.org/10.31648/sp.9626

32 O. Sliusarenko, Military Mediation as a New Form of Negotiation Process. *Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv. Military-Special Sciences*, 2025, 2(62), 64–72. https://doi.org/10.17721/1728-2217.2025.62.64-72

33 D. Zayats, N. Serohina, O. Bashtannyk, L. Akimova, O. Akimov and A. Mazalov, Economic aspects of public administration and local government in the context of ensuring national security. *Economic Affairs*, 2024, 69(2), 979–988. https://doi.org/10.46852/0424-2513.3.2024.23

kley[34] and Strotskyy et al.[35] Blankley[36] determined the risk of conflict of interest due to the combination of several organizational roles by the ombudsman. Strotskyy et al.[37] established the dependence of the protection of the rights of servicemen on the independence of the military ombudsman, the procedure for considering complaints, and control powers. The mediation competence of the ombudsman regarding conflicts of veterans after discharge and the procedure for interaction with reintegration services are not defined in these models. Ishchenko et al.[38] complement behavioural factors of crisis interaction, linking the emotional intelligence of military leaders with stress resistance and crisis management. This direction concerns the managerial and psychological conditions of interaction and does not define the legal boundaries or procedures of military mediation.

2. Methodology

A total of 17 current official documents adopted in 1993–2026 and analysed in the versions valid as of August 14, 2026 were studied. The chronological boundaries correspond to the years of adoption of the selected documents, and not to a continuous analysis of the legislation for this period. The earliest was the Law of Ukraine "On the Status of War Veterans, Guarantees of Their Social Protection" of 1993. The most recent were the Dutch Military Mediation Protocol and the Croatian Mediation Law of 2026. Ukraine was the

34 K. M. Blankley, Dispute Resolution Tradeoffs in Ombuds Office Design. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2025, 27, 67-105. https://larc.cardozo.yu.edu/cjcr/vol27/iss1/6/

35 R. Strotskyy, S. Stetsyuk, Onyshko, O, K. Kateruna and N. Fedina, The role of the military ombudsman in protecting the rights of military personnel during armed conflict: International experience and Ukrainian realities. *Social and Legal Studios*, 2026, 9(2), 79–90. https://doi.org/10.32518/sals2.2026.79

36 K. M. Blankley, Dispute Resolution Tradeoffs in Ombuds Office Design, *cit.*, 67-105.

37 R. Strotskyy, S. Stetsyuk, Onyshko, O, K. Kateruna and N. Fedina, The role of the military ombudsman in protecting the rights of military personnel during armed conflict: International experience and Ukrainian realities, *cit.*, 79–90.

38 Y. Ishchenko, I. Yevchenko, A. Masliuk, S. Myronets and Y. Potapchuk, The impact of emotional intelligence of military leaders on the crisis management in wartime. *Revista Cubana de Medicina Militar,* 53(2), 2024, e024043640. https://revmedmilitar.sld.cu/index.php/mil/article/view/43640/2583

legal order for the implementation of the model. The Netherlands was selected because of military mediation outside the command hierarchy and veteran support. Croatia was chosen because of the combination of administrative mediation with territorial veteran and psychosocial support. The selection was aimed at a functional presentation of these mechanisms, and not at a complete review of the legislation of the three states.

The search was conducted in August 2026 in the Legislation of Ukraine, Wettenbank, Officiële bekendmakingen, Narodne novine, Search.coe.int, RM.coe.int databases and on official web resources of specialized bodies. The queries combined the terms "mediation", "administrative procedure" or "administrative appeal" with the terms "veteran" or "military serviceman". For the service contour, the terms "psychosocial assistance", "support specialist" and "personal data" were also used. The corresponding English, Dutch, and Croatian equivalents were used. The initial search yielded about 40 official documents and materials. Approximately 7 duplicates, 5 invalid acts or projects and 11 materials without prescriptions regarding competence, procedure, legal result or reintegration support were excluded. The corpus included current official texts regulating mediability, authority competence, appeals, mediator independence, veterans' rights, support, data transfer, referral to services, or performance of an agreement. Acts on civil, family, and criminal mediation were taken into account only if they extended to administrative or military service relations.

The unit of analysis was an article, part, clause or paragraph with a completed provision on a right, obligation, authority, procedure or legal consequence. The coding covered the legal function, addressee, competent entity, procedure, deadline, data transfer, link to appeal, referral to services, and legal result. Provisions with multiple functions were coded separately for each of them. The comparative matrix covered the legal background of mediation, the competence and independence of the entity, procedure, procedural guarantees, reintegration support and implementation of the agreement. Mediability was determined by the legal discretion of the body and the possibility to agree on the method, deadline or sequence of actions without changing the imperatively established statuses, payments, guarantees, and responsibilities. A gap was recorded in the absence of a competent entity, a specific procedure or legal result in the special and general

regulation.

2.1. Methods

The doctrinal method was used to determine the legal force and content of the regulations, while comparative law was applied to compare them. The functional-institutional method was used to distinguish between mediation, human rights, reintegration, and psychosocial powers. The systemic-structural method was applied to establish links between mediation, appeal, and access to services. The legal modelling included elements with a normative basis that could be established in Ukraine while preserving the right to appeal and court. Elements that allowed for a change in the legally established status, payment, guarantee or liability were not included in the model.

2.2. Sample

The corpus consisted of 17 documents: seven Ukrainian, three Dutch, four Croatian, and three documents of the CE. The criterion for completing the selection was functional completeness: each component of the comparative matrix had a normative source or the absence of relevant regulation was confirmed by checking special and general acts. The corpus did not claim to be exhaustive in covering the legislation of the three states.

Table 1. Source corpus of the study and areas of analysis

Source group	**Composition of the source corpus**	**Function in the study**
CE	Recommendation Rec(2001)9 to Member States on Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties (recommendatory act);[39] Recommendation CM/Rec(2010)4 to	Determining the criteria for the legality of administrative mediation, the independence of the mediator,

39 Committee of Ministers of the Council of Europe, *Recommendation Rec(2001)9 to Member States on Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties*. Strasbourg: Council of Europe, 2001. https://rm.coe.int/0900001680927056

	Member States on Human Rights of Members of the Armed Forces (recommendatory act);[40] Promoting Mediation to Resolve Administrative Disputes in Council of Europe Member States, CEPEJ(2022)11 (official guidelines)[41]	confidentiality, maintaining access to appeals, and the fulfilment of the agreement.
Ukraine	Law of Ukraine "On the Status of War Veterans and Guarantees of Their Social Protection" (law);[42] Law of Ukraine "On Personal Data Protection" (law);[43] Law of Ukraine "On Mediation" (law);[44] Law of Ukraine "On Administrative Procedure" (law);[45] Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On Approval of the Strategy for Establishing a System of Transition from Military Service to Civilian Life until 2033 and the Operational Action Plan for Its Implementation in 2025–2027" (strategic act);[46] Resolution of	Analysis of the status and social guarantees of veterans, media coverage, administrative procedure and appeal, competence of bodies, activities of support specialists, transfer of personal data, referral to services, form and fulfilment of agreements.

40 Committee of Ministers of the Council of Europe, *Recommendation CM/Rec(2010)4 to Member States on Human Rights of Members of the Armed Forces*. Strasbourg: Council of Europe, 2010. https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/12046-human-rights-of-members-of-the-armed-forces-recommendation-cmrec-2010-4-of-the-committee-of-ministers-and-explanatory-memorandum.html

41 European Commission for the Efficiency of Justice, *Promoting mediation to resolve administrative disputes in Council of Europe member states* (CEPEJ(2022)11). Strasbourg: Council of Europe, 2022. https://rm.coe.int/cepej-2022-11-promoting-administrative-mediation-en-adopted/1680a95692

42 Law of Ukraine "On the Status of War Veterans and Guarantees of Their Social Protection", Law of Ukraine No. 3551-XII of 22 October 1993. *Verkhovna Rada of Ukraine*, 1993. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3551-12#Text

43 Law of Ukraine "On Personal Data Protection", Law of Ukraine No. 2297-VI of 1 June 2010. *Verkhovna Rada of Ukraine*, 2010. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17#Text

44 Law of Ukraine "On Mediation" No. 1875-IX, *Verkhovna Rada of Ukraine*2021, November 16. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20?utm#Text

45 Law of Ukraine "On Administrative Procedure" No. 2073-IX, *Verkhovna Rada of Ukraine*, 2022. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2073-20#Text

	the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 881 "Some Issues of Ensuring the Activities of Specialists Accompanying War Veterans and Demobilized Persons" (by-law);[47] Law of Ukraine "On the Military Ombudsman" (law)[48]	
Netherlands	Veterans Act of the Netherlands (law);[49] Veterans Decree of the Netherlands (by-law);[50] Protocol for Submitting a Request for Mediation by the Inspector-General of the Armed Forces (departmental protocol)[51]	Analysis of specialized military mediation outside the command hierarchy, initial consideration of the appeal, confidentiality and veteran support.
Croatia	General Administrative Procedure Act of the Republic of Croatia (law);[52] National Programme of Psychosocial	Analysis of administrative procedure and appeal,

46 Cabinet of Ministers of Ukraine, *Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On Approval of the Strategy for Establishing a System of Transition from Military Service to Civilian Life until 2033 and the Operational Action Plan for Its Implementation in 2025–2027"*, 2024. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1350-2024-%D1%80?utm#Text

47 Cabinet of Ministers of Ukraine, *Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 881 "Some Issues of Ensuring the Activities of Specialists Accompanying War Veterans and Demobilized Persons"* , 2024. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/881-2024-%D0%BF#Text

48 Law of Ukraine "On the Military Ombudsman", Law of Ukraine No. 4603-IX of 17 September 2025. *Verkhovna Rada of Ukraine*, 2025. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4603-20#Text

49 *Veterans Act of the Netherlands*, Act of 11 February 2012 laying down rules on the special duty of care for veterans. *Official Gazette of the Kingdom of the Netherlands*, 2012, 133. https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2012-133

50 *Veterans Decree of the Netherlands*, Decree of 19 June 2014 laying down further rules on the special duty of care for veterans. *Official Gazette of the Kingdom of the Netherlands*, 2014, 221. https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2014-221.html

51 Inspector-General of the Armed Forces, *Protocol for submitting a request for mediation by the Inspector-General of the Armed Forces*. Ministry of Defence of the Netherlands, 2026. https://www.defensie.nl/site/binaries/site-content/collections/documents/2026/07/01/protocol-individuele-bemiddeling-door-de-inspecteur-generaal-der-krijgsmacht/protocol-bemiddeling-igk.pdf

52 General Administrative Procedure Act of the Republic of Croatia, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, 2009, 47/2009. https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2009_04_47_1065.html

	and Health Assistance to Participants and Victims of the Homeland War, the Second World War, and Returnees from Peacekeeping Missions (state programme);[53] Act on Croatian Homeland War Veterans and Members of Their Families (law);[54] Mediation Act of the Republic of Croatia (law)[55]	mediation on dispositive rights, legal outcome of the agreement, veteran guarantees, and psychosocial support.

Source: developed by the authors

The comparison was made on the basis of the legal admissibility of mediation, the independence of the mediator, the certainty of the procedure, the link with reintegration services and the enforcement of the agreement. The provisions were checked against seven CE criteria: legality of the subject matter of the agreement; voluntariness; independence and impartiality of the mediator; equality of the parties; confidentiality and data minimization; preservation of the right to administrative appeal and court; legality and enforceability of the agreement.[56, 57, 58]

53 Ministry of Croatian Veterans, *National programme of psychosocial and health assistance to participants and victims of the Homeland War, the Second World War, and returnees from peacekeeping missions*. Zagreb: Ministry of Croatian Veterans, 2014. https://branitelji.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti//nac%20program%20usvojeno%20na%20vladi%2030%2001%202014.pdf

54 Hrvatski sabor, *Act on Croatian Homeland War Veterans and Members of Their Families (NN 121/2017, 98/2019, 84/2021, 156/2023). Narodne novine*, 2017. https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_12_121_2758.html

55 Mediation Act of the Republic of Croatia, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, 27/2026, Item 305, 2026. https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2026_03_27_305.html

56 Committee of Ministers of the Council of Europe, *Recommendation Rec(2001)9 to Member States on Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties*. Strasbourg: Council of Europe, 2001. https://rm.coe.int/0900001680927056

57 Committee of Ministers of the Council of Europe, *Recommendation CM/Rec(2010)4 to Member States on Human Rights of Members of the Armed Forces*. Strasbourg: Council of Europe, 2010. https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/12046-human-rights-of-members-of-the-armed-forces-recommendation-cmrec-2010-4-of-the-committee-of-ministers-and-explanatory-memorandum.html

58 European Commission for the Efficiency of Justice, *Promoting mediation to resolve administrative disputes in Council of Europe member states* (CEPEJ(2022)11). Strasbourg: Council of Europe, 2022. https://rm.coe.int/cepej-2022-11-promoting-administrative-mediation-en-adopted/1680a95692

3. Results

The analysis of Ukrainian legislation covered mediation, administrative procedure, veteran status and support, personal data protection, transition from military service to civilian life, and protection of rights in the defence sector. The legislation allows for mediation in administrative disputes, regulates administrative appeals, and veteran support, but does not define a special procedure for resolving conflicts related to military service or reintegration. The powers of the Military Ombudsman include consideration of complaints and conducting inspections, but not mediation. Veterans after discharge are not separately defined within the scope of his or her personal competence. Table 2 summarizes the relevant regulatory gaps.

Table 2. Regulatory prerequisites and gaps for military mediation in Ukraine

Element	Existing regulation	Regulatory gap	Implication for the model
Legal Admissibility	The Law on Mediation allows it in administrative disputes; the Law on Administrative Procedure defines the scope of discretion, appeal, and enforcement of administrative acts.	There is no special subject and procedure for military service and reintegration conflicts.	Mediation is possible on dispositive issues within the competence of the body, voluntariness and rights of third parties.
Institutional Media	The Military Ombudsman monitors the observance of the rights of individuals in the security and defence sector and considers	There is no mediation authority; veterans after discharge are not defined as a separate category of his or her personal competence.	The model requires the expansion of subject and personal competence and the separation of

	complaints.		mediation from verification.
Point of contact	The Strategy and Resolution No. 881 define support specialists, veteran spaces, and community service coordination.	The service request is not related to an independent verification of mediatability.	A specialist receives and transmits the application; mediatability is determined by an independent structure.
Mental health	The legislation provides for psychosocial assistance, support, and protection of personal data.	There is no special regime for the exchange of mediation, medical and service data.	Minimal data is transmitted with the veteran's consent; the dossier is stored separately.
Legal outcome	The Laws on Mediation and Administrative Procedure define the agreement, administrative act, its execution, and appeal.	The procedure for fulfilling a mediation agreement by a public body has not been established.	The agreement is checked for legality and implemented by an act within the authority's competence.

Sources: Law of Ukraine "On the Status of War Veterans and Guarantees of Their Social Protection",[59] Law of Ukraine "On Personal Data Protection",[60]

59 Law of Ukraine "On the Status of War Veterans and Guarantees of Their Social Protection", Law of Ukraine No. 3551-XII of 22 October 1993. *Verkhovna Rada of Ukraine*, 1993. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3551-12#Text

60 Law of Ukraine "On Personal Data Protection", Law of Ukraine No. 2297-VI of 1 June 2010. *Verkhovna Rada of Ukraine*, 2010. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17#Text

Law of Ukraine "On Mediation",[61] Law of Ukraine "On Administrative Procedure",[62] Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On Approval of the Strategy for Establishing a System of Transition from Military Service to Civilian Life until 2033 and the Operational Action Plan for Its Implementation in 2025–2027",[63] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 881 "Some Issues of Ensuring the Activities of Specialists Accompanying War Veterans and Demobilized Persons",[64] Law of Ukraine "On the Military Ombudsman"[65]

In the absence of a regulatory connection between mediation, administrative procedure, protection of rights and veteran services, conflicts regarding documents, interdepartmental referral and professional adaptation are treated as complaints or service requests. Individual issues can be resolved through mediation within the legal discretion of the body.

Legal mediatability depends on the availability of discretion, compliance with imperative norms and rights of third parties, as well as the possibility of legal enforcement of the agreement. The subject of mediation can be interdepartmental interaction, individual return route, as well as the method, term and sequence of enforcement of the decision. Imperatively determined law status, amount of payment, guarantee or type of liability cannot be changed by agreement. In the absence of discretion, a dispute is legally non-mediable. Violence, coercion, threat to life or signs of a crime are grounds for not accepting the case or terminating mediation. The functional comparison covered the Ukrainian re-

---

61 Law of Ukraine "On Mediation" No. 1875-IX, *Verkhovna Rada of Ukraine*2021, November 16. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20?utm#Text

62 Law of Ukraine "On Administrative Procedure" No. 2073-IX, *Verkhovna Rada of Ukraine*, 2022. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2073-20#Text

63 Cabinet of Ministers of Ukraine, *Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On Approval of the Strategy for Establishing a System of Transition from Military Service to Civilian Life until 2033 and the Operational Action Plan for Its Implementation in 2025–2027"*, 2024. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1350-2024-%D1%80?utm#Text

64 Cabinet of Ministers of Ukraine, *Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 881 "Some Issues of Ensuring the Activities of Specialists Accompanying War Veterans and Demobilized Persons"* , 2024. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/881-2024-%D0%BF#Text

65 Law of Ukraine "On the Military Ombudsman", Law of Ukraine No. 4603-IX of 17 September 2025. *Verkhovna Rada of Ukraine*, 2025. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4603-20#Text

gulation, the Dutch military mediation, and the Croatian administrative mediation without identifying their legal nature. The Dutch mechanism contains an independent entry point, while the Croatian one combines administrative mediation with territorial psychosocial support. Table 3 compares the corresponding functional elements.

Table 3. Functional elements of mediation and veteran reintegration in Ukraine, the Netherlands, and Croatia

Criterion	Ukraine	Netherlands	Croatia
Subject of mediation	Mediation is permitted in administrative disputes within the scope of legal discretion; the military subject is not defined.	Mediation covers matters between an individual or group and a defence organisation; it is open to anyone whose case is involved.	Administrative mediation is allowed for dispositive rights; there is no military specialization.
Independence	The Military Ombudsman has a non-departmental human rights status, but does not have mediation competence.	The Inspector General is placed outside the hierarchical line; the mediation is managed by his staff officer.	The mediator must be impartial, and the National Mediation Centre operates as a public institution on the principles of impartiality and efficiency.
Initial review	Support specialists under Resolution No. 881 provide access to services but do not verify mediatability.	After the referral, the eligibility of the case, the availability of another procedure and the need for a complaint, representation,	The law provides for informational contact with the mediator and institutional organization of

		information or referral are reviewed.	the procedure through the National Centre and registered institutions.
Procedure	The laws define voluntariness, confidentiality, administrative appeal, and enforcement of acts; there is no special military procedure.	Confirmation of the application is sent within a week, contact takes place no later than the following two weeks; both parties are heard, and legal proceedings generally exclude parallel mediation.	The general administrative procedure defines the review and appeal; mediation allows for joint and separate meetings and a period of up to 60 days.
Privacy and data	The law protects personal data, but there is no separate regime for mediation, military, medical and service information.	Only necessary information is transmitted; the electronic file is closed to persons outside the institution, and confidential information is not disclosed to the military hierarchy, except for information about a possible crime.	Information received from one party is only shared with the other with consent; confidentiality and impartiality apply.
Reintegration communication	The Strategy and Resolution No. 881 define support, psychosocial assistance, professional	The veterans' window appoints a care coordinator; the system covers mental and psychosocial health, reintegration, rehabilitation, and	Veterans centres and the nationwide psychosocial assistance network provide stationary and

	adaptation and coordination of services without any connection to mediation.	employment support.	mobile support, including referral to trauma centres.
Agreement and fulfilment	The agreement is implemented by an administrative act, action or other form provided for by law within the competence of the body; there is no special procedure.	The parties are responsible for the content and implementation of the decision; the protocol does not establish an external enforcement mechanism.	A mediator can help draw up an agreement; under the conditions specified by law, it becomes enforceable.

Sources: Law of Ukraine "On the Status of War Veterans and Guarantees of Their Social Protection",[66] Law of Ukraine "On Personal Data Protection",[67] Law of Ukraine "On Mediation",[68] Law of Ukraine "On Administrative Procedure",[69] Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On Approval of the Strategy for Establishing a System of Transition from Military Service to Civilian Life until 2033 and the Operational Action Plan for Its Implementation in 2025–2027",[70] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 881 "Some Issues of Ensuring the Activities of Specialists Accompanying War

66 Law of Ukraine "On the Status of War Veterans and Guarantees of Their Social Protection", Law of Ukraine No. 3551-XII of 22 October 1993. *Verkhovna Rada of Ukraine*, 1993. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3551-12#Text

67 Law of Ukraine "On Personal Data Protection", Law of Ukraine No. 2297-VI of 1 June 2010. *Verkhovna Rada of Ukraine*, 2010. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17#Text

68 Law of Ukraine "On Mediation" No. 1875-IX, *Verkhovna Rada of Ukraine*2021, November 16. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20?utm#Text

69 Law of Ukraine "On Administrative Procedure" No. 2073-IX, *Verkhovna Rada of Ukraine*, 2022. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2073-20#Text

70 Cabinet of Ministers of Ukraine, *Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On Approval of the Strategy for Establishing a System of Transition from Military Service to Civilian Life until 2033 and the Operational Action Plan for Its Implementation in 2025–2027"*, 2024. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1350-2024-%D1%80?utm#Text

Veterans and Demobilized Persons",[71] Law of Ukraine "On the Military Ombudsman",[72] Veterans Act of the Netherlands,[73] Veterans Decree of the Netherlands,[74] Protocol for Submitting a Request for Mediation by the Inspector-General of the Armed Forces,[75] General Administrative Procedure Act of the Republic of Croatia,[76] National Programme of Psychosocial and Health Assistance,[77] Act on Croatian Homeland War Veterans and Members of Their Families,[78] Mediation Act of the Republic of Croatia[79]

The comparison in Table 3 revealed differences in the institutional support for mediation and its connection with veteran support. In the Dutch mechani-

71 Cabinet of Ministers of Ukraine, *Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On Approval of the Strategy for Establishing a System of Transition from Military Service to Civilian Life until 2033 and the Operational Action Plan for Its Implementation in 2025–2027"*, 2024. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1350-2024-%D1%80?utm#Text

72 Law of Ukraine "On the Military Ombudsman", Law of Ukraine No. 4603-IX of 17 September 2025. *Verkhovna Rada of Ukraine*, 2025. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4603-20#Text

73 *Veterans Act of the Netherlands*, Act of 11 February 2012 laying down rules on the special duty of care for veterans. *Official Gazette of the Kingdom of the Netherlands*, 2012, 133. https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2012-133

74 *Veterans Decree of the Netherlands*, Decree of 19 June 2014 laying down further rules on the special duty of care for veterans. *Official Gazette of the Kingdom of the Netherlands*, 2014, 221. https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2014-221.html

75 Inspector-General of the Armed Forces, *Protocol for submitting a request for mediation by the Inspector-General of the Armed Forces*. Ministry of Defence of the Netherlands, 2026. https://www.defensie.nl/site/binaries/site-content/collections/documents/2026/07/01/protocol-individuele-bemiddeling-door-de-inspecteur-generaal-der-krijgsmacht/protocol-bemiddeling-igk.pdf

76 General Administrative Procedure Act of the Republic of Croatia, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, 2009, 47/2009. https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2009_04_47_1065.html

77 Ministry of Croatian Veterans, *National programme of psychosocial and health assistance to participants and victims of the Homeland War, the Second World War, and returnees from peacekeeping missions*. Zagreb: Ministry of Croatian Veterans, 2014. https://branitelji.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti//nac%20program%20usvojeno%20na%20vladi%2030%2001%202014.pdf

78 Hrvatski sabor, *Act on Croatian Homeland War Veterans and Members of Their Families (NN 121/2017, 98/2019, 84/2021, 156/2023). Narodne novine*, 2017. https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_12_121_2758.html

79 Mediation Act of the Republic of Croatia, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, 27/2026, Item 305, 2026. https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2026_03_27_305.html

sm, the function of an independent entry point is performed by a structure located outside the command hierarchy. The protocol limits the transfer of data to information necessary for considering the appeal. Adapting these elements in Ukraine requires determining the competence of the relevant body and the legal form of implementing the agreement. The Croatian mechanism combines a general administrative procedure, mediation on dispositive rights, and a territorial system of psychosocial support. The acts of the CE establish criteria for impartiality, confidentiality, legality, voluntariness, and preservation of the right to appeal. The authors' model provides for a Military Mediation Service, which is absent in Ukrainian legislation, special deadlines, and a distinction between mediation and service circuits, which require regulatory consolidation. Figure 1 shows the institutional and procedural structure of the proposed model.

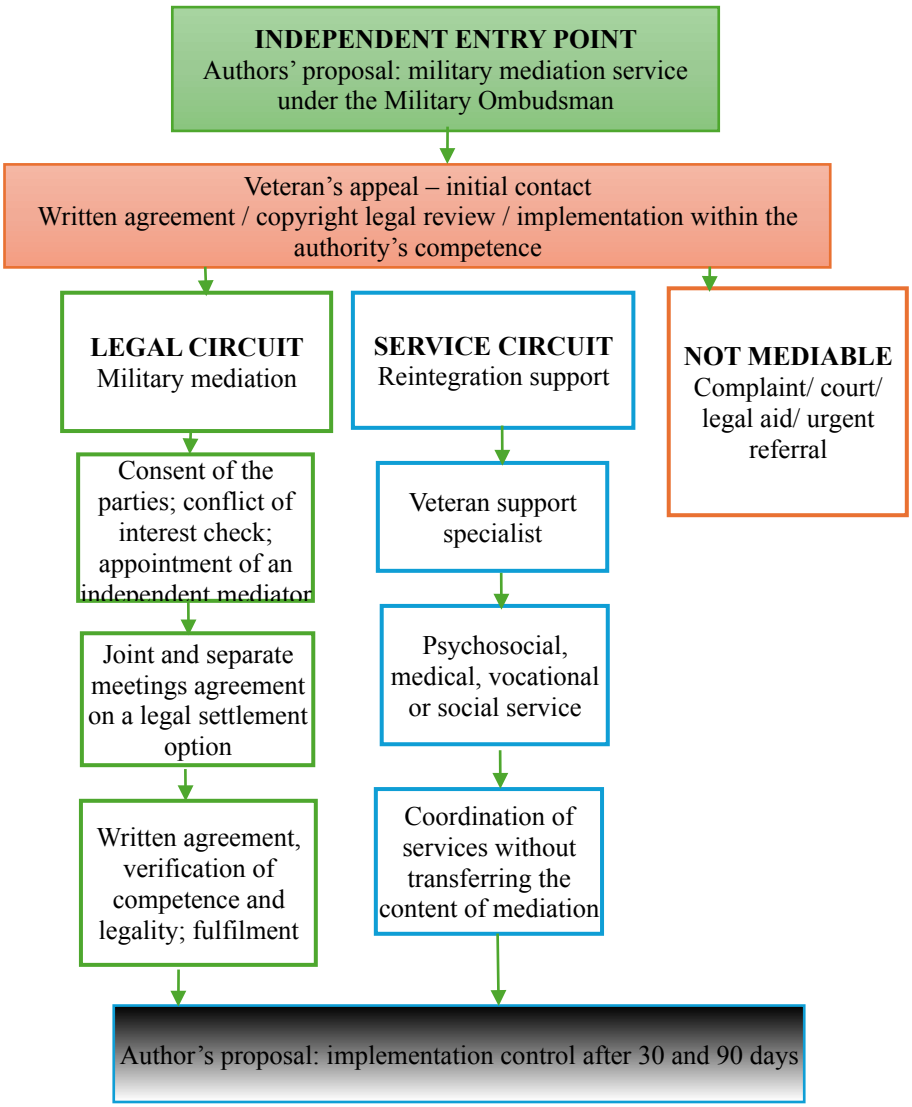


Figure 1. A two-circuit model of public-legal support for the reintegration of veterans through military mediation

Source: developed by the authors based on the results of a functional analysis of documents from Ukraine, the Netherlands, Croatia and acts of the Council of

Europe, including Promoting Mediation to Resolve Administrative Disputes in Council of Europe Member States, CEPEJ(2022)11[80]

Figure 1 presents the authors' model of public-law support for veterans' reintegration; the appeal process is its procedural part. The model involves submitting an appeal to the Military Mediation Service directly or through a local support point. The seven-day confirmation period and the fourteen-day initial contact period are adapted from the Dutch protocol. The review covers voluntariness, safety, discretion of the authority, parallel proceedings and conflict of interest. The 60-day time limit and joint and separate meetings are adapted from Croatian regulation. The author proposes to suspend the administrative appeal period from the moment the parties consent in writing to mediation until its termination or conclusion of an agreement. Such a guarantee excludes the loss of the right to an administrative appeal due to the expiration of the period during mediation. Its introduction requires legislative consolidation. The right to judicial protection is preserved.

The service circuit in the model opens at any stage. With the veteran's consent, the mediator transfers only contact details, the service category, and the indication of urgency to the support specialist. The content of the conflict, the parties' positions and medical information remain in the mediation dossier. A threat to life, violence or signs of a crime terminate the mediation and activate the safety route. The agreement determines the actions, deadlines and the responsible entity and, after checking the legality, is fulfilled by an act of the competent authority. Ukrainian acts provided the basis for the service route, data protection and administrative enforcement. An independent entry point, 7 and 14 day deadlines and delimitation of the dossier were adapted from the Netherlands; a 60-day deadline and a connection with psychosocial support — from Croatia. A separate Service, legal review, suspension of the appeal period and checkpoints after 30 and 90 days are the author's proposals. The first point records the initial imple-

80 European Commission for the Efficiency of Justice, *Promoting mediation to resolve administrative disputes in Council of Europe member states* (CEPEJ(2022)11). Strasbourg: Council of Europe, 2022. https://rm.coe.int/cepej-2022-11-promoting-administrative-mediation-en-adopted/1680a95692

mentation, the second – the completion of longer actions; both require verification during piloting. Table 4 defines the regulatory framework of the model.

Table 4. Regulatory framework for the implementation of the authors' model in Ukraine

Model element	Responsible entity	Necessary regulatory enshrinement	Legal result
Independent entry point	Verkhovna Rada of Ukraine; Military Ombudsman	Jurisdiction over veterans' disputes directly related to military service, discharge, or transition to civilian life; no time limit after discharge; separate Military Mediation Service.	Consideration outside the command vertical.
Subject and mediability	Cabinet of Ministers of Ukraine; Military Ombudsman	Procedure with five conditions of mediated eligibility, limits of discretion, and grounds for mandatory referral.	Imperative rights, responsibilities, and dangerous cases are not subject to agreement.
Procedure	Military Mediation Service	Proposed deadlines are 7, 14 and 60 days; voluntary consent; conflict of interest screening; joint and separate meetings; suspension of the appeal period only on the basis of law.	The procedure is predictable and preserves the right of the parties to discontinue participation and seek protection.
Reintegration redirection	Ministry of Veterans; Ministry of	Protocol for transferring minimum data to a support specialist with	Access to assistance does not violate the

	Defence; territorial communities; Military Ombudsman	the veteran's consent; separate mediation and service dossiers.	confidentiality of mediation.
Agreement and fulfilment	Mediator; legal officer of the Service; competent public body	Written form, verification of legality and competence, definition of actions, deadlines and responsible entity; implementation by act of the body.	The agreement is implemented without creating extra-legal powers.
Monitoring and guarantees	Military Ombudsman; Ministry of Veterans Affairs	Checkpoints after 30 and 90 days as piloting parameters; impersonal reporting; separate accounting of redirects.	Control covers procedure and execution without disclosure of negotiations or evaluation of clinical effect.

Source: developed by the author based on the results of a functional analysis of 17 documents from Ukraine, the Netherlands, Croatia, and the Council of Europe

Table 4 distributes functions between the Military Ombudsman, the Military Mediation Service, veterans' affairs bodies, and communities. In the proposed model, the competence of the Military Ombudsman extends to veterans' disputes directly legally related to military service, discharge or transition to civilian life, regardless of the time of their occurrence after discharge. The Service accepts applications, checks mediatability, and organizes mediation. The Ministry of Veterans Affairs and communities provide support, and the competent public body implements the agreement by administrative act, action or other form provided for by law. The mediation and service dossiers are maintained separately.

The checkpoints after 30 and 90 days are the authors' piloting parameters, and not the current regulatory deadlines. Piloting involves fixing the time of initial contact, the share of accepted and forwarded cases, voluntariness of participation, the duration of mediation and the fulfilment of agreements. Mediation is accepted for cases with a mediated subject if the authority has the competence with the veteran's voluntary and safe participation. Violations of rights are referred to the complaint or control review, and the need for psychosocial assistance is referred to the service circuit.

4. Discussion

The lack of a single regulatory connection between mediation, administrative appeal, protection of rights, and reintegration services established in Ukraine is consistent with the conclusion of Vashchenko[81] about the lack of certainty of alternative resolution of administrative disputes. The obtained results specify this problem for conflicts directly related to military service, dismissal, and transition to civilian life. The current regulation does not define a special procedure, a competent entity, and the procedure for fulfilling the agreement. The established boundaries of mediatability correspond to the position of Moll,[82] who links the admissibility of the agreement with the competence of the administrative body.

The results of the study clarify this boundary: the status, amount of payment, guarantee or type of liability imperatively determined by law cannot be changed by agreement, while the method, term and sequence of implementing the decision can be agreed within the scope of legal discretion. The approach of Kułak-Krzysiak and Świtał,[83] who consider mediation as a form of legal communication between an administrative body and a participant in the proceedings, is complemented by the need for a preliminary check of mediatability and legal enforceability of the result. The distinction between military mediation and specialized criminal law mechanisms is confirmed by the

81 Y. Vashchenko, Alternative Means for Resolving Administrative Disputes in Ukraine in the Light of European Integration, *cit.*, 163–184.

82 T. Moll, Mediation in administrative law – Polish regulations in the light of the European recommendations, c*it.*, 275–292.

83 K. Kułak-Krzysiak and P. Świtał, Mediation as Means of Communication for Public Administration in Settling Administrative Disputes. *cit.*, 279–301.

study of Rapisarda et al.[84] on veterans' courts. In contrast to such models, the obtained results attribute military mediation to the voluntary settlement of public law conflicts within the discretion of the competent body. This also distinguishes the proposed approach from the interpretation of Sliusarenko[85] and Shchokin et al.[86, 87] where military mediation is associated with the negotiated settlement of armed conflicts. In this article, its subject is reduced to conflicts that have a direct legal connection with military service, discharge or transition to civilian life.

The comparative analysis confirmed different institutional ways of combining mediation and veteran support. The Dutch mechanism confirms the possibility of an independent point of contact outside the command hierarchy, while the Croatian experience shows a combination of administrative regulation with territorial psychosocial support. The obtained results do not reproduce any of these models in full, but combine their functional elements in the Ukrainian legal construction. The two-circuit differentiation of mediation and reintegration support correlates with the conclusions of Gebregziabher et al.[88] and Singh et al.[89] on the difficulties of access, recording, and consistency of assistance to veterans. Unlike the service approach, the proposed model additionally defines the legal boundary of information exchange: the mediation and service dossiers are maintained separately, and only the necessary data are transferred for redirection.

---

84 S. S. Rapisarda, K. R. Kras, G. LeMoyne, D. Hummer, K. M. Socia and J. M. Byrne, Veterans treatment courts: A nationwide review of enacting and eligibility state statutes. *Victims & Offenders*, 2024, 19(1), 32–58. https://doi.org/10.1080/15564886.2023.2263451

85 O. Sliusarenko, Military Mediation as a New Form of Negotiation Process, *cit.*, 64–72.

86 R. Shchokin, O. Soloviov and I. Tantsiura, Strengthening cooperation between the civilian and military sectors in the context of state security: Benefits and challenges. *Revista de Cercetare și Intervenție Socială*, 2023, 83, 155–170. https://doi.org/10.33788/rcis.83.11

87 R. Shchokin, O. Soloviov and I. Tantsiura, Public management in the sphere of national and state security: Concepts and strategies. *Multidisciplinary Reviews*, 2024, 7, e2024spe041. https://doi.org/10.31893/multirev.2024spe041

88 M. Gebregziabher, M. Stephens, A. Mohamed, R. Ward, C. Pope, P. Mauldin and R. N. Axon, Evaluating the impact of veterans expanded care legislation: A qualitative systematic review, *cit.*

89 K. Singh, C. Timko, M. Yu, E. Taylor, J. Blue-Howells and A. K. Finlay, Scoping review of military veterans involved in the criminal legal system and their health and healthcare: 5-year update and map to the Veterans-Sequential Intercept Model. *Health & Justice*, 2024, 12(1), 18. https://doi.org/10.1186/s40352-024-00274-9

This structure also takes into account the risk of conflict of interest established by Blankley[90] for ombudsman-related entities with combined functions. The results regarding the independence of the institutional carrier are consistent with Strotskyy et al.,[91] who link the protection of the rights of servicemen with the autonomy of the Military Ombudsman. At the same time, the obtained data show that the human rights competence in itself does not create mediation authority. Therefore, the author proposes a separate Military Mediation Service and the extension of the competence of the Military Ombudsman only to veterans' disputes directly legally related to service, discharge or transition to civilian life.

4.1. Limitations

The normative nature of the study makes it possible to assess the legal design of the mechanisms, but not their practical effectiveness. The comparison of the three legal systems does not cover the full range of military mediation models, and the impact of the proposed model on reintegration and mental health requires empirical verification.

5. Conclusions

An analysis of 17 current official documents adopted in 1993–2026 revealed the absence of a special mechanism in Ukraine that combines mediation, administrative procedure, protection of rights, and veteran support. The gaps relate to the competent entity, procedure, data transfer and implementation of the agreement. Mediability depends on the legal discretion of the body, imperative norms, third party rights, and the possibility of legal enforcement of the agreement. The imperatively determined status, amount of payment, guarantee or type of liability are not subject to changes by the agreement. The method, term and sequence of the decision implementation can be agreed within the scope of discretion. Violence, coercion, threat to life and signs of a crime are grounds for

90 K. M. Blankley, Dispute Resolution Tradeoffs in Ombuds Office Design, *cit.*, 67-105.

91 R. Strotskyy, S. Stetsyuk, Onyshko, O, K. Kateruna and N. Fedina, The role of the military ombudsman in protecting the rights of military personnel during armed conflict: International experience and Ukrainian realities, *cit.*, 79–90.

refusing or terminating mediation.

The comparison revealed a separate Ukrainian regulation, Dutch military mediation outside the command hierarchy, and Croatian combination of administrative mediation with veteran support. The author proposes a two-circuit model with a separate Military Mediation Service, a distinction between the mediation and service dossiers, and the competence of the Military Ombudsman regarding disputes directly related to military service, discharge, or transition to civilian life. The agreement can be fulfilled by an administrative act, action, or other form provided for by law. The terms of 7, 14, and 60 days are adapted from foreign mechanisms, and 30 and 90 days are proposed for piloting. The practical effectiveness of the model and its impact on reintegration and mental health require empirical verification.

References

Hrvatski sabor, *Act on Croatian Homeland War Veterans and Members of Their Families (NN 121/2017, 98/2019, 84/2021, 156/2023). Narodne novine*, 2017. https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_12_121_2758.html

C. Armour, E. Spikol, E. McGlinchey, R. Gribble, N. Fear and D. Murphy, Identifying psychological outcomes in families of Five Eyes alliance armed forces veterans: A systematic review. *Journal of Military, Veteran and Family Health*, 2022, 8(1), 7–27. https://doi.org/10.3138/jmvfh-2021-0025

K. M. Blankley, Dispute Resolution Tradeoffs in Ombuds Office Design. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2025, 27, 67-105. https://larc.cardozo.yu.edu/cjcr/vol27/iss1/6/

S. Boyron, À la recherche de la médiation «administrative » dans la justice administrative anglaise. *Droit Public Comparé*, 2025, 4. https://doi.org/10.35562/droit-public-compare.614

J. M. Byrne, D. Hummer, K. R. Kras, S. S. Rapisarda and K. M. Socia, New research on veterans treatment courts: An overview of the Community Participatory Research on Veterans in Specialized Programming Project. *Victims & Offenders*, 2024, 19(1), 5–31. https://doi.org/10.1080/15564886.2023.2295882

Committee of Ministers of the Council of Europe, *Recommendation Rec(2001)9 to Member States on Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties*. Strasbourg: Council of Europe, 2001. https://rm.coe.int/0900001680927056

Committee of Ministers of the Council of Europe, *Recommendation CM/Rec(2010)4 to Member States on Human Rights of Members of the Armed Forces*. Strasbourg: Council of Europe, 2010. https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/12046-human-rights-of-members-of-the-armed-forces-recommendation-cmrec-2010-4-of-the-committee-of-ministers-and-explanatory-memorandum.html

L. De Lucia, Mediation in European administrative law. *Droit Public Comparé*, 2025, 4. https://doi.org/10.35562/droit-public-compare.639

G. Dolan, M. McCauley and D. Murphy, Factors influencing the salience of military/veteran identity post discharge: A scoping review. *Journal of Veterans Studies*, 2022, 8(1), 231–246. https://doi.org/10.21061/jvs.v8i1.333

N. Ein, J. Gervasio, St. K. Cyr, J. J. Liu W, C. Baker, A. Nazarov and J. D. Richardson, A rapid review of the barriers and facilitators of mental health service access among veterans and their families. *Frontiers in Health Services*, 2024, 4, 1426202. https://doi.org/10.3389/frhs.2024.1426202

European Commission for the Efficiency of Justice, *Promoting mediation to resolve administrative disputes in Council of Europe member states* (CEPEJ(2022)11). Strasbourg: Council of Europe, 2022. https://rm.coe.int/cepej-2022-11-promoting-administrative-mediation-en-adopted/1680a95692

K. Flike and T. Byrne, Systematic review of access to healthcare and social services among US women veterans experiencing homelessness. *Women's Health*, 2023, 19. https://doi.org/10.1177/17455057231189550

L. A. Garvin, M. Pugatch, D. Gurewich, J. N. Pendergast and C. J. Miller, Interorganizational care coordination of rural veterans by Veterans Affairs and community care programs: A systematic review. *Medical Care*, 2021, 59(Suppl. 3), S259–S269. https://doi.org/10.1097/MLR.0000000000001542

M. Gebregziabher, M. Stephens, A. Mohamed, R. Ward, C. Pope, P. Mauldin and R. N. Axon, Evaluating the impact of veterans expanded care legislation: A qualitative systematic review. *Discover Health Systems*, 2024, 3, 71. https://doi.org/10.1007/s44250-024-00139-w

General Administrative Procedure Act of the Republic of Croatia, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, 2009, 47/2009. https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2009_04_47_1065.html

R. D. Gettings, J. Kirtley, Wilson-G. Menzfeld, G. E. Oxburgh, D. Farrell and M. D. Kiernan, Exploring the role of social connection in interventions with military veterans diagnosed with post-traumatic stress disorder: Systematic narrative review. *Frontiers in Psychology*, 2022, 13, 873885. https://doi.org/10.3389/fpsyg.2022.873885

J. A. Gonzalez and J. Simpson, The workplace integration of veterans: Applying diversity and fit perspectives. *Human Resource Management Review*, 2021, 31(2), 100775. https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2020.100775

C. Heward, W. Li, Chun Y. Tie and P. Waterworth, A scoping review of military culture, military identity, and mental health outcomes in military personnel. *Military Medicine*, 2024, 189(11–12), e2382–e2393. https://doi.org/10.1093/milmed/usae276

D. Hutcheon, J. Rendall, McC. Millan, P. Dall, S. Morrison-Glancy and A. Steiner, The health and wellbeing outcomes of employment and vocational-based interventions for veterans: A scoping review. *Journal of Veteran Studies*, 2025, 11(1), 95–111. https://doi.org/10.21061/jvs.v11i1.638

Inspector-General of the Armed Forces, *Protocol for submitting a request for mediation by the Inspector-General of the Armed Forces*. Ministry of Defence of the Netherlands, 2026. https://www.defensie.nl/site/binaries/site-content/collections/documents/2026/07/01/protocol-individuele-bemiddeling-door-de-inspecteur-generaal-der-krijgsmacht/protocol-bemiddeling-igk.pdf

Y. Ishchenko, I. Yevchenko, A. Masliuk, S. Myronets and Y. Potapchuk, The impact of emotional intelligence of military leaders on the crisis management in wartime. *Revista Cubana de Medicina Militar,* 53(2) , 2024, e024043640.

https://revmedmilitar.sld.cu/index.php/mil/article/view/43640/2583

A. Kroll-Desrosiers, E. P. Finley, A. B. Hamilton and L. J. Cabassa, Evidence-based intervention adaptations within the Veterans Health Administration: A scoping review. *Journal of General Internal Medicine*, 2023, 38(10), 2383–2395. https://doi.org/10.1007/s11606-023-08218-z

K. Kułak-Krzysiak and P. Śwital, Mediation as Means of Communication for Public Administration in Settling Administrative Disputes. *Review of European and Comparative Law*, 2023, 54(3), 279–301. https://doi.org/10.31743/recl.16226

Law of Ukraine "On Administrative Procedure" No. 2073-IX, *Verkhovna Rada of Ukraine*, 2022. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2073-20#Text

Law of Ukraine "On Mediation" No. 1875-IX, *Verkhovna Rada of Ukraine*2021, November 16. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20?utm#Text

Law of Ukraine "On Personal Data Protection", Law of Ukraine No. 2297-VI of 1 June 2010. *Verkhovna Rada of Ukraine*, 2010. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17#Text

Law of Ukraine "On the Military Ombudsman", Law of Ukraine No. 4603-IX of 17 September 2025. *Verkhovna Rada of Ukraine*, 2025. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4603-20#Text

Law of Ukraine "On the Status of War Veterans and Guarantees of Their Social Protection", Law of Ukraine No. 3551-XII of 22 October 1993. *Verkhovna Rada of Ukraine*, 1993. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3551-12#Text

K. T. Lucas, C. D. Marcum, P. A. Lucas and J. Blalock, Military veteran involvement with the criminal justice system: A systematic review. *Aggression and Violent Behavior*, 2022, 66, 101721. https://doi.org/10.1016/j.avb.2022.101721

C. Lund Pedersen and C. Wieser, Student veterans' transition and reintegration into education: A transnational scoping review. *International Journal of Lifelong Education*, 2024, 43(6), 603–624. https://doi.org/10.1080/02601370.2024.2374749

F. A. Mael, W. Wyatt and U. J. Iyer, Veterans to workplace: Keys to successful transition. *Military Psychology*, 2022, 34(5), 516–529.

https://doi.org/10.1080/08995605.2021.2016307

Mediation Act of the Republic of Croatia, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, 27/2026, Item 305, 2026. https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2026_03_27_305.html

J.-M. Mercier, F. Hosseiny, S. Rodrigues, A. Friio, S. Brémault-Phillips, D. M. Shields and G. Dupuis, Peer support activities for veterans, serving members, and their families: Results of a scoping review. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2023, 20(4), 3628. https://doi.org/10.3390/ijerph20043628

Ministry of Croatian Veterans, *National programme of psychosocial and health assistance to participants and victims of the Homeland War, the Second World War, and returnees from peacekeeping missions*. Zagreb: Ministry of Croatian Veterans, 2014. https://branitelji.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti//nac%20program%20usvojeno%20na%20vladi%2030%2001%202014.pdf

T. Moll, Mediation in administrative law – Polish regulations in the light of the European recommendations. *Studia Prawnoustrojowe*, 2024, 63, 275–292. https://doi.org/10.31648/sp.9626

M. V. Nguyen, D. E. Hackman and A. R. Truitt, Vocational outcomes of service members and veterans after traumatic brain injury: A scoping review. *Journal of Head Trauma Rehabilitation*, 2022, 37(6), E467–E487. https://doi.org/10.1097/HTR.0000000000000747

Cabinet of Ministers of Ukraine, *Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On Approval of the Strategy for Establishing a System of Transition from Military Service to Civilian Life until 2033 and the Operational Action Plan for Its Implementation in 2025–2027"*, 2024. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1350-2024-%D1%80?utm#Text

M. Patel, J. Jomy, R. J. Couban, H. L. Scelleur and J. W. Busse, Transition needs among veterans living with chronic pain: A systematic review. *Military Medicine*, 2024, 189(3–4), 556–565. https://doi.org/10.1093/milmed/usad363

A. Prevett, M. Short, E. Rush, J. Lâm, A. Tarrant and B. Wadham, Lost in transition: The barriers to reintegration for Australian

military veterans – A scoping review. *Journal of Veteran Studies*, 2025, 11(2), 123–138. https://reference-global.com/article/10.21061/jvs.v11i2.768

D. Puckett, Resolving Ranks: The Role of ADR in Military Justice. *Journal of Dispute Resolution*, 2026, 2026(1). https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2026/iss1/11/

S. S. Rapisarda, K. R. Kras, G. LeMoyne, D. Hummer, K. M. Socia and J. M. Byrne, Veterans treatment courts: A nationwide review of enacting and eligibility state statutes. *Victims & Offenders*, 2024, 19(1), 32–58. https://doi.org/10.1080/15564886.2023.2263451

J. Resnik, C. J. Miller, C. E. Roth, K. Burns and M. J. Bovin, A systematic review of the Department of Veterans Affairs mental health-care access interventions for veterans with PTSD. *Military Medicine*, 2024, 189(5–6), 1303–1311. https://doi.org/10.1093/milmed/usad376

Cabinet of Ministers of Ukraine, *Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 881 "Some Issues of Ensuring the Activities of Specialists Accompanying War Veterans and Demobilized Persons"* , 2024. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/881-2024-%D0%BF#Text

S. Sachdev and S. Dixit, Military to civilian cultural transition experiences of retired military personnel: A systematic meta-synthesis. *Military Psychology*, 2024, 36(6), 579–592. https://doi.org/10.1080/08995605.2023.2237835

R. Shchokin, O. Soloviov and I. Tantsiura, Strengthening cooperation between the civilian and military sectors in the context of state security: Benefits and challenges. *Revista de Cercetare și Intervenție Socială*, 2023, 83, 155–170. https://doi.org/10.33788/rcis.83.11

R. Shchokin, O. Soloviov and I. Tantsiura, Public management in the sphere of national and state security: Concepts and strategies. *Multidisciplinary Reviews*, 2024, 7, e2024spe041. https://doi.org/10.31893/multirev.2024spe041

S. Shepherd, D. K. Sherman, A. MacLean and A. C. Kay, The challenges of military veterans in their transition to the workplace: A call for integrating basic and applied psychological science. *Perspectives on Psychological*

Science, 2021, 16(3), 590–613. https://doi.org/10.1177/1745691620953096

K. Singh, C. Timko, M. Yu, E. Taylor, J. Blue-Howells and A. K. Finlay, Scoping review of military veterans involved in the criminal legal system and their health and healthcare: 5-year update and map to the Veterans-Sequential Intercept Model. *Health & Justice*, 2024, 12(1), 18. https://doi.org/10.1186/s40352-024-00274-9

O. Sliusarenko, Military Mediation as a New Form of Negotiation Process. *Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv. Military-Special Sciences*, 2025, 2(62), 64–72. https://doi.org/10.17721/1728-2217.2025.62.64-72

A. Smith, L. Rafferty, B. Croak, N. Greenberg, R. Khan, V. Langston, M.-L. Sharp, A. Stagg, N. Fear and S. Stevelink, A systematic review of military-to-civilian transition: The role of gender. *PLOS ONE*, 2025, 20(2), e0316448. https://doi.org/10.1371/journal.pone.0316448

R. Strotskyy, S. Stetsyuk, Onyshko, O, K. Kateruna and N. Fedina, The role of the military ombudsman in protecting the rights of military personnel during armed conflict: International experience and Ukrainian realities. *Social and Legal Studios*, 2026, 9(2), 79–90. https://doi.org/10.32518/sals2.2026.79

Y. Vashchenko, Alternative Means for Resolving Administrative Disputes in Ukraine in the Light of European Integration. *Bratislava Law Review*, 2023, 7(2), 163–184. https://doi.org/10.46282/blr.2023.7.2.323

K. M. Verkamp, From warrior ethos to obscurity: Veteran reintegration literature review. *The Journal for Nurse Practitioners*, 2021, 17(5), 564–569. https://doi.org/10.1016/j.nurpra.2020.12.016

Veterans Act of the Netherlands, Act of 11 February 2012 laying down rules on the special duty of care for veterans. *Official Gazette of the Kingdom of the Netherlands*, 2012, 133. https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2012-133

Veterans Decree of the Netherlands, Decree of 19 June 2014 laying down further rules on the special duty of care for veterans. *Official Gazette of the Kingdom of the Netherlands*, 2014, 221. https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2014-221.html

B. Wadham, L. Andrewartha, S. Lawn, I. Onur and L. C. Edney, A scoping review of interventions targeting the mental health of Australian veterans. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2024, 21(6), 796. https://doi.org/10.3390/ijerph21060796

D. Zayats, N. Serohina, O. Bashtannyk, L. Akimova, O. Akimov and A. Mazalov, Economic aspects of public administration and local government in the context of ensuring national security. *Economic Affairs*, 2024, 69(2), 979–988. https://doi.org/10.46852/0424-2513.3.2024.23

Ngo Ngan Ha
PhD, Ho Chi Minh National Academy of Politics (HCMA),
135 Nguyen Phong Sac, Cau Giay Ward, Hanoi, Vietnam;
ngonganha@yahoo.com

Dang Minh Duc
Associate Professor, PhD, Institute for European and American Studies, Vietnam Academy of Social Sciences(VASS)
176 Thai Ha, Dong Da Ward, Hanoi, Vietnam
minhduc_ies@yahoo.com

Trinh Thanh Vinh
MA, Institute of European and Americas Studies, Academy of Social Siences (VASS),
176 Thai Ha, Dong Da Ward, Hanoi, Vietnam;
vinh82eu@gmail.com

Vu Thanh Ha
MA, Institute of European and Americas Studies, Academy of Social Siences(VASS),
176 Thai Ha, Dong Da Ward, Hanoi, Vietnam;
thanhhavu1980@gmail.com

Nguyen Bich Thuan
PhD, Faculty of Business Administration, Academy of Finance;
58 Le Van Hien Street, Dong Ngac Ward, Hanoi, Vietnam;
nguyenbichthuan@hvtc.edu.vn

Institutional Fragmentation and Administrative Coordination in Vietnam's Green and Digital Transformation: A Legal and Governance Analysis

Abstract

Green and digital transformation in Vietnam is governed through a dense combination of legislation, administrative decisions, national strategies, ministerial mandates and central-local implementation arrangements[1] [2]. This article exami-

1 This article is a result of the research project: "Governance Institutions and Development Policies in France, Germany, and Canada in the Context of the Twin Green and Digital Transition: Implications for Vietnam", Institute for European and Americas Studies, Vietnam Academy of Social Sciences. The author declares no conflict of interest relevant to the arguments presented in this article.

2 Acknowledgements**:** The article is the research result of project: "Governance Institutions and Development Policies in France, Germany, and Canada in the Context of

nes how the legal and institutional allocation of administrative competences shapes cross-sectoral coordination between the two transformations. It uses an explanatory embedded case study and theory-guided qualitative content analysis of twenty core legal and policy instruments adopted between 2020 and 2025. The analysis distinguishes structural, policy, informational, resource and territorial fragmentation while also differentiating binding legal norms from administrative decisions and strategic instruments. The findings show that Vietnam has developed strong strategic convergence and vertical mobilisation, but legal and administrative integration remains uneven. Ministerial reorganisation, steering bodies, task matrices and data reforms improve agenda setting, convening and oversight more consistently than they establish reciprocal decision rights, common appraisal criteria, interoperable administrative routines or shared accountability for combined outcomes. The article conceptualises this configuration as coordination layering, in which horizontal coordinating mechanisms are added over legally differentiated vertical systems of competence and accountability. It argues that strategic centralisation is not equivalent to administrative integration and that organisational consolidation alone does not remove cross-sectoral legal interfaces. The study contributes to administrative-law and public-governance scholarship by showing how the legal force of instruments, the allocation of competence and the design of accountability condition the depth of coordination. For practice, it identifies selective legal and administrative integration at high-dependency interfaces as a more proportionate response than further organisational merger or an additional umbrella strategy.

Keywords: institutional fragmentation - administrative coordination - administrative law - green and digital transformation - Vietnam

Index: 1. Introduction. - 2. Literature Review and Legal-Institutional Framework. - 3. Research Design and Methods. - 4. Findings. - 5. Discussion. - 6. Conclusions.

1. Introduction

Green and digital transformations are not only policy programmes but also legal-administrative projects. They cut across the sectoral architecture through

the Twin Green and Digital Transition: Implications for Vietnam" under the Institute for European and Americas Studies, Vietnam Academy of Social Sciences (VASS)

which public authority is allocated and exercised. Decarbonisation connects energy, transport, industry, land, finance and skills[3], while digitalisation connects public services, data, infrastructure, innovation and regulation. Their interaction therefore creates recurrent administrative interfaces involving public investment, permits, enterprise records, procurement, technical standards and performance indicators. The central question is not simply whether ministries communicate, but whether the legal and institutional arrangements governing competence, information and accountability enable specialised authorities to take coordinated decisions whose effects cross portfolio boundaries[4].

Vietnam provides a revealing setting for this inquiry. Since 2020, the state has adopted major instruments on digital transformation, green growth, climate policy, environmental protection and national data, while the 2025 reorganisation of government redistributed significant ministerial competences. International diagnostics likewise treat the green and digital transitions[5] as central to productivity[6], resilience[7] and administrative capability[8]. Yet a strong centre can assign tasks rapidly while legally differentiated mandates, reporting chains, information systems and resources remain separated. Existing studies illuminate Vietnamese administrative reform[9], energy transition[10] and the emerging twin-transition agenda[11], but they do not systematically examine how the legal allocation of com-

3 Jordan, A., Lenschow, A. 2010. *Environmental Policy Integration: A State of the Art Review*, Environmental Policy and Governance, 20(3), 147-158.

4 Head, B.W., Alford, J. 2015. *Wicked Problems: Implications for Public Policy and Management*, Administration & Society, 47(6), 711-739.

5 World Bank. 2025. *Viet Nam 2045: Growing Greener—Pathways to a Resilient and Sustainable Future*, Washington, DC, World Bank.

6 Lenain, P., Westmore, B., Vu, Q.H., Nguyen, M.C. 2023. *Unleashing Strong, Digital and Green Growth in Viet Nam*, OECD Economics Department Working Papers, No. 1770, Paris, OECD Publishing.

7 World Bank. 2022. *Vietnam Country Climate and Development Report*, Washington, DC, World Bank.

8 World Bank. 2021. *Digital Vietnam: The Path to Tomorrow*, Washington, DC, World Bank.

9 Painter, M. 2003. *Public Administration Reform in Vietnam: Problems and Prospects*, Public Administration and Development, 23(3), 259-271.

10 Urban, F., Siciliano, G., Wallbott, L., Lederer, M., Nguyen, A.D. 2018. *Green Transformations in Vietnam's Energy Sector*, Asia & the Pacific Policy Studies, 5(3), 558-582.

11 Nguyen, K.H. 2026. *Parallel Transformations, Converging Practice: The Politics of Justice in Vietnam's Green and Digital Transformations*, Politics and Governance, 14, Article 12290.

petence conditions the depth of cross-sectoral coordination.

This article asks how the legal and institutional allocation of administrative authority shapes coordination between Vietnam's green and digital transformations. It argues that strategic convergence coexists with differentiated legal and administrative subsystems. Executive authority is comparatively effective at mobilisation, assignment and reporting, but less effective where coordination requires reciprocal decision rights, common appraisal criteria, interoperable data, synchronised resources and shared accountability. The article therefore treats law not merely as documentary evidence but as part of the causal architecture through which administrative boundaries are created, preserved and potentially bridged.

Treating the two transformations as a single administrative problem does not imply that they share the same technologies, constituencies or time horizons. It means that government repeatedly makes decisions in which the two agendas are jointly implicated. A public cloud procurement affects energy demand and technological sovereignty; an emissions registry depends on data standards and organisational access; support for industrial digitalisation can either accelerate resource efficiency or lock firms into carbon-intensive production. These interfaces convert an apparently sectoral policy problem into a problem of public authority who must consider the external effects, which information must travel across organisational boundaries, and who is accountable when no single portfolio controls the combined result?

This administrative perspective moves the analysis beyond assessments of whether Vietnam has ambitious green or digital targets. Ambition at the level of national strategy can coexist with weak coupling in implementation. The distinction is especially important in developmental administrations, where central leadership can produce rapid policy proliferation and high compliance with reporting requirements. Visible activity may indicate mobilisation, yet it does not reveal whether ministries revise investment criteria, exchange decision-ready information or jointly manage implementation risks. The empirical task is therefore to trace the administrative connections created by policy instruments rather than infer coordination from political commitment.

The Vietnamese case is analytically relevant beyond one national system because it isolates a problem common to unitary and development-oriented administrations. Formal concentration of political authority does not eliminate legal specialisation within government. Ministries retain differentiated statutory functions, provinces implement multiple national programmes, and cross-cutting objectives must be translated through instruments of different legal force. The case therefore provides leverage for distinguishing central steering from legal-administrative integration without assuming that institutional plurality is itself a defect.

Three contributions follow. Empirically, the article reconstructs the legal and administrative architecture created by the principal national instruments adopted during 2020-2025. Analytically, it distinguishes five forms of fragmentation and matches them to the capacities required to bridge the relevant legal or administrative boundary. Theoretically, it develops coordination layering as the addition of horizontal coordinating arrangements over vertical systems of competence and accountability that continue to govern operational choices. This concept explains why coordination reforms may improve mobilisation and oversight without producing equivalent changes in decision rights, data semantics, resource rules or responsibility for combined outcomes.

2. Literature Review and Legal-Institutional Framework

Institutional fragmentation and coordination are best understood as mutually constitutive. Fragmentation identifies the boundaries at which interdependent action is separated; coordination identifies the capacities through which those boundaries are made governable. Neither concept has a uniformly negative or positive meaning. Specialisation preserves expertise, legal responsibility and professional standards, while coordination consumes attention and can blur accountability. The relevant public-administration question is not whether boundaries should disappear, but whether the state possesses mechanisms proportionate to the interdependencies it has chosen to govern.

2.1. Institutional fragmentation in public administration

Specialisation supports expertise and control, but it becomes fragmenting when interdependent decisions are distributed among arenas without adequate connective rules. Fragmentation is relational, not a count of organisations several bodies may coordinate through complementary mandates, whereas one hierarchy may remain fragmented when units optimise separate targets. Five dimensions are distinguished here-structural authority, policy goals and instruments, information and indicators, resources and expertise, and national-local implementation. They can reinforce one another a joint strategy remains weak if data and budgets reward portfolio-specific outputs[12].

The relational definition avoids two common errors. The first equates fragmentation with organisational plurality. A network of agencies may be highly integrated when decision rules are complementary, whereas a consolidated ministry may reproduce separate chains of command, databases and professional jurisdictions. The second treats fragmentation as a static structural fact. It is also produced through policy instruments to separate eligibility rules, incompatible classifications, different budget cycles and indicators that reward one programme without registering spillovers in another. Accordingly, the locus of fragmentation may move even when the organisational chart is unchanged.

The five dimensions capture different administrative resources. Structural fragmentation concerns authority and decision rights; policy fragmentation concerns objectives and instrument design; informational fragmentation concerns the meanings, identifiers and access rules that make evidence reusable; resource fragmentation concerns finance, staff and expertise; territorial fragmentation concerns the translation of national policy across places with unequal capacity. The dimensions are analytically separate but causally connected. For example, an unowned interministerial interface can prevent agreement on common metadata, which in turn inhibits joint budgeting because expected outputs cannot be compared. Analysis must therefore consider configurations and sequences rather than score each dimension in isolation.

12 Peters, B.G. 1998. *Managing Horizontal Government: The Politics of Co-ordination*, Public Administration, 76(2), 295-311.

2.2. Cross-sectoral coordination, policy coherence and integration

Coordination aligns organisational decisions; coherence concerns compatibility among policies; integration redesigns action around a cross-cutting problem[13]. A committee is therefore evidence that interdependence is recognised, not that it is resolved. Whole-of-government arrangements often sit above vertical accountability[14], while integrated strategies matter only when they alter objectives, instruments and responsibility[15]. Because full institutional integration may erode specialised expertise, coordination mechanisms should be assessed according to proportionality whether they provide the degree and form of linkage required to manage the specific interdependence concerned[16].

Coordination also varies by administrative level. At the strategic level, leaders establish a common direction and legitimate cross-sectoral attention. At the programmatic level, organisations reconcile objectives, instruments and schedules. At the operational level, frontline and technical units use shared data, procedures and escalation rules in recurrent decisions. Success at one level does not automatically descend to the next. Strategic declarations can produce a proliferation of plans, while operational collaboration can emerge informally despite weak strategic integration. A robust assessment therefore asks where the mechanism operates and through which decision process its effects should travel.

Coherence and integration provide stricter tests. Coherence exists when the objectives and effects of separate policies are mutually compatible; integration exists when the cross-cutting problem shapes the design and implementation of those policies[17]. For a twin transformation, mentioning digital technology in a green plan is less demanding than requiring digital investments to internalise

13 Cejudo, G.M., Michel, C.L. 2017. *Addressing Fragmented Government Action: Coordination, Coherence, and Integration*, Policy Sciences, 50(4), 745-767.

14 Christensen, T., Lægreid, P. 2007. *The Whole-of-Government Approach to Public Sector Reform*, Public Administration Review, 67(6), 1059-1066.

15 Candel, J.J.L. 2017. *Holy Grail or Inflated Expectations? The Success and Failure of Integrated Policy Strategies*, Policy Studies, 38(6), 519-552.

16 Bouckaert, G., Peters, B.G., Verhoest, K. 2010. *The Coordination of Public Sector Organizations: Shifting Patterns of Public Management*, Basingstoke, Palgrave Macmillan.

17 Candel, J.J.L. 2017. *Holy Grail or Inflated Expectations? The Success and Failure of Integrated Policy Strategies*, Policy Studies, 38(6), 519-552.

energy and material impacts[18]. Reciprocity is thus a useful observable if both policy communities must adjust criteria, share evidence and accept review by the other, the interface is more likely to be substantively integrated.

The proportionality principle tempers an unrealistic preference for maximum integration. Not every interaction warrants pooled budgets or joint authority. Low-dependency tasks may require only information exchange; recurrent conflicts may require binding escalation; shared assets require common governance; and combined outcomes require joint accountability. This mechanism-matching approach makes it possible to identify under-coordination without assuming that a new central body or organisational merger is the universal solution.

2.3. Central steering and coordination in a unitary state

Fragmentation is not confined to federal or decentralised systems. In a unitary state, the centre may promulgate common priorities while ministries and provinces implement them through several vertical chains. Vietnam's planning tradition enables rapid mobilisation but can multiply plans when operational trade-offs remain unresolved[19]. Compliance with a central assignment is thus different from integrating the rules used by specialised agencies[20]. Ministerial consolidation may lower transaction costs, yet legacy objectives, data and budgets can reproduce silos inside a larger organisation.

Unitary states can be vertically cohesive and horizontally segmented at the same time. Legal authority may be concentrated, but administrative knowledge and implementation resources remain distributed among ministries, public organisations and territorial governments. Strong vertical accountability encourages each chain to demonstrate completion of assigned tasks; it does not necessarily reward the negotiated adjustment required at an interface. When several national

18 Jordan, A., Lenschow, A. 2010. *Environmental Policy Integration: A State of the Art Review*, Environmental Policy and Governance, 20(3), 147-158.

19 Benedikter, S., Nguyen, L.T.P. 2018. *Obsessive Planning in Transitional Vietnam: Understanding Rampant State Planning and Prospects of Reform*, Journal of Vietnamese Studies, 13(4), 1-47.

20 Painter, M. 2003. *Public Administration Reform in Vietnam: Problems and Prospects*, Public Administration and Development, 23(3), 259-271.

agendas reach provinces through parallel instructions, local authorities become the de facto integrators even though they may lack the discretion, staff or data needed to reconcile them.

This creates a distinctive test for central steering. If hierarchy is sufficient, common priorities should generate corresponding changes in instruments and routines. If it is not, evidence will show a gap between assignment and integration to numerous duties and reporting requirements but limited joint appraisal, common semantics or resource coupling. Vietnam's 2025 ministerial consolidation sharpens the test because it removes selected organisational boundaries while allowing examination of whether the underlying administrative subsystems are also recombined.

2.4. Legal architecture of administrative coordination in Vietnam

The legal meaning of coordination depends on the distinction between political direction, legally allocated administrative competence and programmatic implementation. In Vietnam, the Government and Prime Minister provide central executive direction, while ministries and ministerial-level agencies exercise specialised functions assigned by law and government decrees. The Law on Organization of the Government No. 63/2025/QH15 is therefore important not simply as background legislation but as part of the institutional architecture that structures who may decide, direct, delegate and coordinate within central administration[21].

Cross-sectoral transformation creates legal interfaces because the same administrative object can activate several specialised competences. A digital public-infrastructure investment may involve technology standards, public investment, budget authority, cybersecurity, land or environmental requirements. Fragmentation in such settings does not necessarily mean conflicting law. It can arise from the lawful distribution of different competences among authorities whose decisions are interdependent. Coordination consequently has a legal dimension whenever effective action requires consultation, concurrence, information sharing, escalation or a modification of the procedure through which a competent autho-

21 National Assembly of Vietnam. 2025. *Law on Organization of the Government No. 63/2025/QH15*, 18 February 2025, effective 1 March 2025.

rity reaches its decision.

The central-local dimension has also changed materially. The Law on Organization of Local Government No. 72/2025/QH15 provides the post-2025 framework for local-government organisation and the exercise of territorially allocated public authority. For the purposes of this article, its significance lies in the distinction between downward assignment and legally sustainable implementation. National strategies can impose common objectives, but their substantive coordination effect depends on whether local authorities possess adequate competence, information, staff, fiscal capacity and channels for upward feedback. Territorial fragmentation is therefore partly a problem of administrative capacity and partly a problem of how national duties are legally and procedurally translated into local action[22].

Steering bodies occupy an intermediate position. They can integrate agendas politically, convene ministries, monitor progress and escalate unresolved issues, but their existence does not automatically transfer the statutory competence of participating authorities. Decision No. 929/QD-TTg of 15 May 2025 illustrates this distinction by reorganising the Government's steering architecture for science and technology development, innovation, digital transformation and Project 06. The analytical test is therefore whether a steering arrangement changes decision rights or mandatory procedures, or instead coordinates actors while leaving the underlying legal competence untouched[23].

2.5. A multidimensional legal-governance framework

Table 1 treats coordination as substantive when it changes decision rights, instrument design, reusable information, resource allocation or joint accountability. Procedural mechanisms remain important precursors, but their effect depends on whether repeated interaction modifies later decisions. This approach evaluates function rather than organisational label and follows comparative work

22 National Assembly of Vietnam. 2025. *Law on Organization of Local Government No. 72/2025/QH15*, 16 June 2025, effective 16 June 2025.

23 Prime Minister of Vietnam. 2025. *Decision No. 929/QD-TTg establishing the Government Steering Committee on science and technology development, innovation, digital transformation and Project 06*, 15 May 2025.

showing that coordination reforms have uneven depth[24].

The framework separates the existence of a coordination mechanism from its administrative depth. Communication and consultation are procedural when they increase awareness without binding subsequent choices. Task allocation clarifies responsibility but may leave interacting instruments unchanged. Substantive coordination becomes visible when actors share decision rights, adopt reciprocal criteria, create reusable information, link resources to combined outputs or accept accountability for an outcome that no portfolio can deliver alone. These indicators make documentary analysis more discriminating than a binary coordinated-fragmented classification.

The framework also permits cross-dimensional inference. A committee may be a structurally appropriate response to an unowned interface but an informationally insufficient response to incompatible data. Conversely, an interoperable platform may connect records while policy incentives continue to generate incompatible action. The analysis therefore examines whether Vietnam's mechanisms reach the dimension that produces a recurrent dependency and whether gains in one dimension are transmitted to others.

Table 1. Fragmentation-coordination legal-governance framework

Dimension	Fragmenting condition	Required legal-administrative capacity	Substantive evidence
Structural	Competences overlap or leave an interface without a clear owner	Focal authority, mandatory consultation and binding escalation	Conflicts are assigned and resolved through an identifiable procedure
Policy	Goals and instruments are developed in parallel	Joint planning and reciprocal appraisal	One portfolio adjusts decisions in response to legally or procedurally relevant criteria from another
Information al	Indicators and datasets cannot support joint decisions	Shared semantics, access rights, stewardship and monitoring	Reusable data, common identifiers and authoritative rules for correction and reliance
Resource	Budgets and expertise follow separate programmes	Linked finance and pooled or shared capacity	Resources follow combined outcomes or recognised cross-sectoral obligations
Territorial	National duties exceed	Differentiated support, clear	Implementation

24 Trein, P., Maggetti, M. 2020. *Patterns of Policy Integration and Administrative Coordination Reforms: A Comparative Empirical Analysis*, Public Administration Review, 80(2), 198-208.

	or ignore local competence and capability	delegation and upward learning	experience changes central design or support arrangements

Source: Author's elaboration.

Two expectations guide the analysis. First, executive authority should coordinate structures, assignments and reporting more readily than it can integrate information, resources and legally differentiated decision rights. Second, horizontal mechanisms added without corresponding changes in competence and accountability should tend to layer over, rather than replace, fragmented routines.

3. Research Design and Methods

3.1. Case selection and units of analysis

The study uses an explanatory embedded single-case design. Vietnam combines centralised strategy-making, specialised ministerial administration and territorially dispersed implementation, making it a critical case for testing whether hierarchy produces integration. Embedded units are the interfaces at which green and digital agendas meet to strategy, institutional authority, data governance, public investment and provincial implementation. The purpose is analytical explanation, not statistical representativeness[25].

Case selection is theory-driven. Vietnam is not presented as representative of all unitary or socialist-oriented administrations. It is a demanding case for the proposition that concentrated executive authority can overcome fragmentation because national leaders possess strong agenda-setting and assignment powers. Evidence of persistent operational separation under these conditions would indicate that political centralisation and administrative integration are conceptually distinct. At the same time, the country's scale, provincial diversity and developmental ambitions make its coordination challenges relevant to other middle-income states.

The embedded units prevent the study from treating an entire national policy field as a single observation. Each interface represents a recurrent class of ad-

25 Yin, R.K. 2018. *Case Study Research and Applications: Design and Methods*, 6th ed., Thousand Oaks, SAGE Publications.

ministrative decision the alignment of objectives; allocation of authority; production and reuse of information; selection and financing of investments; and translation into provincial action. The analysis compares patterns across these units and seeks mechanisms that explain their variation.

3.2. Documentary corpus and hierarchy of instruments

The study draws on a purposively selected corpus of twenty national legal and policy instruments governing digital transformation, green growth, climate action, environmental protection, data governance and the allocation of administrative responsibilities. The corpus comprises binding legislation, decrees defining ministerial functions, prime-ministerial decisions establishing programmes and coordinating bodies, national strategies and action plans, high-level political direction and Vietnam's updated climate commitment. Three 2025 instruments are particularly important for the legal-governance analysis: the Law on Organization of the Government No. 63/2025/QH15, the Law on Organization of Local Government No. 72/2025/QH15 and Decision No. 929/QD-TTg reorganising the Government's digital-transformation steering architecture. These primary materials are supplemented by four OECD and World Bank diagnostic reports, which provide contextual evidence on administrative capacity, digital readiness, implementation constraints and territorial variation.

Documents were selected when they had national relevance and a direct bearing on at least one analytical dimension, including policy objectives, legally allocated competence, organisational authority, information and data governance, financial and technical resources, or central-local implementation. The analysis does not treat all instruments as equivalent. Statutes and organisational decrees establish binding competences and duties, administrative decisions allocate responsibilities and create steering arrangements, while strategies and action plans articulate programme objectives and task matrices. This distinction is essential because a strategic cross-reference has a different legal effect from a statutory duty, a ministerial competence or an enforceable rule governing access to data.

The corpus was constructed in three stages. First, an inventory identified national instruments whose mandates concerned digital transformation, green

growth, climate change, environmental protection, data governance, organisation of government or the functions of lead ministries. Second, instruments were retained only when they allocated competence, assigned responsibility or altered at least one of the analytical dimensions. Third, independent diagnostics were selected to test whether the formal architecture corresponded with reported administrative constraints. Purely sectoral technical standards, speeches, news reports and local plans were excluded because they could not establish the national legal and coordination architecture.

The resulting corpus supports both legal-institutional and policy comparison. Laws establish durable rights, duties and organisational principles. Government decrees specify ministerial competences. Prime-ministerial decisions create programmes, task assignments and steering bodies. Strategies define objectives and implementation principles, while action plans translate them into administrative tasks. Reading these instruments together makes it possible to identify where coordination is legally constituted, where it is only programmatically encouraged and where an interface remains dependent on ad hoc escalation.

For coding purposes, legal effect was recorded separately from policy salience. A provision was coded as competence-allocating only when it assigned or redistributed authority, as procedurally coordinating when it required consultation, concurrence, reporting or escalation, and as programmatic when it expressed an objective or task without altering the legal position of the competent authority. This hierarchy-sensitive coding reduces the risk of treating a strategy, a committee decision and a statutory competence as equivalent evidence of integration.

Table 2. Composition, legal status and analytical use of the documentary corpus

Source group	No.	Coverage	Analytical use
Binding legal framework	5	Environmental protection; electronic transactions; data; organisation of central government; organisation of local government	Rights, duties, competence allocation and access rules
Strategies and action plans	7	Digital transformation, digital economy, green growth, climate and data	Objectives, task matrices, indicators and implementation principles
Coordination-body decisions	3	Digital transformation, green growth and the 2025 Government steering reorganisation	Convening, reporting and escalation architecture
Ministerial-	3	Finance; agriculture and environment; science	Allocation of organisational

function decrees		and technology	competence after the 2025 consolidation
National direction and commitment	2	Resolution No. 57 and updated NDC	Political priority and climate commitment
Independent diagnostics	4	OECD and World Bank reports	Triangulation of capacity and implementation constraints

Source: Author's elaboration.

3.3. Coding and analysis

Theory-guided qualitative content analysis[26] combined deductive and interpretive coding. First-cycle codes recorded the five fragmentation dimensions and corresponding mechanisms; second-cycle coding classified each provision by administrative effect to communication, task allocation, joint decision, instrument adjustment, information integration, resource coupling or vertical learning. A document-by-code matrix[27] compared green and digital instruments and searched for negative cases, particularly provisions that created reciprocal criteria rather than one-directional references.

Coding proceeded in two cycles. The first recorded explicit provisions to lead and coordinating bodies, assigned tasks, deadlines, reporting relations, named datasets, financing clauses and central-local responsibilities. The second interpreted the administrative function of each provision and its depth. A clause was coded as joint decision only when more than consultation was required; information integration required reusable definitions, identifiers or access arrangements; and resource coupling required an explicit connection between funding or expertise and a combined green-digital purpose. These conservative rules reduce the risk of treating broad language as realised capacity.

The document-by-code matrix was then read horizontally and vertically. Horizontal reading compared the treatment of the same interface across green, digital, data and organisational instruments. Vertical reading traced whether a strategic commitment was translated into an action-plan task, an authority rule, an information arrangement and a resource provision. This sequence analysis exposed institutional discontinuities that a frequency count would miss. For exam-

26 Schreier, M. 2012. *Qualitative Content Analysis in Practice*, London, SAGE Publications.

27 Bowen, G.A. 2009. *Document Analysis as a Qualitative Research Method*, Qualitative Research Journal, 9(2), 27-40.

ple, repeated references to databases demonstrate salience but not semantic interoperability or responsibility for maintaining a shared asset.

Negative-case analysis focused on provisions that might contradict the proposed account. The Data Law and the 2025 ministerial mergers could plausibly indicate deep integration; task matrices could create more than procedural alignment. These cases were retained and assessed against the substantive indicators rather than discounted. The interpretation consequently distinguishes unrealised potential from absence data reforms and consolidation create enabling conditions, but their coordinating effect depends on subsequent operational rules.

3.4. Scope, reliability and limitations

The analysis concerns formal legal and administrative coordination capacity rather than programme outcomes. Document identifiers and dates were cross-checked against official Vietnamese sources, and Vietnamese texts were compared with official English versions when available. The coding log distinguishes the legal status of each instrument and records whether a provision creates a competence, duty, coordinating procedure, information right, financing rule or non-binding strategic commitment. Triangulation with independent diagnostics supports traceability. Nevertheless, formal documents may understate informal bargaining and may overstate implementation, so the findings explain what the legal-administrative architecture enables and leaves unresolved rather than claiming that every formal rule is implemented as written.

Documentary research is appropriate because formal instruments constitute the authority structure under examination, but it cannot show how every provision is enacted. Reliability here means that the path from text to claim is inspectable. Each finding is anchored in a defined category, compared across multiple instruments and checked against independent reports. Translation was handled substantively functional equivalents were used for Vietnamese administrative terms, and claims were not based on isolated lexical differences between language versions.

Three limitations delimit inference. Informal interministerial bargaining may compensate for formal gaps; newly enacted data and organisational reforms may not yet have produced observable routines; and national documents cannot

capture the full diversity of provincial practice. The article therefore does not rank programme performance or attribute environmental and digital outcomes to coordination alone. It identifies the capacities embedded in the formal architecture and derives propositions for interview-based, process-tracing and subnational research.

4. Findings

The findings are presented in two stages. Section 4.1 reconstructs the institutional configuration through which Vietnam's green and digital transformations are governed. Section 4.2 then examines how this configuration generates distinct patterns of policy, structural, informational, resource and territorial fragmentation, as well as the coordination mechanisms developed in response.

4.1. Legal and Institutional Configuration of Green and Digital Transformation in Vietnam

Applying the analytical distinctions developed in Section 2, this section reconstructs the legal and institutional configuration within which green-digital coordination takes place. Four layers are central: the differentiated legal force of instruments and parallel policy architectures, the allocation of administrative competence and cross-government steering, data governance as shared administrative infrastructure, and the 2025 reorganisation of ministerial and central-local authority. Together, these layers establish the baseline for evaluating whether coordination mechanisms alter the rules governing recurrent administrative decisions.

4.1.1. Differentiated legal force and parallel policy architectures

The digital architecture developed through instruments of different legal force. Decision No. 749 established the National Digital Transformation Programme[28], Decision No. 411 specified targets for the digital economy and digital society[29], and the Law on Electronic Transactions strengthened the legal basis for

28 Prime Minister of Vietnam. 2020. *Decision No. 749/QD-TTg approving the National Digital Transformation Programme through 2025, with orientations towards 2030*, 3 June 2020.

29 Prime Minister of Vietnam. 2022. *Decision No. 411/QD-TTg approving the National Strategy for Development of the Digital Economy and Digital Society through 2025, with*

digital processes across sectors[30]. The Data Law subsequently created a more general legal foundation for data governance and reus[31]. These instruments widen the field of digital administration, but implementation continues to depend on the statutory and regulatory competences of specialised ministries and local authorities.

The green and climate architecture follows a comparable but separate sequence. The Green Growth Strategy defines long-term orientations[32], the action plan distributes tasks[33], and the Climate Change Strategy establishes related adaptation and mitigation priorities[34]. The Environmental Protection Law[35] and the updated nationally determined contribution[36] provide legal and international-commitment anchors. Digital technologies appear as enabling instruments for monitoring, modelling and productive transformation, but these references do not themselves transfer competence or create joint decision rights between the green and digital policy communities.

4.1.2. Cross-government coordination and allocation of administrative competence

The legal-administrative architecture combines sectoral competence with apex steering. Earlier arrangements used a dedicated National Committee on Digital Transformation and a separate National Steering Committee on Green Growth. In May 2025, Decision No. 929/QD-TTg reorganised the digital side by

orientations towards 2030, 31 March 2022.

30 National Assembly of Vietnam. 2023. *Law on Electronic Transactions No. 20/2023/QH15*, 22 June 2023.

31 National Assembly of Vietnam. 2024. *Law on Data No. 60/2024/QH15*, 30 November 2024.

32 Prime Minister of Vietnam. 2021. *Decision No. 1658/QD-TTg approving the National Strategy on Green Growth for 2021-2030, with a vision towards 2050*, 1 October 2021.

33 Prime Minister of Vietnam. 2022. *Decision No. 882/QD-TTg approving the National Action Plan on Green Growth for 2021-2030*, 22 July 2022.

34 Prime Minister of Vietnam. 2022. *Decision No. 896/QD-TTg approving the National Climate Change Strategy through 2050*, 26 July 2022.

35 National Assembly of Vietnam. 2020. *Law on Environmental Protection No. 72/2020/QH14*, 17 November 2020.

36 Government of Vietnam. 2022. *Updated Nationally Determined Contribution (NDC)*, Hanoi, Government of Vietnam.

establishing a broader Government Steering Committee for science and technology development, innovation, digital transformation and Project 06[37]. The green-growth steering structure remains distinct. The result is not an absence of coordination but a differentiated allocation of competence in which ministries retain legally defined portfolios while cross-government bodies provide convening, reporting and escalation. The key legal question is therefore whether those bodies merely coordinate the exercise of existing competences or possess procedures capable of changing the decisions taken within specialised portfolios.

4.1.3. Data governance as cross-sectoral administrative infrastructure

Data governance increasingly occupies the legal and institutional space between sectoral systems. The National Data Strategy[38], the Data Law[39] and the plan for data-based direction and administration[40] seek reusable national infrastructure and cross-government access. The Data Law is especially significant because it moves data sharing from a programme aspiration towards a general legal framework. Yet legal access alone does not establish semantic or decisional interoperability. Administrative integration also requires rules identifying authoritative data sources, responsibilities for validation and correction, permissible reuse, and the body empowered to resolve conflicting classifications when the same record is used for environmental, investment or digital-governance purposes.

---

37 Note: Project 06 is Vietnam's national programme for developing and using population data, electronic identification and authentication as core infrastructure for national digital transformation. It supports the transition from paper-based and fragmented administrative records toward digitised, connected and reusable data by linking the National Population Database with public-service platforms and sectoral information systems, thereby enabling online administrative procedures, digital identity, data sharing and more data-driven public administration. Resoure: Prime Minister of Vietnam. 2022. *Decision No. 06/QD-TTg of 6 January 2022 approving the Project on Developing Applications of Population Data, Identification and Electronic Authentication for National Digital Transformation for 2022–2025, with a Vision to 2030*.

38 Prime Minister of Vietnam. 2024. *Decision No. 142/QD-TTg approving the National Data Strategy through 2030*, 2 February 2024.

39 National Assembly of Vietnam. 2024. *Law on Data No. 60/2024/QH15*, 30 November 2024.

40 Prime Minister of Vietnam. 2024. *Decision No. 1012/QD-TTg issuing the action plan for data-based digital transformation of direction and administration for 2024-2025, with orientations towards 2030*, 20 September 2024.

4.1.4. Administrative consolidation and persistent legal interfaces

The 2025 reorganisation strengthened central steering while redistributing legally defined portfolios. Resolution No. 57 linked science, innovation and national digital transformation to a wider development agenda[41]. Decrees No. 29, 35 and 55 placed planning and finance in one ministry[42], agriculture and environment in another[43], and technology and digital transformation in a third[44]. The Law on Organization of the Government No. 63/2025/QH15 provides the broader legal basis for the organisation and operation of central government, while the Law on Organization of Local Government No. 72/2025/QH15 reshaped the framework within which national competences are translated territorially. Organisational consolidation can internalise some negotiations, but it also creates larger internal jurisdictions and leaves the green-digital nexus distributed across several legally distinct portfolios. Coordination has therefore been reorganised rather than rendered unnecessary.

4.2. Patterns of Fragmentation and Coordination

4.2.1. Strategic convergence, asymmetric integration and policy fragmentation

The strategies converge rhetorically and operationally at selected points to green policy uses digital monitoring, databases and innovation, while digital policy promises productivity and modernised governance. Integration is asymmetric, however. Green instruments specify digital enablers more often than digital instruments internalise energy demand, material use or lifecycle emissions. Cross-references rarely become reciprocal appraisal criteria. Policy fragmentation there-

41 Communist Party of Vietnam. 2024. *Resolution No. 57-NQ/TW on breakthroughs in the development of science, technology, innovation and national digital transformation*, 22 December 2024.

42 Government of Vietnam. 2025. *Decree No. 29/2025/ND-CP defining the functions, tasks, powers and organisational structure of the Ministry of Finance*, 24 February 2025.

43 Government of Vietnam. 2025. *Decree No. 35/2025/ND-CP defining the functions, tasks, powers and organisational structure of the Ministry of Agriculture and Environment*, 25 February 2025.

44 Government of Vietnam. 2025. *Decree No. 55/2025/ND-CP defining the functions, tasks, powers and organisational structure of the Ministry of Science and Technology*, 2 March 2025.

fore persists not because objectives conflict openly, but because separate plans can claim alignment without requiring adjustment of instruments at their interface.

Strategic convergence is genuine rather than purely rhetorical. Both agendas connect transformation to productivity, innovation, resilience and improved public management, and both identify data-intensive technologies as implementation resources. The green action plan assigns digital databases and monitoring tasks, while the digital programme encourages sectoral transformation. This shared vocabulary provides political permission for collaboration and helps organisations interpret the agendas as complementary rather than competing.

The asymmetry becomes visible when policy criteria are examined. Green instruments ask digital systems to support environmental goals, but digital instruments seldom require an ex ante assessment of electricity use, equipment lifecycles, rebound effects or climate resilience. Similarly, digitalisation may be listed as a means of modernising production without a rule requiring the resulting productivity gains to reduce resource intensity. The interface is therefore enabling rather than reciprocal one agenda borrows tools from the other, but each retains independent standards of success. Reciprocal mainstreaming would require both sides to modify appraisal and monitoring rules.

4.2.2. Structural fragmentation, competence allocation and horizontal coordination

Prime-ministerial steering bodies, focal ministries and task matrices provide substantial convening and escalation capacity. They clarify administrative ownership and enable the centre to demand progress from ministries and local governments. Structural fragmentation nevertheless persists where legally allocated competences intersect but no standing rule specifies joint decision rights, mandatory consultation, concurrence or an authoritative escalation route. The 2025 mergers reduce some external organisational boundaries, but legal-administrative integration depends on whether internal mandates, delegated authority and accountability are redesigned rather than on a change of organisational name alone.

Apex coordination is particularly effective for bounded tasks that can be assigned to one lead authority. Cross-sectoral dependencies are different because

responsibility cannot be clarified simply by naming a lead ministry. Sustainable digital infrastructure, environmental data reuse, green-finance verification and public-investment appraisal can require several bodies to exercise distinct competences over the same administrative object. Without a rule defining which decisions require reciprocal review and how disagreement is resolved, coordination remains dependent on escalation rather than embedded in ordinary administrative procedure.

The legal significance of this distinction is that coordination bodies do not automatically displace the statutory or regulatory competence of ministries. A committee may convene, monitor and recommend while the legally competent authority retains the final decision. Such a design can be entirely appropriate, but it should not be described as integration unless the coordinating arrangement changes the procedure, evidentiary obligations or accountability attached to the underlying decision. This is why competence allocation is a more discriminating indicator than the number or political level of coordinating bodies.

4.2.3. Informational fragmentation and the unrealised coordinating role of data

Data reform offers the strongest general-purpose bridge. The Data Law[45], National Data Strategy[46] and data-based direction plan[47] establish sharing, infrastructure and administrative reuse. However, interoperability has technical, semantic and institutional layers. The documents do not define a joint green-digital indicator set, common metadata for core environmental-economic records, or responsibility for resolving incompatible classifications. A platform can therefore transmit data while agencies continue to interpret performance through portfolio-specific concepts.

---

45 National Assembly of Vietnam. 2024. *Law on Data No. 60/2024/QH15*, 30 November 2024.

46 Prime Minister of Vietnam. 2024. *Decision No. 142/QD-TTg approving the National Data Strategy through 2030*, 2 February 2024.

47 Prime Minister of Vietnam. 2024. *Decision No. 1012/QD-TTg issuing the action plan for data-based digital transformation of direction and administration for 2024-2025, with orientations towards 2030*, 20 September 2024.

The distinction between technical, semantic and institutional interoperability is decisive. Technical interoperability allows systems to exchange records. Semantic interoperability ensures that variables, classifications and identifiers have the same operational meaning. Institutional interoperability determines which body may access, correct, combine and rely on the data for an authoritative decision. Brazilian municipal evidence shows that parallel information systems and fragmented supplier arrangements can obstruct transformation even when digital tools are widely adopted. Vietnam's national data reforms address the technical foundation most directly but leave important semantic and institutional choices to implementing rules.[48]

Environmental-economic data illustrate the consequence. Investment, land, enterprise, energy and emissions records are produced under different legal purposes and update cycles. A shared platform can connect these records, but a joint appraisal also requires stable identifiers, quality responsibilities and rules for resolving inconsistent values. Without those arrangements, agencies can report through the same infrastructure while retaining different evidentiary bases. Informational fragmentation is therefore not simply a shortage of data; it is an absence of agreement about which data can legitimately coordinate action.

The same reasoning applies to indicators. Separate scorecards create visibility and competition, but they can encourage optimisation within each agenda. A combined indicator set need not replace specialised measures. It should identify a limited number of interfaces such as the energy performance of public digital infrastructure, digital coverage of emissions measurement and the reuse of environmental data in investment decisions to where responsibility for an integrated result can be assigned and reviewed.

4.2.4. Resource fragmentation and weak coupling of policy instruments

Green and digital programmes mobilise public budgets, investment, credit and private finance, but resources remain attached mainly to separate programmes. The corpus contains little specification of joint budget tagging, pooled ex-

48 Azevedo, R.R. de, Lino, A.F., Carrara, L.G.C., Aquino, A.C.B. de, Cardoso, R.L. 2025. *Interoperabilidade dos sistemas de gestão financeira em prefeituras e oportunidades para transformação digital*, Revista de Administração Pública, 59(2), e2024-0249.

pertise, lifecycle funding for shared data assets or mandatory green-digital appraisal of major investments. This matters because coordination without resources shifts integration costs to implementing agencies. It also leaves instrument interactions unmanaged a digital investment can satisfy service targets without an energy-efficiency test, while environmental monitoring can be mandated without sustained financing for interoperable systems.

Resource coupling is the least developed dimension in the corpus. General clauses permit mobilisation from state budgets, private investment and other lawful sources, but they rarely define how an expenditure serving both agendas is selected, tagged or evaluated. Because ministries and provinces defend programme specific appropriations, the benefits of integration may accrue to one portfolio while implementation costs fall on another. This fiscal externality weakens incentives to develop shared systems or maintain joint expertise.

Lifecycle funding is especially important for digital coordination assets. Initial capital can build a platform, but semantic maintenance, cybersecurity, data quality and user support require recurrent expenditure. Conversely, green finance verification depends on digital infrastructure whose cost is not incidental to environmental policy. Joint appraisal and budget tagging would make these interdependencies visible without requiring a pooled fund for every activity. The key capacity is to ensure that combined administrative value enters resource decisions rather than remains an unfunded expectation.

4.2.5. Territorial fragmentation and the asymmetry of vertical coordination

National plans require ministries and provinces to issue implementation programmes and reports, producing strong downward mobilisation. Uniform assignments nevertheless meet unequal technical staff[49], fiscal space, data maturity[50] and infrastructure[51]. Existing indices and reporting mechanisms make local

49 Lenain, P., Westmore, B., Vu, Q.H., Nguyen, M.C. 2023. *Unleashing Strong, Digital and Green Growth in Viet Nam*, OECD Economics Department Working Papers, No. 1770, Paris, OECD Publishing.

50 World Bank. 2021. *Digital Vietnam: The Path to Tomorrow*, Washington, DC, World Bank.

51 World Bank. 2022. *Vietnam Country Climate and Development Report*, Washington, DC, World Bank.

performance visible but provide weaker arrangements for differentiated support and upward learning. Provinces may thus be asked to integrate multiple national agendas locally without comparable access to expertise or a stable channel through which administrative burdens alter central design.

Vertical steering communicates national priorities effectively, yet it can transfer coordination costs downward. Provincial authorities receive multiple targets and data requests, then must reconcile them with local investment pipelines, staff and information systems. Where local units have mature digital infrastructure and technical expertise, national tasks may catalyse innovation. Where capacity is weaker, the same tasks can produce formal plans and uneven data quality. Uniform assignment therefore creates unequal substantive capability even when compliance rates appear similar.

A stronger vertical mechanism would combine common national standards with differentiated implementation support. Shared service components, regional technical pools and staged requirements could reduce duplication, while structured feedback would allow provincial experience to alter central instruments. This resembles the transformative capacity identified in Brazilian social-policy expansion, where central action depended on organisational learning and the construction of municipal bureaucratic capability rather than command alone. The institutional systems differ, but the administrative lesson travels to territorial integration requires capability-building and upward adaptation[52].

4.2.6. Cross-dimensional synthesis

Across dimensions, coordination is deepest where authority can assign tasks and require reports, and shallower where repeated decisions depend on reciprocal criteria, shared semantics, linked resources or feedback. The formal architecture is not uncoordinated; it is selectively coordinated. Structural and procedural responses partially compensate for policy fragmentation but do not consistently penetrate its informational and resource bases. This configuration explains how visible strategic convergence can coexist with operational differentia-

52 Sátyro, N.G.D., Cunha, E.M.S. 2018. *The Transformative Capacity of the Brazilian Federal Government in Building a Social Welfare Bureaucracy in the Municipalities*, Revista de Administração Pública, 52(3), 363-385.

tion and why counting committees would overestimate whole-of-government capacity.

Table 3. Observed fragmentation, coordination response and administrative depth

Dimension	Fragmenting pattern	Observed response	Legal-administrative assessment
Structural	Separate competences and oversight chains	Apex steering, focal ministries and 2025 mergers	Strong convening; limited standing joint-decision procedures
Policy	Parallel goals, instruments and appraisal criteria	Cross-references and task matrices	Strategic convergence; asymmetric reciprocal mainstreaming
Informational	Different indicators, classifications and data responsibilities	Data Law, national data infrastructure and sharing duties	Stronger legal basis for reuse; semantic and institutional gaps remain
Resource	Programme-specific budgets and expertise	General mobilisation and assigned implementation	Weak joint tagging, lifecycle funding and shared capacity
Territorial	Uneven local capability and parallel national demands	Plans, scorecards and vertical reporting	Strong downward mobilisation; weaker differentiated support and upward learning

Source: Author's elaboration based on the documentary analysis.

5. Discussion

5.1. Why coordination does not automatically overcome fragmentation through administrative complexity, competence and procedure

The findings support a mechanism-matching explanation of coordination. Convening can reduce communication failures and task matrices can clarify administrative responsibility, but neither necessarily resolves conflicting competences, incompatible instruments, non-comparable information or separate resource incentives. Substantive coordination emerges only when the coordinating mechanism reaches the particular legal or administrative boundary that produces the dependency. This reinforces the distinction between coordination, coherence

and integration. An administration may be procedurally coordinated at the level of meetings, reporting and task allocation while the legal and administrative conditions governing recurrent decisions remain weakly integrated[53].

This distinction becomes clearer when coordination is approached as a problem of administrative decision-making rather than simply as a problem of organisational communication. As Perfetti argues in analysing complex administrative decisions, contemporary administration must process multiple interests, facts and legal norms before a legitimate public decision can be reached. Administrative procedure is therefore not merely a sequence of formal steps. It performs the institutional function of identifying relevant interests, organising knowledge, attributing responsibility and reducing complexity through legally recognisable decision-making operations[54]. From this perspective, fragmentation persists when coordination mechanisms improve communication around a decision but do not alter who is competent to decide, which interests and evidence must be considered, how disagreement is processed and who bears responsibility for the resulting administrative act.

This point is especially important in systems characterised by strong central steering. High-level coordination can accelerate mobilisation and overcome administrative delay, but acceleration should not be confused with substantive integration. Napolitano's analysis of complex administrative decisions shows that mechanisms designed to privilege a dominant national objective and overcome dissent may simplify the route to a decision without necessarily reconciling the plurality of public interests implicated in that decision[55]. Applied to Vietnam, this suggests that prime-ministerial steering bodies and centrally assigned priorities can be highly effective in setting direction and escalating unresolved matters, while still leaving the interaction between legally differentiated sectoral competences insufficiently specified. The analytical question is therefore not whether the centre possesses authority, but whether that authority is translated into pro-

53 Cejudo, G.M., Michel, C.L. 2017. *Addressing Fragmented Government Action: Coordination, Coherence, and Integration*, Policy Sciences, 50(4), 745–767.

54 Perfetti, L.R. 2023. *Complexity, Discretion, Public Interest*, P.A. Persona e Amministrazione, 12(1), 1–31.

55 Napolitano, C. 2023. *Tips on Complex Administrative Decisions: Multiplicity of Interests and Elimination of Dissent*, P.A. Persona e Amministrazione, 12(1), 33–89.

cedures capable of coordinating the exercise of specialised administrative powers.

Mechanism mismatch helps explain why extensive institutional activity can coexist with persistent fragmentation. Steering bodies are well suited to agenda setting, monitoring and escalation, but they are costly and often inappropriate venues for routine technical alignment. Data platforms can enable information sharing, yet they cannot by themselves determine which dataset is legally authoritative, which authority may correct it or which evidentiary standard governs its use in an administrative decision. Organisational mergers can reduce external transaction costs, but they do not automatically determine how formerly separate competences are exercised within the enlarged organisation. In each case, reform remains incomplete when the legal-administrative function expected from a coordination mechanism exceeds the competence, procedure or accountability actually attached to it.

The same reasoning applies to administrative efficiency. Celati (2023)[56] argues that managing administrative complexity requires more than procedural simplification. Administrative performance depends on whether organisational arrangements, technical knowledge and decision-making structures are adequate to the complexity of the interests being governed. In the Vietnamese case, this means that the success of green-digital coordination cannot be inferred from the number of steering bodies, plans or digital platforms. It must instead be assessed through the capacity of those arrangements to change recurrent administrative decisions, including investment appraisal, environmental-data use, digital infrastructure planning, resource allocation and central-local implementation.

Coordination is also produced through repeated interaction. Pettinari's analysis of collaborative governance shows that complex public problems require legal and organisational arrangements capable of defining a common project, involving multiple actors and allocating responsibilities across institutional boundaries[57]. Comparative research on intersectoral networks similarly demonstrates

56 Celati, B. 2023. *Managing Complexity: The Efficiency of Administrative Performance and the Reemergence of Economic Planning for the Reconciliation of Strategic Interests of Territories*, P.A. Persona e Amministrazione, 12(1), 145–170.

57 Pettinari, G. 2023. *The Public Functioning Challenge: Collaborative Management as a Governance Strategy. The Case of «Commons» and the Italian Administrative Solution*, P.A.

that implementation depends on relationships and practices that connect actors across formal organisational divisions[58]. Formal design should therefore create stable administrative arenas in which specialised officials can resolve recurrent cases, record shared interpretations, develop common evidentiary standards and revise procedures in light of implementation experience. Apex oversight remains necessary for exceptional disputes and strategic direction, but operational integration cannot be sustained through episodic high-level intervention alone.

The implication is that coordination overcomes fragmentation only when it becomes embedded in ordinary administrative procedure. Communication must be translated into consultation or concurrence where required. Shared data must acquire defined legal and administrative uses. Joint objectives must affect appraisal criteria and resource decisions. Escalation must lead to decisions that clarify subsequent practice. Seen in this way, coordination is not the opposite of fragmentation but a legal and institutional response to interdependence among differentiated competences. This also clarifies the significance of coordination layering identified in this study. Horizontal mechanisms become transformative only when experience generated through coordination feeds back into the rules, procedures and responsibilities governing the underlying administrative systems.

5.2. Strategic centralisation versus legal-administrative integration

Vietnam demonstrates that strategic centralisation and legal-administrative integration are analytically distinct. Hierarchical authority lowers the political cost of setting common priorities and mobilising the administration, but integration requires specialised authorities to coordinate the exercise of legally assigned competences through rules, procedures, evidence and accountability. For a unitary state, the relevant measure is therefore not simply the reach of central command but its conversion into compatible and reusable administrative routines.

The distinction can be restated in institutional terms. Strategic centralisation is the capacity to prioritise, authorise and mobilise. Legal-administrative integration is the capacity to make differentiated competences operate coherently

Persona e Amministrazione, 12(1), 91–121.

58 Canato, P.C., Bichir, R.M. 2021. *Intersetorialidade e redes sociais: A implementação de projetos para população em situação de rua em São Paulo*, Revista de Administração Pública, 55(4), 995–1016.

in recurrent decisions. Public-administration scholarship shows that technical-administrative and relational capabilities are both necessary for cross-organisational implementation. From a legal perspective, those relational capabilities become durable when they are supported by clear competence, procedural obligations, information rights and responsibility for the resulting decision[59].

This conversion problem prevents two opposite inferences. It would be incorrect to treat a centralised state as automatically coherent, because specialised bureaucracies retain knowledge, rules and incentives. It would also be incorrect to interpret operational fragmentation as absence of state capacity, because mobilisation and implementation at scale are themselves significant achievements. Capacity is task-specific. The relevant diagnosis identifies which capacity is missing at which interface and whether the centre can institutionalise it beyond a temporary campaign.

The 2025 reorganisation is therefore an opportunity rather than a completed integration outcome. Larger ministries can reduce inter-organisational transaction costs and combine resources previously separated across portfolios. They can also reproduce silos internally if delegated competences, appraisal procedures, data stewardship and performance accountability remain distinct. The decisive evidence is not merger itself but whether the new legal and administrative arrangements change how cross-portfolio decisions are prepared, reviewed, adopted and supervised.

5.3. Coordination layering as a legal-institutional pattern

Coordination layering occurs when horizontal committees, focal points, task matrices, data platforms and reporting duties are added while legacy systems of legal competence and vertical accountability continue to govern operational choices. Layering is not merely symbolic. It can accelerate mobilisation, expose conflicts and provide an escalation route. Its limitation is cumulative: actors remain accountable to their portfolio hierarchy while also responding to cross-government demands, and the relationship between these obligations may be under-specified. The documentary signature is therefore dense coordination duties

59 Gomide, A. de Á., Pereira, A.K. 2018. *Capacidades estatais para políticas de infraestrutura no Brasil contemporâneo*, Revista de Administração Pública, 52(5), 935-955.

alongside relatively sparse provisions on joint appraisal, common data semantics, linked resources and responsibility for combined outcomes.

The concept adapts but differs from institutional layering in theories of gradual change. Institutional layering concerns the addition of new rules alongside existing ones. Coordination layering refers more specifically to the addition of horizontal connections over differentiated administrative jurisdictions. Its object is the legal and organisational relationship between subsystems. The concept therefore directs attention to whether an added mechanism merely supplements existing procedures or eventually modifies competence, evidentiary rules, resource allocation and accountability[60].

Four observable features distinguish the concept. First, new coordinating structures are additive rather than substitutive. Second, legacy decision rules continue to determine most programme choices. Third, actors face dual accountability to their portfolio hierarchy and to cross-government requests. Fourth, horizontal mechanisms penetrate operational routines unevenly to reporting may be integrated while budgets or data meanings remain separate. These features are visible in Vietnam's combination of apex committees, programme-specific plans, common data ambitions and limited joint appraisal.

Layering can follow two trajectories. Catalytic layering occurs when an added mechanism identifies recurrent dependencies and gradually produces shared procedures, definitions, resource rules and accountability. Stabilising layering occurs when it absorbs coordination demands through meetings and reports while leaving the underlying incentives intact. The latter is not administrative inactivity; it may improve information and political control. Its risk is that visible coordination reduces pressure for deeper redesign and increases transaction costs for actors who must satisfy both old and new systems.

The trajectory depends on conversion mechanisms. A coordination layer becomes catalytic when it can translate experience into revised rules, operates in a bounded decision domain, has access to necessary information and resources, and receives feedback from implementation. It stabilises fragmentation when its

60 Mahoney, J., Thelen, K. 2010. *A Theory of Gradual Institutional Change*, in *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, and Power*, Mahoney, J., Thelen, K. (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 1-37.

mandate is broad, its decisions remain advisory, portfolio systems retain exclusive control over evidence and budgets, and no authority owns the combined outcome. These scope conditions make coordination layering a testable legal-institutional concept rather than a label for every committee-based reform.

5.4. Conditions for substantive coordination

Six conditions follow from the analysis. A high-dependency interface should have a bounded joint objective, an identifiable owner or co-owners, a legally intelligible escalation route, reciprocal appraisal criteria, interoperable definitions and identifiers, and resources linked to joint review. Selective integration should begin where several competences repeatedly converge on the same administrative object rather than through another comprehensive strategy. Priority interfaces include green criteria for digital public infrastructure, digital requirements for emissions monitoring, public-investment appraisal, green-finance verification and coordinated support for local authorities.

The conditions should be designed sequentially. Government first identifies the combined outcome and the authorities whose competences are engaged. It then specifies which decisions require consultation or joint review, what evidence must be shared, which body may resolve disagreement and how responsibility is recorded. Interoperable systems and financing arrangements can then support those legal-administrative procedures. Starting with a platform before defining the decision it serves risks digitalising fragmentation, while establishing another broad committee without a bounded procedural function risks adding administrative burden.

Institutionalisation also requires attention to users. Evidence on Brazil's federal procurement system shows that digital transformation encounters resistance when organisational routines, perceived usefulness and implementation conditions are neglected. Green-digital coordination similarly changes professional discretion and workload. Pilot interfaces should therefore include user participation, training, service standards and a review of administrative burden, not only central mandates and technical specifications[61].

61 Cavalcante, E.F.G., Vilela, B. de A., Ferreira, R.F.C., Souza Júnior, W.C. de. 2025. *Transformação digital no setor público: Resistência do usuário ao sistema de contratações federais*,

5.5. Comparative legal-administrative implications

The framework enables comparison by legal-administrative function rather than by organisational label. Similar committees can exercise very different authority, while an apparently modest rule on mandatory consultation, data access or joint appraisal may coordinate more deeply than an organisational merger. Comparative research should therefore examine how legal systems distribute competence across sectoral authorities, which procedural devices connect those competences and whether central steering changes the rules governing recurrent decisions rather than only the frequency of coordination meetings.

Vietnam is particularly useful for this comparison because concentrated strategic authority coexists with extensive legal and professional specialisation inside the administration. The case suggests that unitary government should not be equated with integrated administration. The relevant comparative variables are the allocation of competence, the legal force of coordinating instruments, the availability of escalation and concurrence procedures, the governance of shared data, resource coupling and the capacity of local implementation experience to modify central rules.

Digital interoperability is an especially revealing domain because it exposes the difference between technical connection and administrative authority. Systems may exchange records while agencies remain governed by different definitions, update cycles, evidentiary standards and legal purposes. Cross-sectoral integration therefore requires not only technical standards but also rules identifying authoritative sources, access rights, correction responsibilities and the administrative consequences of using shared data in a decision.

Three propositions follow. First, strategic centralisation should produce task allocation more readily than reciprocal changes in legal or administrative decision procedures. Second, coordination layers should become catalytic when they govern a bounded decision process and can generate revisions to legacy rules. Third, interoperability should deepen cross-sectoral coordination only when information governance is coupled with competence, accountability and user capability. These propositions can be tested through comparative legal-administrative

studies of cross-cutting transformations in other unitary and development-oriented systems.

6. Conclusion

Vietnam's green and digital transformation is governed through a layered legal-administrative architecture comprising legislation, organisational decrees, prime-ministerial decisions, national strategies, data reforms and central-local implementation arrangements. Strong political direction and administrative mobilisation coexist with differentiated competences, instruments, information systems, resources and territorial capacities. The principal constraint is therefore not an absence of coordination mechanisms but uneven penetration of those mechanisms into the rules governing recurrent administrative decisions.

The article's central contribution is to separate strategic centralisation from legal-administrative integration and to identify coordination layering as a mechanism connecting them. Horizontal structures can coexist with vertical systems that continue to determine competence and accountability. Evaluating coordination therefore requires asking whether a mechanism changes who must participate in a decision, which evidence must be considered, how conflicts are escalated, how resources are linked and who is responsible for a combined outcome.

For practice, selective integration is more proportionate than either a super-ministry or an additional umbrella strategy. Vietnam can institutionalise a limited number of high-dependency interfaces through mandatory reciprocal appraisal, common data-governance rules, identifiable co-ownership and legally intelligible escalation. Such reforms would preserve specialised expertise while reducing the risk that integration costs are displaced onto ministries or local authorities without corresponding competence and resources.

The concept of coordination layering also adds a dynamic perspective. Added horizontal mechanisms can initially generate real mobilisational capacity, but their longer-term effect depends on whether experience from coordination alters the legacy rules governing authority, information, resources and accountability. Catalytic layering gradually converts coordination into ordinary administrative procedure. Stabilising layering absorbs coordination demands through meetings

and reporting while leaving the underlying legal and organisational incentives substantially intact.

The conclusions concern formal architecture rather than implementation outcomes. Interviews, decision-process tracing, budget records, platform-use data and subnational cases are needed to test whether informal practices compensate for documentary gaps and whether the post-2025 reforms convert strong strategic direction into durable legal-administrative integration. The broader implication is methodological: cross-sectoral coordination should be assessed through the legal and administrative decisions it changes, not through the prominence of the body that announces it.

Bibliographic references

Azevedo, R. R. de, Lino, A. F., Carrara, L. G. C., Aquino, A. C. B. de, & Cardoso, R. L. (2025). Interoperabilidade dos sistemas de gestão financeira em prefeituras e oportunidades para transformação digital. Revista de Administração Pública, 59(2), e2024-0249. https://doi.org/10.1590/0034-761220240249

Benedikter, S., & Nguyen, L. T. P. (2018). Obsessive planning in transitional Vietnam: Understanding rampant state planning and prospects of reform. Journal of Vietnamese Studies, 13(4), 1-47. https://doi.org/10.1525/vs.2018.13.4.1

Bouckaert, G., Peters, B. G., & Verhoest, K. (2010). The coordination of public sector organizations: Shifting patterns of public management. Palgrave Macmillan.

Bowen, G. A. (2009). Document analysis as a qualitative research method. Qualitative Research Journal, 9(2), 27-40. https://doi.org/10.3316/QRJ0902027

Canato, P. C., & Bichir, R. M. (2021). Intersetorialidade e redes sociais: A implementação de projetos para população em situação de rua em São Paulo. Revista de Administração Pública, 55(4), 995-1016. https://doi.org/10.1590/0034-761220200688

Candel, J. J. L. (2017). Holy grail or inflated expectations? The success and failure of integrated policy strategies. Policy Studies, 38(6), 519-552.

https://doi.org/10.1080/01442872.2017.1337090

Cavalcante, E. F. G., Vilela, B. de A., Ferreira, R. F. C., & Souza Júnior, W. C. de. (2025). Transformação digital no setor público: Resistência do usuário ao sistema de contratações federais. Revista de Administração Pública, 59(4), e2025-0062. https://doi.org/10.1590/0034-761220250062

Cejudo, G. M., & Michel, C. L. (2017). Addressing fragmented government action: Coordination, coherence, and integration. Policy Sciences, 50(4), 745-767. https://doi.org/10.1007/s11077-017-9281-5

Celati, B. 2023. *Managing Complexity: The Efficiency of Administrative Performance and the Reemergence of Economic Planning for the Reconciliation of Strategic Interests of Territories*, P.A. Persona e Amministrazione, 12(1), 145–170. https://doi.org/10.14276/2610-9050.4288

Christensen, T., & Lægreid, P. (2007). The whole-of-government approach to public sector reform. Public Administration Review, 67(6), 1059-1066. https://doi.org/10.1111/j.1540-6210.2007.00797.x

Communist Party of Vietnam. (2024, December 22). Resolution No. 57-NQ/TW on breakthroughs in the development of science, technology, innovation and national digital transformation.

Euclydes, F. M., Macedo, A. dos S., Macedo, S. V., & Valadares, J. L. (2022). Capacidades estatais e mineração: Uma análise da agência nacional de regulação. Revista de Administração Pública, 56(1), 163-175. https://doi.org/10.1590/0034-761220210203

Gomide, A. de Á., & Pereira, A. K. (2018). Capacidades estatais para políticas de infraestrutura no Brasil contemporâneo. Revista de Administração Pública, 52(5), 935-955. https://doi.org/10.1590/0034-761220170006

Government of Vietnam. (2022). Updated nationally determined contribution (NDC). United Nations Framework Convention on Climate Change.

Government of Vietnam. (2025a, February 24). Decree No. 29/2025/ND-CP defining the functions, tasks, powers and organisational structure of the Ministry of Finance.

Government of Vietnam. (2025b, February 25). Decree No. 35/2025/ND-CP defining the functions, tasks, powers and organisational structure of the Mi-

nistry of Agriculture and Environment.

Government of Vietnam. (2025c, March 2). Decree No. 55/2025/ND-CP defining the functions, tasks, powers and organisational structure of the Ministry of Science and Technology.

Head, B. W., & Alford, J. (2015). Wicked problems: Implications for public policy and management. Administration & Society, 47(6), 711-739. https://doi.org/10.1177/0095399713481601

Jordan, A., & Lenschow, A. (2010). Environmental policy integration: A state of the art review. Environmental Policy and Governance, 20(3), 147-158. https://doi.org/10.1002/eet.539

Lenain, P., Westmore, B., Vu, Q. H., & Nguyen, M. C. (2023). Unleashing strong, digital and green growth in Viet Nam (OECD Economics Department Working Papers No. 1770). OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/78bcbbcd-en.

Mahoney, J., & Thelen, K. (2010). A theory of gradual institutional change. In J. Mahoney & K. Thelen (Eds.), Explaining institutional change: Ambiguity, agency, and power (pp. 1-37). Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511806414.003

Napolitano, C. 2023. *Tips on Complex Administrative Decisions: Multiplicity of Interests and Elimination of Dissent*, P.A. Persona e Amministrazione, 12(1), 33–89.

National Assembly of Vietnam. (2020, November 17). Law on Environmental Protection No. 72/2020/QH14.

National Assembly of Vietnam. (2023, June 22). Law on Electronic Transactions No. 20/2023/QH15.

National Assembly of Vietnam. (2024, November 30). Law on Data No. 60/2024/QH15.

National Assembly of Vietnam. (2025a, February 18). Law on Organization of the Government No. 63/2025/QH15.

National Assembly of Vietnam. (2025b, June 16). Law on Organization of Local Government No. 72/2025/QH15.

Nguyen, K. H. (2026). Parallel transformations, converging practice: The politics of justice in Vietnam's green and digital transformations. Politics and

Governance, 14, Article 12290. https://doi.org/10.17645/pag.12290

Painter, M. (2003). Public administration reform in Vietnam: Problems and prospects. Public Administration and Development, 23(3), 259-271.https://doi.org/10.1002/pad.249

Perfetti, L.R. 2023. *Complexity, Discretion, Public Interest*, P.A. Persona e Amministrazione, 12(1), 1–31.

Peters, B. G. (1998). Managing horizontal government: The politics of co-ordination. Public Administration, 76(2), 295-311. https://doi.org/10.1111/1467-9299.00102

Pettinari, G. 2023. *The Public Functioning Challenge: Collaborative Management as a Governance Strategy. The Case of «Commons» and the Italian Administrative Solution*, P.A. Persona e Amministrazione, 12(1), 91–121. https://doi.org/10.14276/2610-9050.4286

Prime Minister of Vietnam (PMV). (2020, June 3). Decision No. 749/QD-TTg approving the National Digital Transformation Programme through 2025, with orientations towards 2030.

Prime Minister of Vietnam (PMV). (2025, May 15). Decision No. 929/QD-TTg establishing the Government Steering Committee on science and technology development, innovation, digital transformation and Project 06.

Prime Minister of Vietnam(PMV). (2021a, September 24). Decision No. 1619/QD-TTg consolidating and renaming the National Committee on E-Government as the National Committee on Digital Transformation.

Prime Minister of Vietnam(PMV). (2021b, October 1). Decision No. 1658/QD-TTg approving the National Strategy on Green Growth for 2021-2030, with a vision towards 2050.

Prime Minister of Vietnam(PMV). (2022a, March 31). Decision No. 411/QD-TTg approving the National Strategy for Development of the Digital Economy and Digital Society through 2025, with orientations towards 2030.

Prime Minister of Vietnam(PMV). (2022b, July 22). Decision No. 882/QD-TTg approving the National Action Plan on Green Growth for 2021-2030.

Prime Minister of Vietnam(PMV). (2022c, July 26). Decision No. 896/QD-TTg approving the National Climate Change Strategy through 2050.

Prime Minister of Vietnam(PMV). (2022d, September 5). Decision No. 1044/QD-TTg establishing the National Steering Committee on Green Growth.

Prime Minister of Vietnam(PMV). (2024a, February 2). Decision No. 142/QD-TTg approving the National Data Strategy through 2030.

Prime Minister of Vietnam(PMV). (2024b, September 20). Decision No. 1012/QD-TTg issuing the action plan for data-based digital transformation of direction and administration for 2024-2025, with orientations towards 2030.

Sátyro, N. G. D., & Cunha, E. M. S. (2018). The transformative capacity of the Brazilian federal government in building a social welfare bureaucracy in the municipalities. Revista de Administração Pública, 52(3), 363-385. https://doi.org/10.1590/0034-7612151018

Schreier, M. (2012). Qualitative content analysis in practice. Sage Publications.

Trein, P., & Maggetti, M. (2020). Patterns of policy integration and administrative coordination reforms: A comparative empirical analysis. Public Administration Review, 80(2), 198-208. https://doi.org/10.1111/puar.13117

Urban, F., Siciliano, G., Wallbott, L., Lederer, M., & Nguyen, A. D. (2018). Green transformations in Vietnam's energy sector. Asia & the Pacific Policy Studies, 5(3), 558-582. https://doi.org/10.1002/app5.251

World Bank. (2021). Digital Vietnam: The path to tomorrow. https://doi.org/10.1596/36190

World Bank. (2022). Vietnam country climate and development report. https://doi.org/10.1596/37618

World Bank. (2025). Viet Nam 2045: Growing greener—Pathways to a resilient and sustainable future. https://doi.org/10.1596/43308

Yin, R. K. (2018). Case study research and applications: Design and methods (6th ed.). SAGE Publications.

VI
Miscellanea

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Luca R Perfetti
professore ordinario di diritto amministrativo
lucaraffaello.perfetti@unipegaso.it

La torsione securitaria

Cronache di diritto positivo della regolazione dell'economia, nella stagione neoliberale del diritto pubblico del conflitto

The Security-Oriented Turn

Chronicles of positive law regarding the regulation of the economy, during the neoliberal era of the public law of conflict

Sintesi

Il saggio indaga la progressiva torsione securitaria del diritto pubblico europeo dell'economia, mostrando come, nella stagione neoliberale, l'ordinamento dell'Unione si stia allontanando dai suoi tradizionali fondamenti di apertura del mercato, concorrenza, integrazione, tutela dei diritti e centralità della persona. L'analisi muove dalla constatazione che la securitizzazione non riguarda soltanto i settori classici dell'ordine pubblico o della difesa, ma investe ormai direttamente il processo economico, trasformando strumenti nati per garantire il buon funzionamento del mercato in dispositivi di protezione strategica, controllo, esclusione e conflitto. L'autore sostiene che non si tratti di un semplice ritorno dello Stato nell'economia, né di una rinnovata politica pubblica di indirizzo, ma dell'affermarsi di un modello diverso, nel quale i poteri pubblici divengono strumenti autoritari di protezione della concentrazione occidentale di capitale e tecnologia, in un contesto globale rappresentato come instabile, minaccioso e competitivo.
La ricostruzione si concentra su una serie di recenti sviluppi del diritto positivo europeo. In primo luogo, viene esaminata la riforma degli appalti pubblici, nella quale l'autore individua il passaggio da una logica concorrenziale e di apertura ad una logica di acquisto strategico europeo, orientata a favorire imprese, prodotti e

catene di fornitura localizzati entro il perimetro dell'Unione. L'esclusione o la penalizzazione di operatori di Paesi terzi, il rilievo attribuito alla resilienza delle supply chains, alla sicurezza delle infrastrutture critiche e alla riduzione delle dipendenze strategiche segnano, secondo il saggio, una discontinuità profonda rispetto alla tradizione europea delle libertà economiche. Analoga direzione è rinvenuta nel nuovo regime sugli investimenti esteri, che amplia e centralizza i poteri di controllo, collegando la libertà di investimento a categorie ampie e indeterminate quali sicurezza economica, ordine pubblico, interferenze straniere, opacità proprietaria e rischio di dipendenze. In tal modo, il rischio economico diviene criterio permanente di attivazione di poteri speciali e discrezionali.

Il medesimo paradigma viene poi rintracciato nelle nuove linee guida sulle concentrazioni, nelle quali fattori come scala industriale, innovazione, resilienza, sostenibilità e sicurezza vengono incorporati nella valutazione antitrust, alterando la centralità del criterio concorrenziale. Anche l'AI Act è letto in una prospettiva ambivalente: da un lato, esso contiene divieti e limiti indispensabili per proteggere diritti fondamentali e regimi democratici da usi manipolativi, discriminatori o invasivi dell'intelligenza artificiale; dall'altro, le deroghe per sicurezza pubblica, difesa, infrastrutture e beni industriali introducono poteri ampi di autorizzazione, sorveglianza, ritiro e divieto, fondati sul rischio e potenzialmente suscettibili di compressione delle libertà. Infine, la proposta di Industrial Accelerator Act è interpretata come espressione compiuta di una politica industriale europea apertamente selettiva e protezionistica, fondata su requisiti di origine unionale, restrizioni agli investimenti esteri, accelerazione autorizzatoria, aree industriali strategiche e poteri delegati della Commissione.

Nel loro insieme, questi interventi normativi rivelerebbero la trasformazione dell'Unione in attore globale del conflitto economico e tecnologico, sempre meno fedele alla propria promessa originaria di pace, apertura, integrazione, democrazia e Stato di diritto. La categoria della sicurezza, estesa all'economia, agli approvvigionamenti, alla tecnologia e alla capacità industriale, tende così a divenire fondamento ordinario di poteri derogatori, riducendo prevedibilità, tipicità, garanzie giurisdizionali e centralità dei diritti. La conclusione del saggio invita quindi a sorvegliare criticamente tale evoluzione e a reagire sul terreno del diritto,

riaffermando le ragioni dello Stato di diritto, delle libertà fondamentali e della persona contro la normalizzazione di un diritto pubblico neoliberale del conflitto.

Abstract

The article examines the progressive securitarian turn of European public economic law and argues that, in the neoliberal age, the legal order of the European Union is increasingly departing from its traditional foundations: market openness, competition, integration, the protection of rights, and the centrality of the person. The analysis starts from the premise that securitisation no longer concerns only the classic fields of public order, defence, or national security. It now penetrates the very regulation of the economic process, transforming legal instruments originally designed to ensure the proper functioning of the market into mechanisms of strategic protection, control, exclusion, and conflict. The author argues that this development should not be understood as a simple return of the State to the economy, nor as an ordinary revival of public industrial policy. Rather, it marks the emergence of a different model, in which public powers operate as authoritarian devices serving the protection of Western concentrations of capital and technology within a global environment represented as unstable, threatening, and competitive.

The essay focuses on several recent developments in positive European law. First, it considers the reform of public procurement, where the author identifies a shift from a competition-based and open-market logic to a model of European strategic purchasing, designed to favour undertakings, products, and supply chains located within the Union. The exclusion or disadvantaging of third-country operators, the emphasis on supply-chain resilience, critical infrastructure, cybersecurity, and the reduction of strategic dependencies are presented as a profound break with the European tradition of economic freedoms. A similar trajectory is found in the new regime governing foreign investment screening, which broadens and centralises supervisory powers by linking investment freedom to wide and indeterminate categories such as economic security, public order, foreign interference, opaque ownership structures, and dependency risks. Economic risk thereby becomes a permanent trigger for special, discretionary, and potentially

derogatory public powers.

The same paradigm is then traced in the draft merger guidelines, where industrial scale, innovation, investment, resilience, sustainability, and security are incorporated into antitrust assessment, thus altering the centrality of competition as the governing criterion. The AI Act is read in a more ambivalent manner. On the one hand, it contains prohibitions and restrictions that are indispensable to protect fundamental rights and democratic regimes from manipulative, discriminatory, biometric, or invasive uses of artificial intelligence. On the other hand, its derogations for public security, defence, critical infrastructure, and major industrial assets introduce broad powers of authorisation, surveillance, withdrawal, limitation, and prohibition, all grounded in the logic of risk and potentially capable of compressing fundamental freedoms. Finally, the proposed Industrial Accelerator Act is interpreted as the most explicit expression of a selective and protectionist European industrial policy, based on Union-origin requirements, restrictions on foreign investment, accelerated permitting procedures, strategic industrial areas, and extensive delegated powers of the Commission.

Taken together, these measures reveal, in the author's view, the transformation of the European Union into a global actor of economic and technological conflict, increasingly distant from its original promise of peace, openness, integration, democracy, and the rule of law. Security, extended to the economy, supply chains, technology, and industrial capacity, tends to become the ordinary basis for exceptional powers, weakening predictability, legality, judicial guarantees, and the centrality of rights. The essay therefore calls for critical vigilance and legal resistance: the reasons of the rule of law, fundamental freedoms, and human dignity must be reaffirmed against the normalisation of a neoliberal public law of conflict.

PAROLE CHIAVE: securitizzazione – appalti pubblici – intelligenza artificiale – concentrazioni – investimenti esteri – politica industriale

KEYWORDS: securitised – public procurement – artificial intelligence – mergers – foreign investment – industrial policy-

INDICE: 1. Un disegno complessivo di securitizzazione. – 2. L'evoluzione recente del diritto positivo. – 2.1. La disciplina europea degli appalti; – 2.2. (*segue*) i poteri speciali sugli investimenti esteri; – 2.3. (*segue*) le Linee Guida sulle concentrazioni; – 2.4. (*segue*) il Regolamento sull'intelligenza artificiale; – 2.5. L'Industrial acelerator act. – 3. Sorvegliare e reagire.

1. Un disegno complessivo di securitizzazione

1.1. Esaminare il diritto positivo, trarre il quadro complessivo del proprio tempo, riaffermare le ragioni del diritto (e dei diritti), non in astratto, ma nel confronto con i dati di realtà è la vera posta in palio.

In fondo, si tratta di questo, i pensieri che seguono trattano – ancora una volta – di questo. Confrontandosi, però, con dati normativi nuovi, ancora più plateali.

Da tempo cerco di comprendere le ragioni profonde dell'evoluzione del diritto pubblico nella stagione neoliberale, sui versanti della compressione dei diritti, dell'alterazione del sistema delle fonti e dello Stato di diritto, della progressiva elaborazione di dispositivi giuridici derogatori e supprematori, che si consolidano, ibridano, alterano, radicalizzano, producendo sempre più chiaramente un quadro complessivo securitario, non privo ormai di teorizzazioni; per come riesco, concentro l'analisi per coglierne le correnti profonde e proporre reazioni, resistenze ([1]).

Intendo proseguire. Anche perché l'ordinamento positivo è andato ulteriormente evolvendo e radicalizzandosi in senso securitario. Del che, quindi, conviene dire, per porre al centro del discorso fatti, fatti normativi.

1.2. L'affermarsi di un complessivo sistema securitario, di un nuovo Stato-di-polizia, si dipana lungo una pluralità tentacolare. Metterne in luce le linee di fondo e le connessioni, l'univocità del disegno, è certamente necessario. Ma non è questo l'esercizio di queste pagine.

Sono plateali le torsioni securitarie in materia di libertà e diritti della persona; una situazione di inedita diseguaglianza può essere conservata solo con la violenza dell'autorità, la criminalizzazione del dissenso, l'omicidio preventivo ed ingiustificato dell'*Immigration and Custom Enforcement* (o, glacialmente, ICE) – o

1 Se si vuole, di chi scrive, tra i lavori più recenti, *L'amministrazione repubblicana*, Padova, Cedam, 2005; *Torsioni dello Stato di diritto*, in F. Sciarretta (a cura di), *L'idea di Stato nell'involuzione del sistema democratico e le sue ricadute sul binomio autorità-libertà*, Napoli, Jovene, 2026, 141; *Stato e mercato: un nuovo modello*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2/2026, 221; *Lo Stato parallelo. Brevi considerazioni su P. Thiel, The Straussian Moment*, in *PA Persona e amministrazione*, vol. XVII (2/2025), 743; *Biopolitica e diritto pubblico. Discorso franco e necessario*, in G. Tropea, L. Buffoni, *Biopolitica e diritto pubblico: un binomio impossibile?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2025, 135.

di altre polizie, anche in Italia.

Non è meno plateale l'attenuazione delle garanzie giurisdizionali, l'evoluzione del sistema verso forme di ridotta indipendenza del giudice e di applicazione delle regole caso-per-caso.

L'urgenza che avverto, tuttavia, è di inquadrare la trasformazione vistosa del diritto europeo relativo al processo economico. È quasi banale osservare che l'intero sistema dei Trattati, delle fonti primarie e della stessa organizzazione dell'Unione sono sempre stati improntati allo sviluppo della concorrenza, all'integrazione, all'apertura del mercato, finalizzando sempre regolazione e tutele al godimento di diritti individuali.

1.3. Non serve, credo, rammentare elementi pacifici, quasi banali.

1.3.1. Che il diritto europeo si regga sull'architrave dell'apertura, la concorrenza, la realizzazione del mercato – unico, libero, concorrenziale – è scontato. L'enfasi su questi temi è notevole da decenni; tutto è noto; i dati di realtà sono stati a lungo coerenti, in modo ferreo.

Ecco perché la loro smentita securitaria non può non essere sottolineata.

Il rapporto tra Stato e mercato – a mio modo di vedere – non è colpito da un ritorno verso il primo polo d'attrazione (come per lo più si sostiene), ma dall'affermazione di un modello strutturalmente differente – sicché lo Stato non torna ad agire in modo conformativo, né prosegue il cammino di sostegno a liberalizzazioni e concorrenza, ma diviene lo strumento autoritario dell'esigenza di securitizzazione espressa dalla concentrazione di capitale e tecnologia che la globalizzazione ha prodotto (ci tornerò più innanzi).

Ciò che emerge chiaramente dalla realtà dell'ordinamento – ed è ciò che qui si vorrebbe affrontare – è che tutti i principi che hanno caratterizzato l'azione dell'Unione in questi decenni sono smentiti, a favore delle ragioni securitarie e di protezione della concentrazione di capitale e tecnologie occidentali.

1.3.2. L'elemento che vorrei aggiungere – sia pure nella brevità che si deve osservare in un esergo – è che la svolta securitaria non è irrilevante anche rispetto ai principi di civiltà europea e, quindi, ai diritti della persona.

Il diritto pubblico neoliberale (europeo, in questo caso) del conflitto e della compressione delle libertà, smentisce le ragioni stesse dell'Unione, se è vero che il

preambolo alla Carta ancora dispone che "*i popoli d'Europa, nel creare tra loro un'unione sempre più stretta, hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni*"; si tratta di una plateale contraddizione rispetto ad affermare fondanti i "*valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà*"; stride rumorosamente con il basare il sistema istituzionale "*sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto*", ponendo "*la persona al centro della sua azione*" cosicché l'Europa sia "*uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*".

In altri termini, l'Europa designa il suo dover essere come fondato su dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, democrazia e Stato di diritto, perché siano realizzati pace, libertà, sicurezza, giustizia, ponendo la persona al centro della sua azione. Di più: sempre secondo il Preambolo della Carta, posizione privilegiata "*fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future*". Che simili fondazione, architettura ed obiettivi siano compatibili con una pratica securitaria, che smentisce lo Stato-di-diritto, le libertà fondamentali, il còmpito verso la comunità umana – rispetto alla quale si dispone la differenziazione, l'esclusione, il divieto – è più che chiaro che si possa dubitare ([2]).

2. L'evoluzione recente del diritto positivo europeo

Non si faticherà a porre in luce come la recente manovra complessiva del diritto europeo ponga in luce un'innegabile svolta securitaria, in contraddizione aperta con la sua tradizione.

2.1. Il settore dei contratti pubblici – sia per il loro rilievo sul complesso del ciclo economico, sia per la loro capacità di conformare il mercato ([3]) – è da sempre uno strumento molto significativo di attuazione di politiche di apertura,

2 Non sembra inutile richiamare l'attenzione sui diritti che la Carta europea dei diritti assicura ad ogni essere umano, indipendentemente dalla cittadinanza europea, rispetto ai pochi riconosciuti limitatamente a questa seconda categoria (per quest'esercizio, pur in presenza di lavori più autorevoli, solo per brevità si rinvia al lavoro di chi scrive, *I migranti portatori di una domanda di legalità*, in *Giustamm*, XV, Agosto 2018, n. 8 – 2018, 5916); se la si osserva con appena un po' di attenzione, emergono elementi di ancora più forte perplessità rispetto alla svolta securitaria del diritto europeo.

3 È la stessa bozza di regolamento che afferma che gli appalti pubblici hanno rappresentato, nel 2025, circa il 15% del PIL dell'Unione, per circa 2.500 miliardi di euro.

affermazione della concorrenza, strutturazione della relazione tra potere pubblico e mercato.

2.1.1. Al momento in cui si scrive non si dispone ancora del testo approvato di Regolamento sui contratti pubblici. Tuttavia, è nota la bozza – che sembra destinata a divenire norma cogente senza grandi modificazioni.

Più ancora, è chiaro lo strumento: si abbandona la via della direttiva, per assumere un testo normativo immediatamente cogente per gli Stati membri e non tanto in termini di armonizzazione, quanto di rapida omologazione, quasi emergenziale. Evidente lo scopo di evitare i tempi di recepimento, modificando di fatto la costituzione economica europea, travolgendo la *Doctrine of non-economic considerations*.

Come abbastanza noto, le limitazioni alle libertà di circolazione dei capitali e/o di stabilimento sono legittime soltanto nella misura in cui possano fondarsi sulle deroghe previste dall'art. 52 TFUE e 65 co. 1 lett. *b*) TFUE – vale a dire, per ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. È noto che la Corte di Giustizia, che tratta queste disposizioni come endiadi, ha finito per identificarle nell'ipotesi in cui vi sia una "*minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività*" ([4]); le limitazioni, quindi, debbono corrispondere ad una minaccia concreta, grave e che incida su interessi fondamentali della collettività – non facile estendere questi concetti alla partecipazione a gare pubbliche di soggetti che utilizzino, nella commessa, prodotti realizzati fuori dei confini dell'Unione. Più ancora, è chiaro nella giurisprudenza della Corte ([5]) che spetti allo Stato membro valutare il pericolo grave per gli interessi della collettività; l'adozione di un Regolamento, che si impone direttamente a

4 Il concetto è già in CGUE, 28 ottobre 1975, Rutili, causa C-36/75, par. 28; per CGUE, 29 gennaio 1999, Calfa, causa C-348/96, è necessario che vi sia la minaccia a "*one of the fundamental interests of society*"; molto nota è la sentenza relativa alla *Eglise scientologie* - CGUE, 14 marzo 2000, Église de Scientologie de Paris e Scientology International Reserves Trust c. Primo Ministro, causa C-54/99, par. 17.

5 Ad esempio, CGUE, 4 dicembre 1974, Van Duyn c. Home Office, causa C-41/74, par. 18, che afferma che "*la nozione di ordine pubblico varia da un Paese all' altro e da un'epoca all'altra. È perciò necessario lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale entro i limiti imposti dal Trattato*". Si vedano anche CGUE, 14 ottobre 2004, Omega Spielhallen, causa C-36/02, para. 31; CGUE, 10 luglio 2008, Ministerul Administraţiei şi Internelor – Direcţia Generală de Paşapoarte Bucureşti c. Jipa, causa C-33/07, par. 23.

tutti i soggetti operanti nell'Unione, smentisce quest'idea.

Proprio perché si tratta di misure limitative della circolazione di capitali e imprese e, quindi, dell'apertura del mercato, il diritto europeo ha sempre bilanciato la gravità della minaccia agli interessi fondamentali della comunità – valutati in sede nazionale – con l'esigenza unionale del funzionamento del mercato; ed ecco un'amplissima giurisprudenza della Corte chiamata a definire questi interessi, a sindacarne la mancanza di determinatezza, oggettività, prevedibilità, ogni qual volta impattino sul funzionamento del mercato; basterebbe richiamare le decisioni CGUE, 8 novembre 2012, Commissione c. Grecia, causa C-244/11, par. 85, sicché deve essere prevedibile non solo l'uso del potere di limitare ma anche l'identificazione della natura strategica dell'asset cui si riferisce l'intervento; fondamentalmente, però, ci si deve riferire alla già citata decisione relativa alla Église de Scientologie de Paris, nella quale s'è nettamente distinto tra "*motivi connessi all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza*" e quelli relativi a "*fini puramente economici*", come tali esterni dalle clausole securitarie previste dai Trattati.

Nel caso del Regolamento, quindi, la logica securitaria compie un duplice cambio di paradigma: anzitutto, le ragioni securitarie vengono sottratte agli Stati e riservate all'Unione; inoltre, si introducono limitazioni che, pur con qualche sforzo cosmetico, non possono sensatamente essere sottratte dai "*fini puramente economici*" – cosa che, come si dirà tra un istante, il Regolamento confessa apertamente.

2.1.2. Ebbene, cosa si legge nella bozza di Regolamento? Le norme regolamentari mirano alla costruzione di uno spazio d'acquisto collettivo dell'Unione, con lo scopo di favorire le imprese che vi appartengono e ridurre l'eventuale dipendenza da fornitori stranieri. Si introduce il potere di escludere dalle grandi gare pubbliche le offerte con meno della metà di prodotti realizzati sul suolo europeo e di privilegiare le imprese con sede nell'Unione nei settori strategici.

Emblematico che per la bozza di Regolamento gli appalti pubblici divengano uno strumento economico strategico.

Lo scopo, tipicamente securitario, è quello di danneggiare la crescita di altri Paesi nella produzione di materiali e componenti critici. L'assegnazione del contratto al massimo ribasso viene esclusa, per limitare la possibilità di successo di offerte che provengono da aree del pianeta con minori costi di produzione. Le

nuove regole sono espressamente dirette a garantire le economie degli Stati membri rispetto alla concorrenza internazionale ed alla vulnerabilità delle catene di approvvigionamento.

La simbologia è la consueta: l'applicazione delle regole dettate in questo settore è divenuta una questione strategica, attinente alla sicurezza, sicché poco importa se la loro trasformazione determina la contraddizione dei pilastri fondamentali del diritto Europeo e dello Stato-di-diritto ([6]).

Strategia e sicurezza. Il binomio del nuovo Stato-di-polizia, dispositivo armato degli interessi del capitale neoliberale occidentale in funzione della sua protezione, del conflitto con il resto del pianeta, di repressione del dissenso interno, azionato da Stati da esso completamente dipendenti sia sul versante economico che tecnologico – dipendenza alla quale non è inferiore quella delle società e dei singoli, in un contesto in cui quel potere materiale è in grado di incidere sulle strutture di pensiero ed informazione, nonché sulla distribuzione della ricchezza e del lavoro.

La riforma rafforza la dimensione securitaria permettendo alle autorità di valutare se la struttura proprietaria, di controllo o di finanziamento di un offerente possa creare rischi di interferenze straniere, ovvero se la sua soggezione a leggi di Paesi terzi possa determinare la divulgazione di informazioni sensibili o altrimenti compromettere l'esecuzione del contratto.

Naturalmente, la massima concentrazione securitaria si registra a fronte di infrastrutture critiche, cybersicurezza, catene di approvvigionamento, dipendenze strategiche. Altrettanto prevedibilmente, nella prospettiva dell'efficienza che deriva dalla digitalizzazione, si prevede la creazione di un sistema digitale europeo degli appalti – comprendente credenziali elettroniche, interoperabilità tra piattaforme di procurement e spazi comuni di dati – che, tuttavia, è egualmente orientata al controllo.

2.1.3. Non deve essere trascurata la lettura delle risultanze della consultazione – avviata da tempo dall'UE – circa la revisione delle direttive appalti; anche solo limitandosi alla partecipazione italiana, emergono con nettezza sia la richie-

6 Testualmente, per la bozza di Regolamento "*Il modo in cui gli acquirenti pubblici spendono il denaro è diventato una questione di rilevanza strategica*".

sta di maggiore discrezionalità e spazi di contrattazione diretta, la riduzione delle regole, la limitazione del contenzioso, sia l'introduzione di obiettivi strategici nelle procedure d'appalto – che si tratti della protezione dell'economia europea, dell'innovazione o della sostenibilità – lungo un tracciato che si allontana sempre più dalla garanzia del buon funzionamento del mercato.

2.1.4. Deve essere considerato che la bozza di Regolamento non giunge inattesa. La Risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2025 sugli appalti pubblici, ad esempio, anticipava in modo piuttosto esplicito i temi della bozza di Regolamento, che non sembra esserne se non la declinazione.

La Risoluzione si iscrive nel programma di lavoro della Commissione per il 2025 («*Avanti insieme: un'Unione più coraggiosa, più semplice e più rapida*» (COM(2025)0045), caratterizzato dalle comunicazioni che avviano la svolta securitaria – motivando, soprattutto, alla luce del quadro geopolitico, bellico ed economico; intendo riferirmi alla comunicazione della Commissione del 29 gennaio 2025, «*Una bussola per la competitività dell'UE*» (COM(2025)0030), alla relazione della Commissione «*Analisi delle esigenze delle PMI negli appalti pubblici*» (2021)(10)(10), al parere del Comitato europeo delle regioni del 4 dicembre 2024 «*Rendere le regioni europee resilienti agli shock: rafforzare la resilienza economica locale e regionale nell'evoluzione strategica del mercato unico*», alle relazioni di Mario Draghi del 9 settembre 2024 «*Il futuro della competitività europea*» e di Enrico Letta del 17 aprile 2024 «*Molto più di un mercato*», all'individuazione diffusa del mercato degli appalti pubblici come strumento per sostenere il mercato interno e «*la creazione di un mercato guida*», non già attraverso la concorrenza ordoliberale ma il protezionismo suprematorio e securitario, carico di discrezionalità e misure emergenziali.

Il Parlamento europeo invitava la Commissione ad una revisione del quadro normativo, con una significativa trattazione sistematica, che muove dalla constatazione per la quale gli appalti pubblici rappresentano circa il quattordici per cento del prodotto interno lordo dell'Unione, sicché non debbono essere presi in considerazione solamente dal punto di vista della gestione della spesa, quanto, piuttosto, nella prospettiva di orientamento della crescita economica, dell'innovazione, del sostegno alla coesione sociale e territoriale; fin qui, nulla di particolarmente nuovo.

Tuttavia, la Risoluzione inserisce la «*resilienza delle catene di fornitura europee*», introducendo un parametro securitario significativo; altrettanto da sottolineare la circostanza per la quale, dopo decenni di concentrazione sulla disciplina degli appalti come strumento essenziale per la promozione della concorrenza, quest'ultimo profilo scivola drammaticamente in secondo piano.

La Risoluzione, quindi, è una chiara manifestazione politica di abbandono del parametro proconcorrenziale di impronta ordoliberale, per far posto a quello securitario, tutto neoliberale.

Vi si traccia un bilancio negativo dell'applicazione delle direttive vigenti, sostanzialmente allo scopo di sorreggere le proposte di mutamento di rotta. Oggetto delle critiche più dirette sono i criteri di aggiudicazione – ancora troppo orientati al prezzo più basso ([7]) – e le insufficienze di semplificazione e digitalizzazione delle procedure, nonché professionalizzazione delle stazioni appaltanti.

Il cuore della risoluzione, però, batte sul crinale del diritto pubblico del conflitto di stampo neoliberale. Richiamato il quadro internazionale, segnato dall'inasprirsi delle tensioni geopolitiche, ci si concentra sul fatto che Stati terzi, estranei al perimetro del capitale Occidentale, ricorrerebbero a strategie industriali sussidiate e pratiche discriminatorie ai danni degli operatori europei, sicché il Parlamento raccomanda il pieno utilizzo di strumenti di difesa commerciale disponibili; si tratterebbe di ricorrere, secondo la Raccomandazione, al «*proprio arsenale di difesa commerciale*».

Il richiamo è al Regolamento sulle sovvenzioni estere (Regolamento 14 dicembre 2022, 2022/2560) ed allo strumento per gli appalti internazionali IPI (Regolamento 23 giugno 2022, 2022/1031) relativo all'accesso di operatori economici, beni e servizi di paesi terzi ai mercati degli appalti pubblici e delle concessioni dell'Unione e alle procedure a sostegno dei negoziati sull'accesso di operatori economici, beni e servizi dell'Unione ai mercati degli appalti pubblici e delle concessioni dei paesi terzi. Si raccomanda, quindi, fondandosi sulla recente giurisprudenza della Corte ([8]), di agire la competenza esclusiva dell'Unione, in assenza

7 Con richiamo agli insegnamenti della CGUE, sentenza 30 gennaio 2020, nella causa C-395/18, *Tim SpA* contro *Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze*.

8 Chiamando a supporto la recente giurisprudenza della CGUE, già piuttosto in sintonia, almeno nei casi CGUE, 22 ottobre 2024, nella causa C-652/22, Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve

di accordi internazionali, di limitare o escludere offerenti di Paesi terzi che non garantiscano un accesso reciproco al proprio mercato.

Oltre alla Risoluzione, sembra necessario prendere in considerazione il Regolamento 2025/1106, adottato dal Consiglio il 27 maggio 2025 sulla base dell'articolo 122 TFUE, che istituisce lo Strumento di azione per la sicurezza dell'Europa (Security Action For Europe – SAFE) al fine di rafforzare l'industria europea della difesa. Il provvedimento si colloca in una cornice geopolitica esplicitamente descritta come «*sfida esistenziale*» – evocando la guerra russo-ucraina, le sue ripercussioni sulla sicurezza continentale, il clima internazionale. Le conclusioni del Consiglio europeo del 6 marzo 2025, richiamate espressamente nei considerando, avevano già impegnato gli Stati membri a potenziare la prontezza complessiva alla difesa, ridurre le dipendenze strategiche, colmare le carenze di capacità critiche e rafforzare la base industriale e tecnologica di difesa europea (EDTIB). Il Regolamento afferma che il contesto di sicurezza dell'Unione si sarebbe «*notevolmente deteriorato*», non solo per ragione della persistenza della guerra ed il passaggio ad un'economia di guerra da parte dei Paesi coinvolti, ma anche per le incertezze derivanti dal nuovo assetto geopolitico internazionale, sicché l'Unione decide di intensificare in modo significativo gli sforzi diretti a garantire autonomamente la propria difesa militare, a fronte di minacce «*di particolare urgenza e rilevanza*». Sulla base dell'ormai consolidata prassi della deroga, dell'emergenza ed eccezionalità, il Regolamento SAFE è concepito come uno strumento temporaneo di risposta ad una situazione di crisi che sfugge al controllo degli Stati membri, con assistenza finanziaria sotto forma di prestiti dell'Unione, per un importo di 150 miliardi di euro, destinata a sostenere investimenti pubblici di rilevante entità nell'industria della difesa, purché sia interna ai confini europei. Il Regolamento introduce, inoltre, esenzioni fiscali per le forniture e gli acquisti intracomunitari e le importazioni di prodotti per la difesa effettuati nel quadro dei contratti stipulati con il sostegno di SAFE, in deroga alla direttiva 2006/112/CE. Lo Strumento incide anche sul quadro degli appalti pubblici della difesa. Le procedure di aggiudicazione che coinvolgono almeno uno Stato membro benefi-

---

Ticaret AŞ contro Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave; CGUE, 13 marzo 2025, nella causa C-266/22, CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd, Astra Vagoane Călători SA contro Autoritatea pentru Reformă Feroviară, Alstom Ferroviaria SpA.

ciario di SAFE si considerano *ex lege* giustificate da una «urgenza risultante da situazione di crisi», con conseguente ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, superando i termini ordinari (compresi quelli ridotti dell'articolo 33, paragrafo 7). È inoltre ammessa, in deroga alle regole della direttiva 2009/81/CE, l'estensione ad altre amministrazioni aggiudicatrici di accordi quadro o contratti già in essere, anche in assenza di apposita clausola negli atti di gara, con il consenso dell'impresa contraente.

Il perno del regìme è costituito dalle regole poste dall'art. 16, che declinano in termini operativi l'obiettivo di rafforzare l'autonomia industriale e strategica europea. Gli appalti comuni ammissibili al sostegno SAFE devono coinvolgere almeno due Paesi partecipanti tra Stati membri, Stati EFTA-SEE o Ucraina, di cui almeno uno beneficiario del prestito. Contraenti e subappaltatori coinvolti dovranno essere stabiliti e mantenere le proprie strutture di gestione esecutiva all'interno dell'Unione (o in uno Stato EFTA-SEE ovvero in Ucraina), e non possono essere soggetti al controllo di Paesi terzi o di soggetti ad essi appartenenti. Infrastrutture, impianti, beni e risorse utilizzati per l'appalto, anch'essi debbono essere localizzati entro l'Unione. Inoltre, il costo dei componenti non originari dell'Unione (o di Stati EFTA-SEE o ucraini) non potrà superare il 35% del costo stimato dei componenti del prodotto finale; nessun componente, comunque, potrà provenire da un Paese terzo che si ritenga possa ledere gli interessi di sicurezza e difesa dell'Unione; per bilanciare autonomia e realistica internazionalizzazione delle catene di approvvigionamento, è ammesso il ricorso a subappaltatori extraeuropei purché tra il 15% e il 35% del valore dell'appalto ed in quanto sussista un rapporto contrattuale preesistente ovvero, entro due anni, il subappaltatore sua sostituibile con uno europeo. Soggetti stabiliti nell'Unione ma controllati da un Paese terzi potranno partecipare a condizione di superare un vaglio ai sensi del regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti, con l'adozione di eventuali misure o fornendo garanzie idonee ad assicurare che l'esecuzione dell'appalto non sia ostacolata e che siano preclusi accessi non autorizzati ad informazioni classificate. In ogni caso, i Paesi terzi cui si potrà ricorrere sono solo quelli in via di adesione, candidati e potenziali candidati, nonché dei paesi con i quali l'Unione ha stipulato un partenariato in materia di sicurezza e difesa

con accordi bilaterali o multilaterali.

2.2. Il quadro, tuttavia, è assai più largo.

Plateale il caso del Regolamento 2026/1386 del 17 giugno 2026, relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione, che abroga il regolamento (UE) 2019/452. È la nuova disciplina dei poteri speciali per il controllo degli investimenti stranieri.

Anche in questo caso – come per l'intervento regolamentare in materia di appalti pubblici – si accentrano le competenze a livello europeo, si mette in discussione la *Doctrine of non-economic considerations* e si detta una disciplina non facilmente compatibile con il principio di sussidiarietà (tanto che si sente la necessità di fondare l'intervento non solo sull'art. 207 TFUE, evocando anche l'art. 114 TFUE).

Emblematica la scelta operata nei "considerando", sicché l'arguta parafrasi dell'art. 3, par. 5 del Trattato sull'Unione europea dimenticandosi che le assegni il còmpito di contribuire "*alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale*", ricordando solo che essa "*afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini*" (secondo "*considerando*"); allo stesso modo, si ricorda che il TFUE impone che sia l'Unione che gli Stati membri mantengano "*un contesto aperto agli investimenti*" e "*tuttavia, l'articolo 21, paragrafo 2, TUE stabilisce che le politiche e le azioni dell'Unione mirano a salvaguardarne i valori, gli interessi fondamentali, la sicurezza, l'indipendenza e l'integrità*" (terzo "*considerando*"). La svolta securitaria è già chiara dai "*considerando*", tutti con un netto – quando non sbrigativo – taglio ideologico. Il sesto "*considerando*" è esplicito nel dichiarare l'esigenza del rafforzamento degli strumenti di controllo sugli investimenti per ragione della "*integrazione delle economie mondiali, unitamente alla guerra e alle tensioni geopolitiche*".

Ancora più significativo è il quadro di riferimento nel quale il Regolamento interviene, come parte di un indirizzo securitario complessivo.

Il 20 giugno 2023 la Commissione e l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza hanno adottato la comunicazione con-

giunta «*Strategia europea per la sicurezza economica*», cui ha fatto séguito, pochi mesi dopo, l'ulteriore comunicazione relativa a nuovi strumenti di rafforzamento della politica economica dell'Unione ([9]); il 3 dicembre 2025, una comunicazione congiunta dal titolo «*Rafforzare la sicurezza economica dell'UE*» ([10]). Si tratta di strumenti che, con riguardo al controllo sugli investimenti diretti, si collegano al controllo della Commissione sui sussidi esteri ([11]).

Questi indirizzi strategici pongono con chiarezza le linee della trasformazione del diritto europeo in senso securitario. E, quanto al controllo degli investimenti esteri diretti, qualificano i poteri speciali come "*strumento per proteggere*

9 Intendo riferirmi a Commissione europea, *Nuovi strumenti per rafforzare la politica economica dell'UE*, 24 gennaio 2024.

10 Si tratta di un cambiamento di paradigma, abbandonando l'atteggiamento di semplice reazione a favore di uno opposto, di stampo proattivo e strategico, espressamente con l'obiettivo di "*sfruttare il suo peso economico*", ponendo sulle spalle di "*Stati membri e le imprese*" i "*costi economici derivanti da una maggiore sicurezza e resilienza*".

La Commissione identifica sei settori prioritari, vale a dire la riduzione delle dipendenze strategiche per beni e servizi, l'attrazione di soli investimenti sicuri, il sostegno alle industrie spaziale e della difesa europee, "*garantire la leadership dell'UE nelle tecnologie critiche*, la protezione delle informazioni e dati sensibili, nonché delle infrastrutture critiche e l'uso "*strategico degli strumenti*". L'impostazione complessiva imita il modello nord-americano neoliberale, diretto alla conservazione della *leadership* economica e tecnologica (e militare) attraverso l'uso dei poteri pubblicistici in direzione conflittuale (o strategica).

Si tratta di un modello che unisce deformalizzazione dei poteri – sostanzialmente definiti dalla loro funzione e dagli interessi perseguiti – e loro attivazione sulla base di considerazioni di pura politica economica – derivante dalla protezione degli interessi del capitale neoliberale, in grado di esercitare un'influenza diretta e decisiva sugli Stati.

Non sorprende, in questa logica, che si tratti di fattispecie a larghissima discrezionalità, con poteri attivati dalla semplice ricorrenza di rischi (fisiologici e strutturali nel processo economico e, quindi, sempre presenti) e della loro valutazione del tutto piegata alle esigenze securitarie.

In questa prospettiva, si legge anche la comunicazione sulla sicurezza economica *ResourceEU* concentrata sulla "*lotta all'eccessiva dipendenza dell'Europa dai fornitori esteri di materie prime critiche e semiconduttori*".

Nella stessa direzione vanno – e lo si riprenderà nel testo - il regolamento SAFE, l'Industrial accelerator, le norme sullo sviluppo del cloud e dell'IA, quelle sulle materie prime critiche, i programmi spaziali dell'UE.

11 Mi riferisco al Regolamento sui sussidi esteri 2022/2560, integrato da quello di esecuzione 2023/1441, che impone notifiche alla Commissione europea nel caso in cui imprese extra-UE, che intendano partecipare a gare pubbliche in Europa, godano – anche attraverso controllanti o controllate – di finanziamenti provenienti da Paesi terzi. Il collegamento tra investimenti diretti e sussidi esteri risiede nella circostanza che in entrambi i casi possono essere coinvolte imprese collegate a governi non europei.

l'Unione dai rischi per la sicurezza economica".

Emerge, complessivamente, una nuova declinazione del concetto di sicurezza – quella, appunto, "*economica*" – che si fonda sulla gestione del rischio; essendo il rischio connaturato al fenomeno economico, ne deriva la permanenza delle condizioni di attivazione dei poteri derogatori fondati sulla protezione del rischio e la sicurezza; per quanto quest'ultima sia declinata lungo i versanti della resilienza delle catene di approvvigionamento, l'accesso alle infrastrutture critiche, la fuga di tecnologie, la strumentalizzazione delle dipendenze economiche o la coercizione economica, si tratta di fattori tangenziali che possono determinare l'attivazione di poteri speciali in una larga molteplicità di ipotesi accompagnate a rischi – anche in considerazione del fatto che il Regolamento prevede che i poteri possano essere attivati anche a fronte di "*un'operazione mirata all'acquisizione di un'impresa costituita secondo le leggi di uno Stato membro incida anche sulla sicurezza o sull'ordine pubblico di un altro Stato membro, a causa della struttura della catena di approvvigionamento o di altri elementi economici che collegano l'impresa target dell'Unione ad altre società con sede in altri Stati membri*" (ottavo "*considerando*").

Rischi che vengono collegati ai parametri securitari per eccellenza vale a dire la sicurezza e l'ordine pubblico. Tuttavia, per quanto si legittimino le misure collegando i rischi "*al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali, alla fornitura di prodotti o servizi essenziali o all'incolumità della popolazione, i rischi di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora i rischi per gli interessi militari*", non è agevole sottrarre rischi e fattispecie al perimetro dei "*fini puramente economici*" (basterebbe pensare all'inclusione dei mercati finanziari). Non si fatica a cogliere questo profilo se si osservano sia l'espansione delle fattispecie e dei settori rilevanti, che dei criteri di valutazione – che si estendono alla *business intelligence*, all'effetto leva "*indebito*", all'opacità di assetto proprietario, alla politica commerciale comune dell'Unione, al rischio di "*perturbazioni o influenze indebite*" o "*ingerenze straniere*", alle "*pratiche manipolative o ingannevoli*", con ampliamento notevole dei margini di discrezionalità e riduzione del sindacato giudiziario.

2.3. Non meno rilevanti, nella direzione indicata, sono le "*Guidelines on the assessment of mergers under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the*

control of concentrations between undertakings".

Si tratta di un elemento particolarmente significativo, giacché l'introduzione di elementi securitari nella disciplina delle concentrazioni, equivale a smentire le logiche del diritto dell'Unione nel *τόπος* normativo più simbolico possibile. L'alterazione del buon funzionamento del mercato per ragioni securitarie nel testo fondamentale di protezione della concorrenza è un dato che non può passare inosservato.

È pur vero che il testo è espressamente qualificato come bozza: non è stato adottato né approvato dalla Commissione europea e le posizioni espresse rappresentano solo opinioni preliminari dei servizi della Commissione. Tuttavia, il testo si presenta come una Comunicazione della Commissione contenente le nuove Linee guida per la valutazione delle concentrazioni ai sensi del Regolamento (CE) n. 139/2004, in sostituzione sia le Linee guida orizzontali del 2004, sia di quelle non orizzontali del 2008.

Il tratto più innovativo emerge nella Parte I: si afferma esplicitamente che il mutato contesto geopolitico e commerciale impone di rivisitare i criteri di bilanciamento tra effetti delle concentrazioni, dando adeguato peso a scala, innovazione, investimento e resilienza come fattori pro-competitivi che possono beneficiare di un certo grado di consolidamento (par. 10). In questa prospettiva, sono identificate le direttrici che favoriscono la competitività europea rispetto ad altri sistemi economici concorrenti – o avversi, secondo la logica del diritto pubblico del conflitto, tipicamente neoliberale; si tratta (par. 15) delle concentrazioni che accrescono innovazione e progresso tecnologico, attraverso combinazione di capacità complementari, sinergie di R&S e accesso a talento o risorse critiche; ovvero che determinano integrazione del mercato ed espansione internazionale, incluse operazioni che consentono di raggiungere la scala necessaria per competere globalmente; nonché che assicurano "*sicurezza e resilienza*", in particolare investimenti in infrastrutture critiche e accesso a input strategici.

L'impianto istruttorio è precisato. L'onere di dimostrare la sussistenza di un ostacolo significativo alla concorrenza effettiva (SIEC) grava sulla Commissione, che tiene conto sia degli effetti anticoncorrenziali sia degli effetti pro-competitivi (*efficiencies*) dimostrati dalle parti (par. 21); la Commissione, quindi, dovrà

articolare e comprovare una "teoria del danno", che descriva in che modo la concentrazione modifichi i vincoli concorrenziali, consentendo aumenti di prezzo o riduzioni di *output*, qualità, scelta, capacità, investimento, innovazione, privacy, sostenibilità o resilienza (par. 23) – non si fatica a cogliere come si tratti di elementi esterni al buon funzionamento del mercato e tipicamente securitari. Anche quanto alla valutazione competitiva, potere di mercato ed effetti anticoncorrenziali, non si assegna rilievo solo alla capacità di una o più imprese di mantenere profittevolmente prezzi superiori ai livelli concorrenziali (vale a dire al potere di mercato in quanto tale) ma anche alla riduzione di innovazione, privacy, sostenibilità o resilienza al di sotto di tali livelli per un certo periodo (par. 55), di nuovo, introducendo fin nelle definizioni dei parametri valutativi profili chiaramente securitari.

L'accertamento combina indicatori strutturali (numero di concorrenti credibili, quote e concentrazione) con ulteriori fattori quali sensibilità al prezzo di clienti e concorrenti, margini di profitto e barriere alla concorrenza (par. 57, p. 20), con possibili adattamenti in contesti dinamici (par. 58, p. 20).

Si tratta di elementi che incidono sulla valutazione degli effetti anticoncorrenziali – classificati secondo una tassonomia più articolata che comprende la perdita di concorrenza diretta (*head-to-head*), sull'investimento e l'espansione, sull'innovazione e perdita di concorrenza potenziale, cui si aggiungono *foreclosure*, rafforzamento della posizione dominante, coordinamento ed effetti ulteriori (accesso a informazioni commercialmente sensibili, *portfolio effects*); nello stesso senso, è la distinzione tra effetti diretti — impatto immediato sulla concorrenza nei mercati attuali — e dinamici — relativi a capacità e incentivi delle parti e dei rivali a investire e innovare — configurati come un *continuum* (par. 115).

Non solo si distingue tra efficienze dirette (risparmi di costo o miglioramenti di qualità che si traducono in prezzi più bassi, nuovi prodotti, maggiore varietà — par. 295) e dinamiche (capacità o incentivi accresciuti a investire e innovare in prodotti, servizi, distribuzione o produzione — par. 296), ma – soprattutto – resilienza e sostenibilità diventano centrali nella valutazione (ad esempio, combinando *asset* complementari che riducono l'esposizione a interruzioni della *supply chain* o l'impatto ambientale dei processi produttivi; parr. 298-299). Infine, le misure nazionali possono identificare rischi specifici a un interesse fonda-

mentale della società o ragioni imperative di interesse pubblico (par. 361).

Le Linee Guida, insomma, disegnano una disciplina delle concentrazioni orientata alla protezione di esigenze securitarie, come tali derogatorie rispetto al buon funzionamento del mercato, non meno che a valutazioni antitrust in senso proprio.

2.4. Neppure può essere trascurato il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, o anche solo AI Act – vale a dire il Regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n, 300/2008, (UE) n, 167/2013, (UE) n, 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828.

Tuttavia, il giudizio deve essere molto più articolato, giacché vi sono elementi securitari che sicuramente sono diretti alla protezione dei regìmi democratici e delle libertà, ed altri pericolosamente lassisti che, invece, consentono attività pericolose per gli stessi beni che andrebbero protetti.

L'*AI Act*, nella sua fisionomia sistematica, si presenta come disciplina di armonizzazione del mercato interno che, pur affermando di non voler sacrificare la libertà d'iniziativa economica dei fornitori e dei *deployer*, prevede una serie di poteri pubblici basati – non a caso – sul concetto di rischio, fonte ormai di poteri derogatori e non che attraversano tutti i comportamenti umani (sicché non sorprende la sua estensione a quelli artificiali).

Il Regolamento prevede «*divieti di talune pratiche di IA*», requisiti specifici per i sistemi ad alto rischio, obblighi per i loro operatori, regole armonizzate di trasparenza, per l'immissione nel mercato dei modelli di IA, di monitoraggio e vigilanza del mercato, governance ed esecuzione ([12]).

La normativa agisce lungo due direttrici opposte: per un lato, in funzione di apertura ed armonizzazione uniforma le condizioni di accesso al mercato; per l'altro, introduce poteri, in capo agli Stati membri ed alla Commissione, diretti ad incidere sull'immissione, la messa in servizio e l'uso dei sistemi di IA in ragione di interessi pubblici – ed è su queste previsioni che conviene concentrare

12 Cfr. ventiseiesimo "*considerando*", secondo cui «*è pertanto necessario vietare determinate pratiche di IA inaccettabili, stabilire requisiti per i sistemi di IA ad alto rischio e obblighi per gli operatori pertinenti, nonché obblighi di trasparenza per determinati sistemi di IA*»

l'attenzione.

Il primo livello di poteri pubblici si riferisce alla sottrazione all'*AI Act* degli usi militari, di difesa e sicurezza nazionale dell'intelligenza artificiale ([13]), così come ai sistemi di IA «*immessi sul mercato, messi in servizio o utilizzati con o senza modifiche esclusivamente per scopi militari, di difesa o di sicurezza nazionale*», nonché a quelli non immessi nel mercato ma il cui *output* sia utilizzato esclusivamente per le stesse finalità ([14]). La *ratio* dell'esclusione è ricostruita nel considerando 24, che àncora la scelta all'art. 4, par. 2, TUE ed alla politica di sicurezza e di difesa comune, sottraendola così al perimetro dell'armonizzazione del mercato interno ([15]).

Il nucleo più incisivo del regime limitativo si legge, tuttavia, al capo II, che tipizza le pratiche di IA vietate per motivi d'ordine pubblico e di tutela dei valori fondamentali dell'Unione. L'art. 5, par. 1, sottrae al mercato: le tecniche subliminali o manipolative idonee a distorcere materialmente il comportamento con danno significativo; lo sfruttamento delle vulnerabilità dovute all'età, alla disabilità o alla situazione sociale o economica; la valutazione o classificazione delle persone tramite *social scoring*; la valutazione del rischio di reato fondata sulla mera profilazione o sui tratti della personalità; l'ampliamento non mirato di banche dati di riconoscimento facciale mediante *scraping*; l'inferenza di emozioni nel luogo di lavoro e negli istituti di istruzione (salvo motivi medici o di sicurezza); la cate-

---

13 L'articolo 2, paragrafo 3, dispone che il Regolamento «*non si applica a settori che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e, in ogni caso, non pregiudica le competenze degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale, indipendentemente dal tipo di entità incaricata dagli Stati membri di svolgere compiti in relazione a tali competenze*»

14 Art. 2, par. 3, primo e secondo comma. La disposizione àncora l'esclusione a due profili distinti: da un lato, la riserva di competenza statale in materia di sicurezza nazionale «*indipendentemente dal tipo di entità incaricata dagli Stati membri*»; dall'altro, la sottrazione oggettiva dei sistemi «*immessi sul mercato, messi in servizio o utilizzati con o senza modifiche esclusivamente per scopi militari, di difesa o di sicurezza nazionale*».

15 Considerando 24, ove si legge che l'esclusione degli scopi militari e di difesa è giustificata «*sia dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE sia dalle specificità della politica di difesa comune degli Stati membri e dell'Unione di cui al titolo V, capo 2, TUE*», mentre per le finalità di sicurezza nazionale l'esclusione poggia sul fatto che «*la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza degli Stati membri ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE*». Il medesimo considerando precisa che l'utilizzo di un sistema «*al di fuori di tali finalità, in via temporanea o permanente, per altri scopi, ad esempio a fini civili o umanitari, per scopi di attività di contrasto o di sicurezza pubblica* », comporta la reingressione del sistema nell'àmbito applicativo del regolamento.

gorizzazione biometrica idonea a trarre inferenze su razza, opinioni politiche, appartenenza sindacale, convinzioni religiose o filosofiche, vita sessuale o orientamento sessuale ([16]); non si fatica a condividere queste esigenze di interesse pubblico ed a coglierne immediatamente le ragioni limitative, così come per quanto previsto in ordine all'utilizzo di sistemi di identificazione biometrica remota «*in tempo reale*» in spazi accessibili al pubblico a fini di contrasto – che è, tuttavia, ammesso entro una perimetrazione tassativa e limitativa (ricerca di vittime, prevenzione di minaccia specifica, sostanziale ed imminente, localizzazione o identificazione di sospetti di reati), sia pure non senza rischi e perplessità se la si collega alla criminalizzazione del dissenso ormai così diffusa non solo (ma soprattutto) nel nostro ordinamento nazionale; è pur vero che l'identificazione biometrica dovrà essere autorizzata preventivamente da un'autorità giudiziaria e, tuttavia, non solo vi si equiparano le autorità amministrative indipendenti, ma se ne prevede anche l'utilizzazione non previamente autorizzata a fronte del solito rinvio alle situazioni di urgenza – che finiscono per essere fisiologiche nel caso di repressione della protesta o del dissenso ([17]).

Il regolamento, tuttavia, assegna alle autorità nazionali un potere autorizzatorio *ad hoc*, di natura eccezionale, che consente di anticipare l'immissione sul mercato di specifici sistemi di IA ad alto rischio pur nel corso della valutazione della conformità. L'art. 46, par. 1, infatti, dispone che, «*in deroga all'articolo 43 e su richiesta debitamente giustificata, qualsiasi autorità di vigilanza del mercato può autorizzare l'immissione sul mercato o la messa in servizio di specifici sistemi di IA ad alto rischio nel territorio dello Stato membro interessato, per motivi eccezionali di sicurezza pubblica o di protezione della vita e della salute delle persone e*

16 Art. 5, par. 1, lett. da *a*) a *g*). Sulla ratio dei divieti, il regolamento riconduce le pratiche vietate ad usi «particolarmente dannosi e abusivi» «contrari ai valori dell'Unione»; le tecniche manipolative sono ivi considerate «particolarmente pericolose»; il *social scoring* è sanzionato in ragione degli «esiti pregiudizievoli o sfavorevoli» in contesti sociali disconnessi da quelli di raccolta dei dati.

17 Art. 5, par. 1, lett. h), e parr. 2 e 3, ove però di prevede che «*in una situazione di urgenza debitamente giustificata, è possibile iniziare a usare il sistema senza autorizzazione a condizione che tale autorizzazione sia richiesta senza indebito ritardo, al più tardi entro 24 ore. Se tale autorizzazione è respinta, l'uso è interrotto con effetto immediato e tutti i dati nonché i risultati e gli output di tale uso sono immediatamente eliminati e cancellati*».

di protezione dell'ambiente o dei principali beni industriali e infrastrutturali» ([18]). Il paragrafo successivo amplifica la deroga in ipotesi di urgenza «*per motivi eccezionali di sicurezza pubblica o in caso di minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche*», legittimando la messa in servizio da parte di autorità di contrasto o di protezione civile in assenza di autorizzazione, salva la sua richiesta durante o dopo l'uso, senza indebito ritardo ([19]).

Si avverte, in queste previsioni, tutto il peso delle esigenze securitarie espresse dal capitale neoliberale occidentale. Infatti, per un verso, in un sistema discriminatorio ormai consolidato, che si regge su diseguaglianze interne – relative alle possibilità economiche, sociali, educative ed alle discriminazioni di genere e razziali – non si fatica a capire che la compressione dei diritti fondamentali, la criminalizzazione del dissenso, in generale la repressione del tutto aliena al rispetto dei principi dello Stato-di-diritto siano una necessità dei detentori della concentrazione finanziaria e tecnologica che domina Stati e società; per l'altro, la protezione «*dei principali beni industriali e infrastrutturali*» esprime la tendenza alla garanzia degli asset economici riferibili a quello stesso sistema capitalista nella relazione con i *competitors* internazionali.

Il regime si accompagna a un meccanismo di concentrazione al livello dell'Unione, sicché la Commissione, in caso di obiezioni o di ritenuta contrarietà al diritto dell'Unione, avvia consultazioni e decide sulla giustificazione dell'autorizzazione; se ritenuta ingiustificata, dovrà essere ritirata dall'autorità di vigilanza del mercato dello Stato membro interessato ([20]).

---

18 Art. 46, par. 1, secondo cui l'autorizzazione «*è valida per un periodo limitato, mentre sono in corso le necessarie procedure di valutazione della conformità, tenendo conto dei motivi eccezionali che giustificano la deroga*». La formula copre esplicitamente, quali interessi tutelati, i «*principali beni industriali e infrastrutturali*», nucleo espressivo di una nozione di resilienza materiale del sistema economico-produttivo dell'Unione.

19 Art. 46, par. 2, ultima parte: «*Se l'autorizzazione di cui al paragrafo 1 è rifiutata, l'uso del sistema di IA ad alto rischio è interrotto con effetto immediato e tutti i risultati e gli output di tale uso sono immediatamente eliminati*».

20 Art. 46, parr. 4, 5 e 6, che scandiscono i termini (quindici giorni di calendario) e le condizioni della revisione unionale, con esplicita imposizione all'autorità nazionale del ritiro dell'autorizzazione ingiustificata.

La sezione terza del capo IX incardina un articolato regime di sorveglianza del mercato, in cui il potere nazionale di limitare o vietare l'immissione o la messa in servizio del sistema di IA è calibrato sul concetto di «*prodotto che presenta un rischio*». L'art. 79 impone all'autorità di vigilanza del mercato, ove abbia motivo sufficiente per ritenere che un sistema di IA presenti un rischio per la salute o la sicurezza o per i diritti fondamentali, di effettuarne la valutazione e di chiedere all'operatore di adottare tutte le misure correttive adeguate, di ritirarlo dal mercato o di richiamarlo ([21]). In assenza di misure correttive, il paragrafo 5 conferisce all'autorità il potere di adottare «*tutte le misure provvisorie del caso per vietare o limitare la messa a disposizione o la messa in servizio del sistema di IA sul mercato nazionale, per ritirare il prodotto o il sistema di IA autonomo dal mercato o per richiamarlo*», con l'obbligo di prevedere «*adeguate misure restrittive*», incluso il ritiro dal mercato ([22]). La notifica alla Commissione ed agli altri Stati membri deve indicare, in particolare, la natura della non conformità e dei rischi connessi e specificare, tra l'altro, se essa consegua alla violazione dei divieti di cui all'articolo 5 ([23]). L'art. 81 introduce, poi, una procedura di salvaguardia unionale: qualora entro tre mesi (o trenta giorni in caso di violazione dei divieti dell'articolo 5) dalla notifica di una misura nazionale un altro Stato membro sollevi obiezioni o la Commissione ritenga la misura contraria al diritto dell'Unione, la Commissione decide entro sei mesi (o sessanta giorni per i divieti dell'articolo 5) sulla giustificazione della misura. Se ritenuta giustificata, «*tutti gli Stati membri provvedono ad adottare misure restrittive appropriate in relazione al sistema di IA interessato, ad esempio richiedendo il ritiro del sistema di IA dal loro mercato senza indebito ritardo*»; se ingiustificata, lo Stato membro interessato ritira la misura ([24]). Vi si aggiunge, quale clausola di chiusura, l'articolo 82, sicché se un sistema di IA ad al-

21 Art. 79, parr. 1 e 2, che rinviano, in punto di nozione, all'articolo 3, punto 19, del regolamento (UE) 2019/1020: il sistema è «*prodotto che presenta un rischio*» nella misura in cui possa danneggiare la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali. Sulla richiesta di misure correttive, cfr. Art. 79, par. 2, ultimo comma.

22 Art. 79, parr. 5 e 9. La disposizione connota le misure restrittive nazionali come atti provvisori (fino alla definizione unionale) ma immediatamente efficaci nel mercato interessato.

23 Art. 79, par. 6, che scandisce le cause di non conformità: «a*) non conformità al divieto delle pratiche di IA di cui all'articolo 5;* b*) mancato rispetto da parte di un sistema di IA ad alto rischio dei requisiti di cui al capo III, sezione 2;* c*) carenze nelle norme armonizzate o nelle specifiche comuni [...];* d*) non conformità all'articolo 50*».

to rischio, «*pur conforme al presente regolamento*», rappresenti «*comunque un rischio per la salute o la sicurezza delle persone, per i diritti fondamentali o per altri aspetti della tutela dell'interesse pubblico*», l'autorità di vigilanza del mercato può ordinare all'operatore di rimuovere tale rischio in un termine prescritto ([25]).

Non può essere trascurata l'impronta securitaria e di travolgimento dello Stato-di-diritto – ormai diffusa nel diritto del rischio – che risiede nel prevedere poteri pubblici del tutto privi di tipicità e tassatività – come emerge dalla possibilità di assumere importanti provvedimenti esercizio di potere a fronte, «comunque», di «*un rischio*» per indefiniti ed indeterminati «*altri aspetti della tutela dell'interesse pubblico*».

Ulteriori poteri regolatori e conformativi sono previsti a livello unionale quanto ai modelli di IA per finalità generali (artt. 91-93). L'Ufficio per l'IA e la Commissione hanno il potere di «*valutare la conformità del fornitore agli obblighi previsti dal presente regolamento*», ove le informazioni raccolte a norma dell'articolo 91 siano insufficienti, ovvero «*indagare sui rischi sistemici a livello dell'Unione dei modelli di IA per finalità generali con rischio sistemico*» ([26]), nonché di imporre ulteriori misure di attenuazione del rischio se la valutazione abbia suscitato «*un timore serio e comprovato di un rischio sistemico a livello dell'Unione*» ovvero di «*limitare la messa a disposizione sul mercato, ritirare o richiamare il modello*» ([27]). Si aggiungono poteri sanzionatori ([28]).

---

24 Art. 81, parr. 1 e 2. Il termine ridotto per la violazione dei divieti dell'articolo 5 esprime, in punto di *enforcement*, la particolare consistenza dell'interesse pubblico presidiato dal capo II.

25 Art. 82, par. 1, che estende il potere ablativo anche a sistemi conformi ai requisiti, quale strumento di chiusura del sistema di protezione dell'interesse pubblico.

26 Art. 92, parr. 1-3, che consentono altresì alla Commissione di «*chiedere l'accesso al modello di IA per finalità generali in questione attraverso API o altri mezzi e strumenti tecnici adeguati, compreso il codice sorgente*».

27 Art. 93, par. 1, lett. *a*), *b*) e *c*); cfr. anche il par. 3, secondo cui, se durante il dialogo strutturato il fornitore assume impegni di attenuazione, «*la Commissione può, mediante decisione, rendere tali impegni vincolanti e dichiarare che non vi sono ulteriori motivi di intervento*».

28 L'art. 99 impone agli Stati membri di prevedere sanzioni «*effettive, proporzionate e dissuasive*»; la non conformità al divieto delle pratiche di IA di cui all'articolo 5 è punita con sanzioni amministrative pecuniarie fino a 35.000.000 EUR o, per le imprese, sino al 7 per cento del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore, mentre le violazioni degli obblighi di cui agli articoli 16, 22, 23, 24, 26, 31, 33, 34 e 50 sono sanzionate fino a 15.000.000 EUR o al 3 per cento del fatturato; la fornitura di informazioni inesatte, incomplete o

In conclusione, la riserva statale sulla sicurezza nazionale, la deroga *ex* art. 46, i poteri di sorveglianza di cui agli articoli da 79 ad 82, quelli della Commissione e la trama sanzionatoria compongono, complessivamente, un fascio di potestà pubblicistiche di ritirare, limitare, sospendere o vietare l'attività d'impresa. Se non sembra seriamente contestabile che questi poteri siano diretti a proteggere dimensioni essenziali dei diritti e dell'ordinamento democratico, tuttavia, non si fatica a cogliere – nel sistema delle deroghe – l'ossessione securitaria relativa all'ordine pubblico per comprimere il dissenso interno – in direzione, quindi, uguale e contraria rispetto alla protezione del sistema democratico e della garanzia legale dei diritti; allo stesso modo, nella protezione della resilienza delle catene di approvvigionamento e la protezione dei «*principali beni industriali e infrastrutturali*» emergono, quali interessi tutelabili, dalle formule ampie e la clausola residuale dell'articolo 82, che si presentano non solo come tipicamente contrarie al buon funzionamento del mercato ma sicuramente coerenti con le aspettative di protezione del sistema neoliberale del diritto del conflitto, a protezione degli interessi non della società ma della concentrazione di capitale e tecnologie occidentali.

2.5. La proposta di Regolamento della Commissione *Industrial Accelerator Act* ([29]) non può essere letta entro la grammatica del mercato interno e della libera concorrenza, come se l'atto normativo si limitasse a rimuovere ostacoli e ad armonizzare condotte; le misure proposte per l'accelerazione della capacità industriale e della decarbonizzazione nei settori strategici, non assumono il funzionamento dell'ordine di mercato come dato di partenza, bensì come risultato che il potere pubblico è chiamato a produrre, a preservare e — se occorre — a difendere. La struttura complessiva del testo, nella misura in cui interseca il fondamento

---

fuorvianti è sanzionata fino a 7.500.000 EUR o all'1 per cento del fatturato. Art. 99, parr. 1, 3, 4 e 5. La graduazione degli importi riflette una gerarchia sostanziale degli interessi tutelati, ove al vertice si collocano i divieti dell'articolo 5. L'art. 101 assegna alla Commissione il potere di infliggere ai fornitori di modelli di IA per finalità generali sanzioni pecuniarie fino al 3 per cento del fatturato mondiale annuo o a 15.000.000 EUR, se superiore. Per parte sua l'art. 101, par. 1, lett. a), b) e c), che tipizzano i fatti sanzionabili in relazione all'inosservanza delle richieste di documentazione o informazioni e delle misure ex art. 93.

29 COM(2026)100 - Regulation on establishing a framework of measures for accelerating industrial capacity and decarbonisation in strategic sectors

giuridico dell'articolo 114 TFUE con quello dell'articolo 207, paragrafo 2, TFUE, denuncia questa torsione.

Il cuore dell'intervento è reso esplicito dal quindicesimo "*considerando*", per il quale l'Unione dovrebbe adottare un approccio strategico nell'esercitare la leva del proprio peso economico e del valore dell'accesso al mercato interno, e in tale contesto — testualmente — «lo strategic use of public intervention *è essenziale per prevenire dipendenze critiche*». Non si tratta più, dunque, di neutralità concorrenziale del regolatore, ma di intervento pubblico come strumento di orientamento della domanda, della sicurezza, del primato economico e tecnologico di un sistema forte (come quello continentale) in competizione (sarebbe meglio dire, in conflitto) con altri. La totale smentita dell'identità europea come luogo di integrazione attraverso i diritti, la democrazia, il mercato, non potrebbe essere più plateale. Come la federazione nord-americana, l'Unione diviene un attore globale in conflitto con gli altri, protezionista e con sete di primato.

Del resto, fin dal primo "*considerando*", l'intera proposta è fondata su un giudizio politico: la pandemia, il conflitto in Ucraina, gli attacchi informatici, l'uso strumentale delle dipendenze economiche e le tensioni geopolitiche avrebbero esposto le vulnerabilità dell'Unione e messo a rischio società, economie e imprese; sicché, la sicurezza economica dell'Unione sarebbe inestricabilmente legata alla capacità di rafforzarne la resilienza e di attenuare i rischi derivanti dalle interconnessioni ostili.

Vi si legge, in modo esplicito, l'impegno a proteggere le catene di approvvigionamento, le infrastrutture e le tecnologie chiave, nonché a fronteggiare le minacce derivanti dalla «*weaponisation*» delle dipendenze economiche.

Nello stesso senso, il secondo "*considerando*" rinvia alla *Comunicazione sulla sicurezza economica* del 3 dicembre 2025, intesa come cardine dell'orientamento a evitare dipendenze in filiere, tecnologie e infrastrutture critiche. L'obiettivo di industrializzazione è, non a caso, formulato in termini di target quantitativo: l'art. 2 impegna Unione e Stati membri ad assicurare che, entro il 2035, l'industria manifatturiera rappresenti almeno il 20% del prodotto interno lordo dell'Unione; non si tratta di un puro obiettivo quantitativo, stante che il terzo "*considerando*" è esplicito nel fondare l'obiettivo nell'esigenza di rafforzare resilienza economica, competitività e creazione di posti di lavoro, unitamente al con-

seguimento degli obiettivi climatici.

In questo contesto, è utile considerare l'introduzione di nuovi poteri pubblici e la loro conformazione.

Il primo nucleo di potere pubblico è dispiegato nel Capo III («*Strengthening the Union's Strategic Industrial Value Chains*»). L'art. 7, in combinato con gli articoli 8 e 9, introduce il requisito di origine dell'Unione ai fini degli appalti pubblici e delle altre forme di intervento pubblico, fondando, in capo alla Commissione, il potere di adottare atti delegati per escludere, in tutto o in parte, un Paese terzo dall'equivalenza di origine — segnatamente ove l'esclusione sia giustificata «*per evitare dipendenze o altri sviluppi che possano minacciare la sicurezza dell'approvvigionamento nell'Unione dei prodotti in questione*» (art. 8, par. 2, lettera *b*), e speculare formulazione nell'art. 9).

Non è la sola misura protezionista e conflittuale: la clausola di sicurezza dell'approvvigionamento è così testualmente incisa nel meccanismo delegato dell'origine: per l'art. 10 singoli *delegated act* della Commissione fisseranno – con la solita logica caso-per-caso (evidente antitesi dello Stato-di-diritto) di stampo neoliberale, i requisiti «*low-carbon*» dei singoli prodotti coperti dagli allegati. Il ventiduesimo "*considerando*" ne descrive la funzione: creare mercati guida europei per prodotti a basse emissioni, ossia sostenere la domanda con lo strumento della tecnica normativa dei *benchmark* e dei sistemi di classificazione, con l'obiettivo di determinare un primato industriale e commerciale, dimenticati i capisaldi costituzionali europei dell'integrazione, dell'assicurazione a tutti di diritti e democrazia, dello spazio inclusivo con la sua civiltà giuridica; l'Europa punta al conflitto e alla supremazia.

Quanto agli appalti pubblici (e si legga questa considerazione anche ad integrazione di quanto sopra al punto 2.2.), l'art. 11 impone alle amministrazioni aggiudicatrici l'esclusione dei concorrenti di Paesi terzi (che siano posseduti o controllati, direttamente o indirettamente) con i quali non sussista accordo internazionale che garantisca l'accesso ai prodotti europei. È una regola di preferenza a carattere strutturale, temperata da eccezioni per casi tecnicamente incompatibili o economicamente sproporzionati (25% di sovracosto stimato); ma resta, nella sua matrice, esercizio di un potere di mercato dell'Unione volto a proteggere la

propria base industriale. La stessa logica è prevista (art. 12) per gli altri strumenti di intervento pubblico: i regimi di sostegno nazionali dovranno rispettare i requisiti di origine UE e a bassa emissione per una quota non inferiore al 45% del bilancio nazionale dedicato agli schemi coperti dalla Parte II dell'allegato II e per il 100% di quelli coperti dalla Parte II dell'allegato III – con l'evidente scopo, non troppo nascosto dalla decarbonizzazione, di danneggiare i Paesi in via di sviluppo. Alla medesima logica appartengono sia l'art. 13, che àncora il criterio «*made in the European Union*» dei *corporate vehicles* alla nozione di origine unionale, che l'art. 14, che collega il criterio «*made in the EU*» dei piccoli veicoli elettrici a zero emissioni e dell'acciaio a bassa emissione agli articoli 5 e 5 *ter* del Regolamento (UE) 2019/631. Le due disposizioni saldano, con tecnica di rinvio, la disciplina generale del Regolamento con i regimi di prestazione emissiva delle vetture leggere, di modo che il beneficio dei *super-credits* e il conseguimento dei target 2035 diventino strumenti selettivi a favore della produzione interna al perimetro unionale. Sul versante delle *net-zero technologies*, l'art. 34 emenda il Regolamento (UE) 2024/1735 e vi inserisce l'articolo 25 *bis*, sicché negli appalti in cui l'oggetto ricomprenda specifiche tecnologie *net-zero*, si applicano requisiti minimi obbligatori di origine dell'Unione; e all'art. 25, par. 7, lettere *a*) e *b*), viene disposto l'obbligo — per l'intera durata del contratto — di non approvvigionarsi per oltre il 50% del valore del prodotto finale, o dei suoi principali componenti specifici, da alcun singolo Paese terzo individuato dalla Commissione. L'insieme delle misure, pur giustificate da obiettivi ambientali o industriali, crea un reticolo di regole e poteri pubblici che ha l'evidente scopo di affermare la supremazia europea – come quelle equivalenti, e con gli stessi scopi, degli Stati Uniti – ed il primato del suo capitalismo.

La disciplina delle aste per le energie rinnovabili è, di riflesso, rafforzata: il sessantottesimo "*considerando*" e le disposizioni collegate estendono i requisiti di origine unionale a batterie stazionarie, solare fotovoltaico, elettrolizzatori e turbine eoliche. Vi corrisponde, sul piano della cybersecurity (si vedano i "*considerando*" da 71 a 74), il divieto per fornitori ad alto rischio di offrire componenti critici, ciò che integra ulteriormente il potere pubblico di protezione delle infrastrutture energetiche.

Un ulteriore *set* di poteri pubblicistici deriva dall'art. 16, che assegna alla Commissione di adottare misure sul lato della domanda per prodotti dell'industria chimica derivati da fonti di carbonio sostenibili. Si tratta di un'ulteriore leva regolatoria che, nella sostanza, integra la garanzia della continuità degli approvvigionamenti con la promozione mirata di determinate filiere produttive.

Protezione e sviluppo del capitalismo europeo in conflitto con gli altri sistemi economici si accompagnano alle limitazioni ai soggetti di Paesi terzi quanto alla loro azione economica entro l'Unione. Il Capo IV — «*Foreign Investment Contribution*» — costituisce, per estensione e intensità normativa, il tratto più distintivo del Regolamento. La sua impostazione, apertamente enunciata nel ventottesimo "*considerando*", muove dall'idea che investimenti particolarmente rilevanti provenienti da Paesi terzi che detengano una posizione di mercato molto significativa possano compromettere sia le catene di approvvigionamento sia la sicurezza dei settori strategici emergenti; naturalmente, si tratta di un'assunzione indimostrata, ancorata semplicemente ad una possibilità – neppure ad un rischio – rendendo del tutto evidente come non si tratti affatto di proteggere il sistema da pericoli o rischi, ma di rafforzarlo per il suo conflitto con altri. Il "*considerando*" non è neppure troppo ipocrita: il rischio risiederebbe nella possibilità di «*regulatory arbitrage*», che potenzialmente potrebbe trattenere fuori dall'Unione la creazione di valore aggiunto delle tecnologie strategiche; la questione – è evidente – non è affatto quella della resilienza e sicurezza delle infrastrutture e filiere, quanto, piuttosto, quella di trattenere nel perimetro dell'Unione conoscenza e ricchezza per competere con maggiore efficacia nel conflitto con altri sistemi economici e politici.

Nel ventinovesimo "*considerando*" si legge la conclusione: occorrono condizioni comuni che limitino gli investimenti diretti esteri nei settori manifatturieri strategici emergenti, ove i soggetti dell'Unione non siano prossime alla frontiera globale dell'innovazione.

La disciplina (art. 17) si applica agli investimenti diretti esteri di valore superiore a 100 milioni di euro nei settori manifatturieri strategici emergenti — tecnologie e catena di valore delle batterie per accumulo energetico, veicoli elettrici puri, ibridi *plug-in* e a celle a combustibile, comprese le componenti di elettrifica-

zione e digitalizzazione, tecnologie fotovoltaiche, estrazione, trasformazione e riciclo delle materie prime critiche — quando oltre il 40% della capacità manifatturiera globale sia detenuta dal Paese terzo di cui il *foreign investor* è cittadino o impresa. Ed è la stessa disposizione a stabilire, con formula perentoria, che tali investimenti non possano essere attuati se non previa autorizzazione espressa dell'*Investment Authority* nazionale o della Commissione europea. La *Investment Authority* (art. 18) individuata da ciascuno Stato membro, potrà approvare l'investimento solo se il *foreign investor* rispetti almeno quattro delle sei condizioni tassativamente enumerate: (a) tetto del 49% al capitale, ai diritti di voto o ai diritti equivalenti di controllo sul *Union target* o *Union asset*; (b) obbligo di *joint venture* con soggetti interni all'Unione, sempre entro il tetto del 49%; (c) licenza dei diritti di proprietà intellettuale e del *know-how* a beneficio del *Union target* o della *joint venture*; (d) investimento annuo in ricerca e sviluppo entro il territorio dell'Unione pari ad almeno l'1% del *gross annual revenue* del *Union target* o del *Union asset*; (e) occupazione di lavoratori dell'Unione per almeno il 50% della forza lavoro, con misure di formazione e con divieto — se sussistano finanziamenti pubblici — di riduzione della base occupazionale per cinque anni, a pena di recupero (condizione, questa, inderogabile); (f) pubblicazione di una strategia per il rafforzamento delle catene di valore unionali e sforzo di *sourcing* di almeno il 30% degli *input* dall'Unione. L'investitore avrà l'obbligo di notifica preventiva a fronte di operazioni idonee a determinare il controllo dell'asset o del target e, tuttavia, si presume che il controllo corrisponda all'acquisizione del 30% del capitale o dei diritti di voto sulla società, ovvero come 30% o più di ownership sull'asset — con regola di aggregazione delle partecipazioni indirette e degli atti di soggetti che agiscano in concerto (art. 19, par. 5).

L'*Investment Authority* (art. 20) decide sull'ammissibilità della notifica entro 30 giorni e, tuttavia, la Commissione può, entro 30 giorni dalla ricezione, emettere un parere scritto e l'Autorità, ove intenda discostarsi dal parere, deve assoggettare la pratica a valutazione supplementare per due mesi, fermo il potere di avocazione della Commissione (Art. 20) ed il solito imponente apparato sanzionatorio (artt. 22, 23 e 24).

Oltre ai tradizionali poteri *command-and-controll*, si prevedono misure di regolazione spinta di mercato. Anzitutto, tra le condizioni abilitanti per la produ-

zione industriale e la decarbonizzazione (art. 4) si impone la costituzione di un punto di accesso unico nazionale, tecnologicamente integrato con l'*European Business Wallets*, ed un procedimento unico di autorizzazione (art. 5), che gli Stati membri sono tenuti a organizzare intorno ad un'unica autorità competente incaricata di adottare una *comprehensive decision* entro termini stringenti (45 giorni per acknowledge dell'istanza; 30 giorni per una seconda richiesta di integrazione documentale). Il Capo V introduce le *industrial manufacturing acceleration areas*. Ciascuno Stato membro, infatti, è obbligato a designare almeno un'area, sulla base di criteri che includono l'impatto sulla sicurezza dell'approvvigionamento dei settori strategici, l'attitudine a rafforzare le catene di valore dell'Unione e la coerenza con le *Net-Zero Acceleration Valleys* (art. 25). Le condizioni abilitanti (art. 26) sono date dal coordinamento del finanziamento, la promozione della R&S, l'analisi sistematica del fabbisogno energetico dell'area, l'allineamento dei piani di sviluppo delle reti, la cooperazione all'interno dello *European Critical Raw Materials Board*, la formazione della forza lavoro.

La regolazione del mercato si esprime, inoltre, nella tecnica dei rinvii a *delegated acts*, che consente al regolatore di adeguare requisiti e ambiti al mutare delle condizioni; la delega è amplissima (cinquantanovesimo "*considerando*"), giacché spazia dalla lista dei Paesi terzi la cui produzione non è trattata come equivalente, all'introduzione o modifica dei requisiti di origine e di *low-carbon*, alla previsione di ulteriori misure dal lato della domanda per l'industria chimica, all'estensione delle condizioni per l'autorizzazione agli investimenti diretti esteri, ad ulteriori settori strategici emergenti, sino alla creazione di sistemi di classificazione volontaria per la *greenhouse gas intensity* dei prodotti. È una regolazione a bassa densità testuale e ad altissima capacità di adattamento normativo, giustificata (sessantaduesimo "*considerando*") con l'esigenza di sanzioni «*effective, proportionate and dissuasive*», che gli Stati membri sono tenuti a introdurre nel proprio diritto nazionale.

L'*Industrial Accelerator Act* non si limita a proporre misure di armonizzazione; piuttosto, disegna un ordine giuridico dell'economia dominato dalla sicurezza degli approvvigionamenti, la selezione degli investimenti esteri e la conformazione della domanda pubblica attraverso procedimenti e provvedimenti am-

ministrativi. La densità di poteri delegati, la rigidità delle soglie, l'enfasi del criterio dell'origine, il ruolo delle *acceleration areas*, la trama sanzionatoria, compongono, complessivamente, una regolazione spinta del mercato: si tratta di scelte di politica industriale che si muovono entro le competenze di cui agli articoli 114 e 207 TFUE e determinano la funzionalizzazione di dispositivi e poteri all'affermazione o alla conservazione del primato tecnologico ed economico del capitale occidentale.

3. Sorvegliare e reagire

La tendenza dell'ordinamento alla securitizzazione, come notato in apertura, è assai larga. La si percepisce, immediatamente, sul versante della compressione delle libertà individuali, la criminalizzazione del dissenso e della protesta, la disciplina autoritaria della società. Questa conversione verso lo Stato delle polizie – nel senso di Benjamin ([30]) – è una necessità del capitale neoliberale dominante per disporre degli strumenti di repressione di cui necessita, a fronte di una situazione di diseguaglianza nelle società occidentali difficilmente sostenibile.

Da questo punto di vista, la reazione del giurista – che si aggiunge ai comportamenti ed azioni che possono essere condotti sul piano individuale e collettivo – deve essere quella della comprensione, esposizione e critica severa.

Non meno significativo, però, è il terreno della conformazione giuridica dello spazio economico, giacché in questo secondo affonda le radici il potere della

30 Intendo riferirmi allo studio, al quale mi sono già riportato tante volte, W. Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*, e *Über den Begriff der Geschichte*, ora in *Neue Rundschau*, vol. 61, S. Fischer, Frankfurt 1950, (trad. it., *Tesi di filosofia della storia*, Milano, Nemesis, 2012 e in Angelus Novus, Torino, Einaudi, 2012; su questi testi, almeno, D. Gentili, *Il tempo della storia. Le tesi "sul concetto di storia" di Walter Benjamin*, Napoli, Guida, 2002 e M. Löwy, *Fire Alarm. Reading Walter Benjamin's 'On the Concept of History*, London, Verso, 2004 (trad. it., *Segnalatore d'incendio. Una lettura delle tesi Sul concetto di storia di Walter Benjamin,* Bollati Boringhieri, Torino, 2004) e soprattutto, J. Derrida, *Force de Loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, cit. e la raccolta di conferenze Id., *Séminaire la bête et le souverain*. II (2002-2003), Galilée, Paris, 2010 (trad. it. Jaca book, Milano 2010); se si vuole, si possono esaminare anche le considerazioni in L.R. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio,* Soveria Mannelli, Rubettino, 2021; già prima, sia pure maggiormente in confronto con Cacciari (M. Cacciari, *Icone della legge*, Milano, Adelphi, 2002), Id., *La legalità del migrante.* Status *della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, trattenuti minori e potere pubblico*, in *Dir. e Proc. Amm*., 2016, 393; più recentemente, Id., *L'amministrazione repubblicana, cit*.

concentrazione neoliberale e perché quest'ultima è stata in grado di funzionalizzare lo Stato ed i suoi procedimenti e provvedimenti alla conservazione della supremazia economica e tecnologica occidentali.

Questo pone in termini inediti la relazione tra Stato e mercato.

La svolta securitaria ha fatto sostenere dai più che si tratti del ritorno dello Stato nell'economia.

La mia opinione, invece, è che si sia innanzi ad una funzionalizzazione degli Stati e del loro potere alle esigenze del capitale neoliberale occidentale, innescando una funzione di conflitto interno (fatta di ordine pubblico e sicurezza, a contenimento della protesta determinata dalle spaventose diseguaglianze) ed esterna (rispetto alle economie in competizione). Tutto ciò ammesso – e non concesso – che anche la fase della globalizzazione neoliberale non vedesse un ruolo centrale dello Stato ([31]).

---

31 Su queste questioni, basterà rinviare al noto libro M. Mazzucato, *Entrepreneurial State. Debunking Public Vs. Private Sector Myths*, Londra, Anthem, 2015. Si tratta di una rilettura critica delle interpretazioni dominanti sul successo economico degli Stati Uniti, mettendo in discussione la narrazione secondo cui tale successo sarebbe principalmente il risultato di un'economia di libero mercato caratterizzata da un intervento pubblico minimo. L'autrice sostiene, al contrario, che lo sviluppo economico e tecnologico statunitense sia stato in larga misura reso possibile da investimenti pubblici e statali ad alto rischio nel campo dell'innovazione. In tale prospettiva, risulta fondamentale distinguere tra il "mito" del modello statunitense e la sua concreta realtà storica: se altri Paesi intendessero ispirarsi all'esperienza americana, essi dovrebbero replicare ciò che gli Stati Uniti hanno effettivamente fatto, piuttosto che ciò che affermano di aver fatto. Nella prima parte del libro, Mazzucato mira a decostruire l'immagine del governo come apparato burocratico inefficiente e ostacolo all'innovazione, proponendo invece una concezione dello Stato quale principale soggetto assuntore del rischio negli investimenti innovativi. L'autrice ricostruisce storicamente il contributo determinante delle istituzioni pubbliche statunitensi nello sviluppo di innovazioni su larga scala, evidenziando come tali interventi abbiano costituito la base del successo economico del Paese. Successivamente, vengono delineati i tratti fondamentali dello "Stato imprenditore", inteso come attore centrale nei processi di investimento in ricerca e sviluppo. Mazzucato analizza quindi le modalità attraverso cui l'azione pubblica ha inciso sull'innovazione nel settore privato, ricorrendo al caso di Apple per mostrare come l'impresa abbia saputo commercializzare e diffondere tecnologie originariamente sviluppate grazie a finanziamenti pubblici, quali il GPS, il *touchscreen* e il riconoscimento vocale. In modo analogo, viene richiamato il ruolo della National Science Foundation nel finanziamento dell'algoritmo che ha contribuito alla nascita del motore di ricerca Google. L'autrice sostiene che il settore privato intervenga prevalentemente nelle fasi finali del processo innovativo, quando il livello di rischio risulta significativamente ridotto. Su questa base, Mazzucato propone una serie di orientamenti di politica economica coerenti con una rinnovata concezione del ruolo dello Stato

Naturalmente, parlare di paradigma significa compiere un'operazione di sintesi, giacché la relazione tra Stato e mercato è composta da una molteplicità di aspetti, dalla direzione del nesso di causalità tra istituzioni e sviluppo economico ([32]), al ruolo ottimale delle prime nel promuovere, regolare e gestire lo sviluppo ([33]), alla struttura delle loro relazioni ([34])ai limiti dell'intervento pubblico ([35]), alla conformazione delle strutture pubbliche che individuano gli obiettivi ed esercitano i poteri ([36]). Tuttavia, basterà rammentare gli elementi essenziali: al modello dell'economia mista che ha dominato la seconda metà del Novecento, ha fatto seguito una sua forte critica che ha determinato ([37]) il superamento del modello dello Stato promotore, interventista, imprenditore, in funzione di guida dei processi di sviluppo attraverso politiche macroeconomiche e settoriali che miravano ad una crescita duratura accompagnata da una maggiore coesione sociale. Per

---

nell'imprenditorialità, privilegiando il sostegno pubblico alla ricerca e allo sviluppo tecnologico rispetto a un affidamento esclusivo alle dinamiche di mercato. Nelle conclusioni, il volume si concentra sulle prospettive future dell'innovazione, con particolare attenzione al settore dell'energia verde, sottolineando il potenziale ruolo dello Stato nel favorire la transizione verso nuovi paradigmi tecnologici. L'autrice affronta infine le principali obiezioni rivolte alla teoria dello Stato imprenditore, riconoscendo i limiti di tale modello ma sostenendo che la funzione dello Stato come soggetto imprenditoriale e assuntore di rischio rappresenti una possibilità spesso ingiustamente sottovalutata.

32 In argomento, almeno, A. Przeworski, M.E. Alvarez, J.A. Cheibub, F. Limongi, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990,* Cambridge, Cambridge University Press, 2000

33 D. Acemoglu, J.A. Robinson, *Perché le nazioni falliscono*, Milano, Il Saggiatore, 2013.

34 D. Rodrik, *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*. Princeton, Princeton University Press, 2007.

35 D.C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

36 A. Kohli, *States and Economic Development: A Critical Introduction*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2007.

37 I cui principali argomenti erano le distorsioni derivanti dal carattere politico delle scelte in campo economico, la sfiducia nella capacità delle istituzioni di regolare i processi economici, la crescita del debito pubblico e dell'inflazione, la limitazione alla libertà di movimento di capitali e imprese. Si tratta dei tratti essenziali che ispirarono la critica neoliberale ed i processi di riduzione del ruolo dello Stato, privatizzazione e liberalizzazione, pilastri del "*Washington Consensus*" (su questi temi, H.J. Chang, *Globalization, Economic Development and the Role of the State*, London, Zed Books, 2004).

quanto le diseguaglianze ([38]) fossero presenti già nel modello novecentesco ([39]), la critica neoliberale mise in secondo piano quelle non meno significative che provenivano – soprattutto dall'America latina – dal lato di chi poneva in luce come sottosviluppo e dipendenza derivassero dalle condizioni di partenza ([40]); in ogni caso, è noto che il modello neoliberale che ha sorretto la globalizzazione prospetta la minimizzazione dell'organizzazione dello Stato, la sua esclusione dal processo economico (globalizzato) se non nella veste di regolatore proconcorrenziale, sostituendo *global governance* a Governi, il superamento del *welfare*, la privatizzazione delle organizzazioni pubbliche e la liberalizzazione delle attività economiche ([41]). L'attuazione della globalizzazione dei mercati e della riduzione dei compiti (e delle organizzazioni) pubblici ha determinato la crisi del pluralismo democratico ([42]) ad opera del neoliberismo tecnocratico ([43]) – vale a dire della concentrazione tra finanza globalizzata, disponibilità di conoscenze e tecnologie, dominio sulla teoria dell'organizzazione politica oltre gli Stati ([44]).

---

38 M. Wolf, *The Crisis of Democratic Capitalism*, New York, Penguin, 2023.

39 Per questi temi, F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press, 1992 (ma, anche, Id., *State-Building: Governance and World Order in the 21st Century*, Cornell University Press, 2004).

40 I. Wallerstein, *World-Systems Analysis*, London, Duke University Press, 2007.

41 A. Kohli, *States and Economic Development: a Critical Introduction*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2007.

42 Per una critica d'insieme, M. Lindt, *The new class war. Saving Democracy form the Metropolitan Elite*, London, Atlantic Books, 2020.

43 Per le radici dell'affermazione del neoliberismo tecnocratico, resta da esaminare, Q. Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2018. Ulteriori riferimenti circa la saldatura con le tecnoscienze in M. Ylönen, L. Pellizzoni, *Neoliberalism and Technoscience*, New York, Rutlege, 2012.

Successivamente, soprattutto J. E. Stiglitz, *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*, New York, W.W. Norton, 2012. Una diversa prospettiva in R. Kuttner, *Can democracy survive global capitalism?*, New York, Norton, 2018. Per un profile di particolare interesse, S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, PublicAffairs, 2019.

Più recentemente, I. Sánchez-Cuenca, *Neoliberal technocracy. The challenge to democratic self-government*, New York, Rutledge, 2020.

44 D. Rodrik, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, New York, Norton, 2012.

Si è trattato di una sintesi ([45]) del liberalismo economico della destra ([46]) e di quello culturale e sociale della sinistra politiche ([47]), basato sull'arbitraggio tra i sistemi legislativi nazionali ([48]) – con loro armonizzazione (volutamente) solo settoriale ([49]) –, di tassazione ([50]), del costo del lavoro ([51]), posto in concorrenza con l'immigrazione ([52]). Ci riferiamo ad un processo in grado di destrutturare la società (e, particolarmente, le sue organizzazioni del pluralismo, come partiti e sindacati), dominare il processo politico, mettere in crisi le democrazie, ottenere il ritrarsi delle politiche pubbliche del lavoro – e dei servizi –, originare privatizzazioni ([53]) e liberalizzazioni ([54]), ottenere regolazione indipendente dal processo

---

45 M, Jacobs, *After Neoliberalism: Economic Theory and Policy in the Polycrisis*, in *The Political Quarterly*, 95(4) 2024, 598 è esplicito nel riferire quest'insieme di *policy* ad un progetto politico unitario, funzionale agli interessi delle *corporations* e della parte più ricca della popolazione.

46 Per l'approccio anarco-liberista, N. Murray, *Power and market: government and the economy*, Kansas City, Sheed Andrews and McMeel, 1977.

47 Ancora M. Lindt, *The new class war. Saving Democracy form the Metropolitan Elite*, cit.

48 H. Brabazon (a cura di), *Neoliberal Legality: Understanding the Role of Law in the Neoliberal Project*, New York, Routledge, 2016.

49 Emblematico il caso dei brevetti nel settore farmaceutico, in relazione a tempi e costi per la ricerca come element in conflitto con l'accessibilità dei farmaci; sul tema, J. Nielsen, *Reach-Through Rights in Biomedical Patent Licensing: A Comparative Analysis of their Anti-Competitive Reach*, in *Federal Law Review*, 32(2), 2004, 169.

50 Per un quadro comprensivo, M. Hearson, T. N. Tucker, *An Unacceptable Surrender of Fiscal Sovereignty: The Neoliberal Turn to International Tax Arbitration*, Cambridge University Press, 2021, disponibile in open access: *"An Unacceptable Surrender of Fiscal Sovereignty": The Neoliberal Turn to International Tax Arbitration | Perspectives on Politics | Cambridge Core*.

51 Q. Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, cit.

52 Per un'analisi delle scelte in materia come strumento di politica economica ed effetto sulle organizzazioni dei lavoratori, si veda P. Martin, *Importing Poverty? Immigration and Changing face of Rural America*, New Haven, Yale University Press, 2009.

53 Per il caso emblematico delle imprese incaricate di pubblico servizio, si possono vedere, C. De Vincenti, A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità* Bologna, Il Mulino, 2006 e, sempre nella prospettiva del mercato concorrenziale G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005.

Per una prospettiva molto differente sia consentito rinviare a L. R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001.

54 Per i riferimenti, R. Cafferata, M. Martellini, D. Velo (a cura di), *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa d'interesse generale nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2007 e A. Colavecchio, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario: alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Bari, Cacucci, 2001

politico rappresentativo ([55]). Questi processi – dal punto di vista giuridico – si sono compiuti per lo più nell'àmbito della *governance* sovranazionale ([56]). Naturalmente, a fronte di questo quadro coerente, non sono mancate pratiche di segno del tutto differente, giacché i Paesi del capitalismo occidentale non hanno per nulla rinunziato a politiche protezionistiche a vantaggio delle imprese nazionali ([57]), né ad incrementare le diseguaglianze imponendo il modello occidentale ([58]) e creando un mercato globale disciplinato da istituzioni che sono il riflesso degli interessi del capitale neoliberale – tanto che è dimostrato che le economie in via di sviluppo sono cresciute più lentamente rispetto a quanto sia accaduto in epoca di interventismo statale ([59]).

Quel che rileva ai nostri fini è, tuttavia, che l'apparenza del modello neoliberale è crollata sotto gli effetti della globalizzazione.

I dati di realtà mostrano che nel volgere di circa vent'anni si è assistito sia alla crescita delle economie di Paesi autoritari, in grado di mettere in discussione il primato occidentale, sia ad un'impressionante concentrazione di ricchezza finanziaria e tecnologia. La sostanziosa riduzione del ruolo degli Stati ha consentito il secondo processo, eliminando tutte le attenuazioni che derivano dalle politiche redistributive e di sostegno alla fruizione dei diritti e promozione dell'eguaglianza. La circolazione globale degli investimenti ha consentito il primo processo.

Il dato attuale è quello della de-globalizzazione; riduzione della *governance* globale a vantaggio della rivalutazione dei poteri *command-and-control* degli Stato nazionali; controllo degli Stati da parte del capitale neoliberale che, alla ricerca della protezione del suo primato, richiede (ed ottiene) protezionismo e conflitto (militare, sia per l'approvvigionamento di risorse strategiche, sia per danneggiare le economie rivali) sul piano internazionale e politiche fondate su sicurezza e or-

---

55 Naturalmente, il dibattito sulla regolazione indipendente e la sua funzionalizzazione al diritto neoliberale sono molto vasti, sicché non mette conto riferirne qui e discuterlo; recentemente, comunque, J. B. Baker, *The Antitrust Pardigm. Restoring a Competitive Economy*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 2019.

56 In argomento, S. Cassese, *Oltre lo Stato,* Roma – Bari, Laterza, 2006.

57 J.E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, Einaudi, 2024.

58 R. Peet, E. Hartwick, *Theories of Development. Contentions, Arguments, Alternatives*, New York, Guilford, 2015.

59 A. Kohli, *States and Economic Development: a Critical Introduction*, cit.

dine pubblico, in funzione di repressione del dissenso interno agli Stati. La concentrazione finanziaria e tecnologica neoliberale rende gli Stati – e nel nostro caso l'Unione Europea – del tutto dipendenti da quello che ho provato a definire "Stato parallelo" ([60]) sia perché la loro capacità militare, amministrativa, relativa all'erogazione dei servizi pubblici, al controllo del territorio e della popolazione ed in generale alle funzioni primarie statali è del tutto dipendente dalle tecnologie proprietarie di queste *corporations*, sia perché la concentrazione del capitale neoliberale possiede i titoli del debito pubblico degli Stati ed è in grado di condizionare l'azione dei Governi, sia perché l'intero sistema dell'informazione è condizionato dalle concentrazioni finanziarie e tecnologiche.

Siamo, quindi, innanzi ad un modello di relazione tra potere economico e Stati caratterizzato dal controllo degli Stati da parte delle concentrazioni di potere finanziario e tecnologico, con conseguente attuazione di politiche securitarie sul piano interno e conflittuali (e protezionistiche) su quello internazionale.

Il punto critico di questo nuovo modello è il superamento dello Stato-di-diritto e dell'inviolabilità dei diritti fondamentali ([61]). I tratti distintivi – facilmente riscontrabili nelle pratiche e nel diritto positivo – sono: (*i*) la concentrazione dei poteri normativi ed amministrativi nella leadership dei Governi (sicché i Parlamenti sono per lo più organi di ratifica, la fuga dalla legge è evidente, gli stessi Governi agiscono soprattutto su iniziativa del *premier*, quasi azzerate collegialità e autonomia dei dicasteri); (*ii*) il principio di legalità è messo in serissima difficoltà sia dal superamento della legge come fonte (attraverso la qualificazione di atti amministrativi come regolamenti indipendenti – basti il riferimento alla normativa in tema di cybersicurezza), sia dalla proliferazione di clausole generalissime la cui applicazione appare scarsamente sindacabile (si pensi solo alla diffusione della "sicurezza nazionale" come unico parametro di valutazione – ad esempio per i poteri *golden power* – ovvero "all'interesse nazionale" – in materia di attività spaziali), sia al ricorso alla legge-provvedimento (se ne hanno esempi in quasi tutte le operazioni economiche rilevanti negli ultimi quindici anni, sia che si riferiscano a grandi opere, al salvataggio di imprese private o pubbliche, ovvero a con-

60 L.R. Perfetti, *Lo Stato parallelo*, in questa *Rivista*, XVII (2025).

61 Per le affermazioni ideologiche in questo senso, per brevità, si rinvia ai riferimenti in L.R. Perfetti, *op.ult.cit*.

sistenti investimenti); (*iii*) oltre al superamento del sistema delle fonti v'è quello relativo agli organi di garanzia: amministrazione pubblica e giurisdizione sono spesso saltate d'un balzo da leggi-provvedimento (si pensi alle crisi bancarie) che autorizzano singole operazioni economiche (acquisto di debito o nuove azioni) da parte di società partecipate dal Governo; (*iv*) se amministrazione e giurisdizione non vengono pretermesse, il loro ruolo è fortemente alterato, sia attraverso il proliferare di gestioni commissariali – accompagnate da vasti poteri di deroga, anche alla legge ed attraverso semplici atti amministrativi (per lo più ordinanze) –, sia per ragione di vere e proprie norme derogatorie – sicché la singola operazione economica vede una sua disciplina *ad hoc*, sottratta all'ordinamento generale; (*v*) lo stesso sistema della giurisdizione e delle autorità indipendenti viene fatto oggetto di *overruling* legislativi (ordinariamente per decreto-legge) per superare gli effetti sgradevoli rispetto alla singola operazione attraverso disposizioni primarie – quanto alla regolazione delle autorità indipendenti, peraltro, è in corso nel sistema nordamericano una complessiva messa in disordine, sicché si sommano sulla stessa questione competenze di *authorities*, Stati, giurisdizione e poteri federali, con il risultato di una voluta scarsa efficacia ([62]).

La conversione securitaria del diritto europeo non è se non un altro tassello in un mosaico già molto chiaro.

Il còmpito del giurista resta lo stesso: per un lato (il sorvegliare) esaminare, disvelare, denunciare; per l'altro (reagire) continuare ad elaborare teorie ed agire nella realtà – sociale e processuale – perché i diritti delle persone non siano travolti dalla protezione di privilegi.

62 Non potendo fornire tutti gli esempi necessari in questa sede, sia consentito il rinvio a L. R. Perfetti, *Biopolitica e diritto pubblico. Discorso franco e necessario*, in G. Tropea, L. Buffoni, *Biopolitica e diritto pubblico: un binomio impossibile?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2025, 135

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Giuseppe Tropea
Professore ordinario presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane dell'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria
giuseppe.tropea@unirc.it

La solidarietà climatica alla prova del potere: amministrazione, cittadinanza attiva e nuove forme di governo dell'ambiente

Note a margine del volume di Edoardo Nicola Fragale, Il dovere di solidarietà climatica come nuovo nomos della terra, ETS, Pisa, 2026

Climate Solidarity Put to the Test of Power: Administration, Active Citizenship, and New Forms of Environmental Governance

Marginal Notes on the Volume by Edoardo Nicola Fragale, *The Duty of Climate Solidarity as a New Nomos of the Earth*, ETS, Pisa, 2026

Sintesi

La recensione esamina il dovere di solidarietà climatica quale possibile principio ordinatore del diritto pubblico contemporaneo, a partire dal volume di Edoardo Nicola Fragale. Sono analizzati il mandato costituzionale di protezione, la legge riflessiva, la cittadinanza attiva e le forme di governance europea, evidenziando le tensioni tra efficacia della transizione ecologica, garanzie democratiche e autonomia dei cittadini.

Abstract

This review examines climate solidarity as a potential organizing principle of contemporary public law through Edoardo Nicola Fragale's book. It discusses constitutional duties of protection, reflexive law, active citizenship and European climate governance, highlighting tensions between effective ecological transition,

democratic safeguards and individual autonomy.

Parole chiave**.** Solidarietà climatica; diritto amministrativo; governance; cittadinanza attiva; governamentalità.

Keywords**.** Climate solidarity; administrative law; governance; active citizenship; governmentality.

Indice: 1. Premessa. - 2. Il clima come problema costituzionale: dal diritto soggettivo al dovere di protezione. - 3. Oltre la contrapposizione tra Stato e mercato: la legge riflessiva. - 4. Dall'homo oeconomicus all'homo socialis: la cittadinanza attiva come risorsa e come problema. - 5. La governance climatica europea tra integrazione e governamentalità neoliberale. - 6. I limiti della giustizia climatica e il ruolo del diritto amministrativo. - 7. Il nuovo nomos della terra e il problema del katéchon. - 8. Considerazioni conclusive: dalla solidarietà come tecnica di governo alla solidarietà come principio costituzionale.

1. Premessa

Il cambiamento climatico costituisce probabilmente uno dei terreni sui quali si manifesta con maggiore evidenza la crisi delle categorie tradizionali del diritto pubblico. Non soltanto perché impone di ripensare il rapporto tra sovranità statale e dimensione globale dei problemi, oppure perché sollecita un aggiornamento delle tecniche di regolazione amministrativa. Più radicalmente, la questione climatica mette in discussione le coordinate spaziali, temporali e soggettive attorno alle quali si è storicamente costruito il rapporto tra potere pubblico e libertà individuali.

È in questo scenario che si colloca il volume di Edoardo Nicola Fragale, il quale propone di assumere il dovere di solidarietà climatica come principio ricostruttivo di un nuovo ordine giuridico, capace di superare le insufficienze tanto del tradizionale paradigma autoritativo quanto delle soluzioni affidate alla spontaneità del mercato.

L'ambizione dell'indagine è notevole. L'autore non si limita a ricostruire l'evoluzione della disciplina climatica internazionale, europea e nazionale, ma affronta una questione più generale, che attraversa l'intero diritto amministrativo contemporaneo: come possa essere esercitato un potere pubblico chiamato a governare fenomeni globali e intergenerazionali, senza riprodurre le rigidità del comando sovrano e senza dissolversi nei meccanismi impersonali della regolazione economica.

Il pregio dell'opera risiede anzitutto nella consapevolezza che la crisi climatica non rappresenta semplicemente un nuovo settore di intervento amministrativo. Essa costituisce piuttosto un osservatorio privilegiato delle trasformazioni del potere, della legge, dell'indirizzo politico e dell'amministrazione.

Da questo punto di vista, la lettura del libro suggerisce un confronto con le riflessioni sviluppate attorno alla biopolitica, alla governamentalità neoliberale e alle metamorfosi dello Stato amministrativo. Si tratta di prospettive che, pur muovendo da premesse differenti, convergono nell'interrogarsi sul destino del diritto pubblico in un contesto nel quale il potere tende sempre meno a manifestarsi esclusivamente attraverso atti autoritativi e sempre più mediante dispositivi di orientamento, incentivazione e organizzazione dei comportamenti.

La domanda che attraversa questa recensione è dunque se la solidarietà e la cittadinanza attiva climatica, così come ricostruite da Fragale, possano effettivamente contribuire alla costruzione di una diversa razionalità del governo pubblico, oppure se alcune delle tecniche attraverso le quali esse sono destinate a realizzarsi rischino di riprodurre, sia pure con finalità ambientalmente virtuose, le ambivalenze della governamentalità contemporanea.

2. Il clima come problema costituzionale: dal diritto soggettivo al dovere di protezione

Il primo capitolo del volume ricostruisce il progressivo consolidamento del mandato di protezione del clima nello spazio giuridico globale, europeo e nazionale. L'analisi muove dalla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e dall'Accordo di Parigi, per soffermarsi sull'evoluzione delle competenze europee e sul significato assunto, nell'ordinamento italiano, dalla riforma degli artt. 9 e 41 Cost.

La tesi centrale è che la protezione climatica non possa essere ridotta alla dimensione soggettiva dei diritti fondamentali, pur trovando in questi ultimi un essenziale sostegno. Essa assume anche la consistenza di un dovere obiettivo di protezione (come sostenuto spesso anche in questa *Rivista*), che grava sui pubblici poteri e impone loro di predisporre strumenti adeguati alla conservazione delle condizioni ambientali della vita.

La distinzione è particolarmente importante. Se la tutela del clima fosse affidata esclusivamente alla protezione riflessa dei diritti alla vita, alla salute o alla proprietà, essa rischierebbe di rimanere condizionata dalla possibilità di individuare una lesione sufficientemente concreta e individualizzata. La dimensione oggettiva del mandato di protezione consente invece di cogliere la specificità di un bene la cui compromissione produce conseguenze diffuse, cumulative e spesso temporalmente differite.

In questa prospettiva, la solidarietà climatica acquista una portata che eccede i tradizionali confini della comunità politica. Essa non riguarda soltanto i contemporanei, ma anche le generazioni future; non si esaurisce nel territorio statale, ma impone di considerare le conseguenze delle decisioni pubbliche e private su soggetti geograficamente lontani.

È qui che il riferimento al nomos della terra schmittiano assume il suo significato più ambizioso e suggestivo. Fragale propone di ripensare l'ordine giuridico a partire da un principio di responsabilità che mette in discussione la coincidenza, tipica della modernità statuale, tra territorio, sovranità e comunità dei destinatari della protezione.

Si tratta di un passaggio persuasivo, che presenta tuttavia una prima questione problematica.

Il riconoscimento della centralità costituzionale dell'interesse climatico non risolve automaticamente il problema del rapporto con gli altri interessi costituzionalmente protetti. La necessità di contrastare un rischio esistenziale può certamente incidere sull'intensità della protezione giuridica, ma non dovrebbe trasformarsi in un criterio generale di prevalenza sottratto alle ordinarie tecniche di bilanciamento.

Il rischio, altrimenti, è che la normatività del fatto ecologico, valorizzata dall'autore soprattutto nel secondo capitolo, finisca per attribuire alla situazione emergenziale una capacità di conformazione dell'ordinamento che necessita di essere attentamente delimitata.

È una questione che richiama da vicino il problema della normalizzazione dell'emergenza, già emerso nell'esperienza pandemica.

La crisi climatica presenta, naturalmente, caratteristiche profondamente diverse da quella sanitaria: ha un andamento più lento, una dimensione strutturale e un orizzonte temporale assai più esteso. Tuttavia, proprio il suo carattere permanente rende particolarmente delicato il rapporto tra necessità della protezione e garanzie dello Stato costituzionale.

L'emergenza può rendere indispensabile l'intervento pubblico, ma non può costituire, di per sé, una fonte autonoma di legittimazione del potere.

Da questo punto di vista, il diritto amministrativo è chiamato a svolgere una funzione essenziale: non semplicemente rendere effettivi gli obiettivi climatici, ma assicurare che il loro perseguimento avvenga attraverso competenze, procedimenti, forme di responsabilità e strumenti di tutela coerenti con il principio democratico.

L'Autore coglie implicitamente questo passaggio critico e schiude il saggio a una intensa riflessione sui diversi "volti" della sussidiarietà.

3. Oltre la contrapposizione tra Stato e mercato: la legge riflessiva

Uno dei contributi teoricamente più interessanti del volume si rinviene nel terzo capitolo, dedicato alla trasformazione delle tecniche di regolazione e all'emersione dei modelli di amministrazione indiretta del clima.

Fragale ricostruisce le insufficienze delle due risposte tradizionali al problema del sovrautilizzo delle risorse ambientali: quella riconducibile al paradigma del Command and Control, fondata sull'intervento autoritativo, e quella dell'ambientalismo del libero mercato, imperniata sulla definizione e sulla protezione dei diritti di proprietà.

La contrapposizione tra soluzione hobbesiana e soluzione hayekiana consente all'autore di individuare i limiti di entrambe.

La prima rischia di affidarsi a una razionalità pubblica centralizzata, incapace di governare adeguatamente la complessità dei sistemi ecologici ed economici. La seconda tende invece a confidare nella capacità autoregolativa del mercato, sottovalutando la natura collettiva e globale dei problemi climatici.

La via d'uscita viene ricercata nella teoria della legge riflessiva, soprattutto attraverso il confronto con Teubner e con le elaborazioni sullo sperimentalismo democratico e sulla governance policentrica.

La legge non pretende più di disciplinare integralmente i comportamenti dei destinatari, ma costruisce condizioni, incentivi e procedure affinché i diversi sottosistemi sociali orientino autonomamente le proprie decisioni verso obiettivi di interesse generale.

Ne deriva un modello di amministrazione che non scompare, ma modifica profondamente le proprie modalità operative. Accanto al comando assumono rilievo l'informazione, la certificazione, gli incentivi economici, l'accreditamento e la promozione di forme di cooperazione sociale.

L'analisi è particolarmente efficace perché non propone una ingenua sostituzione dell'autorità con la libertà. Fragale riconosce, infatti, che il diritto climatico europeo si caratterizza per la compresenza di strumenti differenti e per una progressiva multidimensionalità della regolazione.

La legge riflessiva rappresenta un paradigma centrale, ma non esclusivo. L'aggravarsi della crisi climatica e la necessità di rispettare scadenze determinate comportano anche una parziale rivalutazione delle tecniche prescrittive tradizionali.

Questo approccio evita di contrapporre astrattamente modelli che, nella realtà, tendono a combinarsi.

Resta tuttavia da approfondire il significato politico-costituzionale della trasformazione descritta.

La regolazione indiretta non è necessariamente una regolazione meno penetrante. Anzi, proprio perché opera attraverso gli incentivi, la produzione di informazioni e l'orientamento delle scelte individuali, può raggiungere dimensioni della vita sociale che sfuggono alle forme tradizionali dell'intervento autoritativo.

La distinzione tra comando e libertà diventa allora meno netta di quanto possa apparire.

Un potere che non vieta, ma orienta; che non impone direttamente, ma costruisce le condizioni entro le quali gli individui assumono determinate decisioni, rimane pur sempre un potere. E può risultare tanto più efficace quanto meno è percepito come tale.

È qui che il confronto con la nozione foucaultiana di governamentalità, o ancor prima con la legislazione indiretta di Bentham, diventa particolarmente

fecondo.

La governamentalità neoliberale non coincide, infatti, con la semplice ritirata dello Stato a favore del mercato. Essa presuppone piuttosto un'intensa attività di costruzione delle condizioni istituzionali, giuridiche e cognitive entro le quali il mercato e i comportamenti individuali possono funzionare secondo determinate razionalità.

Il mercato non è soltanto un limite esterno all'azione pubblica, ma può diventare un principio interno di organizzazione dell'amministrazione.

Sotto questo profilo, le tecniche di regolazione climatica indiretta presentano una significativa ambivalenza. Possono rappresentare strumenti di emancipazione rispetto alla rigidità dei modelli autoritativi, ma possono anche contribuire a un'estensione capillare del governo delle condotte.

La loro valutazione non può dunque esaurirsi nel grado di efficienza ambientale, ma deve investire la qualità democratica dei processi decisionali e le effettive possibilità di autonomia dei destinatari.

4. Dall'homo oeconomicus all'homo socialis: la cittadinanza attiva come risorsa e come problema

La parte forse più originale dell'opera riguarda il ruolo attribuito alla cittadinanza attiva nella regolazione e nell'amministrazione del clima.

Nel quarto capitolo Fragale distingue i dispositivi di governance che fanno appello alla razionalità economica degli operatori da quelli che presuppongono una diversa motivazione dell'agire individuale e collettivo.

Accanto all'homo oeconomicus, orientato prevalentemente al perseguimento dell'utilità individuale, emerge così la figura dell'homo socialis, capace di assumere comportamenti ispirati alla responsabilità ambientale e alla cura di interessi che trascendono la propria sfera personale.

La distinzione è significativa perché permette di superare una rappresentazione esclusivamente mercantile della transizione ecologica.

Il cittadino non compare soltanto come consumatore chiamato a scegliere prodotti meno inquinanti o come investitore incentivato a indirizzare il capitale verso attività sostenibili. Può diventare anche protagonista di iniziative collettive, assumendo un ruolo diretto nella produzione e nella gestione di beni e servizi

ambientalmente rilevanti.

Le comunità energetiche rappresentano, in questa prospettiva, un esempio particolarmente importante.

Esse mostrano come l'iniziativa privata possa essere orientata alla realizzazione di finalità generali attraverso forme organizzative che valorizzano cooperazione, prossimità territoriale e responsabilità condivisa.

Il riferimento all'art. 118, quarto comma, Cost. consente di collocare queste esperienze entro la cornice costituzionale della sussidiarietà orizzontale.

L'autore valorizza inoltre la funzione degli strumenti informativi, delle certificazioni ambientali e delle misure contro il greenwashing, che permettono ai cittadini di incidere indirettamente sulle strategie produttive delle imprese.

La prospettiva è condivisibile nella misura in cui restituisce alla società una capacità di iniziativa non riducibile alla semplice somma delle preferenze individuali.

E tuttavia proprio questo passaggio solleva alcune questioni che meritano attenzione.

La prima riguarda il rischio di una progressiva privatizzazione della responsabilità climatica.

Se la protezione dell'ambiente viene affidata in misura crescente alle scelte dei consumatori, degli investitori e delle comunità locali, occorre evitare che il dovere pubblico di protezione si trasformi in una responsabilità diffusa e indeterminata, nella quale risulti sempre più difficile individuare i soggetti istituzionalmente tenuti a garantire determinati risultati.

La responsabilizzazione del cittadino non dovrebbe tradursi in una deresponsabilizzazione delle istituzioni.

La seconda questione riguarda il rapporto tra cittadinanza attiva e diseguaglianze sociali.

La possibilità di compiere scelte ambientalmente sostenibili dipende spesso dalla disponibilità di risorse economiche, conoscenze tecniche, tempo e capacità organizzative.

Non tutti possono investire nella finanza sostenibile, acquistare beni caratterizzati da migliori prestazioni ambientali o partecipare a una comunità

energetica.

La cittadinanza climatica rischia pertanto di svilupparsi in forme socialmente selettive, nelle quali i soggetti più attrezzati possono contribuire alla transizione e beneficiarne, mentre altri ne sopportano prevalentemente i costi.

La solidarietà climatica deve allora confrontarsi non soltanto con le diseguaglianze intergenerazionali e territoriali, ma anche con quelle economiche e sociali interne alle comunità contemporanee.

La terza questione riguarda il significato stesso della partecipazione.

Non ogni forma di attivazione dei cittadini equivale a una democratizzazione del potere.

Una cosa è riconoscere ai soggetti sociali la possibilità di concorrere alla definizione degli obiettivi collettivi; altra cosa è coinvolgerli nell'attuazione di obiettivi già stabiliti altrove, mediante strumenti che ne orientano preventivamente i comportamenti.

Nel primo caso la partecipazione incide sull'indirizzo politico e amministrativo. Nel secondo può diventare prevalentemente una tecnica di governo.

È questa, probabilmente, una delle tensioni più importanti che attraversano la prospettiva della cittadinanza attiva.

La valorizzazione dell'homo socialis costituisce un avanzamento rispetto all'antropologia riduttiva dell'homo oeconomicus, ma non garantisce automaticamente il superamento delle logiche della governamentalità.

Anche la solidarietà può diventare oggetto di organizzazione, incentivazione e canalizzazione amministrativa.

Il problema decisivo consiste allora nel comprendere se la cittadinanza attiva sia riconosciuta come soggetto autonomo di decisione oppure prevalentemente come risorsa funzionale al conseguimento di risultati predeterminati.

5. La governance climatica europea tra integrazione e governamentalità neoliberale

Il confronto con il diritto europeo costituisce un ulteriore elemento di interesse del volume.

Fragale esamina una pluralità di strumenti attraverso i quali l'Unione europea cerca di perseguire gli obiettivi climatici: il sistema di scambio delle quote di

emissione, il meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere, gli strumenti di finanza sostenibile, le certificazioni e le discipline volte a favorire le energie rinnovabili.

L'insieme di questi dispositivi restituisce l'immagine di una governance complessa, nella quale la determinazione degli obiettivi generali si accompagna alla differenziazione degli strumenti attuativi.

L'aspetto interessante è che l'integrazione europea procede, ancora una volta, attraverso una combinazione di vincoli giuridici, condizionamenti economici e strumenti amministrativi.

Si tratta di una dinamica che richiama quella riscontrabile nelle tecniche di condizionalità utilizzate dall'Unione in altri settori.

La condizionalità, infatti, costituisce una forma di esercizio del potere che non si fonda necessariamente sull'imposizione diretta di un comando, ma sulla subordinazione di determinati benefici o opportunità all'adozione di comportamenti considerati desiderabili.

In questo senso, essa rappresenta uno dei dispositivi più significativi della governamentalità contemporanea.

La questione non è soltanto se tali strumenti siano efficaci, ma quale modello di integrazione europea contribuiscano a costruire.

Da un lato, la governance climatica può rappresentare un'occasione di superamento dell'originaria impronta mercatocentrica dell'ordinamento europeo, attraverso il riconoscimento di finalità solidaristiche capaci di orientare l'esercizio delle competenze dell'Unione.

Dall'altro, il perseguimento di queste finalità continua a realizzarsi, almeno in parte, attraverso dispositivi che assumono il mercato come principale meccanismo di coordinamento sociale.

La tensione è evidente: il diritto europeo tenta di correggere gli effetti ambientalmente distruttivi del mercato utilizzando, in misura considerevole, strumenti costruiti secondo la razionalità del mercato stesso.

Non si tratta necessariamente di una contraddizione insanabile. Sarebbe riduttivo identificare ogni meccanismo incentivante o ogni forma di condizionalità con una manifestazione patologica del neoliberalismo.

Occorre però interrogarsi sulle condizioni alle quali tali dispositivi possano essere ricondotti entro un progetto costituzionale più ampio, nel quale l'efficienza economica non costituisca il criterio ultimo di legittimazione delle decisioni pubbliche.

È in questa prospettiva che la riflessione sulla solidarietà climatica può incontrare quella sulla costruzione di un'identità costituzionale europea e sul dibattito oggi molto vivo sull'art. 2 TUE.

La protezione del clima, proprio perché presuppone l'assunzione di responsabilità verso soggetti lontani nello spazio e nel tempo, può contribuire alla formazione di una solidarietà politica, di una società europea (come intesa da Autori come von Bogdandy o, recentemente, dalla stessa Corte di Giustizia), che trascende la dimensione statale.

Ma questa possibilità non è inscritta automaticamente negli strumenti della governance.

Dipende dalla capacità delle istituzioni europee di trasformare gli obiettivi ambientali in un progetto di integrazione anche sociale e democratica, evitando che la transizione si risolva in una nuova stagione di funzionalizzazione delle politiche pubbliche a risultati prevalentemente economici e quantitativi.

In altri termini, il problema è se il diritto climatico europeo possa contribuire a una costituzionalizzazione sostanziale dell'integrazione, oppure se finisca per riprodurre una razionalità tecnocratica nella quale gli obiettivi sono definiti al centro e la partecipazione dei cittadini viene prevalentemente organizzata in funzione della loro realizzazione.

6. I limiti della giustizia climatica e il ruolo del diritto amministrativo

Un ulteriore profilo meritevole di attenzione riguarda la giustiziabilità del dovere di protezione climatica.

Fragale dedica al tema un paragrafo del quarto capitolo, significativamente interrogandosi sulla capacità dei giudizi climatici di contribuire alla salvezza del pianeta.

La risposta è improntata a un condivisibile realismo. L'autore riconosce l'importanza delle controversie climatiche come strumenti di denuncia e di sollecitazione dell'azione pubblica, ma ne evidenzia i limiti strutturali rispetto alla

complessità delle decisioni necessarie per contrastare il cambiamento climatico.

È una posizione che merita di essere valorizzata.

L'espansione della tutela giurisdizionale può certamente contribuire a rendere effettivi gli obblighi di protezione, soprattutto quando le istituzioni rimangano inerti o adottino misure manifestamente inadeguate.

Tuttavia, il giudice non dispone né della legittimazione democratica né degli strumenti conoscitivi e organizzativi necessari per sostituirsi integralmente (tramite un'azione di adempimento) alle istituzioni rappresentative nella definizione delle politiche climatiche.

Il problema investe, ancora una volta, il rapporto tra diritto, amministrazione e politica.

Una concezione esclusivamente funzionalistica della giurisdizione rischierebbe di trasformare il giudice nel garante del raggiungimento di determinati risultati ambientali, attenuando la distinzione tra controllo di legittimità e amministrazione attiva.

Al tempo stesso, una lettura eccessivamente restrittiva delle condizioni dell'azione e dell'intensità del sindacato potrebbe rendere sostanzialmente ineffettivi obblighi di protezione costituzionalmente rilevanti.

Occorre pertanto ricercare un equilibrio che non può essere raggiunto attraverso la semplice contrapposizione tra attivismo e deferenza giudiziaria.

La giustizia climatica pone infatti una questione più generale: come assicurare l'effettività di interessi collettivi e intergenerazionali senza dissolvere le garanzie proprie del processo e senza attribuire alla giurisdizione compiti di indirizzo politico.

In questa prospettiva, la centralità del diritto amministrativo appare difficilmente contestabile.

È soprattutto attraverso la qualità dei procedimenti decisionali, l'adeguatezza dell'istruttoria, la trasparenza delle valutazioni, la partecipazione degli interessati e il controllo sulla ragionevolezza delle scelte che può essere costruita una protezione climatica giuridicamente sostenibile.

Il processo conserva una funzione indispensabile, ma non può diventare il luogo ordinario di definizione delle politiche pubbliche.

7. Il nuovo nomos della terra e il problema del katéchon

Il capitolo conclusivo costituisce, sul piano teorico, uno dei passaggi più stimolanti dell'opera.

Fragale torna sulla possibilità di riconoscere nel diritto europeo del clima i lineamenti di un nuovo nomos della terra, confrontandosi con i limiti delle transizioni ecologiche contemporanee e con il problema della progressiva perdita di una forza capace di contenere le dinamiche espansive dei diversi interessi settoriali.

Il richiamo al katéchon consente di affrontare una questione che supera il diritto ambientale in senso stretto: quella della capacità del diritto pubblico di costituire un limite effettivo rispetto a processi economici e tecnologici che tendono a svilupparsi secondo logiche autonome.

È particolarmente significativa, a questo riguardo, l'attenzione rivolta ai lati oscuri della transizione climatica.

La decarbonizzazione non coincide necessariamente con una complessiva riconciliazione tra attività umane ed ecosistemi. Alcune tecnologie e strategie di mitigazione possono produrre nuove pressioni sulle risorse naturali, sulla biodiversità e sugli altri confini planetari.

La questione ecologica non può dunque essere esaurita nella riduzione delle emissioni climalteranti.

Questo rilievo contribuisce ad evitare una lettura puramente tecnocratica della transizione, fondata sull'idea che il raggiungimento di determinati indicatori quantitativi sia sufficiente a garantire la sostenibilità complessiva dei processi economici.

Nella parte finale del volume, l'autore individua nelle proprietà e nelle imprese comunitarie, nonché nel passaggio dall'amministrazione indiretta all'amministrazione condivisa, una possibile alternativa.

L'interesse di questa proposta risiede nella valorizzazione di forme di organizzazione sociale che non si limitano a correggere marginalmente il funzionamento del mercato, ma possono incidere sulle modalità stesse del possedere, del produrre e del consumare.

È una prospettiva che presenta indubbi elementi di originalità e che consente di recuperare una dimensione propriamente istituzionale della solidarietà.

La cooperazione non viene considerata soltanto come comportamento individuale virtuoso, ma come principio capace di tradursi in strutture organizzative e forme di amministrazione.

Rimane tuttavia una questione di fondo.

Se il katéchon esprime l'esigenza di una forza capace di contenere le dinamiche disgregatrici dell'ordine sociale, occorre chiedersi se tale funzione possa essere affidata prevalentemente alla spontaneità organizzata della società civile.

Le comunità e le forme di amministrazione condivisa possono certamente rappresentare luoghi di sperimentazione democratica e di innovazione istituzionale. Ma non sempre dispongono della capacità necessaria per contrastare interessi economici globali, correggere diseguaglianze strutturali o assumere decisioni redistributive particolarmente onerose.

La valorizzazione della società civile non dovrebbe perciò comportare un indebolimento della funzione ordinatrice delle istituzioni pubbliche.

Si potrebbe anzi sostenere che la crisi climatica renda necessaria una rinnovata capacità di indirizzo pubblico, capace di combinare partecipazione e decisione, cooperazione e responsabilità, autonomia sociale e garanzie istituzionali.

Il katéchon, in questa prospettiva, non coincide con il ritorno nostalgico alla sovranità statale, ma con la capacità del diritto costituzionale e amministrativo di impedire che la complessità sociale venga governata esclusivamente attraverso gli imperativi dell'efficienza economica e tecnologica.

Il diritto può svolgere questa funzione soltanto conservando una propria autonomia rispetto alle razionalità che è chiamato a regolare.

È proprio tale autonomia che consente di distinguere una solidarietà autenticamente costituzionale da una solidarietà semplicemente funzionale alla realizzazione di obiettivi predeterminati.

8. Considerazioni conclusive: dalla solidarietà come tecnica di governo alla solidarietà come principio costituzionale

Il volume di Fragale rappresenta un contributo significativo al dibattito sulle trasformazioni contemporanee del diritto amministrativo.

Il suo principale merito consiste nell'aver collocato la questione climatica entro una riflessione teorica di ampio respiro, capace di collegare diritto interna-

zionale, integrazione europea, principi costituzionali, modelli di regolazione e forme di cittadinanza.

Particolarmente apprezzabile è il tentativo di superare le contrapposizioni tradizionali tra Stato e mercato, autorità e libertà, pubblico e privato, mostrando come la protezione climatica richieda una pluralità di strumenti e una diversa configurazione dei rapporti tra istituzioni e società.

La ricostruzione della legge riflessiva e dell'amministrazione indiretta offre una chiave interpretativa convincente di molte trasformazioni del diritto europeo contemporaneo.

Allo stesso modo, la valorizzazione dell'homo socialis e delle forme di cittadinanza attiva consente di recuperare una dimensione cooperativa dell'agire individuale che le rappresentazioni esclusivamente economicistiche tendono a trascurare.

Le questioni critiche emerse nel corso della lettura non ridimensionano questi risultati. Ne confermano, piuttosto, la rilevanza.

La solidarietà climatica costituisce infatti un principio potenzialmente capace di trasformare il rapporto tra amministrazione e società. Ma la sua capacità emancipativa dipende dalle forme giuridiche e istituzionali attraverso le quali viene concretamente realizzata.

Non basta che il potere persegua finalità solidaristiche perché le sue modalità di esercizio diventino automaticamente democratiche.

Un'amministrazione che orienta i comportamenti attraverso incentivi, informazioni e dispositivi di condizionamento può certamente risultare più flessibile di un'amministrazione fondata esclusivamente sul comando. Non per questo è necessariamente meno invasiva o più rispettosa dell'autonomia individuale.

Analogamente, una cittadinanza chiamata a contribuire al raggiungimento degli obiettivi climatici non diventa per ciò solo una cittadinanza politicamente più libera.

La questione decisiva riguarda la possibilità di partecipare non soltanto all'attuazione, ma anche alla determinazione degli obiettivi collettivi.

In questa prospettiva, la solidarietà climatica deve essere sottratta al rischio di una sua riduzione a tecnica di governo delle condotte e ricondotta alla dimensione propriamente costituzionale del rapporto tra potere, libertà e

responsabilità.

Si tratta, in fondo, della stessa tensione che attraversa le trasformazioni dello Stato amministrativo contemporaneo: da un lato, la necessità di costruire strumenti sempre più efficaci per affrontare problemi complessi; dall'altro, l'esigenza di evitare che la ricerca dell'efficacia determini un progressivo arretramento delle garanzie giuridiche e democratiche.

Il cambiamento climatico rende questa tensione particolarmente acuta, perché impone decisioni urgenti, scientificamente informate e capaci di produrre effetti su scala globale.

Ma proprio per questo richiede che il diritto non abdichi alla propria funzione di mediazione e di limite.

Il nuovo nomos della terra non potrà nascere soltanto da una più efficiente organizzazione della transizione ecologica. Dovrà fondarsi anche su una diversa concezione della responsabilità politica, della giustizia sociale e della partecipazione democratica.

Il contributo di Fragale è prezioso soprattutto perché consente di formulare queste domande, offrendo strumenti concettuali per affrontarle senza rifugiarsi né nella nostalgia dello Stato sovrano né nella fiducia incondizionata nelle capacità autoregolative del mercato.

In definitiva, la sfida non consiste soltanto nel rendere l'amministrazione capace di governare il clima, ma nell'evitare che, in nome della protezione del clima, ogni dimensione dell'esistenza venga trasformata in oggetto di amministrazione.

È probabilmente su questo crinale, tra solidarietà costituzionale e governamentalità, tra partecipazione democratica e funzionalizzazione dei comportamenti, che si giocherà una parte importante del futuro del diritto pubblico.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Patrik Hajdu
PhD Candidate at the Department of Public Law Disciplines, Faculty of Public Administration, Pavol Jozef Šafárik University in Košice
patrik.hajdu@student.upjs.sk

The Presidential Office as a Public Administration Institution: A Comparative Analysis of the Italian Quirinale and the Slovak Presidential Chancellery

Abstract

While the constitutional role of heads of state in European parliamentary democracies has attracted extensive scholarly attention, the administrative apparatus remains largely overlooked in comparative public administration research. This paper addresses that gap by comparing two presidential offices as institutions of public administration, namely the General Secretariat of the Presidency of the Italian Republic and the Office of the President of the Slovak Republic. The analysis shows that once the figures are normalised, the disparity between the two offices is financial rather than personnel-based, and reveals a striking inversion, as the indirectly elected Italian president relies on a large autonomous apparatus, whereas the directly elected Slovak president works with a more dependent one. The paper argues that the institutional design of the presidential office is not an administrative technicality but a factor that directly shapes the president's capacity to fulfil the stabilising role ascribed to the office by the constitution.

Keywords: presidential office; institutional capacity; autonomy; Italy; Slovakia.

Index: 1. Introduction – 2. Theoretical foundations – 3. The General Secretariat of the Presidency of the Italian Republic – 4. The Office of the President of the Slovak Republic – 5. Comparative analysis – 6. Conclusion.

1. Introduction

In descriptions of the presidential role in various constitutions of the world, above all in parliamentary republics, the president is the one who fulfils a role often described by concepts such as guarantor, representative of the unity of

the state or even arbiter[1]. With these concepts, however, one less frequently hears about a perhaps less interesting, or one might even say less elevated, yet all the more important question of who materially ensures these functions. At issue is every appointment of specific governments, or for instance of the vetoing of laws, or even of the foreign visits of the head of state. All of this is the result of the meticulous work of the administrative apparatus, owing to which the president functions as an important component of the state. It is precisely this apparatus that legally analyses, coordinates and, last but not least, organises. Even though we know what an irreplaceable role is often placed upon the administrative background of individual presidents, this background itself usually remains on the periphery of interest of comparative public administration research, whose attention is generally concentrated on governments or ministries. On the contrary, it leaves the apparatuses of heads of state to constitutional law, which, however, often focuses directly on powers rather than on the office itself.

The literature currently available addresses this topic marginally from two sides, yet from neither does it directly arrive at it. Comparative political science has thoroughly mapped the powers of presidents, their activism as well as their relations with governments[2], yet it frequently leaves the administrative background aside as a technical detail. Public administration research, on the other hand, possesses an elaborate apparatus for examining institutional capacity, yet it applies it mostly to the aforementioned governments or ministries, not specifically to the offices of heads of state. An exception is legal doctrine, which devotes considerable attention to them, yet its findings remain outside the comparative framework. Presidential offices represent a frequently overlooked intersection of both disciplines. Although they are public administration institutions par excellence, remarkably few scholars examine them from this perspective.

The aim of this article is to compare two institutions that find answers to the same questions, yet always through a different path or form. In the case of the

---

1 This paper was prepared within the research project VEGA 1/0487/24 *Strengthening Constitutional Awareness and the Authority of the Constitution in the Central European Context*. The author declares no conflict of interest.

2 P. Köker, *Presidential Activism and Veto Power in Central and Eastern Europe*, Cham, Palgrave Macmillan, 2017.

Italian model, we are speaking of the General Secretariat of the Presidency of the Italian Republic (*Segretariato generale della Presidenza della Repubblica*, hereinafter: Secretariat), which is an apparatus with long-standing continuity, its own civil service corps, extensive autonomy and an annual budget exceeding two hundred million euros. In contrast, the Office of the President of the Slovak Republic (*Kancelária prezidenta Slovenskej republiky*, hereinafter: Office) is, given the age of the independent Slovak state, a young institution with a number of employees that only slightly exceeds one hundred, a general personnel regime and a budget largely subordinate to parliament. Both simultaneously serve presidents of parliamentary republics with an analogous constitutional role of a neutral arbiter. The aim, moreover, is not to compare the absolute figures of both institutions, but the manner in which each of them functions within the framework of the resources it has at its disposal. Our article also seeks to provide answers to how differences in organisational structure, legal status, personnel provision or other mechanisms, such as for instance budgetary ones, shape the institutional capacity of both offices to support the stabilising role of the head of state. At the same time, the article argues that the institutional design of an office need not be merely a technicality from an administrative point of view, but directly one of several factors that indicate how a president is able to realistically fulfil their constitutional role.

Methodologically, the article is conceived as a comparative case study of two institutions. The selection of cases, moreover, is not random. Both countries are parliamentary republics in which the constitution entrusts the president with the role of a neutral arbiter, yet their presidential offices represent almost contradictory models of institutional design. The identical constitutional function thus serves as the *tertium comparationis*, against the background of which differences in organisational arrangement can be observed in isolation.

The analysis relies on a qualitative document analysis. The primary source base is formed by constitutional texts, statutes and internal regulations of both institutions, budgetary documents including the Italian *Nota illustrativa* and *Bilancio di previsione* as well as the budget chapters of the Office, the case law of the Italian Constitutional Court and the official websites of both offices. They are supplemented by Italian constitutional legal doctrine and Central European po-

litical science literature. Given the differing size of both countries, the numerical data are also presented in a normalised form, that is, calculated per capita and per employee. The limits of the chosen approach are evident. The comparison of two cases does not allow for broad generalisation, and the analysis captures primarily the formal and institutional level of the functioning of both offices, not their day-to-day internal practice.

2. Theoretical foundations

The administrative background of the head of state is indeed a neglected topic, yet it acquires its significance particularly in the context of current debates on whether democracies are resilient to what they face. The experiences of several European countries from the last decade have shown that democracies today generally do not perish through a sudden coup d'état, but through a gradual weakening of institutions from within. Political science has established the term democratic backsliding for this phenomenon. Bermeo[3] defines it as the state-led weakening or often even the removal of political institutions that sustain an existing democracy. Attention is also drawn to the fact that today the most frequent form of this phenomenon is the gradual strengthening of the executive, together with the weakening or removal of check mechanisms or even the limiting of the ability of opposition forces to challenge government decisions[4]. In a similar tone, Huq and Ginsburg[5] describe the so-called constitutional retrogression as the gradual erosion of three institutional prerequisites of democracy, namely elections, political freedoms and the rule of law.

The frequently creeping and often overlooked nature of these processes shifts attention to institutions that stand outside direct political contest and whose capture should not occur following elections. Huq and Ginsburg[6] also assert that a bureaucratic core composed of experts without political affiliation represents a primary obstacle against the abuse of state power, whilst simultaneou-

3 N. Bermeo, *On Democratic Backsliding*, in *Journal of Democracy*, 2016, vol. 27, n. 1, 5 ss.

4 N. Bermeo, *On Democratic Backsliding*, cit.

5 A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in *UCLA Law Review*, 2018, vol. 65, n. 1, 78 ss.

6 A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, cit.

sly formulating a condition without which constitutional checks do not function. This condition is the preservation of a distinct motivational and interest structure of the individual branches of power, which thus possess a genuine interest in defending their institutions and their independence[7]. On the other hand, a risk of politicisation exists here as well, that is, when the ruling power gains control over the staffing of a given institution. In such a case, its credibility declines and it thus ceases to fulfil its stabilising function, namely the capacity to operate impartially, maintaining continuity regardless of political turnover[8]. A clear illustration is the political appointment of the leadership of independent offices or important positions within the civil service.

Specifically regarding parliamentary republics, the office of the president may be included among such institutions as well. Italian constitutional legal doctrine has directly developed the concept of the president as a symbol of neutral power. Mastropaolo[9] notes that already the Constituent Assembly conceived the president as an organ of equilibrium and coordination of the entire institutional system. This role, however, is not immutable. Using the example of the Italian political crisis of 2011, Giuffrè[10] describes that the then president Napolitano acted as an active guarantor of the political as well as the economic stability of the country. Ferrara[11] similarly analyses the tenure of President Mattarella during the pandemic period (2020–2022) and various government crises, referring to this

7 A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, cit.

8 H.J. Addison, *Is Administrative Capacity a Useful Concept? Review of the Application, Meaning and Observation of Administrative Capacity in Political Science Literature*, London, London School of Economics, 2009 (manuscript), available at https://personal.lse.ac.uk/addisonh/papers/ac_concept.pdf; G. Kim, T. Kumar, R. Ramalho, S. Russell, *Institutional Capacity for Policy Implementation: An Analytical Framework*, Policy Research Working Paper n. 11279, Washington, World Bank, 2026.

9 A. Mastropaolo, *Il Presidente della Repubblica e il regime parlamentare in Italia: una coabitazione problematica*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, n. 2, 137 ss.

10 F. Giuffrè, *Profili evolutivi del Presidente della Repubblica tra «garanzia passiva» e «attivismo garantista»*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *Il Presidente della Repubblica: frammenti di un settennato*, Torino, Giappichelli, 2012.

11 M. Ferrara, *L'attività di tutoraggio costituzionale del Presidente Mattarella sul Governo Draghi al tempo del «riformismo vincolato»*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, n. 2, 114 ss.

position as the exercise of constitutional tutelage. Podetta[12] and Grimaldi[13] mention, in the case of Italy, the familiar accordion effect, whereby the presidential role expands in times of party system instability (for instance during the fall of a government) and contracts again in periods of political consolidation[14]. From the Italian experience, however, we observe that the neutral power of the president need not merely be a passive constitutional guarantor, but (depending on the situation) an active function, the practical execution of which places considerable demands upon this institution.

Similar expectations are formulated by Central European literature as well. The Slovak president is perceived as a stabilising factor and a guarantor of shared values[15], doctrine attributes representative, moderating and also guaranteeing functions to the Czech president[16], whilst experience with direct elections (unlike in the aforementioned Italy) simultaneously demonstrates the risk of an «activist» conception of the office[17].

If, however, the president is to realistically exercise these functions, they require a corresponding administrative background for this purpose, and here the debate on democratic resilience converges with the concept of institutional capacity. Painter and Pierre[18] define it as the ability of a government to manage its hu-

12 M. Podetta, *La sovraesposizione del Presidente Mattarella nella gestione delle crisi di governo durante il suo primo mandato*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, n. 2, 68 ss.

13 S. Grimaldi, *The Role of Italian Presidents: The Subtle Boundary between Accountability and Political Action*, in *Bulletin of Italian Politics*, 2011, vol. 3, n. 1, 103 ss.

14 The authorship of the metaphor is attributed to Giuliano Amato (as cited in G. Marolda, *L'organizzazione della Presidenza della Repubblica: uno studio tra linee di continuità e profili evolutivi*, doctoral dissertation, Bologna, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, 2018).

15 L. Orosz, K. Šimuničová, *Prezident v ústavnom systéme Slovenskej republiky*, Bratislava, Veda, 1998; A. Kura, *Prezident v systéme štátnych orgánov Slovenskej republiky*, Bratislava, Vydavateľstvo KT, 2003; P. Horváth, *Dualizmus výkonnej moci na Slovensku*, in *Politické vedy*, 2017, vol. 20, n. 1, 47 ss.

16 V. Pavlíček et al., *Ústavní právo a státověda. II. díl: Ústavní právo České republiky, část 1*, Praha, Linde, 2008.

17 M. Brunclík, M. Kubát, *Český demokratický režim po roce 2012: přechod k poloprezidencialismu?*, in *Sociologický časopis / Czech Sociological Review*, 2016, vol. 52, n. 5, 625 ss.

18 M. Painter, J. Pierre, *Unpacking Policy Capacity: Issues and Themes*, in M. Painter, J. Pierre (a cura di), *Challenges to State Policy Capacity*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2005, 1 ss.; as cited in O.G. El-Taliawi, Z. Van der Wal, *Developing Administrative Capacity: An*

man and material resources in order to achieve its objectives. The literature distinguishes several dimensions of capacity in this regard, such as personnel and their expertise, financial resources, organisational structure or procedural routines[19].

Fukuyama[20] adds a second dimension to this, namely autonomy. The quality of governance is, according to him, the result of the interaction between capacity and autonomy, whereby it holds that the higher the capacity of an institution, the greater the autonomy it should be granted. Whilst stricter oversight is appropriate in the case of low capacity, high capacity directly requires autonomy[21]. The theoretical premise of the presented article stems from this perspective. The institutional design of a presidential office is not merely an administrative matter. The capacity and autonomy of the office, which prepares and materially ensures every act of the head of state, represent a prerequisite for the president to realistically fulfil the stabilising and occasionally also the moderating function that the constitution entrusts to them, and all the more urgently the more their role multiplies in times of crisis. The comparison of the Italian and Slovak presidential offices in the subsequent chapters therefore observes precisely these two dimensions, that is, resources and structures on the one hand, and the degree of institutional independence on the other.

3. The General Secretariat of the Presidency of the Italian Republic

The starting point of the Italian regulation is Article 84 of the Constitution of the Italian Republic (*Costituzione della Repubblica Italiana*, hereinafter: Cost.), according to which «*the personal allowance and endowment of the President are determined by law*» (art. 84, co. 3, Cost.). The head of state themselves is elected indirectly. The president is elected by parliament in a joint sitting of both houses supplemented by regional delegates (art. 83 Cost.), specifically for a seven-year term of office (art. 85 Cost.), which exceeds the electoral cycle of the legislature and strengthens the non-partisan standing of the office. The absent di-

Agenda for Research and Practice, in *Policy Design and Practice*, 2019, vol. 2, n. 3, 243 ss.

19 O.G. El-Taliawi, Z. Van der Wal, *Developing Administrative Capacity*, cit.; G. Kim, T. Kumar, R. Ramalho, S. Russell, *Institutional Capacity for Policy Implementation*, cit.

20 F. Fukuyama, *What Is Governance?*, in *Governance*, 2013, vol. 26, n. 3, 347 ss.

21 F. Fukuyama, *What Is Governance?*, cit.

rect election of the president is not perceived in the Italian tradition as a weakness, but as part of the entire conception of the head of state as a neutral guarantor who stands outside party competition. The implementation of this provision is Law No. 1077 of 9 August 1948 (l. 9 agosto 1948, n. 1077; hereinafter: l. n. 1077/1948), by which the Secretariat was established as a unified organisation comprising all offices and related services necessary for the exercise of the functions of the president (art. 3, l. n. 1077/1948). Already a cursory glance at the structure of the law indicates to us the philosophy of this regulation, whereby the state provides the president with an annual endowment and real estate, yet the institution decides on their internal use itself. The Secretariat may likewise propose its own internal regulations and related personnel measures, which are approved directly by the president via decree (artt. 3 and 4, l. n. 1077/1948). Financial management also proceeds in accordance with its own regulation on administration and accounting, adopted by Presidential Decree No. 36/N of 22 December 2016 (D.P. 22 dicembre 2016, n. 36/N; hereinafter: D.P. n. 36/N/2016) (art. 2, D.P. n. 36/N/2016). The annual budget is not subject to the approval of parliament or the government, but of the president upon the proposal of the Secretary General following the opinion of the board of auditors (art. 6, D.P. n. 36/N/2016). Since 1948, the Secretariat has undergone several organisational changes. The current form of the internal arrangement of offices and services is codified by the regulation on the organisation of offices and services, adopted by Presidential Decree No. 107/N of 18 April 2013 (D.P. 18 aprile 2013, n. 107/N; hereinafter: D.P. n. 107/N/2013). This normative core was followed by rationalisation measures during the mandate of President Mattarella, including the centralisation of procurement within a new administrative service or the establishment of an administrative control unit and a legal unit[22].

At the head of the institution is the Secretary General, who is appointed and likewise dismissed by the president via decree countersigned by the Prime Minister following consultation with the Council of Ministers (art. 3, l. n.

22 U. Zampetti, *Nota riassuntiva sull'attività del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica (2015–2022)*, Roma, Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, 2022, available at https://www.quirinale.it/allegati_statici/amministrazione/attivita-sgpr_2015-2022.pdf.

1077/1948). The regulation of 2013 designates them as the principal adviser to the president with the competence to direct and coordinate all offices and services (art. 1, D.P. n. 107/N/2013), whereby they are assisted by two deputies, one for personnel and administration, the other for operational activities (artt. 3 and 4, D.P. n. 107/N/2013). The internal structure distinguishes offices (*uffici*), which perform activities directly connected with the constitutional functions of the president, for instance the legal, diplomatic or military office, and services (*servizi*), which ensure administrative operation from personnel matters through the budget up to real estate management and ceremonial events (art. 5, D.P. n. 107/N/2013). For the leadership of individual offices, the president appoints advisers and, in the case of specific tasks, consultants (artt. 6 and 7, D.P. n. 107/N/2013).

In terms of personnel, the Secretariat is structured as a career institution with its own civil service corps, entry into which (as is customary in Italy for similar positions) is strictly via open competition[23]. Alongside core staff, the institution also utilises personnel seconded from ministries or the armed forces (art. 9, l. n. 1077/1948). Worth mentioning is the long-term decline in the number of employees, of whom there were as many as 987 in 2006, yet according to official documents there were 731 in 2019 and by March 2024 only 655[24]. Remuneration conditions within the institution are subject to a cap of 240 thousand euros per annum per person, whereby over the years several indexation adjustments have occurred together with a prohibition on the concurrent receipt of a salary and a state pension[25].

The Secretariat, as outlined above, possesses an annual state endowment that has been fixed at 224 million euros since 2007, which, also given inflation, has meant a decrease in its real purchasing power by more than a fifth. A nominal increase occurred only for the years 2025 (230 million) and 2026 (235 million eu-

23 U. Zampetti, *Nota riassuntiva*, cit.

24 Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, *Nota illustrativa del bilancio di previsione per l'anno 2020*, Roma, 2020, available at https://www.quirinale.it/allegati_statici/bilancio_archivio/bilancio_2020.pdf; Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, *Nota illustrativa del bilancio di previsione per l'anno 2024*, Roma, 2024, available at https://www.quirinale.it/page/bilancio_2024.

25 Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, *Nota illustrativa del bilancio di previsione per l'anno 2024*, cit.

ros)[26]. A closer examination of the structure of expenditure reveals a practice less familiar (for instance from other countries of the European Union). The Secretariat namely pays pensions to its former employees directly from its own budget, whereby their number (964 in March 2025) exceeds the number of current employees, and thus pension expenditure almost equals wage expenditure[27]. A substantial portion, therefore, of the endowment does not finance the routine operation of the institution, but its past, which must be borne in mind during any comparison of absolute amounts.

The second dimension observed by this article is the degree of independence. The Italian model appears to us to be exceptionally distinct. The Secretariat is granted the competence to establish its own rules independently of general civil service regulations[28], provided that the protection of the constitutional organ so requires. Italian doctrine decomposes this autonomy into several layers[29]:

1. *Normative autonomy*, since internal functioning is governed by presidential decrees, not independent government regulations.

2. *Financial autonomy*, since the financial management of the Secretariat is not subject to the direct control of the Court of Auditors[30]. The Constitutional Court confirmed in Judgment No. 169/2018[31] that the financial liability of Secretariat employees does not fall within the jurisdiction of the Court of Auditors,

---

26 U. Zampetti, *Nota riassuntiva*, cit.; Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, *Nota illustrativa del bilancio di previsione per l'anno 2025*, Roma, 2025, available at https://www.quirinale.it/elementi/303323; Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, *Bilancio di previsione per l'anno 2026*, Roma, 2026, available at https://www.quirinale.it/APIRed/api/media/static/400142.

27 Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, *Nota illustrativa del bilancio di previsione per l'anno 2024*, cit.; Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, *Nota illustrativa del bilancio di previsione per l'anno 2025*, cit.

28 The Secretary General of the Presidency of Italy, Zampetti, himself explicitly defines the autonomy of the Secretariat as «*facoltà di darsi regole proprie, quando necessarie per preservare le peculiarità dell'organo costituzionale in sede di recepimento della normativa esterna*», that is, not as blanket independence from the civil service, but as a selective competence to deviate from general regulations during their implementation into the internal order of the constitutional organ. See U. Zampetti, *Nota riassuntiva*, cit., p. 2.

29 G. Marolda, *L'organizzazione della Presidenza della Repubblica*, cit.

30 U. Zampetti, *Nota riassuntiva*, cit.

31 Corte cost., 20 luglio 2018, n. 169.

whereby potential compensation for damages remains enforceable in civil law proceedings.

3. *Jurisdictional autonomy*, the so-called *autodichia*, since the Secretariat has its own adjudicatory bodies for disputes with employees, an institution that the Constitutional Court confirmed by Judgment No. 262/2017[32], and the organisational expression of which is a special unit established by the regulation on internal structure (art. 33, D.P. n. 107/N/2013).

4. *De facto control over its own security*, where the protection of the president and residences is ensured by the Central Inspectorate of Security Services, which is functionally dependent on the Secretary General. Direct protection is subsequently executed by the *Corazzieri* regiment, organisationally a component of the *Carabinieri* corps, yet functionally subordinate to the Secretariat (art. 34, D.P. n. 107/N/2013). The residences of the president, which alongside the *Quirinale* palace in Rome include the *Castelporziano* estate and *Villa Rosebery* in Naples, are state property designated for the exercise of the presidential function, enjoy immunity and the access of other state organs to them is subject to a special authorisation regime (artt. 1, 10 and 13, l. n. 1077/1948)[33].

A counterbalance to autonomy conceived in this manner is frequently voluntary transparency, as is the case here as well. For this reason too, budgetary documents (including detailed commentary on each item) are regularly published by the Secretariat on its website. Within their framework, since 2015 the Secretariat has adopted a series of austerity measures, from the reduction of official accommodation to stricter procurement rules[34]. This is an institution with a high degree of autonomy, yet on the other hand, compared to the Slovak model (already a chapter below), its range of responsibilities and operations is undoubtedly broader.

4. The Office of the President of the Slovak Republic

The Office was established by founding Act No. 16/1993 Coll. on the Office of the President of the Slovak Republic (hereinafter: Act No. 16/1993

32 Corte cost., 13 dicembre 2017, n. 262.

33 G. Marolda, *L'organizzazione della Presidenza della Repubblica*, cit.

34 U. Zampetti, *Nota riassuntiva*, cit.; Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, *Nota illustrativa del bilancio di previsione per l'anno 2020*, cit.

Coll.) during the initial weeks of the independent state's existence, that is, even before the first head of state was elected[35]. The institution was thus constructed concurrently with the emergence of the new state, without the possibility of building upon its own administrative tradition. The aforementioned statute defines the Office as a legal entity with its seat in Bratislava and defines its mission relatively (given the nature of the institution) broadly, since it ensures not only matters connected with the exercise of the functions of the president arising from the constitution and other regulations, but also assistance in connection with their political and public activity (sec. 1, Act No. 16/1993 Coll.). The purview of the President of the Slovak Republic is anchored in the Constitution of the Slovak Republic (hereinafter: Constitution of the SR), specifically its foundation is formed by Article 101, according to which the head of state represents the republic both externally and internally and through their decision-making ensures the proper operation of constitutional organs (art. 101, para. 1, Constitution of the SR). However, the constitution is silent regarding the specific apparatus that should ensure this operation. Considerable as well is the difference in the manner of electing the head of state. Whilst the Italian president, as stated in the preceding chapter, is elected by parliament (supplemented by regional delegates), the Slovak one has been elected directly by citizens since 1999 (Constitutional Act No. 9/1999 Coll.)[36], which induces independent democratic legitimacy and in practice strengthens the expectation that they will act towards the government as its genuine counterbalance. A component of the Office is also a special military branch for the agenda of the president as commander-in-chief of the armed forces (sec. 1, para. 4, Act No. 16/1993 Coll.).

Organisationally, the highest ranking official in the Office is the Head, who stands at the forefront of the institution and who is appointed and dismissed by the president (sec. 2, para. 2, Act No. 16/1993 Coll.). In contrast to the Italian Secretary General, the government participates in no manner whatsoever in their appointment. The Head is simultaneously the statutory organ, is directly ac-

35 L. Orosz, K. Šimuničová, *Prezident v ústavnom systéme Slovenskej republiky*, cit.

36 P. Horváth, *Prezident v politickom systéme Slovenskej republiky*, in *Slovenská politologická revue*, 2005, vol. 5, n. 3, 1 ss.; J. Chovanec, *Voľby prezidenta Slovenskej republiky*, Bratislava, EPOS, 1999.

countable to the president and carries out their direct instructions[37]. The internal organisation is determined by the president themselves via the rules of organisation (sec. 2, para. 1, Act No. 16/1993 Coll.)[38]. The present structure is divided into a political section with protocol, which comprises the departments of foreign policy, domestic policy and protocol, and into the departments of communication, legislative and legal affairs, clemency, security and archives, information technology as well as finance and administration, alongside which operate the cabinet of the president, the secretariat of the head with the internal auditor and the personnel office[39]. A functional analogue to the Italian distinction between offices and services is the de facto division into units serving the constitutional functions of the president and units ensuring operations, although the Slovak regulation does not explicitly codify this distinction.

As regards the number of employees, the Office operates with a limit on them, which for instance for the years 2023 to 2026 was set at 101 individuals[40]. In the service of the Office operate on the one hand civil servants in a civil service employment relationship, and on the other hand employees performing work in the public interest in a labour law relationship[41]. The agenda of labour law and

37 Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Organizačná štruktúra Kancelárie prezidenta Slovenskej republiky*, available at https://www.prezident.sk/page/organizacna-struktura.

38 Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Organizačný poriadok Kancelárie prezidenta Slovenskej republiky*, Bratislava, 2014, available at https://archiv.prezident.sk/ivan-gasparovic/indexac46.html?kp-sr.

39 Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Organizačná štruktúra*, cit.

40 Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Rozpočet Kancelárie prezidenta SR na rok 2023*, Bratislava, 2023, available at https://www.prezident.sk/storage/app/assets/sk/pages-content/36/blocks/689/files/v13/rozpocet-2023.pdf; Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Rozpočet Kancelárie prezidenta SR na rok 2024*, Bratislava, 2024, available at https://www.prezident.sk/storage/app/assets/sk/pages-content/36/blocks/692/files/v14/rozpocet-2024.pdf; Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Rozpočet Kancelárie prezidenta SR na rok 2025*, Bratislava, 2025, available at https://www.prezident.sk/storage/app/assets/sk/pages-content/36/blocks/668/files/v2/rozpocet-2025.pdf; Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Rozpočet Kancelárie prezidenta SR na rok 2026*, Bratislava, 2026, available at https://www.prezident.sk/storage/app/assets/sk/pages-content/36/blocks/288/files/v11/rozpocet-2026.pdf.

41 These are two distinct legal regimes. Civil servants perform civil service in accordance with Act No. 55/2017 Coll. on Civil Service (hereinafter: Act No. 55/2017 Coll.), which governs

civil service relationships, education and remuneration is ensured by the personnel office[42]. Remuneration is governed by special general regulations (sec. 2, para. 3, Act No. 16/1993 Coll.). The Office therefore possesses neither its own civil service corps nor a special personnel regime, and its employees are subject to the same rules as employees of other organs of state administration.

The budgetary standing of the Office demonstrates that the Office does not deviate from conventional public finance mechanisms. As a budgetary organisation with an independent chapter (sec. 1, para. 5, Act No. 16/1993 Coll.), it participates directly in the budgetary process, yet the National Council decides on its resources annually and its financial management is overseen by the Supreme Audit Office of the Slovak Republic (hereinafter: Supreme Audit Office) (art. 60, para. 1, Constitution of the SR). Expenditure in recent years has ranged from 4.62 million euros (2021) to 7.44 million (2024)[43], whereby the years 2025 and 2026 brought an increase to 11.71 and 10.34 million euros (Act No. 303/2025 Coll.)[44]. This arrangement can be viewed from two angles. It guarantees public control and the legitimacy of the expenditure of the head of state, which the Ita-

---

their selection procedures, remuneration as well as service discipline, whilst employees in the performance of work in the public interest operate in a labour law relationship in accordance with the Labour Code in conjunction with Act No. 552/2003 Coll. on the Performance of Work in the Public Interest (hereinafter: Act No. 552/2003 Coll.). For the argument of this paper, it is essential that both regimes are general and apply equally to ministries as well as other state organs, hence the Office, unlike the Italian Secretariat, does not possess any personnel regulation tailored to the specifics of the apparatus of the head of state.

42 Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Organizačná štruktúra*, cit.

43 Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Rozpočet Kancelárie prezidenta SR na rok 2021*, Bratislava, 2021, available at https://www.prezident.sk/storage/app/assets/sk/pages-content/36/blocks/683/files/v11/rozpocet-2021.pdf; Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Rozpočet Kancelárie prezidenta SR na rok 2022*, Bratislava, 2022, available at https://www.prezident.sk/storage/app/assets/sk/pages-content/36/blocks/686/files/v12/rozpocet-2022.pdf; Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Rozpočet Kancelárie prezidenta SR na rok 2023*, cit.; Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Rozpočet Kancelárie prezidenta SR na rok 2024*, cit.; Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Návrh záverečného účtu kapitoly Kancelária prezidenta SR za rok 2024*, Bratislava, 2025, available at https://www.prezident.sk/storage/app/assets/sk/pages-content/36/blocks/693/files/v14/navrh-zaverecneho-uctu-2024.pdf.

44 Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Rozpočet Kancelárie prezidenta SR na rok 2025*, cit.; Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Rozpočet Kancelárie prezidenta SR na rok 2026*, cit.

lian model achieves only through the already mentioned voluntary transparency. At the same time, however, it renders the material backing of the president annually dependent on the will of the parliamentary majority, that is, on actors towards whom the president is supposed to act as a neutral arbiter. Within the theoretical framework of this article, this represents a structurally weak point in the autonomy of the institution. Moreover, this is not a purely theoretical objection. The Supreme Audit Office, in its audit of the financial management of the Office for the years 2019 to 2023, stated that the office of the head of state has long operated in a budgetarily unstable environment[45].

Two agendas that the Italian Secretariat holds firmly in its own hands are in Slovakia entrusted to other components of the state. Whilst the physical protection of the president is carried out by a unit of the Ministry of the Interior of the Slovak Republic, the Office participates in the security agenda through its department of security and archives, which ensures the protection of classified information, crisis management and cooperation in the protection of designated persons and objects[46]. The management of residences, in turn, is subject to the general property regime, whereby the Office administers Grassalkovich Palace (as the principal residence of the president), Karácsonyi Palace and the Hunting Lodge in Tatranská Javorina as three national cultural monuments[47] in accordance with Act No. 278/1993 Coll. on the Administration of State Property (hereinafter: Act No. 278/1993 Coll.), with maintenance and record-keeping obligations (sec. 3) and with the condition of consent from the Ministry of Finance for specified acts (sec. 11, para. 5). Presidential residences as such possess neither immunity nor any other special status (with the exception of enhanced security protection) and from the perspective of property law they do not differ from the buildings of a district office.

In terms of capacity, the Office possesses a stable, although (understandably) small apparatus, its own budgetary chapter (sec. 1, para. 5, Act No. 16/1993

45 Najvyšší kontrolný úrad Slovenskej republiky, *Kancelária hlavy štátu dlhodobo funguje v rozpočtovo nestabilnom prostredí*, press release, 17 May 2024, available at https://www.nku.gov.sk/-/kancelaria-hlavy-statu-dlhodobo-funguje-v-rozpoctovo-nestabilnom-prostredi.

46 Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Organizačná štruktúra*, cit.

47 Kancelária prezidenta Slovenskej republiky, *Organizačná štruktúra*, cit.

Coll.) and a functional statutory competence to request reports and explanations from state organs (sec. 3, para. 1, Act No. 16/1993 Coll.). Autonomy, however, is exhausted by the rules of organisation (sec. 2, para. 1, Act No. 16/1993 Coll.). Finances are approved by parliament, financial management is overseen by the Supreme Audit Office, security is held by the ministry of the interior and major property acts are subject to the consent of the ministry of finance. The question, however, to which we shall return in the comparative section, remains whether a dependency established in this manner does not restrict the institution precisely in situations when the role of the president as a neutral arbiter «expands» and their apparatus needs to act more independently.

5. Comparative analysis

Upon examining both institutions, it becomes apparent that they represent two almost contradictory models of the administrative background of the head of state. Naturally, Slovakia cannot compare with Italy in terms of area or population. The comparison, however, does not focus on absolute size, although even that is telling. The Secretariat possesses 655 employees and an annual endowment of approximately 235 million euros, whereas the Office operates with a set limit of 101 employees and a budget of around 10 million euros. The differing size of both countries, however, explains this disparity only partially. Italy has approximately eleven times more inhabitants than Slovakia, yet its presidential apparatus is only six and a half times more populous, so that calculated per capita the Slovak Office is, in terms of personnel, even relatively larger. The true chasm opens in the financial dimension, since the Italian endowment exceeds the Slovak budget more than twentyfold and approximately a threefold higher volume of resources per employee falls within the *Quirinale*[48]. The disparity therefore does not lie in the number of people, but in resources. As stated in the introduction, the aim is not to compare absolute figures, but the manner in which each institution functions within the framework of what it has at its disposal. Precisely in this dimension the main differences emerge, which often have no connec-

48 Deducting pension expenditure from the endowment, which according to the *Nota illustrativa* almost equals wage expenditure, reduces the difference in resources per active employee, yet does not eliminate it.

tion whatsoever with the size of the country. We therefore develop the comparison across four dimensions, which are resources and structures, the degree of autonomy, the relationship between the method of electing the president and the strength of their apparatus and finally the mechanisms of legitimacy of financial management.

The first dimension of comparison is formed by resources and structures. The Italian model is constructed upon a continuity spanning more than seven decades. The Secretariat possesses its own civil service corps with entry via competitive examination, which creates career personnel who remain in the institution for decades and transfer experience between presidential mandates[49]. The fact that the Secretariat pays pensions directly from its own budget to almost a thousand former employees is from this perspective not merely an accounting curiosity, but evidence of the depth of institutional memory, which, given the age of the independent Slovak Republic, cannot be equalled. This is an institution that remembers more individuals than it currently employs. The Slovak Office, on the other hand, operates under the general personnel regime of the civil service and the performance of work in the public interest. It therefore does not possess its own civil service corps, that is, an independent corps of employees with specific rules for recruitment, career advancement and remuneration such as the Italian Secretariat has built for itself, and the structure of its apparatus can be substantially redrawn by every new president via the rules of organisation. The flexibility that this arrangement affords has its advantages, above all for the specific head of state, yet it exacts a toll in the form of potentially weaker continuity. Institutional memory, which is the advantage of the Italian Secretariat, is in the Slovak case bound to specific individuals rather than to stable structures, and personnel turnover following the accession of a new head of state can markedly weaken it. In terms of the theoretical section, the Italian institution has thus accumulated capacity over more than seven decades, whereas the Slovak one builds it anew to a certain extent in every cycle. It would nevertheless be unfair to

49 The Italian Secretariat has its *ruolo organico*, that is, autonomous internal regulations on recruitment via its own open competitions, its own career structure, its own remuneration and even its own pensions. In contrast, employees of the Office of the President of the Slovak Republic fall under general Act No. 55/2017 Coll., or Act No. 552/2003 Coll. respectively, that is, under the same regime as any other office.

the Slovak Office to assert that its personnel changes completely with every new president.

The second dimension is formed by autonomy, in which the contrast sharpens further. The Italian Secretariat formulates its internal regulations itself, its budget is approved by presidential decree, financial management is not subject to the oversight of the Court of Auditors, it possesses its own jurisdiction in disputes with employees and practically directs its own security as well, since the *Corazzieri* regiment is functionally subordinate to it. The Slovak Office likewise determines its rules of organisation, yet its budget is subject to approval by parliament, financial management is overseen by the Supreme Audit Office, physical protection of the president is ensured by a unit of the ministry of the interior and in property transactions it requires the consent of the ministry of finance. If, therefore, the Italian institution represents an almost textbook example of an autonomous constitutional organ, the Slovak one is administratively embedded within structures subordinate to the government and the parliamentary majority, that is, precisely those actors towards whom the president is supposed to act as a neutral arbiter. The sole noteworthy exception is represented by the appointment of the head of the office. Whilst the Italian Secretary General is appointed by the president via decree countersigned by the Prime Minister following consultation with the Council of Ministers, the Slovak head of the office is appointed and dismissed by the president entirely alone. In this single point, the Slovak president is paradoxically freer than their Italian counterpart.

The third dimension represents the relationship between the method of electing the president and the strength of the apparatus at their disposal. Both cases exhibit a remarkable inversion here. The Italian president, elected indirectly by parliament and without an independent mandate from citizens, relies on a robust and almost entirely autonomous apparatus. The Slovak president, by contrast, has possessed direct democratic legitimacy since 1999 and the public, also given the fact that it elects the president itself, expects from them the role of a counterbalance, yet they have at their disposal a relatively smaller apparatus that is more dependent in key matters. The literature on presidential activism indicates in this regard that directly elected presidents tend to exercise their powers mo-

re actively[50]. This relationship was also confirmed directly in the Slovak case, since the proportion of vetoed laws increased from 5.2 per cent in the period of indirect election to 9.6 per cent following its introduction[51]. The Slovak arrangement thus creates a certain structural tension between legitimacy, which directly invites activity, and capacity, which materially limits it. The Italian arrangement is the mirror opposite. The president is not elected directly by citizens, yet their apparatus possesses considerable capacity, which thus to a certain extent compensates for the weaker immediate legitimacy of the office.

The fourth dimension finally is formed by the mechanisms through which each model ensures the legitimacy of its financial management. The Italian Secretariat is exempt from external oversight and maintains public trust through voluntary transparency, that is, through the detailed publication of budgetary documents, in which a series of austerity measures has also featured in recent years. The Slovak Office does not require such a legitimation mechanism because in its case public control is built directly into the system via parliament and the Supreme Audit Office. This difference bears a direct relationship to Fukuyama's thesis regarding the ratio of capacity and autonomy[52]. High autonomy of the Italian type is sustainable only with high capacity and self-discipline of the institution, whereas with medium capacity of the Slovak type, stronger external control may be appropriate. The question remains, however, whether the boundary between appropriate control and restrictive dependency is not crossed in Slovakia precisely in situations when the role of the president expands and their apparatus needs to act swiftly and independently, as we described in the theoretical section.

The Italian model thus represents high capacity coupled with considerable autonomy, whilst the Slovak model may rather be characterised as medium capacity with relatively low autonomy. Both are internally coherent, yet each distributes its risks differently. The Italian model risks that an autonomous institution without external oversight will lose its self-discipline, and it mitigates this risk through transparency. The Slovak model risks that a dependent apparatus will not be a support to the president precisely at the moment when they need it most,

50 P. Köker, *Presidential Activism and Veto Power in Central and Eastern Europe*, cit.
51 P. Köker, *Presidential Activism and Veto Power in Central and Eastern Europe*, cit.
52 F. Fukuyama, *What Is Governance?*, cit.

and this risk has thus far been mitigated more by political culture than by institutional design. The main findings of the comparison are summarised in Table 1.

Table 1 – Comparison of the institutional standing of the two presidential offices

Criterion	**Italy**	**Slovakia**
Legal basis	art. 84, co. 3, Cost.; l. n. 1077/1948	art. 101, Constitution of the SR (directly silent on the office); Act No. 16/1993 Coll.
Establishment and continuity	1948, almost eight decades	1993, concurrently with the emergence of the state
Head of the office	Secretary General; presidential decree with countersignature of the Prime Minister (art. 3, l. n. 1077/1948)	Head of the Office; appointed and dismissed exclusively by the president (sec. 2, para. 2, Act No. 16/1993 Coll.)
Personnel	655 (2024); own civil service corps, entry via competitive examination[53]	limit 101; general regime (Act No. 55/2017 Coll.; Act No. 552/2003 Coll.)
Budget	endowment 235 mil. euros (2026); approved by the president via decree (art. 6, D.P. n. 36/N/2016)	10.34 mil. euros (2026); approved by the National Council of the Slovak Republic
External oversight of financial management	exempt from the Court of Auditors (Corte cost., 20 luglio 2018, n. 169)	Supreme Audit Office (art. 60, Constitution of the SR)
Disputes with employees	*autodichia* (Corte cost., 13 dicembre 2017, n. 262; art. 33, D.P. n. 107/N/2013)	ordinary courts
Security	own inspectorate; *Corazzieri* functionally subordinate (art. 34, D.P. n. 107/N/2013)	unit of the Ministry of the Interior of the Slovak Republic

53 G. Marolda, *L'organizzazione della Presidenza della Repubblica*, cit.; U. Zampetti, *Nota riassuntiva*, cit.

Criterion	Italy	Slovakia
Residences	state property with immunity and an authorisation regime (l. n. 1077/1948)	general regime, consent of the Ministry of Finance (sec. 11, para. 5, Act No. 278/1993 Coll.)
Election of the president	indirect since 1948 (art. 83 Cost.)	direct since 1999 (Constitutional Act No. 9/1999 Coll.)
Legitimation of financial management	voluntary transparency	systemic control; parliament and the Supreme Audit Office
Synthesis	high capacity, high autonomy	medium capacity, low autonomy

Source: own compilation.

6. Conclusion

The aim of this article was to compare two institutions of identical character, which need not be similar in the size of the country nor in the manner in which they fill the given office. Although a substantial body of literature frequently deals with presidents, their powers or specific acts, the units that they have at their disposal as an administrative backing are often in the background. It is necessary to emphasise that the aim was not to compare the incomparable, yet the specific cases of Italy and Slovakia (despite the differences between the countries) share an identical constitutional role, in which the constitution entrusts the head of state with a role akin to a neutral arbiter. Within the meaning of this article, precisely this role serves as a basis for comparison, upon which one can observe in isolation the differences in their organisational arrangement. To the question posed in the introduction, the comparison responds unequivocally. Upon normalisation of the figures of both presidential apparatuses, we see that the difference is not in personnel, but financial and autonomous, whereby precisely capacity and autonomy condition whether the president is capable of genuinely fulfilling their stabilising role.

It is understandable and simultaneously predictable that Italy, with a population larger by orders of magnitude and a longer institutional tradition, will exhibit more differences than similarities. Our task, however, was to compare these institutions in the dimensions of capacity and autonomy, which do not deter-

mine the strength of the president's mandate, as that is conferred upon them by the constitution and the method of election, but rather how they are genuinely capable of fulfilling this mandate.

Despite the aforementioned similar constitutional role that both countries bear, the presidential apparatuses in both countries represent almost opposite models of functioning. In the Italian model of the General Secretariat we identified that it represents a model with a *high degree of autonomy and capacity*, whereby it possesses its own civil service corps with long continuity, its own jurisdiction and a budget that it decides upon to a large extent itself. The Slovak Office of the President can conversely be characterised as a model with *medium capacity and low autonomy*, substantially incorporated into the structures of the state. The Office of the President, unlike the Italian model, is subject to the general rules of state administration and in the event of disputes with employees, ordinary courts decide on them.

Differing as well are the mechanisms through which both models ensure the legitimacy of their financial management. The Italian apparatus is not subject to external oversight by the Court of Auditors and therefore maintains legitimacy above all through voluntary transparency, that is, through the detailed publication of budgetary documents. In the Slovak case, oversight proceeds regularly via the Supreme Audit Office. Whilst in Slovakia the oversight of the financial management of the president is thus «built» directly into the system via parliament and the Supreme Audit Office, the Italian model relies on the premise that transparency motivated from within the institution is a sufficient counterbalance to its exceptional legal standing.

Naturally, the already mentioned civil service corps is again a major asset of the Italian model. The Italian General Secretariat namely functions as a career institution with the already mentioned independent civil service corps and entry into it via open competition. Attesting to the depth of this institutional memory is also the fact that the Secretariat pays pensions to almost a thousand former employees directly from its own budget. Within the framework of the Slovak model, employees fall under the general civil service regime, which is identical at ministries or other governmental positions as well. The Office of the President thus

does not possess an independent civil service corps and institutional memory is more fragile, since every new president can alter the structure of the office via the rules of organisation. This does not mean, however, that with the arrival of a new head of state the entire personnel of the Office changes automatically, the extent of changes depends always on the preferences of the specific president, yet it is customary that at least managerial positions are staffed anew.

It may be stated that considerable differences can be observed in security and the management of residences as well. In the Italian model, the Secretariat has its own control over its security. Direct protection is executed by the *Corazzieri* regiment, organisationally a component of the *Carabinieri* corps, yet functionally subordinate to the Secretariat. Presidential residences possess their immunity and the access of other organs to them is subject to authorisations. In the Slovak model the physical protection of the president is ensured by a unit of the Ministry of the Interior. The actual management of residences is subject to the general regime yet in major property acts it requires the consent of the ministry of finance. One of the few points in which the Slovak president has a freer hand than the Italian one is in the choice of the head of the office. In the Slovak model the head of the office is appointed and dismissed exclusively by the president, that is, the head of state. In Italy the decree on the appointment of the Secretary General must be countersigned by the Prime Minister following consultation with the council of ministers (*Consiglio dei Ministri*)[54].

It is precisely here that the comparison returns to the starting point regarding democratic resilience. If the most frequent form of contemporary democratic backsliding is the gradual strengthening of the executive at the expense of oversight institutions[55], then an apparatus of the head of state dependent on the government and the parliamentary majority represents a more vulnerable element of the system, whilst an autonomous apparatus acts as a barrier in the sense

54 The executive organ that exercises direct governance over the country, whilst the president of the republic stands above the political fray as a neutral guarantor of constitutionality, who appoints the Council of Ministers and formally oversees the compliance of its steps with the constitutional order (P. Caretti, U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, III ed., Torino, Giappichelli, 1996).

55 N. Bermeo, *On Democratic Backsliding*, cit.

of Huq and Ginsburg[56], and this at the cost of high demands on its own self-discipline. The most striking finding of the comparison, however, is the inversion between the method of election and the strength of the apparatus. The Italian president, elected indirectly, has at their disposal a robust and autonomous apparatus. The Slovak president, elected directly since 1999, possesses high democratic legitimacy, yet has at their disposal a relatively small and all the more dependent apparatus, which can create tension between the expectations of the public (activity) and the actual capacity of the office.

The presented comparison is simultaneously only an initial probe. Two cases and the formal institutional level do not allow for broad generalisation, further research should therefore expand the comparison to include other parliamentary republics and supplement it with an insight into the everyday practice of these offices. The institutional design of the presidential office therefore cannot be considered an administrative technicality, since precisely upon it often rests whether the president is capable of fulfilling their constitutional role fully.

56 A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, cit.

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics
Volume XVIII
n. 1/2026