

GIUSEPPE TROPEA

Professore ordinario presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane  
dell'Università degli Studi di Reggio Calabria

*giuseppe.tropea@unirc.it*

## **BREVI CONSIDERAZIONI SULLA RIMEDITAZIONE DELLE RELAZIONI GIURIDICHE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO DOPO LA PANDEMIA. IL LIBRO DI P. PANTALONE SULLA “CRISI PANDEMICA DAL PUNTO DI VISTA DEI DOVERI”**

### **1. Premessa**

La lettura del bel libro di Pasquale Pantalone sulla “Crisi pandemica del punto di vista dei doveri”<sup>1</sup> suscita diverse riflessioni.

Ho già avuto modo di considerare la portata dirompente del tempo pandemico nei riguardi di diverse categorie giuridiche<sup>2</sup> e trovo che il libro di Pantalone presenti talune assonanze col mio pensiero, e sia pure fonte di ulteriore sviluppo e precisazione di alcuni passaggi argomentativi.

Il mio obiettivo principale è stato quello di studiare il diritto con un approccio filosofico diverso e per molti versi alternativo rispetto a quello che negli ultimi cinquant'anni almeno è stato il più praticato, cioè l'approccio della filosofia analitica. In particolare, ho provato a mettere in luce che molti caratteri del diritto amministrativo contemporaneo (pandemico e non) sono espressione del modello di governamentalità neoliberale descritto da Foucault, dell'idea cioè che il diritto è strumento dell'economia piegato alle logiche della stessa. È da vedere in ciò la ragione ultima dell'insistenza del legislatore e della cultura giuridica sulle dimensioni dell'efficienza e dell'efficacia dell'amministrazione, il ricorso alle “spinte gentili” in luogo degli ordini e dei divieti, la propensione all'utilizzo della *soft law*, il giudice che percepisce la norma come mezzo rispetto

---

1 P. PANTALONE, *La crisi pandemica del punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*, Napoli, 2023.

2 G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023.

a un fine di cui si fa interprete e in forza del quale si distacca dalla legge o invade attribuzioni altrui. Al modello neoliberale ho opposto un ritorno al primato della sovranità popolare e dei suoi valori, dunque il principio di legalità in senso forte, la separazione dei poteri, il *self restraint* giudiziale, un ruolo reattivo e non proattivo del processo (il processo come luogo di soluzione di controversie, non di attuazione di politiche pubbliche), la rivendicazione di un ruolo autonomo e caratterizzante della scienza giuridica rispetto alle altre scienze sociali.

Sempre restando a Foucault, ho guardato soprattutto al “tardo” Foucault, non già quello “ultra-radicale” dei primi anni ’70, ma quello della svolta “pragmatica”, più in linea con la nozione di governamentalità, non a caso sviluppata nei corsi al Collège de France della seconda metà degli anni ’70<sup>3</sup>. Per intenderci, il Foucault che sintetizzava il passaggio dal liberalismo al neoliberalismo sottolineando che nel primo il protagonista è il soggetto considerato come partner di uno scambio, mentre nel secondo il soggetto è teorizzato come un imprenditore di sé stesso.

È insito nel pensiero neoliberale il profilo della libertà di scelta, ricostruita attraverso modelli di comportamento di mercato foucaultianamente estesi a tutte le situazioni e a tutti i rapporti sociali. Del diritto viene a ricavarci, così, un’immagine di ordine “non politico”: nel modello neoliberale il mercato è un’occasione di massimizzazione e la realizzazione del *public good* dipende dal successo delle singole transazioni massimizzanti. In tale contesto si è affermato uno «stile giuridico neoliberale»<sup>4</sup> connotato da: intensificazione e tecnicizzazione delle regole, frammentazione dell’ordinamento, concorrenza sostituita dalla competitività.

In questo quadro frastagliato e indefinito è il neoliberalismo amministrativo come “emergenza” costante che meriterebbe maggiore attenzione. A differenza del paradigma moderno della sovranità, infatti, nel dispositivo governa-

---

3 Cfr. M. BRIGAGLIA, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, 2019.

4 AA.VV., *Esiste uno “stile giuridico” neoliberale?*, a cura di R. Sacchi e A. Toffoletto, Milano, 2019.

mentale l'emergenza è la strutturazione della quotidianità nell'ottica dell'imprevisto governabile, risolvibile: tale tecnica governamentale diviene, così, un «gigantesco generatore di eccezioni»<sup>5</sup>.

Si ha così un'inedita centralità dell'amministrazione nell'ordinamento neoliberale, che mi è sembrata meritevole di approfondimento critico.

L'attenuazione dei confini fra giurisdizione amministrativa e legislazione e fra amministrazione e giurisdizione è segno della predominanza in questa fase del cd. Stato amministrativo di schmittiana memoria<sup>6</sup>, che ultimamente tende ad essere vieppiù riscoperto nelle più meditate indagini sul tema dell'emergenza, anche pandemica. Lo Stato amministrativo (in senso organizzativo) è lo Stato nel quale le autorità amministrative non solo governano e amministrano, ma pongono regole di comportamento e giudicano intorno alla loro applicazione. Inoltre (in senso funzionale) è lo Stato in cui anche legislazione e giurisdizione si trasformano in amministrazione: la legge e la sentenza perdono la loro funzione tipica e divengono anch'esse misure amministrative.

Allo stesso modo, nel modello neoliberale quello che spicca è una tendenza alla amministrativizzazione della norma e della sentenza e una pervasività della norma tecnica *soft*.

Torna così la questione di metodo, centrale nel mio lavoro.

Da un lato si pone il discorso sull'impatto del neoliberismo sulle categorie tradizionali; esso porta ad interrogarsi sullo statuto del diritto post-moderno, sulla sua schizofrenia o la sua eclissi, mettendo in luce come nell'epoca neoliberale il giudice sia un funzionario di un corpo amministrativo investito del compito di approssimare la realtà quanto più possibile al modello della concorrenza perfetta.

---

5 L. BAZZICALUPO, *Biopolitica come governamentalità: la cattura neoliberale della vita*, in [www.ladeleuziana.org](http://www.ladeleuziana.org), n. 1/2015, 29.

6 C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität. Achte, korrigierte Auflage*, Berlin, 2012, trad. it., *Legalità e legittimità*, Bologna, 2018.

Dall'altro evidenzio il dibattito sul ruolo del diritto in Europa, che vede tra i suoi interlocutori autori come Aldo Sandulli in Italia<sup>7</sup> e Armin von Bogdandy in Germania<sup>8</sup>. L'idea di fondo è quella di rivitalizzare lo *jus publicum europaeum* (di cui Schmitt traccia la parabola e vede il tramonto nella seconda metà del XIX secolo con l'affermarsi del positivismo legalista e statocentrico) attraverso un re-embedding del mercato finanziario europeo. La scienza giuridica deve, in quest'ottica, agire da *katéchon* contro i mercati globali, da freno contro la deriva funzionalizzante, declinando gli imperativi delle scienze dell'economia alla luce dei diritti fondamentali, dei principi costituzionali e delle conoscenze di altre materie in modo da promuovere l'integrazione sociale.

## 2. I concetti chiave del libro di Pantalone

Perché e in che misura il libro di Pantalone suscita vivo interesse e offre molteplici occasioni di confronto con quanto detto?

Provo a sintetizzarne i concetti chiave.

L'idea di fondo è quella di utilizzare la pandemia come “laboratorio”, nel quale testare la tesi della progressiva rilevanza nei nostri tempi della prospettiva dei doveri giuridici, già da tempo teorizzata da autori come Fabrizio Fracchia con riferimento all'ambiente, configurato non già sul verso tradizionale della teoria dei diritti, ma su quello più innovativo della teoria dei doveri di solidarietà ex art. 2 Cost., oggi verso le generazioni future (art. 9 Cost.).

Anche qui riprendendo un'idea metodologica di Fracchia, il quale a sua volta richiama le impostazioni di Kuhn e Lakatos, si tratterebbe di inquadrare la crisi sanitaria determinata dalla pandemia nel “paradigma” del diritto delle responsabilità generazionali forgiato sulle dimensioni della doverosità e della solidarietà.

---

7 A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2017.

8 A. VON BOGDANDY, *La condizione attuale della scienza giuridica europea alla luce del saggio di Carl Schmitt*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 996 ss.

Sulla base di tali premesse il libro si dipana attraverso il racconto delle crisi sanitarie degli ultimi due secoli, dal colera del 1836 nel Regno delle Due Sicilie all'influenza spagnola del 1918, riscontrando vari elementi di assonanza nelle strategie di intervento pubblico, per giungere alla dettagliata ricostruzione della reazione delle nostre istituzioni nei primi mesi del 2020 alla pandemia da Covid-19, con un denso racconto che sembra riflettere in chiave giuridica quello di David Quammen sulla corsa al vaccino descritto nel bel libro *Senza respiro*<sup>9</sup>. Autore, quest'ultimo, che già nel 2012 nel suo *Spillover* ci descriveva perfettamente il meccanismo delle zoonosi<sup>10</sup>, visto da Pantalone come simbolo perfetto dell'intreccio della pandemia con la crisi ambientale.

Secondo l'a. la prospettiva dei doveri è più adatta a descrivere e cogliere questa panoplia di strumenti impiegati nel nostro ordinamento, anche perché con essa si restituisce all'interprete una griglia di situazioni soggettive più ampia entro cui poter operare un più equilibrato bilanciamento. Un banco di prova fondamentale della valenza solidaristica dei doveri in esame è stato certamente quello della vaccinazione, vicenda ampiamente considerata da Pantalone, che si sofferma pure sul tema del *green pass*, considerato come occasione per approfondire le questioni legate alla regolazione tramite *nudge*.

A seguire si tocca un punto molto importante: quello dei paradigmi regolatori adattativi per fronteggiare le emergenze sanitarie caratterizzate da "complessità", con ampio ricorso alle norme interne e, appunto, alle "spinte gentili". In questione è senz'altro la configurazione di un nuovo modello di amministrazione definito "precauzionale" e il diritto della "scienza incerta", aspetti trasformativi dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, connotati dalla caratteristica di venire applicati trasversalmente a vari settori, eccedendo l'ambito della materia ambientale per pervenire anche a quello della tutela della salute<sup>11</sup>.

---

9 D. QUAMMEN, *Senza respiro*, Milano, 2022.

10 D. QUAMMEN, *Spillover*, Milano, 2012.

11 E. FREDIANI, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, in *Dir. amm.*, n. 1/2021.

L'indagine si sposta, quindi, proprio sul carattere trasversale delle questioni, che si fa pure intergenerazionale, coinvolgendo il tema dello sviluppo sostenibile.

Da qui la proposta ricostruttiva di configurare la crisi sanitaria come problema intergenerazionale che presenta i medesimi caratteri di altre crisi che impattano su future generazioni (globalità, carattere diffuso del danno, incertezza della tecnica, varietà di concause, notevole impatto sui conti pubblici, etc.). Sicché si ritiene utile ricorrere alla “cassetta degli attrezzi” del diritto dell'ambiente, che ha forgiato principi e istituti poi transitati nell'ordinamento generale<sup>12</sup>. Su tutti si pensi, ancora, al principio di precauzione e alla sua forza espansiva, ma anche al principio di prevenzione, a quello di integrazione, a quello di resilienza, vista come categoria «trasformativa», che incrementerebbe la capacità dei singoli, del sistema economico e della società nel suo complesso di «rimbalzare avanti». Non a caso nella nostra dottrina si inizia a parlare di “diritto della ripresa”<sup>13</sup>, di passaggio dalla *brown* alla *green* e infine alla *blue economy*, in cui l'interesse ambientale è visto in convergenza con lo sviluppo. In tale quadro, in assonanza col pensiero di Pantalone, si ritiene oggi che le parole chiavi di questa transizione siano: interconnessione, sistema, multisettorialità, sinergia, trasversalità, integrazione.

Eccoci, quindi, davanti alla proposta finale di costruire un “diritto delle responsabilità intergenerazionali”, che operi un'integrazione tra livelli ordinali e sottenda l'interdisciplinarietà dei saperi e veda il *risk management* come criterio generale e costante di azione con gestione sistemica dei rischi (approccio *One Health*).

Pantalone sembra evoca in questa ricostruzione l'idea di Luhmann secondo la quale la scala spaziale e temporale sulla quale i rischi si manifestano è

---

12 Cfr. M. DELSIGNORE, *Ambiente*, in *I tematici – Enc. dir.*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 46 ss.

13 F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, n. 4/2021.

cambiata, allargandosi dal locale al globale e trasformando la temporalità classica tra azioni passate, presenti e future<sup>14</sup>.

E non mi pare un caso questa influenza del sociologo tedesco.

Nella sua recente ricca e interessante relazione all'Aipda di Napoli, Fabrizio Fracchia, importante riferimento scientifico di Pantalone, ha ampiamente considerato il pensiero di Luhmann, cercando di riempire la nozione di amministrazione pubblica di “significato luhmanniano”, configurandola come categoria che denota un insieme di organizzazioni preordinate ad assumere decisioni, trattando in modo autopoietico le proprie operazioni passate e future, dando loro ordine attraverso la costruzione di un insieme differenziato di comunicazioni giuridiche volte a tematizzare i problemi sociali e offrire loro una soluzione<sup>15</sup>.

### **3. Un consenso di fondo e due insoddisfazioni per la lettura biopolitica**

Detto ciò, a me pare che queste suggestive tematizzazioni di metodo siano per buona parte condivisibili, ma meritano talune ulteriori considerazioni proprio alla luce della mia linea di visione dei problemi, che ho tentato di indicare all'inizio.

Mi convince particolarmente il richiamo alla tecnica del bilanciamento, ormai intrinseca alla logica del diritto fondamentale, come sappiamo sin dalla sentenza sull'Ilva di Taranto del 2013 della Consulta, sentenza non a caso definita schmittiana<sup>16</sup>, confermata poi proprio dalla giurisprudenza del tempo pandemico. In buona sostanza, emergenze e criticità talmente gravi da mettere in pericolo un assetto sociale impongono di disporre in una scala discendente di interessi; esse, inoltre, implicano unità e prontezza di decisione e valorizzazione di doveri e responsabilità. Insomma, si pongono nuovamente al centro della

---

14 N. LUHMANN, *Temporalizzazione della complessità: la semantica dei concetti temporali nell'epoca moderna*, in ID., *Struttura della società e semantica*, Roma-Bari, 1983, 233 ss.

15 F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere - Un quadro d'insieme*, Relazione al Convegno annuale Aipda *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere*, Napoli, 29-30 settembre 2023, in corso di stampa sull'Annuario Aipda 2023.

16 M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 58.

scena i doveri inderogabili di cui parla l'art. 2 Cost. Il nostro giudice amministrativo ha riflesso in più occasioni tale posizione, ritenendo che l'interesse privato vada temperato con quello della collettività a prevenire il diffondersi del virus. Il giudice amministrativo nella pandemia si è confermato giudice della mediazione equitativa tra interesse pubblico e privato. In alcuni casi ha svolto un sindacato assai penetrante (es. l'obbligo di mascherina per alcuni studenti), effettuando un sapiente dosaggio dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità e di precauzione, in altri si è ritirato (es. arretrando a fronte della discrezionalità tecnica su valutazioni scientifiche relative alla salute).

Il punto è, però, che i richiami a concetti quali il paradigma della resilienza o al pensiero di Luhmann a me paiono ancora in linea con la governamentalità neoliberale che critico nel mio libro.

### **3.1. La resilienza e le sue insidie**

Partirei dal tema della resilienza.

Qui mi pare vi sia da effettuare un chiarimento.

Vi sono sul punto critiche, più giuridiche, sul rischio della crescente funzionalizzazione delle attività economiche in vista della cura di interessi ambientali<sup>17</sup> o di quella, più *mainstream* e ideologicamente connotata nel campo sovranista e conservatore, dell'aumento del divario socio-economico a causa di una transizione ecologica e digitale più costose del previsto e foriere di nuove forme di esclusione e povertà.

Come, al contrario, è possibile leggere colti e appassionati saggi che teorizzano la progressiva rilevanza del principio di resilienza nella riconfigurazione della decisione discrezionale dell'amministrazione in chiave eco-giuridica, ritenendo che in termini procedurali sia possibile rendere flessibili e adattivi i procedimenti deliberativi e amministrativi, in maniera tale da consentire un adattamento dinamico delle attività istruttorie partecipative e decisorie all'evoluzione

---

<sup>17</sup> Rilevate dagli STESSI F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'agenda ONU 2023*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2-3/2022.

della resilienza degli ecosistemi coinvolti dai procedimenti stessi, e inoltre che ciò abbia riflessi in termini di sindacato sull'eccesso di potere, nel senso che sia ormai possibile configurare la figura sintomatica del difetto di resilienza<sup>18</sup>.

A me interessano maggiormente, in linea col mio libro, talune critiche più sottili e filosoficamente connotate.

È stato osservato<sup>19</sup> come il modello della resilienza abbia per oggetto un ambiente caratterizzato da fluttuazioni su larga scala, nelle quali l'approccio preventivo non solo è inefficace, ma rende il sistema ancora più vulnerabile, andando a inficiare col suo interventismo le capacità interne del sistema di ritrovare autonomamente e dinamicamente un nuovo equilibrio in termini di adattamento e assorbimento del danno.

Tale impostazione, espressa soprattutto da pensatori come Crawford Holling<sup>20</sup>, riflette nel contesto del pensiero ambientale quello che Von Hayek ha rappresentato in ambito economico<sup>21</sup>: anche qui, attaccandosi il modello predittivo keynesiano, si è proposta un'epistemologia fondata sui limiti conoscitivi dell'esperienza umana. Secondo Holling la sfera socio-ecologica è un sistema in continuo mutamento, reso imprevedibile dalla complessità delle interconnessioni che funzionano al suo interno. A fronte dell'impossibilità e della pericolosità insita nei tentativi predittivi e protettivi di mitigazione del rischio, la resilienza fornisce un modello alternativo alla sicurezza statocentrica, basandosi sull'accettazione del disequilibrio irriducibile dei sistemi complessi secondo una *ratio* improntata non più alla mitigazione bensì alla gestione del rischio.

Così come Hayek proiettava l'ontologia dell'ignoranza oltre l'ambito specifico della teoria economica, con Holling l'approccio resiliente travalica l'ambiente naturale diventando lo strumento di un processo di risignificazione

---

18 M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in [www.rivistaiaic.it](http://www.rivistaiaic.it), n. 2/2018.

19 S. MARCENÒ, *Abitare il mondo. Crisi ecologica e paradigmi securitari*, in *Jura gentium*, XVI, 2019.

20 C.S. HOLLING, *Resilience and Stability of Ecological System*, in *Annual Review of Ecology and Systematics*, 4/1973.

21 F. VON HAYEK, *The Pretence of Knowledge, Nobel Memorial Lecture, December 11, 1974*, in *The American Economic Review*, 79/1989.

politica che produce un discorso ecologico inedito, trasfigurando i presupposti teorici e scientifici del lessico delle scienze naturali. Ancora una volta ci troviamo di fronte a un meccanismo di cooptazione concettuale nelle strategie politiche neoliberali.

In questo quadro l'ontologia del rischio, pervasivo e refrattario a strategie di mitigazione, si coniuga con uno scenario di securitizzazione nel quale gli individui sono costantemente esposti a una serie di minacce, ambientali, economiche, domestiche e internazionali, e devono farsene carico stante la crisi dei dispositivi securitari tradizionali. Una dimensione nella quale i soggetti devono responsabilizzare sé stessi secondo la classica concezione neoliberale del capitale umano.

In questo quadro bisogna stare attenti a non “stirare” eccessivamente l'art. 2 Cost.

Mentre la biopolitica del *Welfare* è essenzialmente una strategia governamentale che accetta la triade libertà-proprietà-mercato, ma risponde almeno parzialmente alla sfida dell'insicurezza prodotta dal mercato, la biopolitica neoliberale governa i processi sociali attraverso l'individualizzazione. Priva cioè i singoli dei supporti del *Welfare* e li spinge ad adeguarsi responsabilmente alle logiche del mercato.

Vi è chi teorizza, in questo senso, una biopolitica post-disciplinare, propria dei tempi di crisi del *Welfare State*.

Alla base di ciò c'è una “truffa delle etichette”: qualche anno fa quando alcune correnti dottrinali, fondandosi sul carattere (asseritamente) aperto dell'art. 2 Cost., hanno teorizzato un inedito (almeno per la nostra tradizione continentale) “diritto alla sicurezza”, con le ricadute negative che ciò ha avuto nelle discutibili applicazioni dei principi di sussidiarietà – verticale e orizzontale – che hanno fondato le politiche pubbliche della sicurezza negli ultimi anni, non solo in Italia<sup>22</sup>.

---

22 G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, Napoli, 2010.

L'esaurimento delle tecniche di controllo disciplinare operate attraverso dispositivi e istituzioni, che anticipavano e rendevano possibile l'assoggettamento/soggettivazione biopolitico (comunque meno cogente di quanto sostenuto da Foucault), non significa fine della biopolitica, ma probabilmente, evoluzione della stessa. Lo scopo specifico del modello neobiopolitico d'integrazione lato *sensu sociale*, appare la responsabilizzazione del soggetto, l'individuazione del sociale, promuovendo una forma governamentale di potere finalizzata ad irreggimentare le forme cognitive, linguistiche e comunicative dei singoli; un sistema, quello neobiopolitico, basato su flessibilità, esaltazione di responsabilità individuali e facoltà cognitive, un sistema produttivo aperto, basato sulla collaborazione, sulla rete e su soggettività adattabili a ogni contesto. Centralità in questo modello viene data alle risorse comunicative e relazionali, alle risorse "sociali" produttive di "comunità", utilizzate (paradossalmente) per la de-socializzazione della moltitudine, la singolarizzazione delle responsabilità.

Si è parlato di "psicopolitica"<sup>23</sup> per descrivere un fenomeno in cui si passa dalla biopolitica, alla quale interessava il controllo regolativo della "popolazione" e in tal senso usava le statistiche demografiche, a un modello regolatorio nuovo connotato dai *big data*, più adeguato all'assetto neoliberale, nella misura in cui si accede così agli strati più profondi della psiche collettiva. Qui si tocca il tema di un'altra forma di transizione, pur connessa, ossia quella digitale.

Sul punto la nostra giurisprudenza amministrativa è molto avanzata, sulla scorta dei principi del *human in the loop*, della non discriminazione algoritmica, della trasparenza vista come conoscibilità ma soprattutto comprensibilità dell'algoritmo.

E tuttavia restano aperte immani questioni, ad esempio nei procedimenti ad alto tasso di discrezionalità, in cui le incognite sono moltissime e la capacità computazionale e predittiva dei *big data* può essere più proficua.

---

23 BYUNG-CHUL HAN, *Psicopolitica*, Roma, 2016.

Per non parlare di altri temi connessi alla questione della digitalizzazione dell'amministrazione, cioè alla regolazione e alle politiche pubbliche in materia, e quindi di nuovo al tema della sorveglianza digitale e dei grandi poteri privati, traggurdati sotto il profilo inedito della regolazione soft, che sperimenta oggi nuove forme, come il *nudge*, talora declinato nelle innovative, per molti inquietanti, tecniche della *gamification* e del *social scoring* nelle politiche pubbliche.

### **3.2. Luhmann e la prospettiva immunizzante**

Anche la prospettiva luhmanniana deve essere considerata con attenzione critica.

È stato Roberto Esposito a osservare recentemente che essa trasferisce in ambito sociale il paradigma immunitario<sup>24</sup>. I sistemi sociali si riproducono non presupponendo la sicurezza ma governando l'insicurezza. Grande rilievo assume in tale costruzione la logica della comunicazione.

Lo nota Fracchia, laddove vede nelle organizzazioni, anche amministrative, un sistema di comunicazione di decisioni, considerando che i vari sistemi (compreso il diritto) producendo autopoieticamente comunicazioni, creano proprie semantiche e innalzano dei confini fra ciò che è attribuito agli stessi e ciò che non lo è.

La differenza è che nella impostazione di Fracchia la costruzione teorica di Luhmann fornisce un prezioso apporto teorico per leggere la realtà amministrativa italiana e i suoi problemi, oltre a dare una importante indicazione di metodo a sostegno dell'autonomia semantica del diritto amministrativo, in quella del filosofo napoletano la comunicazione non è altro che la forma dell'immunizzazione, specie grazie al sistema giuridico che funge da sistema immunitario della società.

In tale contesto il pensiero di Luhmann diviene portatore di un'evoluzione della biopolitica in immunopolitica.

---

24 R. ESPOSITO, *Immunità comune. Biopolitica all'epoca della pandemia*, Torino, 2022.

Si pensi al tema delle norme interne, della *soft law* e delle spinte gentili nella pandemia.

La linea di lettura del fenomeno di Pantalone appare sul punto neutra, volta a mostrarne la naturale connessione con la “tecnificazione” del mondo e quindi del diritto. Questa prospettiva predilige percorsi di “giustificazione” e indagini sulla “giuridificazione” del fenomeno (e di allontanamento di esso dal modello nichilista alla Irti-Severino, e prima heideggeriano), ad esempio valutando in profondità questi meccanismi proprio come strumenti di riduzione luhmanniana della complessità, e così rileggendo fenomeni come quello delle “norme interne”.

Come ho notato nel mio libro, vi è però un'altra prospettiva, che porta ad accedere ad un'idea non tanto di crisi della legge, ma più ampiamente di crisi del diritto come sistema di veridificazione del potere<sup>25</sup>, per dirla ancora con Foucault, e sempre con quest'ultimo ad evidenziare il sistema sapere/potere insito a questi fenomeni, connotando la *soft law* come “resa” del sistema democratico rappresentativo a una serie di ideologie forti, su tutte quella neoliberale dell'effettività, che prevale sul modello kelseniano della validità.

Una distanza tra le mie vedute e quelle di Pantalone si coglie anche sul tema del *nudge*.

Mentre questi è interessato soprattutto a ricondurre questa innovativa tecnica regolatoria nel quadro ricostruttivo ultimo della rivisitazione delle situazioni soggettive in tempi di crisi all'insegna del principio di solidarietà, il mio interesse è in parte differente.

Ho provato a mostrare che la tendenza a risolvere il potere nel solo potere giuridico ha impedito l'analisi su altri tipi di potere che non possono dirsi del tutto privi di rilevanza giuridica. Effettuando tale tentativo di traslazione sul piano delle categorie giuridiche familiari al giuspubblicista, si può osservare che il potere governamentale non si esercita attraverso la predisposizione di regole

---

25 R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 31.

di condotta e non ricorre alla minaccia o alla costrizione; allo stesso modo, nell'ambito giuridico ci si dovrebbe discostare dalla tradizionale tecnica del *command and control*, connotante i più tradizionali schemi di potere normativo e disciplinare. Come ha osservato Zito<sup>26</sup>, in questo rinnovato scenario: «potere amministrativo in senso giuridico non sarà più solo quello che si snoda lungo la sequenza potere-atto-effetto, ma anche quello che si snoda lungo la sequenza potere-atto-effetto nella realtà materiale».

Ma tutto ciò non è uno schema neutro, e piuttosto presenta di nuove connessioni con lo schema della biopolitica neoliberale.

C'è una evidente relazione tra utilitarismo benthamiano, nudge, e neoliberalismo. Nella *Nascita della biopolitica*, Foucault definisce questo metodo di governo come l'approccio utilitarista del liberalismo, «quello con cui abbiamo minore familiarità, ma senza il quale non riusciamo a comprendere correttamente il neoliberalismo contemporaneo».

Il *nudge* finisce per essere, in tale schema, il dispositivo di questo potere, che è tanto più flessibile, fluttuante e mutevole quanto più richiede di esserlo l'insieme dei meccanismi che rendono possibili i processi di assoggettamento al potere connotato utilitaristicamente come governo degli interessi. L'influenza paternalistica si allea con la libertà individuale, creando all'interno del *nudge* le condizioni di questa convergenza.

Nell'epoca neoliberale, quindi, il nudge emerge come una sorta di meccanismo correttivo tra la tendenziale incompatibilità del diritto col soggetto di interesse, tra *l'homo juridicus* e *l'homo economicus*. Si configura, così, una strategia normalizzante, un potere che, come una “catena invisibile”, cerca di evitare l'azione repressiva plasmando desideri legittimi.

#### 4. *Dalla biopolitica/immunopolitica alla biopolitica affermativa/ecopolitica*

---

26 A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021.

A me pare che queste aporie, filosofiche prima che giuridiche, possano essere sormontate rimettendo al centro la politica e il conflitto.

Filosofi politici come Carlo Galli<sup>27</sup> e ancora Roberto Esposito nelle loro ultime opere prospettano la rimessa al centro del conflitto e della democrazia politica contro i processi di spoliticizzazione e di tecnicizzazione attivati con le “rivoluzioni passive efficacissime” delle democrazie liberiste degli anni '80.

A fronte dell'impoliticità delle soluzioni adattative e resilienti descritte finora, andrebbe ripresa l'idea arendtiana dell'abitare il mondo, che ha la propria sede autentica in quella *praxis* che si caratterizza per la sua intersoggettività e politicità<sup>28</sup>.

Questo ha delle conseguenze che ho cercato di inquadrare nel mio libro, laddove ho osservato, fra l'altro, che la sovranità statale, ultimo vero modello di *katéchon*, è sopravanzata dal modello della crisi permanente, cioè dalla catallassi dell'ingegneria neoliberale, dall'emergenza permanente e dallo Stato amministrativo. Mi pare significativo che negli studi più rilevanti sul modello della transizione ecologica tale profilo sia talora sottovalutato, anzi, si dia spesso per scontato un modello di sviluppo che richiama Adam Smith e l'egoismo dell'impresa o le politiche dei commissariamenti in deroga o ancora il ricorso alla legislazione per principi<sup>29</sup>.

Si impone un passaggio dalla biopolitica immunitaria alla biopolitica affermativa, che a sua volta deve superare le angosciose prospettive della tanatopolitica alla Agamben.

L'approccio di questo pur importante filosofo lascia spesso il giurista in uno stato di sgomento, dinanzi alla deriva decostruttivista cui è andato sovente incontro; ma è anche per questa ragione che il giurista deve provare a dare una risposta alla sfida lanciata dalle componenti più radicali del pensiero moderno:

---

27 C. GALLI, *Democrazia ultimo atto?*, Torino, 2023.

28 H. ARENDT, *The Life of Mind*, New-York-London, , 1978, trad. it. *La vita della mente*, Bologna, 2009.

29 F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit., 805.

*quare siletis juristae in munere vestro?* In questi mesi qualche giurista ha provato a dare risposte alle domande di Agamben, ma esse sono state tenute in non cale dal filosofo, che tuttora parla di un'intera società complice e di un nuovo patto hobbesiano, estrema configurazione della biopolitica, in cui il non-complice è escluso dal patto sociale.

Ho pensato di scrivere il mio libro anche perché mi è parso che in questi anni la biopolitica sia stata usata dal giurista più come orpello argomentativo che scendendo nelle sue implicazioni più intime.

Si è trattato di un tentativo apparentemente aporetico, se si considera lo scetticismo per la versione giuridica del potere presente in Foucault, e soprattutto i suoi sviluppi “destituenti” (la tanatopolitica) in pensatori come appunto Agamben.

Senonché a mio avviso non è solo questo il modo in cui il potere e il diritto amministrativo possono avvalersi di quel pensiero, come dimostrano correnti filosofiche maggiormente disposte a colliquare col diritto pubblico, ad esempio l'elaborazione feconda della nozione di istituzione in Roberto Esposito.

Il filosofo napoletano ha prima rielaborato la nozione di pensiero istituyente<sup>30</sup>, in cui si tenta una ricomposizione tra vita e istituzione, drasticamente separate proprio dalla figura del potere. Ciò è confermato dalla speculare visione di Foucault e Arendt: se il primo critica le istituzioni perché repressive del libero corso della vita, la seconda individua nella vita biologica la forza irresistibile che dissesta le istituzioni, consegnandole alla violenza. Si conclude così nel senso di ripensare la categoria della biopolitica, superando quella divaricazione latente tra quello che ad alcuni appare potere assoluto sulla vita e ad altri una vita libera da ogni potere. Bisogna, quindi, integrare il paradigma istituyente e quello biopolitico in modo produttivo per entrambi.

---

30 R. ESPOSITO, *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, 2020.

Più di recente egli ha ritenuto – con la felice sintesi ossimorica dell'immunità comune<sup>31</sup> – che l'immunità possa non essere, come in passato, una lama che taglia la comunità svelando il lato oscuro/securitario delle varie forme del paradigma moderno di immunizzazione (sovranità, proprietà, libertà), ma che possa divenire la stessa forma della comunità.

Ecco perché si parla di biopolitica affermativa, non più *sulla* vita ma *della* vita, conciliabile finalmente con la libertà e la vita degli individui.

Mi è stato chiesto<sup>32</sup> se “È vero che il neoliberalismo con la sua governamentalità diffusa ha tagliato la testa al Re ma non per questo ha dissipato il potere, che si è fatto reticolare. Ma questo significa che la rivendicazione delle libertà passa per la restaurazione del Re?”.

Naturalmente c'è chi lo auspica, a livello politico prima che giuridico.

Il mio, tuttavia, non vuol certo essere un libro conservatore né tantomeno nostalgicamente sovranista.

Ho voluto solo mettere in luce due aspetti fondamentali di ricollocazione del potere (preferisco usare questa locuzione piuttosto della ripresa – come avviene di recente, magari anche solo per criticarla – della categoria classica della separazione dei poteri).

Penso al già richiamato avvento dello Stato amministrativo, in cui si amministra soprattutto con la legge e la sentenza. E penso alla necessità di superare quello che è tuttora un topos dei nostri giuristi<sup>33</sup>, ossia la lettura benjaminiana del potere come violenza, anomia senza alcuna veste giuridica, dunque, nel suo aspetto esclusivamente sottrattivo. Il potere reticolare biopolitico è molto più esteso, non semplicemente nel senso del coinvolgimento dei poteri privati di sorveglianza e controllo, ma ben più nel profondo nel farsi istanza di biopotere la stessa popolazione, “corpo docile” che si auto-limita e controlla.

---

31 R. ESPOSITO, *Immunità comune. Biopolitica all'epoca della pandemia*, Torino, 2022.

32 Da M. TRIMARCHI, “*Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*”. Michele Trimarchi intervista Giuseppe Tropea, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 29 giugno 2023.

33 Colui che ha meglio e con più forza civile sostenuto tale approccio durante la pandemia è senz'altro L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021.

D'altra parte, a mio avviso bisogna essere consapevoli che a fronte di fenomeno epocali di rimodulazione del potere, che ho tentato di descrivere, la nostalgia per le garanzie dello Stato di diritto liberale può essere forte, e ha costantemente pervaso anche il mio studio. Mi rendo conto tuttavia che tutto ciò, nel medio-lungo periodo, potrà essere insufficiente se non inutile.

Delle due l'una: o si prende atto dello Stato di eccezione permanente, e gli si adatta un nuovo diritto amministrativo "effettivo" attorno, come alcuni importanti indagini iniziano a fare<sup>34</sup>, o è il nostro diritto amministrativo a dover essere radicalmente rivisto, fungendo da freno alla deriva funzionalizzante neo-liberale (come nel libro si auspica), ma sul punto il mio libro si ferma sulla soglia di questa immane questione.

La lettura del libro di Pasquale Pantalone fornisce però ulteriori utili spunti per future ricerche agendo proprio come critica implicita alle dimensioni aporetiche del mio saggio: l'a priori storico della genealogia biopolitica foucaultiana va oggi completato con la consapevolezza della ormai stretta integrazione olistica tra temporalità socioeconomiche ed ecosistemiche. Come è stato osservato: «Si tratta di pensare il presente come una congiuntura complessa e dinamica di condizioni di esistenza sociali, tecniche e istituzionali, sempre legate a una rete di vincoli biologici e ambientali, nonché inseparabili dall'esperienza e dalla potenza di trasformazione dei viventi umani e non umani. La critica di questo presente, e la ricerca di possibili alternative, non ha da scegliere tra la riflessività scientifica e quella politica, ma può interrogare reciprocamente l'una attraverso l'altra, e cercare in entrambe gli strumenti per organizzare quella potenza, comprendendone l'eterogeneità e i limiti, ed esercitarla con prudenza e immaginazione»<sup>35</sup>.

---

34 G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022.

35 A. ANGELINI, *Biopolitica ed ecologia. L'epistemologia politica del discorso biologico tra Michel Foucault e Georges Canguilhem*, Firenze, 470.

Lo Spillover è l'icona del fallimento di un modello economico, come in generale l'aggravamento della crisi climatico-ambientale<sup>36</sup>. Nel silenzio assordante della rimozione di questi tempi post-pandemici, si può forse così abbozzare una nuova traiettoria speculativa: dalla biopolitica alla ecopolitica, nella consapevolezza delle aporie (specie rispetto alla dimensione giuridica) della prima, ma anche delle possibili derive della seconda.

Mi riferisco, evidentemente, al rischio di una “sovranità planetaria” non democratica, la quale potrebbe ottenere legittimazione e consenso proprio in nome della sicurezza e della salvaguardia della vita sulla terra. Per il Leviatano climatico, il capitalismo potrebbe ancora non costituire un problema: esso, piuttosto, è considerato parte della soluzione, nella speranza che, con la sua promessa di “auto-regolazione”, corregga quel “fallimento di mercato” che è la crisi climatica<sup>37</sup>.

---

36 Così A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Riv. dir. comp.*, n. 2/2022, 398, 404, criticando la nozione di sviluppo sostenibile e di *green economy*. In questa sede chi scrive ha avanzato qualche perplessità (di ordine filosofico, prima che giuridico) sul paradigma della transizione ecologica, che viene invece tendenzialmente vista nel senso del «disaccoppiamento tra il livello di sfruttamento delle risorse naturali e gli obiettivi di benessere», come osserva l'a. citato in questa nota.

37 Cfr. G. MANN-J. WAINWRIGHT, *Il nuovo Leviatano. Una filosofia politica del cambiamento climatico*, trad. it., Roma, 2019.