

The logo for AIPDA (Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo) features the acronym 'AIPDA' in a bold, orange, serif font. The text is centered within a dark green rectangular background.

Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo

FORUM
Next Generation EU

PNRR e governamentalità neoliberale: una
linea di continuità?

Giuseppe Tropea

29 ottobre 2021

PNRR e governamentalità neoliberale: una linea di continuità?

GIUSEPPE TROPEA
giuseppe.tropea@unirc.it

1. Premessa

La valvola della necessità risveglia la presenza dello Stato come Stato essenzialmente amministrativo e su questa base vanno ripensati i fondamentali dell'amministrazione¹. Proprio nell'emergenza pandemica, nonostante la crisi sia gravata sul sistema amministrativo, è mancata un'idea di fondo di amministrazione: buona parte della gestione dell'emergenza è stata di fatto delegata a forme di amministrazione parallela, spesso appaltata a privati².

In questo quadro frastagliato e indefinito è il neoliberalismo amministrativo come "emergenza" costante³ che meriterebbe maggiore attenzione⁴. A differenza del paradigma moderno della sovranità, infatti, nel dispositivo governamentale l'emergenza è la strutturazione della quotidianità nell'ottica dell'imprevisto governabile, risolvibile: tale tecnica governamentale diviene, così, un «gigantesco generatore di eccezioni»⁵.

L'amministrativista deve prendere consapevolezza di una sua rinnovata centralità critica.

Finora si è ritenuto, non senza una certa ragione, che per lo studioso del diritto amministrativo l'integrazione europea non abbia posto, almeno fino alla sua crisi recente, problemi "esistenziali", stante la funzione "servente" e "tecnica" che a tale disciplina poteva attribuirsi. Diversa è

¹ F. CORTESE, *Emergenza Covid-19: sulle sfide dell'ordinamento e sulle possibili articolazioni della legittimità amministrativa*, cit., 68.

² E. CARLONI, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in www.astrid-online.it, n. 1/2021, 7.

³ M. DE CAROLIS, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Macerata, 2017. Sulla centralità dell'amministrazione nell'ordinamento neoliberale v. L. NIVARRA, *Dalla «crisi» alla «eclissi»: ovvero, da un paradigma all'altro*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 801 ss.

⁴ Su normalizzazione dell'emergenza e processi di ristrutturazione del neoliberalismo v. A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di COVID-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2021, 1 ss.

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

stata l'esperienza del costituzionalista⁶, che spesso si è dovuto porre il problema, specie dopo la crisi economica, della configurabilità di un nuovo diritto pubblico europeo dell'economia⁷. Per l'amministrativista *mainstream* ha invece prevalso per lungo tempo una sorta di cattiva coscienza o se vogliamo di *cupio dissolvi*, corollari dell'idea dell'efficienza del *common law* e della speculare inefficienza del *civil law*, come si ricava dai noti Rapporti *Doing business* predisposti dalla Banca mondiale⁸.

In questo senso mi sembra utile riflettere sulle “invarianze” rappresentate dalla regolazione sperimentata durante il Covid-19, destinata probabilmente a rinnovarsi con le riforme che si attendono dall'attuazione del PNRR.

2. PNRR e modalità di *governance*

Il Next Generation EU ha previsto risorse per circa 209 miliardi di euro, da investire in sei missioni strategiche, sviluppate intorno a singoli progetti e specifici interventi individuati nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Si è detto che tale programma impone di «ripensare all'intervento dello Stato in economia e ridisegnare il ruolo del pubblico rispetto alla società, [...] decidere come collocare la pubblica amministrazione nel processo di rilancio economico e di ripresa sociale»⁹.

Nel dibattito sulle riforme da attuare grazie alle risorse europee l'approccio per obiettivi caratterizza soprattutto il tema della riforma dell'organizzazione intesa come apparato. Ciò si abbina alla scelta di non prevedere alcuna *governance* “eccezionale”, istituita al limitato e transitorio scopo di gestire efficientemente le risorse economiche erogate dall'Unione¹⁰.

Sembrerebbe quindi non puntarsi questa volta sul modello del commissariamento, e volersi attribuire all'amministrazione “ordinaria” il compito di attuazione del piano. Ciò porta con sé, di nuovo, il problema

⁶ A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea e riduzionismo politico*, in www.costituzionalismo.it, n. 3/2020.

⁷ Cfr. A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016.

⁸ A. SOMMA, *La geografia dei corpi politici. Classificazioni e genealogie tra diritto privato comparato, diritto pubblico comparato e ortodossia neoliberale*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2017, 1231.

⁹ Documento del Consiglio direttivo AIPDA sull'attuazione del *Next Generation EU*, in www.aipda.it.

¹⁰ M. RENNA, *Il cambiamento necessario: una contraddizione o una sfida?*, in *Dir. pubbl.*, 155 ss.

della effettiva capacità dell'amministrazione di fronteggiare questa nuova, imprevedibile, sfida con le annesse relevantissime responsabilità. A partire dal fatto che il Next Generation EU viene interpretato come modello non già di riduzione, ma di ampliamento, della sfera pubblica: «dalla proposta di Piano nazionale di ripresa e resilienza e dal Next Generation EU traspare come il perimetro dell'azione amministrativa non verrà ridotto, nel senso che l'amministrazione sarà un perno essenziale per la gestione dei fondi e per la realizzazione di un mutamento che appare come una sorta di riorientamento gestaltico»¹¹.

D'altra parte, non è del tutto esatto ritenere che potere sostitutivo e conseguente modello commissariale siano stati accantonati. Oltre alle norme generali relative al commissariamento ancora applicabili esiste, infatti, una precisa disposizione relativa alla *governance* del PNRR, che è in linea con la ricostruzione del potere sostitutivo come potere alternativo¹², ma al contempo proprio per questo pare un'ulteriore conferma della “normalizzazione” pastorale dell'emergenza anch'essa tipica del modello neoliberale. Mi riferisco all'art. 12 del d.l. n. 77/2021, che prevede la possibilità, ove strettamente indispensabile per garantire il rispetto del crono-programma, di provvedere in via sostitutiva tramite ordinanza motivata, in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale e dalle disposizioni dal codice delle leggi antimafia, fatti salvi i principi generali dell'ordinamento e i vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea.

3. Modello ordoliberal e PNRR

È necessario chiederci in quale contesto teorico gius-economico, ma ancor prima in quale ideologia di fondo¹³, si collochi questo nuovo discorso sulle riforme amministrative alla luce del PNRR.

Il dibattito sul neoliberalismo è tornato al centro della scena dopo la crisi economica causata dalla diffusione, nei mercati finanziari globali, dei

¹¹ F. FRACCHIA, F. GOISIS, M. OCCHIENA, M. ALLENA, P. PANTALONE, *La transizione amministrativa*, in *Forum Next Generation UE*, 12 marzo 2021, 10, www.aipda.it.

¹² M.R. SPASIANO, *Storia, fondamento e attualità del potere sostitutivo nella pubblica amministrazione: dalla logica della straordinarietà all'amministrazione alternativa*, in AA.VV., *Legalità ed efficienza nell'amministrazione commissariata*, a cura di F. Astone, F. Manganaro, R. Rolli, F. Saitta, Atti del XXIV Convegno di Copanello, 21-22 giugno 2019, Napoli, 2020, 26.

¹³ Seguendosi l'approccio metodologico di M. DE CAROLIS, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, cit., 47, il quale arriva a teorizzare il fallimento del neoliberalismo come problema di storia delle religioni.

titoli sub-prime. La svolta ordoliberalista dell'Unione Europea, dall'adozione della moneta unica fino alle più recenti politiche di *austerità*, in concomitanza con la crisi economica del 2007/2008, ha spinto una parte della dottrina a focalizzare la propria attenzione sulle ricadute istituzionali delle teorie economiche neoliberaliste anche nel “vecchio continente”¹⁴.

Taluni hanno evocato, in questo senso, le tesi foucaultiane del pastorato e del disciplinamento, cui sarebbero sottoposti gli esecutivi nazionali rispetto alla Commissione europea¹⁵. In tale contesto, il codice giuridico viene ridimensionato nella sua portata, a favore di una *governance* neoliberalista¹⁶ che ruota attorno a valutazioni fondate non già sulla coppia classica legittimo/illegittimo, ma sulla nuova coppia concettuale riuscita/fallimento delle prestazioni economiche degli Stati, e quindi delle politiche programmate o implementate. Una scelta funzionalista, connotata dalla progressiva affermazione del riduzionismo economico-aziendalista come ricetta per curare i problemi della democrazia welfarista¹⁷. Lo strumento principale finalizzato al conseguimento di tali obiettivi è divenuto quello delle *misurazioni* gestite a livello sovranazionale (Commissione UE, Consiglio europeo, Ecofin, etc.), più che la minaccia di sanzioni istituzionalizzate nei Trattati¹⁸.

A me pare, in questo senso, che il modello di potere utile per inquadrare la fase attuale, sempre restando al tema della governamentalità neoliberalista, sia quello del tardo Foucault, non già “ultra-radicalista” ma della svolta “pragmatica”, sviluppata nei corsi al *Collège de France* della seconda metà degli anni '70¹⁹. 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 stesso²⁰.

¹⁴ A. CIERVO, *Con la scusa della crisi. Il neo-liberismo e le trasformazioni dello Stato costituzionale. Riflessioni a partire da due recenti volumi di Pierre Dardot e Christian Laval*, in www.costituzionalismo.it, n. 3/2015, 31.

¹⁵ Cfr. L. DE LUCIA, ‘Pastorato’ e ‘disciplinamento’ nella *governance economica europea. Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 867 ss.

¹⁶ La locuzione non è usata a caso, essendo uno dei tratti caratterizzanti della temperie neoliberalista il transito dal concetto di *government* al concetto di *governance*. Cfr. O. GIOLO, *Il diritto neoliberalista*, Napoli, 2020, 2; B. MONTANARI, *Dall'ordinamento alla governance. Uno slittamento di piani*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 397 ss.

¹⁷ A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea e riduzionismo politico*, cit., 3.

¹⁸ A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea e riduzionismo politico*, cit., 19.

¹⁹ Cfr. sul punto M. BRIGAGLIA, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, 2019.

²⁰ F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberalista*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, tomo II, 2015, Milano, 773.

Il neoliberalismo attuale produce le proprie regole giuridiche e crea le proprie istituzioni, ovvero modella quelle esistenti a proprio uso e consumo: nella logica neoliberista, pertanto, il giuridico è sin da subito parte dei rapporti di produzione economica. Il diritto, in breve, plasma “dall’interno” l’economia e, in questo modo, “produce” il mercato come istituzione artificiale²¹, perdendo al contempo il proprio ruolo tradizionale di scienza autonoma, in quanto si funzionalizza allo *status* dell’efficacia del mercato, ossia alla logica del profitto e dell’efficienza.

Tutto ciò ha dei chiari riflessi sul piano del metodo giuridico.

Da un lato il discorso sull’impatto del neoliberalismo sulle categorie tradizionali porta ad interrogarsi sullo statuto del diritto post-moderno, sulla sua schizofrenia²² o la sua eclissi²³, mettendo in luce come nell’epoca neoliberale il “giudice creatore” sia un funzionario di un corpo amministrativo investito del compito di approssimare la realtà quanto più possibile al modello della concorrenza perfetta²⁴.

Dall’altro imperversa il dibattito sul ruolo del diritto in Europa, che vede tra i suoi interlocutori autori come Aldo Sandulli in Italia²⁵ e Armin von Bogdandy in Germania²⁶. L’idea di fondo è quella di rivitalizzare lo *jus publicum europaeum* attraverso un *re-embedding* del mercato finanziario europeo. La scienza giuridica deve, in quest’ottica, agire da *katéchon*²⁷ contro i mercati globali, 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.

Questi importanti avvertimenti possono valere in chiave di monito per l’approccio del giurista alle riforme amministrative che si prospettano all’orizzonte? Dove inquadrare il modello di amministrazione che ci deriva

²¹ Cfr. già N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, IV ed., Roma-Bari, 2008.

²² C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, in *A proposito del diritto post-moderno, Atti del Seminario Leonessa*, 22-23 settembre 2017, Roma, 2018, 13 ss.

²³ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

²⁴ L. NIVARRA, *Dalla «crisi» all’«eclissi»: ovvero, da un paradigma all’altro*, in *Europa e diritto privato*, 2017, 801 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *A proposito del diritto post-moderno*, cit., 63 ss.

²⁵ A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L’integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2017.

²⁶ 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.

²⁷ Sull’enigma paolino del potere frenante v. M. CACCIARI, *Il potere che frena. Saggio di teologia politica*, VII ed., Milano, 2013.

dal PNRR? Il Next Generation UE, e a seguire il nostro PNRR, rappresentano un ritorno all'originale matrice ordoliberal?

4. (Segue) Alcuni problemi aperti

Di primo acchito la risposta a quest'ultima domanda è positiva. Il Piano può infatti essere letto come una potente leva attraverso cui si dovranno realizzare una serie di «riforme strutturali» volte a trasformare la situazione presente, in nome di una maggiore «competitività» del sistema. Uno schema perfettamente neoliberale, ma in chiave ordoliberale tedesca²⁸ e non austriaca. Nel quale lo Stato non scompare, ma si pone a diretto servizio dell'economia di mercato. Gli ambiti per i quali vengono prefigurati gli impatti delle riforme sono tre: pubblica amministrazione, giustizia, competitività. È sul terzo ambito che bisognerebbe concentrarsi per comprendere la filosofia di fondo che ispira l'intero documento, anche la parte relativa alla pubblica amministrazione. La premessa è che le riforme devono far crescere il grado di concorrenza dei mercati.

Sennonché bisogna distinguere il metodo europeo dal tema delle riforme e degli investimenti.

Il metodo è quello della coesione, della solidarietà, del colmare i divari di genere, territoriali, generazionali: esso in effetti sembra far risuonare lo spirito ordoliberale originario. Come prevede infatti il Reg. europeo 2021/241, quanto al metodo ogni progetto statale dovrà essere definito: nei costi, con distinte quantificazioni delle voci di spesa; nella *road map*, cioè negli stadi di avanzamento, con una precisa indicazione dei costi di medio periodo e degli effetti parziali già raggiunti; nei destinatari e infine nell'impatto sul terreno della coesione sociale²⁹. Questo metodo, poi si cala su riforme e investimenti, secondo la filosofia europea che ogni investimento, se allontanato da una cornice di Stato efficiente, non reca il risultato sperato. Potrebbe dirsi che oggi, a differenza di ieri, l'UE disponga dei presupposti per un nuovo approccio al tema degli investimenti pubblici e, volendo, al sostegno pubblico della domanda, addirittura secondo l'ispirazione keynesiana³⁰. Non a caso i rimedi alla crisi

²⁸ Cfr. F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole – Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2010.

²⁹ G. De MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in www.costituzionalismo.it, 10 settembre 2021.

³⁰ A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea e riduzionismo politico*, cit., 31.

pandemica sono visti dal legislatore europeo con un approccio critico simile a quello successivo alla crisi economica del 2007-2008³¹.

E qui si viene al tema delle riforme, su tutte quella della pubblica amministrazione, che è vista nel PNRR sia come obiettivo in sé sia come strumento per perseguire politiche di scopo (sanità, servizi all'impiego, pagamenti alle imprese, etc.). Si tratta di riforma orizzontale, o di contesto, d'interesse trasversale a tutte le missioni di piano, ma come detto essa viene di fatto evocata in tutte le riforme settoriali, oltre a costituire la spina dorsale delle riforme abilitanti, cioè gli interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini ed alle imprese. Qui si dischiude in modo netto l'assetto pro-concorrenziale della regolazione, di marca tipicamente ordoliberalale.

La questione fondamentale, tuttora comunque aperta, è il modello di amministrazione che tale visione sottende. Secondo alcuni³² la cifra culturale complessiva del NGEU, e quindi del PNRR, non sembra più essere quella del *New Public Management*³³. Pare esservi spazio per ragionare, invece, attorno all'idea che l'azione di governo, la decisione delle politiche, e il suo aspetto operativo, l'amministrazione, siano creatori di valore e non semplicemente attori che intervengono per “guarire” i fallimenti del mercato. Le condizioni/riforme/componenti del PNRR riguardano, del resto, obiettivi per i quali il funzionamento dell'amministrazione (e, quindi, la sua riforma) sono funzionali a politiche sociali e ambientali specificamente raccomandate. Ma anche i sostenitori di questa tesi riconoscono che tutto dipenderà da come si svilupperà il meccanismo – ancora per larga parte non scritto – della “condizionalità” posta dal *Recovery Fund*. Infatti, nonostante il RRF costituisca uno strumento che si aggiunge ai fondi strutturali e di coesione, di cui agli artt. 174 e 175 TFUE, diversamente da questi presenta il non trascurabile onere di essere subordinato non a mere “condizioni”, come avviene ad esempio con i

³¹ Emblematico il considerando n. 7 del Regolamento UE 2021/241, secondo cui «Le esperienze del passato hanno dimostrato che gli investimenti sono spesso soggetti a tagli drastici durante le crisi. È tuttavia essenziale sostenere gli investimenti in questa particolare situazione, per accelerare la ripresa e rafforzare il potenziale di crescita a lungo termine»

³² S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La riforma della pubblica amministrazione nel quadro del “Recovery Fund”*, 31 marzo 2021, 9, www.aipda.it.

³³ In chiave critica sull'introduzione di tale modello in Italia, v. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, spec. 231 ss.

fondi strutturali o con il neonato “SURE”, bensì a “condizionalità”, la cui logica è stata avvicinata in passato ai meccanismi governamentali appunto neoliberali³⁴.

Insomma, si prospetta la persistenza del meccanismo di condizionamento dei finanziamenti del RRF, e ora del nostrano PNRR, al solito *mix* di tagli di spesa pubblica, aumento della tassazione, liberalizzazione del mercato del lavoro, privatizzazioni, ecc., cui siamo stati abituati fin qui dalla Commissione europea.

Particolarmente significative sono le precisazioni dedicate nel PNRR alle riforme volte a promuovere la concorrenza quali condizioni per l’assistenza finanziaria nell’ambito del Dispositivo di ripresa e resilienza.

Finalità per la quale si preannuncia una capillare e “sistematica opera di abrogazione e modifica di norme anticoncorrenziali”, comprendente “la rimozione di molte barriere all’entrata dei mercati” e la modifica “in senso pro-concorrenziale” dei “regimi concessori”. Tutto questo si tiene alla luce di un assioma che il PNRR si cura di esplicitare: la promozione della concorrenza e l’efficienza “possono anche contribuire a una maggiore giustizia sociale”. Assioma di chiara matrice neoliberale, che indica la volontà di ridurre l’inclusione sociale all’inclusione nel mercato, di concepire la tutela del cittadino come tutela del consumatore³⁵.

5. Riforma amministrativa nel PNRR e modello neoliberale

Osserviamo ancora più in profondità la problematica amministrativa e proviamo a trovare qualche conferma alla prospettiva sopra abbozzata.

Nel PNRR si legge, nella parte dedicata al “Miglioramento dell’efficacia e della qualità della regolazione”, che assumono rilievo prioritario, fra l’altro, le misure relative all’applicazione «in via sperimentale e progressiva, dei risultati provenienti dalle scienze cognitive e dalla economia comportamentale applicata alla regolazione».

Si tocca qui il tema delle modalità di reclutamento del personale e dei saperi delle p.a.³⁶. È stato detto che il principale punto di incontro tra sapere giuridico e sapere economico si ha oggi in quella prospettiva che

³⁴ L. DE LUCIA, ‘Pastorato’ e ‘disciplinamento’ nella governance economica europea. *Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, cit.

³⁵ Su tale torsione v. già R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in www.forumcostituzionale.it.

³⁶ Cfr. Annuario Aipda 2019, *Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*, Napoli, 2020.

porta a superare la tradizionale «sottovalutazione dell'esigenza di acquisire conoscenze utili all'architettura di un sistema coerente di incentivi, capace di guidare decisori pubblici e privati sovente stretti dalla morsa dell'incertezza», che ha «contribuito a determinare l'impasse in cui versano la disciplina e la pratica della contrattazione pubblica, nel nostro Paese»³⁷.

Peraltro, l'invocazione di un metodo economico/giuridico sempre più correlato implica proprio l'idea – ancora ordoliberal – che non esista una vera alternativa fra Stato e mercato³⁸.

Evidentemente anche il cd. *nudge* (“spinta gentile”) ha spazio in questa prospettiva di riforma discendente dal Next Generation UE.

Intanto perché c'è uno stretto collegamento tra la regolazione che supera il modello del *command and control* e il tema dei saperi. Con ricadute anche sul piano organizzativo: si pensi all'invocata rifondazione del Dipartimento per gli affari giuridico-legislativi (Dagl) della Presidenza, l'integrazione delle sue competenze con economisti e linguisti³⁹.

Poi perché al centro della scena si inizia a collocare la transizione ecologica e digitale, e su questo profilo appare a molti fondamentale non solo la leva giuridica, ma anche, in una prospettiva sistemica e integrata, quella dell'analisi dei comportamenti umani tramite *nudge*⁴⁰. Non è un caso che il giurista inizi ad esaminare in modo non sporadico il tema del *nudge*⁴¹.

Si osserva che il potere governamentale non si esercita attraverso la predisposizione di regole 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

³⁷ M. CAFAGNO, *Risorse decisionale e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*, cit., 55, cui si rinvia anche per l'ampia letteratura giuridico-economica, soprattutto straniera.

³⁸ L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, 2016, 21-22.

³⁹ G. NAPOLITANO, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 147.

⁴⁰ F. FRACCHIA, F. GOISIS, M. OCCHIENA, M. ALLENA, P. PANTALONE, *La transizione amministrativa*, cit., 2.

⁴¹ Cfr. A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021, che, dopo una efficace esposizione delle tesi di Thaler e Sunstein, tocca subito una questione particolarmente cruciale ai nostri fini, e cioè la calibratura in ottica giuridica di tali tesi, enfatizzando i contatti di esse con un'idea di esercizio del potere amministrativo in senso sostanziale piuttosto che formale, e quindi con il particolare rilievo svolto dal principio di effettività nell'ambito del preconizzato transito dall'amministrazione per atti a quella per risultati.

più tradizionali schemi di potere normativo e disciplinare. 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»⁴².

Il discorso sul *nudge*, peraltro, appare come un capitolo più recente di quella che è un'attenzione non nuova anche nella nostra dottrina per l'*Economic Analysis of Law* (EAL).

I due cardini del pensiero neoliberale possono essere infatti sintetizzati, da una parte, nello spostamento dell'attenzione dal mercato nel suo complesso alle singole transazioni, e, dall'altra, nell'idea che il risultato ottimale da perseguire coincida con la stipulazione del maggior numero possibile di transazioni massimizzanti. Vi è una stretta connessione tra queste impostazioni complessive e il livello teorico dell'EAL. La diffusione di questo orientamento spiega tra l'altro la già segnalata sensazione di progressiva frammentazione dell'ordinamento e il moltiplicarsi di discipline sempre più speciali⁴³.

Del resto a evocare il modello dell'economia sociale di mercato è lo stesso Ministro della P.A. che sta avviando la gestione dei cospicui fondi europei e che sarà per primo chiamato a formulare la riforma dell'amministrazione. Questi, nel rivendicare la persistente bontà del modello forgiato originariamente dalla Scuola di Friburgo, ne loda l'estrema flessibilità, e i legami con l'economia aperta e la riduzione delle barriere commerciali, tariffarie e non tariffarie, la centralità della concorrenza tra imprese e ordinamenti, delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni: «Insomma, più mercato e migliori, nonché stabili, regole. Senza, per altro, rinunciare alla presenza di uno stato, che non invada spazi riservati al mercato, ma che con questo sappia interagire»⁴⁴.

Il rischio che si prefigura è che, come avvenne circa dieci anni fa, tali formule evocino il fenomeno che negli ordinamenti continentali ha assunto le forme del neo-weberismo, ovvero della burocrazia liberale connotata da afflato economicistico⁴⁵. Peraltro, oggi la dimensione sociale dell'ordoliberalismo è in larga misura evaporata; è rimasta l'ossessione del

⁴² A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 95.

⁴³ F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., 776.

⁴⁴ R. BRUNETTA, *E' ora di azzerare i dogmi*, in *Il Foglio*, 5 luglio 2021, reperibile pure sul sito istituzionale del Ministero per la pubblica amministrazione.

⁴⁵ R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, cit., 349.

continuo intervento normativo per rendere ottimale il mercato concorrenziale. I critici di tale curvatura considerano la rifeudalizzazione oggi il «problema cruciale», accentuato dal fatto che la soluzione neolibera, nelle sue diverse varianti, risulta profondamente in crisi, se non addirittura del tutto fallita⁴⁶.

6. Alcune conclusioni perplesse

Non sembra esserci una visione diversa da parte della scienza amministrativistica italiana rispetto al modello neoliberale ed alle sue ricadute in punto di diritto. O, comunque, tale visione appare nettamente minoritaria.

La percezione che si ha è che nella scienza del diritto pubblico italiana, e non solo, vi sia una profonda faglia, che corre tra i costituzionalisti, più attenti a guardare (spesso sterilmente) con l'occhio dei diritti fondamentali le derive del neoliberalismo e l'annosa crisi del welfarismo, e gli amministrativisti, che interpretano per lo più il loro ruolo in termini di avalutativo avallo delle politiche pubbliche dominanti.

In tale assetto il PNRR viene analizzato secondo schemi – pur ineccepibili – che individuano le criticità del sistema nella instabilità delle decisioni e nei troppi controlli preventivi⁴⁷, nella frammentazione dei livelli di governo, nella mancanza di spazi di discrezionalità e nella sistematica violazione del *gold plating*, in una malintesa estensione del regime del diritto privato alle amministrazioni, che invece di consentire un recupero in termini di efficienza, ha determinato vincoli ulteriori all'azione amministrativa⁴⁸.

Talora però si trascura che nel progressivo allentamento dei classici rapporti tra diritto e politica, e nel contrapposto legame tra diritto ed economia, il diritto è divenuto sempre più strumento egemone di controllo sociale⁴⁹. Si pensi alla dibattutissima questione della digitalizzazione dell'amministrazione⁵⁰, che rischia di far passare in

⁴⁶ M. DE CAROLIS, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, cit., *passim*; C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, cit., 25.

⁴⁷ L. TORCHIA, *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, in *Forum Next Generation UE*, 1 aprile 2021, www.aipda.it.

⁴⁸ Si v. le indagini consultabili sul sito www.irpa.eu.

⁴⁹ A. SOMMA, *La geografia dei corpi politici. Classificazioni e genealogie tra diritto privato comparato, diritto pubblico comparato e ortodossia neoliberale*, cit., 1231.

⁵⁰ A onor del vero, proprio il sito menzionato alla nota 48 contiene un informato *Osservatorio sullo Stato digitale*, anche con attenti contributi e recensioni critiche.

secondo piano il tema della sorveglianza digitale e dei grandi poteri privati, oppure la tanto decantata regolazione *soft*, che sperimenta oggi inedite manifestazioni, come il già indicato *nudge*, talora declinato nelle innovative forme della *gamification*⁵¹ e del *social scoring*⁵² nelle politiche pubbliche.

Il *nudge*, in particolare, finisce per essere, in tale schema, il dispositivo attualizzato di questo potere, che è tanto flessibile, fluttuante e mutevole quanto 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 convergenza⁵³. Del resto, che la forma dell'amministrazione precauzionale, sempre più normalizzata e a regime, debba essere per definizione flessibile, riflessiva⁵⁴ e adattativa, è acquisizione ormai sedimentata⁵⁵.

Ovviamente l'occhio del ciclone resta l'ordinamento europeo, e non è un caso se proprio in un discorso generale relativo alla scienza giuridica un nostro valoroso amministrativista abbia tentato di scalfire tale sedimentato assetto⁵⁶.

Solo con queste consapevolezza il giurista potrà inquadrare lo scenario di rinnovata "Grande Trasformazione"⁵⁷ postfordista che stiamo attraversando; non già per opporre veti preconcepiuti e ideologici, ma per comprendere che il concetto stesso di governamentalità pone al centro dell'orizzonte culturale proprio il giurista con la sua cultura dei diritti e delle libertà, in quanto "tagliare la testa al re", per dirla ancora con

⁵¹ G. SGUEO, *Punteggi, classifiche, premi: è possibile «giocare» con le politiche pubbliche?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 591 ss.

⁵² G. SCIASCIA, *Reputazione e potere: il social scoring tra distopia e realtà*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 317 ss.

⁵³ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, 296, con vari riferimenti al rapporto fra governamentalità neoliberale in Foucault e *nudge*. Cfr. pure M. BRIGAGLIA, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, cit., spec. 285 ss.

⁵⁴ A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, spec. 155 ss.

⁵⁵ Cfr., da ultimo, E. FREDIANI, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, in *Dir. amm.*, 2021, 137 ss.

⁵⁶ A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, cit.

⁵⁷ K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, 2000.

Foucault⁵⁸, non significa anomia, ma persistenza di meccanismi di potere e controllo sempre più diffusi⁵⁹.

⁵⁸ *Intervista a M. Foucault*, in ID., *Microfisica del potere*, Torino, 1977, 15.

⁵⁹ Come attesta la sfida della digitalizzazione, al centro del PNRR per l'efficientamento amministrativo, ma al contempo connotata dal potenziale risvolto neo-autoritario del neoliberalismo panottico e della sorveglianza. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.