

FABIO G. ANGELINI

Professore straordinario di diritto amministrativo
nella Facoltà di Ingegneria dell'Università Telematica Internazionale Uninettuno
f.angelini@uninettunouniversity.net

**L'IMPIEGO DELLE RISORSE DEL RECOVERY
FUND TRA CONFORMITÀ ALL'ORDINE
GIURIDICO-ECONOMICO EUROPEO E FUNZIONE
DISCORSIVO-RAZIONALE DEL DIRITTO PUBBLICO**

**THE USE OF RECOVERY FUND RESOURCES BETWEEN
CONFORMITY WITH THE EU LEGAL-ECONOMIC ORDER
AND SPEECH-RATIONAL FUNCTION OF PUBLIC LAW**

SINTESI

Il presente contributo intende porre in luce alcuni dei problemi posti dalla stagione di intervento pubblico che si profila all'orizzonte e che sembrano restare ancora pericolosamente sotto traccia. L'obiettivo è allargare lo sguardo esponendo alcune delle ragioni che spingono a ritenere auspicabile tornare a domandarsi, con riferimento alla stagione che si sta aprendo, quale sia il posto del diritto pubblico e dell'amministrazione e, dunque, quali ruoli siano chiamati a svolgere nel più ampio quadro della *governance* eurounitaria. Sebbene all'apparenza quella indicata possa sembrare una mera questione teorica, di scarso interesse pratico, la risposta a tali interrogativi riveste in realtà un'importanza centrale per delineare presupposti e limiti dell'auspicato intervento pubblico nell'economia e, dunque, per garantire il migliore utilizzo possibile delle risorse del Recovery Fund in relazione agli interessi in gioco.

ABSTRACT

The work intends to highlight some problems posed by the season of public intervention that is looming on the horizon and which still seem to remain dangerously hidden. The goal is to broaden the gaze by exposing some of the reasons that lead us to consider it desirable to ask ourselves again, with reference to the season that is opening, what is the place of public law and administration and, therefore, what role they are called to play within the broader framework of Euro-unit governance. Although apparently the one indicated may seem a mere theoretical question, of little practical interest, the answer to these questions is in reality of central importance to outline the presuppositions and limits of the desired public intervention in the economy and, therefore, to guarantee the best possible use of the resources of the Recovery Fund in relation to the interests at stake.

PAROLE CHIAVE: Intervento pubblico – Recovery Fund – Governance – Efficienza – Unione Europea

KEYWORDS: Public intervention – Recovery Fund – Governance – Efficiency – European Union

INDICE: 1. Premessa. – 2. Il Recovery fund: alcuni problemi latenti della nuova stagione di intervento pubblico. 3. – L'intervento pubblico nell'economia nel quadro giuridico-istituzionale eurounitario. – 4. L'efficienza dei processi decisionali pubblici come problema. 5. – La posta in gioco e il ruolo del diritto pubblico (e dell'amministrazione). – 6. Intervento pubblico ed efficienza allocativa: dalla democrazia rappresentativa alla democrazia deliberativa. – 7. Alcuni spunti di riflessione.

1. Premessa

Degli aspetti positivi del Recovery Fund e della svolta dell'Unione Europea verso una maggiore solidarietà tra gli Stati membri hanno già scritto in molti¹. Salvo qualche rara eccezione – che non ha mancato di evidenziare alcune carenze e timori connessi alla nuova stagione di interventismo pubblico che si prospetta in risposta all'emergenza sanitaria ed economica provocata dalla pandemia² – la svolta annunciata dal Presidente della Commissione UE Ursula Von der Leyen, sia sul fronte della temporanea sospensione dei vincoli europei che delle azioni previste dal Piano Next Generation EU, è stata perlopiù salutata nel dibattito interno – sebbene pur sempre con un po' di diffidenza nei confronti della Germania – come una liberazione rispetto ai vincoli all'intervento pubblico imposti dalla disciplina sugli aiuti di Stato e dalla disciplina di bilancio.

¹ V., *ex multis*, F. CAPRIGLIONE, *La finanza UE al tempo del coronavirus*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2020; A.G. LANZAFAME, *Il lockdown, l'avvio della "fase due", e i problemi della "fase tre". La gestione dell'emergenza, sanitaria ed economica, da Covid-19 tra disuguaglianze ingiuste e disuguaglianze necessarie*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 2; L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione Europea) all'emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 4. Per un'analisi critica dell'UE e sulla necessità di una svolta solidaristica cfr. rispettivamente L. DE LUCIA, *'Pastorato' e 'Disciplinamento' nella governance economica europea. Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2015, pp. 867-908; M. LA TORRE, *La cittadinanza "liquida". Cittadinanza dell'Unione Europea e liberalismo autoritario*, in *Sociologia del diritto*, 2015, 3, pp. 105-130.

² F. CAPRIGLIONE, *Covid-19. Quale solidarietà, quale coesione nell'UE? Incognite e timori*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2020, 2, pp. 169 ss., il quale rileva come ancora oggi «non sussistano i presupposti fattuali per dare contenuto al 'progetto' nel quale ha creduto ampia parte della popolazione dell'UE. La prospettiva di un'Unione forte, coesa e solidale, in grado di affrontare con successo le sfide della globalizzazione ed eventuali catastrofi naturali, sembra ormai relegata nella sfera dei sogni irrealizzati; essa è stata fugata dal Covid-19, che – come si è detto – ha agito da catalizzatore nell'evidenziare i limiti e le carenze di siffatta costruzione, da tempo oggetto di denuncia non solo da parte degli studiosi, ma anche di esponenti della società civile. [...] fra le cause del mancato upgrade del progetto di integrazione rileva anche il comportamento finanziariamente irresponsabile di alcuni Stati, i quali hanno preteso di far gravare su altri (le generazioni future, gli Stati UE virtuosi, etc.) le scellerate politiche economiche pre-elettorali prive di qualsiasi visione di medio-lungo periodo, così alimentando un clima di diffidenza e sospetto da parte dei paesi che, invece, avevano orientato il proprio comportamento al rispetto del principio di responsabilità finanziaria» (pp. 211-212).

Se non altro, dietro tale atteggiamento si nasconde la pericolosa tentazione di imputare la causa del nostro declino più che a responsabilità (interne) in materia di politica industriale, di indebitamento e di assetto dei rapporti tra settore pubblico e settore privato, all'esistenza dei vincoli europei sia sul fronte della concorrenza che su quello della stabilità finanziaria. Il che si traduce, per dirla in altri termini, in una sorta di autoassoluzione rispetto alla mancata soluzione di alcuni problemi strutturali in parte, come si rivelerà in seguito, riconducibili al persistente disallineamento tra l'ordine giuridico-politico interno e quello giuridico-economico europeo, che rappresentano invece – a parere di chi scrive – una preoccupante fonte di incertezza rispetto alla stagione che ci attende.

Ancor prima di addentrarci in questa analisi, sia però consentita una premessa di metodo che muove da una critica circa il modo in cui si è spesso soliti confrontarsi con le rilevanti questioni poste dall'integrazione europea. Se a volte si fa fatica a cogliere la radice dei problemi e la portata reale delle trasformazioni imposte dalla *governance* eurounitaria, ciò dipende (anche) da un certo retaggio della cultura giuspositivistica novecentesca che spesso impedisce di allargare lo sguardo oltre il diritto positivo, nel tentativo di provare a rendere esplicito ciò che, talvolta, nell'analisi delle norme e delle loro reciproche interazioni resta invece pericolosamente implicito e fuorviante.

Ciò vale, a maggior ragione, in un momento in cui, da un lato, la perdita di centralità dello Stato richiede una rilettura critica³ di alcune categorie tradizionali del diritto pubblico, a partire dai concetti di governo, di sovranità e di amministrazione e, dall'altro, sembra essersi indebolita quella domanda di protezione delle situazioni giuridiche soggettive vantate dai singoli nei confronti dell'esercizio del potere autoritativo, a fronte invece di una richiesta pressante di riconoscimento di crescenti margini di manovra in capo ai pubblici poteri al fine di rispondere al meglio alle istanze di sicurezza e di sviluppo economico avanzate dai cittadini e dalla società nel suo complesso.

Proprio nel tentativo, invece, di allargare lo sguardo, il presente contributo – che si inquadra nel solco di una riflessione più ampia⁴ sull'impatto

³ A. ANDRONICO, *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 133-136.

⁴ Il riferimento è ai due precedenti lavori (F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare. Alcune implicazioni teorico-giuridiche del processo di integrazione europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020 e ID., *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, Milano-Padova, Cedam, 2020) nei quali si sono già esplorati i rapporti tra politica ed economia nel contesto costituzionale eurounitario e i vincoli europei di finanza pubblica nella prospettiva della tutela giuridica degli interessi finanziari della collettività. In tali occasioni è stata, da un lato, suggerita una lettura della costituzione (macro)economica europea non conflittuale rispetto al principio della sovranità popolare e, dall'altro, delineata una visione delle dinamiche giuridiche e delle funzioni amministrative che interessano le scelte di finanza pubblica in chiave discorsivo-razionale, quali processi giuridico-argomentativi i cui esiti definiscono la relazione tra tutela dei diritti fondamentali e tutela degli interessi finanziari della collettività, ponendosi quale esercizio in concreto della sovranità popolare. Il presente contributo, partendo dalla medesima impostazione teorica, si pone l'obiettivo preliminare di stimolare il dibattito sull'efficienza allo-

dell'ordinamento eurounitario su quello interno e di cui perciò, con riferimento agli scenari post pandemici, costituisce solo un punto di partenza per futuri approfondimenti – si pone due obiettivi. Il primo è quello di richiamare l'attenzione sull'esistenza di taluni problemi che sembrano restare ancora pericolosamente sotto traccia nel dibattito odierno. Il secondo è quello di stimolare il dibattito sul Recovery Fund guardando alle dinamiche di interazione tra sfera pubblica e sfera privata e all'efficienza delle regole dei processi decisionali pubblici ai fini della ricerca di soluzioni ai problemi segnalati.

Nelle pagine che seguono si cercherà perciò di dar conto di alcune delle ragioni per cui, con riferimento a dibattito sull'impiego delle risorse del Recovery Fund, si ritenga auspicabile una preliminare riflessione sul ruolo del diritto pubblico e dell'amministrazione nel più ampio contesto della *governance* eurounitaria. Sebbene all'apparenza quella indicata possa sembrare una mera questione teorica, per così dire di scarso interesse pratico, cogliere invece le peculiarità del contesto eurounitario e come esso incide sulle dinamiche di esercizio della sovranità e sulla dialettica tra istituzioni e società, riveste in realtà un'importanza centrale per delineare presupposti e limiti dell'auspicato intervento pubblico nell'economia e, dunque, per garantire il migliore utilizzo possibile delle risorse del Recovery Fund in relazione agli interessi in gioco.

2. Il Recovery Fund: alcuni problemi latenti della nuova stagione di intervento pubblico

L'entusiasmo per la svolta impressa dal Piano Next Generation EU è senz'altro condivisibile. Del resto, dopo aver costruito il mercato unico e la moneta unica, era arrivato il momento di porre le basi giuridiche ed economiche per una vera e propria funzione redistributiva europea⁵. La pandemia ha permesso di superare molti ostacoli e resistenze sul piano politico, accelerando un processo ineludibile di messa in condivisione⁶ che, tuttavia, presenta diverse incognite chiamando in causa i Paesi membri all'assunzione di importanti responsabilità.

Una delle maggiori, se non la principale, incognita è quella riguardante la capacità di tale processo – rimesso alla dialettica tra poteri governanti (legittimati politicamente) e istituzioni eurounitarie (spesso delegittimate politicamente ed operanti sul piano della tecnica piuttosto che del consenso) – di rimanere fedele alle sue premesse costituzionali, rinvenibili nel mantenimento dell'ordine

cativa delle regole dei processi decisionali pubblici, sul presupposto che quest'ultima rappresenti la condizione essenziale ai fini del raggiungimento da parte del nostro Paese degli obiettivi di ripresa e resilienza alla base del Piano Next Generation EU e, dunque, dell'impiego delle risorse del Recovery Fund.

⁵ Per una ricostruzione si v. F.G. ANGELINI, *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, cit., pp. 63 ss. e i riferimenti bibliografici ivi indicati.

⁶ *Ivi*, pp. 177 ss.

concorrenziale del mercato (costituzione microeconomica) e nella preservazione della stabilità finanziaria (costituzione macroeconomica)⁷.

Nascono da qui alcune preoccupazioni che, rinviando a quello che rappresenta ancora oggi il nodo irrisolto nel rapporto tra ordinamento eurounitario e ordinamento interno, attengono a due aspetti specifici del problema di cui stiamo discutendo. Il primo riguarda le domande: di quale intervento pubblico stiamo parlando? Per fare cosa? Con quali limiti? Il secondo attiene, invece, alle modalità con cui saranno effettuate le scelte di allocazione e bilanciamento che si pongono a monte dell'intervento pubblico e che rinviano perciò al problema dell'efficienza delle regole dei processi decisionali pubblici.

Ci si riferisce, in questo caso, all'efficienza (allocativa) che non attiene, come nella logica del procedimento amministrativo, al rapporto tra risorse impiegate e risultati conseguiti, quanto piuttosto (in una prospettiva giuseconomica⁸) al grado di aderenza delle scelte pubbliche a quelle che sono le preferenze (reali) dei cittadini, solo in presenza della quale sarebbe possibile ottenere la massima allocazione possibile dell'utilità derivante dalla spesa pubblica in capo alla società (piuttosto che al sistema politico-amministrativo)⁹.

Non è questa la sede per soffermarsi su questo aspetto – che richiederebbe di avventurarsi sul terreno dell'ottimalità paretiana e delle compensazioni

⁷ K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 13 ss. hanno evidenziato la coesistenza nell'ordinamento eurounitario di una costituzione (micro)economica con una (macro)economica. Secondo gli autori «*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 v. R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Cy, 1972, pp. 15-20.

⁹ Il ricorso alla spesa pubblica presupporrebbe una gestione corretta, destinata cioè al raggiungimento dei fini della collettività, titolare di una pretesa generale a che l'azione pubblica sia improntata alla legalità, efficacia, efficienza, economicità, razionalità, senza sconfinare nell'abuso di potere (come evidenziato da A. CRISMANI, *La tutela giuridica degli interessi finanziari della collettività*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 55, rifacendosi a S. BUSCEMA, «*l'imposizione tributaria non può funzionare in senso unico, dove lo Stato è soggetto attivo e i cittadini sono soggetti passivi. In un moderno stato di diritto, qual è il nostro (come anche gli altri stati dell'Unione), ciò sarebbe inconcepibile. Infatti, per controbilanciare questa posizione giuridica di vantaggio che trova espressione nel potere tributario, lo Stato ha il dovere preciso di tutelare coloro che sono i suoi finanziatori, assicurando un'integrale destinazione dei mezzi pubblici a fini pubblici e una loro corretta gestione*»). Il concetto di efficienza della spesa pubblica quale requisito della sovranità popolare può essere colto traslando sulla sfera pubblica il concetto, elaborato con riferimento ai contesti di mercato, di "sovranità del consumatore" che si verifica laddove, per effetto del gioco concorrenziale, le imprese sono spinte a ottimizzare la propria struttura dei costi e dei profitti fino al punto in cui il costo marginale eguaglia il profitto marginale. In questa condizione di sovranità del consumatore tutto il *surplus* generato nella contrattazioni di mercato risulta allocato nella legittima sfera del consumatore finale.

previste dal criterio di efficienza elaborato da Kaldor-Hicks¹⁰ – tuttavia, ciò che preme sottolineare è che l'efficienza allocativa delle scelte di intervento pubblico rappresenta un problema centrale anche per i giuristi perché – come insegna la letteratura economica (e in particolare i filoni della *constitutional political economy*¹¹ e della *public choice economics*¹²) e come in passato ha intuito anche quella giuridica (si pensi a Giannini e a quelle che definiva le disfunzioni dello Stato pluriclasse¹³) – anch'essa si pone quale condizione per un'effettiva sovranità dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri. Ciò in quanto, la capacità delle regole dei processi decisionali pubblici di condurre l'interazione degli attori che operano sulla sfera pubblica verso esiti sociali efficienti (secondo i due

¹⁰ M.L. STEARNS, T.J. ZYWICKI, T.J. MICELI, *Law and Economics: Private and Public*, West, 2018, pp. 20-21.

¹¹ La *constitutional political economy* rappresenta uno dei filoni di ricerca del vasto campo dell'analisi costituzionale. La sua disciplina di base è l'economia, tuttavia, lo studio sistematico delle istituzioni rinvia all'analisi di aspetti di natura politica, giuridica e filosofica, nonché, allo studio delle regole e dei loro effetti. I capisaldi di tale approccio sono esposti da J.M. BUCHANAN, J. BRENNAN, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, Cambridge, 1985.

¹² La *public choice* applica gli assunti e i concetti chiave della teoria economica (tra cui, l'individualismo metodologico, la teoria delle decisioni di voto, la teoria dei giochi, il teorema di Coese, i rapporti di agenzia, l'efficienza allocativa, la teoria dei gruppi di interesse, ecc...) alla cosiddette decisioni non di mercato, ovvero, politiche [cfr. D. DA EMPOLI (*Introduzione*, in J.M. BUCHANAN, *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)]. La differenza di approccio tra la classica law and economics e la *public choice* è quindi rintracciabile nel loro diverso oggetto. Mentre la prima indaga direttamente gli istituti giuridici attraverso gli strumenti della teoria economica, l'indagine della seconda si concentra sulle istituzioni intermedie che fanno da filtro rispetto all'analisi diretta degli istituti giuridici. Tale teoria ha avuto il merito di evidenziare per prima la rilevanza, ai fini dello studio dell'economia pubblica, dei fattori politici ed istituzionali che incidono sulle decisioni di bilancio e sulla loro esecuzione, introducendo così un elemento trascurato nell'analisi keynesiana. Per la *public choice* il sistema istituzionale rappresenta un sistema di incentivi e disincentivi ai comportamenti degli individui nella sfera pubblica i quali, a loro volta, comportandosi razionalmente, sono spinti a modificare i loro comportamenti in risposta agli input forniti dal sistema istituzionale. Se da un lato la *public choice* costituisce una reazione alla teoria keynesiana e agli eccessi di *deficit spending*, dall'altro, essa si pone in continuità con la teoria classica, riprendendone alcuni principi chiave quali la teoria del 'valore e controvalore' di Wicksell, ponendosi altresì in piena sintonia con la Scuola Italiana di Scienza delle Finanze (il riferimento è in particolare a De Viti De Marco, Puviani, Pantaleoni, Montemartini, Einaudi, Borgatta, Griziotti. Per una ricostruzione v. G. DALLERA, *La "scuola" italiana di scienza delle finanze*, in *Moneta e credito*, 2013, 66, 261, pp. 45-93. Lo stretto collegamento tra la *public choice* e il filone italiano della Scienza delle Finanze è riconosciuto dallo stesso J.M. BUCHANAN, *La scienza delle finanze*, in *The Collected Works of James M. Buchanan*, Indianapolis, Liberty Fund, 1999-2000, 15, pp. 59 ss.). Proprio quest'ultimo aspetto rappresenta un elemento di sicuro interesse che incoraggia l'utilizzo della *public choice* per lo studio dei fenomeni oggetto del presente lavoro. Esponenti di spicco di tale scuola, infatti, sono stati padri costituenti come Luigi Einaudi ed Ezio Vanoni i cui influssi sono chiaramente rintracciabili nella nostra carta costituzionale (l'influenza di Einaudi e Vanoni sulla Costituzione è ben descritta in G. AMATO, *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, Il Mulino, 2015).

¹³ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 239 ss.

criteri di efficienza richiamati poc'anzi) rappresenta una delle forme con cui – a livello ordinamentale – si esercita la sovranità popolare¹⁴.

3. L'intervento pubblico nell'economia nel quadro giuridico-istituzionale eurounitario

A seguito della pandemia e della crisi economica (e sociale) che ne è scaturita sembra tornato di moda l'intervento pubblico nell'economia. Siamo cioè alle idi di una nuova stagione di interventismo pubblico ampiamente invocata, quale panacea di tutti i mali, già a partire dalla crisi dei debiti sovrani. La novità sta però nel fatto che oggi, a differenza che in passato, questo risulta addirittura avallato e finanche sostenuto finanziariamente (ed in modo poderoso) dall'Unione Europea che, a tal fine, ha congelato (temporaneamente?) quei vincoli che (a torto) erano visti da più parti come un'indebita compressione della sovranità popolare e negazione stessa del nostro paradigma costituzionale¹⁵.

Questa clamorosa svolta, la cui portata è tale da disorientare anche l'interprete più avveduto, potrebbe sembrare una marcia indietro rispetto all'intero assetto costituzionale che ha sin qui rappresentato la trama del processo di integrazione. Ciò tuttavia non pare essere l'unica lettura possibile e, a parere di chi scrive, neanche la più corretta.

Un primo indizio in tal senso sembra rinvenirsi nella banale constatazione che, differentemente da quanto avvenuto durante la crisi dei debiti sovrani, il Piano Next Generation EU non ha richiesto deroghe ai Trattati, risultando invece coerente con il complesso quadro istituzionale esistente. Un secondo indizio è poi rappresentato dalla possibilità di rinvenire nell'architettura istituzionale che si sta delineando per il Recovery Fund il medesimo fondamento logico-razionale rinvenibile nella costituzione (macro)economica europea. Prova ne sono sia i meccanismi di *governance* del Next Generation EU delineati dal Consiglio Europeo del 21 luglio 2020¹⁶ che – pur introducendo nuovi elementi di valutazione – ricalcano in gran parte le dinamiche giuridico-argomentative tipiche del coordinamento delle politiche di bilancio dei Paesi membri¹⁷, sia il

¹⁴ Su questi aspetti 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 europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

¹⁵ Tale è la prospettiva di larga parte della dottrina pubblicistica, ben ricostruita da F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.

¹⁶ Consiglio Europeo, *Riunione straordinaria del Consiglio europeo (17,18,19,20 e 21 luglio 2020) – Conclusioni*, <https://www.consilium.europa.eu/media/45118/210720-euco-final-conclusions-it.pdf>.

¹⁷ Spetta alla Commissione valutare i piani per la ripresa e la resilienza presentati dai Paesi membri. A tal fine, «nella valutazione il punteggio più alto deve essere ottenuto per quanto riguarda i criteri della coerenza con le raccomandazioni specifiche per paese, nonché dal rafforzamento del potenziale di crescita, della creazione di posti di lavoro e della resilienza sociale ed economica dello stato membro. Anche l'effettivo con-

richiamo alla necessità di introdurre specifici strumenti a tutela degli interessi finanziari della UE «in conformità con i principi generali sanciti dai Trattati dell'Unione»¹⁸ sia, infine, la previsione di un «regime di condizionalità»¹⁹ a tutela del bilancio stesso e del Piano Next Generation EU.

Quest'ultimo indizio, in particolare, al di là delle differenze lessicali, sembra alludere alla possibilità di vincolare il beneficiario rispetto alle modalità di utilizzo delle risorse concesse a sostegno della ripresa e della resilienza del sistema economico nazionale secondo una logica di “condizionalità” che non pare diversa rispetto a quanto previsto in precedenza dal Trattato sul MES.

Perciò, alla luce di tali considerazioni, alla domanda posta in precedenza (di quale intervento pubblico stiamo parlando?) sembrerebbe più corretto rispondere rinviando alla definizione dei cosiddetti interventi pubblici conformi all'ordine del mercato che rappresentano, non a caso, uno dei capisaldi dell'economia sociale di mercato. Ciò significa, in altri termini, richiamando l'insegnamento di due padri dell'ordoliberalismo sociale come Alexander Rüstow e Wilhem Röpke²⁰, che affinché l'intervento pubblico possa risultare coerente con il quadro costituzionale euronunitario esso dovrebbe realizzarsi «senza intervenire negli apparati del mercato creando perturbazioni» (dando luogo, per esempio, a fenomeni di *free riding* o alimentando la *fiscal illusion*) e, dunque, al sol fine di (ri)stabilire le condizioni per il corretto funzionamento dell'ordine concorrenziale del mercato piuttosto che di sovvertirlo.

L'intervento pubblico conforme rinvia dunque all'idea di un intervento pubblico che sia limitato nel tempo, ispirato a logiche di sussidiarietà e teso

tributo alla transizione verde e digitale rappresenta una condizione preliminare ai fini di una valutazione positiva. La valutazione dei piani per la ripresa e la resilienza deve essere approvata dal Consiglio, a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, mediante un atto di esecuzione che il Consiglio si adopera per adottare entro quattro settimane dalla proposta. La valutazione positiva delle richieste di pagamento sarà subordinata al soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali. La Commissione chiede il parere del comitato economico e finanziario in merito al soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali. Il comitato economico e finanziario si adopera per raggiungere un consenso. Qualora, in via eccezionale, uno o più Stati membri ritengano che vi siano gravi scostamenti dal soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali, possono chiedere che il presidente del Consiglio europeo rinvi la questione al successivo Consiglio europeo. La Commissione adotta una decisione sulla valutazione del soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali e sull'approvazione dei pagamenti secondo la procedura d'esame. In caso di rinvio della questione al Consiglio europeo, la Commissione non prenderà alcuna decisione relativa al soddisfacente conseguimento dei target intermedi e finali e all'approvazione dei pagamenti fino a quando il prossimo Consiglio europeo non avrà discusso la questione in maniera esaustiva. Di norma, tale processo non dovrà richiedere più di tre mesi dal momento in cui la Commissione ha chiesto il parere del comitato economico e finanziario e sarà conforme all'articolo 17 TUE e all'articolo 317 TFUE» (Ivi, p. 6).

¹⁸ Ivi, p. 7 (punto A24).

¹⁹ Ivi, p. 16 (punto 23).

²⁰ Cfr. A. RÜSTOW, *Liberal intervention* (1932), in *Standard Texts on the Social Market Economy. Two Centuries of Discussion*, H.F. WÜNSCHE (a cura di), Stuttgart and New York, 1982, pp. 183-186; e, soprattutto, W. RÖPKE, *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart* (1942), trad. it., *La crisi sociale del nostro tempo*, Roma, 1946, pp. 197-202. L'autore evidenzia come requisito fondamentale al fine di assicurare tale conformità sia il rispetto del meccanismo di formazione dei prezzi, la violazione del quale condurrebbe verso esiti collettivistici.

non ad occupare gli spazi propri della società civile bensì a sostenerne l'iniziativa in una logica inclusiva e non estrattiva, per effetto della quale l'allocazione dei benefici dell'intervento pubblico possa essere oggetto di redistribuzione piuttosto che di rendita politica.

Una volta inquadrata in questi termini la questione, se ne deduce che la discrezionalità dei poteri governanti rispetto alle decisioni di impiego delle risorse del Recovery Fund non potrà essere rimessa alle mere logiche politiche, dovendo invece – quale condizione di legittimità stessa delle relative scelte – fare i conti con la realtà di un ordinamento complesso che, proprio per risultare fedele al principio della sovranità popolare, restringe significativamente i margini dell'intervento pubblico entro i binari della garanzia dei diritti fondamentali e, sotto il profilo delle modalità prescelte ai fini dell'attuazione in concreto del paradigma costituzionale garantista, della razionalità economica²¹.

Non cogliere questo aspetto fondamentale che farà da sfondo alla nuova stagione di interventismo pubblico, perdendo l'occasione di promuovere coerenti riforme amministrative, significa invece correre seriamente il rischio di recitare, all'interno dei confini nazionali, un copione ben diverso rispetto a quello che si apprestano a recitare l'UE e gli altri Stati membri (a partire dalla Germania). Un rischio, quest'ultimo, potenzialmente fatale poiché rischieremmo di sprecare l'occasione offerta dall'allentamento (temporaneo) dei vincoli europei per ristrutturare – nel segno della sostenibilità ambientale e dell'innovazione tecnologica – il nostro sistema economico creando le condizioni affinché, superata la stagione dell'emergenza, possa ridursi il suo grado di dipendenza dal settore pubblico (e dalla spesa pubblica).

4. L'efficienza dei processi decisionali pubblici come problema

Come si è detto però, per cogliere appieno la portata di quanto poc'anzi evidenziato, appare quantomai opportuno allargare lo sguardo, con l'obiettivo di rinnovare il modo in cui si è soliti interpretare le dinamiche di interazione tra sfera pubblica e sfera privata nel contesto della democrazia deliberativa, soffermandosi in particolare sul problema dell'efficienza allocativa dei processi decisionali pubblici.

Nella prospettiva dell'economia sociale di mercato²² (espressamente richiamata all'art. 3 del TUE), l'intervento pubblico risulta conforme all'ordine giuridico del mercato quando non è tale da alterare i meccanismi di formazione dei prezzi incentrati sul principio della concorrenza. Poiché, infatti, i prezzi danno informazioni su scarsità e preferenze, essi controllano il potere degli attori dei processi economici e indirizzano risorse scarse verso utilizzi più effi-

²¹ Sia consentito il rinvio a F.G. ANGELINI, *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, cit.

²² Per un inquadramento dell'economia sociale di mercato 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 europeo*, cit., pp. 104 ss. e alla bibliografia ivi richiamata.

cienti. Provvedimenti di politica economica che intervengano manipolando tali meccanismi di formazione dei prezzi producono, infatti, l'effetto di neutralizzare quelle importanti funzioni sociali proprie del mercato, generando concentrazione di potere ed innescando dinamiche estrattive²³.

Applicando tali coordinate ai problemi che sono stati evidenziati, con particolare riferimento alle implicazioni della cornice istituzionale europea sulle decisioni di intervento pubblico, è evidente come proprio la necessaria conformità di quest'ultimo all'ordine giuridico-economico europeo – quale parametro limite implicitamente operante all'interno dell'ordinamento eurounitario e, dunque, (per il tramite di quest'ultimo) in quelli nazionali – rappresenti un'assoluta novità rispetto ad altre stagioni di interventismo pubblico. La costituzionalizzazione a livello sovranazionale dell'ordine giuridico-economico della concorrenza e della stabilità finanziaria implica infatti la necessità di un coerente ordine giuridico-politico il cui funzionamento (regole per il gioco e regole del gioco) dovrebbe essere tale da promuovere sulla sfera pubblica l'adozione di comportamenti cooperativi in grado di condurre (in via indiretta) l'interazione dei diversi attori che si confrontano sulla sfera pubblica (partiti politici, burocrati, elettori, portatori di interessi, etc.), verso esiti sociali soddisfacenti²⁴ (secondo il paradigma del *mutual gains from joint commitment to rules*²⁵).

²³ D. ACEMOGLU, J.A. ROBINSON, *Perché le nazioni falliscono? Alle origini di potenza, prosperità e povertà*, Milano, Il Saggiatore, 2013 hanno dimostrato come la competitività del settore privato, che è all'origine del benessere di una nazione, dipenda in larga misura dalla qualità delle sue istituzioni politiche. In altri termini, secondo i due autori, la qualità delle istituzioni economiche risulterebbe tutt'altro che indifferente rispetto a quella delle istituzioni politiche in quanto, come dimostra la teoria della scelta pubblica, la loro interazione o reciproca interferenza può comportare effetti rilevanti in termini di benessere sociale. Infatti, «i paesi del mondo hanno una diversa capacità di sviluppo economico per via delle loro differenti istituzioni, delle regole che influenzano il funzionamento dell'economia e degli incentivi che motivano i singoli individui». L'aspetto centrale dell'analisi è rappresentato dalla constatazione secondo cui solo le istituzioni inclusive tendono a dar vita a mercati competitivi, influenzandosi reciprocamente. Tra istituzioni politiche e istituzioni economiche esisterebbe, dunque, un rapporto sinergico in quanto le istituzioni economiche estrattive altro non sono che il naturale complemento dei sistemi politici estrattivi, i quali si servono delle istituzioni economiche anche per la propria sopravvivenza politica. Di contro, le istituzioni politiche di tipo inclusivo, avendo come propria ragione sociale l'inclusione dei cittadini nei processi decisionali pubblici, tendono a rendere la vita difficile alle istituzioni economiche estrattive, le quali, al contrario, si presentano con l'unica finalità di sottrarre benessere alla popolazione, porre barriere d'ingresso nei mercati e distorcerne il funzionamento a vantaggio dei pochi.

²⁴ v. G. VANBERG, *Constitutional political economy, democratic theory and institutional design*, in *Public Choice*, 2018, 177, pp. 199-216. Come evidenzia l'autore, la prospettiva della *constitutional political economy* offre «a different paradigm for assessing the democratic nature of political orders. This perspective does not focus on whether collective procedures possess particular institutional attributes that are considered intrinsically necessary for a democratic order. Rather, it focuses on the criteria that legitimize a collective choice procedure as democratic. A central implication of this approach is that a political order can be democratically legitimate even if lacks institutional features considered essential on the system- attributes view» (p. 202). Nella prospettiva della *constitutional political economy*, il compito delle regole del gioco sarebbe quello di creare benessere sociale migliorando i meccanismi di cooperazione volontaria all'interno del processo politico-amministrativo, secondo lo schema del *mutual gains from joint commitment to rules* piuttosto che quello classico proposto dall'economia del benessere. Il compito delle regole del

Se è vero che il mercato può fallire e che quando ciò accade l'intervento pubblico risulta doveroso oltre che necessario, quest'ultimo – essendo anch'esso suscettibile di fallimenti – richiede un contesto giuridico-istituzionale coerente con l'ordine giuridico-economico prescelto, in grado di promuovere l'efficienza dei processi decisionali pubblici. In altri termini, un'allocazione delle risorse funzionale alla tutela dei diritti fondamentali della persona e ad un ampliamento del benessere sociale complessivo, tale da contrastare quelle distorsioni tipiche dello Stato pluriclasse derivanti, da un lato, dall'impossibilità di conoscere le preferenze dei cittadini (a meno di non ricorrere al criterio dell'unanimità nell'azione collettiva) e, dall'altro, dalle disfunzioni che il processo democratico e l'azione amministrativa inevitabilmente producono.

Tali considerazioni, che si pongono a cavallo tra la teoria economica e la teoria della democrazia, offrono spunti utili per guardare in modo problematico all'intervento pubblico secondo la prospettiva delle dinamiche dei processi politici ed amministrativi che si sviluppano entro la trama del diritto pubblico. L'intervento pubblico che sarà alimentato dalle risorse messe a disposizione dal Recovery Fund imporrà, infatti, l'adozione di delicate e complesse scelte allocative e di bilanciamento. Ciò richiederà l'attivazione di processi decisionali pubblici (siano questi di natura democratica, amministrativa, regolatoria o imprenditoriale) rispetto ai quali occorre seriamente domandarsi se le regole attuali siano effettivamente, nella prospettiva poc'anzi suggerita, coerenti con il quadro istituzionale eurounitario.

La consapevolezza circa l'esistenza di una funzione economica (in chiave discorsivo-razionale) del diritto pubblico – o, per dirla in altri termini, del contributo indiretto che le regole su cui si regge l'interazione tra i diversi attori sulla sfera pubblica fornisce al benessere sociale, orientandone l'azione verso l'adozione di strategie cooperative in grado di generare vantaggi per tutti i partecipanti ai relativi processi di scambio, promuovendo un complessivo allineamento degli interessi in gioco – pare tutt'altro che matura. A questo proposito, per non correre il rischio di ritrovarsi, quando questa stagione sarà finita, in una condizione di disallineamento ancora peggiore rispetto a quella attuale, tale da non potervi più porre rimedio se non attraverso il ricorso a misure di carattere straordinario, varrebbe la pena non solo domandarsi quali interventi è op-

gioco (regole costituzionali e subcostituzionali, secondo la nota classificazione di Buchanan) sarebbe dunque quello di creare benessere sociale migliorando i meccanismi di cooperazione volontaria all'interno del processo politico-amministrativo, secondo lo schema del *mutual gains from joint commitment to rules* piuttosto che quello classico proposto dall'economia del benessere. Facendo cioè in modo che il benessere generato dallo scambio politico-amministrativo venga allocato in capo ai cittadini piuttosto che ai pubblici poteri, secondo la logica del "surplus" del consumatore. Per una panoramica sulla *constitutional political economy* v. S. VOIGT, *Constitutional Economics: A Premier*, Cambridge, 2020.

²⁵ Cfr. anche V.J. VANBERG, *Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy*, in *Freiburg Discussion Papers on Constitutional Economics*, 2004, 4; J.M. BUCHANAN, *Economia positiva, economia del benessere ed economia politica*, in *Stato, mercato e libertà*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 103; S. VOIGT, *Positive constitutional economics: A survey*, in *Public Choice*, 1997, 90, pp. 11 ss.

portuno che rientrino nel Recovery Plan, ma chiedersi se il nostro disegno istituzionale sia idoneo a far sì che dai relativi processi politico-amministrativi possano derivare scelte allocative di impiego delle risorse disponibili coerenti con l'assetto costituzionale europeo fondato sul riconoscimento delle libertà individuali e sulla società aperta.

5. La posta in gioco e il ruolo del diritto pubblico (e dell'amministrazione)

Le questioni sin qui poste interessano, ben più di quanto si possa a prima vista pensare, i diritti fondamentali e, con essi, la sovranità stessa dei cittadini nei confronti del potere politico. Non affrontare i nodi istituzionali dell'efficienza allocativa dei processi decisionali pubblici e la loro effettiva capacità di condurre ad esiti sociali coerenti con l'assetto giuridico-economico sovranazionale – illudendosi che essi possano venir meno semplicemente per effetto di una maggiore possibilità di ricorrere alla spesa pubblica – pone, infatti, il problema della sostenibilità sul piano finanziario del nostro paradigma garantista e della compatibilità di quest'ultimo con un sistema economico che, superata l'emergenza, rischia di degenerare verso forme di maggiore dipendenza dal settore pubblico, con conseguente maggiore *stock* di debito e minore capacità di ricorrere agli stabilizzatori automatici; nonché, di dover fare i conti con una società bloccata, incapace di essere parte attiva ed effettiva di quei processi argomentativi su cui si regge la democrazia costituzionale e che è condizione essa stessa di efficienza dei processi decisionali pubblici.

Con riferimento alla diversa grammatica su cui si sviluppa il quadro giuridico-istituzionale europeo, al fine di garantire la sostenibilità del sistema pubblicistico di tutela dei diritti fondamentali, pare allora tutt'altro che privo di interesse tornare a domandarsi quale funzione debba svolgere il diritto pubblico e l'amministrazione stessa, con riferimento sia alle sue modalità di interazione con la società che alla sua organizzazione, chiamata a ripensarsi in termini di resilienza e dunque, nella prospettiva dell'art. 118 cost., ad essere sempre più sussidiaria, adeguata e differenziata.

L'evoluzione dal governo alla *governance* implica, infatti, un nuovo modo di pensare il diritto²⁶ (e il diritto pubblico in modo particolare), non più come strumento per la costruzione dell'ordine sociale di cui il potere legittimo si serve per realizzare fini predeterminati, bensì quale trama istituzionale di un necessario processo comunicativo tra i diversi attori della sfera pubblica e di quella privata, nel quale l'effettivo e legittimo esercizio del potere richiede una sempre più estesa partecipazione dei singoli alle scelte pubbliche e ai processi di bilanciamento degli interessi in gioco, nell'ottica del conseguimento della maggiore efficienza allocativa possibile e, dunque, del concreto esercizio della sovranità popolare.

²⁶ A. ANDRONICO, *op. cit.*, pp. 5-58 e 134-135.

Questa segnalata esigenza di ripensare il diritto alla luce dell'affermarsi della logica della *governance*²⁷, della crisi degli Stati e della stessa natura statutale del diritto, sembra perfettamente in linea, risultandone altresì un antesignano, con il diverso approccio proposto da parte della dottrina²⁸ che, ribaltando la visione classica della sovranità²⁹ e del diritto pubblico come leva per l'esercizio del potere sovrano, ha da tempo suggerito di guardare ad esso come strumento per un dialogo razionale³⁰ e all'amministrazione come mezzo per l'attuazione dell'ordine della società³¹.

²⁷ *Ivi*, 27 ss.

²⁸ Il riferimento è al fecondo filone di studi inaugurato da F. BENVENUTI (la cui visione è compendiata nel suo *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996), poi proseguito da G. BERTI (v., *ex multis*, ID., *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1994) e G. PASTORI (v., *ex multis*, ID., *Coordinamento e governo di una società complessa*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, Il Mulino, 1982, ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 239 ss.; ID., *Amministrazione pubblica*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Giappichelli, 1976, pp. 12 ss., ora in *Scritti scelti*, cit., pp. 205 ss.; ID., *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo* 2002, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 463 ss., ora in *Scritti scelti*, cit., pp. 785 ss.; ID., *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo* 2009, Napoli, Jovene, 2010, p. 879). L'idea di «una società [...] che si fa Stato, che si organizza cioè per governarsi» (G. PASTORI, *Stato e società in Italia dal 1948 ad oggi*, in G. LAZZATI, *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, Milano, Vita e Pensiero, 1981, ora in *Scritti scelti*, cit., p. 301), secondo quella che viene solitamente definita una visione capovolta o rovesciata della sovranità, è stata recentemente ripresa da Luca Raffaello Perfetti. Secondo quest'ultimo, ponendosi in dialogo proprio con Pastori, le dinamiche istituzionali in atto spingono verso un ripensamento degli elementi tradizionali della teoria dell'organizzazione pubblica nella prospettiva della struttura costituzionale italiana. Gli elementi fondanti di tale ricostruzione sarebbero, secondo Perfetti: la funzionalizzazione dell'organizzazione amministrativa agli scopi del popolo sovrano, nella forma del godimento dei diritti fondamentali della persona; l'identificazione dei fini pubblici nella dimensione organizzativa; e la distinzione tra organizzazione in senso soggettivo ed in senso oggettivo (L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il Diritto dell'economia*, 2019, 1, pp. 43-70).

²⁹ 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 statutale non risiederebbe nella sovranità, bensì nell'esistenza di originarie posizioni di libertà dei singoli individui. Libertà che verrebbero dunque coordinate 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 (la prospettiva di Benvenuti è esposta compiutamente in F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, cit.).

³⁰ Secondo Berti, invece, «il diritto [...] non è che dialogo tra persone condotto con l'uso di un linguaggio specializzato» che «presuppone piuttosto la presenza necessaria di un ordinamento come sistema, appunto ordinato, di proposizioni evocanti dei modelli di condotta congegnati in relazione a interessi effettivi o come tali pensati, a e finalità raggiungibili in ragione di questi interessi (che sono spirituali ed economici)» (*ibidem*, 83). Ciò implica un cambio di prospettiva rispetto al tradizionale modo di guardare al diritto pubblico, non più come quel diritto basato «sull'onnipotenza del legislatore, sulla positività delle regole, sulla

Proprio guardando alle dinamiche innescate dalla costituzione economica europea e dal pieno spiegarsi nell'ordinamento interno della sua logica, tanto sulla sfera privata (concorrenza) quanto sulla sfera pubblica (stabilità finanziaria), la visione del diritto pubblico come dialogo razionale, capace di tenere in relazione politica, economia e società, si conferma non solo pienamente attuale ma in grado di inserirsi a pieno titolo nel solco delle più recenti evoluzioni del giuspositivismo³² che guardano al diritto come argomentazione³³ e all'argomentazione come strumento per far valere le proprie ragioni nei confronti del potere³⁴.

Tale approccio sembra in grado di superare l'impostazione tradizionale per cui il diritto resterebbe appannaggio esclusivo della politica ai fini

sudditanza della società e degli uomini al potere politico» (G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, pp. 3 ss., ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018, p. 170), bensì come funzione della sovranità popolare.

³¹ Nella visione bertiana «l'amministrazione pubblica deve soddisfare anzitutto i diritti sociali ed esprimere l'obbligazione generale alla realizzazione delle aspirazioni collettive» (*ivi*, p. 166). Pertanto, «l'amministrazione si legittima nella società, trovando già in questa la ragione fondamentale della propria esistenza e della propria funzionalità» (*ivi*, p. 167).

³² La riflessione di Giorgio Berti si sviluppa – mostrando interessanti punti di contatto con la teoria del diritto come argomentazione: «l'interpretazione è dunque a un certo punto la dinamica del formarsi del diritto attraverso l'analisi del rapporto interiore tra concetti o istituti ed effettività o semplicemente vita e vitalità dei soggetti. Il diritto prende forma e contenuti in occasione ed a conclusione di ogni atto interpretativo» (ID., *Ermeneutica e processualità nella trasformazione dei principi e dei valori universali in regole degli ordinamenti positivi*, in *Ars Interpretandi*, 2005, 10, pp. 255 ss., ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018, p. 99) – a partire dall'osservazione secondo cui «il diritto pubblico, quale noi conosciamo, nella sistemazione generale e nelle sue articolazioni, rimane sempre dominato dalla dogmatica della personalità dello stato e degli organi statali» (ID., *La parabola della persona dello stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1982/83, II, p. 1001) per effetto di una visione della sovranità e dello stato di diritto ancora fortemente influenzata dalla concezione positivista del diritto che tende a confondere quest'ultimo con lo Stato e fare, inevitabilmente, di esso il linguaggio del potere politico anziché della società civile (cfr. ID., *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., pp. 7-36). Il risultato è che «la società continua ad apparire dominata dalle istituzioni politiche e le stesse costituzioni, nel cui vigore noi oggi viviamo, non hanno saputo sottrarsi al peso storico di una visione istituzionale ed organizzativa dello stato» (*ivi*, p. 35).

³³ Per una panoramica sul contributo della teoria dell'argomentazione alla teoria del diritto e viceversa, si rinvia in particolare ai lavori di Robert Alexy, Neil MacCormick e Manuel Atienza. La prospettiva teorica a cui si intende rinviare si fonda su un approccio argomentativo al diritto e, dunque, nell'ottica del neoistituzionalismo 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. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998; N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, ed. it. di V. VILLA (a cura di), trad. it. di A. SCHIAVELLO, Torino, Giappichelli, 2001.

³⁴ Sul rapporto tra potere e argomentazione e sulle sue possibili implicazioni nel campo del diritto pubblico e amministrativo si rinvia al contributo offerto da Letizia Gianformaggio, cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, E. DICIOTTI, V. VELUZZI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2018; L. CARLASSARE, *L'argomentazione e il controllo sul potere*, in O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Diritto potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio*, Napoli, Jovene Editore, 2016, pp. 125 ss.

dell'esercizio della forza legalizzata – e, dunque, l'idea stessa di un diritto pubblico come sistema di equilibri tra il potere politico e le libertà degli individui – guardando ad esso in una prospettiva che non è più solo quella discendente, incentrata sulla tutela del cittadino nei confronti dell'esercizio dell'autorità, bensì ascendente e, dunque, discorsivo-razionale. Inteso in questi termini, il diritto pubblico finisce così per occupare quello spazio funzionale che garantisce la porosità tra la politica e l'economia, creando le condizioni istituzionali (*ideal speech situation*³⁵) necessarie per un dialogo razionale, imparziale ed orientato all'effettività dei diritti fondamentali, in grado di (ri)comporre i conflitti e di esprimere la realtà sociale nel suo complesso.

Questa visione discorsivo-razionale del diritto pubblico presuppone altresì l'abbandono dell'idea dell'amministrazione come mera manifestazione del potere esecutivo e dell'autorità sovrana, abbracciando una concezione finalistica dell'agire amministrativo in rapporto immediato tanto con i compiti che le sono assegnati in virtù del nostro paradigma garantista, quanto con l'ordine politico e l'ordine sociale, in un quadro di costante interdipendenza tra scelte e risultati³⁶.

Nell'ambito di una comunità di diritto, qual è l'UE, che abbia assunto i principi di concorrenza e della stabilità finanziaria come criteri ordinatori degli scambi che avvengono rispettivamente sulla sfera privata e su quella pubblica, ciò rinvia anche alla necessità di ripensare la funzione amministrativa come un'azione cooperativa finalisticamente orientata³⁷. In grado, in altri termini, non solo di tutelare il cittadino nei confronti dell'autorità, ma di assicurare e

³⁵ Il riferimento è alla teoria dell'agire comunicativo di J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Bd. 1: *Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*; Bd. 2: *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, trad. it. in *Teoria dell'agire comunicativo. I. Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale*; II. *Critica della ragione funzionalistica*, Bologna, Il Mulino, 2017. In particolare, la teoria habermasiana si focalizza sulla costruzione di un ambiente istituzionale, avente le caratteristiche di una "*ideal speech situation*", in grado di contenere le fonti di proliferazione degli interessi potenzialmente in conflitto e, dunque, attraverso «la funzione di mediazione istituzionale, delle istituzioni politiche e detentive del potere ma anche del diritto» (così, A. ABIGNENTE, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 16) di recuperare e ripristinare il costitutivo legame sociale, favorendo la formazione di una volontà collettiva e una democrazia deliberativa e inclusiva.

³⁶ In tal modo, riprendendo ed attualizzando la distinzione tra amministrazione politica e amministrazione sociale proposta da G. PASTORI, v. *Amministrazione pubblica*, in *Dizionario di politica*, N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (a cura di), Torino, Giappichelli, 1976, oggi in *Scritti scelti*, 2010, I, pp. 203-217, che rinvia all'esigenza di «un ripensamento del ruolo e del modo di configurarsi dell'amministrazione, da un lato, nei confronti delle istituzioni politica e di governo e, dall'altro, nei confronti delle istituzioni e strutture sociali come tali». Si veda anche G. BERTI (*Stato di diritto informale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, pp. 3 ss., ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2018) secondo cui «l'amministrazione pubblica deve soddisfare anzitutto i diritti sociali ed esprimere l'obbligazione generale alla realizzazione delle aspirazioni collettive» (ivi, 166). Pertanto, «l'amministrazione si legittima della società, trovando già in questa la ragione fondamentale della propria esistenza e della propria funzionalità» (ivi, p. 167).

³⁷ Con riferimento specifico all'esercizio in concreto della discrezionalità amministrativa si rinvia a L.R. PERFETTI, *Discrezionalità e sovranità popolare*, in *Al di là del netto autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, S. PERONGINI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2017, pp. 119-158.

mantenere nel tempo quelle condizioni discorsivo-razionali necessarie affinché l'intervento pubblico nell'economia e nella società possa rispondere contestualmente alle esigenze di equità espresse dal paradigma costituzionale garantista e a quelle dell'efficienza, in assenza della quale, la stessa effettività dei diritti fondamentali potrebbe essere messa seriamente a rischio in termini non solo di sostenibilità finanziaria, ma di tenuta complessiva della relazione che lega i diritti ai doveri costituzionali.

6. Intervento pubblico ed efficienza allocativa: dalla democrazia rappresentativa alla democrazia deliberativa

Sofferarsi sul problema dell'efficienza allocativa dei processi decisionali e amministrativi, guardando al diritto pubblico in chiave discorsivo-razionale, significa mettere a fuoco alcuni paradossi della democrazia rappresentativa³⁸ e le ragioni che sono alla base di quelle disfunzioni a cui l'intervento pubblico è naturalmente esposto laddove non soggetto a limiti giuridico-istituzionali ed inquadrato entro dinamiche istituzionali funzionali a rendere conto delle finalità e delle modalità di impiego delle risorse pubbliche.

Adottare un simile punto di osservazione dovrebbe condurre ad una rinnovata consapevolezza sul fatto che i potenziali fallimenti dello Stato non possono che essere affrontati sul terreno specifico del *design* istituzionale, adottando cioè regole e vincoli di natura costituzionale e amministrativa nei confronti del potere politico³⁹ in grado di promuovere la cooperazione volontaria e, in tal modo, di garantire la maggiore aderenza possibile tra l'intervento pubblico e le preferenze dei cittadini (sovrani)⁴⁰. Si tratta, in altri termini, di scegliere quelle regole del gioco in grado di favorire il raggiungimento, indirettamente e senza mettere in discussione la garanzia dei diritti fondamentali della persona, dell'efficienza allocativa⁴¹.

L'efficienza dell'intervento pubblico è dunque una questione di *institutional design* che rinvia al paradigma della democrazia deliberativa e alla conseguen-

³⁸ F.G. ANGELINI, *La partecipazione politica tra asimmetrie informative e institutional design*, in *Prospettiva Persona*, 2020, 3-4.

³⁹ Buchanan, rifacendosi alla scuola austriaca e al pensiero di Hayek (*Law, Legislation and Liberty*, Chicago, 1979, I-III) distingue chiaramente le regole che esprimono la "constitutional choice" che egli definisce costituzionali, da quelle postcostituzionali che invece definiscono le strategie del gioco (J.M. BUCHANAN, *Constitutional Restrictions on the Power of Government*, in *The Collected Works of James M. Buchanan*, 16, Indianapolis, Liberty Fund, 42 ss.).

⁴⁰ J.M. BUCHANAN, G. BRENNAN, *The Constitutional Imperative*, in *The Collected Works of James M. Buchanan*, 10, Indianapolis, Liberty Fund, pp. 3 ss.; ID., *Politics Without Rules, I: Time and Non-constrained Collective Action*, in *The Collected Works of James M. Buchanan, cit.*, pp. 92 ss.; ID., *Politics Without Rules II: Distributive Justice and Distributive Politics*, in *The Collected Works of James M. Buchanan, cit.*, pp. 125 ss.

⁴¹ Dal punto di vista metodologico, «*the economic analysis of constitutions, also known as 'constitutional economics' or 'constitutional political economy' ... broadens this research program by analyzing the choice of rules, using the workhorse method of economics, i.e. rational choice*» (S. VOIGT, *Constitutional Economics. A primer, cit.*, p. 1).

te esigenza di un ordine giuridico-politico nel quale il potere sia esercitato in costante relazione con una società attiva, instaurando una dialettica rispetto alla quale le regole dei processi decisionali che si svolgono sulla sfera pubblica devono essere orientate a promuovere la cooperazione volontaria nel pieno rispetto della libertà individuale e dei principi di responsabilità e sussidiarietà⁴².

Ciò che rileva ai fini della nostra indagine, segnando il punto di rottura rispetto sia ad approcci paternalistici incentrati sulla pretesa della tecnica di sostituirsi alla dinamiche democratiche in nome dell'efficienza, sia a soluzioni basate sull'abbandono di ogni forma di intermediazione politica in nome della tecnocrazia o del mito della democrazia diretta mediante il ricorso alle tecnologie digitali, è rappresentato dall'idea secondo cui la realizzazione del bene comune non può mai essere oggetto di delega a favore di un'autorità terza qual è lo Stato, illudendosi di poter esercitare la sovranità popolare esclusivamente attraverso la partecipazione alle competizioni elettorali o la trasformazione della democrazia in una sorta di *social network*.

Il riconoscimento dell'assoluta centralità della persona e delle dinamiche dello scambio sociale quali premesse necessarie su cui si reggono tanto il sistema economico-sociale quanto quello politico implicano, al contrario, che il perseguimento del bene comune debba avvenire attraverso la cooperazione volontaria degli individui, risultando quest'ultimo l'esito degli scambi che avvengono nella sfera privata e in quella pubblica.

Con riferimento alle sfide poste dal Recovery Fund, ciò si traduce nella necessità di ridefinire un contesto istituzionale che – attraverso un'effettiva partecipazione dei cittadini e degli attori economici e sociali, una reale concorrenza politica, il contrasto alle asimmetrie informative e all'illusione fiscale – sia capace di orientare il comportamento dei diversi soggetti verso l'adozione di strategie cooperative, favorendo la convergenza tra interessi individuali ed interesse generale e permettendo, attraverso il rispetto delle regole dei processi decisionali pubblici, di trarre benefici comuni dalla volontaria cooperazione di tutti gli attori coinvolti.

7. Alcuni spunti di riflessione

Nelle pagine precedenti, lungi dal voler proporre analisi esaustive sul tema in oggetto o esprimere giudizi definitivi sulle misure adottate a livello europeo o sulla *governance* del Recovery Fund attualmente in discussione, ci si è posti un obiettivo più modesto: spostare l'attenzione sulla necessità di guardare ai

⁴² Una democrazia deliberativa è, infatti, nella quale i governati possono prendere essi stessi parte ai processi decisionali che si svolgono sulla sfera pubblica. In una democrazia deliberativa, i principi di responsabilità e sussidiarietà, limitando alla sola garanzia dei diritti fondamentali l'intervento dello Stato e contribuendo a modellare la sua amministrazione sia sul fronte dell'attività che dell'organizzazione, si tengono l'uno con l'altro, dando luogo ad un circolo virtuoso che alimenta e garantisce il corretto funzionamento dei processi democratici ed economico-sociali in una logica inclusiva e, dunque, deliberativa.

nodi problematici del nostro assetto istituzionale in modo realistico. Senza cioè negare il problema della sua coerenza con l'ordine giuridico-economico europeo e, dunque, avendo il coraggio di intervenire sul delicato profilo dell'efficienza allocativa dei processi decisionali pubblici dalla quale, nella prospettiva giuseconomica proposta nel presente lavoro, dipende la fragile relazione esistente tra garanzia dei diritti fondamentali e risorse disponibili.

Tale forma di realismo istituzionale, come si è cercato di porre in luce nelle pagine precedenti, ha molto a che fare con il nostro stesso modo di intendere il diritto pubblico e l'amministrazione nel rinnovato contesto della *governance* europea. Al punto da richiedere, con riferimento alla nuova stagione di interventismo pubblico che è appena iniziata, un significativo cambio di paradigma che – laddove colto – è destinato a mutare in profondità le forme e i modi con cui solitamente si manifesta l'azione dei pubblici poteri nell'economia e nella società, al fine di conformarsi al mutato assetto costituzionale nel quale si inquadra.

Potrebbero sembrare questioni trascurabili in quanto di scarso rilievo pratico rispetto alle grandi questioni oggi in discussione, quali la transizione energetica e il potenziamento della capacità di gestione delle emergenze. Tuttavia, poiché tali questioni rinviano in ogni caso a scelte pubbliche che richiedono complessi e articolati processi politico-amministrativi da cui dipende l'attuazione in concreto del nostro paradigma costituzionale, una rinnovata concezione del ruolo della partecipazione politica e della funzione giuseconomica delle dinamiche argomentative che si sviluppano sulla sfera pubblica, così come pure delle caratteristiche ritenute necessarie affinché queste ultime possano condurre a scelte coerenti con l'ordine giuridico-economico europeo, si pone in realtà – richiamando l'attenzione sulla definizione di un coerente disegno istituzionale – quale preconditione per la ripresa e la resilienza del nostro sistema economico e, in ultima analisi, per la sostenibilità nel tempo del nostro modello di protezione dei diritti fondamentali della persona, già gravemente segnato dall'emergenza sanitaria.