



# *Costituzionalismo.it*

Fascicolo 3 | 2025

*Potentia e potestas*  
tra ordinamento civilistico  
e ordinamento costituzionale:  
per una riflessione  
intorno ai modelli contrattualistici

di Alberto Lucarelli

EDITORIALE SCIENTIFICA

*POTENTIA E POTESTAS*  
TRA ORDINAMENTO CIVILISTICO  
E ORDINAMENTO COSTITUZIONALE:  
PER UNA RIFLESSIONE  
INTORNO AI MODELLI CONTRATTUALISTICI

*di Alberto Lucarelli*

Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

«Il bene dello Stato è la sola causa di questa produzione».

G. Filangieri, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano  
che riguarda la riforma dell'Amministrazione della Giustizia*, Napoli, 1774

SOMMARIO: 1. LE PREMESSE DI UN RAGIONAMENTO CHE NON PERDE LA SUA ATTUALITÀ; 2. PRIMI ESEMPI DI CEDIMENTO DEL CONTRATTUALISMO SOCIALE E DICOTOMIE CONVERGENTI TRA *POTENTIA* E *POTESTAS*: LA COMUNITÀ REALE E LA LEGGE DI INIZIATIVA POPOLARE: 2.1. COMUNITÀ REALE, TECNICA E COMMISSIONE RODOTÀ; 3. LE ASIMMETRIE DEI REGIMI GIURIDICI ALL'INTERNO DELLE MEDESIME CATEGORIE: TRA INDIVIDUALITÀ E COLLETTIVITÀ; 4. LA CENTRALITÀ DELLA DIMENSIONE ISTITUENTE; 5. EFFETTI DELLA *POTESTAS* SULLE CATEGORIE COSTITUZIONALI: LA CESURA CON L'IMPRONTA CODICISTICA; 6. PRASSI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATE, LA COMMISSIONE RODOTÀ E PROCESSI DI FRUSTRAZIONE DELLA *POTENTIA*; 7. CEDEVOLEZZA DEI CANONI INTERPRETATIVI; 8. ANCORA SUI CANONI ERMENEUTICI NEL PROCESSO EVOLUTIVO DELLA FORMA DI STATO; 9. DALLA LOTTA PER GLI INTERESSI ALLA LOTTA PER I DIRITTI; 10. IL MODELLO CONTRATTUALISTICO TRA REGIME CODICISTICO E REGIME COSTITUZIONALE: IN ORDINE ALLO STATUTO GIURIDICO DEI BENI PUBBLICI; 11. ANCORA SULLE TENSIONI E DICOTOMIE TRA I DUE IMPIANTI NORMATIVI; 12. FONDAMENTO E FUNZIONALITÀ DELLA *POTENTIA*; 13. LA *POTENTIA* ALLA BASE DELLE TENSIONI TRA PENSIERO ISTITUENTE E PENSIERO ISTITUITO; 14. LA *POTENTIA* ANTIGIURIDICA E IL RUOLO DELLA *MULTITUDO*; 15. INCERTEZZA E ORDINE COSTITUITO; 16. OLTRE LE INTERPRETAZIONI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATE: LE PRASSI.

## **1. Le premesse di un ragionamento che non perde la sua attualità**

Il saggio parte da un tema a me molto caro quello dei beni pubblici

e della proprietà pubblica, affrontato in relazione alle dinamiche della forma di Stato, ed in senso più ampio, rispetto all'effettivo funzionamento della democrazia. Da anni mi interrogo sul disallineamento del regime codicistico dei beni pubblici, rispetto alla forma di Stato repubblicana ed al regime costituzionale della proprietà pubblica. Ma questo tema rappresenta soltanto il pretesto fattuale, concettuale e normativo per affrontare argomenti di portata più ampia che proverò a scandagliare. Resto, tuttavia, ben consapevole che determinati ragionamenti (direi forse intuizioni, funzionali alle mie riflessioni) meriterebbero ben altri approfondimenti.

Mi spiego meglio: il saggio ha origine dall'analisi del tentativo di riforma dello statuto codicistico dei beni pubblici, attraverso il lavoro della c.d. Commissione Rodotà<sup>1</sup> per ragionare intorno ad una serie di dicotomie che ruotano intorno alle grandi categorie delle scienze sociali e giuridiche e che incidono sulle nostre istituzioni.

In estrema sintesi, provo a ricondurre la titolarità, il governo e la gestione della proprietà pubblica, dei beni pubblici, nelle dicotomie della *potentia versus la potestas*, del pensiero istituyente *versus* il pensiero istituito e, quindi, alla complessità dei rapporti tra comunità e istituzioni. Queste tensioni, all'interno della forma di Stato repubblicana, saranno esaminate cercando di evidenziare alcune criticità di funzionamento del contrattualismo sociale<sup>2</sup>, in relazione all'effettivo e inclusivo funzionamento delle istituzioni, proprie della democrazia della rappresentanza. Molto si basa su un rapporto di fiducia, la quale,

---

<sup>1</sup> La Commissione Rodotà, istituita nel 2007 presso il Ministero della Giustizia e presieduta da Stefano Rodotà, fu incaricata di predisporre una legge delega per riformare la disciplina codicistica dei beni pubblici, ritenuta ormai obsoleta rispetto alle trasformazioni sociali. Il lavoro della Commissione si fondò su una scelta innovativa: abbandonare la rigida distinzione formale tra demanio e patrimonio, per costruire una classificazione sostanziale dei beni, legata alle loro utilità e radicata nei principi costituzionali. In particolare, venne introdotta la categoria dei beni comuni, comprendente risorse naturali e culturali la cui fruizione collettiva è essenziale per l'esercizio dei diritti fondamentali e che devono essere tutelati in una prospettiva intergenerazionale. Invece, i beni pubblici vennero suddivisi in tre tipologie: beni ad appartenenza necessaria, inalienabili e destinati a interessi generali fondamentali; beni pubblici sociali, vincolati a garantire diritti civili e sociali, beni pubblici fruttiferi, suscettibili di valorizzazione economica ma con limiti alle dismissioni. L'obiettivo era razionalizzare il quadro normativo, superando logiche meramente dominicali e riaffermando la centralità dell'interesse collettivo.

<sup>2</sup> Per una critica del contrattualismo alla luce delle vicende contemporanee e moderne A. BURGIO, *Per un lessico critico del contrattualismo moderno*, Napoli, 2006.

una volta tradita, non consente alle istanze sociali, di essere veicolate nei normali ranghi istituzionali. Questi ultimi assumono, invece, sempre più le fattezze di una *fictio*. È proprio nei gangli della complessità e della «finzione delegante» delle istituzioni rappresentative<sup>3</sup> che s'inserisce il conflitto, quale motore energetico che la comunità<sup>4</sup> è pronta a mettere a disposizione del potere istituito. Così come è pronta, allo stesso tempo, a spostarlo in altri luoghi di consapevolezza e di dissenso. Soprattutto, quando la vitalità del processo energetico dal basso<sup>5</sup>, in tutta la sua consapevolezza, coglie il fallace e finto atteggiarsi delle istituzioni. Il conflitto ha bisogno di distanza, ma che non significa rinunciare alla costante pressione sugli organi che determinano e attuano l'indirizzo politico. Le energie selvagge della *potentia* riconoscono, e ovviamente valutano le istituzioni, ma in particolare non temono di contribuire alla determinazione ed attuazione dell'indirizzo politico. Questo processo può avvenire in vari modi e fasi, purché conservi in sé la consapevolezza di essere permanente forza conflittuale. Insomma, non vi è il disconoscimento delle istituzioni e della rappresentanza, ma piuttosto la volontà dei cittadini, in particolare dei movimenti e delle associazioni, di essere parte attiva del contratto sociale e, all'interno delle dinamiche del contratto sociale, attraverso gli strumenti della tradizione e dell'ordinamento, pronti ad incidere su principi e regole.

## 2. Primi esempi di cedimento del contrattualismo sociale e dicotomie convergenti tra *potentia* e *potestas*: la comunità reale e la legge di iniziativa popolare

Una parte del Codice civile del 1942, tuttora vigente, risulta oggettivamente stridente e non allineata all'ordinamento costituzionale: il riferimento è a quella relativa ai beni pubblici e al demanio<sup>6</sup>. A diffe-

---

<sup>3</sup> Ormai vittime di un divario destrutturante tra rappresentante e rappresentato M. DELLA MORTE, *La difficile ricostruzione di un lessico rappresentativo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017, Parte III, pp. 103 ss.

<sup>4</sup> Sul concetto di rappresentanza e discriminazione J.M. BUCHANAN, *Stato, mercato e libertà*, Bologna, 1981, pp. 281 ss.

<sup>5</sup> A. ALGOSTINO, *La partecipazione dal basso: movimenti sociali e conflitti*, in *Quaderni di teoria sociale*, n. 1/2021, pp. 61 ss.

<sup>6</sup> A. LUCARELLI, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un'occasione perduta?*, in *Rassegna*

renza di altri ordinamenti<sup>7</sup>, che dedicano alla categoria della proprietà pubblica, fonti di regolazione adeguate e specifiche, ad esempio raccolte in Codici dei beni pubblici<sup>8</sup>, il Codice civile del '42, con un approccio tipico della tradizione e della cultura giusprivatista, inserisce la fenomenologia e la relativa regolazione dei beni pubblici nella parte attinente alla proprietà privata<sup>9</sup>. Come vedremo nel corso dell'indagine, evidente è l'approccio estrattivo, individualistico e non solidaristico di tali disposizioni, la visione liberale che costruisce intorno all'individuo e ai suoi rapporti con il bene privato uno dei caposaldi della forma di Stato. Nel regime codicistico, i beni pubblici, anche le risorse naturali esauribili, comprese le risorse idriche, sono percepite come beni da sfruttare. La visione antropocentrica è dominante<sup>10</sup>.

Ora, al di là dell'individuazione e della definizione del bene og-

---

*di Diritto Pubblico Europeo*, n. 2/2007, pp. 11-22; M.C. GIRARDI, *La proprietà pubblica. Percorsi costituzionali nell'evoluzione della forma di Stato*, Napoli, 2023, *passim*.

<sup>7</sup> G. DELLA CANANEA, *Dalla proprietà pubblica alle proprietà pubbliche*, in *Aedon*, n. 3/2024; S. GRECU, A. PETTINI, *Una nota sulle definizioni di proprietà pubblica*, in *Economia e politica*, 26 settembre 2019.

<sup>8</sup> Per avere un quadro chiaro e onnicomprensivo sulle diverse discipline della proprietà pubblica, anche comparate con l'esperienza italiana, esaurientemente si rimanda nel suo intero ad AA.VV., *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010.

<sup>9</sup> L. NIVARRA, *L'introduzione alla problematica della «proprietà» nel quadro delle riletture costituzionali del diritto di proprietà*, in *Jus civile*, n. 2/2021.

<sup>10</sup> È evidente che l'economia del lavoro non consenta una riflessione compiuta sull'insorgere e sull'influenza del diritto romano nell'Europa a cavallo tra il XIX secolo e il XX secolo, tuttavia, in merito ai valori codicistici post-rivoluzionari, e alla loro influenza sulle codificazioni in Italia post-unitaria, qualche considerazione va fatta. I nuovi rapporti di forza all'interno della società in Francia concentrano l'asse istituzionale, economico e sociale intorno al rapporto libertà-proprietà. Portalis artefice della prima codificazione francese post-rivoluzionaria è, come sottolinea L. CAPOGRASSI COLOGNESI, *Le vie del diritto romano*, Bologna, 2023, pp. 232 ss. molto chiaro: «... nel suo *Discours préliminaire* indica nel diritto di proprietà l'asse portante dell'intera struttura del *Code*, premurandosi di dissociarlo dai diritti dell'uomo, ormai lasciati in ombra nel quadro politico dell'Impero, e fondandolo sulla forza della legge e la sovranità dello Stato». E difatti, come continua l'A. (p. 233), l'interpretazione fortemente individualistica del modello romano della proprietà era funzionale alle trasformazioni che i primi sviluppi capitalistici stavano ingenerando. È evidente l'impianto estrattivo, nazionalistico e capitalistico che dopo gli splendori della fine del XX secolo avrebbero poi portato l'Europa a due guerre di portata mondiale a poco più di venti anni di distanza l'una dall'altra. Un impianto che con grande raffinatezza e determinazione von Savigny sviluppò elaborando la nozione di Stato prima della persona, come chiave di volta dell'intero ordine sociale.

getto della regolazione (il bene pubblico) che, di per sé, lì collocato, emerge distonico, quello che tengo ad evidenziare è l'approccio metodologico. La visione dominicale, tipica del regime privatistico della proprietà, che ruota, in termini assolutistici ed escludenti, intorno al rapporto tra *dominus* e bene, collocando sullo sfondo sia l'*imperium* (inteso quale organizzazione della *potestas*) che i cittadini, si *trascina* anche nella dimensione pubblicistica della proprietà, dei beni pubblici, del demanio, che tendono, in quest'ottica, ad essere percepiti quali beni a disposizione assoluta del proprietario pubblico (e molto spesso, di riflesso, anche del concessionario privato che lo sfrutta, eludendo così le molteplici esigenze delle comunità)<sup>11</sup>.

Lo statuto codicistico della proprietà pubblica, con la sopravvenuta Carta costituzionale, non regge più e diviene insostenibile. La lettura sistemica dell'art. 42 Cost., seppur marginalmente, pone il fondamento giuridico costituzionale della proprietà pubblica, rendendo lo statuto civilistico della proprietà del tutto disallineato dai principi fondativi costituzionali.

Soprattutto, il passaggio dallo Stato-persona allo Stato-comunità e l'applicazione di principi quali la sovranità popolare<sup>12</sup>, la solidarietà, l'eguaglianza, il pluralismo mutano il rapporto in merito al regime dei beni pubblici; dal ruolo dominante dello Stato sui beni, si passa alla centralità dei diritti da soddisfare attraverso il godimento sostenibile di quegli stessi beni.

In sostanza, la proprietà pubblica, da che era totalmente servente alla *potestas*, allo Stato persona, che ne affermava una visione individualistica ed estrattiva, progressivamente spostata (o meglio avrebbe dovuto spostare) il suo asse d'azione sulla garanzia effettiva dei diritti dei cittadini, attraverso il godimento e la fruibilità di beni pubblici.

La Costituzione pone completamente *fuori asse* il regime codicistico della proprietà pubblica. Eppure, l'assenza, o meglio la debolezza,

---

<sup>11</sup> Sia consentito il rimando A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2014; ID, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, in *Nomos*, n. 2/2017; ID, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013.

<sup>12</sup> Che in alcune teorie del primo costituzionalismo veniva comunque depotenziata dei suoi elementi cardine al fine di sottrarre quote di sovranità al popolo per creare soggetti ulteriori di tipo politico che di quella sovranità fossero invece titolari. Ad esempio, J. ADAMS, *Rivoluzioni e Costituzioni*, trad.it. a cura di F. Mioni, Napoli, 1997, pp. 23 ss.

di una forza dal basso che ne evidenziassero le contraddizioni non riesce ad incidere su un cambio di legislazione, su una inversione di rotta.

Anche la giurisprudenza, seppur in maniera non sempre omogenea<sup>13</sup>, sembra *accomodarsi* in questa direzione. Le contraddizioni di questa postura giuridica, legislativa, politico-istituzionale e giurisprudenziale cominciano ad emergere soltanto quando si avviano, con un certo vigore, negli anni Novanta i processi di privatizzazione.

L'utilizzo sempre più frequente della vendita dei beni pubblici, quale strumento di natura finanziaria, per il ripianamento del debito pubblico delle istituzioni comincia a generare una reazione. *Assets* pubblici sono sempre più frequentemente, a volte anche con un semplice atto amministrativo, privatizzati e trasformati in società per azioni<sup>14</sup>. Il tutto avviene quando il debito pubblico era decisamente più contenuto di quello attuale, a dimostrazione che tale processo non determinò un alleggerimento sostanziale della spesa pubblica, anzi!

In particolare, i processi di privatizzazione dei monopoli naturali, che poco avevano in comune con la regola della concorrenza, orientati in prevalenza a creare rendite di posizione e di profitti per i privati, cominciavano a generare forti sacche di reazione e contestazione. Il peggioramento del servizio, l'aumento dei costi contribuiva concretamente a far comprendere ai cittadini come determinate scelte politiche potessero determinare un *vulnus* alla qualità della vita delle persone<sup>15</sup>.

Anche sul piano di governo più prossimo ai cittadini si realizza

<sup>13</sup> Su tutte Cass., SS.UU., 16 febbraio 2011, n. 3811; per la Corte costituzionale, attraverso significati indiretti e sparsi cfr. sentt. n. 3 e n. 4 del 1976; n. 1028 del 1988, n. 251 del 1983; n. 64 del 1963; n. 5 del 1980; n. 348 del 2007.

<sup>14</sup> Evidenti, in questi termini, i processi di trasformazione e successiva privatizzazione di grandi enti pubblici economici: dall'ENEL all'ENI, divenuti società per azioni, passando per Ferrovie dello Stato, Poste Italiane e Telecom Italia, progressivamente trasformate in S.p.A. e poi aperte al capitale privato. Particolarmente significativa, inoltre, la vicenda di Autostrade per l'Italia e quella delle gestioni idriche locali, spesso conferite in società di capitali a partecipazione pubblica o mista. Questi casi dimostrano come la logica della dismissione patrimoniale, anche tramite conversione in società aperte ai privati, sia stata utilizzata quale strumento di finanza pubblica contingente, senza tuttavia produrre un effettivo contenimento strutturale del debito.

<sup>15</sup> Secondo le rilevazioni di *Cittadinanzattiva* e di *altri centri di ricerca*, tra il 2011 e il 2023 la spesa media per il servizio idrico di una famiglia tipo è cresciuta di circa il 74%, a fronte di un'inflazione nello stesso periodo pari al 25,8%. Nel solo quadriennio 2019-2023, l'incremento medio nazionale è stato di circa il 17,7%, con punte superiori al 25% in città come Roma, mentre il dato medio del 2024 registra un ulteriore aumento del 4% rispetto al 2023. In termini assoluti, la bolletta annua di una famiglia

lo stesso effetto: le sdemanializzazioni diventano sempre più frequenti. Si istituisce una agenzia del demanio, con il compito di assegnare porzioni di beni pubblici normalmente non commerciabili ad enti di prossimità per fare cassa. La svendita del patrimonio collettivo, per esigenze economico-finanziarie, e di apparente utile hanno invece determinato un progressivo impoverimento della proprietà pubblica e, dunque, della garanzia della proprietà comune e dello sfruttamento in ottica collettiva dei beni pubblici, favorendo, in questo modo, interessi di parte e posizioni economiche di vantaggio, contravvenendo, di fatto, al principio di solidarietà e di uguaglianza sostanziale. È chiaro che, attraverso la vendita del patrimonio pubblico, certo non si favoriscono le classi meno abbienti, quanto, invece, le posizioni economiche più forti, facendo aggiudicare porzioni di proprietà statale a soggetti privati che hanno discrete o forti potenzialità economiche, utilizzate per scopi personali.

Quella più evidente e anche simbolicamente più efficace riguarda la lotta contro la privatizzazione dell'acqua ma, in senso più ampio, le *battaglie* a difesa dei beni comuni, sempre più minacciati dai profitti dei privati. Le reazioni più efficaci provengono dai cittadini che, una volta percepita la totale assenza da parte della rappresentanza, sono in grado di fermare, con *battaglie* locali, svariati processi di privatizzazione.

In particolare, movimenti, comitati, associazioni, si attivano nel 2006 per la raccolta delle firme per una legge di iniziativa popolare (presentata poi nel 2007), al fine di frenare la privatizzazione delle risorse idriche. La raccolta di firme, e all'epoca non vi era la possibilità della raccolta in via telematica, segnò un primo successo straordinario, in quanto il numero di firme raccolte in tutta Italia si attestò a 406.626 mila. Questa *potentia*<sup>16</sup>, questa massa critica, organizzata in così poco

---

di tre persone oscilla oggi tra i 180 – dei Comuni con gestione interamente pubblica e oltre 800 – in quelli affidati a gestori con rilevante presenza privata.

<sup>16</sup> Sembra forse superfluo specificare, sin dalle prime pagine di questo saggio, che questo esercizio collettivo e permanente in movimento di *potentia*, che rifugge qualsiasi forma di staticità, non pone valori di natura morale; non intende rompere con la tradizione a prescindere, anzi, come vedremo, attraverso le sue prassi collettive e costituzionalmente orientate talvolta cerca la tradizione umiliata e calpestata nei suoi principi fondativi di giustizia sociale. Questo per dire che questa espressione di *potentia*, che rappresenterà il *fil rouge* del nostro ragionamento non ha nulla in comune con la potenza della volontà di Nietzsche. Infatti, come è noto, *La volontà di potenza* nel filosofo tedesco si manifesta soprattutto nella morale del padrone, che valorizza



tempo, impattava su un Parlamento del tutto ignaro di cosa potesse significare mettere sul mercato l'acqua.

In questa fase, aveva inizio un ampio e spontaneo concetto di comunità militante, per dirla con Marx, di comunità reale che si contrappone a quella assuefatta e manipolata dai classici strumenti della partecipazione politica<sup>17</sup>. Si forma progressivamente una massa critica, ovviamente non omogenea, ma comunque ben distante dalla c.d. comunità apparente<sup>18</sup>, quel complesso di persone, totalmente immerse nel contratto sociale che li priva di qualsivoglia forma di capacità critica conflittuale.

La lotta che si sviluppa è una riproduzione della propria condizione di assoggettamento e di riconduzione alla propria classe di riferimento, ciascuna unita e contaminata da obiettivi comuni, reattivi a forme di *governance*, fondate sulla cultura estrattivistica dei beni comuni.

Con la comunità reale, il conflitto è posto al centro della sua azione, anzi potremmo dire, che si basa proprio sul conflitto per raggiungere e dare effettività a principi di natura costituzionale<sup>19</sup>. Quello che si viene a configurare, attraverso la comunità reale, è un tipo di relazione sociale risultante dalla consapevolezza dell'individuo di rompere i propri legami apparenti e di costruirne dei nuovi, che possano incidere sullo stato delle cose presente e, proprio per questo, reale. L'obiettivo è quello di affermare la propria autonomia e la propria soggettività politica, al di fuori degli schemi del contratto sociale, in relazione a questioni universali per uscire dall'imprigionamento del particolare. Quindi la comunità reale è soggetto politico, e la sua giuridicità la fa valere attraverso il conflitto incidendo sulla produzione giuridica sia di matrice legislativa che giudiziaria.

---

la forza, l'orgoglio, la nobiltà e la capacità di creare autonomamente i propri valori, in contrapposizione alla morale degli schiavi che predica l'umiltà, la bontà e la sottomissione. La *potentia* collettiva e dinamica, di cui discutiamo, non ha nulla in comune con l'autoaffermazione, per il superamento dei limiti e la creazione di nuovi valori, attraverso l'azione del superuomo.

<sup>17</sup> Rispetto alla figura di Marx e del Marxismo come militanza cfr. F. ENGELS, *Orazione funebre per Karl Marx*, pronunciata al cimitero di Highgate il 17 marzo 1883.

<sup>18</sup> K. MARX, F. ENGELS, *Opere complete*, trad.it. a cura di M. Montinari, Roma, 1973, *passim*.

<sup>19</sup> I. MASSA PINTO, *Effettività vs. diritto costituzionale positivo? Il singolare caso della sentenza Fiom/Fiat nell'affaire Pomigliano d'Arco*, in *Giurisprudenza Italiana*, Torino, 2012, p. 1453.

La tensione della *multitudo* nella legge di iniziativa popolare per difendere la gestione pubblica dell'acqua, si perdeva, però, nella *palude* della rappresentanza, ed infatti, quel testo non fu mai discusso<sup>20</sup>. Si concretizzò una totale dispersione di quella che per Machiavelli era una vera e propria forza dal basso<sup>21</sup>. Nel caso posto in evidenza, le comunità intermedie, quali i partiti politici<sup>22</sup>, *remarono contro*, e il potere istituito agì *girandosi dall'altra parte*. Il contratto sociale, seppur basandosi anche su istituti di democrazia diretta e partecipata in tal modo si dissolve, gli obblighi istituzionali vengono disattesi.

Totalmente preso dal modello contrattualistico, il potere istituito si distanzia da un nuovo modo di approcciare e governare la cosa comune, che poi trae le radici da lontano. Infatti, è proprio con Machiavelli che per la prima volta, dopo Aristotele ed Epicuro, il bene come il male vengono determinati non già in sé stessi, attraverso fattispecie astratte, ma nel concreto riferimento alla contraddittoria dialettica della prassi sociale<sup>23</sup>. Solo muovendosi dal basso, dall'esistente, dalle condizioni materiali, dalla realtà effettuale è possibile identificare tutti gli ostacoli che si frappongono all'ascesa dell'Uomo verso la costruzione di una sua città terrena più giusta e civile (d'altronde come indicato da Tommaso Campanella e Tommaso Moro), di uno Stato quale prima forma di benessere collettivo<sup>24</sup>. Oggi potremmo parlare di forme di rinnovamento del basso, oppure di vera e propria rifondazione del contratto sociale, basate su un estremo realismo e un radicale empirismo<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Il regolamento del Senato della Repubblica unicamente prevede, all'art. 74, comma 3, che i «competenti Commissioni debbono iniziare l'esame dei disegni di legge d'iniziativa popolare ad esse assegnati entro e non oltre un mese dal deferimento. È consentita l'audizione di un rappresentante dei proponenti designato dai primi dieci firmatari del disegno di legge. L'esame in Commissione deve essere concluso entro tre mesi dall'assegnazione. Decorso tale termine, il disegno di legge è iscritto d'ufficio nel calendario dei lavori dell'Assemblea. In tale caso, la discussione si svolge sul testo dei proponenti, senza che sia possibile avanzare questioni incidentali, fatto salvo quanto previsto all'articolo 93, comma 1, secondo periodo».

<sup>21</sup> A. DE SIMONE, *Machiavelli il conflitto e il potere. La persistenza del classico*, Milano, 2013.

<sup>22</sup> Intesi quali luoghi formali di rappresentanza, S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017.

<sup>23</sup> U. DOTTI, *Introduzione, Il Principe*, XXIX edizione, Milano, 2025, pp. 40-41.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>25</sup> B. SPINOZA, *Etica Trattato Teologico-politico*, trad. it. a cura di R. Cantoni e F. Fergnani, Milano, 2023, p. 39.

## 2.1. Comunità reale, tecnica e Commissione Rodotà

Parallelamente alla grande iniziativa politica e civica della legge di iniziativa popolare sull'acqua pubblica, si verificava un altro evento rilevante: l'istituzione nel 2007 della Commissione Rodotà, come ricordato *supra*, nata proprio con l'obiettivo dichiarato di allineare il regime della proprietà pubblica del 1942 con la Costituzione del 1948. Ma perché ricordare questo episodio e questo momento della storia? Perché ricordare, nell'*incipit* di questo articolo, un progetto quale quello della Commissione Rodotà che non riuscì neppure a trasformarsi in legge<sup>26</sup>? Come è noto il testo, elaborato da un complesso di tecnici ed esperti della materia, prevalentemente giuristi ed economisti, fu approvato dal Governo nella sua forma di disegno di legge delega, ma mai messo in discussione in Parlamento, frustrando ancora una volta le istanze maturate e formatesi dal basso.

In questo senso, Spinoza, in maniera esplicita, avrebbe parlato di abuso delle condizioni di funzionamento del contratto sociale tra la comunità e le istituzioni<sup>27</sup>, tale da generare una lotta legittima contro le esorbitanze del potere statale. Successivamente, anche forze politiche al governo, quali il M5S, che aveva originariamente raccolto consensi importanti proprio sui beni comuni, non espressero la concreta volontà politica di portare avanti quel progetto<sup>28</sup>. Quando lo Stato, depositario dell'autorità conferitagli dal patto sociale, diviene despotico o tiranno (il che significa anche ignorare i percorsi che provengono tra e dalle comunità) sorge la legittima facoltà di attivare processi di resistenza e di liberazione<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Le proposte elaborate dalla Commissione Rodotà, appunto, non hanno mai trovato attuazione legislativa: lo schema di disegno di legge delega predisposto nel 2008 non fu trasmesso alle Camere e, sebbene alcune iniziative parlamentari abbiano successivamente ripreso i contenuti della Commissione, nessuna riforma organica del Codice civile ha mai recepito le categorie da essa delineate.

<sup>27</sup> E. GIANCOTTI, *Studi su Hobbes e Spinoza*, Napoli, 1995, pp. 81 ss.

<sup>28</sup> Specie sull'acqua pubblica, che costituisce tuttora una delle simboliche 5 stelle dello stemma del Movimento. Nonostante la Presidenza della Camera fosse stata affidata a Roberto Fico, alcuna proposta di legge su questo ambito è stata discussa.

<sup>29</sup> L. LIMOCIA, *Disobbedienza civile a leggi ingiuste*, Napoli, 2021, p. 73, in merito riporta un passo di A. CAMUS, *L'uomo in rivolta*, trad.it., a cura di L. Magrini, Milano, 2002, pp. 25-26, molto significativo: «...l'uomo certo non si riassume nell'insurrezione. Ma la storia di oggi, con le sue contestazioni, ci costringe a dire che la ri-

Nessuno infatti potrà mai trasferire ad un altro ogni suo potere e di conseguenza ogni suo diritto, fino al punto di rinunciare alla propria qualità di uomo; né mai esisterà un potere sovrano capace di eseguire ogni cosa così come ad esso piace...mai gli uomini rinunceranno al loro diritto e mai trasferiranno ad altri ogni proprio potere al punto tale da non essere temuti da quelli stessi che avevano da loro ricevuto il loro diritto e il loro potere<sup>30</sup>.

Lo Stato non può prevaricare nelle sue funzioni senza perdere quel consenso morale e quel prestigio che lo sorreggono e lo legittimano<sup>31</sup>. Quindi non c'è, nell'azione della comunità reale una visione destrutturante della *institutio civitatis*, neppure performante, ma sicuramente capace di instaurare ponti virtuosi e non ostili, né indifferenti con le comunità. Nel caso della Commissione Rodotà un gruppo di tecnici aveva messo a disposizione di un progetto politico-ecologico la propria professionalità. Si veniva a creare un ponte importante tra il potere istituyente e il potere istituito. La dimensione è quella della tecnica servente ad un progetto, comunque di liberazione, pur nella sua complessità di relazioni.

L'idea di fondo, nell'ambito di un processo di liberazione, è che non ci sia un contratto in bianco e che, soprattutto, le parti contrattuali non siano squilibrate; è necessario che la *potentia*<sup>32</sup> della *multitudo* e

---

volta è una delle dimensioni essenziali dell'uomo. È la nostra realtà storica, dobbiamo trovare in essa i nostri valori...».

<sup>30</sup> B. SPINOZA, *Etica Trattato Teologico-Politico*, cit., pp. 662-663.

<sup>31</sup> Ivi, p. 51. I diritti naturali si identificano nella *potentia* della *multitudo*.

<sup>32</sup> Il concetto di *potentia*, al quale faremo spesso riferimento, e che anzi ci conduce nei ragionamenti come *fil rouge*, non può mancare quale base strutturale e funzionale dei rilevanti mutamenti degli scenari normativi e politico-istituzionali. Anche istituti quali i referendum, che dovrebbero esprimere una *potentia* originaria, non filtrata, una radicale manifestazione della volontà generale, se depotenziati della loro *potentia* ovvero incapaci di raccogliere l'animo più profondo dei conflitti sociali perdono di significato e di vigore, si trasformano in istituti oggetto di manipolazione da parte del pensiero istituito. Ne è esempio l'ultima *stagione* referendaria (giugno 2025), nella quale per i quesiti referendari sul lavoro, quindi sulla centralità dei diritti sociali, e sulla cittadinanza agli stranieri, quindi il cuore dei diritti civili, non è stato raggiunto il quorum necessario richiesto dalla Costituzione. È mancato il carburante della *potentia*, quale sintesi dei conflitti sociali. Sono stati intesi i referendum quali strumenti a disposizione della classe politica e sindacale istituzionale per un conflitto all'interno delle istituzioni. È mancata la *potentia*, ovvero quello che Deleuze...(*puissance*) distingue nettamente dal concetto di potere (*pouvoir*). La potenza, per Deleuze, è potenzialità, capacità di agire, forza di esistere, una forza creativa e vitale che è intrinseca alle cose e

la *potestas* della *institutio* si muovano costantemente su un piano di equilibrio, in merito ai rapporti di forza.

Rousseau ha scritto che «l'uomo è nato libero, ma ovunque è in catene». Il contratto sociale non intendeva spiegare perché gli Stati falliscono, ma in che modo la loro autorità è giustificata<sup>33</sup>. Rousseau offriva una semplice soluzione: la democrazia. La democrazia richiede che il contratto sociale sia radicato nella volontà generale, che elimini le disuguaglianze di benessere e potere, e che trasformi lo Stato da un mezzo di dominio a uno di emancipazione<sup>34</sup>. Tuttavia, resta un quesito centrale, senza la costituzione di dissenso e conflitto, quanto le istanze collettive riescono a radicarsi nella volontà generale, espressione della comunità reale, o piuttosto quanto diventino una sommatoria di interessi individuali e borghesi, scolpiti nella legge?

Da qui, proprio le critiche di Antonio Labriola<sup>35</sup> alla centralità dell'*amour-propre*, dal quale Rousseau fa dipendere la costituzione del contratto sociale, tendenza, propria del pensiero borghese, a guardare all'uomo in astratto, distaccato dalla comunità reale, ossia ai singoli individui emancipati e liberati, per virtù di astrazione logica, dai loro vincoli storici e di necessaria dipendenza sociale.

In questo modo, scrive Labriola, la società veniva ad essere considerata dai giusnaturalisti come nient'altro che la semplice somma di individui atomisticamente irrelati, le cui relazioni venivano governate e gestite dalla legge, astrattamente manifestazione della volontà generale. Struttura asettica e neutra delle forme di Stato liberal-democratiche, fondate sulle funzioni ideologiche borghesi della separazione dei poteri, del parlamentarismo della rappresentanza<sup>36</sup>, nonché della emanci-

---

ai corpi. Essa non è una qualità o una proprietà, ma una molteplicità in atto, un flusso dinamico di possibilità.

<sup>33</sup> L. YPI, *Luoghi non più comuni: «contratto sociale»*, in *il Manifesto*, 29 dicembre 2023, trad.it. a cura di Giovanna Branca, comparso in origine su *The New Statesman*.

<sup>34</sup> A. ALGOSTINO, *La democrazia costituzionale fra disseminazione del potere ed emancipazione: una via per non arrendersi al "contesto fosco"?*, in AA.VV., *Per un costituzionalismo esigente. Scritti in onore di Alfonso Di Giovine*, Milano, 2020, pp. 185 ss.

<sup>35</sup> A. LABRIOLA, *In memoria del Manifesto dei comunisti*, in ID., *Saggi sul materialismo storico*, Roma, 1964, p. 61.

<sup>36</sup> G. DELLA VOLPE, *Il problema della libertà egualitaria nello sviluppo della moderna democrazia: ossia il Rousseau vivo*, in ID., *Opere*, vol 6, edizione a cura di Ignazio Ambrogio, Roma, 1973, p. 222, sottolinea, in relazione al *Contrat social* di Rousseau, che le garanzie liberali elogiate da Bobbio come complesso di tecniche neutrali di governo democratico sarebbero infatti fondate su una separazione tra il

pazione individuale, che proprio in quanto individuale mostra in fase contrattuale tutti i suoi limiti.

In questi scenari, ma al di là delle finzioni della rappresentanza, secondo una visione *spinoziana*, la legge non è e non può essere onnipotente. Soprattutto, la *potestas* è limitata proprio dalla energia selvaggia della *multitudo*, custode nell'interesse dei singoli e della comunità<sup>37</sup>.

Questo processo permanente, per richiamare il Giordano Bruno del *Sigillus*<sup>38</sup>, deve essere finalizzato alla costituzione dell'intelletto, come principio universale e ispiratore della realtà, «...quale artefice in modi diversi e con differenti denominazioni, del circolo perenne di "ascenso" e di "descenso"»<sup>39</sup>; questo processo deve avere quale finalità la possibilità di una produzione giuridica condivisa e sospinta dal basso<sup>40</sup>, senza deleghe in bianco, ma soprattutto che dia la possibilità alla moltitudine di comprenderla. La rispondenza dell'agire sociale negli argini del contratto è anche un tema *vichiano*. È proprio Vico<sup>41</sup> che tiene a ricordare che la genesi della società non è nella razionalità del contratto. E la ragione deve essere in grado di determinare un proprio movimento in concomitanza con il modificarsi delle necessità e delle utilità. La ragione del pensiero istituito è proprio la capacità di non determinare cesure ed elisioni con gli impulsi anche violenti provenienti dalla società. Per cui, lo stesso contratto va relativizzato e compreso, anch'esso come risultato di processi storici. Proprio questa intuizio-

---

potere politico e la «società civile»; un concetto, quest'ultimo, teso a rappresentare la società come semplice insieme di individui, ma che per ciò stesso oscura i rapporti di classe sussistenti tra questi stessi individui. Anche se, come sottolinea Colletti, i due concetti centrali della teoria politica elaborata nel *Contratto*: il concetto di sovranità e la critica della rappresentanza parlamentare non parlerebbero di una cessione di sovranità, ma, nei toni più tenui, di un «mandato». Il governo agirebbe come semplice «commissario» del popolo, come suo «corpo intermediario, senza sostituirsi a questo come sovrano. La sovranità popolare inalienabile, comunicabile e indivisibile, non può essere rappresentata se non dalla *volonté générale* del popolo stesso». In merito, si veda L. COLLETTI, *Rousseau critico della 'società civile'*, in ID., *Ideologia e società*, Roma-Bari, 1969, p. 195.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>38</sup> In merito, si veda M. CILIBERTO, *Il sapiente furore. Vita di Giordano Bruno*, Milano, 2020, p. 252.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> S. LIETO, *Normazione sociale e ruolo del regolamento comunale per una produzione del diritto dal basso*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017.

<sup>41</sup> G.B. VICO, *La scienza nuova (1744)*, edizione a cura di P. Cristofolini, M. Sanna, Roma, 2013, *passim*.

ne, secondo parte della dottrina, avrebbe aperto le porte alla moderna scienza della società<sup>42</sup>.

### 3. Le asimmetrie dei regimi giuridici all'interno delle medesime categorie: tra individualità e collettività

Io sono convinto, rispetto ai temi che si vogliono affrontare in quest'articolo, che l'esperienza dei lavori svolti all'interno della Commissione Rodotà, costituisca un momento paradigmatico, che si snoda tra *rottture* metodologiche e contenuti, che evidenzia, in ordine ai beni pubblici (in senso più ampio in ordine alla proprietà, quale tema centrale nel rapporto autorità-libertà) la sostanziale asimmetria tra il Codice civile del 1942 rispetto alla Costituzione del 1948. Occorreva arrivare preparati alla Commissione Rodotà, altrimenti la tecnica in essa presente, avrebbe rischiato, come avvenne in taluni casi, di non comprendere il progetto politico di fondo, ma soprattutto di non avere la capacità di relazionarsi alle comunità reali, da anni in piena lotta. In Commissione Rodotà non c'era posto per l'apparente e ipocrita neutralità della *governance*.

Occorre una chiave di lettura prismatica, che si fonda sui processi evolutivi della forma di Stato<sup>43</sup>, che ci aiuti a mettere a fuoco i limiti del contratto sociale<sup>44</sup>, la differenza tra *potentia* e *potestas*, la dicotomia tra *istituente* e *istituito*.

Il *dominus* che modella l'*Imperium*, e non il contrario, ovvero che incide sulle dinamiche proprie della forma di Stato, in grado di determinare mutazioni genetiche anche della forma di governo, che agisce con estesa discrezionalità, secondo le proprie esigenze.

Nel regime codicistico si configura l'assoluta discrezionalità del proprietario pubblico sui propri beni, tale da modellare la stessa funzione sociale della proprietà pubblica o, comunque, da ridurla a for-

<sup>42</sup> In merito si veda N. BADALONI, *Introduzione, Sul vichiano diritto naturale delle genti*, in G. VICO, *Opere giuridiche. Il diritto universale*, Firenze, 1974, p. XLI. Su Vico e il diritto costituzionale, immancabile G. AZZARITI, *Vico e le forme di governo. una concezione materialistica della storia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018.

<sup>43</sup> M.C. GIRARDI, *La proprietà pubblica*, cit., *passim*.

<sup>44</sup> Che sono, in parte, i limiti della stessa democrazia rappresentativa pura G. AZZARITI, *A proposito di democrazia e i suoi limiti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017, Parte IV, pp. 1 ss.

male simulacro che si modella, subendo la materialità dell'indirizzo politico contingente<sup>45</sup>.

Il che può significare godimento escludente del proprietario o anche alienazione (concessione, vendita), nel totale distacco dalle esigenze della comunità. Un comportamento legittimo nella vigenza codicistica, incompatibile con la Costituzione, che tra funzione sociale, solidarietà, sovranità popolare pone al centro la comunità, ma soprattutto il suo diritto a realizzarsi anche attraverso il godimento, secondo canoni di eguaglianza sostanziale e giustizia sociale, dei beni pubblici. Il rapporto tra fruibilità, accessibilità, gratuità dei beni pubblici e dignità della persona rappresenta un filo rosso insostituibile.

Tuttavia, perdura questo atteggiamento del *Dominus* e questo regime proprietario assolutistico, tale da creare crepe nella forma di Stato della Costituzione del '48.

L'*institutio*, priva di una forte radicamento giuridico, nonché culturale, nella Carta costituzionale, continua ad avere un rapporto esclusivo e dominicale sui propri beni. La forza istitutiva è totalmente deprivata della sua vitalità, soggiace al dominio della rappresentanza e ai modelli classici di partecipazione, ruotanti intorno ai partiti politici<sup>46</sup>. Prova ne è stato sia l'affossamento dell'esito referendario del 2011, sia quello relativo allo schema di disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rodotà, approvato dal Governo e sotterrato in Parlamento.

In sostanza, durante la c.d. prima Repubblica, si è in presenza, da una parte di un modello incardinato nello Stato autorità, con una perdurante visione individualistica della proprietà, e dall'altra parte di un modello differente, consapevole della nuova forma di Stato basata sulla sovranità popolare, che prova a *democratizzare* i processi ma, in ogni caso, sfilando, ovvero non percependo la *potentia selvaggia* della *multitudo*. La dimensione individuale del Codice civile, rispetto ai beni pubblici, è cedevole rispetto alla dimensione collettiva nella vigenza della Carta costituzionale. Una cedevolezza, tuttavia, non così elevata al punto da porre al centro il ruolo e le funzioni della comunità.

In un dialogo interessante tra Danilo Zolo e Antonio Negri, pub-

---

<sup>45</sup> M.C. GIRARDI, *La funzione sociale nella proprietà pubblica. Comuni, attività regolamentare e diritto alla città*, in *Nomos*, 1/2020.

<sup>46</sup> Peraltro, degenerati rispetto al modello tradizionale C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, Parte II, pp. 211 ss.



blicato in *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* (ottobre 2022), ci s'interroga sul tema della soggettività, ovvero cosa significa *multitudo*, e aggiungo io, come possa essere messa in grado di realizzare anche attraverso il conflitto prassi costituzionalmente orientate.

Per Zolo, un concetto sfuggente, una evanescente sinopia del proletariato ottocentesco, la classe che Marx aveva elevato a demiurgo della storia. Per Negri, a differenza di popolo e di massa, la *multitudo* è una soggettività, appunto *selvaggia*, che non può trovare in nessun senso unità rappresentativa, perché l'obiettivo è quello di muoversi al di fuori delle finzioni<sup>47</sup> e, allo stesso tempo, non rientra, o comunque non è inglobata, nel capitalismo<sup>48</sup> della produzione.

Al contrario, le prassi costituzionalmente orientate possono essere poste in essere soltanto da *moltitudini di singolarità* non rappresentate, eppur, come si è detto, capaci d'incidere sull'indirizzo politico, magari soltanto attraverso il ricorso al conflitto ovvero alla democrazia del conflitto.

La *multitudo*, al di fuori da qualsivoglia tentativo di classificazione e perimetrazione, non cerca il contatto con la rappresentanza, ma neppure vuole la distruzione dello Stato; non intende in nessun momento cedere porzioni della sua sovranità. Anche in presenza del mito della volontà generale, si agisce secondo le proprie consapevolezze, selezionando, di volta in volta, i temi normalmente riconducibili, attraverso il conflitto, all'affermazione delle grandi battaglie ecologiche e di giustizia sociale e civile.

Una nuova categoria politica, con una propria dimensione giuridica non classificabile che, anche al di fuori delle finzioni e manipolazioni della democrazia diretta, non è disposta a separare società civile da società politica, a cedere sovranità, neppure sue porzioni: né a partiti politici, né a sindacati ed altri corpi intermedi, estranei al tessuto sociale di comunità. La *multitudo* del conflitto, segue i processi legislativi ed amministrativi, dal livello europeo a quello locale e, di volta in volta, si organizza con la sua selvaggia forza critica ed autorganizzata per

<sup>47</sup> L. NIVARRA, *Le parole del diritto: finzioni*, in *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 389 ss.

<sup>48</sup> Capitalismo che incide inevitabilmente sulla categoria della sovranità e sul suo modo di estrinsecarsi e rivolgersi ai consociati, oltre che sulla sua legittimazione. Cfr. M. HARDT, A. NEGRI, *Impero, il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, 2002, spec. pp. 303 ss.

incidere sulle decisioni politiche. La moltitudine, inoltre, nell'esercizio degli strumenti di conflitto per l'affermazione del proprio indirizzo politico autonomo, non disdegna il rapporto con l'autorità giudiziaria, quale entità di accertamento e garanzia dei diritti, calpestati dalle forze estrattivistiche ed antagoniste agli interessi diffusi.

In questi termini si ribalta il binomio agonismo/antagonismo, da sempre tradizionalmente inteso come agonismo politico della «buona politica» istituzionale contrapposto all'antagonismo sociale delle masse. Letto con gli occhi della moltitudine *spinoziana*, il binomio agonismo / antagonismo assume un altro sapore, un altro valore: antagonista non è più il popolo, ma la politica istituzionale che, attraverso l'affermazione di indirizzi politici o amministrativi non condivisi dalla volontà popolare, finisce per divenire portatore di una cattiva politica. Una politica, appunto, antagonista rispetto agli interessi diffusi e collettivi e, dunque, antagonista rispetto all'interesse pubblico prevalente che, invece, incarnato nelle rivendicazioni della *multitudo*, porta quest'ultima ad interpretare il vero ruolo di agonista politico: la *multitudo* ha a cuore il benessere della *polis*.

Certo non vuole qui assumersi che sempre ed in ogni caso ogni rivendicazione della moltitudine debba essere necessariamente buona e, dunque, depotenziare il senso dei limiti al potere popolare e della struttura democratica rappresentativa. Limiti formalizzati nella nota formulazione di cui al II c. dell'art. 1 della Costituzione e di cui la storia ci dà conto. Ciò che invece si vuole affermare è il riconoscimento di una nuova auto-rappresentanza, sganciata dal canale rappresentativo istituzionale<sup>49</sup>. Una rappresentanza dinamica, produttrice di diritto<sup>50</sup>, autorganizzata, che si muove nel contratto sociale, pur rimanendo fuori da una logica di prevalenza di una parte su di un'altra. Non si vogliono giustificare, in queste righe, ricorsi massivi alla volontà popolare o, peggio, al «sano sentimento popolare». Tutt'altro, si vuole descrivere come auto-organizzazioni spontanee, non classificabili, prodotte e legittimate dal basso, possano, pur se non formalmente contemplate nell'ordinamento e nell'equilibrio dei poteri dello Stato, incidere, in-

<sup>49</sup> Siamo, in questa fase, oltre il concetto di democrazia partecipativa o deliberativa intesa in senso classico M. DELLA MORTE, *Democrazia partecipativa e democrazia deliberativa: due nozioni a confronto*, in *Annali dell'Università del Molise*, n. 12/2011.

<sup>50</sup> Anche attraverso il suo uso alternativo L. NIVARRA, *L'uso alternativo del diritto tra passato e presente*, in AA.Vv., *L'uso alternativo del diritto: un confronto di prospettive critiche*, Napoli, 2024, pp. 337 ss.

vece, su questi ultimi e condizionare la forma di governo o, meglio, il circuito politico ad ogni suo livello.

Dunque, queste soggettività sul profilo dell'agire e delle prassi, ma non disdegnando l'analisi, pongono la loro agenda politica, acquisendo un loro specifico ruolo nel *comune*, piuttosto che nel pensiero istituito del pubblico e/o privato.

Ma questo è possibile comprenderlo soltanto seguendo i militanti dei movimenti globali, la loro azione, entrando in sintonia con le loro esigenze, tese soprattutto ad uscire da un unico ordine politico<sup>51</sup>.

Da questo rapporto dialettico, che tende ad inglobare, a normalizzare, si risponde con la resistenza e si esce attraverso atti di resistenza che incrociano il pensiero istituito: la *potestas*. I costi sono alti, dal punto di vista materiale e immateriale, ma l'unica modalità per non cedere sovranità è un irriducibile movimento dei corpi e delle menti, costante, determinato, antagonista, nulla di rassicurante che possa trovare giustificazioni nelle elaborazioni di Rawls<sup>52</sup> e Habermas<sup>53</sup>, non sufficienti ad uscire dalla gabbia d'acciaio<sup>54</sup>.

Deleuze inserisce Foucault in una linea che va da *Storia e coscienza di classe* di György Lukács a *Operai e capitale* di Mario Tronti<sup>55</sup>. Questi libri sono i capisaldi del pensiero materialistico dell'immanenza basato sull'idea che la soggettivazione sia irriducibile alla totalizzazione del potere. Inizia quando spezza il circolo dialettico del potere (legalità e repressione) e il modo in cui questo potere inventa regole individualizzanti per recuperare la «fuga» dalle sue minuziose regole inte-

<sup>51</sup> Sul tema della critica a un unico ordine politico e della capacità dei movimenti sociali di generare nuove forme di soggettività collettiva, cfr. G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Mille piani*, trad.it. a cura di P. Vignola, Napoli, 1980; nonché M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, trad.it. a cura di P. Napoli, Milano, 2017.

<sup>52</sup> J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad.it. a cura di U. Santini, Milano, 2017.

<sup>53</sup> J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad.it. a cura di L. Ceppa, Roma-Bari, 2013.

<sup>54</sup> G. DELEUZE, *Foucault*, trad.it. a cura di F. Domenicali, 2018, inserisce sostanzialmente Foucault in una linea che va da *Storia e coscienza di classe* di György Lukács a *Operai e capitale* di Mario Tronti. Questi libri sono i capisaldi del pensiero materialistico dell'immanenza basato sull'idea che la soggettivazione sia irriducibile alla totalizzazione del potere. Inizia quando spezza il circolo dialettico del potere (legalità e repressione) e il modo in cui questo potere inventa regole individualizzanti per recuperare la «fuga» dalle sue minuziose regole interiorizzate.

<sup>55</sup> G. LUKÁCS, *Storia e coscienza di classe*, trad.it. a cura di G. Cesarale, Milano, 1997; M. TRONTI, *Operai e capitale*, Torino, 1966, ora in Id., *Operai e capitale*, Roma, 2006.

riorizzate. La resistenza delle comunità vere si esprime contrastando forme contrattualistiche di individualizzazione, asimmetrie di diritti e, quindi, indebolimento del rapporto contrattuale.

#### 4. La centralità della dimensione istituyente

Il processo di produzione giuridica, ad esempio in relazione alla categoria giuridica dei beni comuni<sup>56</sup>, ha trovato la propria energia fondativa nei simboli della dimensione istituyente, nelle prassi costituzionalmente orientate. La tecnica all'interno della Commissione Rodotà si è limitata a razionalizzare quanto espresso dalla *multitudo*. La categoria giuridica dei beni comuni, nella sua visione ecologica e tesa alla tutela dei diritti delle generazioni future, si è posta sin dalla sua fase fondativa, al di fuori delle logiche contrattualistiche della rappresentanza. Le prassi, costituzionalmente orientate, avrebbero potuto trovare nel regime costituzionale i propri itinerari e raggiungere gli obiettivi prefissati<sup>57</sup>.

Tuttavia, ciò non è stato possibile, a causa del processo di assimilazione e conformismo cui sono state soggette anche le forze apparentemente ostili al modello contrattualistico, penso in particolare al M5S. I modelli di partecipazione classica, mi riferisco in particolare ai partiti politici, sono stati intesi sin dalla prima fase repubblicana, quali strumenti a servizio dell'*institutio*. Anche qui illuminante Castoriadis<sup>58</sup>: «Questo è il motivo per cui il progetto occidentale di costituzione di una storia totale<sup>59</sup>, di comprensione e di spiegazione esaustiva della so-

---

<sup>56</sup> A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione variabile*, in *Nomos*, n. 2/2017; S. RODOTÀ, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, Napoli, 2018; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011.

<sup>57</sup> A me sembrano eloquenti, in merito, le riflessioni di C. CASTORIADIS, *Prefazione, L'istituzione immaginaria della società*, Milano, 2022, p. 36. L'A. riflette non sulla sintesi ma sulla capacità e la volontà di relazione tra pensiero istituyente e pensiero istituito: «Poiché il discorso e il progetto, e la loro unione, pongono, creano, istituiscono non solo delle nuove forme di intellegibilità, ma anche di fare, di rappresentare, e del valere sociale-storico: forme che non si lasciano discutere o valutare semplicemente in base ai criteri già assunti dalla ragione istituita. L'uno e l'altro, e la loro unione, esistono solo come momenti e forme del fare istituyente, dell'autocreazione della società».

<sup>58</sup> E. CASTORIADIS, *L'istituzione immaginaria della società*, cit., p. 268.

<sup>59</sup> Sui legami tra storia e società nel diritto A. ALGOSTINO, *Necessità della storia*,

cietà di altri tempi e di altri luoghi, contiene alla sua radice necessariamente l'insuccesso, se viene preso come un progetto speculativo».

Certo, pregevole è stata, nei primi quaranta anni, la funzione dei partiti politici di accrescimento della consapevolezza e responsabilità dei cittadini rispetto ai propri diritti e doveri, ma comunque la loro finalità era tesa al miglior funzionamento dei modelli classici del contrattualismo sociale e della rappresentanza democratica. Il processo di assorbimento non ha di certo agevolato la spinta dal basso di soggettività in grado di concorrere alla produzione giuridica o, comunque, di fare pressione e orientare l'attività di *imperium* e il *dominus*.

Al contrario, la sua forza assimilatrice ha assorbito le forze istituenti, espressione della *potentia*, annichilendole, o ridimensionandole nei cunicoli più bui dei modelli contrattualistici, espressi dalla democrazia della rappresentanza<sup>60</sup>. È evidente, e questo non può sottacersi, che ci sia un problema di soggettività.

Il ragionamento, dunque, va ampliato, soprattutto rispetto alle soggettività classiche, nel tempo utilizzate quali strumenti istituzionali della partecipazione politica<sup>61</sup>. In questo scenario, riemerge in tutta la sua vitalità il tema delle soggettività diffuse: non catalogabili, in permanente movimento, in processo istituyente costante.

Il quesito che intendo pormi, in questo lavoro, è il seguente: l'ordinamento costituzionale, così come pensato e strutturato, per quanto possa essere modellato da indirizzi politici contingenti e dal potere giudiziario, presenta valori, principi e strumenti in grado di valorizzare questo tipo di soggettività e, soprattutto, la loro forza in continuo movimento? Il modello socio-centrico sembrerebbe lasciare spazio a forze plurali non classificabili, ma poi ci si scontra con il dato reale, che ancora continua a ricondurre tutte le azioni nell'alveo della rappresentanza, con la conseguente astensione alle tornate elettorali sempre maggiore.

Le prassi costituzionalmente orientate, laddove frustrate dai ba-

---

tra norma e conflitto, in A. DORSI e F. CHIAROTTO (a cura di), *Il diritto alla storia. Saggi, testimonianze, documenti per «Historia Magistra»* (2009-2019), Torino, 2021, pp. 3 ss.

<sup>60</sup> Cunicolo ambiguo è anche quello relativo alla sussidiarietà I. MASSA PINTO, *L'ambiguo rapporto tra sussidiarietà e rappresentanza politica*, in AA.VV., *Storia, percorsi e politiche della sussidiarietà. Le nuove prospettive in Italia e in Europa*, Bologna, 2020, pp. 163 ss.

<sup>61</sup> S. LIETO, *Il diritto di partecipazione tra autorità e libertà*, Napoli, 2011.

stioni della rappresentanza, sono in grado di contribuire ai processi di produzione giuridica, al di là del pensiero unico della legge?<sup>62</sup> Esse possono, con il fare sociale, con le pratiche, determinare un auto-istituzione del sociale-storico?<sup>63</sup> Tornando al caso dei beni pubblici, del lavoro svolto dalla Commissione Rodotà e in senso più ampio alla stagione dei beni comuni, al referendum del 2011, alle battaglie per e degli spazi comuni, nonché per le spiagge di libera e gratuita fruibilità, possiamo certo provare a dimostrare che, al di là del diritto positivo vigente, la produzione giuridica si è realizzata attraverso una forte spinta delle prassi costituzionalmente orientate<sup>64</sup>, le interpretazioni del potere giudiziario<sup>65</sup>, le lotte, quali forme del dissenso<sup>66</sup> e dell'antagonismo, le azioni politico-amministrative poste in essere da regioni e autonomie locali. Tutto ciò contribuisce alla determinazione di un indirizzo politico espressione di agonismo e antagonismo, al di là di come si vogliono leggere queste due categorie rispetto alle soggettività politiche in gioco.

Oggi proviamo a sostenere che, oltre il diritto positivo vigente, la categoria giuridica dei beni comuni esiste<sup>67</sup> e che soprattutto esiste a prescindere dalla presenza di una legge. Anzi, la regola giuridica spesso si è manifestata ostile all'insorgere di tale categoria, resistendo alla linfa vitale di detta categorizzazione, espressione, tra l'altro, delle prassi costituzionalmente orientate dei movimenti, come indicato, ad esempio, rispetto al Mare Libero.

---

<sup>62</sup> Ancora E. CASTORIADIS, *L'istituzione immaginaria della società*, cit., pp. 135-137, illuminante sul punto: «Ma la politica non è né concretizzazione di un Sapere assoluto, né tecnica, né volontà cieca di non si sa bene cosa; essa appartiene a un altro dominio, quello del fare, e a questo modo specifico del fare che è la *praxis*... La *praxis* non si lascia ridurre a uno schema di fini e mezzi... per la *praxis* l'istanza ultima non è la delucidazione, ma la trasformazione del dato».

<sup>63</sup> *Ibidem*, pp. 555-556.

<sup>64</sup> Sulle prassi costituzionalmente orientate A. LUCARELLI, *Tradition and Revolution. Law in action*, Bruxelles, 2024, *passim*.

<sup>65</sup> A Napoli, ad esempio, il comitato Mare Libero ha intrapreso una serie di azioni amministrative che hanno ricondotto alla libera fruizione alcune spiagge prima inservibili attraverso l'opera correttiva del TAR sull'azione amministrativa. *Ex multis*, TAR Campania - Napoli, sent. n. 4282/2023; TAR Campania-Napoli, ord. n. 242/2024; TAR Campania-Napoli, sent. n. 4651/2024; TAR Campania-Napoli, ord. n. 1499/2024.

<sup>66</sup> Sulla valenza polisenso della categoria del dissenso, si rimanda interamente AA.Vv., *Le forme del dissenso tra riformismo e globalizzazione*, Napoli, 2006.

<sup>67</sup> A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit.

La *potestas*, nella parte codicistica che si occupa di beni pubblici, seppur non formalmente, è stata sottoposta, sia ad opera delle prassi costituzionalmente orientate, che del potere giudiziario, a un processo *destruens*, che ne ha progressivamente delegittimato e soprattutto depotenziato l'impianto. Non aver dato seguito al disegno di legge delega, approvato dal Governo Prodi nel 2007, ha rappresentato, così come accaduto in altri casi, un atto di arrogante resistenza a quanto voluto ed espresso dalla comunità reale. In quel momento, la Commissione Rodotà, soprattutto per quanto attiene all'affermazione della categoria giuridica dei beni comuni, era stata in grado d'interconnettersi con l'energia che proveniva dai movimenti. Era riuscita, nella sua posizione di potere istituito, a raccogliere e valorizzare la *potentia* proveniente dai cittadini che volevano riconquistare le proprie fasce di diritti, riappropriandosi dei beni comuni, in particolare delle risorse naturali di appartenenza collettiva.

## 5. Effetti della *potestas* sulle categorie costituzionali: la cesura con l'impronta codicistica

Oggi, risulta, di certo, più complesso interpretare la prima parte dell'art. 42 Cost., quella relativa alla proprietà pubblica secondo una visione dominicale, privatistica, incentrata sul rapporto *dominus*-bene. La proprietà pubblica è funzione sociale, il *dominus* nella gestione dei beni pubblici è sottoposto a doveri inderogabili<sup>68</sup> tesi a porre quale priorità il cittadino, la comunità. Deve essere messo in grado di soddisfare i suoi diritti fondamentali, anche attraverso il godimento e la fruibilità degli stessi. Ai diritti si associano i doveri che trovano il loro fondamento giuridico nella Costituzione. Resta tuttavia il tema di fondo: chi e con quali strumenti possa far valere dinanzi al potere giudiziario eventuali distonie e illegittimità, o anche inerzie realizzate sia a livello politico che amministrativo, oltre che contabile?. Nel caso di accesso e fruibilità delle spiagge da parte dei cittadini è risultato evidente come la volontà di attuazione dei principi costituzionali sia partita dalla *potentia* della *multitudo* che progressivamente si è posta quale sog-

<sup>68</sup> Sul tema della proprietà pubblica come funzione sociale M.C. GIRARDI, *La proprietà pubblica*, cit., spec. cap. I; sulle ricadute costituzionali della proprietà pubblica A.O. COZZI, *Profili costituzionali delle proprietà pubbliche*, Napoli, 2024.

getto consapevole di pressione, controllo ed iniziativa, ricorrendo più volte all'autorità giudiziaria che, a sua volta, ha argomentato sentenze rifacendosi alla dottrina dei beni comuni<sup>69</sup>. A fronte di resistenze e di vere ostilità, come sopra argomentate, da parte della *potestas*, le comunità hanno contribuito a dare delle interpretazioni costituzionalmente orientate dell'art. 42 Cost. Non sono stati pochi i casi nei quali la lotta, la resistenza, la disobbedienza dei cittadini ha condotto a risultati importanti che non soltanto hanno stigmatizzato l'illegittimità degli atti e dei comportamenti posti in essere delle istituzioni, ma hanno, altresì, evidenziato il totale disallineamento del Codice civile del '42, nella parte dei beni pubblici, rispetto ai principi costituzionali. In relazione al citato caso delle spiagge pubbliche, dal basso, i cittadini hanno imposto interpretazioni costituzionalmente orientate rispetto all'accessibilità e fruibilità dei beni pubblici. Hanno impugnato atti e sono stati ricono-

---

<sup>69</sup> Vale per le pronunce richiamate sopra nella vicenda Mare Libero, ma anche prima le Sezioni Unite argomentarono come «dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., e stante la loro diretta applicabilità, si ricava il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del paesaggio, con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa – codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della “proprietà” dello Stato ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività ... Da tale quadro normativo – costituzionale, e fermo restando il dato “essenziale” della centralità della persona (e dei relativi interessi), da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante “adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”, emerge l'esigenza interpretativa di “guardare” al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale – proprietaria per approdare ad una prospettiva personale – collettivistica. Ciò comporta che, in relazione al tema in esame, più che allo Stato – apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato – collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi» (Cass., SS.UU., sent. n. 3665 del 2010). Secondo i giudici amministrativi, invece, «il godimento dei beni appena citati, come il mare, è funzionale a consentire il compiuto sviluppo della persona umana»; ne deriva che «proprio in tale materia assume ancora maggiore rilievo normativo l'assunto che debba essere la pubblica amministrazione a farsi carico, con gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione, di individuare le modalità con cui la fruizione del mare possa essere accessibile a tutti, garantendo contemporaneamente la tutela del paesaggio e dell'ambiente» (Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, sent. n. 990 del 2022, richiamato dai ricorrenti).



sciuti come soggetti legittimati ad agire, hanno ottenuto attraverso il potere giudiziario il riconoscimento dei propri diritti<sup>70</sup>.

Tanti sono gli esempi che si potrebbero portare all'attenzione, attraverso i quali si comprende come la forza creativa, espressione di continuo movimento della *potentia* della *multitudo*, per il suo grado di vicinanza alle esigenze reali, sia in grado di esprimere, meglio e di più, prassi costituzionalmente orientate, libere da compromessi e negoziazioni. Esse riescono, altresì, a collocarsi sul piano giudiziario, imponendo alle istituzioni determinati comportamenti. Ma anche luoghi istituzionali, magari più vicini ai cittadini, quali le assemblee di municipalità delle istituzioni comunali, pressate dalla mobilitazione dei movimenti, rispetto a tematiche centrali quali i beni comuni e l'acqua pubblica, si fanno portavoce di tali richieste, divenendo, di fatto (seppur attraverso il conflitto) luoghi di liberazione e di produzione di un pensiero critico elaborato dalla *multitudo*<sup>71</sup>.

Ancora, si pensi a casi in cui il perdurare della violazione del vincolo referendario, in ordine alla lotta per i beni comuni contro la privatizzazione, ha spinto dopo 13 anni di ostilità e inerzia, i cittadini ad organizzarsi e presentare un ricorso alla CEDU chiedendo la condanna dello Stato italiano sostanzialmente per la mancata attuazione dell'esito referendario che ha inciso sulla vita privata dei cittadini<sup>72</sup>.

La lista potrebbe allungarsi ma per noi, al di là della necessità di rappresentare comunque una casistica, è importante sottolineare la tensione del rapporto tra *potentia* e *potestas*, soprattutto evidenziare come da tale tensione emerga un dato: la *multitudo* attraverso il conflitto, l'agonismo, l'antagonismo contribuisce a modelli di produzione giuridica alternativa, sempre ispirati da lotte e prassi costituzionalmente orientate. Il potere giudiziario, costituzionalmente orientato, e le istituzioni rappresentative si fanno da interpreti o comunque da inter-

<sup>70</sup> Sul ruolo del giudice come strumento di produzione giuridica indiretta nel conflitto A. LUCARELLI, *Diritto e conflitti nell'incertezza della produzione giuridica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2024; A.E. CHIAPPETTA, *Il paradigma dei beni comuni tra democrazia del conflitto e ruolo del Giudice. Il mare libero e il caso Napoli*, in *Diritto Pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2024.

<sup>71</sup> Ad esempio, a Napoli alcune municipalità, tra cui la II, raccogliendo sollecitazioni sociali di prossimità, hanno approvato odg volti a fermare l'avvio di processi di privatizzazione dei servizi pubblici, o la modifica e dismissione dell'azienda speciale ABC che si occupa del servizio idrico a rete, in contrasto con la Giunta locale.

<sup>72</sup> Il ricorso è stato presentato da un gruppo di cittadini attivi nel *Forum nazionale dei movimenti per l'acqua*.

mediari, rispetto ad un processo di produzione giuridica complesso, composto da più fasi che tuttavia conserva la sua base originaria nella fase istituyente.

Ancora in tal senso va ripreso il pensiero di Machiavelli, laddove sosteneva che le buone istituzioni sono come gli argini di un fiume, abbastanza capienti da fermare le piene, ma non ostruenti al punto da dissipare l'energia dell'acqua e la grandezza di Firenze non sarebbe da attribuire all'acquiescenza dispotica dei Medici, ma alla precedente età repubblicana, quando i conflitti sociali<sup>73</sup> erano incessanti e ancora in grado di fare della politica il terreno della sperimentazione istituzionale e della libertà politica<sup>74</sup>.

Insomma, siamo molto lontani da quelle proceduralizzazioni delle forme di Stato liberal-democratiche, nelle quali i partiti, seppur con le debite differenze, devono trovare un ruolo funzionale e servente a tale progetto, marginalizzando la *praxis*.

I conflitti<sup>75</sup>, come li viviamo oggi<sup>76</sup>, e come già delineati da Machiavelli sono progetti che si basano sul piano fattuale, attraverso processi di liberazione e di richieste di libertà fondamentali, a trazione prevalentemente ecologica e *sociale*. Sul piano formale contribuiscono alla formazione di nuove soggettività giuridiche. Il conflitto va colto proprio nella sua tensione verso la libertà e nel fatto di essere possibile fonte di cambiamento storico concreto, nell'esercizio della fondazione di soggettività giuridiche nuove e, quindi, di nuova politica, tale da valorizzare soggetti esclusi dai luoghi della rappresentanza e del *mainstream lobbistico* e settario.

Una politica posta in essere da soggetti nuovi ed esclusi che è in

---

<sup>73</sup> I conflitti politici (i tumulti) della Repubblica romana fra Senato e Plebe furono il motivo principale della libertà della società romana, da quest'ultimi nacquero i Tribuni della Plebe ovvero il riconoscimento della soggettività politica per chi fino ad allora era escluso dall'esercizio pubblico della politica. Oggi ci si trova dinanzi a fenomeni analoghi, comitati spontanei a difesa dei beni comuni che si danno una forma giuridica per poter accedere alla giustizia e promuovere ricorsi avverso atti amministrativi.

<sup>74</sup> A. DE SIMONE, *Conflitto e potere. L'inquieta persistenza del classico. Machiavelli tra filosofia e politica*, in *Lo Sguardo. Rivista di filosofia*, n. 13/2013.

<sup>75</sup> G. AZZARITI, *Per una teoria dei conflitti*, in AA.Vv., *Diritti fondamentali e conflitto sociale. Un dialogo tra discipline*, Roma, pp. 65 ss.

<sup>76</sup> Sulla nuova veste dei conflitti in relazione alla crisi politica, A. ARIENZO, D. CARUSO, *Ripensare i conflitti: novità paradigmatiche e crisi della politica moderna*, in AA.Vv., *Conflitti*, Napoli, 2005, pp. 7 ss.

grado, dall'esterno, attraverso le proprie prassi costituzionalmente orientate, di far emergere le contraddizioni delle istituzioni, le sue ipocrisie; di far rilevare quando la legge è fonte di oppressione, quando tutela privilegi, stabilizzando rapporti di forza. Dal di dentro ciò non è visibile, diventa visibile soltanto attraverso gli occhi di chi era fino a quel momento invisibile<sup>77</sup>. Si configura una visione di democrazia selvaggia, antiburocratica, e soprattutto permanente, ma nella misura in cui non si riduca questa a una variante contestataria, o 'inquieta' della democrazia liberale, espressione di una strillata e inconcludente rabbia sociale o, peggio ancora, si faccia in una logica non conflittuale lusingare dal potere. Se si perde il conflitto, si perde tutto!

## 6. Prassi costituzionalmente orientate, la Commissione Rodotà e processi di frustrazione della *potentia*

Il lavoro della Commissione Rodotà, e le prassi costituzionalmente orientate della *multitudo*, alla base del successo referendario del 2011 contro le privatizzazioni forzate dei servizi pubblici locali, hanno di certo spostato l'asse del ragionamento e delle interpretazioni codicistiche; in particolare, la parte del Codice civile, relativa ai beni pubblici, da quel momento ha subito una nuova narrazione. La Commissione Rodotà ha provato a sistematizzare quanto la società aveva già *confusamente* detto a tutti i livelli<sup>78</sup>.

Ma anche l'istituzione della Commissione Rodotà non nasce da una decisione politica presa dall'alto, nelle segrete stanze governative e/o parlamentari, ma, piuttosto, da una pressione di un gruppo di giuristi che, in collegamento con movimenti e comitati, aveva percepito, da qualche anno, l'esigenza di rivedere la parte del Codice civile relativa ai beni pubblici. Soprattutto per la preoccupazione che alcuni degli articoli non fossero in grado di fronteggiare l'irruenza e l'aggressività dei processi di privatizzazione selvaggia che, in Italia, si stavano perpetrando, sempre più, già a partire dalla metà degli anni Novanta<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Sul concetto di invisibilità dei cittadini A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., p. 57.

<sup>78</sup> E. CASTORIADIS, *L'istituzione immaginaria della società*, cit., pp. 145 e 153, sostiene che proprio attraverso la *praxis* si è separato profondamente ciò che era prima da ciò che c'è stato dopo.

<sup>79</sup> Sul tema delle privatizzazioni in Italia negli anni Novanta si vedano, tra gli altri

La Costituzione italiana, fino all'insorgere del movimento dei beni comuni, che trovava le sue radici nei movimenti ecologisti di Seattle e di Davos, ma anche in Porto Alegre e nel *World social forum* di Genova del 2001, non era riuscita a fornire alla parte dei beni pubblici del Codice civile una lettura costituzionalmente orientata. Le istituzioni della rappresentanza si erano mostrate sempre disconnesse verso questi temi o, peggio, serventi o corrotti dai poteri forti delle privatizzazioni.

La rappresentanza, la *potestas* delle istituzioni non ha voluto – e saputo – esercitare, conservando ancora un atteggiamento ostile, le sue funzioni, continuando ad agire secondo prassi tipiche della conservazione e della cristallizzazione dei rapporti di forza<sup>80</sup>.

L'autorità giudiziaria, ovviamente priva di un potere di iniziativa, non ha avuto autonomamente la possibilità di intercedere, fintanto che non sono arrivati gli impulsi dai movimenti. Alcuni esempi, per quanto altamente significativi, che si è ritenuto utile riprendere, ci aiutano a comprendere i limiti dei modelli fondati esclusivamente sul contratto sociale, sulla rappresentanza. Ancorché espressione di democrazia, prevalentemente formale, non in grado di garantire l'effettività dei diritti e soprattutto letture e interpretazioni costituzionalmente orientate.

Proprio questa interconnessione virtuosa tra *potentia* e potere giudiziario – che tuttavia come si è potuto vedere, non esclude la *potestas* – soprattutto rispetto alla produzione giuridica, è quella che sta provocando reazioni ostili, in particolare da parte di chi teme che tale flusso osmotico possa generare instabilità, incertezza e sottrazione del potere alla rappresentanza. Dall'altra parte, la reazione è talvolta violenta e sprezzante, sia attraverso atti omissivi, che atti dichiaratamente ostili<sup>81</sup>.

In Italia, come si è potuto già farne cenno, la *potentia* della *multitudo*, ad esempio, è stata spesso frenata dalle istituzioni che, spesse

---

E. BARUCCI, F. PIEROBON, *Le privatizzazioni in Italia*, Roma, 2007.

<sup>80</sup> Conservazione, anche politica, che spesso viene attuata attraverso veri e propri dispositivi di potere, basati su categorie generali come la «ragion di stato». Sul punto, A. ARIENZO, G. BORRELLI, *Emergenze democratiche. Ragion di stato, governance, gouvernementalité*, Napoli, 2011, pp. 15 ss.

<sup>81</sup> Richiamando le pronunce del TAR Campania indicate *supra*, rispetto al caso delle spiagge libere a Napoli, sono stati necessari più motivi aggiunti e anche nuove impugnazioni per via dell'agire amministrativo che, in maniera puntuale, reiterava provvedimenti amministrativi di limitazione del libero accesso alla spiaggia pubblica, nonostante l'intervento dei giudici amministrativi.

volte hanno interpretato l'esito referendario del 2011, contrario alle privatizzazioni selvagge dei beni comuni, quasi come un atto ostile alla modernità, un atto contro il diritto UE. Al contrario, come si è potuto in altra sede dimostrare<sup>82</sup>, proprio negli atti di difesa dell'ammissibilità dei quesiti referendari davanti alla Corte costituzionale, fu prospettata la tesi, accolta poi dal Giudice delle leggi, secondo la quale il diritto euro-unitario, interpretato secondo i principi di solidarietà e coesione economico-territoriale, non imponeva le privatizzazioni dei servizi pubblici essenziali<sup>83</sup>.

Era evidente, come del resto ancora oggi, una resistenza ideologica, a valorizzare riflessioni e prassi sui beni comuni, alla loro effettività sul piano giuridico, questioni che ormai impongono una nuova lettura della proprietà pubblica.

Da una parte il *male*, rappresentato da chi si opponeva a mettere sul mercato i diritti fondamentali, quale il diritto all'acqua, ad esempio; dall'altra parte il bene, la modernità, gli innovatori, l'Europa dei mercati, della finanza, delle banche, prima ancora che dei cittadini. Gli interpreti del bene hanno posto in essere, da subito, un atteggiamento ostile, interdittivo rispetto agli esiti referendari.

L'obiettivo politico, senza mezzi termini, era quello di arrestarne gli esiti e continuare con i processi di privatizzazione. Perché questo rappresentava il bene e *il potere non è tenuto ad ascoltare i cittadini, né a rispondere loro, incarna la verità*. Questa frase in corsivo è simbolica e molto significativa del rapporto tra *potentia* e *potestas*, racchiude tutto il disprezzo che può esprimere una interpretazione autoreferenziale e chiusa del modello contrattualistico.

<sup>82</sup> A. LUCARELLI, *Commento alla sentenza n. 24 del 2011*, in *Giur. Cost.*, n. 2/2011.

<sup>83</sup> Si ricorda come per l'art. 14 TFUE, l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che, ai sensi dell'art. 6 TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati), nonché l'art. 106, par. 2, TFUE anche i servizi pubblici locali a rilevanza economica, riconducibili alla categoria dei servizi di interesse economico generale, non sono soggetti in maniera inderogabile alle regole del mercato e della concorrenza, qualora ciò risulti obiettivamente giustificato. Ciò si verifica, in particolare, nei casi in cui l'applicazione incondizionata del principio concorrenziale osti alla possibilità, per gli enti erogatori, di perseguire i valori comuni dell'Unione e di realizzare obiettivi di coesione economica, sociale e territoriale. Allora, nei servizi di interesse economico generale il principio della concorrenza non opera come regola assoluta, ma si atteggia a criterio funzionale, da bilanciare, di volta in volta, con l'esigenza di garantire coesione economico-sociale e territoriale, la quale introduce finalità e limiti di natura propriamente sociale.

Vale la pena fare qualche riflessione, in ordine alla suddetta esternazione di Jacques Chirac, in un momento televisivo che resta il simbolo del baratro. È l'incontro che il Presidente della Repubblica francese Jacques Chirac tenne con i giovani su Tf1, il 14 aprile 2005 sul TCE (Trattato per una Costituzione europea), il cui referendum si sarebbe celebrato il 29 maggio 2005. Il voto del Parlamento ampiamente favorevole al TCE non poteva essere smentito. La sovranità popolare avrebbe dovuto semplicemente essere ratificata dalla volontà popolare. L'approvazione del TCE diventa una verità, asserzione sbalorditiva in Francia, una delle culle della ragione, dove la capacità di dire sì ha senso solo se esiste il diritto di dire no.

Quindi il discorso di Chirac produceva una cruciale inversione filosofica. La campagna del rifiuto del Trattato mette in luce un altro mondo politico. Riunisce associazioni come Attac, sindacati, confederazioni contadine, studenti: si chiede un'altra Europa<sup>84</sup>. Non si era contrari all'Europa, si chiedeva una Europa non fondata solo e unicamente sul mercato, ma soprattutto sulle libertà costituzionali dei cittadini<sup>85</sup>.

Rinasce quel sentimento sociale in Francia, secondo alcuni rinnegato da Mitterand a partire dal 1981, di centralità dei diritti sociali e della dignità del lavoro e dei lavoratori. Si contestava la mancanza di riflessione sul servizio pubblico, l'indipendenza della Banca centrale europea (BCE), la sottomissione all'Organizzazione del trattato dell'Atlantico del Nord (NATO). Insomma, si sprigionava un movimento che esprimeva una sua forza originaria che otteneva un grande successo il 29 maggio 2005, allorquando non si ratificò il TCE.

Ma così, come sarebbe capitato qualche anno dopo in Italia, quella volontà popolare che era stata la sintesi di forza selvaggia dal basso e istituti costituzionali veniva tradita. Le istituzioni, all'epoca guidate dal Presidente Sarkozy, non tenevano assolutamente in considerazione il voto del 2005 e nel 2007 avviavano il processo politico-istituzionale che avrebbe portato alla ratifica del Trattato di Lisbona (2009 TFUE)<sup>86</sup>. Assistiamo a fenomeni nei quali la *potentia* non agisce contro

---

<sup>84</sup> I. MASSA PINTO, *La grande trasformazione e il processo d'integrazione europea: crollo di un grande sogno collettivo?*, in AA.Vv., *L'Italia dopo il 1961. La grande trasformazione*, Bologna, 2015, pp. 153 ss.

<sup>85</sup> M. DELLA MORTE, *Tendenze e prospettive dei diritti sociali in Europa: dalla Carta di Nizza al Pilastrò di Göteborg*, in AA.Vv., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 7 luglio 2020.

<sup>86</sup> Come si dirà *infra*, Il riferimento è al referendum francese del 29 maggio 2005,

la *potestas*, anzi spinge, attraverso prassi costituzionalmente orientate, quest'ultima, a muoversi secondo diritto. La *potentia* si fa diritto, attraverso gli strumenti di cui dispone, il cui processo di formazione permanente diventa autolegittimante. Ma non si assiste per nulla ad una contrapposizione tra politica e diritto, tra movimenti e Stato, anzi la sua energia non è tesa alla dissoluzione delle istituzioni pubbliche, ma piuttosto è tesa a che la politica istituita si muova in direzione del diritto o, meglio, nei limiti del diritto<sup>87</sup>.

In questo senso, il 29 maggio 2005, i cittadini francesi, dopo un'intensa campagna elettorale e una forte mobilitazione popolare, nel rispetto degli strumenti giuridici, respingevano la ratifica del Trattato per l'adozione di una Costituzione per l'Europa.

La *potentia* della *multitudo* dentro e fuori le istituzioni, rifiutando il trattato, soprattutto il suo approccio mercantile, metteva in luce un altro mondo politico. Tuttavia, e questa volta in violazione del diritto che vorrebbe innanzitutto il rispetto dell'esito referendario, il potere istituito ne frustava gli effetti. Il Trattato di Lisbona, nel 2009, sostanzialmente riproduttivo del TCE, veniva ratificato dal Parlamento francese, in contrasto con l'esito referendario. La *potentia* istitutrice della *multitudo* doveva soccombere. L'arroganza del monito di Chirac aveva prevalso!

## 7. Cedevolezza dei canoni interpretativi

Tornando al rapporto e alle relazioni tra il Codice civile del 1942 e la Costituzione repubblicana del 1948, segnatamente per la parte relativa ai beni pubblici, è evidente che esse si fondano su complessi canoni ermeneutici e sull'intreccio tra sistema delle fonti e determinazione

---

con cui il 54,7% degli elettori respinse il Trattato che adottava una Costituzione per l'Europa (TCE). Nonostante tale esito negativo, il successivo governo Sarkozy, attraverso il Parlamento riunito in Congresso a Versailles, approvò nel 2008 una riforma costituzionale che consentì la ratifica del Trattato di Lisbona (firmato nel 2007 ed entrato in vigore nel 2009). Quest'ultimo riprese gran parte dei contenuti sostanziali del TCE, confermando così lo scarto tra la volontà popolare espressa con il referendum e le scelte operate dalle istituzioni rappresentative.

<sup>87</sup> Da una visione parzialmente opposta per le coordinate di riferimento, sulla perduranza dello Stato nella globalizzazione attraverso la regolazione S. STAIANO, *Stato Spazio Tempo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2023.

dell'indirizzo politico, declinato sul piano della produzione giuridica. Insomma, un ottimo caleidoscopio per indagare sui rapporti tra politica, diritto e prassi.

Mi spiego meglio: simmetrie e asimmetrie tra i suddetti testi sono rintracciabili attraverso un metodo d'interpretazione<sup>88</sup> che parte dall'esegesi del testo, ma che si estende fino al quadro di riferimento politico-legislativo, inverte dall'attività svolta dagli organi costituzionali a trazione politica, ma, altresì, dall'attività di produzione giuridica della Corte costituzionale e degli organi giurisdizionali<sup>89</sup>.

Tal è la necessaria premessa che riconduce il ragionamento ai canoni interpretativi. Canoni che tuttavia non possono essere immuni dal suddetto intreccio tra politica, diritti e prassi. Si tratta di volta in volta di provare a comprendere, quale di queste plurime dimensioni riesca a prevalere sull'altra sul piano interpretativo, generando incertezze, ma anche mobilità e movimento in ordine alla contingente permeabilità dei rapporti di forza. S'intende dunque sdoganare la visione unicamente negativa e perniciosa della incertezza. In questo senso si vuole ragionare in ordine all'ingenuità, financo all'ipocrisia, di chi immagina permanenti, ma in realtà insostenibili equilibri. C'è il conflitto e questo non ricerca equilibri, ma affermazione di posizioni a carattere diffuso e collettivo. Si prenda atto di un clima di incertezza, dove le cose non stanno esattamente al loro posto<sup>90</sup>, soprattutto se le contaminazioni sono tese a raggiungere riconoscimenti e affermazioni di legalità costituzionale, rispetto a quadri normativi riconducibili ad un'altra forma di Stato, che certo non è quella repubblicana.

---

<sup>88</sup> Sul piano metodologico, il riferimento è alla tradizione ermeneutica inaugurata da E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990, incentrata sull'idea che il significato del testo giuridico debba emergere dall'interazione tra dato letterale e contesto storico-sistematico. Tale prospettiva è stata ripresa e criticamente sviluppata, tra gli altri, da N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1990. Nonché dal filone di studi che hanno posto l'accento sulla storicità e relatività delle categorie giuridiche, come G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1990, pp. 77 ss., attenti a coniugare l'esegesi del testo con il quadro politico-istituzionale di riferimento e con la produzione normativa e giurisprudenziale che ne orienta l'effettiva applicazione.

<sup>89</sup> Supplenza analizzata come crisi rappresentativa del sistema politico da M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in AA.Vv., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2005 e G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in AA.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988.

<sup>90</sup> Il riferimento è a M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.



Tuttavia, i processi normativi non sono sufficienti per provare a comprendere allineamenti e disallineamenti tra l'ordinamento civilistico e quello costituzionale, ma, in ogni caso, già diversi pronunciamenti determinano una forte torsione, o forse meglio, compressione, del primato della regola scritta, del modello di *civil law*, rispetto ai modelli di *common law*<sup>91</sup>. Sistemi nei quali la produzione giuridica non è monopolio della politica, generandosi e consolidandosi piuttosto attraverso l'analisi e l'interpretazione dei singoli casi<sup>92</sup>, orientando il proprio canone interpretativo<sup>93</sup> ad un'altra forma di Stato, nella quale, in ogni caso, il modello contrattualistico, seppur sempre ruotando intorno alla finzione della rappresentanza, assume caratteri più democratici.

## 8. Ancora sui canoni ermeneutici nel processo evolutivo della forma di Stato

Le tensioni già menzionate trovano i loro punti di caduta soprattutto su canoni ermeneutici, ma per meglio comprendere torsioni e aporie tra i due pilastri dell'ordinamento giuridico italiano (Codice civile e Costituzione), occorre ampliare il ragionamento con un'ulteriore premessa: gli stessi sono incardinati in forme di Stato differenti e tendenzialmente antinomiche. Il rapporto autorità-libertà, quello che

<sup>91</sup> Sul punto, M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2006; E. RECCIA, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle sezioni unite*, Torino, 2020; R. CALVANO, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1996, pp. 1279 ss.

<sup>92</sup> Il riferimento è al noto contrasto, di matrice realista statunitense, tra *law in books* e *law in action*, volta a sottolineare la distanza tra la norma scritta e il diritto vivente. Tale distinzione ha alimentato, nella cultura giuridica contemporanea, riflessioni sulle contaminazioni fra produzione normativa e prassi applicativa, mostrando come la funzione interpretativa e giurisprudenziale incida in modo determinante sulla conformazione dei sistemi giuridici e sul loro assetto istituzionale. In questa prospettiva, l'interpretazione non si limita alla mera esegesi della legge, ma contribuisce a definire un diverso equilibrio tra rappresentanza politica e partecipazione democratica, incidendo sui modelli stessi di Stato di diritto.

<sup>93</sup> I. MASSA PINTO, *Veritas constitutionis: quis interpretabitur? Il problema dell'assenza insuperabile e insopportabile del titolare ultimo del potere, il concetto teologico secolarizzato di rappresentanza e le questioni fondamentali del diritto costituzionale del nostro tempo*, in AA.Vv., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti di Mario Dogliani*, Bologna, 2015, pp. 257 ss.

contribuisce in larga misura alla definizione della nozione di forma di Stato, assume declinazioni molto distanti tra loro, a partire dal ridimensionamento del primato della legge, dal progressivo consolidamento del principio di legalità costituzionale in senso stretto (o anche sostanziale)<sup>94</sup> posto a tutela della matrice sociale e collettiva, e non unicamente individualistica<sup>95</sup>.

In estrema sintesi, il Codice civile si espande nel perimetro liberale a matrice individualistica, l'impianto normativo è a difesa delle libertà individuali (civili ed economiche), ma la cui tenuta garantista si comprime, con derive autoritarie, per l'esile consistenza del principio di legalità, per una riserva di legge non garantita dalla copertura costituzionale e per la poca attenzione ai diritti della persona; diritti sganciati da una chiave di funzionalizzazione statualistica. Come è noto, l'individuo del Codice civile non è la persona della Costituzione<sup>96</sup>, che si poggia sul caposaldo valoriale della dignità.

A questo proposito, l'art. 5 del Codice civile, in merito agli atti di disposizione sul proprio corpo, non riconoscendo la totale autonomia del soggetto nella disposizione della sua fisicità, lo funzionalizza verso un obiettivo di utilità statale di tipo produttivo, più che di tutela dell'autodeterminazione anche ai fini della socialità progressiva di tipo costituzionale<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> In termini di evoluzione legata alla storia costituzionale lucidamente M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, 2004, *passim*.

<sup>95</sup> Ad esempio, con la sentenza n. 118 del 21 luglio 2025, la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 9, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015 (c.d. *Jobs Act*), nella parte in cui impone un tetto massimo di sei mensilità per l'indennità risarcitoria nei casi di licenziamento illegittimo da parte di imprese con meno di 15 dipendenti. Questo pronunciamento costituisce un esempio recente e significativo di come il principio di legalità costituzionale operi anche in funzione di protezione sociale e collettiva, rafforzando la tutela dei diritti del lavoro oltre la rigidità delle disposizioni legislative che limitano la libertà sindacale e dei lavoratori.

<sup>96</sup> P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, specificamente pp. 209 ss; S. RODOTÀ, *La dignità della persona, scuola di cultura costituzionale*, in *Scuola costituzionale*, 14 gennaio 2011; A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n. 17/2013; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 161.

<sup>97</sup> L'art. 5 c.c. vieta gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o siano contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume. Tale norma, risalente al 1942, riflette una concezione funzionalistica della persona, ancorata a un'esigenza di preservazione della capacità lavorativa e produttiva nell'interesse dello Stato, più che a una prospettiva di tute-

L'ancoraggio a principi sovraordinati, ma non gerarchicamente sovraordinati, sul piano prescrittivo, non recepisce fino in fondo la matrice garantista della norma esposta alla volubilità della politica<sup>98</sup>. La tensione tra individuo e persona, con tutto l'ancoraggio di principi nei quali s'instaura quest'ultima categoria, è evidente che si riflette anche nella diversa e direi dicotomica visione della proprietà pubblica: nel Codice civile tutta incardinata nell'individuo Stato-Autorità, nella Costituzione riflessa nella persona garantita dallo Stato-comunità.

Ma, ancora, mi domando come si possa pensare di utilizzare le categorie giuridiche dei beni pubblici del '42, laddove plasticamente incardinate nella forma di Stato liberale, a trazione autoritaria e stato-centrica. Proprietà e impresa, nel Codice civile, restano, e ben saldi, i motori dello sviluppo capitalistico e della società<sup>99</sup>, basata sul contratto, sulla proprietà privata<sup>100</sup> e sullo sfruttamento del lavoro che determina i margini di profitto<sup>101</sup>.

---

la dell'autodeterminazione individuale. Solo con l'evoluzione costituzionale e con il progressivo riconoscimento dei diritti fondamentali (artt. 2, 3 e 32 Cost.) si è affermata una lettura orientata a valorizzare la dimensione personalistica e sociale della libertà di disporre del proprio corpo, superando la logica meramente produttivistica sottesa alla disciplina codicistica.

<sup>98</sup> La mancanza di un saldo ancoraggio costituzionale di riferimento, e dunque di limiti sostanziali alla discrezionalità politica, determina una fragilità della norma, esposta alla mutevolezza delle maggioranze e alla contingenza delle scelte di governo. È proprio l'assenza di un quadro costituzionale vincolante a rivelare la tensione tra individuo e persona: nel Codice civile del 1942, la proprietà pubblica è concepita in chiave autoritativa, come proiezione dello Stato-individuo; nella Costituzione repubblicana, invece, essa si riflette nella categoria della persona, che lo Stato-comunità è chiamato a garantire, entro un sistema di principi di rango superiore e non derogabili ad libitum dalla politica. Questo evoca la questione sulla fragilità delle costituzioni flessibili e dello stato liberale puro, ben in evidenza in A. CARRINO, *Legge e libertà. Primato del parlamento e sindacato delle leggi nella Costituzione austriaca del 1920*, Milano, 2022 e in termini di dottrina dello stato H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, trad.it., Perugia, 2021.

<sup>99</sup> Limpidamente emerge in F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2014, pp. 499 ss.

<sup>100</sup> U. MATTEI, *Aspetti idiosincratici e aspetti relazionali nella struttura e nella funzione della proprietà privata. Alcuni spunti critici*, in AA.VV., *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004.

<sup>101</sup> Uno degli elementi che rappresentarono la definitiva cesura di Marx con il pensiero hegeliano fu proprio il ruolo della *praxis*. La percezione concreta dello sfruttamento frutto del binomio *potestas*, quale espressione dei poteri forti, e capitale. Dallo studio delle prassi finalizzate alla dignità della persona Marx abbandona definitiva-

L'assetto socio-economico si caratterizza particolarmente attraverso le declinazioni delle suddette categorie ed è quindi naturale che questo sia terreno di scontro, dove matura quotidianamente la lotta per il diritto<sup>102</sup>. Essa, come è noto, si caratterizza per un'azione permanente, tesa da una parte alla salvaguardia di interessi individuali che si snodano tra successioni, negozio giuridico, diritti reali ed obbligazioni, dall'altra all'affermazione e alla garanzia di esigenze collettive: il diritto quale strumento di lotta e di giustizia sociale a tutela delle posizioni più deboli.

Nel primo caso, più che di lotta per il diritto, che presuppone la consapevolezza di principi supremi a trazione diffusa e sociale, a partire da eguaglianza sostanziale e solidarietà, sembra più adeguato parlare di lotta per gli interessi che, occasionalmente, trovano<sup>103</sup> copertura e garanzia nel diritto. Non si è in presenza di una lotta di liberazione dei diritti, ma di una lotta per conservare posizioni e privilegi. Legislatore e giudice, in assenza di quadri valoriali – giuridici e prescrittivi – sovrastanti, non sono altro che strumenti di intermediazione, per contribuire all'affermazione di posizioni dominanti. Certezza sì, ma per pochi, od anche certezza della permanenza di un quadro sociale, economico, politico, culturale che non *deve cambiare*, rafforzato dalla sicurezza, utilizzato anche per garantire il decoro, quale valore dominante che sacrifica dissenso e libertà fondamentali.

Ancora una volta, certezza, stabilità, sicurezza non sono obiettivi, ma presupposti per garantire la staticità di una società *elitaria* che

---

mente l'idea di poter contemplare e interpretare il mondo dall'esterno. Devi stare nei processi, nei corpi, nella sofferenza per destrutturare il pensiero istituito, al di fuori di ogni astrazione idealistica. In merito, si veda E. SBARDELLA, *Introduzione*, in K. MARX, *Il Capitale*, trad.it. a cura di E. Sbardella, Milano, 1996, pp. 16-17. Tra l'altro, come è noto, la riflessione di Marx sullo Stato è debole; il discorso di Marx sullo Stato non ha conosciuto mai grandi sviluppi ulteriori. Su questo problema, i suoi testi fondamentali sono la *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, del 1843, e la *Questione ebraica*, del 1844; poi, molto più tardi, le pagine sulla Comune di Parigi nella *Guerra civile in Francia* del 1871. Tutti questi testi riprendono e ripetono di continuo i temi che si trovano in Rousseau.

<sup>102</sup> R. VON JHERING, *La lotta per il diritto*, trad.it., Pisa, 1875.

<sup>103</sup> Un esempio in tal senso è costituito dalle ordinanze prefettizie istitutive delle c.d. zone rosse. Strumenti amministrativi utilizzati per impedire lo stazionamento in alcune aree delle città a soggetti ritenuti aggressivi o molesti, sulla base di mere segnalazioni all'Autorità giudiziaria, in violazione dei principi di legalità e non colpevolezza, attraverso l'utilizzo di ordinanze *extra ordinem* in modo difforme alla loro normale utilizzazione.

vuole negare il conflitto e lo scontro di classe, ovvero che tende ad anestetizzare la democrazia antagonista che, di per sé, si trova in un continuo processo innovativo, rinnovativo, rifondativo, determinando anche sane incertezze, ovvero riposizionamenti sociali.

Le categorie giuridiche classiche summenzionate si pongono quali guardiani della stabilità e della certezza, che, a loro volta, ne garantiscono la permanenza, anche usando, come si è detto, la sicurezza quale assioma valoriale per frenare forme diffuse del dissenso<sup>104</sup> o della resistenza politica.

Questo quadro in movimento genera meno sicurezze per imprenditori e investimenti? Forse, ma di certo è un prezzo da pagare per arginare il consolidamento granitico di posizioni di forza dominanti, agevolate altresì dalla debolezza e timidezza delle politiche fiscali.

È evidente, che ampliandosi la dimensione degli spazi interpretativi, soprattutto attraverso le interpretazioni costituzionalmente orientate e le interpretazioni conformi a Costituzione<sup>105</sup> il grado di incertezza aumenta. Da una parte, si ampliano gli spazi della decisione (sul piano interpretativo) e della produzione giuridica; dall'altra si contrae (*rectius* si limita) la discrezionalità della politica e della legge<sup>106</sup>. Di fatto, si assiste ad un ridimensionamento funzionale del Parlamento e del suo prodotto normativo che estende la portata del diritto rispetto alla politica e rende la società meno certa e statica. In questo oscillante rapporto tra politica e diritto s'inseriscono le prassi costituzionalmente orientate, quelle che sono espressione diretta della *potentia*, che provano ad incidere nei processi decisionali e quindi sulla produzione giuridica, in maniera più o meno diretta, partendo dal basso.

La pluralità delle fonti di produzione giuridica nell'ordinamento costituzionale vede, in una prima fase, ampliare lo spazio delle comu-

<sup>104</sup> In questi termini emblematica l'approvazione del c.d. Decreto sicurezza da parte del Governo Meloni, introduttivo di una numerosa quantità di nuove fattispecie penali, anche riguardanti la mera resistenza passiva. Il provvedimento è già stato segnalato dal Massimario della Corte Suprema di Cassazione per i suoi numerosi e possibili profili di illegittimità costituzionale. Sul punto, anche questioni di legittimità sono già state sollevate.

<sup>105</sup> Per un approfondimento CORTE COSTITUZIONALE, SERVIZIO STUDI E MASSIMARIO, *L'interpretazione secundum Constitutionem tra Corte costituzionale e giudici comuni brevi note sul tema*, a cura di L. Iannuccilli, Roma, 6 novembre 2009.

<sup>106</sup> Sul concetto di discrezionalità e potere G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989.

nità intermedie, partiti politici e sindacati<sup>107</sup>, e successivamente prendere sempre più spazio le Corti europee, determinando una erosione della sovranità statale<sup>108</sup>.

In questi termini, il pluralismo delle fonti di produzione non significa soltanto mancanza di preferenza per la legge formale, quale strumento normativo da preferire negli interventi innovativi dell'ordinamento, tutt'altro. Oltre al dato oggettivo del «disordine» nel sistema delle fonti (con leggi formali *in fieri* che diventano leggi sostanziali<sup>109</sup> e con *soft law* che diviene *hard law*), la produzione giuridica avviene anche tramite prassi, comportamenti, fatti messi in moto dalle comunità con un indirizzo politico ben preciso. Non sono consuetudini, è produzione giuridica popolare. Utilizzando, come prima argomentato, i giudici ad ogni livello come meccanismo di conflitto interno del sistema, ponendo contraddizioni ordinamentali<sup>110</sup>, vie di sfiatamento

<sup>107</sup> Sul difficile rapporto tra le due organizzazioni G. BENVENUTO, *Il sindacato e i partiti*, in AA.VV., *Spazio e ruolo del riformismo*, Bologna, 1974, pp. 161 ss.

<sup>108</sup> L'erosione della sovranità statale va intesa non solo sul piano formale della distribuzione delle competenze normative tra ordinamenti, ma nel suo significato più intimo e profondo. Essa segna il superamento della concezione ottocentesca della sovranità come potere esclusivo e indivisibile dello Stato, per tradursi in una trama multilivello, in cui la produzione giuridica è condivisa con attori sovranazionali (*in primis* le Corti europee) e con le stesse comunità intermedie. Ne discende una trasformazione della forma di Stato, nella quale l'autorità pubblica non è più concentrata ma diffusa, e la garanzia dei diritti passa attraverso un continuo bilanciamento tra ordinamenti e livelli di governo. Tuttavia, l'erosione della sovranità può essere considerata anche in maniera orizzontale, rispetto agli spazi che i cittadini rivendicano nella partecipazione democratica nell'ordinamento interno. Cfr. A. LUCARELLI, *Nuovi modelli del diritto pubblico. Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, in *Diritto Pubblico europeo Rassegna online*, gennaio 2015.

<sup>109</sup> Ne costituisce esempio il percorso seguito dal cosiddetto decreto sicurezza, inizialmente presentato come disegno di legge e poi 'avvocato' dall'esecutivo durante il dibattito parlamentare per essere trasfuso in un decreto-legge. Il fenomeno evidenzia come il sistema delle fonti conosca oggi un disordine strutturale e politico: accanto a leggi formali svuotate o trasformate *in itinere*, in fonti materiali, strumenti di *soft law* (linee guida, raccomandazioni, standard regolatori) acquistano forza vincolante, mentre prassi e condotte sociali si traducono in produzione giuridica effettiva. Ciò accade attraverso l'azione dei giudici, che fungono da snodo del conflitto interno al sistema, canalizzando nuove istanze sociali in interpretazioni evolutive o innovative, capaci di supplire alla mancanza di una disciplina legislativa o alla sua trasformazione oltre il dato letterale.

<sup>110</sup> Sulle relazioni intraordinamentali A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, trad. it. a cura di I. Mattei, Milano, 1995, pp. 189 ss.

dei nuovi diritti, interpretazioni evolutive o innovative, in assenza di legge formale che regoli i fenomeni.

Ma a questa fase, fa seguito, progressivamente, il consolidarsi di una forma di contrattualismo sociale ibrido, eterodosso, nel quale la cessione della *potentia* a favore della *potestas* avviene attraverso meccanismi intergovernativi, piuttosto che sovranazionali. La *potestas* s'incardina e si sviluppa attraverso accordi di natura internazionale, svilenando il ruolo delle assemblee e delle comunità reali. Ma il meccanismo, o meglio l'obiettivo, è sempre lo stesso: depotenziare la *multitudo*, in questo caso a netto vantaggio degli esecutivi e delle posizioni di rendita.

Nell'ordinamento codicistico, si è in presenza di un modello contrattualistico statico, mentre in quello costituzionale, il contratto tra Stato e comunità, tra potere e diritti assume dinamicità. Una dinamicità, tuttavia, sempre filtrata dalla rappresentanza che, attraverso il delirio dei partiti politici degli anni '60/'80<sup>111</sup>, trasforma in *fictio juris*<sup>112</sup> il solenne proclama contenuto nell'art. 1 della Costituzione: «La sovranità appartiene al popolo».

La lotta per il diritto, nell'ambito della forma di Stato democratico-sociale, si esplica attraverso una forma di democrazia del conflitto, nel Parlamento quale *genius loci*. La rappresentanza parlamentare si esplica attraverso la delega, il contratto sociale, senza agevolare, con spinte dal basso, veri e propri processi di liberazione e autorganizzazione. Si è visto negli anni, come si è già avuto modo di accennare nel corso del presente lavoro, che gli strumenti di democrazia diretta quali il referendum<sup>113</sup>, la legge di iniziativa popolare, la petizione, sono poco incisivi e, se va bene, sono considerati degli incidenti di percorso per la democrazia della rappresentanza.

In ogni caso, verso questi strumenti partecipativi scattano sempre dei processi di anestetizzazione, che provano a renderli inefficaci

<sup>111</sup> P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Bologna, 2021.

<sup>112</sup> Peraltro, che sia una *fictio* come la volontà dello Stato possa essere considerata convenzionalmente l'insieme delle volontà dei singoli era già chiaro in parte, seppur non ammesso in toto, a H. Kelsen, *Sociologia della democrazia*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1991, pp. 53 ss.

<sup>113</sup> M. DELLA MORTE, *Nelle pieghe del destruens. Brevi considerazioni sul referendum abrogativo e sul limite della funzione propositiva*, in *Scritti in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2019, pp. 933 ss.

e comunque al di fuori dalle logiche del conflitto. Anzi, peggio ancora, talvolta, generano un effetto *boomerang*, rispetto a situazioni di annichilimento della *potentia*, soprattutto quando la rappresentanza è incapace di decidere, e si scarica su tali strumenti la responsabilità politica<sup>114</sup>.

## 9. Dalla lotta per gli interessi alla lotta per i diritti

I mutamenti sociali, la consapevolezza dei diritti, anche su scala globale, si pensi a questioni legate al clima, ma anche ai processi migratori, quindi questioni che coinvolgono direttamente i diritti fondamentali, contribuiscono alla trasformazione della forma di Stato: dalla lotta per gli interessi e per la stabile certezza, ad una reale lotta per i diritti, che significa, innanzitutto, attuazione della Costituzione, seppur sempre filtrata dal ruolo decisivo della *potestas*.

Il Parlamento, la Corte costituzionale e il potere giudiziario, continuano a produrre diritto, sì con un tasso di conflittualità maggiore alla forma di Stato liberale, ma, in ogni caso, ancorato ad esigenze filtrate dalle comunità intermedie, e soprattutto dalla dinamica maggioranza-opposizione all'interno dell'organo legislativo<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Un caso emblematico è costituito dai referendum abrogativi dell'8-9 giugno 2025, su temi di lavoro e cittadinanza, promossi da sindacati e associazioni civili. Nonostante la raccolta di milioni di firme e l'ampio coinvolgimento pubblico, l'affluenza si è fermata a circa il 29,9%, ben al di sotto del quorum costituzionale del 50% + 1. Questo risultato evidenzia come strumenti partecipativi fortemente attivati possono diventare inefficaci o 'anestetizzati' se la rappresentanza politica non è in grado di tradurre le istanze popolari, scaricando su tali strumenti la responsabilità, senza assumerne le conseguenze effettive.

<sup>115</sup> Come si è detto, nell'attuale fase ordinamentale la produzione del diritto non può più essere ricondotta alla sola funzione legislativa. Parlamento, Corte costituzionale e magistratura ordinaria concorrono, con modalità differenti, a definire contenuti normativi, in un quadro che si caratterizza per un elevato tasso di conflittualità. Tale conflittualità, lungi dall'essere un'anomalia, rappresenta la cifra costitutiva della forma di Stato costituzionale, segnata da pluralità di fonti e dalla centralità dei diritti. In questo contesto i giudici svolgono un ruolo di supplenza e di innovazione: attraverso interpretazioni estensive o evolutive introducono regole nuove, danno effettività a principi costituzionali e fanno emergere diritti prima non riconosciuti, fungendo da meccanismo di riequilibrio interno al sistema. La giurisdizione diventa così un luogo di elaborazione giuridica capace di tradurre istanze sociali e conflitti politici in norme concrete, mantenendo un legame con le dinamiche maggioranza-opposizione e con le



Una dinamica che, tra l'altro, negli ultimi anni, è stata resa sempre più flebile, a causa della degenerazione della forma di governo parlamentare. Il mito della democrazia governante, a prescindere dalle riforme costituzionali, al momento sempre prospettate ma mai realizzate<sup>116</sup>, ha pervaso le menti della politica e della società, determinando un abuso dei decreti-legge, delle mozioni di fiducia, dei maxi emendamenti governativi, del monocameralismo di fatto<sup>117</sup>. Va da sé che queste temperie determinano una regressione del conflitto e quindi della incapacità, anche da parte della prassi strutturate, di riuscire ad incidere sull'indirizzo politico, soprattutto quando esso stesso comprime i principi costituzionali<sup>118</sup>.

E dunque, si torna alla radice della nostra riflessione, che si snoda tra forme di Stato e rapporto tra pensiero istituyente e potere istituito, partendo dalle dicotomie strutturali che coinvolgono le relazioni tra ordinamento civilistico e Costituzione, in ordine alla proprietà pub-

---

comunità intermedie, ma al tempo stesso affermando un'autonoma funzione di garanzia e di produzione normativa.

<sup>116</sup> La degenerazione della forma di governo parlamentare è anche il prodotto di un dibattito riformatore mai realmente concluso. Sin dagli anni Ottanta, e ancor prima, si sono susseguiti tentativi di revisione costituzionale che, tuttavia, non hanno mai trovato compiuta realizzazione. È il senso di quella che Malaschini ha definito *la tela di Penelope*: riforme tessute con fatica e puntualmente disfatte dal mutare degli equilibri politici progetto premierato (A.S. 935). In questo contesto, il mito della «democrazia governante» ha assunto il carattere di un orizzonte costantemente evocato ma mai raggiunto, lasciando spazio a prassi di concentrazione del potere esecutivo che hanno accentuato l'indebolimento del parlamentarismo senza un corrispondente aumento della rappresentatività. Sul punto A. MALASCHINI, *La tela di Penelope: settant'anni di tentativi, mai riusciti, di riforme costituzionali. Una cronaca*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 2/2022, pp. 375-412.

<sup>117</sup> I. MASSA PINTO, *Il "monocameralismo di fatto" e la questione della perdurante validità della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2022, Parte I, pp. 88 ss.; A. MANZELLA, *Elogio dell'assemblea*, Modena, 2020, pp. 65 ss.; G. TARLI BARBIERI, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformistici e lacune normative*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019; F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo "in" Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012; A. CARDONE, *Il sistema delle fonti e forma di governo*, Bologna, 2023, *passim*.

<sup>118</sup> Già per H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, trad. it. a cura di C. Geraci, Milano, 1982, pp. 9 ss: «solo una parte può intervenire nel processo di formazione della volontà sociale, in quanto esistono taluni limiti naturali [...] inoltre, di coloro che possono e devono intervenire, solo una parte interviene, in quanto manca un interesse politico; che il principio rappresentativo, non importa se riferito ad un parlamento o ad un governo eletto direttamente dal popolo, è una finzione per mantenere l'ideologia democratica della libertà».

blica. Ma, facendo ancora un passo indietro, che segna il filo rosso del ragionamento, il tema di fondo resta che, pur con le sostanziali summenzionate differenze, entrambi i modelli – pre-costituzionale e costituzionale – si riparano e pongono affidamento nelle tematiche tipiche degli schemi contrattualistici.

È evidente che quello costituzionale, che esprime una forma di Stato democratica a trazione sociale, rappresenti più centri di produzione giuridica, ma sempre di natura verticistica e, comunque, sempre espressione di contingenti cessioni di sovranità. La conseguenza, ma direi la dimostrazione è che ancora oggi riesce a resistere il modello civilistico della proprietà pubblica, nonostante sia disallineato alla forma di Stato e ai principi costituzionali.

È evidente, come in ambiti così delicati e fragili, gli interessi dominanti, anche se posti dinanzi a un pensiero istituyente molto strutturato e supportato da prassi costituzionalmente orientate, non riesca ad imporsi, se non attraverso piccoli casi in cui esso sia recepito o da amministrazioni locali visionarie<sup>119</sup> o da giudici che mettono al centro della loro decisione la Costituzione e/o facciano proprie interpretazioni della dottrina costituzionalmente orientate.

Non è questa la sede ovviamente per affrontare le tematiche e le criticità del contrattualismo sociale, ci vorrebbe ben altra riflessione. Tuttavia, quello che preme sottolineare è la percezione di come le sue declinazioni applicative, non tanto teoriche, ma appunto pratiche, abbiano avuto e continuino ad avere influenza sulla *potentia* dei cittadini, soprattutto quando si percepisce l'inadeguatezza ad incanalarsi negli strumenti tipici della partecipazione politica.

Certo, in estrema sintesi, si è portati a definire la forma di Stato liberale, pre-costituzionale come un modello, soprattutto quello civilistico, per quanto ci riguarda, più di stampo *hegeliano*; espressione del-

---

<sup>119</sup> Ad esempio, nel contesto partenopeo, tali esperienze sono costituite, da un lato, dall'Azienda speciale ABC – Acqua Bene Comune, che ha preservato la gestione pubblica di una risorsa essenziale quale l'acqua, sottraendola a dinamiche meramente mercantili e affaristiche e sperimentando modelli di amministrazione partecipata e di bilancio trasparente; dall'altro, dal caso dell'ex Asilo Filangieri, restituito alla collettività napoletana quale luogo di incontro e di elaborazione culturale, in forza di una deliberazione di Giunta, secondo la logica dei beni comuni come patrimonio condiviso e destinato all'uso collettivo, di quello e di altri luoghi che hanno vissuto lo stesso processo trasformativo. *Ex multis*, cfr. la Delibera di Giunta del Comune di Napoli n. 400 del 25.05.2012.

lo Stato di potenza<sup>120</sup>, sia nei confronti del mercato<sup>121</sup> che delle libertà individuali e collettive<sup>122</sup>. Mentre, quello costituzionale, si articola più nell'accezione *roussoviana*, mitigando, tuttavia, gli effetti assolutistici della sovranità popolare, circoscrivendo la politica e la legge nel perimetro di sovrastanti e condivisi principi giuridici, sottoponendola al controllo della Consulta.

Per quello che si è potuto constatare, nel tentativo di allineamento del regime dei beni pubblici codicistico alla Costituzione, il concreto agire all'interno della forma di Stato democratica, non è riuscito ad impedire che i processi di resistenza e liberazione fossero soffocati o, comunque, oggetto di continue ostilità. Gli istituti di partecipazione politica, alternativi ai partiti politici, hanno dimostrato negli anni tutti i loro limiti<sup>123</sup>. La democratizzazione delle forme e dei contenuti dello Stato sociale non ha impedito che le forme più autoreferenziali e di cessione del potere del contratto sociale si imponessero rispetto alle energie della *potentia*. In questo senso, Smend ed Heller, due dei quattro *moschettieri* di Weimar insieme a Kelsen e a Schmitt, a partire dagli anni Venti, evidenzieranno, a più riprese, proprio tutti i limiti del contrattualismo puro al servizio dello Stato di potenza<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> Concezione che emerge chiaramente in G.W.F. HEGEL, *La Costituzione della Germania* in *Scritti storici e politici*, trad.it. a cura di D. Losurdo, Roma-Bari, 1997, spec. pp. 19 ss.

<sup>121</sup> In merito alla tensione tra mercato e diritti AA.VV., *Mercato istituzioni e regole. Sul difficile dialogo tra diritto ed economia*, Roma, 2025.

<sup>122</sup> U. MATTEI, *Alcune Riflessioni su Struttura Proprietaria e Mercato*, in *Rivista critica diritto privato*, 1996.

<sup>123</sup> J. FERRACUTI, *Gli istituti di democrazia diretta a 75 anni dall'entrata in vigore della Costituzione. Bilancio provvisorio e prospettive di riforma*, in *Consulta Online*, n. 1/2023.

<sup>124</sup> Cfr. R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, trad. it. a cura di F. Fiore e J. Luther, Milano, 1988, p. 148; H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, trad. it. a cura di U. Pomarici, Napoli, 1988, pp. 428 ss.; come impossibilità di omogeneità politica ID., *Democrazia politica e omogeneità sociale*, 1928, trad. it., in *Quaderni piacentini*, n. 10/1983, p. 139. Sul contesto weimariano e sul dibattito tra i quattro grandi della Staatsrechtslehre si veda anche C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984; H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, trad.it. a cura di M. Barbaeris, Bologna, 1998, pp. 41-152.

## 10. Il modello contrattualistico tra regime codicistico e regime costituzionale: in ordine allo statuto giuridico dei beni pubblici

È evidente che in Italia i meccanismi di funzionamento del modello contrattualistico hanno percezioni e applicazioni diverse tra il regime codicistico e quello costituzionale, tuttavia, essi, *regolando* la comunità nell'esprimere la propria *forza selvaggia*, continuano a basarsi su rapporti di forza, parlamentari e extra parlamentari.

Il contratto che s'incarna nella sovranità popolare, diluita nella democrazia della rappresentanza, continua ad ostacolare un materiale processo di liberazione della società. Gli istituti di democrazia diretta e partecipativa, salvo pochi casi, sono avvolti da eccessive regole che o li depotenziano o rischiano di essere manipolati<sup>125</sup>.

La massa critica che si auto forma e auto riproduce nei processi di resistenza, antagonismo e agonismo riesce talvolta, per incidere, a saltare lo schema contrattualistico, i rapporti di forza, la certezza calata dall'alto. Rompe i filtri e si relaziona direttamente alla rappresentanza, ma in un rapporto di verità e non di *fictio juris*, che significa senza processi di assorbimento della sua *forza selvaggia*, e con un rapporto diretto con il potere giudiziario, il quale, attraverso la forza che proviene dal basso, può produrre sentenze costituzionalmente orientate.

Insomma, un quadro che implica un'attività permanente dal basso, ora di controllo, ora di proposizione che, in ogni caso, non è in grado nel tempo di reggere, soprattutto se trova ostilità ideologica permanente dal pensiero istituito. Ed è un vero peccato non cogliere l'occasione di ampliare il binomio antagonismo-agonismo nella fase finale della decisione<sup>126</sup>, del momento della produzione giuridica o amministrativa. Al contrario, laddove la *potentia* riesca ad incidere ed entrare, a vario modo, nei canali della produzione giuridica, è possibile addivenire alla nascita di nuove norme giuridiche, che radicano la loro natura nell'interpretazione teleologica-costituzionale del sistema alla luce della prassi fattuale e di fattispecie concrete.

È stato il caso del lavoro svolto in Commissione Rodotà, laddove c'è stato un momento, poi frustrato, nel quale potere istituyente e po-

<sup>125</sup> Come rilevato anche da M.C. GRISOLIA, *Democrazia diretta e rappresentativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019.

<sup>126</sup> S. LIETO, *Partecipazione e decisione nel modello democratico rappresentativo*, in AA.VV., *La partecipazione (im)possibile? La democrazia e i suoi percorsi evolutivi*, Torino, 2015.

tere istituito si sono intrecciati, provando a dare una nuova visione dei beni pubblici allineata ai principi costituzionali, ma soprattutto sensibile alle prassi poste in essere nella società, costituzionalmente orientate. Categorie giuridiche elaborate, ma non trasformatesi in diritto positivo vigente che tuttavia rivivono attraverso le prassi, talvolta anche attraverso la sensibilità del potere giudiziario<sup>127</sup>.

Questo processo di sussunzione giuridica, dal basso verso l'alto, rappresenta l'esatto opposto della normale attività sillogistica che il Giudice, nel radicamento fattispecie astratta-fattispecie concreta, ha sempre svolto nei secoli. Il Giudicante, normalmente, muove da una fattispecie generale per adattarla ad una particolare. In questo caso, invece, sta succedendo l'esatto contrario: da una fattispecie nuova, concreta, apolide, gemmano norme che diverranno, poi, fattispecie generali da applicare ad altri casi concreti, simili o uguali<sup>128</sup>.

Insomma, ordinamento civilistico e ordinamento costituzionale, pur essendo entrambi riconducibili a sistemi contrattualistici, sono espressione di modelli culturali, politici, giuridici, economico-sociali totalmente differenti. Questa tensione assume tutta la sua plasticità, ad esempio, volendo parallelamente ragionare sui diritti reali, sui diritti civili, sul negozio giuridico, tanto per rappresentare qualche esempio.

---

<sup>127</sup> Con l'espressione *prassi costituzionalmente orientate* si indicano quelle pratiche e quei comportamenti che, pur non essendo disciplinati direttamente da fonti legislative o costituzionali, traggono legittimazione dai principi della Carta e ne sviluppino la portata sostanziale. Esse si distinguono dalle mere consuetudini politiche perché orientano concretamente la produzione giuridica, fungendo da veicolo di effettività dei diritti e da limite all'arbitrio della politica. In questa prospettiva, i giudici sono spesso chiamati a riconoscere tali prassi, trasformandole in diritto vivente: basti pensare alle esperienze in tema di beni comuni, di diritto all'acqua o di tutela ambientale, nelle quali conflitto sociale e principi costituzionali si sono intrecciati generando nuove forme di garanzia. Cfr. A. LUCARELLI, *Il Costituzionalismo tra tradizione e prassi*, Napoli, 2025, *passim*.

<sup>128</sup> Si pensi, ad esempio, al c.d. caso *Englaro*, da cui è scaturita una giurisprudenza successiva sul fine vita che ha progressivamente delineato principi generali in materia di autodeterminazione terapeutica; oppure al caso *Meroni* (Cass., SS.UU. civ., sent. n. 174 del 26 gennaio 1971), in cui la Corte di cassazione, a seguito della morte del calciatore del Torino Luigi Meroni, riconobbe il diritto della società sportiva al risarcimento per la perdita delle prestazioni future, ampliando l'ambito di applicazione dell'art. 2043 c.c. e segnando un'evoluzione nel sistema della responsabilità civile. In entrambe le esperienze, la fattispecie concreta si è trasformata in matrice di regole generali, invertendo il percorso tradizionale della sussunzione giudiziale e mostrando la capacità del diritto vivente di generare nuove categorie normative.

Le suddette categorie tradizionali incardinate nella Costituzione tendono progressivamente a prendere le distanze dalla dimensione assolutistica dell'autonomia privata<sup>129</sup>, della proprietà, del contratto<sup>130</sup>. Ma questo ovviamente è un discorso che esulerebbe dall'oggetto del nostro ragionamento, che, in maniera più circoscritta, soprattutto rispetto a categorie giuridiche che hanno da tempo rappresentato i baluardi dello Stato borghese, vuole evidenziare i limiti del modello contrattualistico, nella sua autoreferenzialità, rispetto ad esigenze reali che si formano e provengono dal basso.

## 11. Ancora sulle tensioni e dicotomie tra i due impianti normativi

L'individuo codicistico, nella Costituzione, si contrae e si espande, si autolimita e, di volta in volta, assume tratti tipici della persona, piuttosto che dell'individuo<sup>131</sup>, subordinati e perimetrati da principi sovrastanti, contenuti nella Carta del '48.

Penso, in particolare, ai principi di giustizia sociale, di solidarietà, di eguaglianza sostanziale, di redistribuzione, ma in senso più ampio sul versante dell'organizzazione del potere, ai limiti al potere politico, al principio di legalità sostanziale ai limiti alla politica, in una permanente azione del pluralismo e delle minoranze. Si tratta di un'azione a fisarmonica, la persona si espande e si ritrae nella sua portata giuridica, oscillando tra diritti e doveri ben piantati in principi sovrastanti che ne garantiscono l'effettività e la mettono in sicurezza, rispetto alle tempeste contingenti della politica.

Il Codice civile, espressione, in ogni caso, di principi e valori che si riflettono in una società ben salda nei suoi valori borghesi, è manifestazione del potere, dei benefici e della protezione che lo stesso attribuisce alle libertà individuali, assecondando la preesistenza dei rapporti di forza. A differenza della Costituzione, che ha quale suo *prius* il limite al potere politico, l'ordinamento codicistico asseconda, se non addirittura, rafforza, il potere. Il modello codicistico non è riconducibile ai

---

<sup>129</sup> L. NIVARRA, *Drittwirkung, autonomia privata e giudice creativo*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 4/2024.

<sup>130</sup> F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970.

<sup>131</sup> Su Costituzione e rapporti economici M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003; E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, spec. p. 1272.

valori democratici, la Costituzione si basa su valori e principi riconducibili alla forma di Stato democratico-sociale. Questa affermazione sembrerebbe scontata, in realtà al di là dell'enunciazione, va dimostrata caso per caso, e in ordine alla tematica oggetto della nostra riflessione è plasticamente evidente come il regime della proprietà pubblica prescinda dalla funzione sociale, che nel sistema costituzionale significa centralità della dignità della persona, nel rispetto dei principi di giustizia sociale, eguaglianza e solidarietà. La proprietà pubblica deve essere servente alla persona, e direi di più, la sua funzione deve essere orientata a ridurre le disuguaglianze presenti nella società. Le tensioni e le dicotomie tra i due impianti sono naturali, sono nell'ordine delle cose; tutto ciò provoca progressivamente un impegno ermeneutico, soprattutto in relazione ai diversi significati di normatività e prescrittività, che assume negli anni la Costituzione, per impulso e sollecitazione della Corte costituzionale, ma molto anche attraverso l'attività svolta dalla Corte Suprema di Cassazione<sup>132</sup>.

Si innestano tre processi, una volta accertata e attribuita la natura di norma alla Costituzione, sul piano dell'effettività e della soluzione di casi concreti: 1. di adeguamento delle regole codicistiche ai principi costituzionali, attraverso le c.d. interpretazioni costituzionalmente orientate, con diversi limiti; 2. di accertamento di illegittimità costituzionale di regole codicistiche rispetto al dettato costituzionale; 3. la nascita di nuovi diritti e di veri e propri nuovi strumenti giuridici,

---

<sup>132</sup> Come ricorda R. BIN, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, in AA.Vv., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa, XX Convegno annuale dell'AIC*, Napoli, 2006, pp. 201 ss.: il progressivo ampliarsi della funzione ermeneutica, tanto della Corte costituzionale quanto della Corte di Cassazione, si lega al tema della diretta applicazione della Costituzione e alla sua efficacia precettiva. Come ricorda Bin, il superamento della concezione programmatica delle norme costituzionali ha comportato che esse siano divenute parametro immediato di giudizio e, in molti casi, fonte diretta della «regola del caso». L'interpretazione conforme a Costituzione, le sentenze interpretative e l'elaborazione del diritto vivente hanno reso la Carta parte integrante del materiale normativo da applicare, riducendo progressivamente il primato formale della legge ordinaria e valorizzando il ruolo della giurisprudenza ordinaria e costituzionale come produttrice di norme a presidio dei diritti fondamentali. Ad esempio, in riferimento al diritto pubblico, centrale la sentenza della Cassazione n. 500/1999, con cui notoriamente è stata stabilita la risarcibilità degli interessi legittimi, valorizzando gli artt. 24 e 113 Cost., attraverso la tutela costituzionale dei diritti garantiti dalla Carta.

ricavabili dagli obblighi costituzionali (spesso ex art. 2 Cost.)<sup>133</sup>, che danno vita, attraverso l'azione dell'autorità giudiziaria, a vere e proprie innovazioni nell'ordinamento civile, prescindendo dall'esistenza di disposizioni positive in tal senso, da attività abroganti o da annullamenti.

In questo senso, si pensi a istituti giuridici prima impensabili, quali il danno da *vacanza rovinata*, il risarcimento per perdita di *chance*, i diritti della personalità, il risarcimento del danno per attività provvedimentale della pubblica amministrazione o per legittimo affidamento, ma, soprattutto, il sindacato sull'atto politico e la giustiziabilità di ogni atto che incide sui diritti<sup>134</sup>.

Tuttavia, in tutte e tre le ipotesi, specie nella terza, restiamo sempre in un ambito nel quale diritto, conflitti, produzione giuridica esprimono il dominio dell'autorità giudiziaria, che prova a divenire progressivamente, pur nella sua disorganicità e asistematicità, il vero arbitro che accerta le asimmetrie e le risolve in via interpretativa, applicando il principio gerarchico ovvero i principi generali dell'ordinamento giuridico<sup>135</sup>. Ciò che rappresenta un'imprescindibile garanzia di rispetto

---

<sup>133</sup> Il «catalogo aperto» di cui all'art. 2 Cost. ha nel corso del tempo fornito la sponda alla giurisprudenza per ampliare il novero delle situazioni soggettive dei singoli agganciandole al dettato costituzionale e costruendo *ex novo* diritti. Cass., n. 26972/2008 e le successive sentenze gemelle, hanno ridefinito la categoria dei danni non patrimoniali, collegandola direttamente agli artt. 2 e 32 Cost., e affermando che il danno alla persona non si riduce al danno morale soggettivo, ma include tutte le lesioni di diritti inviolabili. Invece, tra le tante, Cass., sent. n. 21748/2007 (caso Englaro) – ha riconosciuto la possibilità di interrompere i trattamenti di sostegno vitale in base al principio di autodeterminazione, fondato sugli artt. 2, 13 e 32 Cost.

<sup>134</sup> La giurisprudenza più recente delle Sezioni Unite, in particolare, Cass., SS.UU, ord. n. 5992/2025 resa sul c.d. caso *Diciotti*, ha ribadito che il principio di giustiziabilità degli atti del potere pubblico rappresenta un cardine dello Stato di diritto. L'atto politico, come nozione di stretta interpretazione, può essere sottratto al sindacato giurisdizionale solo se esprime scelte supreme di direzione politica generale dello Stato, insuscettibili di parametri giuridici di riferimento. Ogniqualvolta, invece, l'atto – pur ispirato da valutazioni politiche – si innesti su norme che ne disciplinano l'esercizio, soprattutto quando siano coinvolti diritti inviolabili della persona, esso diviene sindacabile in sede giurisdizionale. L'impugnabilità dell'atto, in altre parole, è la regola, costituendo garanzia indefettibile della tutela giurisdizionale effettiva e accessibile per i cittadini.

<sup>135</sup> O. CHessa, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2004, pp. 56-57; più in generale sul ruolo della giurisprudenza in tale contesto c'è chi ha parlato di vero e proprio suprematismo giudiziario, il riferimento è ad A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 12/2021. E,



dello Stato di diritto, attraverso un giudice autonomo e indipendente, che accerta e assicura i diritti. Tuttavia, se il giudice si trasforma in supplente dell'attività del potere legislativo e esecutivo, rischia di divenire il pretesto per attacchi alla magistratura, attraverso la proposizione di riforme, per ricondurre *pezzi* della magistratura al potere esecutivo<sup>136</sup>.

Ma in ordine al nostro tema, tengo a ricordare che se non ci fosse stata la prima sentenza della Corte suprema di Cassazione del 2012<sup>137</sup> in merito ai beni comuni, probabilmente, la tensione della *communitas* non si sarebbe trasformata in plurimi atti di riconoscimento della categoria<sup>138</sup>.

È evidente che i conflitti s'incardinano dinanzi al potere giudiziario, a valle dello schema contrattualistico, piuttosto che mediante processi reali di liberazione. La cessione di sovranità statale è il presupposto dell'agire proveniente dal pensiero istituyente. Si tratta della configurazione di uno schema che non è posto alla base della costitu-

---

prima ancora ID., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2019, pp. 251-290; sulla funzione della Corte e sui conflitti sociali A.E. CHIAPPETTA, *Costituzione, pena e società: il controllo di costituzionalità nella crisi della rappresentanza*, in *Unità e pluralità del sapere giuridico*, n. 3/2025.

<sup>136</sup> La riforma costituzionale sulla separazione delle carriere tra magistratura requirente e giudicante è stata approvata in terza lettura dalla Camera il 18 settembre 2025, con 243 voti favorevoli e 109 contrari. Il testo dovrà tornare a Palazzo Madama per la seconda deliberazione. La vicenda conferma come l'accentuarsi della supplenza giudiziaria rispetto alla funzione politica alimenti proposte di riforma che, pur formalmente volte a riequilibrare i poteri, rischiano di tradursi in un riassetto funzionale a ricondurre parti della magistratura sotto l'influenza dell'esecutivo, con conseguente compressione delle garanzie di autonomia e indipendenza poste a presidio dello Stato di diritto. Sul dibattito si veda, per tutti, A. SPATARO, *La separazione delle carriere: repetita iuvant!*, in *Giustizia Insieme*, 21 gennaio 2025.

<sup>137</sup> Il riferimento è a Cass., SS.UU., sent. n. 3665/2011, con commento di S. LIETO, *Beni comuni, diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Politica del diritto*, n. 2/2011, pp. 331-350.

<sup>138</sup> Numerosi sono i riconoscimenti di tale categoria. Per via giurisprudenziale amministrativa si vedano, su tutte, Cons. Stato, ord. n. 2543/2015; CGA per la Regione siciliana, sent. n. 990/2022. A livello politico, numerosi Comuni hanno rilanciato la categoria dei beni comuni in tutta Italia. Il Comune di Napoli ha inserito il riconoscimento e la protezione di tali beni nell'art. 3 dello Statuto, e con deliberazione consiliare n. 8 dell'8 aprile 2012 è stato approvato il regolamento istitutivo di una *Costituente dei beni comuni*. Il testo regolamentare prevedeva che l'Amministrazione garantisse, in ogni fase, momenti di partecipazione pubblica. Da questo percorso è scaturito il *Regolamento delle Consulte per la disciplina dei beni comuni*, ispirato al principio secondo cui «ogni cittadino deve concorrere al progresso naturale e spirituale della Città».

zione di una libera società civile ma, piuttosto, a legittimazione di una costituzione della società politica.

La società politica, che non è espressione di potere istituyente, quindi non raccoglie tutte le energie della *potentia*, seleziona gli interessi che si trasferiscono, quale attività di intermediazione, dalla società civile allo Stato. In sostanza, è una operazione che legittima e rafforza la *potestas*, frammentando la *potentia*, laddove la prima è intesa quale capacità di produrre le cose e la seconda è la forza che attualmente le produce, al di fuori dei meccanismi alienanti ed escludenti del Contratto sociale.

Come si è visto, ciò non esclude affatto, soprattutto all'interno dei modelli costituzionali, quali il nostro, che si verifichi un intreccio virtuoso tra potere istituyente e potere istituito, che il processo politico giuridico-amministrativo abbia un percorso con plurimi protagonisti e con dei terminali che possano essere sia le assemblee politiche che il potere giudiziario.

## 12. Fondamento e funzionalità della *potentia*

La *potentia*, quale costituzione collettiva permanente e autorigenenerativa, fonda la *potestas*, non disconosce la rappresentanza, ma allo stesso tempo, consapevole della sua massa critica, è pronta a *cercare* altri luoghi e momenti della produzione giuridica, perlomeno nei suoi aspetti processuali. La *potentia* della *multitudo* cerca i suoi canali di produzione del diritto, a livello locale, regionale, ma anche statale, attraverso il ruolo dei giudici, e se del caso, dei meccanismi della democrazia partecipativa e diretta. Talvolta, la sua pressione strutturata e consapevole riesce a trovare sintonia con la rappresentanza, più di rado è che la maggioranza ascolti le sue istanze. Ci sono casi eclatanti, quali il primo Governo Conte, con presidenza della Camera Roberto Fico, uno dei leader storici del M5S, dalla sua nascita convinti assertori dell'acqua pubblica, eppure una volta divenuti espressione del pensiero istituito hanno del tutto abbandonato quei valori, determinando una lacerazione con la *potentia*, che pure in una prima fase sembrava volessero rappresentare come già indicato *supra*.

Un caso appunto eclatante, che dimostra la cesura tra i due mondi, nel quale il contratto sociale non riesce, una volta acquisita la cessione di sovranità da parte dei cittadini, a restare in sintonia con gli ambien-

ti extra parlamentari. Ma, a differenza della *potestas*, forza derivata, incardinata, e direi ingabbiata, nei processi istituzionali, la *potentia* è in grado, di volta in volta, di individuare i canali di produzione più adeguati e più incisivi. È una forza mutevole, incerta, che è in grado di trasformare la *potestas* in un prodotto del processo permanente.

Quindi la *potentia* si presenta quale fonte di mobile e permanente resistenza, ma anche con una capacità, talvolta, di strumentalizzare, all'interno degli assetti istituzionali, l'esercizio del potere. E, in questa direzione, si veda Foucault<sup>139</sup>, il quale rifiuta la concezione del potere come qualcosa di statico e centralizzato, preferendo considerarlo come una relazione dinamica e diffusa che attraversa tutti i livelli della società, ma allo stesso tempo guarda con molta attenzione a forme di resistenza all'interno del potere.

L'impatto sul modello contrattualistico, a trazione più o meno monocratica o collegiale, trova un *muro* nei sistemi nei quali il giudice è *bouche de la loi*<sup>140</sup>. Quanto più è debole la discrezionalità del giudice e forte la certezza nella regolazione della fattispecie concreta, tanto più è flebile la capacità del diritto di perimetrare l'azione della politica, contraendosi l'espansione fondativa della *potentia*. Le paludi della certezza, selettive ed escludenti, temono la *potentia*, la *multitudo*, mentre il contrattualismo costituzionale, a differenza di quello codicistico, prova, seppur in gabbie precostituite, ad assegnare un ruolo alla *potentia*, percependone la sua originalità e provando ad assegnargli spazi, ma comunque circoscritti e regolati, che mal si conciliano con il suo vigore selvaggio. Ecco perché il pensiero di Montesquieu non è

<sup>139</sup> Tra tutte le opere, interamente si rimanda a M. FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici*, trad.it. a cura di P. Pasquino, Torino, 1977. Qui Foucault insiste sul carattere reticolare e relazionale del potere, e sul fatto che ogni dispositivo di potere produce anche spazi di resistenza.

<sup>140</sup> L'espressione *bouche de la loi*, coniata da Montesquieu nello *Esprit des lois*, indica il giudice come mero esecutore della volontà legislativa, privo di autonomia interpretativa. Tale concezione, radicata nel modello contrattualistico classico e nel formalismo statuale di matrice illuministica e rivoluzionaria, si traduce nella riduzione del ruolo della giurisdizione a funzione puramente applicativa, in cui la discrezionalità interpretativa è compressa a vantaggio della certezza normativa. In questo quadro, la capacità del diritto di delimitare l'azione della politica risulta drasticamente ridotta: non essendovi spazio per un'elaborazione creativa o per un bilanciamento dei principi, il giudice non può farsi garante dei diritti né costituire argine all'espansione del potere politico, con il rischio di neutralizzare la funzione dinamica della *potentia* quale fonte istituyente dell'ordinamento.

applicabile alle moderne democrazie occidentali europee: la forma di Stato repubblicana con una Costituzione rigida necessita di un ordine giudiziario interpretativamente libero, elastico, affinché possa essere garantita la corretta applicazione, nel tempo, del dato costituzionale, anche per preservare la rigidità stessa della Costituzione. Con una attività interpretativa evolutiva delle Corti, la Costituzione non ha bisogno di essere modificata, all'insorgenza dei nuovi diritti. Tramite l'avvento del conflitto, dal significato polisenso dei diritti e delle libertà possono essere ricavati nuovi spazi di copertura delle istanze sociali, a Costituzione invariata, e dunque, letteralmente preservata.

Si prova in ogni caso, attraverso regole, ad avviare processi di mediazione, che tuttavia difficilmente riescono a circoscrivere la forza della *potentia* che emerge e si sintonizza con il diritto naturale<sup>141</sup>, al punto da divenire quest'ultimo, espressione della potenza e ostruzione immediata delle libertà, il tutto nell'ambito di un processo autofondativo di legittimazione permanente.

È evidente che tutto ciò, dal livello globale a quello locale, profonda espressione di verità, fa *tremare* le costruzioni artificiali, la *fictio* del contratto sociale, fa *tremare* l'*absolutum imperium* hegeliano, che all'apice della sua *arroganza*, vede tutto il resto espressione di rozzezza e ignoranza<sup>142</sup>.

Ma va ricordato che proprio la *potentia* è stata espressione della lotta partigiana, della resistenza e della liberazione, senza la quale

<sup>141</sup> B. SPINOZA, *Trattato teologico-politico*, trad.it. a cura di A. Droetto, Torino, 2007; B. SPINOZA, *Trattato politico*, trad.it. a cura di P. Cristofolini, Pisa, 2004; J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, trad.it., a cura di L. Pareyson, Milano, 2010.

<sup>142</sup> Qui la letteratura sarebbe molto vasta. In termini esplicativi, la critica all'*absolutum imperium* hegeliano ha trovato riscontri significativi tanto nella filosofia politica del Novecento quanto nella rilettura contemporanea di Spinoza. Da un lato, K. POPPER *La società aperta e i suoi nemici*, trad.it. a cura di D. Antiseri, Roma, 2018, *passim*; nonché B. RUSSEL, *Storia della filosofia occidentale*, trad.it. a cura di L. Pavolini, Milano 2004, *passim*, da prospettive differenti hanno denunciato l'hegelismo come giustificazione ideologica dell'assolutismo statale, valorizzando forse la parentesi prussiana, in antitesi con i principi di libertà individuale. Dall'altro, la tradizione spinoziana, rivitalizzata da A. NEGRI, *L'anomalia selvaggia*, ora in ID., *Spinoza*, Bologna, 2023, ha contrapposto all'idea hegeliana di Stato-Ragione la *potentia* costituente della moltitudine, intesa come forza sociale diffusa e irriducibile alla concentrazione del potere sovrano. Tale filone di pensiero, sviluppato anche in dialogo con le riletture marxiste di Spinoza, ha evidenziato come le costruzioni autoritarie e centralistiche rappresentino una *fictio* rispetto alla vitalità produttiva del sociale, mostrando il nesso tra critica della sovranità assoluta e apertura verso modelli pluralistici e democratici.

non vi sarebbe stata alcuna legittimazione all'esercizio del potere costituente. Nell'esercizio del potere costituente, permane tutta la forza selvaggia della *potentia*, che progressivamente si attenua, in particolare quando la *potestas* si pone l'obiettivo di trasformarla in una forza a sé servente e funzionale, trasferendola e alienandola quale fondamento della sovranità. Senza *potentia* la *potestas* non potrebbe esistere e dunque continua a essere legata a doppio filo per questo non si può mai del tutto sedare il conflitto.

Riconducendo il processo di legittimazione ad unità, la *multitudo* perde progressivamente la sua qualificazione di soggetto giuridico, depotenziando la sua capacità di incidere sui processi di liberazione e di resistenza. Si disperde la molteplicità delle proposte, dei bisogni, delle esperienze, che nel loro insieme stanno alla base del processo di autoformazione della *potentia*, anche nella sua dimensione fisica, e di continue sollecitazioni alla *potestas*.

Il contrattualismo, anche nelle sue espressioni più democratiche, impatta sull'estetica della *multitudo*, perché invece di coglierne i benefici, anche in senso romantico, la teme, soprattutto teme le sue forme, il suo dinamismo, la sua percezione di movimento e di produzione di visioni.

Ma la *potentia*, quale forza selvaggia e diffusa, espressione di una forza *instituens*, alimentata dall'energia creativa della prassi, non può che dispiegarsi attraverso il dissenso e il conflitto. Nel riprendere il pensiero di Machiavelli, emerge come proprio il conflitto sia fondamentale perché contrasta l'ozio, la quiete, impedendo la decadenza. Il conflitto è un principio di libertà e di potenza<sup>143</sup>. In merito al conflitto, ma soprattutto alle modalità di conflitto, alla sua perimetrazione e ovviamente ai suoi obiettivi.

Bifulco, di recente, ha analizzato il pensiero di Claude Lefort, a sua volta fortemente influenzato dalla radicalità di Machiavelli<sup>144</sup>. E soprattutto nell'analisi del conflitto, funzionale a un sano atteggiarsi della democrazia, rispetto alle tesi di Machiavelli se ne fa un importante distinguo da Marx.

<sup>143</sup> M. CILIBERTO, *Niccolò Machiavelli. Ragione e pazzia*, Roma-Bari, 2019, pp. 76 ss.

<sup>144</sup> R. BIFULCO, *Il potere è un luogo vuoto. Democrazie e virtù del conflitto secondo Claude Lefort*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2024, Parte IV, pp. 12 ss., che qui riprende C. LEFORT, *Machiavelli. La dimensione economica del politico*, in ID., *Le forme della storia: saggi di antropologia politica*, Bologna, 2005, p. 140.

In particolare, e questa secondo me, la parte dirimente, la *potentia*, il pensiero istituyente, nella sua espressione selvaggia, non si esaurisce con il raggiungimento di un obiettivo, ma è la stessa visione del permanente movimento che lo corrobora e lo alimenta, e la differenza con la tradizione del pensiero *marxiano*, in cui il conflitto è destinato a dissolversi una volta realizzatesi le condizioni per una società comunista<sup>145</sup>. In ogni caso, ogni tentativo di eliminare il conflitto è destinato a produrre negatività, «diventa il segno di una società mutilata»<sup>146</sup>, e soprattutto è il conflitto, in versione oppositiva, ma anche fondativa, attraverso pratiche costituzionalmente orientate, che esprime l’emancipazione del sociale da forme arcaiche di potere in cui la legge serviva a fissare il posto del dominante e del dominato<sup>147</sup>. Va precisato che l’autorigenerazione del conflitto è completamente svincolata dalle tornate elettorali, anzi occorre diffidare di chi utilizza il conflitto in funzione delle tornate elettorali; si tratta di un modo squallido per raccogliere consenso. Queste pratiche hanno nulla o poco in comune con le energie pure della *potentia*. Inoltre, non c’è nulla di più tossico che l’istituzionalizzazione del conflitto, che appare piuttosto come un processo di normalizzazione dello stesso.

### 13. La *potentia* alla base delle tensioni tra pensiero istituyente e pensiero istituito

La vita, come sostiene Roberto Esposito<sup>148</sup>, è sempre istituita, vale a dire sempre formata dentro un determinato contesto (*potestas*), ma è soprattutto istituyente, nel senso che istituisce sempre nuovi significati. Nuovi significati che troviamo sempre più attraverso l’analisi delle prassi costituzionalmente orientate che, in diversi casi, legittimano azioni giudiziarie per il ripristino della giustizia e della legalità<sup>149</sup>. Il pensiero istituyente e il pensiero istituito provano sempre più

---

<sup>145</sup> *Ibidem*.

<sup>146</sup> R. BIFULCO, *Il potere è un luogo vuoto*, cit., p. 17.

<sup>147</sup> R. ESPOSITO, *Vitam instituere. Genealogia dell’istituzione*, Torino, 2023, *passim*.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> È il caso delle c.d. *zone rosse* a Napoli, rispetto alle quali non solo i giudici ma anche cittadini, associazioni e spazi della società civile hanno esercitato un ruolo attivo. ASGI, A Buon Diritto, residenti, consiglieri municipali e il Coordinamento No Zone Rosse hanno promosso ricorsi al TAR Campania e relativi motivi aggiunti,

ad intrecciarsi; in altri termini su temi a carattere sociale, dal lavoro, all'ambiente, ai beni comuni si denota uno spostamento dell'iniziativa politico-sociale dal basso, con una capacità propulsiva anche in termini di controllo, tale da incidere sul pensiero istituito che assume evidentemente tante forme, dal potere giudiziario al potere legislativo, al potere esecutivo, dal livello globale al livello locale più vicino ai cittadini.

Dimensione istituyente e istituita si pongono in continua tensione, ma questo non vuol dire la loro alternatività, ma piuttosto la loro capacità di osmosi e di continuo rinnovamento e rifondazione. Processi delicati, autonomi e autogestiti, posti in essere con la consapevolezza che la *potentia*, espressione del movimento della fase istituyente può e deve, per affermarsi, essere capace di trovare altre modalità di azione e altri spazi politici e sociali. Tutto ciò è evidente che non possa che attuarsi attraverso forme di conflitto, che devono essere tutelate, con un esercizio fisico di prassi permanente. Questi flussi osmotici di movimento permanente mettono in discussione uno dei baluardi della cultura politica del codice: la certezza. È inimmaginabile nella cultura codicistica, assistere e ancor più accettare simili comportamenti, essa stessa è espressione plastica della dimensione istituita, allergica alle prassi, in grado di minacciare le certezze che non esprimono altro che granitici rapporti di forza. Lo spazio costituzionale, a maglie larghe, consente il pensiero istituyente, anzi se ne dovrebbe continuamente alimentare, purché le prassi, in movimento permanente, siano in grado di perimetrare e ridefinire il monopolio contrattualistico, che ha quale principale obiettivo svilire la *potentia* e annientare i processi che generano incer-

---

auto organizzandosi, raccogliendo fondi, attraverso processi partecipativi dal basso, per contrastare direttive ministeriali. I ricorrenti eccepivano come le ordinanze prefettizie, nate sulla scorta della direttiva Piantedosi di dicembre 2024 ai Prefetti italiani, violassero le libertà costituzionali, quali la libertà personale, quella di circolazione, il principio di proporzionalità e la temporaneità dei provvedimenti contingibili. La sentenza del TAR Campania n. 5699/2025 ha riconosciuto l'illegittimità di tali misure, ribadendo che il potere straordinario non può diventare regola ordinaria. Questo episodio mostra come la produzione giuridica dal basso, tramite mobilitazione sociale e organizzata, possa legittimamente intervenire per ripristinare legalità costituzionale, superando prassi amministrative che altrimenti resterebbero incontestate. Le zone rosse, nel momento in cui si scrive, restano infatti in vigore in altre parti d'Italia e della stessa provincia di Napoli, avendo impugnato i ricorrenti del Centro Antico solo l'ordinanza circoscritta al Centro Storico, zona Stazione ferroviaria e Chiaia. In altri luoghi della stessa Provincia, in cui la mobilitazione non è avvenuta, ulteriori ordinanze istitutive non impugunate rimangono in vigore.

tezza. Le due dimensioni, il pensiero istituyente e il pensiero istituito, mettono a confronto speculare *potestas* e *potentia*, contribuiscono a far emergere modalità comportamentali attive e passive.

La fase istituita fatica sempre più a relazionarsi alla vita, sia in senso simbolico che biologico, ma questo non significa che la radicalità delle prassi, che attraversa la dimensione biologica dei corpi, che sta nei processi vitali, debba *a priori* essere separata dal momento spettante al decisore politico.

Il primato della teologia politica<sup>150</sup>, della decisione deve sentire permanentemente la pressione delle prassi, sempre in grado di determinarne il collasso o comunque incidere su plurimi cedimenti. La teologia civica<sup>151</sup>, ovvero la centralità della vitalità dei corpi, per affermarsi ha bisogno delle pratiche<sup>152</sup>.

L'annichilimento della *potentia*, più o meno dichiarato, come plasticamente avvenuta nel regime codicistico, porta al primato assoluto della *potestas* e alla separazione radicale di questi due corpi. Nella radicalità delle prassi vanno ricercati momenti di interconnessione, di fisicità, che possano scongiurare corto circuiti. Queste interconnessioni, se volute e ricercate negli spazi costituzionali, anche attraverso il conflitto, sono possibili, ma occorre avere la potenza e la volontà di contrapporsi alla teologia politica, e oggi sempre più, soprattutto, alla teologia economica<sup>153</sup> che sposta, come sappiamo, il momento del-

<sup>150</sup> G. PRETEROSS, *Teologia politica e diritto*, Roma-Bari, 2022.

<sup>151</sup> A. LUCARELLI, *Il Costituzionalismo tra tradizione e prassi*, cit., pp. 60 ss; G. B. VICO, *La scienza nuova (1730)*, a cura di P. Cristofolini e M. Sanna, Napoli, 2004, spec. pp. 513 ss.

<sup>152</sup> S. ZANELLI, *Deleuze, filosofia pratica*, in *Nóema*, n. 13/2022, pp. 7 ss. in relazione al pensiero di Deleuze su *potentia* e pratiche sottolinea come il pensiero è *un farsi*, tra vita e pensiero dalla costitutiva bipolarità. Ogni pensiero per Deleuze è una pratica, e di converso ogni pratica è una pratica di pensiero, in grado di mobilitare, creando campi di forze e intensità. Essi: «sono sottoposti a obblighi di rinnovamento, di sostituzione, di mutazione» (G. DELEUZE, *Differenza e ripetizione*, trad.it., Milano, 2015, p. 26). Le prassi vanno liberate dal perimetro della rappresentazione, al fine di essere produttive e creatrici, mai riproduttiva, capaci di sprigionare le potenze singolari attraverso gli eventi. È evidente che ci siano dei punti critici, dei punti-soglia che scatenano la virulenza, trasformando il conflitto in un agone, un teatro di forze brutali che costringono il pensiero a farsi pratica, per rispondere a determinate necessità. Riprendendo il concetto di differenziazione di Deleuze si sottolinea la capacità delle pratiche di produrre differenze, teatro di forze pure, tali da generare metamorfosi e permutazioni.

<sup>153</sup> Intesa come sacralità del mercato.



la decisione in altri luoghi, in altri soggetti. La *potestas* è al di fuori di qualsivoglia processo di legittimazione e investitura democratica, smarrendo financo la formalità della *fictio* della sovranità popolare.

Il tema di fondo è la riconnessione delle due dimensioni (istituenti e istituita); qui appaiono importanti gli insegnamenti di Machiavelli<sup>154</sup> e di Gramsci<sup>155</sup>. Questo percorso intende destrutturare quello che Nietzsche<sup>156</sup> definiva in riferimento allo Stato «il mostro freddo». Quindi, giammai la destrutturazione dello Stato, ma piuttosto il deciso ripensamento delle interpretazioni ed applicazioni che gli sono state date. Penso, ovviamente, a forme degeneranti dello Stato, inteso quale potente macchina di neutralizzazione del conflitto politico, luogo anti pluralista, con una forza permanente distruttiva dei soggetti intermedi. Un luogo al quale è cara la neutralità e la certezza per salvaguardare rapporti di forza. Una forma che, al di fuori della *potentia* finalizzata all'affermazione dei principi di giustizia sociale, genera reazioni populistiche autoritarie<sup>157</sup> e di semplificazione dei processi decisionali<sup>158</sup>.

Lo stesso Weber<sup>159</sup> immaginava il *carisma* quale luogo istituito della decisione, unico modo per opporsi alla «gabbia d'acciaio» dello Stato. È evidentemente la reazione autoritaria alla staticità dello Stato, una staticità di certo mai occasionale, ma sempre cercata e soprattutto preservata.

La *potentia*, con la produzione autolegittimante delle prassi, in grado di trovare spazio nell'effettività e nella prescrittività, ora nelle assemblee, nelle piazze, ora nei giudici, ma già in quanto tali produttrici

<sup>154</sup> N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, a cura di G. Inglese, Milano, 1984, *passim*. Qui emerge la tensione tra potere istituyente del popolo e potere istituito delle magistrature e delle leggi, nel continuo rapporto dialettico tra conflitto e ordine.

<sup>155</sup> A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, Torino, 2014. Diffusamente nell'opera viene indicata la distinzione tra società politica e società civile, e alla funzione delle istituzioni come luogo di mediazione fra istanze istituenti e assetti consolidati, nel quadro dell'egemonia.

<sup>156</sup> F. NIETZSCHE, *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno*, presentazione di G. Penzo, Milano, 1985, pp. 74-76.

<sup>157</sup> Sul ruolo del diritto pubblico nei processi evolutivi del liberalismo autoritario AA.VV., *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, a cura di A. Lucarelli, Napoli, 2009, pp. 41 ss.

<sup>158</sup> A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, pp. 17 ss.

<sup>159</sup> M. WEBER, *Protestantesimo e spirito del capitalismo*, trad. it., Torino, 2002, p. 185.

di diritto, si propone, in maniera più o meno dichiarata, di assalire le istituzioni, intese quali luoghi di controllo e di blocco della vita individuale e collettiva. Oggi, sempre più, luoghi repressivi, discriminatori, dissacratori del diverso e del dissenso.

Le prassi poste dal conflitto, e costituzionalmente orientate, rappresentano la dimensione del movimento istituyente. Nelle piazze, nelle assemblee, nei *social*, il pensiero istituyente è pronto a confrontarsi con la fisicità, con i propri corpi, espressione di simboli, di estetica, di eticità, di politica e resistenza.

Parliamo di elementi energetici, che vanno sempre più potenziati, guardando le dinamiche dalla prospettiva del *Vitam instituere*; dare vita alle istituzioni, attraverso i luoghi in cui nasce un'intelligenza collettiva, come nelle chiese, nelle università, nelle scuole, negli spazi liberati e persino nel linguaggio.

Si pensi, da ultimo, alla vicenda che ha riguardato le concessioni demaniali marittime<sup>160</sup> e a come il giudice amministrativo nel dare ragione ai comitati<sup>161</sup>, riconoscendo il diritto di accessibilità e gratuità delle spiagge, abbia argomentato la sentenza con un linguaggio elaborato dalla prassi, appunto nella sua dimensione istituyente. Questo rovescia l'interpretazione del diritto che da dispositivo di regolazione dei comportamenti, di controllo e di repressione si trasforma in strumento di liberazione, almeno negli obiettivi, alla base della sua dimensione istituyente.

Il diritto perde la funzione autoprotettiva dello Stato e delle posizioni dominanti per assumere una postura differente, liberatoria, di resistenza, capace di contribuire alla destrutturazione del *main stream*.

---

<sup>160</sup> Più precisamente non solo e non soltanto rispetto alla mancata attuazione, nell'ordinamento interno, della c.d. direttiva servizi e, dunque, alla necessità di mettere a gara le concessioni in essere, quanto alla necessità che la fruizione del mare resti libera anche in presenza di concessioni, a meno che siano valide.

<sup>161</sup> *Ex multis*, TAR Campania – Napoli, ord. n. 1499/2024. In cui è stato affermata «La necessità di garantire condizioni di fruizione in sicurezza dell'arenile pubblico, ad accesso libero e gratuito, a causa del sovraffollamento, senza che ciò venga messo in correlazione né con il numero chiuso, né con l'orario di accesso e di chiusura [...] l'Amministrazione non può giustificare la scelta di adottare un provvedimento che riduce sostanzialmente, per i privati, il godimento di un bene connesso a un interesse di rilevanza costituzionale, anziché farsi carico, con gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione, di individuare le modalità con cui la fruizione del mare possa essere accessibile a tutti, garantendo contemporaneamente la tutela del paesaggio e dell'ambiente».

In questa prospettiva, come ben evidenziato nel tempo da Spinoza e Deleuze, il diritto tende a coincidere con la potenza vitale di ogni organismo individuale e collettivo. Ai processi di *governance*, di progressiva spolticizzazione della teologia politica, della cosa pubblica, lasciata sempre più spesso alla fredda tecnocrazia che, per la sua debolezza estetica ed etica, tende a prendere ordini dalla finanza, è possibile reagire soltanto attraverso la prassi istituyente, la sola a essere in grado di ridare rilievo alla potenza istituyente. I grandi temi dell'ambiente, della giustizia sociale, dell'eguaglianza, della disoccupazione, del razzismo, dei migranti<sup>162</sup> hanno bisogno, per essere affrontati con un rifondato decisionismo, di questa linfa vitale.

Il soggetto, che si raccoglie intorno al pensiero istituyente, è mutevole, è quello che, di volta in volta, crea conflitto attraverso prassi costituzionalmente orientate, che trasformano quello che già c'è, creando quello che non c'è ancora; si muove nel diritto, contribuendo ai suoi processi fondativi e formativi. Questo soggetto (collettivo), in continuo movimento, è mutevole ma ha la capacità, dentro e fuori dal Contratto sociale, di guardare alla sostanza delle cose e delle situazioni; è tutt'altro che un invasato, irresponsabile senza senso della realtà, piuttosto lo si potrebbe definire un visionario pragmatico che parte da esigenze materiali<sup>163</sup>. Tale soggetto guarda al diritto, piuttosto che alla legge e alle regole, anzi è geloso delle conquiste che hanno portato al costituzionalismo democratico e all'universalismo dei diritti, basate, tra l'altro, sui limiti al potere.

La critica al contrattualismo, quale fondamento dello Stato, non è una critica demolitrice di quest'ultimo, ma piuttosto una sua rifondazione. Il contratto non può esaurirsi nella *potestas* e nelle istituzioni, perché in questo modo sarebbe un permanente consolidamento dei rapporti di forza. Le relazioni, nelle dinamiche autorità-libertà, ovvero quelle che poi contribuiscono all'edificazione delle forme di Stato, vanno corroborate, alimentate, scomposte, destrutturate, attraverso percorsi di antagonismo, agonismo, resistenza, liberazione. La soggettività reticolare delle pratiche, fortemente calate nelle condizioni materiali, nella realtà, non vogliono annullare la *potestas*, ma allo stesso tempo pretendono d'incidere, di essere ascoltate e, soprattutto, sono

<sup>162</sup> M. TUOZZO, *Lo straniero, lo Stato e le sfide del neocostituzionalismo. Linee di una ricerca*, in *Passaggi costituzionali*, n. 2/2021, pp. 327 ss.

<sup>163</sup> M. CILIBERTO, *Niccolò Machiavelli. Ragione e pazzia*, Roma-Bari, 2019, p. 92.

determinate nel tempo a non essere annichilite attraverso atti formali e sostanziali, o anche attraverso ambigue procedure poste in essere, quale mera espressione di arroganza del potere<sup>164</sup>. L'una potrebbe essere in grado di alimentare l'altra, ma soltanto se si ha la consapevolezza di uscire dalla staticità del contratto, le cui clausole (normative – *hard* e *soft law* – e giurisprudenziali) sono determinate dal più forte, che tanto è più pernicioso quanto più ci si indirizza in forme di Stato e di governo caratterizzate dalla concentrazione del potere.

In merito a questo rapporto squilibrato, basato sui rapporti di forza e sulla deprivatione della *potentia*, Derrida<sup>165</sup> sottolinea come sia proprio l'inquietudine ad essere intrinseca al diritto. La produzione giuridica<sup>166</sup>, depurata da questa inquietudine, mostra la «degenerazione» di cui scrive Benjamin<sup>167</sup> della rappresentanza, vuota di presenza. E, in questo *horror vacui*, Derrida<sup>168</sup> evidenzia quanto la rappresentazione possa scavalcare sé stessa, per affermare la “pura” presenza della violenza<sup>169</sup>, non rendendosi più disponibile alla critica: questa è la vera degenerazione, il declino delle istituzioni. Un declino che può essere fronteggiato unicamente smascherando e destrutturando le ambiguità della rappresentanza, e delle logiche di potere, liberando energie creative e trasformative della società, per aprire nuove possibilità di pensiero e di azione. Ma, occorre un permanente processo dinamico che si fonda e autoalimenta proprio attraverso questa dinamicità, queste energie, le uniche che possono contrastare logiche di dominio<sup>170</sup>.

<sup>164</sup> Ancora sulla fruizione delle spiagge, ad esempio, il Comune di Napoli e l'Autorità Portuale avevano concordato accessi limitati all'arenile, anche con obbligo di prenotazione, poi annullati dal TAR Campania – Napoli. Cfr. TAR Campania – Napoli, sent. n. 4282/2023.

<sup>165</sup> J. DERRIDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, trad.it. a cura di F. Garritano, Torino, 2003, *passim*.

<sup>166</sup> Sulla tensione tra produzione politica e giurisprudenziale delle norme costituzionali S. STAIANO, *Questioni di confine*, in *Rivista AIC*, n. 4/2024.

<sup>167</sup> W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, trad.it. a cura di A. Sciacchitano, testo disponibile anche in [www.sdistoriafilosofia.it](http://www.sdistoriafilosofia.it), p. 16.

<sup>168</sup> J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., *passim*.

<sup>169</sup> Alcuni autori, tra cui W. Benjamin, hanno indicato come possibile, invece, un tipo di violenza al di fuori e al di là del diritto, che esce fuori dal binarismo della violenza che pone o della violenza che conserva il diritto. Un genere di violenza rivoluzionaria che depone il diritto stesso innescando nuove dinamiche. Questo senso è ben esplicitato da G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, pp. 69 ss.

<sup>170</sup> J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., *passim*.

#### 14. La *potentia* antiggiuridica e il ruolo della *multitudo*

Come diceva Machiavelli, la dimensione selvaggia, bestiale, il sostrato animalesco deve penetrare nella società<sup>171</sup>. Se questo processo di inalazione, ma non osmotico, non si produce, la conseguenza è che la *potentia* genera azioni e comportamenti antiggiuridici, regressivi, ambigui, unicamente violenti, ai quali si contrappongono atti repressivi. In questa direzione si andrebbe a consolidare una *potentia* antiggiuridica che, alla fine, in maniera scomposta e volgare, finisce per appoggiarsi del tutto sulla decisione politica, sulla semplificazione dei processi, legittimando inconsapevolmente la dimensione contrattualistica della società.

Quando io parlo di prassi costituzionalmente orientate, mi riferisco ad un processo dal basso che implica ragione, passione, educazione e soprattutto ostilità alla neutralità<sup>172</sup>, perché per vincere occorre imboccare strade nuove, al di fuori dei canoni tradizionali. La *potentia* antiggiuridica esprime confusionismo sociale, violenza, piuttosto che conflitto, e irrigidimento dei comportamenti all'interno del contratto sociale, prevalentemente a danno dei soggetti più deboli. Essa prova a giustificare azioni repressive del dissenso.

La *potentia* giuridica, al contrario, si fonda su consapevolezza, autostima, conflitto, l'unico in grado di provocare movimento e dinamicità in tutto il vivere civile, contrapponendosi al processo di decadenza e degenerazione della vita civile e politica. La *potentia* antiggiuridica, al contrario, è in grado di intossicare il conflitto perché le sue forze non sono antagoniste (o meglio falsamente antagoniste), riposando sulle virtù assolutistiche della politica decisionista, contenuta ed espressione del contratto.

La forza selvaggia delle comunità<sup>173</sup> non è prodotta dallo Stato, ma anticipa lo Stato, non è assorbita dalla società politica, ma è società politica nel suo stato di natura, non passa attraverso processi di mediazione, ma esprime la sua forza di mediazione. Lo Stato è società civile, la società civile è Stato, provando a trovare strade alternative rispetto al plastico modello della rappresentazione nello Stato della società civile,

<sup>171</sup> N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, edizione a cura di L. Firpo, Torino, 1961, pp. 64 ss.

<sup>172</sup> U. MATTEI, *Etnocentrismo, neutralità, discriminazione: tensioni nel diritto occidentale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1994.

<sup>173</sup> Sul concetto di comunità R. ESPOSITO, *Communitas*, Torino, 2006, p. IX.

mediata dalla società politica. Si snodano, a vario titolo, nello schema contrattualistico, processi di rappresentazione e mediazione che depotenziano le comunità, la *multitudo*, ma soprattutto che provano ad inglobare la *potentia* nella *potestas*. Tutto ciò provoca un progressivo allontanamento dalle esigenze reali, materiali che, per essere soddisfatte, sono costrette ad entrare nei bui cunicoli della mediazione. Il pluralismo reale è un pluralismo selvaggio che si esprime nel dissenso e nel conflitto non nella mediazione. Il risultato finale non si ottiene attraverso la mediazione, ma attraverso il conflitto, quanto più è alta la sua *potentia* tanto più è nobile il perseguimento degli interessi generali. Il processo costituente in Italia è stato un processo di conflitti, non di compromesso come falsamente qualcuno adduce confondendo il momento della *potentia* costituente con quello della *potestas* costituente<sup>174</sup>. In estrema sintesi, come evidenziato in dottrina<sup>175</sup>, è il profondo disegno dell'Umanesimo, rintracciabile in Machiavelli, Spinoza, Marx, nel quale l'unità del progetto umano di liberazione si contrappone alla mediazione borghese della tutela del capitale, nel quale s'intrecciano, agonismo, antagonismo, processi spontanei di liberazione fondati sulla *potentia*.

## 15. Incertezza e ordine costituito

Nel modello costituzionale, la spinta a produrre incertezza rispetto all'ordine costituito è, in ogni caso, mediata e filtrata dagli schemi contrattuali e dai rapporti di forza in esso contenuti. Si conserva l'idea *hegeliana* del trasferimento e dell'alienazione come fondamento della sovranità, e quindi quale luogo di mediazione, in grado di stemperare o comunque mitigare la *multitudinis potentia*<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> Già in C. MORTATI, *La teoria del potere costituente*, Macerata, 2020, pp. 40 ss, il quale chiaramente distingue varie fasi e necessarie integrazioni anche extragiuridiche del processo costituente; A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Roma, 2002, *passim*.

<sup>175</sup> A. NEGRI, *L'anomalia selvaggia*, in ID., *Spinoza*, Bologna, 2023, p. 217.

<sup>176</sup> In questo senso si veda Spinoza (TP 2/17) e il suo richiamo alla soggettività del popolo, della *multitudo*. Così la *multitudinis potentia* fonda l'*imperium* e lo mantiene attraverso la diretta creazione del diritto e del diritto civile intero, dalla cui espressione prende origine la Costituzione statuale, che è prodotto e legittimato dalla *multitudo* (TP 2/23). In questo senso si veda A. NEGRI, *Reliqua Desiderantur. Congettura per una definizione del concetto di democrazia nell'ultimo Spinoza (Spinoza sovversivo)*, in

Questa tensione, racchiusa nella semplice espressione della crisi della rappresentanza, la si avverte soprattutto in relazione ai mutati scenari storici, politici, economici, culturali che si presentano e che si susseguono nel tempo e che richiedono soluzioni adeguate rispetto ai principi costituzionali.

Il conflitto, che è il motore della Costituzione del '48, intorno alle istanze sociali, non può più essere annichilito dalla stabilità e dalla certezza delle regole del 1942, calate dall'alto, a salvaguardia dei rapporti di forza e di un modello liberale *elitario* ed escludente. Le stesse istanze referendarie che nascono quale tumulto dal basso, e che intendono farsi valere al di là del pensiero istituito e, quindi, espressione di un conflitto sociale, tendono a più riprese a essere normalizzate e incanalate in uno scontro tutto interno alla *potestas*, con l'obiettivo di manipolare le energie diffuse della *potentia*. L'assenza di conflitto sociale, la vera energia dal basso degli istituti di democrazia partecipativa, viene curvata nella direzione del conflitto politico<sup>177</sup> all'interno delle istituzioni o, comunque, degli strumenti classici della partecipazione<sup>178</sup>. I referendum devono avere origine e muoversi al di fuori del pensiero ordinato e costituito, devono generare discontinuità, e in ogni caso non possono essere calati dall'alto, ovvero da minoranze parlamentari, partiti, sindacati, gruppi espressione di interessi corporativi e costituiti. I referendum del 2011 esprimevano una visione del governo e della gestione dei beni pubblici anticapitalista e anti-estrattiva, gli ultimi del 2025 sono stati invece espressione di un vero disastro di disconnessioni e tentativi balordi di manipolazione<sup>179</sup>.

---

ID, *Spinoza*, cit., pp. 375 e 376, il quale sostiene che la *multitudo* è soggetto giuridico, con imputazioni sociali e politiche. E molto stimolante il passaggio nel quale l'Autore sottolinea la radicale impossibilità di condurre la *multitudinis potentia*, e gli effetti giuridici che essa determina, alla *rousseauiana volonté générale*, «... il rapporto fra assoluto e *multitudo*, fra le due versioni della potenza, non si chiude: l'una stringe verso l'unità del politico, l'altra si diffonde verso la molteplicità dei soggetti».

<sup>177</sup> Che intende anche lo status politico di un popolo organizzato su un territorio, così come individuato da C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 2013, p. 101.

<sup>178</sup> M. AURINO, P. GAMBATESA, M.C. GIRARDI, M. LADU, L.F. MARTÌNEZ QUEVEDO, L. RESTUCCIA (a cura di), *Democrazie rappresentative e forme di partecipazione, in memoria di Paolo Carrozza*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 9/2024.

<sup>179</sup> I referendum abrogativi del giugno 2011 (beni comuni, acqua pubblica, nucleare, legittimo impedimento) segnarono l'ultima consultazione popolare ad aver superato il *quorum*, con un'affluenza pari al 56,9%, esprimendo una forte spinta dal

Nel 2011, c'erano lotte sociali dietro, che avevano altresì una loro dimensione globale inerente soprattutto alla giustizia sociale. Il referendum evidenziava tutte le contraddizioni di un modello codicistico disallineato e inadeguato alla forma di Stato espressa dalla Costituzione del 1948; metteva in discussione la certezza di un modello all'interno di un ordine costituito, basato su un rapporto estrattivo nella relazione autorità-libertà.

La tensione tra i due pilastri del nostro ordinamento giuridico (Codice civile e Costituzione), dunque, va ben oltre i criteri di resistenza o di cedevolezza, che pure trovano sintesi nel modello *kelseniano* delle fonti. Il tema di fondo è il passaggio dall'individuo alla giustizia sociale. Quei referendum ne intercettavano tutta la potenza e verità.

Il tema è politico, ovvero far rispettare il nucleo essenziale della forma di Stato, così come cristallizzata nella Costituzione; trova il suo fondamento nel conflitto. Il potere giudiziario, nella sua attività di produzione giuridica, s'inserisce nelle contraddizioni, nella gestione disordinata, ma anche nella soluzione di antinomie, pur nella consapevolezza che non può essere lasciata alla magistratura tutta la responsabilità di attuare la forma di Stato. L'inerzia del legislatore ed il suo ostruzionismo ad attuare esiti referendari, genera processi di produzione giuridica dal basso, intercettati, talvolta, quale ruolo di intermediazione, dal potere giudiziario.

Il conflitto, il dissenso, la resistenza, i processi di liberazione e affermazione dei diritti, già di per sé, costituiscono momenti di giuridicità, di c.d. *potentia* giuridica che successivamente può trovare invero nella politica. Ma se quest'ultima latita, ecco allora l'importanza e la rilevanza della produzione giuridica, quale espressione diretta del potere giudiziario, in grado di intercettare la *forza selvaggia* espressa dalle comunità, anche non organizzate.

---

basso di gestione dei beni comuni. Diversamente, le successive tornate hanno mostrato il progressivo fallimento dello strumento referendario, quale espressione di conflitto sociale: nel 2016, sul quesito relativo alle trivelle, l'affluenza si fermò al 31,19%; nel 2022, sui referendum in materia di giustizia, non superò il 20%; nel 2025, infine, i referendum su lavoro e cittadinanza si sono attestati al 30,6%. Questo *trend* conferma il venir meno del radicamento sociale dello strumento, progressivamente piegato a logiche istituzionali o di parte, fino a tradire la sua originaria natura.



## 16. Oltre le interpretazioni costituzionalmente orientate: le prassi

Prima ancora di entrare nell'ambito delle interpretazioni costituzionalmente orientate che possono riguardare tanto il potere legislativo (quadro sistematico), quanto quello giudiziario (quadro asistematico) si pone la questione delle prassi costituzionalmente orientate. Rispetto a quadri costituiti, espressione di (apparente) certezza, si tratta di capire quanto le tensioni formali e giuridiche tra ordinamenti (civilistico e costituzionale) siano espressione di quadri dicotomici valoriali, e quanto invece si possono provare ad azzardare degli incastri, tali da contaminare categorie e istituti giuridici della tradizione con una nuova prospettazione di principi. Incastri che vadano oltre, ma non contro il codice, in grado di persuadere il legislatore e stimolare il giudice, attraverso quelle che oggi con una certa vaghezza si suole definire interpretazioni costituzionalmente orientate. Ritengo che anche tali interpretazioni, se asettiche e non in grado di intercettare il conflitto, possano ridursi a meri esercizi estetici di formalità giuridica. Soprattutto se scollati dalla *potentia*, quindi dalle prassi costituzionalmente orientate. Questo processo dal basso non ha quale obiettivo demolire la sicurezza della certezza e dell'ordine costituito, ma esprime azioni che si fondano su energie differenti, totalmente calate nei corpi e nella materia. Potere giudiziario e potere legislativo non possono ignorare questa tensione fisica e morale che proviene da una determinata, e direi realistica, interpretazione del concetto di sovranità popolare.

Insomma, non si tratta di sfidare sicurezza e certezza ma, piuttosto, di far sì che sicurezza e certezza possano avere quale loro riferimento, e soprattutto fondamento, una visione democratica più profonda, più pervasiva, al punto da far poi pesare la resistenza effettiva del dato costituzionale, rispetto a interpretazioni eversive<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> Particolarmente significativo è il caso dei migranti, dove si è assistito a un vero e proprio conflitto tra potere esecutivo e potere giudiziario. La giurisprudenza ordinaria ha infatti disapplicato i decreti ministeriali che inserivano taluni Stati nella lista dei Paesi di origine sicura, così da consentire le procedure accelerate, ritenendo tali automatismi incompatibili con il diritto d'asilo e con il principio di esame individuale delle domande di protezione come previsto dalla giurisprudenza conforme della Corte di giustizia UE. Nonostante la successiva trasfusione della disciplina ministeriale in un decreto-legge, i giudici hanno continuato a disapplicare le disposizioni, riaffermando la prevalenza dei principi costituzionali e sovranazionali rispetto a interpretazioni riduttive e fraudolente, rendendo evidente come la resistenza giuridica basata sui principi costituzionali divenga canale effettivo di garanzia dei diritti fondamentali.

Ciò impone di provare ad uscire da una interpretazione istituita e statica del modello contrattualistico, monopolizzata dalla *potestas* del contraente forte. Ridurne il suo monopolio, non significa negare la rappresentanza, ma piuttosto democratizzarla, cosicché le conquiste del costituzionalismo democratico, e soprattutto del carattere normativo della Costituzione, possano incidere, sia sul piano delle politiche legislative, che sul piano dell'interpretazione.

Il tema non è sfidare la certezza dei codici, la loro confortante e rassicurante tradizione, i suoi meccanismi sistemici; grande rispetto verso gli istituti e le categorie giuridiche che tra il XIX secolo e il XX secolo hanno, sulla base della tradizione, provato a creare le basi di convivenza civile di una società post-rivoluzionaria e in trasformazione. Il tema di fondo è che oggi questo non è più sufficiente, e non basta neanche più il rassicurante ancoraggio alla Costituzione<sup>181</sup>. La questione resta la giustizia sociale, l'attuazione della forma di Stato democratico-sociale, la rivitalizzazione e, in alcuni casi, la rifondazione delle categorie della sovranità popolare<sup>182</sup>, allentando gli angusti cordoni del contrattualismo, allargando, di fatto, i centri di produzione giuridica, intercettando e valorizzando le prassi costituzionalmente orientate.

Come sottolineava Santoro-Passarelli<sup>183</sup>, nel Codice civile del '42, in quell'impianto culturale, si scorge il risultato di un lavoro tecnico e di un impegno fedele e coerente con l'eredità del pensiero giuridico liberale. Ecco lo snodo è la forma di Stato, quanto è possibile curvare gli istituti della forma di Stato liberale a matrice individualistica verso i principi di una forma di Stato democratica a trazione collettiva e sociale? E quanto un allentamento nello Stato costituzionale del conflitto sia in grado di far vivere sul piano dell'effettività i principi in essa contenuti?

Il tema di fondo non è assicurare la certezza del diritto, ma piuttosto quello di prendere molto sul serio i principi fondativi della Repubblica, misurandoli con le categorie tradizionali del diritto civile,

---

<sup>181</sup> C. DE FIORES, *Rivoluzione e costituzione. Profili giuridici e aspetti teorici*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2018, Parte II, pp. 145 ss.

<sup>182</sup> Il declino del concetto generale di sovranità è più in generale riferibile allo stretto collegamento tra la dimensione biologica e quella di tipo simbolico dell'essere umano, la quale demanda al diritto anche la scelta razionale. Sul punto, A. SUPLOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, trad.it., Milano, 2006, pp. 175 ss.

<sup>183</sup> S. PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, *passim*.

all'interno di una organizzazione del potere, fondata su una rappresentanza sempre più stanca e lontana dalle *forze selvagge* espresse nelle comunità reali.

Sono lontani i tempi della sostanziale indifferenza verso i valori costituzionali da parte della sistematica e delle categorie codicistiche consegnate dalla tradizione<sup>184</sup>; risulta impossibile pensare di ragionare sugli istituti civilistici, senza far riferimento alle norme della Carta fondamentale, come pure si è fatto per tanti anni<sup>185</sup>.

Ma il tema di fondo, oggi, non resta tanto la curvatura costituzionale del Codice civile, la sua capacità di prescrittività, oltre la determinazione della fattispecie concreta, filtrata dall'azione legislativa e amministrativistica, senza produrre un diritto valoriale; la complessità resta nell'inattuazione e nella responsabilità di un modello contrattualistico democratico che, nel nome della certezza, accentra il potere e seleziona le esigenze che ritiene, in dissonanza con le prassi costituzionalmente orientate, meritevoli di maggiore attenzione.

Non basta l'interpretazione costituzionalmente orientata, nella sua creatività, è necessario che si arrivi ad essa attraverso un ampliamento dei centri di elaborazione e proposta, frutto di conflitti sociali permanenti. Le energie in grado di esprimere forme di antagonismo, ma anche di agonismo, possono attraverso la loro azione (che può altresì inverarsi con l'edificazione di soggettività giuridica) determinare, da una parte torsioni sull'attività del potere giudiziario, dall'altra contribuire ad una rifondazione della rappresentanza. La polarizzazione di centri e di soggettività giuridiche, in moto perpetuo, tende alla creazione di una forma superiore di società, basata, come sosteneva Marx, sul pieno e libero sviluppo di ogni individuo<sup>186</sup>.

Centri che, laddove inascoltati e marginalizzati, siano in grado di recuperare la loro dignità e forza presentandosi con consapevolezza

<sup>184</sup> Come invece pensava, ad esempio, P. RESCIGNO, *I manuali di diritto privato dopo la Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/1998, pp. 409 ss.

<sup>185</sup> Ivi, veniva indicato come nell'elaborazione manualistica immediatamente successiva all'entrata in vigore della Costituzione e in quella riaggiornata a seguito di tale evento si pensi alle *Dottrine generali del diritto civile* di Francesco Santoro-Passarelli e le *Istituzioni di diritto privato* di Giuseppe Branca sono del tutto assenti riferimenti alla Costituzione.

<sup>186</sup> K. MARX, *Progetti preliminari della lettera a Vera Zasulič*, in K. MARX, F. ENGELS, *Lettere 1880-83*, III, p. 399. E in merito si vedano le ampie considerazioni di M. MUTO, *Karl Marx, Biografia intellettuale e politica. 1857-1883*, Torino, 2018, p. 245.

dinanzi al potere giudiziario, facendo valere i loro diritti, ripristinando i principi fondativi della giustizia sociale. Così vive la Costituzione, così l'impianto codicistico si curva verso la stessa, così si esce dalla mitologia della certezza, accettando il motore del conflitto, quale strumento per una permanente incertezza, orientata al principio dell'egualianza sostanziale.

\* \* \*

## ABSTRACT

ITA

*Potentia* e *potestas* rappresentano le due polarità originarie del potere politico. La prima è forza vitale e costituente che promana dalla collettività e fonda la legittimità dell'ordinamento; la seconda è potere costituito, che tende a istituzionalizzare e normalizzare quella stessa energia istituyente entro forme e meccanismi di governo. Il saggio analizza la tensione costante tra queste due dimensioni (la *potentia* della società e la *potestas* delle istituzioni) come chiave di lettura della forma di Stato costituzionale moderno. A partire dal disallineamento tra l'ordinamento civilistico e quello costituzionale e, attraverso il paradigma della proprietà, si mostra come la normazione giuridica, quando chiusa nella logica della *potestas*, tradisca la sua vocazione democratica, mentre si rinnova ogni volta che incontra la *potentia* sociale, creativa e partecipativa.

In questo senso, il contratto sociale può essere inteso non come vincolo rigido, ma come spazio di mediazione dinamica tra diritto vivente, diritto positivo e prassi costituzionalmente orientate dei cittadini. La riflessione, allora, si estende al rapporto tra forma di Stato e modelli partecipativi, mostrando come la cessione progressiva della *potentia* alla *potestas* (attraverso processi di privatizzazione, tecnicizzazione e depoliticizzazione del diritto) rappresenti, oggi, il centro di gravità della democrazia della rappresentanza.

EN

*Potentia* and *potestas* represent the two original polarities of political power. The former is a vital and constituent force emanating from the community,

grounding the legitimacy of the legal order; the latter is constituted power, which tends to institutionalize and normalize that same creative energy within established forms and mechanisms of government. The essay examines the persistent tension between these two dimensions (the *potentia* of society and the *potestas* of institutions) as a key to understanding the constitutional form of the modern State. Starting from the misalignment between the civil and constitutional orders, and through the paradigm of property, it argues that legal normativity, when enclosed within the logic of *potestas*, betrays its democratic vocation, while it regenerates itself whenever it encounters the social, creative, and participatory *potentia*. In this perspective, the social contract may be understood not as a rigid bond but as a dynamic space of mediation between living law, positive law, and constitutionally oriented civic practices. The reflection thus extends to the relationship between the form of the State and participatory models, showing how the gradual transfer of *potentia* to *potestas* (through processes of privatization, technicization, and depoliticization of law) today constitutes the gravitational center of the representative democracy.



*Costituzionalismo.it*

*Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)*

*Registrazione presso il Tribunale di Roma*

*ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)*