

Diritti fondamentali e organizzazione pubblica: premesse teoriche per una ridefinizione del rapporto tra amministrazione e persona

di

Fabio Giuseppe Angelini*

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La ricerca del perimetro della sfera pubblica tra questioni teoriche e conflitti pratici; 3. Fini pubblici e spesa pubblica; 4. La sovranità finanziaria e i suoi limiti costituzionali; 5. L'indebitamento come alterazione del modello tracciato dall'art. 53 cost.; 6. La duplice dimensione della tutela degli interessi finanziari; 7. La stabilità finanziaria come bene pubblico sovranazionale; 8. I diritti fondamentali tra condizionamenti finanziari e sovranità popolare; 9. Un nuovo modello di amministrazione?

1. Premessa

Il presente lavoro intende evidenziare la necessità di un ripensamento complessivo delle relazioni tra amministrazione pubblica e persona, nella convinzione che liberarsi di alcune pesanti eredità del passato possa aiutare a cogliere quelle peculiarità dell'odierno contesto giuridico-istituzionale eurounitario che contribuiscono a modellare il volto del potere amministrativo sia con riguardo al suo esercizio che alla sua dimensione organizzativa.

L'odierna riflessione si svilupperà a partire da una diversa prospettiva di analisi dei vincoli europei di finanza pubblica fondata sul riconoscimento dell'inadeguatezza delle tesi che pretendono di attribuire carattere sovrano alle potestà di governo dello Stato-ente piuttosto che riconoscere nello Stato-comunità il vero ancoraggio della sovranità¹ e, sulla base di tale assunto, con riferimento alla

* Professore straordinario a tempo determinato di Diritto amministrativo nell'Università Telematica Internazionale Uninettuno. Email: f.angelini@uninettunouniversity.it.

¹ cfr. F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1965, p. 25. Uno dei tratti caratteristici del pensiero di Benvenuti è rappresentato proprio dal rovesciamento dell'impostazione tradizionale del discorso sulla sovranità. Secondo quest'ultimo, infatti, la fonte giustificativa del diritto pubblico di una società statale non risiederebbe nella sovranità, bensì nell'esistenza di originarie posizioni di libertà dei singoli individui. Libertà che verrebbero dunque coordinate

tematica dei diritti fondamentali della persona, sull'opportunità di riconoscere nell'ambito delle dinamiche amministrative funzionali alla loro soddisfazione, l'esistenza di ulteriori situazioni giuridiche soggettive, di interesse legittimo ("interessi legittimi fondamentali"²), da intendersi quali situazioni giuridiche soggettive che dialogano con il potere³, aventi perciò carattere strumentale⁴ e, dunque, un'intrinseca potenzialità argomentativa⁵. Proprio l'esistenza di tali situazioni giuridiche soggettive e le loro intrinseche caratteristiche contribuiscono a modellare in senso innovativo il rapporto tra persona e pubblica amministrazione, ponendo quest'ultima – in una prospettiva diversa rispetto a quella dimensione autoritativa che si è soliti riconoscere in tale dinamica – in relazione tanto con il potere governante⁶ quanto con il popolo sovrano.

paritariamente tra loro (diritto privato) e con le posizioni di un'autorità (diritto pubblico) mediante il sistema di norme giuridiche che compongono l'ordinamento. Nell'insegnamento di Benvenuti, dunque, tale ordinamento giuridico si porrebbe come un centro di raccordo di tutte le libertà individuali, dando vita ad un sistema di coordinamento in grado di consentire l'esplicazione delle diverse libertà dei singoli soggetti, risolvendo i conflitti intersoggettivi e, nello stesso tempo, perseguendo il bene comune (cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996). In continuità con le tesi di Benvenuti si pone anche G. BERTI, *La parabola della persona dello stato (e dei suoi organi)*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, XI/XII, 1982/1983, recentemente ripreso da L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2019, pp. 43-70.

² Mutuando, seppur in un'accezione diversa, l'espressione di L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, pp. 455-456. Rileva l'autore, "l'interesse legittimo 'vive', quindi, nel procedimento ed in connessione con (o in funzione del) l'esercizio del potere (unilaterale) da parte dell'amministrazione: non è concepibile fuori dal procedimento, se non come tutela reattiva contro l'esito sfavorevole del suo esercizio. In termini più corretti, si può dire che l'interesse legittimo si colloca nel procedimento, ove fronteggia il potere esercitato dall'amministrazione, rappresentando e difendendo soluzioni favorevoli al suo titolare". In questo senso, "l'interesse legittimo è la situazione giuridica soggettiva che 'dialoga' con il potere".

⁴ *Ibidem*, pp. 415-417

⁵ Per una ricostruzione critica delle teorie *standard* dell'argomentazione giuridica di Alexy, MacCormick, Peczenik e Aarnio, v. M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, A. Abignente (a cura di), trad. V. Nitrato Izzo, Napoli 2012, pp. 5 ss.

⁶ L'espressione è di G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001. Secondo il costituzionalista, in quasi tutti gli ordinamenti occidentali, l'interventismo dello Stato contemporaneo ha scardinato il sistema di distribuzione liberale delle funzioni sovrane (normazione-esecuzione-giurisdizione), facendo confluire verso il potere esecutivo la funzione di indirizzo politico in considerazione dell'esigenza che lo sviluppo dell'ordinamento e in genere dell'azione dello Stato fosse soggetta ad una guida coerente, efficace e, oltretutto, idonea a fornire all'elettorato sovrano elementi significativi per un periodico giudizio sull'uso del potere pubblico.

Gli stravolgimenti dettati dall'ordinamento eurounitario contribuiscono, a parere di chi scrive, a far emergere questa inedita dimensione argomentativa dell'amministrazione e del suo potere, la cui comprensione pare indispensabile per tentare di delineare le premesse per uno studio dell'impatto della costituzione (macro)economica europea⁷ sull'amministrazione pubblica che non si limiti (solo) a denunciarne i pericoli in ordine all'inarrestabile tendenza verso la riduzione della sfera pubblica e ai conseguenti minori livelli di tutela dei diritti sociali, ponendosi invece l'obiettivo più ambizioso di coglierne le implicazioni sotto il profilo delle sue ricadute sul nostro modello di amministrazione⁸.

L'esecutivo ha rappresentato il candidato naturale ad assumere la guida dell'intero Stato-apparato, sebbene le modalità di attuazione di tale funzione di guida siano state particolarmente differenziate nei diversi ordinamenti giuridici. Esso, piuttosto che eseguire comandi altrui, ha assunto l'aspetto di un potere che comanda, ossia, di un potere governante.

⁷ La distinzione tra costituzione (micro)economica e (macro)economica europea è di K. TUORI – K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, Cambridge, 2014, pp. 13 ss. Gli autori rilevano che “*the European constitution consists of two layers: the microeconomic one, introduced by the Treaty of Rome and subsequently reinforced and developed by the ECJ, and the macroeconomic one, introduced by the Maastricht Treaty. [...] The microeconomic constitution of the Treaty of Rome relied on macroeconomic presumptions, such as price stability, which was to be achieved at the Member State level. It also exhorted Member States to heed the externalities of their economic policies: Member States were to consider their economic policies as a matter of common concern. Yet, no specific instruments for coordinating economic policies, comparable to present multilateral surveillance or excessive deficit procedures, were made available. The Maastricht economic constitution testifies to the continuing significance of the objectives of the microeconomic constitution for the macroeconomic layer. In Treaty provisions, the main principles of the microeconomic constitution have been made obligatory for monetary and economic policy too*”.

⁸ Le trattazioni manualistiche sono solite indicare più modelli di amministrazione emergenti dalla carta costituzionali. Si tratta, tra gli altri, di quello riferibile all'art. 95 cost. della cosiddetta amministrazione servente in diretto rapporto con il potere esecutivo (modello ministeriale); di quello delineato dall'art. 5 cost. incentrato sul decentramento e sulla promozione delle autonomie locali, capaci di esprimere un proprio indirizzo politico-amministrativo (modello autonomistico); di quello che emerge dall'art. 97 cost. che delinea l'immagine di un'amministrazione soggetta al principio di legalità e alla riserva di legge e, dunque, (sebbene non completamente) acefala; di quello dell'art. 98 cost. che esprime il legame dell'amministrazione, attraverso i suoi impiegati, con la collettività nazionale (cfr. E. CASSETTA, *Diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, 2017, pp. 35-43). Per una riflessione più ampia sull'organizzazione amministrativa nella prospettiva proposta nel presente lavoro, v. F.G. COCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli e altri, Parte Generale, Bologna, 2005, pp. 283 ss; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968. Per una ricostruzione di diritto positivo si rinvia a C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano, 2003, pp. 251 ss.

2. *La ricerca del perimetro della sfera pubblica tra questioni teoriche e conflitti pratici*

L'aver assunto come base di partenza di questa riflessione la prospettiva dei vincoli europei di finanza pubblica richiede alcune precisazioni preliminari sul concetto di sovranità, con particolare riferimento alle dinamiche del prelievo fiscale. In particolare, a parere di chi scrive, occorre definitivamente superare quella visione che tende a considerare il potere dello Stato di prelevare coattivamente risorse dal settore privato – a dispetto dell'art. 53 cost. e della sua diretta connessione con i diritti fondamentali e i doveri universali di cui all'art. 2 cost. – come un attributo della sovranità e, dunque, un suo contenuto essenziale.

Al contrario, specie alla luce dei fraintendimenti che affliggono la realtà odierna, che pare sempre più aggrovigliarsi attorno alla fuorviante contrapposizione tra sovranità dello Stato e vincoli sovranazionali, vale la pena richiamare l'opinione di quella dottrina secondo cui *“lo Stato è titolare di poteri di supremazia, in quanto è il diritto obiettivo, l'ordinamento giuridico anzi, a conferirglieli”*⁹ e non *“un'istanza autoritaria che si stacca e si contrappone ai sudditi”*¹⁰, con ciò evidenziando la necessità di radicare la sovranità in capo allo Stato-comunità e, dunque, in primo luogo al popolo secondo la previsione dell'art. 1 cost., piuttosto che allo Stato-ente.

Se così è – e a parere di chi scrive non paiono ormai sussistere margini per una diversa ricostruzione¹¹ – ne discende che la stessa potestà di governo dello

⁹ F.G. SCOCA, *Stato ed altri enti impositori di fronte al dovere di prestazione tributaria*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, vol. I, 1968, p. 172.

¹⁰ *Ibidem*, p. 166.

¹¹ La conseguente necessità di aggiornare i tradizionali elementi della teoria dell'organizzazione pubblica nella prospettiva della struttura costituzionale italiana e, in particolare, dell'assegnazione della sovranità al popolo è stata recentemente sottolineata da L.R. PERFETTI (*L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit.; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubb.*, 2013, p. 1 ss.). Sulla posizione costituzionale della pubblica amministrazione si rinvia ai contributi di E. D'ORLANDO, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione*, Padova, 2013, che ne offre un'interessante lettura in chiave comparata; F.G. SCOCA, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, *Annuario AIPDA 2004, 2005*, pp. 18 ss.; G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, *Annuario AIPDA 2004, 2005*, 11; ID., *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, *Il diritto dell'economia*, 2002, pp. 475 ss.; nonché, ai significativi contributi di M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra*

Stato-ente, con particolare riferimento al potere impositivo, non possa definirsi sovrana. Essa, al contrario, proprio in ragione della sua strumentalità al perseguimento dei fini pubblici resta assoggettata a vincoli e limiti posti proprio nell'interesse del vero detentore della sovranità: il popolo.

A diversa conclusione, almeno a parere di chi scrive, non potrebbe pervenirsi neanche laddove si guardasse la questione dal punto di vista dell'art. 53 cost. il quale, nell'introdurre e perimetrare il dovere di contribuzione, ne sottolinea il collegamento funzionale con le spese pubbliche¹². Elemento quest'ultimo che, se non altro, confermerebbe il fatto che il fondamento del potere di prelevare coattivamente risorse dal settore privato non si rinviene in una presunta sovranità (e dunque supremazia) dello Stato nei confronti del cittadino-suddito, bensì, nel principio di solidarietà politica, economica e sociale sancito dall'art. 2 cost. e che si manifesterebbe proprio nel concorso alle spese pubbliche¹³.

Queste brevi annotazioni preliminari permettono di richiamare l'attenzione su quello che, secondo la nostra costituzione, costituisce il perimetro della sfera pubblica, idealmente rappresentabile come una linea che collega i doveri universali ai diritti fondamentali e viceversa, delimitando quella che i teorici del diritto riconoscono essere la dimensione sostanziale della democrazia¹⁴. Tale sfera, al cui interno non sono chiamati ad operare solo i pubblici poteri (non costituendo affatto

Costituzione formale e Costituzione materiale, ora in Scritti giuridici, vol. III, Milano, 1996, p. 1845 e ss.; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996; G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano, 1995, p. 11; ID., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968. Sulle implicazioni della giurisprudenza costituzionale sull'organizzazione e sull'attività amministrativa si veda, invece, F.G. COCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Dir. Amm., 2012, pp. 21 ss.

¹² F.G. COCA, *Stato ed altri enti impositori di fronte al dovere di prestazione tributaria*, cit., pp. 181 ss.

¹³ *Ibidem*, p. 184.

¹⁴ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Roma-Bari, pp. 13 ss. L'esistenza di una dimensione sostanziale della democrazia discenderebbe dalla necessità di andare oltre la teoria della validità formale delle norme, riconoscendo che "non tutto ciò che viene deciso in forza dell'autonomia politica, e per altro verso dell'autonomia civile, è valido oltre che esistente: perchè una decisione sia valida non deve violare i principi e di diritti fondamentali, stipulati appunto nelle costituzioni quali limiti e vincoli alle dinamiche del mercato nel mondo degli affari e ai possibili abusi della maggioranza nell'ambito della politica" (p. 14).

il monopolio della soggettività pubblica¹⁵) ma anche la società stessa, è chiamata a svolgere non solo una funzione di governo¹⁶ ma, con riferimento ai contenuti dell'art. 2 cost., una funzione di garanzia¹⁷ a tutela degli interessi generali, dei diritti fondamentali e delle stesse sfere private. Una funzione che, da un lato, deve essere svolta necessariamente nell'interesse di tutti, in ossequio al fatto che di tutti sono i diritti fondamentali e che, dall'altro, presupponendo l'esercizio di un potere precettivo che (può anche) prescinde(re) dal concorso diretto dei destinatari, caratterizza tale ambito di intervento come sfera dell'eteronomia¹⁸.

¹⁵ Come evidenziato da G. BERTI (*Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, atti del XXXIX Convegno di scienza dell'amministrazione, Milano, 1996, p. 16), "la Costituzione non ha pensato all'amministrazione come ad un potere dello Stato e ha, al contrario, inteso l'amministrazione come dovesse vedersi collegata immediatamente alla società". Ne deriva, pertanto, che laddove si riconosca la sua funzionalità all'attuazione dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili l'amministrazione non pare più rappresentabile "come un'immagine dello stato", bensì, come "forma della società". In questo senso anche L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit., il quale rileva come ancora oggi "le nostre convinzioni consolidate sul diritto pubblico poggiano in misura significativa sulla centralità della soggettività pubblica, dell'organizzazione dello Stato e del suo potere" (p. 43), evidenziando come "sul versante delle relazioni in senso soggettivo ed oggettivo, per conseguenza, occorre prendere atto del superamento della centralità della persona giuridica pubblica (dell'ente pubblico), non tanto per ragione dell'affermazione dell'organizzazione pubblica come realtà oggettiva ed obiettivata, quanto piuttosto, perché l'organizzazione appare per tratti essenziali esterna all'autorità" (p. 59).

¹⁶ Secondo la classificazione proposta da L. FERRAJOLI (*Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. I, Roma-Bari, 2007, p. 869 ss.) le funzioni di governo sarebbero riconducibili alla sfera discrezionale del decidibile ed includerebbero sia le funzioni legislative che quelle governative di indirizzo politico e amministrativo. Esse, pertanto, "disegnano lo spazio della politica, i cui parametri di valutazione sono l'efficienza e l'utilità, per gli interessi generali, dei risultati ottenuti" (p. 872).

¹⁷ Contrariamente alle funzioni di governo, quelle di garanzia sarebbero invece quelle che esplicano una funzione di difesa della sfera dell'indecidibile. Tra queste rientrerebbero "oltre alla funzione giudiziaria di garanzia secondaria, le funzioni di controllo e tutte le funzioni di garanzia primaria dei diritti di libertà e dei diritti sociali" (*Ibidem*, p. 872). Secondo Ferrajoli, dunque, "le funzioni di garanzia corrispondono invece allo spazio della giurisdizione e dell'amministrazione vincolata, i cui criteri di valutazione sono la correttezza e la fondatezza degli accertamenti dei loro presupposti legali e l'effettività degli adempimenti richiesti". Pertanto, "le decisioni con cui sono esercitate le funzioni di garanzia consistono invece, oltre che nell'applicazione formale, anche nell'applicazione sostanziale delle norme sulla loro produzione", rilevando "soprattutto la sostanza dei contenuti prodotti" (*Ibidem*, p. 872-873).

¹⁸ N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974, pp. 2187 ss. Per un'analisi del tema con riferimento all'attività amministrativa sia consentito il rinvio a F.G. COCA, v. *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Vol. VI (Aggiornamento), 2002, pp. 75 ss. e a ID., *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001, Milano, 2002, pp. 21 ss.

Occorre ulteriormente soffermarsi sul fatto che, in un ordinamento costituzionale come il nostro, i diritti fondamentali definiscono la sfera del non decidibile (cioè di tutto ciò che sarebbe precluso alla discrezionalità del potere governante, rientrando invece nell'ambito di una funzione di garanzia) ossia, *'del non decidibile che'* con riferimento ai divieti corrispondenti ai diritti di libertà e del *'non decidibile che non'* con riferimento agli obblighi pubblici concernenti i diritti (fondamentali) sociali¹⁹.

Le questioni teoriche sin qui esposte – unitamente alla riconduzione dei diritti fondamentali, quantomeno con riferimento al loro contenuto minimo²⁰, nel perimetro della sfera del non decidibile e, dunque, della loro soddisfazione necessaria quale caratteristica irrinunciabile dello stato costituzionale di diritto – danno luogo a risvolti pratici di non secondaria importanza. Il primo di questi è rappresentato dalla definizione dell'ampiezza dei fini pubblici che, nel nostro ordinamento, è frutto di una scelta dei pubblici poteri che presuppone, a sua volta, un bilanciamento tra i diversi (talvolta confliggenti) interessi in gioco. In questa prospettiva, gli esiti di questo bilanciamento²¹ pongono, evidentemente, il

¹⁹ cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. I, cit., p. 822.

²⁰ Seguendo il modello concettuale sviluppato da R. ALEXY (*Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012), con particolare riferimento a quelli che egli chiama *'diritti fondamentali sociali'* e al problema del loro necessario bilanciamento con altre libertà (soprattutto, nella prospettiva delineata in precedenza, rispetto alla necessità di far leva, ai fini della loro soddisfazione, sui doveri universali di cui all'art. 2 ai fini della loro soddisfazione), *"si dovrà considerare una posizione giuridico-erogativa come definitivamente garantita in base ai diritti fondamentali se (1) il principio di libertà fattuale la esige con urgenza e (2) il principio di divisione dei poteri e il principio democratico (che include quello della competenza di bilancio del Parlamento) così come (3) i principi materiali concorrenti (in particolare, quelli che si limitano alla libertà giuridica di altri) sono lesi, in una misura relativamente bassa, dalla garanzia delle posizioni giuridico-erogative dei diritti fondamentali e da decisioni della Corte costituzionale che tengano conto della garanzia stessa. Queste condizioni sono comunque compiute nei diritti fondamentali sociali minimi, quindi, ad esempio nei diritti a condizioni minime di esistenza, a una semplice abitazione, all'istruzione scolastica, alla formazione professionale e a uno standard minimale di assistenza medica"* (p. 543).

²¹ Con riferimento al bilanciamento svolto in sede di sindacato di costituzionalità M. LUCIANI, *I diritti "finanziariamente condizionati"*, in *La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica: principi, strumenti, limiti*, Atti del LXIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2018, p. 380 ha correttamente sostenuto che la formula del bilanciamento non sarebbe appropriata nell'ambito della relazione tra diritti e bilancio in quanto, da un lato, vuota e dall'altro tale da aprire spazi illimitati di discrezionalità giurisdizionale. Secondo l'autore, *"il bilanciamento spetta al legislatore e alla giurisdizione compete*

problema della loro conformazione ai diritti fondamentali e a quello che si è detto costituire la sfera del non decidibile.

Il secondo risvolto pratico, inevitabilmente connesso al primo, è invece rappresentato dalla definizione dei mezzi attraverso cui perseguire i fini pubblici (o meglio, quelli che il potere governante ha ritenuto essere tali). Anche tali scelte (afferenti, per esempio, alla definizione delle modalità di organizzazione di un servizio pubblico) sono frutto di un bilanciamento, risultando peraltro soggette alla discrezionalità dei pubblici poteri, tanto sul piano legislativo che su quello meramente amministrativo.

Il terzo è invece rappresentato dai numerosi problemi posti dalla rimessione di tali scelte – che, vista la loro stretta connessione con i diritti fondamentali e i doveri universali, dovrebbero tener conto di tutti e non solo di una maggioranza – alle mere dinamiche del circuito politico-rappresentativo secondo il modello delineato dall'art. 95 cost. e (seppur in misura minore), alla luce dell'evoluzione del rapporto Governo-Parlamento, laddove il secondo risulta sempre più asservito agli interessi del primo, dal principio di legalità di cui all'art. 97 cost.. Un elemento quest'ultimo di non secondaria importanza laddove si pensi alle disfunzioni tipiche dello Stato pluriclasse²² e alle cause dei cosiddetti fallimenti dello Stato²³.

[...] *l'apprezzamento della sua coerenza interna, della sua completezza, della sua logicità, fermo – ovviamente – il generale sindacato sul rispetto di tutti i parametri costituzionali*".

²² Le disfunzioni dello Stato pluriclasse sono state mirabilmente messe a fuoco da M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1979. Secondo l'autore, nel contesto dello Stato pluriclasse – caratterizzato da un'elevata disomogeneità ed incoerenza connessa alla sussistenza di un numero crescente di interessi suscettibili di entrare in conflitto – proprio le funzioni di gestione del credito, governo della moneta e delle finanze pubbliche sono naturalmente destinate a degenerare in disfunzioni.

²³ In merito al ruolo dello Stato e ai suoi fallimenti secondo una prospettiva giuseconomica si rinvia a E. MACJAY, *Law and Economics for Civic Law System*, Edward Elgar, 2013, p. 157-186. In generale, nella prospettiva della Law and Economics il ruolo dello Stato sarebbe quello di fornire protezione rispetto ai conflitti intersoggettivi; pertanto compito specifico dei pubblici poteri sarebbe quello di promuovere l'interesse pubblico sia mediante la creazione di un sistema di incentivi teso a favorire l'adozione di concotte cooperative da parte degli individui, sia provvedendo direttamente all'erogazione di taluni beni e servizi pubblici, realizzando un determinato ordine politico. In questa prospettiva, i fallimenti dello Stato sarebbero la conseguenza del fatto che anche lo Stato non è immune dalle conseguenze delle asimmetrie informative, ai limiti e alle distorsioni dei processi decisionali pubblici, all'azione opportunistica dei burocrati e dei politici, all'azione dei gruppi di interesse e alle imperfezioni del sistema della rappresentanza politica. Pur inquadrandosi in questo filone, una nota a parte merita il peculiare

La sussistenza di tali conflitti pratici – che sono destinati ad alimentare problemi e dilemmi sempre più rilevanti in virtù dell’emergere di nuove esigenze di bilanciamento tra diritti sociali e stabilità finanziaria e dei possibili scenari connessi all’applicazione delle tecnologie (si pensi alla *blockchain*) al processo democratico – si traduce, a meno di non aderire al *refrain* dello stato sociale condizionato²⁴ e alla tesi dell’inevitabile arretramento della sfera pubblica di fronte al mercato e alle sue esigenze²⁵, nella necessità di un complessivo ripensamento delle modalità di intervento nell’ambito di quella che abbiamo definito essere la sfera pubblica. Un ripensamento che presuppone, oltre che il riconoscimento della piena compatibilità con la rilevanza dei fini perseguiti di modalità di autorganizzazione della società civile e, dunque, l’abbandono del mito della

approccio seguito dalla teoria della scelta pubblica (o *public choice*). Come evidenziato da D. DA EMPOLI (*Introduzione*, in *Stato, mercato e libertà*, Bologna, 2006, pp. 1-2) “*l’economia delle scelte pubbliche viene normalmente definita come ‘studio economico delle decisioni non di mercato’ o anche come ‘applicazione dell’economia alla scienza politica’*. [...] *In netto contrasto con gli economisti di lingua inglese per questa problematica (specie all’inizio degli anni Cinquanta), Buchanan si è proposto di studiare le istituzioni e le regole su cui si fondano, ponendo l’individuo al centro di esse*”. James Buchanan, economista e premio Nobel per l’economia nel 1986, è l’esponente più rappresentativo della *public choice* (il contributo scientifico di Buchanan è ora raccolto in *The Collected Works of James M. Buchanan*, Liberty Fund, Indianapolis, 20 vol., 1999-2000). L’impostazione scientifica della teoria della scelta pubblica è delineata in J.M. BUCHANAN-G. TULLOCK, *Il calcolo del consenso. Fondamenti logici della democrazia costituzionale*, Bologna, 1998. Per un inquadramento si rinvia ai vari contributi di J.M. Buchanan e ai vari autori della Scuola della Virginia raccolti in *The Collected Works of James M. Buchanan*, cit.; nonché a R.E. WAGNER, *James M. Buchanan and Liberal Political Economy: A Rational Reconstruction*, Lexington Book, 2017; M.L. STEARNS-T.J. ZYWICKI, *Public Choice Concepts and Applications in Law*, Thomas Reuters, 2009; D.C. MUELLER, *Public Choice III*, Cambridge, 2003; ID., *The Public Choice Approach to Politics*, Edward Elgar, 1993; D. DA EMPOLI, *Introduzione*, in *Stato, mercato e libertà*, cit., p. 1-2; ID., *Public Choice*, *The Next Twenty-Five Years of Public Choice*, 77, 1993, p. 75-83; F. FORTE, *Manuale di Scienza delle Finanze*, Milano, 2007; G. TULLOCK-A. SELDON-GORDON L. BRADY, *Government Failure: A Primer in Public Choice*, Washington, 2002; P. MARTELLI, *Introduzione all’edizione italiana*, in *Il calcolo del consenso. Fondamenti logici della democrazia costituzionale*, cit., p. 9-31; G. REGONINI, *Public Choice: una teoria per l’analisi delle politiche pubbliche*, *Stato e mercato*, 11, 1984, p. 299-328. Con riferimento ai problemi posti dalla costituzione (macro)economica europea e alle relazioni tra la *public choice* e l’ordoliberalismo sia consentito il rinvio a F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare. Alcune implicazioni teorico-giuridiche del processo di integrazione europea*, Napoli, 2020, pp. 165-242.

²⁴ F. LOSURDO, *Lo stato sociale condizionato: stabilità e crescita nell’ordinamento costituzionale*, Torino, 2016, p. 48.

²⁵ Le implicazioni della riduzione delle risorse pubbliche in termini di dismissione delle funzioni amministrative è stato ben messo a fuoco da M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, pp. 195-197; *contra*, M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 1, 2002, pp. 169 ss.

centralità della soggettività pubblica, (anche) la messa in discussione dello stesso ruolo dell'amministrazione da intendersi, nella prospettiva che qui si intende suggerire, non più e non tanto quale braccio esecutivo del potere governante ma quale indispensabile alleata dei diritti fondamentali della persona, nell'ambito di quelle relazioni giuridiche che si instaurano tra quest'ultima e l'autorità 'obbligata' a darvi effettività nell'esercizio della propria discrezionalità organizzativa²⁶.

3. *Fini pubblici e spesa pubblica*

La nozione di Stato quale *"comunità giuridica di un popolo retto a fini di interesse generale da un governo sovrano nell'ambito della sua sfera personale e territoriale"*²⁷ rinvia all'esistenza di un apparato organizzativo destinato al soddisfacimento dei bisogni pubblici che, a sua volta, richiede la sussistenza dei mezzi necessari per farvi fronte.

L'attività dello Stato, sotto questo specifico profilo, risulta pertanto da un lato orientata al perseguimento dei suoi scopi e, dall'altro, impegnata nella raccolta dei mezzi necessari. L'attività finanziaria dello Stato, avente *"carattere strumentale indiretto per il conseguimento dei fini dello stato, perché le pubbliche spese sono lo strumento immediato (o di primo grado) per la soddisfazione dei fini dello stato, mentre le pubbliche entrate sono un mezzo necessario per le pubbliche spese, quindi risultano solo un*

²⁶ Il riferimento è all'analisi proposta da D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Il Foro Italiano*, 111, pp. 205-220. Secondo Sorace, *"a fronte di un comportamento di una amministrazione obbligata nel merito delle scelte non si pongono posizioni di interesse legittimo ma di diritto soggettivo. Con la precisazione, del resto appena necessaria, che questo non significa che a fronte di ogni atto amministrativo a contenuto obbligato si dia una tale situazione soggettiva. Infatti l'esercizio di un potere richiede di regola l'esecuzione di una serie di scelte, alcune delle quali possono risultare vincolate mento in relazione al contenuto di altre scelte con le quali si trovano in rapporto consequenziale ovvero certe decisioni possono risultare obbligate in relazione alle circostanze di fatto alla cui presenza vengono prese, ma per questi motivi non si potrà certo negare che l'amministrazione avesse poteri discrezionali nel concreto episodio amministrativo"* (p. 208). Con specifico riferimento all'attività di servizio pubblico, gran parte delle scelte rimesse all'amministrazione *"sono dirette a risolvere essenzialmente il problema della individuazione degli strumenti più idonei sotto il profilo azionale a raggiungere i fini dati e quindi a realizzare l'assetto di interessi dati. Per questo motivo sembra opportuno indicare queste scelte come contenuto di una discrezionalità organizzativa affiancabile come terzo tipo a quella 'amministrativa' ed a quella 'tecnica'"* (p. 213).

²⁷ E. TOSATO, v. *Stato (teoria generale e diritto costituzionale)*, Enc. Dir., XLIII, Milano, 1990, p. 775.

mezzo indiretto (o di secondo grado) per il raggiungimento dei fini dello stato"²⁸, consiste esattamente in tale duplice aspetto.

La spesa, in particolare, rappresenta "il mezzo più importante per raggiungere i fini di politica economica"²⁹. Le sue dimensioni sono dunque strettamente connesse all'ampiezza dei fini dello Stato i quali, a loro volta, influenzano sia l'organizzazione necessaria al loro perseguimento che i sistemi di acquisizione dei mezzi necessari per farvi fronte.

Si coglie dunque come, sotto il profilo della correlazione tra spesa pubblica e fini dello Stato, il passaggio dallo Stato monista a quello pluriclasse abbia segnato anche il passaggio dalla finanza neutrale a quella funzionale. Laddove, la prima allude all'idea secondo cui lo Stato deve limitare i propri interventi in campo economico perseguendo l'obiettivo di un bilancio sostanzialmente in pareggio, senza alcuna finalità redistributiva della ricchezza; mentre, la seconda a quella secondo cui l'attività finanziaria dello Stato dovrebbe risultare funzionale alla redistribuzione del reddito e al controllo dell'economia, quale premessa indispensabile per il perseguimento dell'uguaglianza dei cittadini³⁰.

Il passaggio dalla finanza neutrale a quella funzionale risulta perciò direttamente collegato al riconoscimento in capo ai pubblici poteri del ruolo di soggetto attivo nella trasformazione degli assetti economico-sociali, in vista di un diffuso godimento dei diritti civili e di un'uguaglianza sostanziale oltre che formale³¹. Il rinnovato ordine economico e sociale dello Stato pluriclasse, il moltiplicarsi delle richieste di intervento da parte della collettività e la partecipazione dello Stato al processo di sviluppo economico, unitamente al ruolo

²⁸ B. GRIZIOTI, *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, Vol. II, Milano, 1956, p. 136. Per un approfondimento sul concetto di spesa v. anche O. Sepe, v. *Spese dello Stato*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 386 ss.

²⁹ A. GRAZIANI, *Istituzioni di scienza delle finanze*, Torino, 1929, p. 2.

³⁰ cfr. M.V. LUPÒ AVAGLIANO, *Temi di contabilità pubblica. La riforma del bilancio dello Stato*, Vol. I, Padova, 1998, p. 8.

³¹ Si noti, peraltro, come nel medesimo periodo storico anche l'economia e la scienza delle finanze avevano profondamente il proprio approccio, giungendo con J.M. KEYNES (*Teoria generale. Occupazione, moneta, reddito*, Torino, 1954) a chiarire il nesso tra attività finanziaria ed andamento economico, attribuendo alla finanza pubblica una funzione anticiclica in ragione della sua capacità di influenzare l'andamento del reddito e dell'occupazione anche a fini propulsivi dell'economia nazionale.

assunto dal settore pubblico quale mediatore sociale e catalizzatore economico, erogatore di servizi e ammortizzatore sociale, ha infatti comportato la dilatazione della finanza pubblica, al punto da divenire essa stessa strumento di governo dell'economia, determinando, in assenza di vincoli³² tesi a garantire un equilibrio tra soddisfazione delle istanze sociali e risorse disponibili, una progressiva espansione della spesa pubblica.

Ciò detto, l'attività finanziaria dello Stato sociale si articola in una serie di diritti e doveri posti in capo sia allo Stato che ai cittadini-contribuenti e che a loro volta costituiscono un vincolo alla discrezionalità del potere politico. Da un lato, e cioè sotto il profilo delle entrate, spetta allo Stato la potestà tributaria, ovvero, il diritto di pretendere dai cittadini-contribuenti i mezzi necessari per il soddisfacimento dei bisogni pubblici, cui corrisponde un dovere tributario dei contribuenti e, in favore di questi ultimi, una garanzia contro eccessive e ingiustificate pretese tributarie, secondo i canoni della giustizia tributaria. Dall'altro, e cioè sotto il profilo delle spese, allo Stato viene assegnato il dovere di svolgere una funzione sociale consistente nella promozione del benessere e nell'elevazione del popolo attraverso una continua opera di protezione, propulsione e di coordinamento in tutto il vasto campo dell'attività umana, attraverso provvedimenti di carattere organico e costruttivo aventi sempre di mira la protezione della persona umana, la soddisfazione dei suoi bisogni e l'attuazione della potenza dell'intelletto in tutta la possibile sua estensione³³, nonché, il dovere

³² Sul punto vale la pena richiamare la riflessione di O. SEPE (v. *Spese dello Stato*, cit., p. 392), secondo cui *"il controllo del modo col quale le entrate venivano utilizzate poteva portare rapidamente alla necessità di ulteriori imposizioni per il reperimento di nuove entrate. Da questa correlazione fra entrata e spesa scaturiva la conseguenza che i pubblici poteri non possono essere lasciati del tutto liberi nel modo di spendere ma che anche la spesa va controllata e sottratta alla discrezionalità ed all'arbitrio. Ciò è stato consacrato con l'introduzione del principio di fondo dell'approvazione parlamentare del bilancio dello Stato, visto come documento che accerta le entrate e ripartisce la determinazione delle spese"*.

³³ G. DEL VECCHIO, *Studi sullo Stato*, Milano, 1958, p. 73; v. anche S. BUSCEMA, *Trattato di Contabilità pubblica. Principi generali*, Vol. I, Milano, 1979, p. 7.

di destinare solamente ai fini pubblici quanto coattivamente prelevato dalle economie private³⁴.

Il rapporto fra spese pubbliche e i fini pubblici deve quindi ritenersi universale e costante nel senso che tali spese possono contribuire al conseguimento di questi fini in modo mediato o immediato, prossimo o remoto, tuttavia, nessuna spesa può esistere se non come mezzo per il conseguimento di un fine pubblico³⁵. Questa costante interdipendenza fra le spese pubbliche e le finalità dello Stato ne spiega la continua espansione, dovendosi pertanto ritenere diretta conseguenza dell'estensione degli ambiti di azione dello Stato.

In altri termini, traducendosi in un trasferimento di denaro dall'economia di un soggetto a quella di un altro soggetto sul presupposto dell'esistenza di bisogni collettivi ed al fine soddisfare i medesimi bisogni³⁶, le spese pubbliche risultano essere in costante rapporto con le entrate, come dimostra il fatto che alla progressiva espansione della spesa pubblica è conseguito nel nostro ordinamento l'innalzamento dell'imposizione fiscale e di ogni altro mezzo di acquisizione di ricchezza.

4. La sovranità finanziaria e i suoi limiti costituzionali

La nostra carta costituzionale, con riferimento alla sovranità finanziaria e al connesso potere di spesa, poneva già nella sua formulazione originaria una serie dei vincoli alla discrezionalità del legislatore e dell'amministrazione riscontrabili negli articoli 23, 53, 81 e 97. Come evidenziato dalla dottrina, tali vincoli risultavano necessari in quanto *“la rappresentanza parlamentare non esprime più un ruolo primario di controllo della spesa attraverso il consenso all'entrata, ma il diverso ruolo di espressione delle istanze politiche economiche e sociali della collettività nella sua*

³⁴ Per un approfondimento si rinvia a A. CRISMANI, *La tutela giuridica degli interessi finanziari della collettività*, Milano, 2000, p. 17 e ai contributi raccolti nel volume AA.VV., *La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica: principi, strumenti, limiti*, Atti del LXIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2018.

³⁵ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. 1, Milano, 1954, p. 447.

³⁶ O. SEPE, v. *Spese dello Stato*, cit., p. 392

interezza quindi, in sintesi, della spesa stessa"³⁷. Sicché, venuto meno il ruolo del bilancio quale autorizzazione all'imposizione e, contestualmente, strumento di formulazione dell'equilibrio economico dello Stato finalizzato a realizzare una corrispondenza tra prelievo fiscale, servizi pubblici erogati e spese connesse allo sviluppo economico sociale³⁸, spettava proprio alle norme costituzionali definire un sistema di garanzie oggettive tale da assicurare che la realizzazione delle politiche sociali non producesse squilibri sul fronte macroeconomico, tali da pregiudicare gli interessi finanziari della collettività.

Quanto al rapporto Governo-Parlamento e tra centro e periferia, i costituenti avevano inteso assegnare al Governo una posizione di preminenza nella determinazione dell'indirizzo della finanza pubblica, riconoscendo invece al Parlamento compiti di controllo e, in concorso con il Governo, di indirizzo mediante l'approvazione o meno dei saldi finanziari proposti da quest'ultimo.

Più specificatamente, al Governo, dal quale dipende l'amministrazione secondo il modello descritto dall'art. 95 cost., era affidato il compito di curare il processo di formazione e presentazione al Parlamento dei diversi documenti economici e finanziari in cui si articola la gestione finanziaria. Al Parlamento, invece, ai sensi degli artt. 23, 41, 81 e 119, la costituzione assegnava il compito di approvare gli strumenti operativi della gestione economica e finanziaria, in tal modo, ribadendo la fondamentale funzione di indirizzo politico della legge di bilancio quale atto fondamentale di programmazione e di indirizzo della finanza pubblica³⁹.

Con riferimento, invece, al rapporto tra centro e periferia, assumono un ruolo centrale nella configurazione istituzionale della finanza pubblica sia le previsioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), che assegna alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia del coordinamento della finanza pubblica e del

³⁷ A. BARETTONI ARLERI, *Miti e realtà nei principi della contabilità pubblica*, Milano, 1986, p. 28.

³⁸ O. SEPE, v. *Spese dello Stato*, cit., p. 392.

³⁹ Del controverso dibattito sui riflessi giuridici della legge di bilancio con riferimento sia ai rapporti tra i vari organi dello Stato e che tra i creditori e debitori di quest'ultimo si rinvia a G. CAIANIELLO, *Potenzialità della legge di bilancio*, in *Dizionario di contabilità pubblica*, A. Barettoni Arleri (a cura di), Milano, 1989, pp. 597 ss.

sistema tributario, sia quelle dell'art. 119 che, invece, riconosce alle Regioni e agli enti locali l'autonomia finanziaria di entrata e di spesa.

Sul fronte, invece, della disciplina sostanziale, il principio di fondo della costituzione fiscale è quello espresso dal già richiamato art. 53 secondo cui *“tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva”* e *“il sistema tributario è informato a criteri di progressività”*. In senso innovativo rispetto all'impostazione tipica della finanza neutrale, l'articolo introduce sia il concorso obbligatorio del singolo, da accertarsi in base alla capacità contributiva, sia il collegamento costituzionale tra le spese e le entrate.

A tutela del cittadino-contribuente, la costituzione pone altresì un ulteriore vincolo alla leva fiscale prevedendo all'art. 23 una riserva di legge che subordina l'imposizione fiscale alla sussistenza di una specifica previsione normativa.

A sua volta, l'art. 81, dedicato al bilancio e al rendiconto consuntivo, delineava invece la disciplina costituzionale delle spese di cui, proprio il controllo parlamentare sul bilancio, realizzato attraverso l'approvazione formale della relativa legge, rappresentava la chiave di volta. Ben prima delle modifiche introdotte dalla l. costituzionale n. 1/2012 con cui è stato costituzionalizzato il principio del pareggio di bilancio, la disposizione delineava un sistema di pesi e contrappesi teso da un lato ad evitare che la spesa pubblica potesse essere finanziata mediante ricorso all'indebitamento e, dall'altro a consentire l'allocazione ottimale delle risorse disponibili. Come rilevato dalla dottrina⁴⁰, proprio il vincolo all'indebitamento rinvenibile nel divieto di cui al comma 3 di stabilire nuove entrate e nuove spese e nella connessa responsabilità finanziaria del Parlamento per cui *“ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte”* (comma 4) avrebbe dovuto innescare il circolo virtuoso per la migliore

⁴⁰ cfr. G. DI GASPARE, *Innescare un sistema in equilibrio della finanza pubblica ritornando all'art. 81 della Costituzione*, www.amministrazioneincammino.it; ID., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Vicenza, 2015, p. 106.

allocazione delle risorse⁴¹. Cosa che, tuttavia, si è verificata solo in parte, fino a quanto il contesto politico e sociale del nostro Paese l'ha consentito.

Si deve comunque prendere atto che, ben prima di Maastricht, nella nostra carta costituzionale erano rinvenibile precisi limiti all'attività finanziaria dello Stato⁴², sia sul lato delle entrate che su quello delle spese. In particolare, rispetto all'esercizio del potere di entrata, sul presupposto dell'esistenza di un rapporto giuridico d'imposta che vede lo Stato soggetto attivo e il contribuente soggetto passivo che subisce la potestà impositiva, autorevole dottrina ha evidenziato come il principio di legalità imponga nei confronti dello Stato il preciso dovere di tutelare coloro che sono i suoi finanziatori, assicurando un'integrale destinazione dei mezzi pubblici a fini pubblici e una loro corretta gestione⁴³. Una tutela degli interessi finanziari della collettività che si configura quale rapporto inverso a quello d'imposta e che si regge su due specifiche garanzie costituzionali, come tali obiettive e inderogabili: gli artt. 23 e 53, che delineano la garanzia di destinazione a

⁴¹ *Ibidem*, pp. 106-107. Tale impostazione, risultante dalla costituzione formale, non è però riuscita a consolidarsi nell'ambito della costituzione materiale e, pertanto, ad impedire l'espansione della spesa pubblica e dell'indebitamento. L'interpretazione meno rigorosa dell'art. 81 della costituzione, secondo cui il ricorso al mercato finanziario doveva ritenersi un'entrata al pari di quelle tributarie, nonostante a differenza queste ultime rappresentassero in realtà un debito da rimborsare, ha così legittimato il finanziamento della spesa pubblica mediante *deficit*. Nell'ambito della costituzione materiale, veniva così abbandonato quel filone interpretativo, divenuto recessivo a partire dagli anni '70, secondo cui la previsione del comma 4 dell'art. 81 era da interpretarsi quale logico corollario dell'obbligo di tenere il bilancio in pareggio, costituendo pertanto un vincolo all'espansione della spesa pubblica, a vantaggio invece sia della tesi secondo cui al comma 4 andava invece riconosciuta una valenza meramente procedurale con la conseguenza che l'eventuale violazione dell'obbligo di copertura avrebbe comportato la mera improcedibilità delle relative iniziative legislative, sia di quella secondo cui l'obbligo di copertura doveva intendersi riferito esclusivamente all'esercizio finanziario in corso. La stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 1/1966, finì per accogliere quest'ultima tesi legittimando l'interpretazione secondo cui, all'obbligo di cui al comma 4 dell'art. 81 doveva essere attribuita una diversa efficacia prescrittiva a seconda che ci riferisse all'esercizio in corso o a quelli successivi. La Corte, richiamando la necessità di ricorrere ad una "*visione generale dello sviluppo economico del Paese e della situazione finanziaria dello Stato*", ritenne così legittimo che le leggi di spesa facessero affidamento su una ragionevole previsione che le entrate fossero destinate a crescere e, quindi, a restare in equilibrio rispetto alle spese, senza tuttavia preoccuparsi di porre vincoli e freni alla passibilità di ricorrere all'indebitamento.

⁴² Rientrano in essa sia l'attività finanziaria di spesa, sia l'attività finanziaria di entrata, che presuppone il potere di esigere il tributo e il contestuale dovere a carico dei contribuenti di corrisponderlo.

⁴³ A. CRISMANI, *La tutela giuridica degli interessi finanziari della collettività*, cit., p. 56-57; S. BUSCEMA, *Trattato di Contabilità pubblica. Principi generali*, cit., pp. 7 ss.

fini pubblici dei tributi e gli artt. 97 e 113 che, invece, impongono la correttezza dei criteri di gestione delle risorse pubbliche.

Quella che emerge è, allora, una sovranità finanziaria il cui esercizio, sebbene attribuito ai pubblici poteri per il perseguimento delle finalità sociali dello Stato, risulta già sul piano interno tutt'altro che assoluta e illimitata. Al contrario, essa risulta assoggettata a precisi e stringenti limiti la cui funzione è – attraverso la tutela degli interessi finanziari della collettività – quella di porre, sia l'attività finanziaria che la funzione amministrativa diretta al soddisfacimento dei bisogni pubblici, in diretta relazione con la sovranità popolare.

Il popolo rappresenta, infatti, sia la fonte di finanziamento dell'attività dei pubblici poteri, sia il diretto destinatario di quest'ultima, coerentemente con la relazione tra diritti fondamentali e doveri universali sancita dall'art. 2 cost. In questo senso, pertanto, la sovranità popolare definisce un complesso e mutevole equilibrio tra le scelte di entrata e quelle di spesa, il cui raggiungimento risulta strettamente dipendente dalla capacità dell'attività posta in essere dai pubblici poteri di rispondere efficacemente agli interessi dei contribuenti-elettori, senza pregiudicare però quelli della collettività nel suo insieme.

5. L'indebitamento come alterazione del modello tracciato dall'art. 53 cost.

Il fabbisogno finanziario necessario per la copertura della spesa pubblica può essere acquisito sia mediante l'imposizione tributaria o la riallocazione della spesa, sia attraverso il ricorso ai mercati finanziari e, dunque, l'assunzione di prestiti da parte dello Stato. Senonché, la presenza di un diffuso malcontento rispetto ad incrementi della pressione fiscale e le difficoltà e i costi politici degli interventi di revisione della spesa, spingono (inevitabilmente) il potere governante ad un crescente ricorso a tale seconda modalità di finanziamento della spesa pubblica che risulta oggi, più che in passato, soggetta ad una serie di limiti e condizioni derivanti dai Trattati.

Il ricorso all'indebitamento quale modalità di copertura del fabbisogno finanziario dell'amministrazione per fini pubblici costituisce, tuttavia, un'evidente alterazione del modello tracciato dall'art. 53 cost. in attuazione della previsione dell'art. 2 cost., che pone i diritti fondamentali in diretta relazione con l'adempimento dei doveri universali di solidarietà politica, economica e sociale.

Come è stato correttamente posto in luce dalla dottrina, *“la preservazione degli ordini finanziari dello Stato è diretta a garantire i presupposti di tutte le possibili politiche pubbliche, e in particolare della libertà di azione e di iniziativa delle future maggioranze parlamentari in rapporto a quelle che le hanno precedute”*⁴⁴. In questa prospettiva assume, dunque, massimo rilievo la questione concernente i sempre maggiori condizionamenti che la dipendenza dai mercati finanziari pone rispetto all'indirizzo della finanza pubblica, finendo per incidere sul corretto funzionamento dei processi democratici e sulla possibilità stessa di attuare le politiche pubbliche.

La conseguenza di tali condizionamenti, configurandosi quali limitazione della sovranità economica connessa alla crescente dipendenza degli Stati dal mercato finanziario, in combinato disposto con l'interdipendenza economica e il carattere globale di tale mercato, è che le caratteristiche dei mercati finanziari⁴⁵ sono in grado di amplificare la dimensione dei fenomeni di instabilità che si registrano nei singoli Paesi, dando vita a processi di deflusso di risorse da Paesi e mercati le cui prospettive di sviluppo tendono a deteriorarsi.

L'eventuale insorgere di fenomeni di questo tipo, come del resto è avvenuto nel corso della crisi del debito sovrano, si ripercuote sia sulla tutela dei sottoscrittori dei titoli di debito pubblico (ivi incluso il sistema bancario e i risparmiatori) che sulla stabilità della moneta, rendendo necessaria l'adozione di misure finanziarie tese a ristabilire la fiducia dei mercati che, traducendosi

⁴⁴ G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, p. 1

⁴⁵ Come evidenziato da E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2014, p. 298, *“la liberalizzazione dei movimenti dei capitali e dei sistemi finanziari e la globalizzazione dei mercati concorrono a indirizzare le risorse verso paesi in cui le opportunità di investimento sono più remunerative”*.

principalmente in interventi di natura fiscale, si ripercuotono direttamente sugli interessi finanziari della collettività.

Pertanto, rispetto ai rischi dell'instabilità, la cui portata è tale da compromettere il perseguimento degli stessi scopi pubblici che giustificano le decisioni di indebitamento per la copertura della spesa pubblica, emerge l'esigenza di orientare l'indirizzo finanziario verso il raggiungimento di obiettivi di stabilità che assumono, in tal modo, rilevanza pubblica in quanto strumentali non solo alla tutela del risparmio e degli interessi finanziari della collettività, ma più in generale al mantenimento di quelle condizioni necessarie affinché i pubblici poteri possano perseguire le finalità costituzionali a cui sono preposti.

Ne consegue, pertanto, nella prospettiva della disciplina della finanza pubblica, l'esigenza di una maggiore cooperazione internazionale sul fronte del governo della finanza pubblica e, sul piano interno, un'accentuazione della funzione di stabilizzazione propria del bilancio pubblico⁴⁶ a cui fa da corollario il necessario rafforzamento del ruolo dell'amministrazione in funzione di contrappeso al potere politico in ordine alla definizione dell'indirizzo finanziario.

A tale funzione dell'amministrazione – che essa svolge perlopiù mediante l'esercizio di poteri di garanzia – spetta perciò il precipuo compito di creare le condizioni affinché le scelte di finanza pubblica vengano prese nel rispetto delle regole poste a presidio della stabilità finanziaria, condizionando inevitabilmente il contenuto delle scelte di finanza pubblica, pur risultando ad esse estraneo sia l'apprezzamento degli interessi ritenuti meritevoli di tutela che le scelte concernenti la raccolta e l'erogazione del denaro pubblico⁴⁷.

6. La duplice dimensione della tutela degli interessi finanziari

L'esigenza generale di garantire la collettività in ordine al corretto uso delle risorse, che è alla base della tutela giuridica degli interessi finanziari della collettività, si configura secondo modalità e traiettorie diverse a seconda del

⁴⁶ G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1996, p. 241

⁴⁷ *Ibidem*, p. 225.

momento in cui le relative garanzie vengono attivate. E così, mentre con riferimento alla definizione dell'indirizzo finanziario, comportante l'adozione di scelte in ordine all'allocazione delle risorse pubbliche e all'individuazione dei mezzi attraverso cui coprire il fabbisogno finanziario della pubblica amministrazione, la tutela degli interessi finanziari della collettività si realizza in modo indiretto, assicurando il mantenimento delle condizioni per una competizione informata sull'impiego delle risorse pubbliche necessarie per il perseguimento delle finalità costituzionali⁴⁸; nella successiva fase di esecuzione del bilancio, strumentale allo svolgimento di quelle funzioni amministrative in forza delle quali l'interesse pubblico trova concreta realizzazione, essa viene perseguita sottoponendo tali attività a complesse procedure amministrative e contabili che regolano sia l'esercizio di poteri autoritativi che, soprattutto, l'adozione di atti negoziali e la connessa gestione della spesa, nonché, assicurando il rispetto delle norme sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione.

Nel primo caso, infatti, la procedura di approvazione del bilancio, congiuntamente all'attività della Ragioneria generale dello Stato, dell'Ufficio centrale del bilancio e della Corte dei Conti, dovrebbe essere in grado di innescare una competizione politica informata sull'impiego delle risorse disponibili che dovrebbe implicare un confronto sull'utilità sociale della spesa a fronte dei relativi costi e sulla loro ripartizione a carico dei cittadini. In questa fase, quanto più gli strumenti posti a garanzia degli interessi finanziari della collettività risultano in grado di attivare il controllo parlamentare e dell'opinione pubblica e, più in generale, di incrementare il grado di aderenza dell'indirizzo finanziario alle aspettative della collettività, ponendolo al riparo dai pericoli dell'egoismo politico, tanto maggiore sarà il livello di ottimizzazione della spesa pubblica⁴⁹.

⁴⁸ G. DI GASPARÉ, *Innescare un sistema di equilibrio della finanza pubblica ritornando all'art. 81 della Costituzione*, cit., p. 4.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 4-5. In particolare, dimostrando sintonia con le tesi della *public choice*, l'autore evidenzia come "il meccanismo di approvazione del bilancio e delle leggi di spesa ideato dal Costituente che si è ricercato di costruire appare idoneo a mettere in modo un gioco competitivo a somma positiva di tipo virtuoso, in grado, nell'intenzione originaria, di tutelare il contribuente e il risparmio privato favorendo al contempo la migliore allocazione delle risorse pubbliche".

Nel secondo caso, invece, la tutela degli interessi finanziari della collettività si realizza in modo diretto, sottoponendo l'attività della pubblica amministrazione – che, diversamente da quella politica, dovrebbe connotarsi oltre che per il suo carattere esecutivo della legge anche per la sua imparzialità⁵⁰ – al rispetto di una serie di regole e procedure la cui funzione non è tanto e non solo quella di rendere efficienti i processi decisionali della pubblica amministrazione, quanto piuttosto quello di garantire la legittimità finanziaria⁵¹ delle relative scelte sia rispetto all'esercizio di poteri amministrativi da cui derivino effetti in termini finanziari che, a maggior ragione, in relazione allo svolgimento di attività materiali concernenti la gestione dei rapporti negoziali e l'erogazione dei servizi pubblici.

Una volta chiarita tale distinzione e diversità di approccio, non si può fare a meno di notare come le riforme amministrative susseguitesesi a partire dagli anni novanta abbiano dato grande enfasi a tale seconda dimensione della tutela degli interessi finanziari della collettività dimostrandosi, invece, molto deboli in relazione alla prima.

7. La stabilità finanziaria come bene pubblico sovranazionale

Ai problemi posti dall'alterazione della relazione tra entrate e spesa pubblica imputabili all'eccessivo ricorso all'indebitamento e alle carenze riscontrabili sul fronte della tutela degli interessi finanziari della collettività e a cui si è fatto cenno nelle pagine precedenti, nella prospettiva interpretativa dei vincoli europei che qui si intende suggerire, sembrerebbe plausibile ritenere che vi abbia posto (almeno in parte) rimedio il processo di integrazione europea che, anche quale conseguenza dell'adozione della moneta unica, ha impresso una forte spinta in tale direzione ponendo la stabilità finanziaria come interesse pubblico comune all'intera Eurozona.

⁵⁰ Come rileva E. CASSETTA (*Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 36) dall'art. 97 cost. non emergerebbe, infatti, "né l'immagine di un'amministrazione 'braccio esecutivo' del potere legislativo o del governo, né quella di un'amministrazione completamente autonoma e acefala".

⁵¹ Sul crescente rilievo della legittimità finanziaria v. C. CHIAPPIENELLI, *Principio di legalità ed amministrazioni pubbliche: profili evolutivi in tema di controllo*, Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007, Milano, 2008.

La costituzione (macro)economica europea ha infatti sottoposto a nuovi ed ulteriori vincoli giuridici la definizione dell'indirizzo finanziario, assegnando alla Banca Centrale Europea e alla Commissione europea inedite funzioni amministrative neutrali a presidio di tale interesse pubblico sovranazionale. Ciò ha comportato, nell'ordinamento interno, specie a seguito della crisi dei debiti sovrani, un consistente processo di rafforzamento della tutela degli interessi finanziari della collettività con riferimento alle scelte concernenti la definizione dei saldi di finanza pubblica ed il ricorso all'indebitamento, che ha però dato luogo ad inevitabili conseguenze anche sul fronte dell'organizzazione e dell'attività amministrativa.

La costituzionalizzazione della stabilità finanziaria quale parametro economico vincolante per la conduzione di politiche economiche e monetarie che risultino strumentali al raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 3 del TUE corrisponde, infatti, al riconoscimento di quest'ultima come bene giuridico che riceve – al pari della concorrenza nell'ambito della costituzione (micro)economica europea – una specifica protezione nel quadro della costituzione (macro)economica europea, spiegando i suoi effetti sia sul piano sovranazionale che interno e costituendo il suo stesso mantenimento condizione di legittimità dell'Unione economica e monetaria.

Un bene giuridico quest'ultimo, la cui protezione da parte dell'ordinamento europeo risulta strumentale sia al mantenimento dell'equilibrio costituzionale tra ordine concorrenziale del mercato unico e ordine giuridico-politico dei singoli Paesi dell'UE⁵², sia a quello tra gli stessi ordinamenti che la compongono. La stabilità finanziaria finisce così per assumere, nel composito ordinamento eurounitario, un'essenziale ruolo di criterio ordinatore dei processi decisionali pubblici che si svolgono tanto nell'ordinamento interno quanto in quello sovranazionale, funzionale ad un equilibrato sviluppo dell'UE e al raggiungimento degli obiettivi di benessere dei popoli europei.

⁵² La questione è stata largamente discussa in F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere governante e sovranità popolare. Alcune implicazioni teorico-giuridiche del processo di integrazione europea*, cit., pp. 81-161 e 233 ss.

La costituzione (macro)economica europea delinea così un assetto istituzionale nel quale alla stabilità finanziaria – conseguibile attraverso la congiunta azione, da un lato, dell’attività di coordinamento svolta dalle istituzioni europee sul fronte del controllo sui bilanci e della verifica del rispetto dei parametri finanziari da parte dei Paesi membri e, dall’altro, del limite imposto dall’operatività del vincolo della stabilità dei prezzi a cui è ancorato il mandato della Banca Centrale Europea – è assegnato il ruolo di bene pubblico essenziale⁵³ alla cui protezione deve essere orientata (tra l’altro) l’azione dei pubblici poteri in ambito economico e sociale.

In tal modo essa – lungi dal determinare una subordinazione degli obiettivi sociali rispetto a quello della stabilità dei prezzi⁵⁴ e nel rispetto nelle competenze degli Stati membri in materia di politica sociale – sembrerebbe mirare ad inquadrare l’intervento pubblico entro una cornice di stabilità finanziaria ritenuta necessaria per il corretto funzionamento del mercato e per contrastare situazioni di *free riding* tali da provocare costi a carico della collettività sotto forma di fenomeni inflattivi nell’eurozona.

A ciò si perverrebbe proprio mediante la definizione di un complesso sistema di incentivi e disincentivi, i cui destinatari diretti⁵⁵ sono i decisori pubblici, basato sulla contestuale definizione di parametri di convergenza e sul vincolo della stabilità dei prezzi. Esso vede, accanto alla stabilità della moneta e all’indipendenza dell’autorità monetaria, nel divieto di disavanzi eccessivi il proprio punto nevralgico a partire dal quale si sviluppa l’intera disciplina europea in materia di finanza pubblica e del coordinamento delle politiche di bilancio nazionali.

Tale assetto istituzionale, caratterizzato dalla presenza di una politica monetaria comune e da politiche fiscali nazionali oggetto di coordinamento

⁵³ A. PREDIERI, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, 1999, pp. 190 ss.

⁵⁴ G. CONTALDI, v. *Politica economica e monetaria*, Enc. Dir, Annali, VII, Milano, 2014, pp. 814-815, secondo il quale “l’introduzione di una distinzione artificiale tra politica monetaria e politica economica, unitamente al diverso grado di competenza che le caratterizza (esclusiva la prima, di mero coordinamento la seconda), finisce per determinare una sorta di subordinazione degli obiettivi economici a quello “primario” della stabilità dei prezzi”.

⁵⁵ Tra quelli indiretti ci sono gli attori economici, di gruppi di interesse, ecc...

secondo le regole della *governance*⁵⁶ economica europea, si scontra ovviamente con il carattere potenzialmente confliggente della stabilità monetaria, che rappresenta il valore dominante del governo della moneta, con le esigenze di sviluppo e crescita a cui dovrebbero ispirarsi invece le politiche economiche nazionali⁵⁷. A partire dal 2011, in concomitanza con l'insorgere della crisi dei debiti sovrani, il Consiglio europeo ha avviato una fase di complessiva revisione della disciplina vigente incentrata sull'idea secondo cui, affinché la politica di bilancio possa promuovere una crescita economica equilibrata in un quadro di stabilità finanziaria, in ossequio agli obiettivi contenuti nell'art. 3 TUE, essa debba prevedere sia misure di risanamento dei conti pubblici che riforme strutturali⁵⁸.

La riforma del Patto di Stabilità e Crescita si è concretizzata con l'adozione del *Six Pack*, composto da cinque regolamenti e da una direttiva⁵⁹, attraverso cui si è provveduto ad introdurre nuove regole sulla sorveglianza, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici per stimolare la crescita, la competitività e l'occupazione.

Le principali innovazioni riguardano l'introduzione di nuovi vincoli, procedure di coordinamento e meccanismi sanzionatori, nonché, l'introduzione dei

⁵⁶ Per un'analisi in chiave teorico-giuridica sulla *governance* sia consentito il rinvio a F. SCAMARDELLA, *Teorie giuridiche della governance. Le ragioni e i limiti di una nuova narrazione*, Napoli, 2013 e all'ampia bibliografia ivi citata.

⁵⁷ Un'ampia ricostruzione del tema è rinvenibile in S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, Milano, 2001. Secondo altri autori, il disallineamento tra politica monetaria e politica fiscale, in assenza di misure o poteri sostitutivi in capo alle autorità europee, risulterebbe invece fortemente limitato (E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economica*, cit., p. 357).

⁵⁸ Tale consapevolezza si ricava dal nuovo Patto per l'euro sottoscritto dai diciassette Paesi dell'area euro, dalla Strategia Europa 2020 e, soprattutto, dalla relazione "*Verso un'autentica Unione Economica e Monetaria*" del 5 dicembre 2012 redatta dal Presidente del Consiglio europeo in collaborazione con i presidenti della Commissione, dell'Eurogruppo e della BCE.

⁵⁹ Il *Six Pack* è composto dai seguenti regolamenti: Regolamento n. 1173/2011 relativo alla effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio della zona euro; Regolamento n. 1174/2011 sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi della zona euro; Regolamento n. 1175/2011 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio, nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche; Regolamento n. 1176/2011 sulla prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici; Regolamento n. 1177/2011 per l'accelerazione ed il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura dei disavanzi eccessivi; nonché dalla Direttiva n. 85/2011 relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

Quadri di bilancio. Tra le innovazioni contenute nel *Six Pack* v'è inoltre il "Semestre europeo" (*Semester of Economic Policy Coordination*) quale strumento di raccordo tra le istituzioni europee e quelle nazionali in ordine all'adozione delle politiche economiche.

Un ulteriore rafforzamento della *governance* economica europea – limitato ai soli Paesi contraenti – si è poi realizzato attraverso il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione economica e monetaria dell'Unione Europea⁶⁰, meglio noto come *Fiscal Compact*, che ha aggiunto alla disciplina di coordinamento contenuta nel *Six Pack* ulteriori regole volte ad orientare le politiche di bilancio verso l'obiettivo del pareggio o *surplus* di bilancio⁶¹, salvo che in presenza di circostanze eccezionali⁶², nonché, introdotto l'obbligo di abbattimento del debito pubblico contratto dai singoli Paesi contraenti entro un rapporto massimo del 60% rispetto al PIL, procedendo alla riduzione di un ventesimo per anno, secondo quanto disposto dal *Six Pack*.

Le disposizioni del *Fiscal Compact* prevedono che in presenza di deviazioni significative rispetto all'obiettivo di medio termine stabilito o dal percorso di avvicinamento a tale obiettivo non giustificate dalla sussistenza di circostanze eccezionali, trovi automatica applicazione il meccanismo di correzione previsto dal Patto di Stabilità e Crescita con conseguente obbligo del Paese interessato di attuare le misure necessarie per correggere le deviazioni entro un arco temporale definito.

Un ulteriore aspetto del *Fiscal Compact* che merita di essere evidenziato è rappresentato dall'obbligo contenuto nel Trattato in parola di recepire all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati membri (e preferibilmente con legge

⁶⁰ Il Trattato è stato sottoscritto a Bruxelles il 2 marzo 2012.

⁶¹ Il rispetto di tale obbligo si consegue laddove il saldo strutturale annuo della pubblica amministrazione, ovvero il saldo anno corretto per il ciclo al netto di misure una tantum e temporanee, è pari all'obiettivo di medio termine specifico per il Paese in questione, come definito nel Patto di Stabilità e Crescita, risultando ammissibile un deficit strutturale fino allo 0,5% del PIL, ovvero, al 1% del PIL per i Paesi il cui rapporto debito/PIL risulti inferiore al 60%.

⁶² Ai sensi del Trattato in parola rientrano nel perimetro delle "circostanze eccezionali" esclusivamente gli eventi inconsueti non soggetti al controllo della parte contraente interessata che abbiano importanti ripercussioni sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione oppure periodi di grave recessione economica ai sensi del Patto di Stabilità e Crescita, purché la deviazione temporanea della parte contraente interessata non comprometta la sostenibilità del bilancio a medio termine.

costituzionale) le previsioni concernenti l'impegno a mantenere il bilancio pubblico in equilibrio secondo i principi poc'anzi illustrati.

Un'ulteriore tappa verso il rafforzamento della *governance* economica europea è stata segnata dall'introduzione del *Two Pack*, composto da due regolamenti⁶³. Il primo introduce una procedura per la sorveglianza rafforzata da parte della Commissione nei confronti degli Stati membri che presentano squilibri macroeconomici e che, dunque, sono alle prese o che rischiano di affrontare gravi difficoltà economico-finanziarie, con potenziale effetto contagio su tutta l'eurozona, ovvero, che risultino già destinatari di programmi di assistenza finanziaria. Il secondo, invece, prevede un ulteriore rafforzamento per i Paesi dell'eurozona delle previsioni contenute nel *Six Pack* attraverso un monitoraggio rafforzato delle politiche di bilancio nella zona euro, teso a garantire la coerenza dei bilanci nazionali con gli indirizzi di politica economica emanati nel contesto del Patto di Stabilità e Crescita e del semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche.

Parallelamente agli interventi volti al rafforzamento della *governance* economica europea, occorre infine accennare agli strumenti introdotti ai fini della normalizzazione del rischio sistemico nell'area euro. Rientrano tra questi l'*European Financial Stabilisation Mechanism*⁶⁴ (EFSM), l'*European Financial Stability Facility*

⁶³ Si tratta del Regolamento n. 472/2013 e del Regolamento n. 473/2013.

⁶⁴ L'EFSM è il nome dato al primo pacchetto di prestito istituito con Regolamento n. 407/2010 sulla base dell'art. 122, par. 2 TFUE al fine di dare sostegno finanziario a uno Stato membro che versi in una condizione di deterioramento dei fondamentali economici tali da costituire una minaccia per la stabilità finanziaria dell'UE. Trattasi, dunque, di uno strumento interno all'ordinamento dell'UE e garantito dal bilancio di quest'ultima che prevede la possibilità di concedere prestiti utilizzando risorse proprie fino a un massimo di 60 miliardi di euro a condizioni simili a quelle del Fondo Monetario Internazionale (FMI), nell'ambito di un programma di sostegno congiunto elaborato da UE e FMI. La possibilità di ricevere sostegno finanziario è tuttavia subordinata all'accertamento della sussistenza di circostanze eccezionali tali da ritenere non imputabile allo Stato interessato lo stato di crisi finanziaria. Ai sensi dell'art. 1, par. 1, art. 3 e 4, par. 2 del Regolamento n. 407/2010 le condizioni del prestito sono stabilite dalla Commissione europea e subordinate ad una rigida condizionalità concernente l'obbligo da parte del Paese beneficiario di adottare misure di politica economica tesa e riportare la situazione fiscale e finanziaria entro condizioni di normalità. L'EFSM è stato attivato a sostegno di Irlanda, Portogallo e Grecia.

(EFSF)⁶⁵ e, in sostituzione di questi ultimi, a seguito della modifica dell'art. 136 del TFUE⁶⁶, l'*European Stability Mechanism* (ESM).

L'istituzione di quest'ultimo "quale organizzazione intergovernativa di diritto pubblico internazionale" – avente propri organi deliberativi e gestionali⁶⁷ ma operante in un ambito procedimentale che include le istituzioni europee e, in particolare, la Commissione – è avvenuta attraverso la sottoscrizione di un Trattato internazionale da parte dei Paesi dell'eurozona configurandosi dunque come espressione di una cooperazione multilaterale⁶⁸ tra Stati aventi in comune esigenze di stabilità della moneta unica.

L'assistenza finanziaria da parte del ESM è comunque subordinata alla sottoscrizione di un *Memorandum d'intesa* negoziato dallo Stato richiedente con la

⁶⁵ L'EFSF consiste in un veicolo finanziario temporaneo, la cui provvista finanziaria ammonta a 440 miliardi di euro, costituito in forma di società a responsabilità limitata con durata triennale e sede in Lussemburgo. È stato istituito dai Paesi dell'eurozona con decisione dell'Eurogruppo del 7 giugno 2010. Trattasi, pertanto, di uno strumento che si colloca al di fuori del contesto istituzionale europeo e che risponde ad una logica essenzialmente intergovernativa. L'EFSF opera come un emittente di obbligazioni supportate da garanzie irrevocabili e incondizionate fornite dai singoli Stati membri dell'eurozona partecipanti, abilitato ad acquistare i titoli di Stato che non trovano più collocazione tanto sul mercato primario quanto su quello secondario, se non a rendimenti insostenibile per i conti pubblici del Paese interessato. Come per l'EFSM, anche il ricorso all'EFSF consiste nell'erogazione di un prestito allo Stato che si trovi in situazione di crisi finanziaria per effetto di un elevato disavanzo pubblico tale da porre a rischio la stabilità dell'eurozona. Il prestito è negoziato con la Commissione europea mediante la sottoscrizione di un *Memorandum d'intesa*, con il coinvolgimento della BCE e del FMI.

⁶⁶ Come evidenziato da C. GOLINO, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzioni e prospettive*, cit., p. 45-46, riscontrata la fragilità del fondamento giuridico degli strumenti di assistenza finanziaria introdotti nel 2010 "era, infatti, opinione condivisa che tale meccanismo non avrebbe più dovuto fondarsi – come il regolamento MESF – sull'art. 122, paragrafo 2 del Trattato e che occorresse rendere più esplicita la sua compatibilità con il principio del no bail-out sancito dall'art. 125 del Trattato". Pertanto, ricorrendo alla procedura di revisione semplificata prevista dall'art. 48, par. 6 TUE, con Decisione 2011/199/UE adottata dal Consiglio europeo all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo, della Commissione europea e della BCE è stato modificato l'art. 136 TFUE prevedendo che "gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme".

⁶⁷ La struttura di *governance* del ESM è costituita da Consiglio dei Governatori, a cui partecipano come osservatori il Commissario europeo per gli affari economici e monetari, il Presidente della BCE e il Presidente dell'Eurogruppo, da un Consiglio di Amministrazione e da un Direttore generale. La procedura di assistenza finanziaria si attiva a seguito della richiesta di uno Stato membro interessato al Presidente del Consiglio dei Governatori nella quale è indicato lo strumento finanziario richiesto. La decisione sulla concessione del sostegno finanziario è adottata dal Consiglio dei Governatori.

⁶⁸ E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economica*, cit., p. 359.

Commissione europea di concerto con la BCE e, in taluni casi, con il Fondo Monetario Internazionale (FMI). In tale documento sono definite le politiche economiche che lo Stato beneficiario si impegna a realizzare ai fini dell'accesso al programma di assistenza finanziaria, alla cui sorveglianza è preposta la Commissione europea di concerto con la BCE. Ciò significa che, sebbene dunque gli Stati firmatari abbiano mantenuto un controllo assoluto sul processo decisionale funzionale alla concessione del sostegno finanziario, che viene esercitato attraverso il Consiglio dei Governatori, alle istituzioni europee viene riconosciuto il compito tutt'altro che marginale di definire il programma di risanamento a cui lo Stato beneficiario deve attenersi per poter accedere gli aiuti e, una volta sottoscritto il *Memorandum d'intesa*, di sorvegliare sul rispetto dello stesso.

A conclusione di questa breve panoramica, non si può fare a meno di rilevare come tale assetto istituzionale imponga un profondo ripensamento delle politiche di bilancio dei singoli Stati membri dell'UE e, in particolare, di quelli aderenti all'UEM. Ciò in quanto il rafforzamento della *governance* economica europea e la previsione di politiche di condizionalità quale presupposto per l'accesso ai programmi di assistenza finanziaria del ESM implica un crescente condizionamento sulla discrezionalità degli Stati membri in ordine alle scelte di indirizzo della finanza pubblica, nonché l'esigenza di una strutturale revisione della spesa pubblica destinata sia alla produzione dei beni pubblici che alle politiche distributive, tale da generare serie tensioni sul fronte interno.

8. *I diritti fondamentali tra condizionamenti finanziari e sovranità popolare*

La rilettura dei vincoli europei quali strumenti cioè della sovranità popolare in funzione della tutela degli interessi finanziari della collettività nei confronti del potere politico, con particolare riferimento sia all'esercizio del potere legislativo in ordine alla definizione dell'indirizzo della finanza pubblica che del potere amministrativo con particolare riferimento alle scelte di natura organizzativa e di

esecuzione del bilancio, lascia tuttavia irrisolto⁶⁹ il nodo delle sue (notevoli) implicazioni sul fronte della tutela dei diritti sociali⁷⁰, solitamente inquadrati dalla dottrina quali diritti vantati dal singolo e tesi all'ottenimento di prestazioni da parte dello Stato e di altre strutture del potere pubblico⁷¹.

Poiché, come si è detto, si è soliti ritenere che spetti all'amministrazione erogare le prestazioni funzionali al soddisfacimento dei diritti fondamentali (sociali) di prestazione, assumono massima rilevanza ai fini della loro effettività le scelte adottate da quest'ultima in ambito organizzativo, nell'esercizio cioè della cosiddetta discrezionalità organizzativa⁷². In questa prospettiva, dunque, a seconda della tipologia di situazioni giuridiche soggettive astrattamente configurabili in capo al privato in relazione all'esercizio di tale potere, potrà valutarsi il ruolo svolto dall'amministrazione ai fini della realizzazione dei diritti fondamentali e, pertanto, la sua funzionalità o meno all'esercizio della sovranità popolare. E, in definitiva, la sua aderenza alla carta costituzionale e al suo paradigma garantista.

Le riflessioni della dottrina sull'impossibilità di identificare l'interesse pretensivo vantato dal privato rispetto all'esercizio del potere amministrativo con l'aspettativa concernente il bene della vita⁷³, costituiscono un punto di partenza imprescindibile per provare a delineare un percorso concettuale in grado di andare

⁶⁹ Come è stato rilevato in altre sedi, "il rischio, tutt'altro che ipotetico, è che al segnalato squilibrio determinatosi nella fase di espansione del nostro stato sociale, al mancato riconoscimento della stabilità finanziaria come valore costituzionale possa corrispondere ai giorni nostri un nuovo squilibrio, di segno opposto, capace di provocare un sostanziale svuotamento delle garanzie costituzionali poste a tutela dei diritti sociali e, in particolare, del principio di eguaglianza sostanziale per effetto della costituzionalizzazione, in sede Europea, della stabilità finanziaria e del suo operare, nella rinnovata cornice istituzionale dell'Unione Economica e Monetaria, quale vincolo nelle scelte di indirizzo della finanza pubblica del potere governante" (F.G. ANGELINI, *Stato e diritti sociali: la necessità di un nuovo approccio*, Rivista Politica.eu, n. 2/2019, in corso di pubblicazione)

⁷⁰ Affrontano il tema, *ex multis*, D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, ora in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XVI, Torino, 2013; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in www.forumcostituzionale.it; T.N. POLI, *Diritti sociali ed uguaglianza nello spazio giuridico europeo*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2014. Sotto diverso profilo si segnala anche G. GUIGLIA, *La Corte costituzionale e l'adeguatezza delle pensioni al tempo della crisi*, in Federalismi.it, 21 settembre 2016.

⁷¹ L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'Autorità*, cit., pp. 1 ss.

⁷² D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, cit., p. 213.

⁷³ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 304

drutto al cuore della questione, costituito dal ruolo svolto dall'amministrazione con riguardo alla relazione in essere tra diritti fondamentali e doveri universali di cui all'art. 2 cost. ed al riconoscimento della titolarità della sovranità al popolo.

Se questi due aspetti devono essere tenuti distinti, sembra allora plausibile ritenere che lo debbano essere altrettanto – in un contesto di doverosità dell'intervento pubblico, da (re)interpretarsi coerentemente con il dato costituzionale alla luce del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 – sia la pretesa vantata dal privato concernente la soddisfazione dei propri diritti fondamentali, a cui corrisponde un preciso obbligo di risultato in capo ai pubblici poteri, sia l'esistenza in capo alla persona destinataria di tali diritti costituzionalmente garantiti, di ulteriori situazioni giuridiche strumentali, di interesse legittimo appunto⁷⁴, riferibili all'esercizio della discrezionalità organizzativa, ovvero, alle modalità concrete prescelte dall'amministrazione ai fini della loro realizzazione (vincolata) con riferimento al caso concreto.

Se i diritti fondamentali rientrano in quella che viene definita la sfera del non decidibile – risultando così sottratte alla discrezionalità del potere politico-amministrativo le scelte concernenti l'opportunità o meno della loro soddisfazione e costituendo pertanto la loro effettività una condizione di legittimità sostanziale delle relative decisioni in sede legislativa, esecutiva o amministrativa – non possono che risultare del tutto insoddisfacenti quelle tesi che, invece, pongono l'accento sul carattere condizionante delle scelte di finanza pubblica, spingendosi finanche a ritenere che in realtà tali diritti verrebbero ad esistenza solo in funzione

⁷⁴ D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, cit., p. definisce tali situazioni giuridiche strumentali come 'interessi di servizio pubblico'. Essi opererebbero "come limite dinamico, nel senso che i poteri possono avere diversi modi di esercizio, ma solo perché in diversi modi può essere raggiunto l'obiettivo-limite non perché le varie possibili scelte sono indifferenti rispetto all'obiettivo: in questo caso, scegliere di deve, non soltanto si può. [...] la soddisfazione in forma specifica degli interessi di pubblico servizio può richiedere una complessa attività amministrativa, costituita da scelte e da conseguenti attività materiali, che non è concepibile sia svolta da un giudice. Qui emergono piuttosto l'insostituibile ruolo che potrebbero giocare la 'partecipazione' degli utenti nel corso stesso dell'attività amministrativa ed emerge quindi l'importanza, da una parte, di una inequivoca affermazione del principio partecipativo nel nostro ordinamento e dall'altro di una adeguata elaborazione delle forme in cui tale principio potrebbe essere applicato con effettiva utilità" (pp. 214-215).

dell'esistenza stessa di adeguate disponibilità finanziarie⁷⁵. Tale approccio – che pare ricordare molto da vicino quello in voga ancora qualche anno fa che pretendeva di condizionare l'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione alle sue disponibilità finanziarie in ragione di un presunto carattere di specialità (soggettiva) del debitore pubblico⁷⁶ – conduce all'assurdo di ritenere che l'eventuale insolvibilità del debitore possa condurre all'estinzione dell'obbligazione o alla degradazione della situazione giuridica soggettiva vantata dal creditore. Poiché i diritti fondamentali rappresentano una delle forme attraverso cui si esercita la sovranità popolare, nella prospettiva della democrazia sostanziale, sottomettere la loro soddisfazione all'esistenza di disponibilità finanziarie che dipendono a loro volta da scelte politiche concernenti l'indirizzo finanziario, significa riportare il tema della sovranità sul terreno dello Stato-ente piuttosto che dello Stato-comunità.

Nella prospettiva dei diritti fondamentali intesi come limite del potere pubblico, ignorare la tematica dell'adeguatezza dei mezzi utilizzati rispetto ai fini perseguiti, ovvero, la rilevanza delle modalità di allocazione e gestione delle risorse (scarse) disponibili, significa negare l'esistenza di situazioni giuridiche soggettive, di tipo strumentale, anch'esse riconducibili alla sovranità popolare, in grado di incidere concretamente sul comportamento dell'amministrazione e, tramite essa, di porla in diretto rapporto con la società in funzione della realizzazione dell'ordinamento di quest'ultima, condizionando l'esercizio delle potestà legislative ed esecutive sul fronte del necessario bilanciamento tra interessi contrapposti.

⁷⁵ Ne offre una panoramica M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, Riv. it. dir. pubb. com., 3-4, 2017, p. 623 ss.

⁷⁶ Al contrario, come rileva F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, cit., pp. 91-92, "la situazione giuridica nella quale versa l'Amministrazione, è bene sottolinearlo, è quella di essere titolare di una obbligazione, assunta nelle forme dell'ordinamento. La ponderazione dell'interesse pubblico relazionato con il comportamento che si pone come obbligatorio, deve ritenersi già avvenuto in sede di assunzione della obbligazione medesima. [...] La presenza della obbligazione, in altri termini, esclude la presenza di facoltà discrezionali, per la ragione che queste sono precedenti all'adozione dell'atto dal quale l'obbligazione sorge. L'obbligazione costituisce, se si vuole, il risultato dell'uso delle facoltà discrezionali: il comportamento (assunto come) obbligatorio è il comportamento (che discrezionalmente è stato scelto come) conforme all'interesse pubblico".

Un corollario necessario di questa riflessione, relativamente al problema del bilanciamento di cui si è detto poc' anzi, riguarda la necessità di giungere ad una ripermimetrazione dei diritti sociali come diritti fondamentali (sociali) a prestazioni secondo il modello del loro contenuto minimo⁷⁷. Un percorso quest'ultimo, già opportunamente battuto dalla Corte Costituzionale⁷⁸ e che si ritiene indispensabile per giungere ad un corretto inquadramento dei problemi sin qui discussi, ponendoli entro un accettabile equilibrio tra paradigma garantista e ragioni di politica finanziaria.

La ridefinizione dei diritti sociali come diritti fondamentali (sociali) a prestazioni rispetto ai quali, ferma restando la doverosità dell'intervento sussidiario dei pubblici poteri, l'obbligo di soddisfazione resta confinato entro il

⁷⁷ Secondo il modello di bilanciamento suggerito da R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 542 ss. Anche la giurisprudenza costituzionale ha postulato l'esistenza di diritti "incomprimibili" che, in quanto tali, sfuggono ai condizionamenti finanziari connessi alle esigenze di bilancio. Secondo la Corte Costituzionale "una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali", in quanto "è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione" (sent. n. 275/2016; cfr. anche sent. 169/2017). In generale, sul filone giurisprudenziale che riconosce l'incomprimibilità di taluni diritti cfr. sent. nn. 212/1997 e 266/2009 (detenuti); sent. 45/2014 e ord. 165/2015 (tossicodipendente); sent. 102/1975 (accattonaggio); sent. 85/2015 (pensionati); sent. nn. 222/2004, 95/2015 (diritto di difesa); sent. 154/2017 (salute). Del tutto condivisibile è però l'osservazione di M. LUCIANI (*I diritti "finanziariamente condizionati"*, cit., pp. 372 ss.) secondo il quale rispetto al tema dell'incomprimibilità dei diritti in funzione delle esigenze finanziarie si pone il non trascurabile problema dell'identificazione normativa di quel nucleo invalicabile di garanzie in cui si traduce la loro incomprimibilità. Laddove, il riferimento ai LEA talvolta utilizzato dalla Corte Costituzionale per l'identificazione normativa di tali diritti incomprimibili (cfr. sent. 169/2017) non pare possa costituire un ancoraggio sicuro trattandosi piuttosto di un mero "autovincolo del legislatore o comunque dell'amministrazione (quando la tutela "essenziale" è identificata con atto amministrativo) che la Corte assume come insormontabile evidentemente in ragione di quel principio di non-contraddittorietà delle scelte normative ch'essa ha desunto dal principio di ragionevolezza (e quindi dall'eguaglianza), nonché del generalissimo principio dell'affidamento".

⁷⁸ Alla luce del nuovo bilanciamento tra valori costituzionali seguito all'introduzione del principio del pareggio di bilancio, il giudice delle leggi ha invece iniziato a fare ricorso alla nozione di 'contenuto minimo essenziale' dei diritti sociali, attraverso il riferimento ai "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" – la cui definizione è però rimessa allo stesso legislatore ordinario – intesi quali diritti sociali a soddisfazione necessaria in ragione della loro riconduzione entro la categoria dei diritti inviolabili ed inalienabili della persona. Per un approfondimento sul tema, si rinvia, su tutti, ai contributi di A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, ora in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XVI, Torino, 2013; D. TEGA, *Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 142, 2014, pp. 303-325 ed alla bibliografia ivi citata.

perimetro del loro contenuto minimo, offre ampi margini per la ridefinizione delle modalità organizzative delle nostre funzioni del benessere, a partire dal superamento del mito della centralità della soggettività pubblica ai fini dell'erogazione delle prestazioni, fino all'emersione di un modello garantista⁷⁹ di amministrazione, il cui carattere distintivo risiederebbe nella sua diretta strumentalità rispetto all'esercizio della sovranità dei cittadini nei confronti del potere politico-amministrativo.

Alla luce dei problemi di bilanciamento derivanti dalla relazione diritti fondamentali – risorse disponibili, la progressiva emersione di tale modello di amministrazione e la sua potenzialità argomentativo-razionale quale funzione diretta della sovranità popolare piuttosto che braccio esecutivo del potere governante, costituisce altresì una risposta ai problemi posti dall'impossibilità di sindacare in sede giurisdizionale⁸⁰ l'allocazione delle risorse da parte del potere governante, che conduce ad esiti che vedono i diritti il più delle volte soccombenti rispetto alle esigenze finanziarie⁸¹.

⁷⁹ Seguendo l'impostazione teorica suggerita da L. FERRAJOLI (*Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. I, cit., p. 873) rientrerebbero in tale modello garantista "le funzioni amministrative vincolate in quanto garanzie primarie, all'applicazione sostanziale della legge, come quelle il cui esercizio consiste nelle prestazioni obbligatorie che soddisfano i diritti sociali, dal diritto alla salute ai diritti all'istruzione, alla previdenza o all'assistenza. Erogare una pensione o prestare l'assistenza sanitaria a chi ne ha diritto, o assicurare ai minori la scuola dell'obbligo, per esempio, non costituiscono funzioni di governo, ma funzioni di garanzia: giacché non implicano e consentono scelte discrezionali informate al principio maggioritario, ma richiedono al contrario l'imparziale soddisfazione dei diritti di tutti. Lo stesso si dica delle funzioni ispettive e di controllo".

⁸⁰ cfr. M. LUCIANI, *I diritti "finanziariamente condizionati"*, cit.; cfr. anche G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012.

⁸¹ I problemi posti dal bilanciamento in sede giurisdizionale non riguardano solo il sindacato della Corte Costituzionale ma anche quello amministrativo. Ne offrono un esempio: C. Conti, Sez. Giur., Lazio, 10 dicembre 2015, n. 491; C. Conti, Sez. Giur., Trentino-Alto Adige, 13 aprile 2016, n. 5; C. Conti, Sez. Giur., Veneto, 19 febbraio 2016, n. 28; C. Conti, Sez. Giur., Veneto, 18 marzo 2016, n. 45; C. Conti, Sez. Giur., Veneto, 16 settembre 2016, n. 112; C. Conti, Sez. Giur., Calabria, 19 dicembre 2016, n. 331; C. Conti, Sez. Giur., Basilicata, 7 marzo 2017, n. 7; C. Conti, Sez. Giur., Friuli-Venezia-Giulia, 14 febbraio 2017, n. 9; C. Conti, Sez. Giur., Calabria, 24 febbraio 2017, n. 54; C. Conti, Sez. Giur., Puglia, 11 luglio 2017, n. 354; Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2015, n. 1590; Cons. Stato, Sez. III, 16 gennaio 2017, n. 109.

9. *Un nuovo modello di amministrazione?*

Le tesi avanzate sullo “stato sociale condizionato”⁸² gettano pesanti ombre sul futuro del processo di integrazione che potrebbero essere superate solo laddove si riuscisse a rintracciare in quei condizionamenti imposti dal quadro istituzionale europeo e nel loro reciproco rapportarsi con le tradizioni costituzionali dei Paesi membri, non una compressione della sovranità nazionale a beneficio di non meglio specificate *élite* culturali, burocratiche ed economiche, bensì un loro diretto collegamento con la sovranità popolare quale via istituzionale per il rafforzamento delle prospettive di benessere dei popoli europei.

Si tratta cioè di proporre una diversa prospettiva interpretativa che punti a inquadrare i vincoli finanziari europei e la clausola del *no bail-out* piuttosto che come strumenti per perseguire obiettivi macroeconomici imposti da autorità sovranazionali prive di legittimazione democratica (sostituendo le funzioni dello Stato con quelle del mercato⁸³), come obiettivi indirettamente tesi a promuovere l'efficienza dei processi decisionali pubblici, esaltandone la loro valenza procedurale-argomentativa.

L'amministrazione intesa nella prospettiva argomentativa⁸⁴ della sovranità popolare – basata sul duplice riconoscimento dell'esistenza di diritti fondamentali

⁸² F. LOSURDO, *Lo stato sociale condizionato*, cit.

⁸³ È emblematica al riguardo la posizione di M. LUCIANI, *I diritti “finanziariamente condizionati”*, cit., p. 353-355, secondo cui globalizzazione finanziaria, integrazione europea e passaggio alla moneta unica avrebbero cancellato i tre postulati necessari per il funzionamento dello stato sociale: “a) governare le entrate attraverso la decisione pubblica sulla quantità della pressione fiscale e sulla distribuzione fra le classi sociali e le categorie di contribuenti (in particolare, fra i produttori di reddito e i titolari di patrimoni); b) governare la spesa pubblica stabilendone l'ammontare complessivo, la distribuzione fra i vari impieghi e l'alimentazione attraverso i tributi oppure il debito pubblico; c) governare la moneta e i movimenti di capitale” che riveste la “posizione di cerniera e costituisce la condizione di funzionamento degli altri due”. Tuttavia, secondo Luciani, sembra “essersi diffuso, fra le élites europee, il convincimento che le straordinarie novità cui abbiamo assistito, sebbene non accompagnate da passi politici ulteriori, non pregiudicherebbero i diritti delle persone, perché le funzioni dello Stato verrebbero assunte dal mercato e il giuoco della libera concorrenza, alimentando la crescita e favorendo le opportunità individuali, renderebbe superflui gli interventi pubblici di sostegno ai bisogni sociali, a eccezione di quelli che risultano indispensabili per far fronte alle situazioni di marginalizzazione”.

⁸⁴ Con l'auspicio di ravvivare il dibattito sulla teoria dell'organizzazione pubblica nel nuovo contesto eurounitario, con tale espressione si intende collocare la discussione nell'ambito della prospettiva teorica offerta dal neocostituzionalismo o post-positivismo, attingendo alcuni spunti concettuali dalla teoria dell'argomentazione sviluppata da Robert Alexy, Neil

(sociali) la cui soddisfazione, quantomeno nel loro contenuto minimo, costituisce obbligo (e dunque un limite invalicabile) per i pubblici poteri e, nello stesso tempo, di situazioni giuridiche strumentali in capo ai privati a fronte dell'esercizio della discrezionalità organizzativa, afferente alla scelta dei mezzi attraverso cui l'amministrazione adempie a tale obbligo – si muove in questa direzione, interessando sia gli aspetti dinamici che ne caratterizzano l'attività che quelli statici concernenti la sua organizzazione.

Una volta rilevata la necessità di ripensare l'amministrazione non solo in rapporto diretto con il potere esecutivo (secondo il modello dell'art. 95 cost.) e, attraverso la riserva di legge e il principio di legalità di cui all'art. 97 cost., con il potere legislativo ma con l'intera collettività titolare della sovranità popolare e destinataria dei diritti fondamentali e dei doveri universali di cui all'art. 2 cost. (secondo il modello delineato dagli artt. 1, 2, 98 e 113 cost.), l'elemento centrale della prospettiva che qui si intende semplicemente abbozzare è rappresentato dall'idea secondo cui, affinché possa parlarsi di una democrazia sostanziale e non solo formale, le situazioni giuridiche rinvenibili in tale seconda relazione dovrebbero essere tali da favorire lo svolgimento del rapporto tra amministrazione-cittadino secondo una logica che non è (o quantomeno non dovrebbe essere) solo top-down ma anche, e soprattutto, bottom-up, dando luogo ad una diversa ma complementare modalità di interazione tramite la quale, quella quota di sovranità popolare costituzionalmente riconosciuta a ciascun cittadino, rappresentata dai diritti fondamentali⁸⁵, possa concretamente incidere sui processi decisionali che si

MacCormick e Manuel Atienza. Essa si fonda su un approccio argomentativo al diritto e, dunque, nell'ottica del neoinstituzionalismo giuridico (cfr. N. MACCORMICK, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford, 2008; N. MACCORMICK-O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986), alle istituzioni, tra le quali rientrerebbe appunto anche il diritto. Per un approfondimento si rinvia a M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, cit.; R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998; N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001.

⁸⁵ I diritti fondamentali ricomprendono i diritti politici e i diritti civili, la cui effettività è condizione di legittimità sul piano formale dei processi democratici; nonché i diritti di libertà e i diritti sociali la cui tutela, rientrando essi nell'ambito della sfera del non decidibile, risulta essere condizione di legittimità sostanziale delle stesse decisioni adottate nell'ambito dei processi democratici. In questo senso, Luigi Ferrajoli definisce i diritti fondamentali come frammenti di sovranità di tutti e di ciascun cittadino sul presupposto che "la 'sovranità' o 'volontà

svolgono sulla sfera pubblica in vista del raggiungimento di esiti sociali efficienti e rispettosi delle prescrizioni costituzionali.

Affinché tali situazioni giuridiche possano dar luogo ad una siffatta relazione sarebbe perciò necessario riconoscere l'esistenza, nell'ambito delle vicende che interessano i diritti fondamentali (sociali), sia di diritti soggettivi, con riferimento a quello che abbiamo chiamato il loro contenuto minimo, sia di interessi legittimi con riferimento alle modalità in concreto prescelte dai pubblici poteri ai fini della loro soddisfazione. In altri termini – coerentemente con la ricostruzione teorica dell'interesse legittimo proposta da Scoca – sarebbe proprio l'esistenza, accanto ai diritti soggettivi intesi come limite invalicabile del potere, di tali interessi legittimi a rendere possibile l'instaurazione in concreto di un dialogo con il potere finalizzato alla migliore soddisfazione possibile dei diritti fondamentali, tenuto conto delle risorse disponibili e, dunque, dei connessi doveri universali di cui la collettività è chiamata a farsi carico.

Con riferimento alla tematica dei diritti fondamentali (sociali) di prestazione e del loro necessario bilanciamento nell'ambito del complesso quadro (macro)economico costituzionale dell'UE – che implica, inevitabilmente, l'adozione di scelte concernenti la selezione dei bisogni, la scelta delle modalità organizzative per la loro soddisfazione e la ricerca dei mezzi finanziari necessari per farvi fronte – quel capovolgimento di prospettiva suggerito da parte della dottrina⁸⁶ che vede l'amministrazione come funzione della sovranità popolare (e non solo quale braccio esecutivo del potere governante), suggerisce infatti di guardare a tali situazioni giuridiche soggettive in modo alternativo rispetto alla rassegnata logica della loro mera subordinazione rispetto al principio di equilibrio di bilancio (secondo cui il diritto non potrebbe neanche esistere laddove la prestazione

popolare' richiede, per potersi esprimere autenticamente, le garanzie non solo dei diritti politici, ma anche dei diritti di libertà e dei diritti sociali, dalla libera manifestazione del pensiero al diritto all'istruzione" (L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016, p. 44).

⁸⁶ Il problema della relazione tra organizzazione e sovranità popolare e della sua funzionalità all'esercizio di quest'ultima in funzione di critica della centralità della persona giuridica statale è stato posto da G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1986 e recente rilanciato da L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit.

necessaria per soddisfarlo desse luogo ad una violazione di tale principio) e, dunque, di sostanziale impotenza del cittadino rispetto al potere politico.

Nella prospettiva di una democrazia sostanziale, il fondamento logico-razionale della costituzione (macro)economica europea⁸⁷ e lo studio delle sue implicazioni sulla dinamica e sulla statica della pubblica amministrazione, pare indirizzare verso una diversa prospettiva di analisi incentrata sulla necessità di dar vita, proprio attraverso l'amministrazione e lo svolgersi dei rapporti che i cittadini instaurano con essa, ad una proceduralità argomentativo-razionale in grado di consentire a questi ultimi, quali veri detentori della sovranità, un diretto potere di influenza nei confronti del potere governante funzionale a garantire l'effettività dei diritti fondamentali, che a sua volta presuppone il riconoscimento in capo ad esso di un obbligo giuridico concernente la necessaria soddisfazione del loro nucleo essenziale⁸⁸.

Una volta ricondotto sul terreno della procedimentalità argomentativo-razionale il discorso sull'amministrazione e sui suoi vincoli, siano questi rappresentati dai diritti fondamentali o dall'equilibrio tra entrate e uscite, è possibile evidenziare come il peculiare ruolo costituzionale assegnato all'amministrazione pubblica ponga quest'ultima nelle condizioni di spigare un enorme potenziale di correzione delle dinamiche che caratterizzano lo scambio politico e che sono alla base dei fallimenti dello Stato. Ciò in quanto la dinamica argomentativa attraverso cui si esplicherebbe la sovranità popolare in rapporto con l'amministrazione e – indirettamente, attraverso quest'ultima – con la politica, si sviluppa non in opposizione/sostituzione di quella tipicamente espressa dal circuito politico-rappresentativo ma quale necessario complemento di quest'ultima, nella prospettiva di una democrazia sostanziale e deliberativa.

Questa visione dell'amministrazione quale presidio a garanzia dei diritti fondamentali della persona, che potremmo definire argomentativo-razionale, se

⁸⁷ Sul punto sia consentito il rinvio a F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare. Alcune implicazioni teorico-giuridiche del processo di integrazione europea*, Napoli, 2020, pp. 233 ss.

⁸⁸ *cf.* Corte Cost., 2 aprile 2009, n. 94; 26 febbraio 2010, n. 80; 19 luglio 2013, n. 222 e 11 aprile 2019, n. 83.

correttamente intesa – anche e soprattutto con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive riconoscibili in capo ai privati interessati dall'esercizio del potere – permette di sollevare dubbi rispetto alla fondatezza dell'orientamento prevalente secondo cui i vincoli europei spingerebbero (inesorabilmente) nella direzione di una revisione dei limiti esterni della sfera pubblica tale da comportare (necessariamente) una riduzione delle garanzie sociali quale diretta conseguenza dell'esistenza di limiti che condizionano la possibilità per il potere governante di classificare talune istanze della società come interessi come pubblici.

A parere di chi scrive, seguendo un approccio che si auspica possa risultare maggiormente costruttivo, tale revisione pare debba essere orientata in una direzione diversa. Quella di una più efficiente rifocalizzazione dell'amministrazione pubblica su ciò che effettivamente rientra nella sfera pubblica, intesa come sfera del 'non decidibile che' e del 'non decidibile che non'. Cosa che implica il definitivo abbandono dell'idea secondo cui spetterebbe solo alle persone giuridiche pubbliche, e non anche alla società e alle modalità organizzative proprie di quest'ultima, il compito di attivarsi nell'attuazione delle garanzie sociali e, più in generale, della convinzione che nel contesto giuridico-istituzionale eurounitario sia ancora l'autorità (e non la sua relazionalità, in funzione argomentativo-razionale) l'attributo essenziale (ed irrinunciabile) dell'amministrazione per fini pubblici.