

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

AMMINISTRAZIONE PER FINI PUBBLICI, VINCOLI FINANZIARI E ORGANIZZAZIONE

ADMINISTRATION FOR PUBLIC PURPOSES, FINANCIAL CONSTRAINTS AND ORGANIZATION

SINTESI

Il presente lavoro intende discutere il modello dell'amministrazione per fini pubblici dal punto di vista della complessa dinamica che intercorre tra scelte di finanza pubblica, organizzazione amministrativa e godimento dei diritti costituzionalmente garantiti. Partendo dall'analisi dei fondamenti costituzionali del potere di organizzazione e della sovranità finanziaria, dopo aver inquadrato la funzione dei vincoli di spesa nella prospettiva della sovranità popolare, l'articolo si propone di valutare le implicazioni della disciplina di bilancio sul godimento dei diritti fondamentali della persona e, di conseguenza, sulle scelte concernenti l'organizzazione chiamata a darvi soddisfazione, secondo un paradigma discorsivo-razionale. Attraverso la critica della tesi dei diritti finanziariamente condizionati, sviluppata nel solco dell'indirizzo giurisprudenziale che riconosce l'esistenza di un nucleo minimo di diritti sociali a soddisfazione necessaria, e il riconoscimento dell'esistenza di diverse situazioni giuridiche direttamente azionabili dal cittadino in relazione all'esercizio del potere di organizzazione, l'autore propone una rilettura delle dinamiche politico-amministrative concernenti la tutela dei diritti fondamentali della persona inquadrando nell'ambito di una dialettica giuridico-istituzionale basata su criteri di razionalità economica e sul principio di leale collaborazione. Secondo l'autore, proprio la corretta comprensione di tale dialettica costituisce il presupposto necessario per il ripensamento dell'organizzazione amministrativa in funzione del massimo godimento possibile dei diritti costituzionalmente garantiti, nella prospettiva oggettivata dell'amministrazione per fini pubblici.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the model of administration for public purposes from the point of view of the complex dynamic between public finance choices, administrative organization, and the protection of constitutionally guaranteed rights. Starting from the analysis of the constitutional foundations of the power of organization and financial sovereignty, after framing the function of financial constraints from the perspective of popular sovereignty, the objective of the article is to evaluate the implications of the public financial law on the protection of the fundamental rights of the person and, consequently, on the choices concerning the organization called to give protection

to them, according to a discursive-rational paradigm. Through the criticism of the thesis of financially conditioned rights, developed in the wake of the jurisprudential orientation that recognizes the existence of a minimum nucleus of social rights that have to be satisfy, and the recognition of the existence of different legal situations directly operating by the citizen in relation to the exercise of the power of organization, the author proposes a rereading of the political and administrative dynamics concerning the protection of the fundamental rights of the person, framing them within the framework of a legal-institutional dialectic based on criteria of economic rationality and the principle of loyal collaboration. According to the Author, the correct understanding of this dialectic is the necessary prerequisite for the rethinking of the administrative organization according to the objective perspective of the administration for public purposes.

PAROLE CHIAVE: Organizzazione pubblica – Finanza pubblica – Diritti (fondamentali) sociali – Sovranità popolare – Razionalità economica

KEYWORDS: Public organization – Public finance – (Fundamental) social rights – Popular sovereignty – Economic rationality

INDICE: 1. Premessa. – 2. Fini pubblici, potere di organizzazione e finanza pubblica. – 3. Discrezionalità organizzativa, potere finanziario e vincoli costituzionali. – 3.1 Confini e limiti della discrezionalità organizzativa. – 3.2. Disciplina costituzionale della finanza pubblica e implicazioni sul potere di organizzazione. – 3.3. La stabilità finanziaria come bene giuridico protetto e la sua rilettura quale limite del potere di organizzazione. – 4. Ragionevolezza e contenuto minimo dei diritti finanziariamente condizionati come limiti alla discrezionalità politica. – 5. La ripermetrazione dei diritti sociali come diritti fondamentali della persona e le sue conseguenze sulle situazioni giuridiche soggettive e sul potere di organizzazione. – 6. La funzionalizzazione del potere di organizzazione alla garanzia dei diritti incompressibili e al massimo godimento possibile dei diritti (fondamentali) sociali: il paradigma discorsivo-razionale emergente dalla giurisprudenza costituzionale. – 7. L'amministrazione per fini pubblici come modello organizzativo tra diritti fondamentali e razionalità economica.

1. Premessa

Il presente lavoro intende discutere, senza vantare alcuna pretesa di esaustività rispetto ad un tema di così ampia portata, il modello dell'amministrazione per fini pubblici¹ dal punto di vista della complessa dinamica che intercorre tra scelte di finanza pubblica, organizzazione pubblica e godimento dei diritti fondamentali della persona, con l'auspicio di stimolare un rinnovato interesse da parte della dottrina sullo statuto giuridico del potere di organizzazione alla luce del crescente

¹ *cf.* G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, oggi in *Scritti Scelti*, II, Napoli, Editoriale Scientifica p. 881 il quale rileva come occorrerebbe parlare di amministrazione per fini pubblici piuttosto che di amministrazione pubblica poiché quest'ultima «è pubblica non in quanto provenga o dipenda dalle istituzioni di governo, ma per la sua finalizzazione o la sua destinazione ai compiti e agli scopi che sono pubblici in quanto riferiti alla società o alla collettività generale».

condizionamento esercitato dalla dimensione finanziaria sull'attuazione del paradigma costituzionale garantista.

La questione si presenta come di primaria importanza non solo per ragioni contingenti legate agli effetti della pandemia e alla necessità di avviare profonde riflessioni sul terreno dell'adeguatezza della nostra organizzazione sanitaria, dell'impatto dei vincoli di spesa sull'organizzazione dei servizi pubblici e delle riforme strutturali collegate al piano Next Generation EU, quanto rispetto all'esigenza di conformare le forme e i regimi dell'apparato organizzativo chiamato a soddisfare i diritti sociali ad una realtà costituzionale interna e sovranazionale in costante evoluzione, provando a superare i dogmi della sovranità dello Stato e della centralità della soggettività pubblica² su cui si poggiano le nostre consolidate conoscenze di diritto pubblico³.

L'analisi muove dall'idea secondo cui i diritti fondamentali costituiscono frammenti di sovranità dei cittadini nei confronti del potere pubblico, in ragione del fatto che *«la 'sovranità' o 'volontà 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»*⁴. Di conseguenza, poiché *«ogni violazione dei diritti fondamentali rappresenta una lesione non solo delle persone che ne sono titolari, ma anche della sovranità popolare»*⁵, la loro soddisfazione si pone al punto di intersezione tra i diritti e i doveri costituzionali, presupponendo l'esistenza di un'organizzazione chiamata ad operare in una complessa e fitta rete di rapporti di integrazione e di convergenza tra i vari soggetti che compongono la realtà sociale⁶.

² L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 1, pp. 51-52. Come rileva l'autore, *«l'intero diritto pubblico si è costruito ed è evoluto nel senso della progressiva giuridificazione del potere originariamente iscritto nel perimetro dell'autorità pubblica costruita come persona giuridica. Peraltro, la costruzione dello Stato (e, a seguire, dell'autorità nelle sue varie articolazioni) come persona giuridica di diritto pubblico ha ragioni (e meriti) storiche profondissime, servendo – tra l'altro – a giuridificare la lotta civile (di religione, nella specie), razionalizzare l'uso della forza e della guerra, costruire la convivenza. Ciò che è evidente nel diritto pubblico europeo (ed in quelli che da questa tradizione attingono) è che l'autorità ed il suo potere sono il dato preesistente, sia giuridicamente (attraverso la sovranità) che effettivamente (giacché l'autorità preesiste al diritto pubblico che nasce per regolarla). È più che ovvio, quindi, che l'organizzazione sia avvertita come articolazione dell'autorità, funzionale ai suoi scopi»*.

³ In senso critico, G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986, p. 72.

⁴ L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 44.

⁵ *Ibidem*.

⁶ cfr. G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, cit., pp. 879-903.

Questa visione dei diritti fondamentali e della loro stretta connessione con la sovranità popolare si sviluppa a partire dal riconoscimento⁷ dell'esistenza di originarie posizioni di libertà in capo ai singoli individui che, da un lato, costituiscono la fonte di giustificazione dell'intero diritto pubblico di una società statale e, dall'altro, rappresentano il fondamento della sovranità. La realtà sociale, secondo questa prospettiva, si esprime pertanto in un ordinamento giuridico in funzione dell'esistenza di tali originarie posizioni di libertà dei singoli nei confronti della sovranità che, quest'ultimo, ha proprio il compito di raccordare al fine di consentire l'esplicazione delle diverse libertà, risolvendo i conflitti intersoggettivi e, nello stesso tempo, perseguendo il bene comune⁸. Un bene quest'ultimo che, diversamente da talune concettualizzazioni dell'interesse pubblico⁹, presenta a sua volta un fondamento oggettivo nella necessità di dar vita ad una comunità rispetto alla quale, superando la contrapposizione tra individui e Stato, l'ordinamento svolge una funzione di coordinamento dei fini individuali, rappresentando esso stesso non un atto di volontà bensì l'orizzonte al quale ogni volontà deve conformarsi affinché risulti compatibile con le volontà altrui.

La riconfigurazione dei diritti fondamentali quali frammenti di sovranità della persona nei confronti del potere pubblico implica così, come si vedrà più diffusamente in seguito, la necessità di ripensare i diritti sociali non più esclusivamente in termini di pretese tese all'ottenimento di una prestazione da parte di un soggetto pubblico, la cui soddisfazione risulta inevitabilmente

⁷ Il rinvio 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, Cedam, 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*, cit., 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 *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 463 ss., ora in *Scritti scelti*, cit., pp. 785 ss.; ID., *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, cit., 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 *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, Milano, Giuffrè, 1981, ora in *Scritti scelti*, cit., p. 301) secondo quella che viene solitamente definita una visione capovolta o rovesciata, rappresenta il cuore della riflessione recentemente avviata da questa Rivista, diretta da L.R. 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 (ID. *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit.).

⁸ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 26-27.

⁹ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 20.

condizionata dall'organizzazione amministrativa e dalle sue dinamiche di funzionamento, bensì come diritti a soddisfazione necessaria. Ciò significa, in altri termini, da un lato ripensare i diritti sociali – o parte di essi – come diritti fondamentali e, dall'altro, negare che tali diritti – proprio perché fondamentali ed espressione essi stessi della sovranità popolare – possano ritenersi recessivi rispetto all'organizzazione chiamata a soddisfarli e, dunque, che la loro soddisfazione possa essere condizionata dalle scelte organizzative del soggetto chiamato a farvi fronte¹⁰.

Ciò, tuttavia, non significa affatto negare la rilevanza dell'organizzazione rispetto alla vicenda amministrativa¹¹ che si sviluppa attorno all'attuazione del nostro paradigma costituzionale garantista, quanto piuttosto porre quest'ultima su un diverso piano rispetto a quanto non facciamo, muovendo dalla critica ai vincoli europei di finanza pubblica, i sostenitori della tesi dello stato sociale condizionato¹². Sebbene sia innegabile il fatto che le disponibilità di bilancio incidono in modo significativo sull'organizzazione e sul funzionamento delle amministrazioni, come è stato evidenziato in altra sede¹³, anche i vincoli di spesa e le funzioni amministrative chiamate a darvi attuazione in una logica multilivello svolgono una funzione di garanzia di quelle posizioni di libertà dei singoli che, come si è detto, l'ordinamento è chiamato comunque a raccordare alla luce dell'interesse generale.

E allora, l'effettività dei diritti fondamentali della persona – a meno di non negarne il loro carattere sovrano secondo la prospettiva dell'art. 1 cost. – se da un lato non può dipendere né dalle scelte di finanza pubblica, né da quelle concernenti l'organizzazione; dall'altro, si presenta come l'esito di una complessa dinamica di interazione che coinvolge l'amministrazione, sia nella sua dimensione di governo che di garanzia, la società civile, i mercati, la politica, gli organi giurisdizionali, le istituzioni sovranazionali. Nell'ambito di tale dinamica che interessa l'esercizio dei

¹⁰ cfr. A. MASSERA, *Individuo e amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pp. 25-27, il quale – rinviando al concetto di ottimizzazione del servizio – ritiene che «non sia il “diritto sociale” ad essere subordinato unilateralmente all'organizzazione attuale del servizio, ma sia l'ordinamento di questo resto funzionale al “diritto” stesso e ai suoi contenuti come storicamente determinante».

¹¹ Si esprime in questo senso G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968; *contra*, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966 e G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 122.

¹² F. LOSURDO, *Lo stato sociale condizionato: stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.

¹³ F.G. ANGELINI, *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, Padova-Milano, Cedam, 2020.

pubblici poteri sono rinvenibili sia posizioni giuridiche di diritto soggettivo che di interesse legittimo, nonché garanzie obiettive e vincoli di natura costituzionale, procedure amministrative, processi giuridico-argomentativi e funzioni giurisdizionali che concorrono, interagendo e condizionandosi reciprocamente, alla conformazione delle scelte di organizzazione e di finanza pubblica al contesto costituzionale interno e sovranazionale, in funzione servente rispetto al massimo godimento dei diritti e delle libertà fondamentali.

Il presente lavoro si pone naturalmente in posizione critica rispetto alla tesi dei diritti finanziariamente condizionati, suggerendo invece un rovesciamento dei termini del problema sul presupposto che sia l'organizzazione¹⁴ a doversi adattare ai diritti costituzionalmente garantiti piuttosto che il contrario¹⁵. Se la funzionalizzazione dell'organizzazione amministrativa al godimento dei diritti sembra emergere chiaramente dal testo costituzionale, tale dato non pare neppure essere messo in discussione dall'ordinamento eurounitario il quale, nel vincolare l'intervento pubblico dei Paesi membri al rispetto dei criteri di razionalità economica (sia sul piano della tutela della concorrenza che della stabilità finanziaria), non sembra affatto condizionare il godimento dei diritti fondamentali quanto piuttosto intervenire in termini di vincolo esterno sulle scelte concernenti le forme organizzative e gli strumenti da cui dipende la loro soddisfazione in concreto, contribuendo così alla «*appropriazione sociale dell'organizzazione pubblica*»¹⁶.

Tale capovolgimento di prospettiva, oltre che necessitato alla luce dell'ordinamento europeo e del piano Next Generation EU, sembra emergere anche dall'indirizzo giurisprudenziale che riconosce l'esistenza di un nucleo minimo di diritti sociali¹⁷ a soddisfazione necessaria, delineando una possibile rilettura delle dinamiche politico-amministrative concernenti la tutela dei diritti fondamentali secondo un paradigma discorsivo-razionale¹⁸, fondato cioè sul principio di leale

¹⁴ Sulla stretta connessione tra diritti sociali e organizzazione pubblica *cf.* F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in AA.VV., *Servizi Pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 30-31, il quale osserva come «*i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi*».

¹⁵ Corte Cost., sent. n. 275/2016.

¹⁶ G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, *cit.*, pp. 72-75.

¹⁷ Corte Cost., sent. nn. 62/2020, 169/2017, 275/2016, 222/2013, 4/2013, 40/2011, 432/2005, 27/1998, 304/1994, 455/1990.

¹⁸ G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, *cit.*, pp. 7-36; ID., *Ermenutica e processualità nella trasformazione dei principi e dei valori universali in regole degli ordinamenti positivi*, in *Ars Interpretandi*, 2005, 10, pp. 255 ss.; nonché, F.G. ANGELINI, *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica*, *cit.*, pp. 22-28 e 223 ss.

collaborazione e sulla razionalità economica, entrambi assunti quali presupposti per un ripensamento dell'organizzazione pubblica quale amministrazione per fini pubblici, in funzione del massimo godimento possibile dei diritti costituzionalmente garantiti.

Un ripensamento, quest'ultimo, che presuppone, oltre al riconoscimento della piena compatibilità con la rilevanza dei fini perseguiti di modalità di autorganizzazione della società civile e, dunque, l'abbandono del mito della centralità della soggettività pubblica, (anche) la messa in discussione dello stesso ruolo dell'amministrazione da intendersi, nella prospettiva che qui si vuole 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 organizzativa¹⁹.

2. Fini pubblici, potere di organizzazione e finanza pubblica.

Coerentemente con questa visione della sovranità fondata sul riconoscimento giuridico delle libertà dei singoli, il perimetro della sfera pubblica – non esaurendosi affatto nel monopolio della soggettività pubblica²⁰ – si sviluppa attorno ai doveri universali e ai diritti fondamentali, ancorandosi

¹⁹ 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 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).

²⁰ 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

a quella che viene definita la dimensione sostanziale della democrazia²¹. In questa prospettiva, i pubblici poteri sono chiamati a svolgere non solo una funzione di governo²² ma, con riferimento ai contenuti dell'art. 2 cost., una funzione di garanzia²³ 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'eteronomia²⁴.

I diritti fondamentali definiscono infatti quella che rappresenta 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) sociali²⁵. Sulla base di tale classificazione, i diritti sociali,

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 obiettività, quanto piuttosto, perché l'organizzazione appare per tratti essenziali esterna all'autorità» (p. 59).

²¹ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, II, 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: perché 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).

²² Secondo la classificazione proposta da L. FERRAJOLI (*Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, cit.*, pp. 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).

²³ 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*). 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» (*ivi*, pp. 872-873).

²⁴ N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam 1974, pp. 2187 ss. Per un'analisi del tema con riferimento all'attività amministrativa sia consentito il rinvio a F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, VI (Aggiornamento), Milano, Giuffrè, 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*, I, Milano, 2002, pp. 21 ss.

²⁵ *cf.* L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, cit.*, I, p. 822.

quantomeno con riferimento al loro contenuto minimo²⁶ (e, per questo, fondamentale), rientrerebbero dunque nel perimetro della sfera del non decidibile richiedendo, perciò, la loro soddisfazione necessaria quale caratteristica irrinunciabile dello stato costituzionale di diritto.

Occorre sottolineare però come la definizione dei fini pubblici si configuri come una scelta del legislatore che presuppone un'operazione di bilanciamento²⁷ tra i diversi (talvolta confliggenti) interessi in gioco ai fini della loro conformazione ai diritti fondamentali e a ciò che costituisce la sfera del “non decidibile” e del “non decidibile che non”. Tali operazioni di bilanciamento interessano – influenzandosi reciprocamente – tanto la definizione e la selezione degli interessi pubblici, quanto la scelta delle modalità di tutela e dei mezzi necessari alla loro soddisfazione, nel senso che, tanto più sono gli interessi pubblici individuati dal legislatore, tanto maggiori risulteranno essere i compiti attribuiti all'amministrazione e, conseguentemente, la complessità dell'organizzazione chiamata a svolgerli, con particolare riguardo alla proliferazione dei centri decisionali, al crescente fabbisogno di risorse e ai rischi di potenziale inefficienza.

Con specifico riguardo alla soddisfazione dei diritti sociali, la cui perimetrazione in termini di soggettività pubblica incontra limiti costituzionali con riferimento al riconoscimento di talune libertà fondamentali, ciò rinvia alla necessità di predisporre un apparato organizzativo (nei settori della sanità, difesa, scuola, giustizia e così via), retto da specifiche norme giuridiche di diritto pubblico, deputato alla loro soddisfazione nel rispetto delle norme costituzionali e in aderenza agli

²⁶ Seguendo il modello concettuale sviluppato da R. ALEXY (*Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 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 cost. 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).

²⁷ Con riferimento al bilanciamento svolto in sede di sindacato di costituzionalità, M. LUCIANI (*I diritti “finanziariamente condizionati”*, cit., p. 380) ritiene però 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 il costituzionalista, infatti, «*il bilanciamento spetta al legislatore e alla giurisdizione compete [...] l'apprezzamento della sua coerenza interna, della sua completezza, della sua logicità, fermo – ovviamente – il generale sindacato sul rispetto di tutti i parametri costituzionali*».

esiti di quelle operazioni di bilanciamento – si pensi in particolare alla relazione tra tutela dei diritti e risorse finanziarie disponibili – che i pubblici poteri sono chiamati a svolgere nell'esercizio del potere di organizzazione²⁸.

L'attuazione del programma costituzionale – che affida ai pubblici poteri l'organizzazione di un sistema di sicurezza sociale (art. 38 cost.), un sistema scolastico pubblico per tutti gli ordini e gradi (art. 33 cost.), un sistema di assistenza per i cittadini inabili al lavoro sprovvisti di altri mezzi di sostentamento (art. 38 cost.), nonché, la tutela della maternità, dell'infanzia e della gioventù (art. 31 cost.), la protezione dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (art. 117 cost.) e così via – ha determinato, da un lato, l'espansione del perimetro dell'organizzazione pubblica e, dall'altro, un crescente bisogno di risorse finanziarie per far fronte al suo funzionamento.

Quanto al primo aspetto, nell'adempimento di tali compiti, il legislatore sembra aver sin qui manifestato una preferenza verso un modello di organizzazione amministrativa fortemente radicato nella sovranità dello stato e sulla connessa esigenza di includere la società nello stato piuttosto che il contrario²⁹. L'organizzazione amministrativa – come dimostra lo stesso dibattito sulla natura dei diritti sociali e sulla loro tradizionale configurazione come diritti finanziariamente condizionati³⁰ – è stata perciò perlopiù concepita in posizione servente rispetto al potere governante, anziché quale espressione dell'autogoverno³¹, ovvero, in funzione di garanzia dei diritti soggettivi pubblici. Ciò ha comportato, al contrario della tesi che qui si intende sostenere, il mancato riconoscimento della compatibilità con la sfera pubblica di quei moduli organizzativi per fini pubblici che, pur

²⁸ Rileva R. TREVES (*L'organizzazione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1967, pp. 23 ss.) «*uno Stato regolato dal diritto qual è il nostro non può non circoscrivere il potere di organizzare se stesso, nei modi ritenuti più adatti per il conseguimento dei fini che gli sono assegnati. Le dottrine politiche e giuridiche dell'assolutismo e del primo costituzionalismo facevano discendere questo potere dal sovrano, a cui la legge al massimo poteva porre dei limiti. Il campo dell'organizzazione amministrativa si basava su tali poteri di fatto o ampiamente discrezionali ed era quindi sottratto al controllo giurisdizionale. [...] Non solo i fini, ma anche l'organizzazione e l'azione amministrativa sono in Italia fissati dalla Costituzione e dalla legge. È vero che l'organizzazione amministrativa tocca i cittadini solo indirettamente, e che quel che più conta è l'azione amministrativa. Ma anche i principi sulla legittimità formale hanno la loro importanza nella tutela di quelli, poiché rappresentano il fondamento della vita dell'amministrazione*».

²⁹ G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 73.

³⁰ 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, pp. 372 ss.

³¹ Per una disamina aggiornata dei modelli di amministrazione rinvenibili nel nostro ordinamento, con particolare riferimento a quello dell'amministrazione per fini pubblici, si rinvia a L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit., pp. 43-70.

collocandosi al di fuori della soggettività pubblica, sono espressione della dimensione sostanziale della democrazia, identificandosi con l'autorganizzazione della società civile secondo il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 cost.

Al contrario, nella prospettiva poc'anzi delineata la società non si pone in posizione dicotomica rispetto all'organizzazione pubblica, bensì quale ambito all'interno del quale gli interessi pubblici possono fisiologicamente ed in modo più efficiente realizzarsi attraverso l'interazione sociale, nel rispetto cioè di precise regole di svolgimento di tale dinamica di scambio³². La riconduzione della sfera pubblica alla sola soggettività pubblica ha alimentato invece la contrapposizione tra organizzazione amministrativa e società, comportando un appesantimento dell'apparato organizzativo soggettivamente pubblico e dando luogo sia a fenomeni di inefficienza³³ sia ad un crescente fabbisogno finanziario per il suo funzionamento, con evidenti implicazioni sulla relazione tra diritti fondamentali e doveri universali.

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 assunto dal settore pubblico quale mediatore sociale e catalizzatore economico, erogatore di servizi e ammortizzatore sociale, ha così comportato la dilatazione della finanza pubblica al punto da divenire essa stessa strumento di governo dell'economia,

³² Nella prospettiva della *public choice*, il compito delle regole del gioco (regole costituzionali e subcostituzionali, secondo la nota classificazione di Buchanan) 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. 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. L'adozione di tale paradigma impone di guardare alla massimizzazione del benessere sociale non mediante l'assegnazione di specifici obiettivi macroeconomici, ma indirettamente, favorendo la cooperazione volontaria tra i cittadini e lo Stato. L'approccio indiretto alla valutazione dell'efficienza delle regole e l'enfasi rispetto alla loro incidenza sui processi di interazione umana costituisce una caratteristica fondamentale della teoria della scelta pubblica che, dal punto di vista metodologico, giustifica il diverso approccio della *constitutional economics* rispetto all'economia del benessere in relazione all'analisi delle regole concernenti i processi decisionali pubblici.

³³ Come rileva G. PASTORI, v. *Burocrazia*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, Giappichelli, II, p. 405, infatti, «i corpi burocratici tendono ad utilizzare la loro posizione nell'organizzazione e il patrimonio tecnico-professionale da essi posseduto per ampliare il proprio ruolo (assumendo spesso un ruolo politico) o a perseguire di fatto finalità individuali o di gruppo in tutto o in parte sostitutive di quelle dell'organizzazione di appartenenza». Con buona pace, dunque, per quelle finalità espresse dal paradigma costituzionale garantista.

determinando, in assenza di adeguati vincoli³⁴ in grado di garantire un equilibrio tra soddisfazione delle istanze sociali e risorse disponibili, una progressiva espansione della spesa pubblica alla quale non è sempre corrisposta una maggiore tutela dei diritti sociali.

Quanto al secondo aspetto segnalato in precedenza, anche l'attività finanziaria – 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 mezzo indiretto (o di secondo grado) per il raggiungimento dei fini dello stato»³⁵ – costituisce esercizio del potere di organizzazione, risultando perciò assoggettato a precisi vincoli. 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, lo stato ha 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 estensione³⁶, nonché, il dovere di destinare solamente ai fini pubblici quanto coattivamente prelevato dalle economie private³⁷.

Il rapporto fra spese pubbliche e i fini pubblici risulta perciò universale e costante nel senso che tali spese possono contribuire al conseguimento di questi fini in modo mediato o immediato,

³⁴ Sul punto vale la pena richiamare la riflessione di O. SEPE (*Spese dello Stato*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 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».

³⁵ B. GRIZIOTTI, *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, Milano, 1956, II, p. 136. Per un approfondimento sul concetto di spesa v. anche O. SEPE, *Spese dello Stato*, cit., pp. 386 ss.

³⁶ G. DEL VECCHIO, *Studi sullo Stato*, Milano, 1958, p. 73; v. anche S. BUSCEMA, *Trattato di Contabilità pubblica. Principi generali*, Milano, Giuffrè, 1969, I, p. 7.

³⁷ Per un approfondimento si rinvia a A. CRISMANI, *La tutela giuridica degli interessi finanziari della collettività*, Milano, Giuffrè, 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.

prossimo o remoto; tuttavia, nessuna spesa può esistere se non come mezzo per il conseguimento di un fine pubblico³⁸. Questa costante interdipendenza fra le spese pubbliche e le finalità dello stato ne spiega dunque la continua espansione, dovendosi pertanto ritenere diretta conseguenza dell'estensione degli ambiti di azione dello stato.

3. Discrezionalità organizzativa, potere finanziario e vincoli costituzionali.

a. Confini e limiti della discrezionalità organizzativa.

Al legislatore spetta sia il compito di identificare gli interessi ritenuti meritevoli di tutela, sia di definire l'organizzazione deputata alla loro soddisfazione in concreto. Ai pubblici poteri è rimessa, quindi, una potestà organizzativa funzionale all'assolvimento dei compiti assegnati, il cui esercizio non può che svolgersi in modo conforme alla costituzione interna e sovranazionale.

A tale potere di organizzazione corrispondono anche le potestà concernenti l'attività finanziaria che i pubblici poteri svolgono al fine di assolvere alle proprie funzioni. Da un lato, il potere finanziario costituisce perciò espressione stessa del potere di organizzazione, risultando anch'esso funzionale allo svolgimento dei fini pubblici e, in primo luogo, alla soddisfazione dei diritti fondamentali della persona; dall'altro, la dinamica delle entrate e delle spese pubbliche funzionale alla copertura del fabbisogno finanziario necessario al perseguimento dei fini pubblici, espressione del potere finanziario, condiziona a sua volta, in modo assai significativo, l'esercizio del potere di organizzazione, influenzando anche l'attività dell'amministrazione, specie quella concernente l'erogazione di prestazioni con oneri a carico del bilancio pubblico.

Rinviando alle pagine che seguono l'inquadramento della stabilità finanziaria tra le condizioni necessarie per il perseguimento dei fini pubblici in modo sostenibile e duraturo, in via preliminare occorre considerare quale ulteriore aspetto caratteristico del potere di organizzazione il fatto che la natura degli interessi che l'organizzazione amministrativa è chiamata a soddisfare contribuisce a

³⁸ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1954, I, p. 447.

differenziarla da altre configurazioni organizzative destinate alla soddisfazione di interessi privati. Ciò in quanto l'organizzazione costituisce la misura delle posizioni giuridiche vantate dai destinatari dell'azione amministrativa, nel senso che *«la soluzione organizzativa è, insieme, la risposta agli interessi da soddisfare e la matrice delle situazioni soggettive che, infatti, si concretizzano in relazione alla soluzione organizzativa che è stata predisposta»*³⁹.

La rilevanza giuridica dell'organizzazione deputata alla soddisfazione degli interessi pubblici pone, dunque, diversi problemi sia in ordine alla natura delle situazioni giuridiche soggettive che, con riferimento all'esercizio del potere di organizzazione, sono riconoscibili in capo ai destinatari dell'azione amministrativa, sia in relazione ai confini della discrezionalità di cui i pubblici poteri godono rispetto al suo esercizio.

Alla luce della rilevata connessione tra organizzazione e situazioni giuridiche soggettive, si potrebbe infatti giungere a ritenere che laddove il godimento dei diritti costituzionalmente protetti dipenda dall'esistenza di un apposito apparato organizzativo e, dunque, dalla sussistenza di risorse sufficienti per far fronte ai fabbisogni necessari, tali diritti sarebbero da intendersi come recessivi rispetto all'organizzazione. Tale tesi, tuttavia, convince solo in parte e, senz'altro, non con riferimento ai diritti fondamentali della persona, la cui soddisfazione è invece – come si è visto nelle pagine precedenti – da ritenersi doverosa ai sensi del dettato costituzionale in quanto il loro godimento costituisce dimensione sostanziale della democrazia. Ciò induce a ritenere che la segnalata recessività dei diritti rispetto al potere di organizzazione non possa in realtà ritenersi configurabile quantomeno con riferimento all'esistenza di un nucleo minimo di posizioni giuridiche soggettive la cui soddisfazione rientrerebbe nella sfera “del non decidibile” e del “non decidibile che non”, corrispondendo ad esse un preciso obbligo/dovere di soddisfazione da parte dei pubblici poteri⁴⁰.

³⁹ G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pp. 121-123.

⁴⁰ Come rileva A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, p. 33, infatti, *«se i diritti sono correttamente ambientati nella realtà anche organizzativa nell'ambito della quale si esprimono, si constata come essi siano da realizzarsi “a carico” dell'intero sistema sul quale complessivamente pesa la doverosità organizzativa di fornire ad essi una risposta attivando professionisti e strutture idonee»*. Del resto, *«se nel rapporto interindividuale l'assenza di un obbligo formale a carico dei singoli soggetti impedisce di imporre ad un privato un determinato comportamento, quando si fa riferimento ad una struttura pubblica è sufficiente il riconoscimento da parte del giudice di un diritto perché si attivi il dovere dell'amministrazione di rispondere ad esso con la propria organizzazione»* (p. 34).

Su tale aspetto si tornerà però più diffusamente in seguito, affrontando il tema dei diritti finanziariamente condizionati. Ciò su cui vale invece ancora la pena soffermarsi riguarda le implicazioni sul perimetro della discrezionalità solitamente riconosciuta ai pubblici poteri nell'ambito delle scelte di natura organizzativa, che la considerazione svolta poc'anzi suggerisce. Affermare che la soddisfazione degli interessi pubblici presupponga l'esercizio di un potere di organizzazione, la cui rilevanza giuridica è tale da condizionare il godimento stesso dei diritti costituzionalmente garantiti, significa riconoscere ai pubblici poteri una discrezionalità tale da ritenersi svincolata dal rispetto delle previsioni costituzionali. Poiché però, come evidenziato in precedenza, i diritti fondamentali della persona sono frammenti di sovranità risultando, nello stesso tempo, la loro soddisfazione il fondamento dell'esistenza stessa dei pubblici poteri, negare che questi ultimi nell'esercizio del potere di organizzazione debbano necessariamente conformarsi al dettato costituzionale e a quelle operazioni di bilanciamento a cui si è fatto cenno, significa non solo negare il nostro paradigma costituzionale garantista ma, nella prospettiva delineata nelle pagine precedenti, attribuire la sovranità ad un soggetto diverso rispetto al suo unico legittimo detentore ai sensi dell'art. 1 cost.

Condividendo l'idea secondo cui l'organizzazione amministrativa debba necessariamente configurarsi come servente non solo alla cura degli interessi pubblici individuati come tali dal potere governante ma anche alla garanzia dei diritti fondamentali della persona, il baricentro dell'organizzazione amministrativa non potrà allora che ricercarsi non solo nella strumentalità alle persone giuridiche pubbliche ma anche alle persone umane destinatarie della sua azione⁴¹ e alle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità in ossequio all'art. 2 cost.

Le conseguenze di tale ricalibrazione del baricentro dell'organizzazione amministrativa si registrano sia sul fronte del perimetro della discrezionalità del potere di organizzazione (e con esso del potere finanziario) che della natura giuridica delle pretese che i cittadini vantano nei confronti dell'amministrazione deputata alla loro soddisfazione. Quanto alla discrezionalità attraverso cui si esprime il potere di organizzazione, essa si sviluppa su direttrici del tutto diverse rispetto a quelle tracciate dalla dottrina tradizionale, sia sotto il profilo della necessità di dover tener conto di uno

⁴¹ Lo rileva, rifacendosi all'insegnamento di Domenico Sorace, M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 1, p. 560.

spettro di interessi ben più ampi rispetto a quelli espressi dalla maggioranza politica del momento⁴²; sia con riferimento all'esistenza di limiti all'esercizio del potere di organizzazione derivanti dalla configurabilità di talune pretese dei cittadini nei confronti dell'organizzazione in termini di diritti soggettivi e dall'esistenza di vincoli giuridici concernenti l'esercizio del potere finanziario, anch'essi, come si dirà meglio in seguito, funzionali al pieno esercizio della sovranità popolare nel più ampio contesto costituzionale interno ed eurounitario.

Seguendo tale approccio, la discrezionalità organizzativa risulta perciò necessariamente perimetrata entro la tutela dei diritti fondamentali della persona che costituiscono appunto l'unico orizzonte in funzione del quale lo stesso potere di organizzazione può essere legittimamente esercitato. Ciò non significa che ai pubblici poteri sia precluso il perseguimento di finalità ulteriori rispetto alla soddisfazione di quel nucleo minimo di diritti costituito dai diritti fondamentali della persona, bensì che l'effettiva realizzazione di questi ultimi, in quanto qualificabili come diritti soggettivi, sarebbe da intendersi come doverosa, risultando perciò censurabile in sede giurisdizionale la loro mancata soddisfazione e ottimizzazione.

L'affermazione di taluni diritti sociali come diritti soggettivi in ragione della loro riconducibilità entro il perimetro dei diritti fondamentali della persona e la conseguente loro doverosa soddisfazione – costituendo una attività amministrativa vincolata – a carico dell'organizzazione amministrativa è di portata tale da incidere significativamente sul potere di organizzazione, comprimendone gli ambiti discrezionali ed orientando il suo esercizio verso l'adozione di soluzioni volte ad una razionalizzazione delle prestazioni sia sotto il profilo dell'ampiezza del novero di quelle giuridicamente dovute ai cittadini che delle soluzioni organizzative astrattamente ipotizzabili ai fini del loro adempimento.

Sotto altro profilo, a tale sforzo di razionalizzazione delle prestazioni e delle dinamiche organizzative del settore pubblico funzionale alla costituzionalizzazione del potere di organizzazione contribuisce – partecipando anch'essa in modo significativo alla ripermetrazione dei margini della discrezionalità organizzativa rimessa in capo ai pubblici poteri – la disciplina costituzionale dell'attività finanziaria, vincolando l'esercizio del relativo potere sia sotto il profilo

⁴² L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e stato di diritto*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e Principi del regime repubblicano*, Roma-Bari, Laterza, 2006, I, pp. 163 ss.

della definizione dei saldi di bilancio pubblico che delle decisioni di indebitamento sia, infine, della gestione della spesa in connessione con lo svolgimento dell'attività amministrativa.

Il potere di organizzazione esercitato dai pubblici poteri concerne, infatti, anche la scelta degli strumenti attraverso cui provvedere alla copertura dei fabbisogni finanziari necessari all'adempimento dei compiti assegnati. Ciò avviene – in modo tutt'altro che indifferente rispetto all'equilibrio tra diritti fondamentali e doveri universali – sia ricorrendo all'imposizione tributaria, sia provvedendo alla riallocazione della spesa, sia infine attraverso il ricorso ai mercati finanziari e, dunque, l'assunzione di prestiti da parte dello stato.

b. Disciplina costituzionale della finanza pubblica e implicazioni sul potere di organizzazione.

Le scelte relative alla copertura del fabbisogno finanziario e alla gestione della spesa, necessarie allo svolgimento dei compiti costituzionali, non sono affatto rimesse all'arbitrio dei pubblici poteri dal momento che la nostra carta costituzionale pone, da ben prima del Trattato di Maastricht e del Fiscal Compact, già nella sua originaria formulazione, una serie di vincoli alla discrezionalità del legislatore, dell'esecutivo e dell'amministrazione.

Come evidenziato dalla dottrina, l'esistenza di tali vincoli trova giustificazione nel fatto che *«la rappresentanza parlamentare non esprime[va] 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 interesse quindi, in sintesi, della spesa stessa»*⁴³. 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 sociale⁴⁴, 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

⁴³ A. BARETTONI ARLERI, *Miti e realtà nei principi della contabilità pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 28.

⁴⁴ O. SEPE, v. *Spese dello Stato*, cit., p. 392.

interessi finanziari della collettività e la sostenibilità stessa del programma di attuazione del paradigma costituzionale garantista.

I costituenti hanno assegnato 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. Al Governo in particolare è 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; mentre al Parlamento quello di approvare gli strumenti operativi della gestione economica e finanziaria, esercitando una funzione di indirizzo politico attraverso la legge di bilancio, intesa quale atto fondamentale di programmazione e di indirizzo della finanza pubblica⁴⁵. 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) cost., che assegna alla potestà legislativa esclusiva dello stato la materia del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, sia quelle dell'art. 119 cost. che, invece, riconosce alle regioni e agli enti locali l'autonomia finanziaria di entrata e di spesa.

Il principio di fondo della costituzione fiscale è quello espresso dall'art. 53 cost. 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. Inoltre, a tutela del cittadino-contribuente, la costituzione pone un ulteriore vincolo al ricorso alla leva fiscale prevedendo all'art. 23 cost. una riserva di legge che subordina l'imposizione fiscale alla sussistenza di una specifica previsione normativa. L'art. 81 cost., dedicato al bilancio e al rendiconto consuntivo, delinea invece la disciplina costituzionale delle spese di cui, proprio il controllo parlamentare sul bilancio, realizzato attraverso l'approvazione formale della relativa legge, rappresenta la sua chiave di volta. Ben prima delle modifiche introdotte dalla l. costituzionale n.

⁴⁵ 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.

1/2012 con cui è stato costituzionalizzato il principio dell'equilibrio 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 dottrina⁴⁶, 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 allocazione delle risorse⁴⁷. Cosa che, tuttavia, si è verificata solo in parte, fino a quando cioè il contesto politico e sociale del nostro Paese l'ha consentito, segnando poi un forte segnale di discontinuità per effetto della costituzione (macro)economica europea e delle dinamiche giuridico-argomentative innescate dai vincoli di finanza pubblica.

Quanto al ricorso all'indebitamento quale modalità di copertura del fabbisogno finanziario dell'amministrazione, esso costituisce 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

⁴⁶ cfr. G. DI GASPARÉ, *Innescare un sistema in equilibrio della finanza pubblica ritornando all'art. 81 della Costituzione*, www.amministrazioneincammino.it.

⁴⁷ G. DI GASPARÉ, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Vicenza, 2015, 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 settanta, secondo cui la previsione del comma 4 dell'art. 81 cost. 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 cost. doveva essere attribuita una diversa efficacia prescrittiva a seconda che ci si 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 possibilità di ricorrere all'indebitamento.

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»⁴⁸. 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. Conseguenza diretta di tali condizionamenti e delle dinamiche dei mercati finanziari⁴⁹ in grado di amplificare la dimensione dei fenomeni di instabilità è l'insorgenza di fenomeni di deflusso di risorse da Paesi e mercati le cui prospettive di sviluppo tendono a deteriorarsi, che si ripercuotono 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 principalmente in interventi di natura fiscale, si ripercuotono direttamente sia sugli interessi finanziari della collettività, sia sulla sostenibilità del settore pubblico.

Alla crescente esposizione 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, corrisponde l'esigenza di orientare l'indirizzo finanziario verso il raggiungimento di obiettivi di stabilità, che a sua volta incide in modo sempre più significativo sul potere di organizzazione. Tali obiettivi assumono infatti 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.

Le potestà in materia di organizzazione si trovano pertanto a dover fare i conti con l'esigenza di una maggiore cooperazione internazionale sul fronte del governo della finanza pubblica e, sul piano interno, con un'accentuazione della funzione di stabilizzazione propria del bilancio pubblico⁵⁰ a cui fa da corollario il necessario rafforzamento del ruolo dell'amministrazione in

⁴⁸ G. SCACCIA, *La giustizia della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2012, 3, p. 1.

⁴⁹ Come evidenziato da E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 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».

⁵⁰ G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1996, p. 241.

funzione di contrappeso al potere politico in ordine alla definizione dell'indirizzo finanziario⁵¹. A tale funzione dell'amministrazione – che essa svolge perlopiù mediante l'esercizio di poteri di garanzia⁵² – 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 pubblico.

La trama costituzionale che fa da sfondo all'attività finanziaria dei pubblici poteri, risultante dall'intreccio tra ordinamento interno e sovranazionale, pone ormai precisi e stringenti vincoli al potere di organizzazione sia direttamente, configurando la soddisfazione dei diritti fondamentali come un'attività vincolata e, dunque, sottraendo tale ambito alla discrezionalità organizzativa, ovvero, vincolando l'organizzazione ai principi di buon andamento, imparzialità, equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito pubblico ai sensi dell'art. 97 cost.; sia indirettamente, ponendo cioè vincoli all'attività finanziaria dello stato e collocando l'adozione delle scelte di finanza pubblica all'interno di complesse dinamiche giuridico-argomentative che si svolgono sia sul piano interno che sovranazionale⁵³.

Più precisamente, il collegamento tra potere di organizzazione e vincoli costituzionali in materia di finanza pubblica emerge ormai chiaramente dall'art. 97 cost. il quale dispone, al primo comma, che «*le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico*» e, al secondo comma, che «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*». Il condizionamento della disciplina finanziaria sul potere di organizzazione assume così un carattere che è solo in parte di natura sostanziale, prevalendo invece la dimensione procedurale (e dunque discorsivo-razionale) del vincolo posto dall'ordinamento eurounitario, strumentale non alla limitazione del numero di interessi astrattamente definibili come pubblici bensì

⁵¹ G. TACCOGNA, *Disciplinare la politica per valorizzare l'amministrazione?*, in P.A. Persona e Amministrazione, n. 2/2020, pp. 145-191.

⁵² F.G. ANGELINI, *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica*, cit, pp. 185 ss.

⁵³ 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.

alla migliore allocazione possibile delle risorse disponibili in funzione non del perseguimento di priorità liberamente individuate dal legislatore, ma del massimo godimento possibile dei diritti costituzionalmente garantiti.

Sebbene attribuito ai pubblici poteri per il perseguimento delle finalità sociali dello stato e, dunque, in stretta connessione con il potere di organizzazione, lo stesso potere finanziario risulta perciò assoggettato a precisi e stringenti limiti la cui funzione è quella di porre sia l'attività finanziaria che la funzione amministrativa diretta al soddisfacimento dei bisogni pubblici in diretta relazione con la sovranità popolare. Ciò in quanto il popolo rappresenta 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. La sovranità popolare definisce perciò 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 ritenuti meritevoli di tutela, secondo le priorità assegnate dalla costituzione e, dunque, prediligendo la tutela dei diritti fondamentali della persona, senza pregiudicare però quelli della collettività nel suo insieme.

c. La stabilità finanziaria come bene giuridico protetto e la sua rilettura quale limite del potere di organizzazione.

Quanto detto poc'anzi ha trovato conferma alla luce della tutela giuridica della stabilità finanziaria contenuta nella costituzione (macro)economica europea⁵⁴, determinando effetti in termini di bilanciamento dei valori costituzionali e, dunque, sul problema della sostenibilità economica dei diritti sociali.

La costituzionalizzazione della stabilità finanziaria quale parametro economico vincolante per la conduzione di politiche economiche e monetarie strumentali al raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 3 del TUE ha determinato, infatti, il riconoscimento di quest'ultima come bene giuridico che riceve – al pari della concorrenza nell'ambito della costituzione (micro)economica

⁵⁴ K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, Cambridge, 2014, pp. 13 ss.

europea – una specifica protezione nel quadro della costituzione (macro)economica europea, spiegando i suoi effetti sia sul piano sovranazionale che interno, costituendo il suo stesso mantenimento condizione di legittimità dell'Unione economica e monetaria. Si tratta di un bene giuridico 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'UE⁵⁵, 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. Ne deriva 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 essenziale⁵⁶ alla cui conformazione deve orientarsi (anche) l'azione dei pubblici poteri posta in essere in attuazione del paradigma costituzionale garantista di ciascuno Stato membro.

La protezione giuridica della stabilità finanziaria – lungi dal determinare, come alcuni hanno sostenuto⁵⁷, una subordinazione degli obiettivi sociali rispetto a quello della stabilità dei prezzi – pone quale ulteriore condizione di legittimità dell'intervento pubblico il rispetto di criteri di razionalità economica da cui dipendono il corretto funzionamento del mercato e il contrasto di

⁵⁵ 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*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 81-161 e 233 ss.

⁵⁶ A. PREDIERI, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 190 ss.

⁵⁷ G. CONTALDI, v. *Politica economica e monetaria*, in *Enc. Dir.*, Annali, VII, Milano, Giuffrè, 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».

situazioni di *free riding* e *forced ride*⁵⁸ e di *fiscal illusion*⁵⁹ che, determinando un'inefficiente allocazione delle risorse, limitano il godimento dei diritti costituzionalmente garantiti anziché massimizzarne la soddisfazione.

Il richiamo a tali criteri di razionalità economica è realizzato mediante la definizione di un complesso sistema di incentivi e disincentivi i cui destinatari diretti 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, che deve ormai essere letto in chiave evolutiva alla luce del Next Generation EU e delle ulteriori azioni che saranno intraprese per contrastare gli effetti economici della pandemia, non pare peraltro destinato a mutare⁶⁰, con riferimento ai suoi punti cardine, neppure in conseguenza del sensibile rafforzamento della funzione del bilancio dell'UE e del sostegno finanziario previsto nell'ambito del Recovery Fund⁶¹.

⁵⁸ M.L. STEARNS, T.J. ZYWICKI, *Public Choice Concepts and Applications in Law*, Thomas Reuters, 2009, p. 15. I *free riding* sono coloro che beneficiano dei beni pubblici senza tuttavia sostenerne i costi di produzione. I *forced ride* sono, invece, coloro che sono obbligati dagli altri membri della collettività (come, per esempio, accade in caso di adozione del criterio maggioritario) a contribuire al pagamento del costo di produzione del bene pubblico richiesto senza tuttavia ricevere in cambio un sufficiente beneficio (generando, di fatto, una disutilità).

Mentre la conseguenza più rilevante dei "free riding" è quella di indurre ad una produzione subottimale del bene pubblico, l'effetto più rilevante del "forced ride" è invece, in rapporto alla struttura delle preferenze individuali, una sovrapproduzione di beni pubblici con conseguente mancata internalizzazione da parte dei beneficiari del costo marginale di produzione.

⁵⁹ J.M. BUCHANAN, *The Fiscal Illusion*, in *The Collected Works of James M. Buchanan, Public Finance in Democratic Process. Fiscal Institutions and Individual Choice*, Indianapolis, Liberty Fund, 1999-2000, IV, pp. 125 ss. Le ragioni della preferenza degli attori del processo decisionale pubblico per il finanziamento della spesa pubblica mediante ricorso al debito e alla sua monetizzazione piuttosto che all'imposizione fiscale possono rinvenirsi essenzialmente in quella che Buchanan chiama "illusione fiscale", dovuta all'esistenza di elevate asimmetrie informative nel rapporto di agenzia tra cittadini (principali) e membri dell'organo legislativo (agenti), a cui si sommano quelle connesse ai rapporti di agenzia tra organo legislativo (principale) e organo esecutivo (agente) e tra quest'ultimo (principale) e amministrazione pubblica (agente). La conseguenza più immediata è che, mentre i vantaggi della spesa pubblica corrente risultano immediatamente percepibili, per effetto del ricorso al debito pubblico o al meccanismo inflattivo si preclude (o quantomeno viene ridotta) la possibilità per i cittadini di svolgere una corretta analisi dei costi-benefici connessi all'incremento della spesa.

⁶⁰ Sul punto sia consentito il rinvio a F.G. ANGELINI, *L'impiego delle risorse del Recovery Fund tra conformità all'ordine giuridico-economico europeo e funzione discorsivo-razionale del diritto pubblico*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 2, pp. 230 ss.

⁶¹ Tali strumenti, lungi dal contraddire la lettura che è stata sin qui fornita, paiono infatti inquadrabili nella logica dell'intervento pubblico conforme tipica del paradigma costituzionale dell'economia sociale di mercato delineato

Nella prospettiva eurounitaria, dunque, l'esigenza generale di garantire la collettività in ordine al corretto uso delle risorse, che è alla base sia della tutela degli interessi finanziari della collettività che della tutela della concorrenza e della stabilità finanziaria, si configura secondo modalità e traiettorie diverse a seconda del momento in cui le relative garanzie giuridiche 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 costituzionali⁶²; 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 dei poteri autoritativi che 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, è tesa ad 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. Nel secondo caso, invece, la tutela degli interessi finanziari della collettività, secondo la duplice prospettiva interna e sovranazionale, si realizza in modo diretto, sottoponendo cioè l'attività amministrativa al rispetto di una serie di regole e procedure la cui funzione è quella di garantire la legittimità finanziaria⁶³ delle relative scelte sia rispetto all'esercizio

dall'art. 3 del TUE, non ponendosi in contraddizione rispetto ai criteri di razionalità economica introdotti sul piano dell'ordinamento sovranazionale e di quelli nazionali, come dimostrano la stessa disciplina del Recovery Fund e i margini di discrezionalità nella valutazione dei piani proposti dai Paesi membri attribuiti alla Commissione.

⁶² G. DI GASPARE, *Innescare un sistema di equilibrio della finanza pubblica ritornando all'art. 81 della Costituzione*, cit., p. 4.

⁶³ 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.

dei pubblici poteri e agli effetti in termini finanziari che essi determinano, sia in relazione allo svolgimento di attività materiali concernenti la gestione dei rapporti negoziali e l'erogazione dei servizi pubblici.

Tali dinamiche di tutela degli interessi finanziari della collettività, che si sviluppano sulla base di garanzie costituzionali interne e sovranazionali, funzioni amministrative di garanzia, vincoli e procedure, si pongono perciò in funzione di limite del potere governante, incidendo quindi anche sul potere di organizzazione e, dunque, sulle scelte di indirizzo finanziario che si pongono a monte secondo un modello circolare. Ciò in quanto, se è vero che i vincoli di finanza pubblica incidono direttamente sull'attività e, più in generale, sui profili organizzativi dell'amministrazione, condizionando la definizione degli assetti organizzativi, le scelte gestionali e le modalità prescelte per l'erogazione dei servizi pubblici; dall'altro, nella definizione dei saldi di finanza pubblica e nell'allocazione delle risorse il potere governante è tenuto a tener conto della sussistenza di un obbligo/dovere concernente la soddisfazione dei diritti sociali, quantomeno con riferimento al loro contenuto minimo corrispondente ai diritti fondamentali della persona e, dunque, della natura vincolata delle scelte concernenti l'intervento pubblico in tale ambito; nonché della necessità che l'esercizio del potere di organizzazione risulti pur sempre funzionale al massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona, sia sotto il profilo dell'efficienza della spesa pubblica che, più in generale, dei processi decisionali che si svolgono sulla sfera pubblica.

La dinamica circolare determinata dall'intreccio tra ordinamento interno della finanza pubblica e ordinamento sovranazionale, ancorando l'intervento pubblico a criteri di razionalità economica tali da preservare l'ordine concorrenziale del mercato e gli interessi finanziari della collettività, non determina però necessariamente un arretramento della sfera pubblica a favore di quella privata, quanto piuttosto un processo di trasformazione dell'organizzazione amministrativa che sembra andare, come si dirà meglio in seguito, nella direzione della ridefinizione del perimetro dei diritti sociali quali diritti fondamentali della persona e dell'oggettivazione dell'amministrazione nell'ottica di un suo maggiore radicamento nella (e in funzione della) società civile.

4. Ragionevolezza e contenuto minimo dei diritti finanziariamente condizionati come limiti alla discrezionalità politica.

La conclusione poc'anzi esposta si fonda su due presupposti che sembrano tutt'altro che scontati alla luce delle tradizionali ricostruzioni manualistiche. Il primo è che sia possibile radicare la sovranità in capo al popolo riconoscendo nei diritti fondamentali della persona, costituzionalmente protetti, dei frammenti di sovranità attribuiti a tutti cittadini, secondo il modello della democrazia sostanziale⁶⁴. Il secondo è che, proprio in quanto espressione della sovranità popolare, il godimento di tali diritti non possa essere limitato o precluso in conseguenza dell'esercizio delle potestà pubblicistiche le quali, al contrario, devono intendersi pur sempre funzionalizzate al massimo godimento possibile delle posizioni giuridiche protette, sulla base di un processo (giuridico-argomentativo) di ottimizzazione⁶⁵.

Ciò equivale a riconoscere, nell'ambito dei diritti costituzionalmente garantiti, l'esistenza di veri e propri diritti soggettivi, dovendosi dunque negare sia la possibilità che essi possano intendersi quali semplici dichiarazioni programmatiche con valenza politica⁶⁶ più che giuridica, sia la loro

⁶⁴ cfr. F. DI DONATO, *Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberalismo europeo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, 1, p. 25; M. BENVENUTI, v. *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. V, Torino, Utet, 2012, p. 251; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, Cedam, 1996.

⁶⁵ 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 cost. ai fini della loro soddisfazione), «*si dovrà considerare una posizione giuridico-ergativa 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-ergative 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).

⁶⁶ Come ricorda E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 1 ss., con riferimento al diritto alla salute di cui all'art. 32 cost., «*lo schema interpretativo della disciplina costituzionale sulla salute proposto negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione italiana prospettava una netta differenza strutturale fra diritti costituzionali riconducibili ai diritti di libertà e diritti costituzionali classificabili come diritti sociali. [...] Questa interpretazione era condizionata dall'idea che i diritti sociali fossero diritti aventi "per finalità preminente o più immediata il soddisfacimento di interessi collettivi (e di riflesso individuali)"; diritti legati alla "sicurezza" ed alla "giustizia sociale" o, secondo la prospettiva cattolica, ad una visione solidaristica della libertà. Il primo comma dell'art. 32 Cost., veniva quindi considerato come una "posizione programmatica" attributiva di una precisa funzione allo Stato, che doveva essere svolta dal legislatore, perché legata alla dimensione politica del testo costituzionale*». cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi*

ricostruzione in termini di “diritti” a prestazione condizionati⁶⁷, e quindi non assoluti, la cui effettività ai fini della piena tutela del bene della vita risulterebbe pur sempre subordinata alle scelte dei pubblici poteri⁶⁸. Con l'ulteriore conseguenza di dover rinvenire nell'attività amministrativa tesa alla soddisfazione dei diritti fondamentali della persona un'attività ampiamente vincolata sia nel fine che nel risultato e, nella discrezionalità organizzativa, un contenuto ben più limitato di quanto non sia solita riconoscere la dottrina tradizionale.

La correttezza di tali considerazioni dovrà, a questo punto, essere vagliata alla luce della ricostruzione del rapporto tra diritti sociali e risorse disponibili emergente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Il filone giurisprudenziale dei diritti finanziariamente condizionati, nel cui perimetro si è soliti ricondurre i diritti sociali a prestazione, è stato inaugurato dalla Corte costituzionale agli inizi anni novanta, in un contesto di contrazione delle risorse finanziarie disponibili e di una rilevante crisi economica. Punto di avvio di tale indirizzo interpretativo è rappresentato dalla sentenza n. 455/1990 nell'ambito della quale, con riferimento al diritto alla salute, la Corte ha rilevato come il diritto a trattamenti sanitari risulta assoggettato alla «determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione della relativa tutela da parte del legislatore ordinario», configurandosi pertanto quale diritto a «prestazioni positive [...] basato su norme

costituzionali, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, IV, p. 2.

⁶⁷ A. BALDASSARRE, v. *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, XI, p. 215; F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. Reg.*, 1985, p. 39; ID., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, p. 30; C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 548; 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, pp. 372 ss. In senso critico L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, pp. 38 ss. Sui diritti sociali condizionati o derivati, v. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 596, che rilevano come il godimento di questi ultimi «dipende dall'esistenza di un'organizzazione necessaria e idonea all'erogazione della prestazione oggetto dei diritti stessi (ad es., il diritto all'assistenza ed alla previdenza sociale)».

⁶⁸ Nella prospettiva del collegamento tra diritti sociali e affermazione del principio di uguaglianza sostanziale, la struttura di tali diritti si caratterizzerebbe in virtù della circostanza per cui, fermo restando l'obiettivo costituzionale della garanzia dei beni giuridici protetti dalle norme relative ai diritti sociali, le modalità di protezione di questi ultimi possono variare in base alla discrezionale volontà politica del legislatore, nonché, delle scelte concernenti l'erogazione delle prestazioni da parte dell'amministrazione pubblica. *cfr.* M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 93; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 759; R. FERRARA, v. *Salute (diritto alla)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII, Torino, Utet, 1997, pp. 513-517; L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'Autorità*, in *Dir. Pubblico*, 2013, pp. 1 ss.

costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere»⁶⁹. Dovendo dunque il legislatore, nella sua opera di attuazione del diritto alle prestazioni sanitarie, tener conto «dei limiti oggettivi [...] in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento»⁷⁰.

Ciò che rileva ai fini della presente indagine è la circostanza per cui, secondo tale pronuncia, l'elemento "risorse disponibili" – sebbene, sulla base di quanto detto in precedenza, non sia altro che il frutto di precise scelte in termini di indirizzo finanziario e organizzativo – viene assunto dalla Consulta quale dato fattuale e, dunque, estraneo al bilanciamento eseguito in sede politico-amministrativa tra i vari interessi o beni costituzionalmente protetti⁷¹. Tale orientamento, subordinando l'effettività del diritto in questione all'esercizio della discrezionalità organizzativa e finanziaria del legislatore, sottrae quest'ultima al sindacato di costituzionalità con la conseguenza di ricondurre anche i diritti finanziariamente condizionati nell'ambito delle norme costituzionali programmatiche.

La Corte, nella giurisprudenza successiva, ha però poi preso un'altra direzione. Le pronunce emesse dopo la sentenza poc'anzi citata testimoniano, infatti, il tentativo della Consulta di affrancare i diritti finanziariamente condizionati dalla categoria dei diritti a contenuto programmatico, delineando i contorni di un sindacato di costituzionalità inteso come una forma di controllo della discrezionalità legislativa da eseguirsi sulla base del principio della ragionevolezza⁷². A ciò si è giunti sia sulla base del principio di gradualità nella tutela⁷³ che dell'individuazione di un limite di ragionevole possibile compressione dei diritti sociali in questione, oltre il quale al legislatore non sarebbe consentito spingersi. Il limite posto dalla giurisprudenza costituzionale alla discrezionalità legislativa è rappresentato proprio dall'individuazione di un contenuto ineludibile (il nucleo essenziale) di garanzia di prestazione che costituisce l'attuazione del contenuto del diritto

⁶⁹ Corte Cost., sent. n. 455/1990, par. 4 del considerato in diritto.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ In questo senso, v. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC, p. 9.

⁷² Corte Cost., sent. n. 304/1994.

⁷³ *cf.* Corte Cost., sent. nn. 356/1992; 243/1993; 240/1994; 99/1995; 205/1995; 218/1995; 416/1996; 30/2004. Il «criterio di gradualità costituisce una misura della legittimità costituzionale sufficientemente ampia, che lascia al legislatore spazi di manovra coerenti con politiche di revisionismo permanente alla ricerca del meglio, specie in situazioni di crisi economica o di contenimento del deficit pubblico» (A. MORRONE, *Crisi economica ed integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, 2014, 3, p. 13).

sociale in questione⁷⁴. Il fattore “risorse disponibili” inizialmente configurato come un dato fattuale escluso dal bilanciamento assume quindi – segnando una discontinuità con il passato – rilevanza ai fini del bilanciamento rispetto ai valori costituzionali, con la conseguenza di dover riconoscere la sua recessività rispetto ai diritti fondamentali della persona in virtù dell’art. 2 cost. In questo senso, secondo la Consulta, i vincoli finanziari non potrebbero dunque assumere «*un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana*»⁷⁵.

La Consulta è così giunta a riconoscere l’esistenza di un’ampia sfera di discrezionalità in favore del legislatore che riguarda sia l’individuazione del perimetro dei diritti sociali che l’allocazione delle risorse necessarie per la loro soddisfazione, giustificando – in presenza di esigenze finanziarie – possibili contrazioni delle garanzie sociali purché non irragionevoli e non eccedenti il nucleo irriducibile di tali diritti⁷⁶. Senonché, da un lato, l’individuazione di tale livello minimo essenziale che corrisponde al riconoscimento di un diritto assoluto della persona, intangibile da parte del legislatore, risulta tutt’altro che agevole oltre che in grado di offrire un solido ancoraggio ai diritti sociali in termini di effettività e pienezza; e, dall’altro, tale orientamento giurisprudenziale non affronta il problema né della discrezionalità organizzativa, che incide sul fabbisogno di risorse necessarie, né dell’indirizzo finanziario dal quale dipende la concretizzazione, la gradualità e l’effettività dei diritti sociali, nonché, la stessa determinazione del loro nucleo essenziale a soddisfazione necessaria.

L’esercizio del potere di organizzazione, nel suo contenuto ampio che include anche le scelte di indirizzo finanziario, l’allocazione delle risorse e la scelta delle modalità di organizzazione dei servizi pubblici, resta così escluso dal sindacato di costituzionalità, con la sola eccezione delle

⁷⁴ Corte Cost., sent. n. 309/1999.

⁷⁵ *Ibidem*. Cosa che rileva, per esempio, con riferimento al diritto alla salute, in presenza delle condizioni di indigenza di cui all’ultimo inciso del comma 1 dell’art. 32 cost., in presenza delle quali il diritto alla prestazione sanitaria si atterrebbe a vero e proprio diritto soggettivo (Corte Cost., sent. n. 62/2020) ed esigerebbe una prestazione dall’amministrazione diretta o indiretta dei pubblici poteri; ovvero, con riferimento al diritto all’istruzione del disabile consacrato nell’art. 38 cost. (Corte Cost., sent. n. 275/2016), a cui corrisponde un obbligo del legislatore di predisporre gli strumenti idonei alla sua realizzazione ed attuazione, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica.

⁷⁶ *cf.* Corte Cost., sent. nn. 169/2019; 275/2016; 222/2013; 4/2013; 40/2011; 432/2005; 27/1998; ord. 197/2019.

prestazioni rientranti nel nucleo essenziale dei diritti sociali che, qualificandosi come posizioni di diritto soggettivo, risulterebbero sindacabili in sede giurisdizionale, obbligando il legislatore a «predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso [i.e. i livelli essenziali delle prestazioni], affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale [di talché] è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»⁷⁷ e, solo a valle, l'amministrazione a provvedere alla loro soddisfazione.

Nei casi in cui non fosse però in discussione la congruità dello stanziamento di risorse ai fini dell'erogazione della prestazione con riferimento al nucleo essenziale dei diritti sociali, bensì le scelte organizzative che incidono sull'erogabilità della prestazione, sui tempi, sui modi, sulla quantità e qualità della stessa, il riconoscimento in capo all'amministrazione di un'ampia sfera discrezionale preclude invece la possibilità di ottenere una pronuncia giurisdizionale tesa al riconoscimento della pretesa giuridica lesa e, dunque, la soddisfazione del bene della vita ritenuto meritevole di tutela. Il che, quale conseguenza delle esigenze di contenimento della spesa e dell'operatività del vincolo di sostenibilità finanziaria di cui all'art. 97 cost., determina perciò, più che un processo di ottimizzazione dei diritti sociali e delle loro modalità di tutela rispetto alle risorse disponibili, il rischio di una progressiva compressione del nucleo essenziale dei diritti sociali a fronte della preservazione di quelle sacche di inefficienza da cui originano le esigenze finanziarie alla base delle scelte legislative di contrazione delle garanzie sociali, degenerando in un circolo vizioso.

Che taluni diritti non possano che ritenersi finanziariamente condizionati, al punto tale da non poter essere neanche definiti diritti, non v'è dubbio. Tale dovrebbe essere la sorte dei molteplici «diritti» (e, talvolta, privilegi) che, ben al di là delle esigenze imposte dal nostro paradigma costituzionale garantista⁷⁸, per ragioni ben messe in luce sia dagli economisti⁷⁹ che dagli studiosi

⁷⁷ Corte Cost., sent. nn. 275/2016 e 169/2017.

⁷⁸ Tali diritti si pongono infatti ben oltre il concetto dei diritti di soggetti in condizioni di svantaggio sociale. Secondo alcuni autori, del resto, sarebbe solo in relazione a tali diritti che la Repubblica avrebbe l'obbligo di attivarsi per far fronte all'esigenza di assicurare tutela a tali beni (v. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., p. 193).

⁷⁹ 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*, cit.; D.C. MUELLER, *Public Choice III*, cit.; D. DA EMPOLI, *Introduzione*, in *Stato, mercato e libertà*, cit., pp. 1-2); ID., *Public Choice in Italy*, in C.K. ROWLEY, F. SCHNEIDER, R.D. TOLLISON (a cura di), *The Next Twenty-Five Years of Public Choice*, Springer Nature, 1993, pp. 75-83; F. FORTE, *Manuale di Scienza delle Finanze*, Milano,

dell'analisi economica del diritto pubblico⁸⁰, hanno purtroppo segnato lo sviluppo del nostro stato sociale senza tener conto delle gravi conseguenze sia in termini di sostenibilità delle finanze pubbliche che di equità intergenerazionale⁸¹.

Tuttavia, alla luce della ricostruzione che è stata proposta nelle pagine precedenti, della tesi dei diritti finanziariamente condizionati ciò che proprio non convince è il fatto che possa ritenersi lecito configurare in questi termini anche quei diritti fondamentali la cui soddisfazione – costituendo dimensione sostanziale della democrazia – rappresenta una delle forme di esercizio della sovranità della persona, indipendentemente da qualsivoglia riconoscimento in tal senso da parte del legislatore. Affermare che la soddisfazione di tali diritti è condizionata dall'esercizio del potere finanziario e, dunque, dal connesso potere di organizzazione significa infatti negare la sovranità della persona riconoscendo invece la titolarità di quest'ultima in capo al soggetto che esercita le potestà dalle quali dipende l'esistenza del diritto stesso. La tesi dei diritti finanziariamente condizionati – neppure nella sua versione attenuata della tutela graduale dei diritti sociali⁸² – non pare perciò condivisibile né alla luce del testo costituzionale, laddove la sovranità è espressamente attribuita al popolo, né dell'ordinamento eurounitario, ai sensi del quale gli obiettivi di carattere politico-sociale dell'UE elencati nell'art. 3 TUE sono perseguiti dalle istituzioni sovranazionali e dai Paesi membri in via prioritaria attraverso la protezione delle libertà fondamentali, l'ordine

Giuffré, 2007; G. TULLOCK, A. SELDON, G. L. BRADY, *Government Failure: A Primer in Public Choice*, Washington, 2002; P. MARTELLI, *Introduzione all'edizione italiana*, in J.M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *Il calcolo del consenso. Fondamenti logici della democrazia costituzionale*, trad. it. D. GIANNETTI, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 9-31; D.C. MUELLER, *The Public Choice Approach to Politics*, Edward Elgar, 1993; G. REGONINI, *Public Choice: una teoria per l'analisi delle politiche pubbliche*, in *Stato e mercato*, 1984, 11, pp. 299-328.

⁸⁰ M.L. STEARNS, T.J. ZYWICKI, *Public Choice Concepts and Applications in Law*, cit.; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009; G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffré, I, 2006, pp. 229 ss.; F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 3, pp. 427 ss.; nonché, ai diversi contributi contenuti nel volume *Analisi economica e diritto amministrativo*, Associazione Italiana di Professori di Diritto Amministrativo, Annuario 2006, Milano, Giuffré. Sia consentito, altresì, il rinvio a F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere governante e sovranità popolare*, cit.

⁸¹ Nel contesto dello stato pluriclasse e in conseguenza delle distorsioni insite nei processi politico-amministrativi che in esso si svolgono, il sistema di protezione dei diritti sociali che si è gradualmente affermato nel nostro Paese, pur conseguendo risultati significativi in termini di benessere sociale, si è distinto per la sua strumentalità rispetto all'acquisizione e al mantenimento del consenso da parte del sistema politico e per il crescente ruolo assunto dalla burocrazia, determinando una dilatazione dei confini dell'organizzazione pubblica a discapito della società civile e un crescente fabbisogno di risorse pubbliche per farvi fronte.

⁸² Con riferimento al diritto alla salute cfr. Corte Cost., sent. n. 455/1990. cfr. E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, cit., pp. 86 ss.

concorrenziale del mercato e l'interazione sociale e, in via sussidiaria, mediante i diversi strumenti di intervento dei pubblici poteri, nei limiti di quanto strettamente necessario al fine di garantire quegli interessi pubblici che non potrebbero altrimenti trovare protezione nelle dinamiche sociali e pur sempre a condizione di non distorcerne il loro ordinario funzionamento.

Del pari, anche la tesi dello stato sociale finanziariamente condizionato, che si regge sulla presunta superiorità costituzionale dei vincoli europei di finanza pubblica sui diritti sociali costituzionalmente garantiti, sconta il medesimo limite di prospettiva evidenziato con riferimento alla tesi dei diritti finanziariamente condizionati. Non tanto e non solo in ragione del nuovo approccio inaugurato dalle istituzioni eurounitarie nella gestione dell'emergenza sanitaria, quanto soprattutto in virtù della scarsa considerazione delle implicazioni, rispetto alla dinamica diritti sociali / risorse disponibili, del potere di organizzazione, delle diverse situazioni giuridiche soggettive astrattamente configurabili in capo ai titolari dei diritti in questione e degli strumenti di tutela esistenti.

5. La ripermetrazione dei diritti sociali come diritti fondamentali della persona: situazioni giuridiche soggettive e organizzazione amministrativa.

I segnalati limiti di prospettiva riscontrabili nel concetto di diritti finanziariamente condizionati e nella tesi della necessaria conformazione dei diritti sociali all'equilibrio dei bilanci inducono perciò a focalizzare maggiormente l'attenzione sul potere di organizzazione, sui confini della discrezionalità e sull'effettività delle situazioni giuridiche astrattamente configurabili in capo ai titolari dei diritti sociali. Seguendo la prospettiva delineata in precedenza, trattandosi dei veri detentori della sovranità, ai titolari dei diritti fondamentali dovrebbe infatti essere riconosciuto un diretto potere di influenza nei confronti del potere governante funzionale a garantire l'effettività dei diritti fondamentali e, dunque, il pieno riconoscimento dell'esistenza di un obbligo giuridico concernente la soddisfazione del loro nucleo essenziale⁸³, la cui definizione non può però essere rimessa al solo potere governante.

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

A tale risultato sembrerebbe possibile giungere a condizione di adottare una visione dell'amministrazione funzionale al massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona. Se correttamente intesa, tale visione – 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 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 pubblici. Tale revisione pare invece destinata ad orientarsi nel senso di una più efficiente rifocalizzazione dell'organizzazione amministrativa su ciò che effettivamente rientra nella sfera pubblica, intesa come sfera del 'non decidibile che' e del 'non decidibile che non?'. Cosa che implica perciò 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.

Prendendo spunto dalla giurisprudenza costituzionale, punto di partenza per giungere ad una tale ricostruzione è, da un lato, la ripermimetrazione dei diritti sociali come diritti fondamentali della persona e, dall'altro, la corretta conformazione delle posizioni giuridiche rinvenibili nella fase di erogazione delle prestazioni.

Quanto al primo aspetto, come è stato ricordato, i diritti sociali sono stati tradizionalmente definiti diritti a prestazione vantati dal singolo nei confronti dello Stato o di altre strutture del potere pubblico⁸⁴ ed il loro fondamento giuridico è stato rinvenuto nella parte prima della costituzione, ovvero, nei principi fondamentali e, in particolare, in quello di uguaglianza sostanziale. La giurisprudenza costituzionale ha accompagnato la vicenda dei diritti sociali esprimendo posizioni

⁸⁴ Per una critica di tale impostazione si rinvia a L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'Autorità*, in *Dir. Pubblico*, 2013, pp. 11 ss.; per un inquadramento dei diritti sociali nella costituzione italiana si rinvia all'ampia e aggiornata disamina svolta da M. BENVENUTI, v. *Diritti sociali*, in *Digesto di discipline pubblicistiche*, Aggiornamento V, Torino, 2012, pp. 231-258.

talvolta contraddittorie, manifestando una iniziale sostanziale corrispondenza degli orientamenti del giudice delle leggi rispetto a quelli espressi dal legislatore⁸⁵, seppur con alcune distinzioni in relazione ai diversi periodi storici. Se negli anni ottanta l'atteggiamento della Consulta appariva favorevole ad una lettura dinamica degli interessi sociali, che si concretizzò nelle così dette sentenze additive di prestazione⁸⁶, a partire dalla fine degli anni ottanta e inizio novanta, non a caso in ragione dell'introduzione del vincolo europeo sull'indirizzo della finanza pubblica⁸⁷, si riscontra un irreversibile cambio di rotta verso una maggiore prudenza economico-finanziaria del giudice delle leggi a discapito però di una lettura forte dei diritti sociali, capace di ridimensionare la discrezionalità del potere politico nelle scelte concernenti la tutela dei diritti sociali in rapporto alle risorse disponibili, nella prospettiva dei diritti finanziariamente condizionati.

A partire dagli anni novanta, la Consulta è così giunta al riconoscimento dell'esistenza di un «contenuto minimo essenziale» dei diritti sociali attraverso il rinvio ai «*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*»⁸⁸ la cui definizione, tuttavia, è rimessa allo stesso legislatore ordinario. Muovendosi lungo tale direzione, la giurisprudenza costituzionale ha ricostruito il rapporto tra diritti sociali e razionalizzazione della spesa pubblica sulla base del criterio di ragionevolezza, arricchendosi poi di ulteriori parametri in ragione, da un lato, della congiuntura economica in cui maturano le scelte di politica economica e, dall'altro lato, della presenza di vincoli sovranazionali.

La nuova gerarchia di valori costituzionali che emerge dall'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale e che si è cristallizzata definitivamente con la costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio⁸⁹, ha ridisegnato i confini della discrezionalità del potere governante secondo criteri di razionalità economica, senza tuttavia potersi spingersi sul terreno della

⁸⁵ cfr. M. BENVENUTI, v. *Diritti sociali*, cit., pp. 259-283; C. MARCHESE (a cura di), *Diritti sociali e vincoli di bilancio*, Servizio studi della Corte Costituzionale, 3, 2015.

⁸⁶ In relazione a tale modalità di intervento della Corte costituzionale si rinvia a M. BENVENUTI, v. *Diritti sociali*, cit., p. 566 e all'ampia bibliografia *ivi* richiamata.

⁸⁷ Un'analisi approfondita di tale vincolo e dei suoi impatti sulle decisioni di spesa pubblica nell'ordinamento interno è offerta da G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, cit. il quale si sofferma sulla disciplina della finanza pubblica nella costituzione italiana e in quella europea, evidenziandone i contrasti e le implicazioni istituzionali.

⁸⁸ 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*, 2014, 142, ed alla bibliografia *ivi* citata.

⁸⁹ Per un approfondimento si rinvia a C. GOLINO, *Il principio del pareggio di bilancio*, Padova, Cedam, 2013.

ridefinizione dei margini della discrezionalità organizzativa. In tal modo i parametri di legittimità delle misure incidenti sui servizi sociali sono perciò rinvenibili nel principio di ragionevolezza, dalla valorizzazione dei livelli essenziali delle prestazioni civili e sociali, e dal principio solidaristico. Poiché però l'allocatione delle risorse è espressione di un potere discrezionale del legislatore, censurabile in sede di legittimità costituzionale solo in caso di manifesta incongruenza o intrinseca illogicità della scelta normativa, con riferimento al problema del potere di organizzazione, il suddetto principio di ragionevolezza risulta un parametro di legittimità del tutto insufficiente o, se non altro, da prendere con la dovuta cautela⁹⁰.

A tale critica deve poi aggiungersi che, sebbene paia ragionevole l'ancoraggio del nocciolo duro non sacrificabile dei diritti sociali ai livelli essenziali delle prestazioni, l'individuazione dell'*ubi consistam* di tale limite ed il relativo fondamento costituzionale risulta assai problematico. Il riferimento della giurisprudenza costituzionale ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ex art. 117, II c., lett. m), cost. risulta infatti problematico alla luce della loro derogabilità mediante legge ordinaria, che innesca un pericoloso cortocircuito nel ragionamento proposto, configurando l'intervento del legislatore statale in sede di definizione dei livelli essenziali come un'autolimitazione tale per cui, da un lato, spetterebbe al legislatore imporre dei sacrifici in relazione ai diritti dei cittadini e, dall'altro lato, sarebbe lo stesso legislatore a delineare l'argine del proprio intervento⁹¹.

Al netto di tali critiche, la ripermetrazione dei diritti sociali come diritti (fondamentali) sociali a prestazione secondo il modello del loro contenuto minimo⁹² è però un percorso che la Corte

⁹⁰ A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, cit.

⁹¹ C. MARCHESE, *Diritti sociali e vincoli di bilancio, servizio studi della corte costituzionale*, cit.

⁹² Secondo il modello di bilanciamento suggerito da R. ALEXI, *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. n. 169/2017). In generale, sul filone giurisprudenziale che riconosce l'incomprimibilità di taluni diritti cfr. sent. nn. 212/1997 e 266/2009 (detenuti); sent. n. 45/2014 e ord. n. 165/2015 (tossicodipendente); sent. n. 102/1975 (accattonaggio); sent. n. 85/2015 (pensionati); sent. nn. 222/2004, 95/2015 (diritto di difesa); sent. n. 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,

costituzionale⁹³ ha sin qui opportunamente seguito al fine di giungere ad un corretto inquadramento della dinamica in parola ponendoli entro un accettabile equilibrio tra paradigma garantista e ragioni di politica economico-finanziaria. Tuttavia, pur dovendo riconoscere lo sforzo della Corte costituzionale teso ad evitare un sostanziale sgretolamento del nostro stato sociale, non può non guardarsi con preoccupazione l'assenza, nell'assetto istituzionale che va delineandosi, di un solido ancoraggio giuridico ai diritti sociali in grado di conferire loro un livello sufficiente di effettività e pienezza⁹⁴, tenuto conto del fatto che la definizione di questi ultimi è in concreto ancora largamente rimessa alla piena discrezionalità del potere governante ed influenzato dallo stesso potere di organizzazione da cui dipende il fabbisogno di risorse necessario alla loro soddisfazione.

Quanto al secondo aspetto, partendo proprio dalla ricerca di un ancoraggio più stabile dei diritti sociali nell'ambito dell'organizzazione giuridica deputata alla loro concretizzazione, sembra auspicabile andare oltre l'orientamento giurisprudenziale poc'anzi richiamato, spingendosi nella direzione del riconoscimento della rilevanza delle scelte adottate dai pubblici poteri nell'esercizio della discrezionalità organizzativa ai fini del loro godimento⁹⁵ e delle posizioni giuridiche soggettive astrattamente configurabili con riferimento al loro esercizio, traendone le dovute conseguenze sul fronte dell'organizzazione amministrativa.

Seguendo il percorso ricostruttivo sin qui proposto occorre tenere distinti, da un lato, la pretesa vantata dal cittadino concernente la soddisfazione dei propri diritti fondamentali, dalla quale discende un preciso obbligo di risultato in capo ai pubblici poteri e, dall'altro, l'esistenza in capo al soggetto titolare di tali diritti costituzionalmente garantiti di ulteriori situazioni giuridiche

il riferimento ai LEA talvolta utilizzato dalla Corte costituzionale per l'identificazione normativa di tali diritti incompressibili (cfr. sent. n. 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».

⁹³ 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.

⁹⁴ Sul punto, A. RUGGERI, *op. cit.*

⁹⁵ D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, *cit.*, p. 213.

(strumentali) di interesse legittimo⁹⁶, riferibili all'esercizio della discrezionalità organizzativa, ovvero, alle modalità concrete prescelte dall'amministrazione ai fini della loro realizzazione (vincolata) con riferimento al caso concreto. Negare l'esistenza di tali ulteriori pretese giuridiche nell'ambito della dinamica di soddisfazione dei diritti sociali, finendo per ritenere che le scelte politico-amministrative concernenti l'indirizzo finanziario e gli assetti organizzativi possano condizionarne la concretizzazione, equivarrebbe infatti a collocare la sovranità sul terreno dello Stato-ente piuttosto che dello Stato-comunità, negando dunque che i diritti fondamentali costituiscano una delle forme attraverso cui si esercita la sovranità popolare.

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 e sulle scelte 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.

Seguendo tale linea ricostruttiva, non sembrano perciò condivisibili le tesi che pongono l'accento sul carattere condizionante delle scelte di finanza pubblica sulle situazioni giuridiche soggettive, spingendosi finanche a ritenere che in realtà tali diritti verrebbero ad esistenza solo in funzione dell'esistenza stessa di adeguate disponibilità finanziarie⁹⁷. Tale approccio conduce infatti all'assurdo di ritenere che la mancata soddisfazione della pretesa azionata dal cittadino, laddove motivata da esigenze finanziarie ed organizzative dei pubblici poteri, possa condurre all'estinzione

⁹⁶ D. SORACE, *op. cit.*, 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 si 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).

⁹⁷ Ne offre una panoramica M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2017, 3-4, pp. 623 ss.

dell'obbligazione a carico di questi ultimi o alla degradazione della situazione giuridica soggettiva vantata dal titolare, senza però dar luogo ad alcuna conseguenza in termini di legittimità sostanziale.

Laddove si riconosca, invece, all'amministrazione una funzione di garanzia rispetto al massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona – e, dunque, alla loro progressiva ottimizzazione – è possibile superare il segnalato problema del circolo vizioso che lega la definizione del perimetro dei diritti sociali e del loro nucleo essenziale, alle esigenze finanziarie e alla discrezionalità organizzativa, ancorando la garanzia dei diritti fondamentali nella sovranità popolare piuttosto che nella sovranità dei pubblici poteri e, dunque, nel riconoscimento in capo al cittadino di situazioni giuridiche soggettive piene ed effettive. Se, del resto, spetta ai pubblici poteri individuare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute essendo, nello stesso tempo, rimesse a questi ultimi anche le scelte concernenti l'allocazione delle risorse e le modalità organizzative ritenute più opportune ai fini della loro soddisfazione, al soggetto titolare dei diritti sociali resterebbe preclusa – fatta eccezione per il mero sindacato di ragionevolezza in sede di costituzionalità – qualsivoglia ulteriore possibilità di sindacato sul potere di organizzazione, risultando i diritti in posizione sempre recessiva⁹⁸ rispetto al potere di organizzazione.

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 perimetro del loro contenuto minimo, unitamente al riconoscimento dell'esistenza di ulteriori posizioni giuridiche piene ed effettive in relazione all'esercizio del potere di organizzazione, offre invece 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

⁹⁸ 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; T.A.R. Valle d'Aosta, 14 gennaio 2019, n. 2.

un modello garantista⁹⁹ di amministrazione, il cui carattere distintivo risiederebbe nella sua diretta strumentalità rispetto all'esercizio della sovranità dei cittadini nei confronti del potere politico-amministrativo.

In tale direzione, alla luce dei problemi di bilanciamento derivanti dalla relazione diritti fondamentali – risorse disponibili, il progressivo spostamento del baricentro dell'organizzazione amministrativa in funzione della sovranità popolare costituisce perciò una risposta sia ai problemi posti dall'impossibilità di sindacare in sede giurisdizionale¹⁰⁰ l'allocazione delle risorse e le scelte di organizzazione da parte del potere governante, sia alla possibilità per l'amministrazione stessa di vincolare le scelte di indirizzo finanziario e di gestione della spesa nella direzione di un ripensamento della sua organizzazione nella prospettiva di una sua maggiore socializzazione.

6. La funzionalizzazione del potere di organizzazione alla garanzia dei diritti incompressibili e al massimo godimento possibile dei diritti (fondamentali) sociali: il paradigma discorsivo-razionale emergente dalla giurisprudenza costituzionale.

L'esistenza di diritti (fondamentali) sociali che i pubblici poteri, in quanto incompressibili e dunque insuscettibili di condizionamento finanziario¹⁰¹, sarebbero tenuti a garantire a tutti i cittadini presuppone la vigenza, rispetto al potere di organizzazione, di un vincolo giuridico capace di condizionare l'esercizio di quest'ultimo sia in sede legislativa che amministrativa, tanto sul fronte dell'allocazione delle risorse quanto in ordine alle scelte concernenti le modalità di organizzazione e gestione dei servizi.

⁹⁹ 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 non 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*».

¹⁰⁰ *cfr.* M. LUCIANI, *I diritti "finanziariamente condizionati"*, *cit.*; *cfr.* anche G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2012, 3.

¹⁰¹ Corte Cost., sent. n. 275/2016.

Il riconoscimento da parte della Corte costituzionale di diritti sociali a soddisfazione necessaria rinvia, infatti, da un lato all'esistenza di situazioni giuridiche di diritto soggettivo e, dall'altro, all'obbligo di garantire l'esistenza di mezzi sufficienti per farvi fronte. In relazione alla garanzia di tali diritti emerge ormai chiaramente come spetti proprio al legislatore il compito di *«predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale [di talché] è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»*¹⁰². Alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) e dei livelli essenziali di assistenza (LEA) deve corrispondere, infatti, sia il loro finanziamento che la loro erogazione e, dunque, all'interno del nostro contesto istituzionale multilivello, l'esercizio coordinato del potere di organizzazione, dando luogo ad una dialettica che *«dovrebbe consistere in un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria, tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell'intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale. Ciò al fine di garantire l'effettiva programmabilità e la reale copertura finanziaria dei servizi, la quale – data la natura delle situazioni da tutelare – deve riguardare non solo la quantità ma anche la qualità e la tempistica delle prestazioni costituzionalmente necessarie»*¹⁰³.

Il potere di organizzazione riveste perciò un ruolo centrale nel sistema pubblico di garanzia dei diritti sociali in quanto è proprio dal suo esercizio che dipende non solo l'effettiva erogazione delle prestazioni ma anche l'efficiente uso delle risorse pubbliche che condiziona, a sua volta, il perimetro stesso dei diritti (fondamentali) sociali. Proprio in virtù di tale circolarità tra diritti sociali, finanza pubblica e organizzazione, l'esercizio del potere di organizzazione risulta funzionale a garantire non solo la soddisfazione del nucleo essenziale dei diritti sociali, bensì la loro ottimizzazione in funzione del massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona, dovendosi rinvenire l'esistenza di situazioni giuridiche strumentali in grado di incidere sulla discrezionalità organizzativa dei pubblici poteri. Se da un lato, infatti, non è possibile giustificare la mancata soddisfazione del contenuto minimo dei diritti sociali richiamando l'esistenza di esigenze di natura finanziaria, dall'altro, come si è detto in precedenza, neppure il mero ancoraggio dei diritti

¹⁰² Corte Cost., sent. nn. 275/2016, 169/2017, 62/2020.

¹⁰³ Corte Cost., sent. n. 169/2017.

(fondamentali) sociali ai livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali stabiliti dal legislatore pare compatibile con la sovranità alla persona.

Se è vero che i livelli essenziali delle prestazioni corrispondono ai diritti (fondamentali) sociali, non può allora non evidenziarsi come la determinazione dei LEP e dei LEA da parte dei pubblici poteri non sia affatto indipendente rispetto allo stanziamento di un coerente fabbisogno finanziario in grado di far fronte all'erogazione delle relative prestazioni. Quest'ultimo è però, a sua volta, notevolmente influenzato dal modello organizzativo e dalle modalità di erogazione prescelte dai pubblici poteri. Ciò significa che il potere di organizzazione, pur ponendosi a valle della determinazione dei LEP e dei LEA, determinando il fabbisogno finanziario necessario ai fini dell'erogazione delle prestazioni obbligatoriamente garantite, condiziona anche la stessa determinazione legislativa (o amministrativa) dei diritti a soddisfazione necessaria. Tant'è che eventuali inefficienze derivanti dall'adozione di determinati moduli organizzativi di erogazione dei servizi producono conseguenze sia sul piano della legittimità finanziaria, incidendo sugli interessi finanziari della collettività, che della compatibilità dell'esercizio del potere di organizzazione con il nostro paradigma costituzionale garantista che vede l'azione dei pubblici poteri volta a permettere il massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona.

Tale complessa dinamica, che richiede l'esercizio coordinato di funzioni in vista del raggiungimento delle finalità indicate dalla carta costituzionale, come di volta in volta esplicitate dal legislatore, dà vita ad una dialettica che coinvolge lo Stato e le regioni, funzioni di governo e funzioni di garanzia, istituzioni nazionali e sovranazionali. Essa si svolge all'interno di quella trama discorsivo-razionale rappresentata dal diritto pubblico¹⁰⁴ e dovrebbe essere tesa a garantire una gestione delle funzioni del benessere efficiente e capace di rispondere alle istanze dei cittadini coerentemente con le regole di bilancio, prevedendo la separazione dei costi necessari alla garanzia dei diritti a soddisfazione necessaria da quelli destinati ad altre spese assoggettate invece al principio della sostenibilità economica, che i pubblici poteri hanno comunque il dovere di ottimizzare ai fini del massimo godimento possibile dei diritti costituzionalmente garantiti¹⁰⁵.

¹⁰⁴ F.G. ANGELINI, *L'impiego delle risorse del Recovery Fund tra conformità all'ordine giuridico-economico europeo e funzione discorsivo-razionale del diritto pubblico*, cit., pp. 230 ss.

¹⁰⁵ Come rileva la Consulta (sent. n. 169/2017) «la determinazione dei LEA è un obbligo del legislatore statale, ma [...] la sua proiezione in termini di fabbisogno regionale coinvolge necessariamente le Regioni, per cui la fisiologica dialettica tra questi soggetti

La giurisprudenza costituzionale¹⁰⁶ formatasi in relazione alla dialettica tra Stato e regioni in ordine alla determinazione, al finanziamento e all'erogazione dei diritti (fondamentali) sociali e al loro processo di ottimizzazione, permette di evidenziare alcuni dei tratti salienti del paradigma discorsivo-razionale che fa da sfondo all'esercizio del potere di organizzazione, sottolineando la necessità di un approccio cooperativo nella concreta garanzia dei diritti sociali, ispirato ai principi di dignità umana e di leale collaborazione, poiché «*la determinazione, il finanziamento e l'erogazione dei LEA compone un sistema articolato il cui equilibrio è assicurato dalla sinergica coerenza dei comportamenti di tutti i soggetti coinvolti nella sua attuazione*»¹⁰⁷.

Sviluppando ulteriormente il modello del *minimum constitutional guarantee*, la Consulta è così giunta ad inquadrare la dialettica tra Stato e regioni nell'esercizio del potere di organizzazione secondo «*una visione teleologica e sinergica*»¹⁰⁸, ribadendo – con riferimento al diritto alla salute – che se al legislatore statale compete la predisposizione degli strumenti normativi idonei all'attuazione dei LEA, garantendone la soddisfazione indipendentemente dall'esistenza di esigenze di natura finanziaria, a quello regionale spetta il compito di individuare le metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato alle spese incompressibili da quello destinato ad altre spese soggetta al vincolo della sostenibilità finanziaria, secondo le previsioni del Titolo II del d.lgs. 118/2011.

Seguendo perciò la prospettiva tracciata dalla Consulta in merito all'esistenza di un collegamento teleologico tra le disposizioni legislative concernenti il finanziamento dei LEA e i relativi stanziamenti di bilancio, se ne deduce che il potere di organizzazione – radicandosi all'interno di una relazione che vede contrapposti, da un lato, la discrezionalità politica in ordine

deve essere improntata alla leale collaborazione che, nel caso di specie, si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività». E ancora, «l'effettività del diritto alla salute è assicurata dal finanziamento e dalla corretta ed efficace erogazione della prestazione, di guisa che il finanziamento stesso costituisce condizione necessaria ma non sufficiente del corretto adempimento costituzionale. Nei sensi precisati deve essere letta l'affermazione secondo cui "una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto [fondamentale] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali [...]. È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione (sentenza n. 275/2016)» (Corte Cost., sent. n. 62/2020).

¹⁰⁶ Corte Cost., sent. nn. 62/2020, 6/2019, 169/2017 e 275/2016.

¹⁰⁷ Corte Cost., sent. n. 62/2020.

¹⁰⁸ F. MASCI, *I LEA non sono assoggettabili ad alcun vaglio di sostenibilità economico-finanziaria: un trend giurisprudenziale in consolidamento*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 4, p. 113.

all'impiego delle risorse e, dall'altro, i vincoli di natura finanziaria¹⁰⁹ derivanti dall'ordinamento interno e sovranazionale e quelli che limitano la discrezionalità organizzativa dei pubblici poteri – incide in modo rilevante sia sul riconoscimento dei diritti sociali che sulla loro effettività, nonché, sulla loro ottimizzazione in funzione del loro massimo godimento possibile.

Come sottolineato dal giudice delle leggi con riferimento al diritto alla salute, «l'intreccio tra profili costituzionali e organizzativi comporta che la funzione sanitaria pubblica venga esercitata su due livelli di governo: quello statale, il quale definisce le prestazioni che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a fornire ai cittadini – cioè i livelli essenziali di assistenza – e l'ammontare complessivo delle risorse economiche necessarie al loro finanziamento; quello regionale, cui pertiene il compito di organizzare sul territorio il rispettivo servizio e garantire l'erogazione delle prestazioni nel rispetto degli standard costituzionalmente conformi»¹¹⁰.

È dunque proprio sul terreno della dialettica finanziaria – che presuppone, al fine di garantire le condizioni necessarie per un dialogo razionale, il rispetto di precise regole costituzionalmente orientate di redazione dei bilanci pubblici¹¹¹ – che si sviluppa la descritta dinamica tra diritti fondamentali, finanza pubblica e organizzazione, ponendo i pubblici poteri di fronte alla sfida di ripensare le funzioni del benessere come azioni cooperative finalisticamente orientate¹¹², capaci di rispondere contestualmente alle esigenze di equità e a quelle dell'efficienza. Il corretto svolgimento di tale dialettica finanziaria presuppone, in altri termini, il rispetto di specifiche regole contabili ispirate a logiche di trasparenza dei conti e di finalizzazione delle risorse al finanziamento dei servizi, il cui scopo – alla luce del paradigma discorsivo-razionale che si intravede nella giurisprudenza costituzionale – è quello di collocare l'esercizio del potere di organizzazione all'interno di un processo comunicativo tra i diversi attori della sfera pubblica, siano questi soggetti pubblici o soggetti privati, il cui obiettivo non può che essere quello del conseguimento della maggiore efficienza allocativa possibile, in vista della soddisfazione non solo dei diritti incompressibili ma del progressivo ampliamento del perimetro dei diritti fondamentali della persona.

¹⁰⁹ G. SCACCIA, *Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto & conti. Bilancio, comunità, persona*, 2020, 1, p. 17.

¹¹⁰ Corte Cost., sent. n. 62/2020.

¹¹¹ Come lo sono quelle del Titolo II del d.lgs. 118/2011 relative al settore sanitario.

¹¹² L.R. PERFETTI, *Discrezionalità e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 119-158.

7. L'amministrazione per fini pubblici come modello organizzativo tra diritti fondamentali e razionalità economica.

Nelle pagine precedenti è stato evidenziato come, poiché l'esercizio del potere di organizzazione (e, dunque, le scelte concernenti gli assetti organizzativi e l'allocazione delle risorse) incide sulle posizioni giuridiche vantate dai singoli, il paradigma garantista espresso dalla nostra carta costituzionale richiede che il suo esercizio sia tale da garantire la soddisfazione del nucleo essenziale dei diritti fondamentali della persona e, nello stesso tempo, l'attivazione di un processo di ottimizzazione funzionale al loro massimo godimento possibile in relazione alle risorse disponibili e alla struttura della realtà sociale di riferimento che l'organizzazione amministrativa è chiamata a servire.

Con riferimento alla tematica dei diritti (fondamentali) sociali di prestazione e del loro necessario bilanciamento – 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 dottrina¹¹³ 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 necessaria per soddisfarlo desse luogo ad una violazione di tale principio) e, dunque, di sostanziale impotenza del cittadino rispetto al potere politico.

Le considerazioni sul duplice riconoscimento dell'esistenza di diritti (fondamentali) 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 garanzie obiettive e di situazioni giuridiche

¹¹³ 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 di recente rilanciato da L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit.

strumentali in capo ai privati a fronte dell'esercizio della discrezionalità organizzativa, concernenti la scelta dei mezzi attraverso cui l'amministrazione adempie a tale obbligo, interessano sia gli aspetti dinamici dell'amministrazione che quelli statici concernenti la sua organizzazione.

Laddove si condivida la necessità di ripensare l'organizzazione amministrativa come funzione dell'ordinamento¹¹⁴, affrancandola dalla sua tradizionale raffigurazione come autorità strumentale all'azione di governo, l'elemento centrale della prospettiva che si è cercato di delineare nelle pagine precedenti è rappresentato dall'idea secondo cui, affinché possa parlarsi di una democrazia sostanziale e non solo formale, il sistema di garanzie obiettive operanti nell'ambito della finanza pubblica e le situazioni giuridiche rinvenibili in relazione all'esercizio del potere di organizzazione funzionale alla tutela dei diritti costituzionali dovrebbero essere tali da dar luogo ad una diversa modalità di interazione attraverso la quale, quella quota di sovranità popolare costituzionalmente riconosciuta a ciascun cittadino, rappresentata dai diritti fondamentali della persona¹¹⁵, possa concretamente incidere sui processi decisionali che si svolgono sulla sfera pubblica in vista del raggiungimento di esiti sociali efficienti e rispettosi delle prescrizioni costituzionali.

Affinché tali vincoli finanziari e situazioni giuridiche possano instaurare una siffatta relazione è perciò necessario riconoscere l'esistenza, nell'ambito delle vicende che interessano i diritti fondamentali (sociali), sia di diritti soggettivi, con riferimento a quello che la Corte costituzionale definisce il loro contenuto minimo, sia di interessi legittimi¹¹⁶ con riferimento alle modalità in concreto prescelte dai pubblici poteri ai fini della loro soddisfazione. Sarebbe infatti 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 massimizzazione del godimento dei diritti costituzionali, tenuto conto delle risorse disponibili e dei connessi doveri universali di cui la collettività è chiamata a farsi carico.

¹¹⁴ G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, p. 325.

¹¹⁵ 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 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, Il Mulino, 2016, p. 44).

¹¹⁶ D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, cit.

Nel contesto delineato nel presente lavoro, il modello dell'amministrazione per fini pubblici – chiamata a garantire i diritti fondamentali della persona e, in tal modo, a divenire essa stessa mezzo di realizzazione dell'ordine giuridico della società – si pone perciò come l'esito necessario di questo dialogo razionale funzionale al massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona. Una dialettica che, condizionando il potere di organizzazione sul duplice piano della tutela dei diritti costituzionali e dell'efficiente allocazione delle risorse, coinvolge tutti gli attori della sfera pubblica, siano questi enti pubblici o soggetti privati, secondo la più ampia prospettiva offerta dagli artt. 114 e 118 cost. che collocano l'organizzazione pubblica, secondo una logica poliarchica e sussidiaria, in parte all'interno del perimetro dell'autorità e in parte al di fuori di esso, e cioè nella comunità.